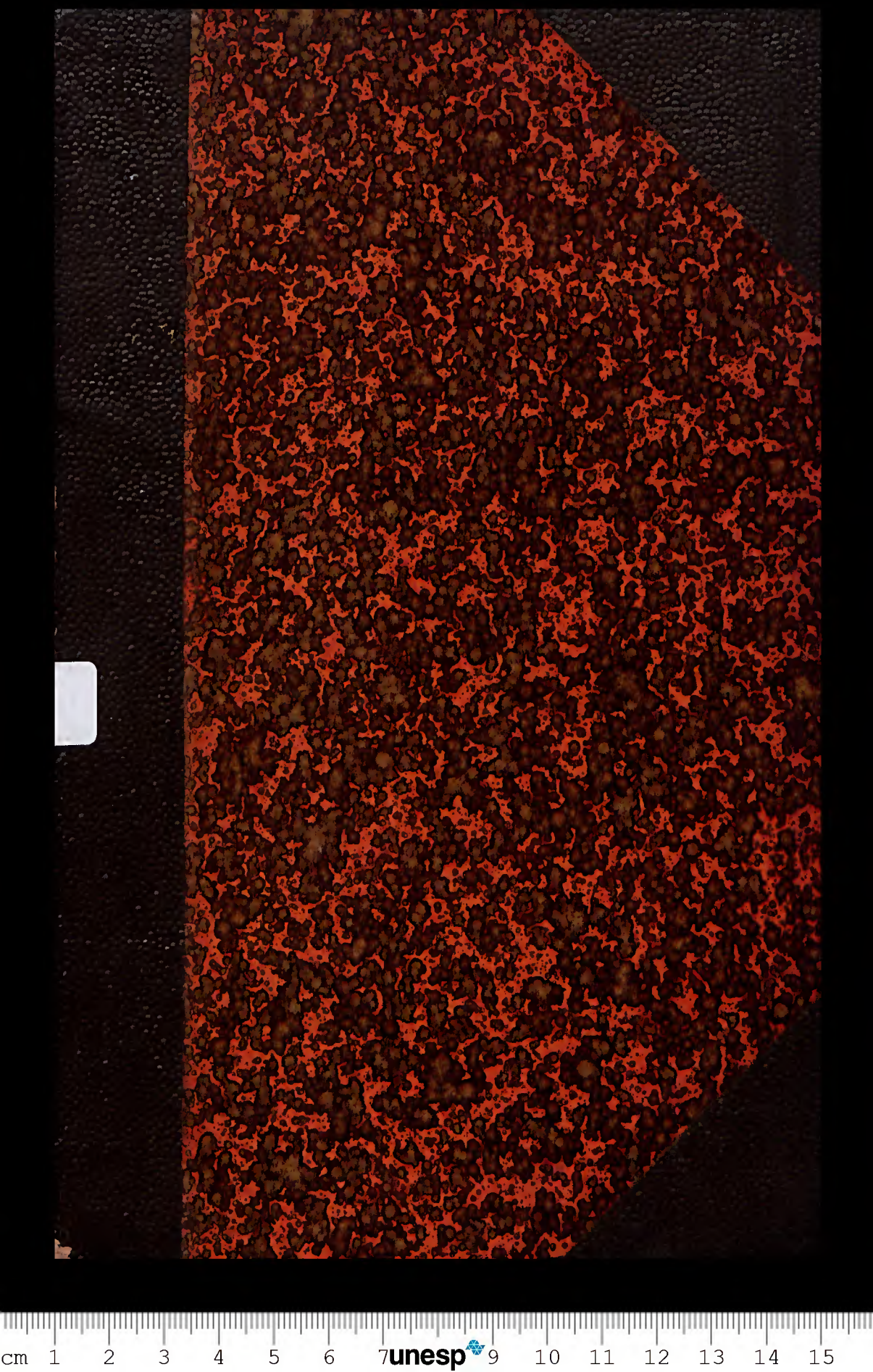
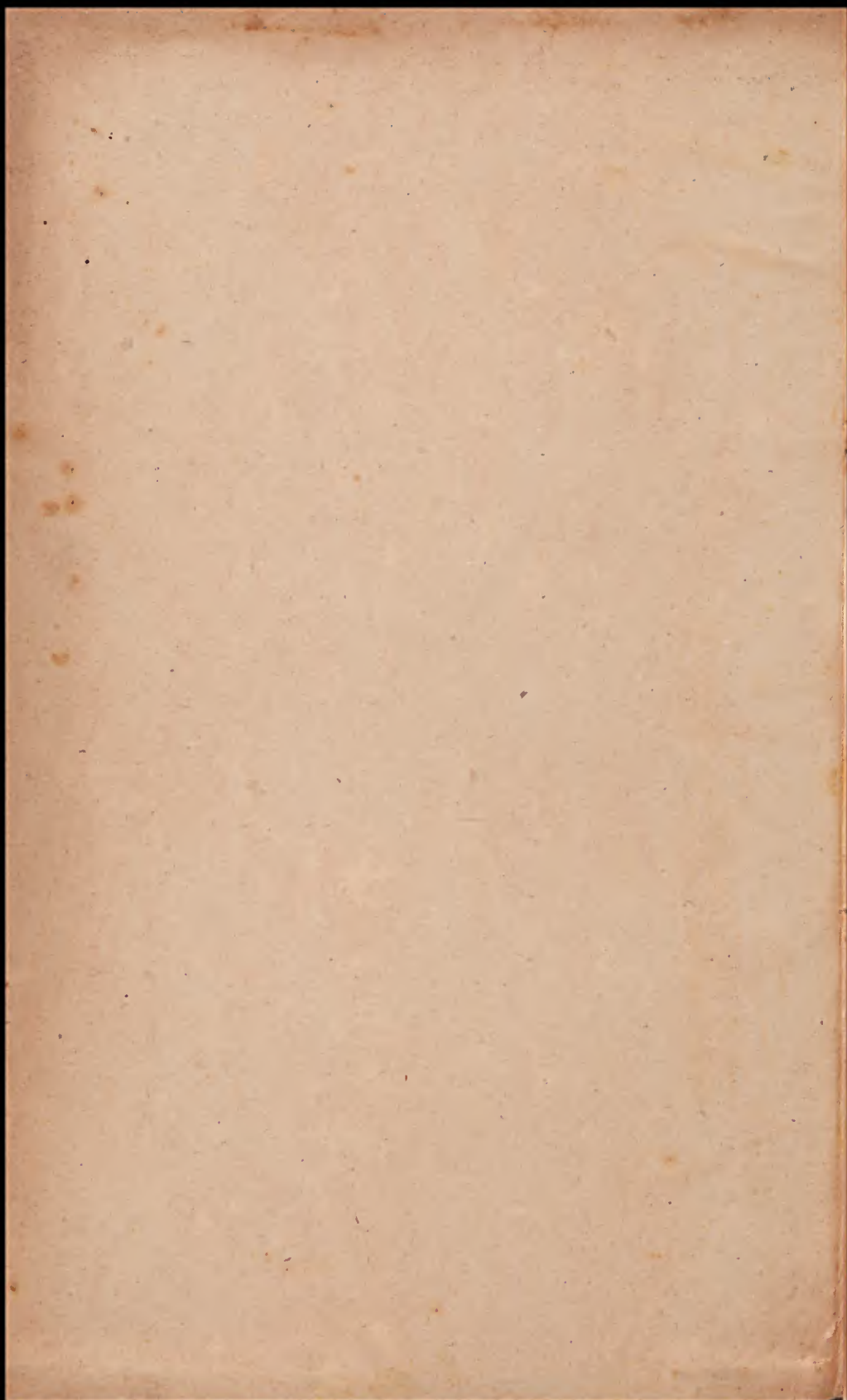
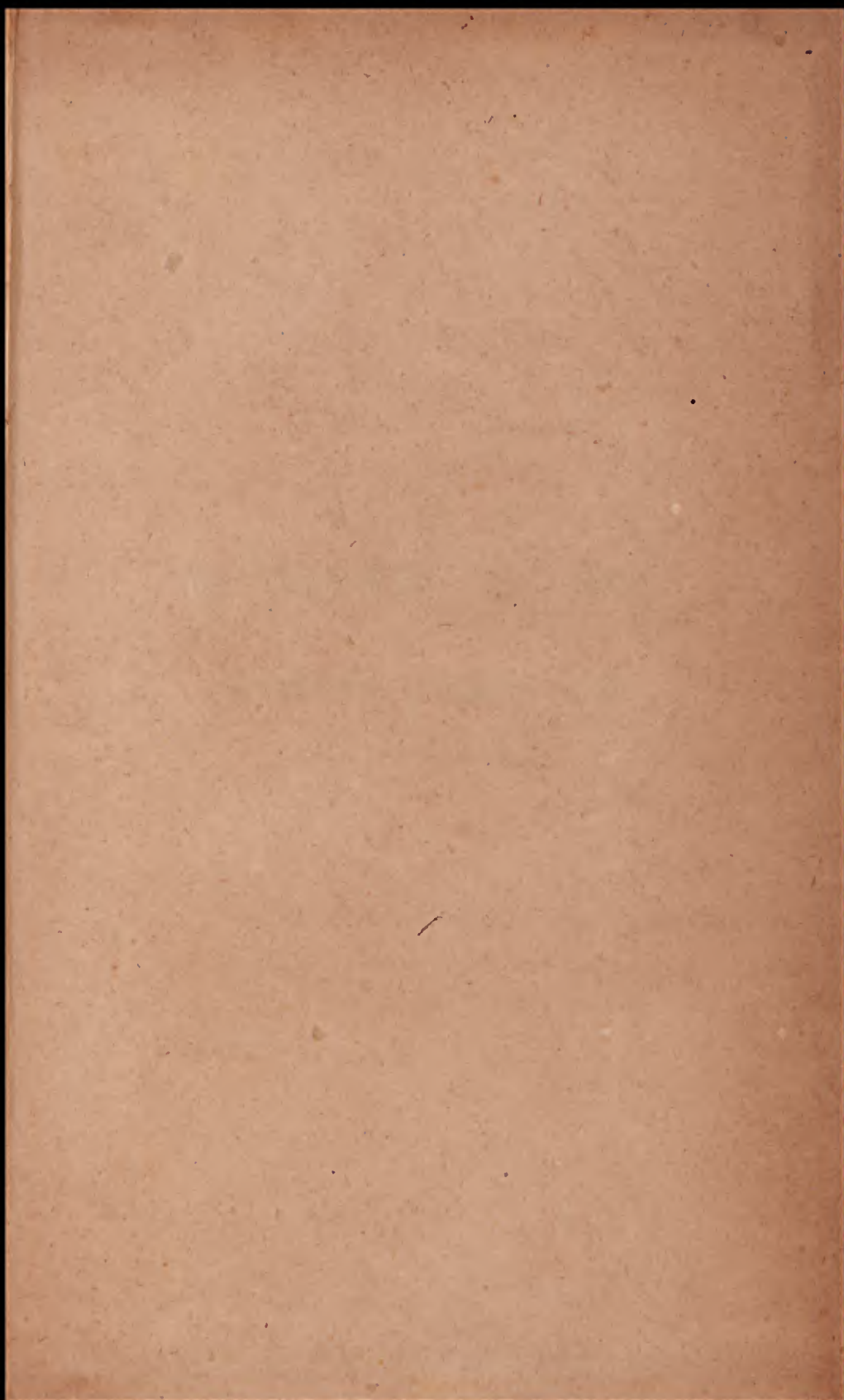
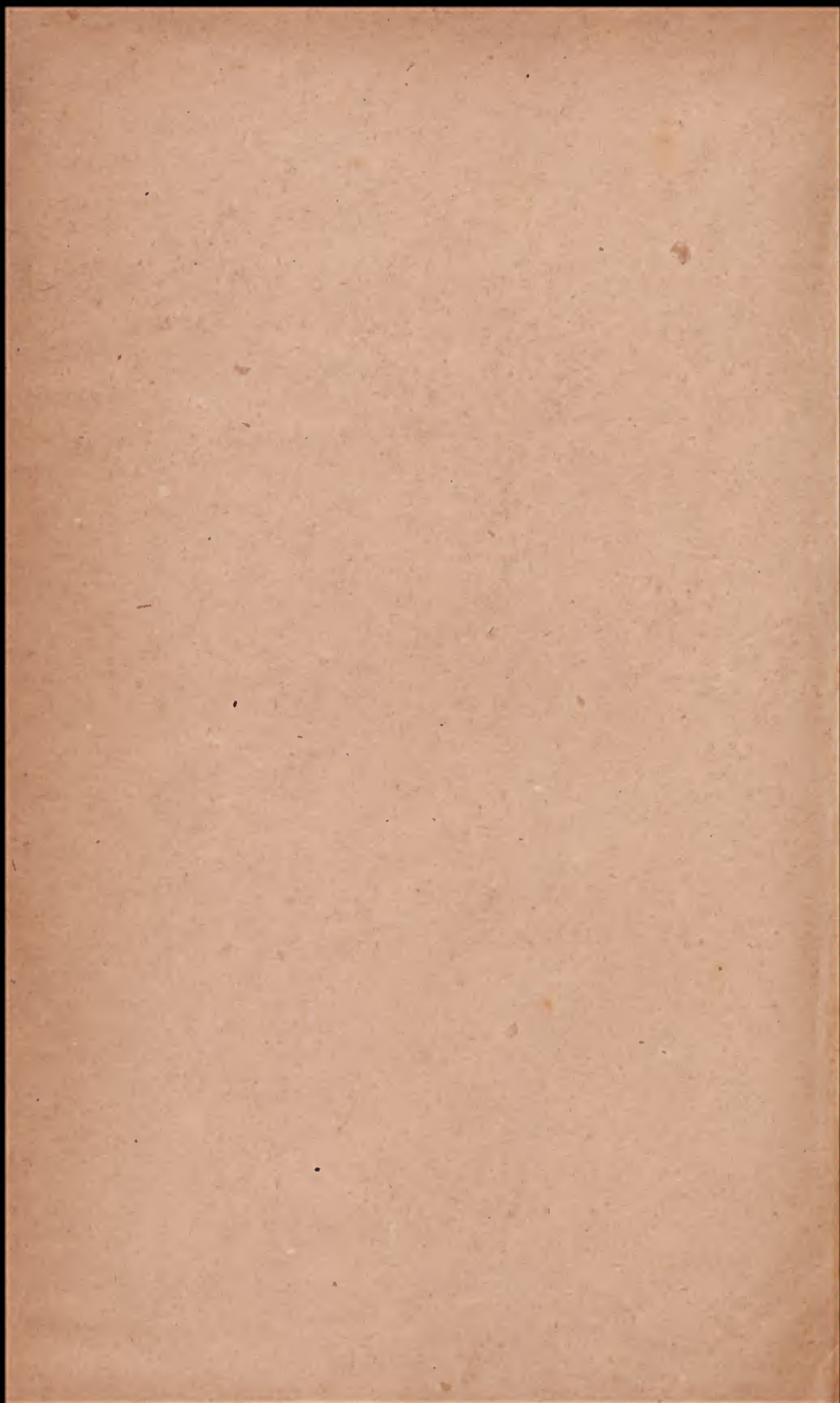










5.

LE
GOUVERNEMENT DES JUGES
ET
LA LUTTE CONTRE LA LÉGISLATION SOCIALE
AUX ÉTATS-UNIS



A MON VÉNÉRÉ COLLÈGUE

CHARLES APPLETON

Hommage d'affectueuse gratitude.



LE
GOUVERNEMENT DES JUGES

ET
**LA LUTTE CONTRE LA LÉGISLATION SOCIALE
AUX ÉTATS-UNIS**

L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE DU CONTROLE JUDICIAIRE
DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

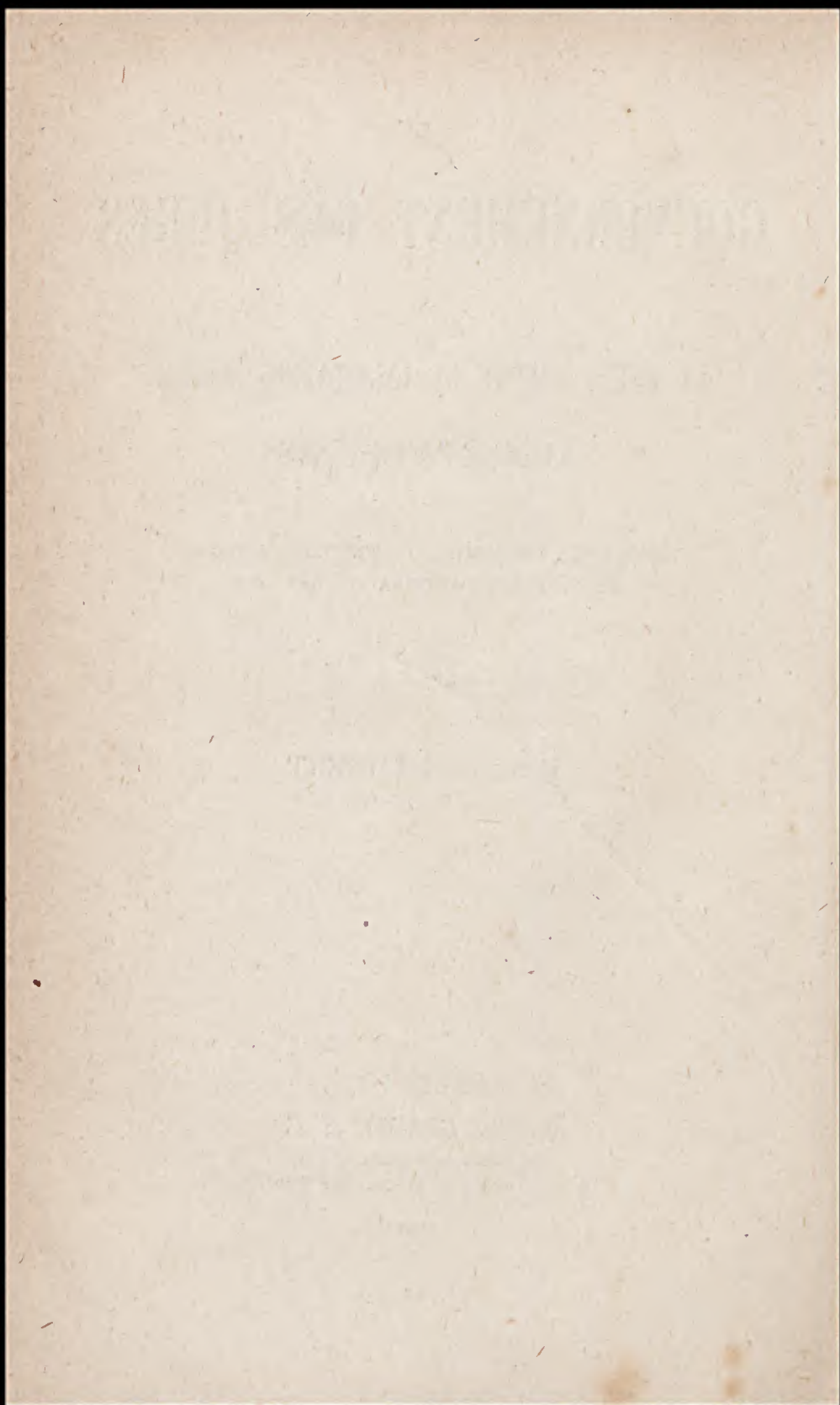
PAR

EDOUARD LAMBERT
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE LYON

PARIS (5^e)
MARCEL GIARD & C^{ie}
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1921





INTRODUCTION

LE RÉVEIL DES POUVOIRS POLITIQUES DE NOS COURS

Le récent jugement de la 11^e Chambre du tribunal de la Seine dans les poursuites à fin de dissolution intentées contre la Confédération Générale du Travail a attiré l'attention sur la tendance, — qui se dessine dans nos cercles politiques dirigeants, — à déférer à l'autorité judiciaire le règlement des grands conflits qui mettent aux prises les diverses classes de la population. La sentence prononcée dans cette affaire par le président Lemerancier se caractérise par une curieuse alternance des considérations d'ordre social, qui en laissent percevoir les raisons d'être intimes, et des arguments juridiques destinés à leur donner une coloration légale. Elle présente, à cet égard, une étrange similitude de ton et d'allures avec l'*opinion* délivrée en 1886, au nom de la Cour suprême des Massachussetts, dans le cas *Godcharles* (1). Arrêt resté justement célèbre dans l'histoire contemporaine des Etats-Unis comme la première manifestation éclatante du mouvement, depuis si largement développé, qui a érigé

(1) *Godcharles and Co v. Wiegman. Pennsylvania State Reports*, 1886, 431. Cf. BARNARD. *Factory legislation in Pennsylvania* dans 19, *Johns Hopkins University Studies*, 1907, p. 40.



les cours de justice américaines en arbitres suprêmes de la politique sociale et économique des Etats aussi bien que de celle de l'Union Nord-Américaine.

Nous avons vu se dégager, d'autre part, dans la jurisprudence de notre Cour suprême, pendant ces dernières années, une inclination visible à traiter les textes législatifs avec plus de liberté que par le passé (1). Cette inclination s'est affirmée avec une particulière netteté à l'occasion de la mise en œuvre de notre législation de guerre. Ces textes, tendant, sous la pression des nécessités de l'heure, à frapper de véritables servitudes d'utilité publique des commerces ou des activités qui avaient jusque-là échappé à la réglementation législative, ont été interprétés à la lumière des principes individualistes du Code civil et, par là, pliés à une application restrictive et

(1) L'article 5 du Code civil avait essayé de prévenir ces conflits, entre la législation et la jurisprudence en interdisant les arrêts de règlement (GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e édition, 1919, II, p. 36). Mais la terreur que la censure de la Cour suprême inspire aux juges inférieurs a réduit la disposition de l'article 5 à cette seule signification de fait que les cours ne peuvent fixer de points de droit qu'à l'occasion de litiges concrets. Toute décision de principe de la Cour de cassation prend, pour les juridictions subordonnées, la valeur pratique d'un arrêt de règlement. En écartant cette donnée sociale, parce qu'elle s'est développée — ce qui est certain — en contradiction avec les volontés des auteurs de nos Codes, GÉNY (*l. c.*, II, pp. 33-49) aboutit à rayer de son tableau des sources actuelles de notre droit positif l'une des sources les plus influentes, celle qui commande le fonctionnement de toutes les autres. Tout effort fait pour masquer ce facteur capital de la vie juridique contemporaine me paraît dangereux, parce qu'il contribue à cacher au législateur la principale cause de l'avortement, de plus en plus fréquent, de ses volontés et à l'empêcher de prendre les mesures indispensables pour canaliser la jurisprudence et arrêter ceux de ses débordements qui menacent la stabilité de l'œuvre législative.



réformatrice. J'ai eu l'occasion de signaler ailleurs (1) un exemple, entre beaucoup d'autres, de cette opposition entre les préoccupations économiques qui ont provoqué le vote de ces textes et celles qui ont présidé à leur mise en œuvre judiciaire : exemple emprunté à la législation des prorogations de baux et à l'article 56 de la loi du 9 mars 1918, dont l'application a nécessité jusqu'à trois textes interprétatifs pour écarter des solutions jurisprudentielles en opposition avec la pensée initiale du législateur (2). Cette succession de textes confortatifs, venant défendre des lois antérieures contre l'interprétation judiciaire, apparaît, dans l'histoire juridique des États-Unis, comme l'accompagnement habituel de chacun des progrès de la pénétration de l'autorité judiciaire dans le domaine

(1) *Moniteur judiciaire de Lyon* du 18 juin 1920, pp. 315-321.

(2) La crise du loyer a provoqué des mesures législatives de circonstance fort analogues à celles que contient notre législation de guerre, soit en Angleterre (5 et 6 Geo. V. c. 97 et 9 Geo. V. c. 7), soit aux États-Unis (EDWARD E. SCHAUB, *Regulation of rentals during the war period*, dans 28, *Journ. Polit. Econ.*, 4). Ces lois éphémères se sont heurtées parfois dans l'Union américaine à des résistances judiciaires beaucoup plus franches que chez nous. Les dispositions passagères édictées par le *Bell Rent Act* (41 *Statutes at Large*, 298) pour le district de Columbia ont été déclarées inconstitutionnelles dans *Hirsch v. Block*, 267, *Federal Reporter*, 614 (1920). L'une des lois votées dans l'État de New-York pour suspendre, pendant la durée de la crise, en ce qui concerne la cité de New-York, les mesures d'expulsion pour cause de retard dans le paiement des loyers ou d'arrivée à expiration des baux, — la loi entrée en vigueur le 22 septembre 1920 qui prévoyait un moratorium locatif jusqu'au 1^{er} octobre 1922 (*New-York Laws* de 1920, c. 942-947) — a été soumise à la même épreuve judiciaire. Alors que deux des cours d'état ont validé en bloc ses dispositions, une troisième cour a fait un tri entre elles et en a rejeté quelques-unes comme inconstitutionnelles. Cf. la note *Constitutionality of the New-York emergency housing laws*, dans 34 *Harv. Law Rev.*, 426-430.



législatif et la réaction naturelle contre ce progrès.

Nous avons assisté enfin, bien avant la guerre et les revirements qu'elle a produits dans notre politique intérieure, à une campagne habile et persévérante en faveur de l'abrogation des articles 11 et 12 de la loi du 5 août 1790, titre II, et de la disposition de la constitution du 3 septembre 1791, titre III, ch. 5, art. 3, qu'on nous présentait comme formant seuls obstacle à ce que les tribunaux puissent « s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif et suspendre l'exécution des lois ». Des juriscultes et des publicistes, appartenant à des branches de l'opinion politique aussi variées que PAUL BEAUREGARD (1) ou CHARLES BENOIST (2), d'une part, et GASTON JEZE (3), de l'autre, en passant par HAURIU (4), JALABERT, SALEILLES et THALLER (5), sont soudainement tombés d'accord sur la nécessité d'introduire dans notre pratique constitutionnelle le jugement de la constitutionnalité des lois par les cours de justice, tel qu'il fonctionne aux États-Unis. Rares sont les maîtres du droit constitutionnel français qui, comme les doyens LARNAUDE (6) et DUGUIT (7), ou les der-

(1) *Monde Economique* du 17 novembre 1895.

(2) *Journal officiel* du 28 janvier 1903. *Chambre : documents parlementaires*, sess. ord. 1903, p. 99.

(3) *L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, 29, *Revue du droit public*, 1912, 140 et s. et *Du contrôle des assemblées délibérantes dans Revue générale d'administration*, 1895, II, 241.

(4) Note sous *Conseil d'Etat*, 7 août 1909. *Sirey*, 1909, III, 145.

(5) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 240 et s. Cf. SIGNOREL. *Du contrôle judiciaire des actes du pouvoir législatif* dans *Revue politique et parlementaire* de juin 1904, p. 526.

(6) *Bulletin de la société de législation comparée*, 1902, pp. 227-229.

(7) *Traité de droit constitutionnel*, I, 1911, p. 159.

niers éditeurs du *Manuel d'ESMEIN* (1), aient échappé à la contagion, et encore motivent-ils leur refus de s'associer à la pétition commune sur des considérations d'ordre pratique beaucoup plus que sur une opposition au principe même de la réforme réclamée.

Pour que la constitution de 1875, disent les avocats du contrôle judiciaire des lois, soit autre chose qu'un ensemble d'exhortations à la sagesse adressées aux branches coordonnées du gouvernement et prenne la valeur d'un corps de règles impératives, il faut que toutes les violations de la Constitution, auxquelles peuvent être tentées de se livrer les majorités qui se succèdent au pouvoir, puissent être réprimées par une autorité planant au-dessus des préjugés et des passions qui agitent et aveuglent la foule. C'est surtout indispensable pour muir de la force obligatoire un texte supérieur encore à nos lois constitutionnelles de 1875, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, cette Grande Charte de la France contemporaine qui, depuis 1791, a toujours constitué la substructure de toutes nos Constitutions et n'a plus besoin d'y être réexprimée pour rester en vigueur (2).

Des propositions, tendant à obtenir la consécration de ces vues par la Constitution, ont été successivement intro-

(1) *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6^e édit., 1914, p. 593 et s.

(2) BERTHÉLÉMY. *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^e édition, 1913, p. 14, note 1, fait, fort justement, remarquer que la question de l'existence ou de l'inexistence en France du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois perd tout intérêt pratique, et devient une question purement académique, dès qu'on écarte de ce contrôle la vérification des lois au point de vue de leur conformité à la Déclaration des droits de 1789-1791. Il n'est pas une page de l'histoire américaine du développement du gouvernement par les juges qui ne soit la démonstration de l'exactitude de cette observation.



duites à la Chambre des députés par MM. JULES ROCHE, CHARLES BENOIST et ENGERAND à une époque où le parti, qui les soutenait, combattait encore dans l'opposition. Ce parti a conquis aujourd'hui la majorité. L'atmosphère parlementaire est devenue favorable à la réalisation de cette partie de son programme. Mais la procédure de révision constitutionnelle est difficile à mettre en mouvement et lente à aboutir. A quoi bon en affronter les risques ? Une révision de la Constitution n'est pas nécessaire pour conduire au résultat désiré. Telle était la thèse que développait déjà P. BEAUREGARD. Telle est celle aussi à laquelle paraissait se ranger mon excellent collègue et ami GASTON JÈZE dans ses études de 1895 et de 1912. Les tribunaux, d'après eux, ont compétence pour trancher les conflits entre dispositions contradictoires des lois. Toute loi inconstitutionnelle se heurte aux prescriptions opposées de la loi fondamentale. Les tribunaux ont le devoir de s'incliner devant les commandements de la loi supérieure et de se refuser à appliquer les dispositions contraires de la loi inférieure. L'obstacle apporté à l'exercice de ce devoir par la prohibition contenue dans la Constitution de 1791 est disparu en même temps que cette Constitution. Si les juges sont retenus par un respect superstitieux pour les articles de la loi du 5 août 1790, qui devraient être relégués depuis longtemps dans les oubliettes de l'histoire, qu'on les rassure en abrogeant officiellement ces textes désuets. Et notre Constitution pourra reprendre, au point de vue de l'aptitude à protéger les droits individuels des citoyens contre les abus de l'omnipotence législative, la même efficacité que la Constitution fédérale des États-Unis.

La convergence de ces trois phénomènes : 1° propen-



sion de nos ministères d'après-guerre à provoquer, comme l'avait fait avant eux plus d'un ministère de l'ancien régime, la rentrée en scène de l'autorité judiciaire pour les aider à défendre les bases politiques et économiques du régime contre les menées révolutionnaires des partis extrémistes de l'opposition ; 2° tendance de notre Cour suprême à rapprocher ses méthodes d'interprétation légale des méthodes beaucoup plus souples de la jurisprudence américaine ; 3° aspiration de la grande masse des juristes et des éléments actuellement prépondérants de l'opinion parlementaire vers une restauration du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, — représente l'une des caractéristiques les plus frappantes de notre orientation politique de l'heure présente. Elle semble sur le point d'aiguiller nos institutions sociales françaises vers la voie où les Etats-Unis se sont engagés, à partir de 1883 et qui, suivie par eux avec persévérance, les a conduits à un système de gouvernement profondément différent du nôtre. Au moment où paraît s'amorcer cette évolution de notre pratique constitutionnelle, j'ai pensé qu'il pourrait être intéressant pour des hommes d'étude français de suivre le fonctionnement aux Etats-Unis du régime auquel elle conduit naturellement et d'observer les résultats qu'a donnés sur la terre américaine l'expérience qu'il semble que nous nous apprêtions à tenter à notre tour.



CHAPITRE PREMIER

GOVERNEMENT PAR LES JUGES ET GOUVERNEMENT PARLEMENTAIRE. — LES FONDEMENTS AMÉRICAINS DU GOUVERNEMENT PAR LE JUDICIAIRE.

Le système de gouvernement, qui est sorti aux États-Unis de l'association de plus en plus étroite des tribunaux à la direction de la marche de la législation, a été qualifié gouvernement par le judiciaire. *Government by judiciary* : c'est le titre d'une remarquable étude de droit constitutionnel publiée en 1911 dans l'organe peut-être le plus réputé de la science politique américaine (1). En 1912 un

(1) L'étude, si solidement documentée, de L.-B. BOUDIN, dans 26. *Political Science Quarterly*, 238-270, a été écrite sous l'influence de la campagne de protestation de l'ex-président Roosevelt contre les obstacles apportés par le contrôle judiciaire au développement de la législation sociale et ouvrière et, de ce chef, a pris une certaine allure de combativité. Mais c'est l'œuvre d'un juriste qui ne critique pas le principe même de ce contrôle, mais seulement son extension de l'examen de la compétence législative à celui de l'opportunité des lois. C'est à peu près sous le même titre, *Government by Judges*, qu'un des hauts dignitaires de la magistrature, M. WALTER CLARK, président de la Cour suprême de North Carolina, publiait un discours fait à *Cooper Union* le 27 janvier 1914, dans lequel il dénonçait les directions nouvelles qu'avait prises le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois comme une perversion de la constitution. Cf. aussi son article : *Some Myths of the law*, dans le numéro de novembre 1914 de *Michigan Law Review*.



livre de propagande en faveur du retour à l'indépendance du pouvoir législatif était intitulé : *Our judicial oligarchy* (1). Titre de combat. Mais l'auteur s'accordait au fond sur la définition à donner au régime qu'il combattait avec un loyal défenseur de ce régime, le professeur Burgess (2), qui déclarait que l'on ne doit pas hésiter à appeler le système gouvernemental des États-Unis l'*aristocratie de la robe*. Oligarchie judiciaire ou aristocratie de la robe, c'est toujours la même idée présentée, tantôt sur le ton de la critique, tantôt sur celui de l'apologétique. En 1914 un des livres les plus sincèrement impartiaux qui aient été consacrés à la matière prenait ce titre : *La doctrine américaine de la suprématie judiciaire* (3). Ces étiquettes extraites de l'abondante littérature du sujet suffisent pour faire entrevoir le contenu qu'elles recouvrent.

Le dégagement de cette forme de gouvernement est le résultat d'une évolution tardive du droit constitutionnel américain. La constitution fédérale des États-Unis, quoique appartenant au type des constitutions dites rigides, n'en a pas moins subi des transformations tout aussi profondes que celles auxquelles sont exposées les constitu-

(1) GILBERT E. ROE. *Our judicial oligarchy*, avec introduction de Robert La Follette. New-York, 1912.

(2) Cité par REED POWELL 33 *Political Science Quarterly*, 439.

(3) CHARLES GROVE HAINES. *The american doctrine of judicial supremacy*. New-York. Macmillan. Œuvre d'un auteur qui aborde le problème par son côté social et qui, après en avoir examiné les origines historiques dans une dissertation de doctorat en 1909 : *The conflict over the judicial powers in the United States to 1870*, tome XXV-1 des *Columbia Studies in history, economics and public law*, l'a repris en 1917 au point de vue comparatif : *Judicial interpretation of Constitution Act of the Commonwealth of Australia*, dans 30 *Harvard Law Review*, 593-618. \

tions non écrites. Ni l'un ni l'autre des deux systèmes combinés d'équilibre invariable de pouvoirs sur lesquels les constituants de 1787 avaient édifié leur œuvre constitutionnelle, — ni l'équilibre entre le gouvernement fédéral et les gouvernements d'états, ni l'équilibre entre les branches coordonnées du gouvernement fédéral, — n'ont résisté à l'ébranlement du temps.

Leur conception du fédéralisme, que le juge CHASE a définie dans un *dictum* célèbre : une union indestructible d'états indestructibles, est déjà bien distante des réalités de l'heure présente. L'indestructibilité de l'Union est devenue beaucoup plus forte qu'ils n'avaient pu le rêver. Il y a longtemps qu'elle est à l'abri de la répétition d'assauts comme celui qu'elle a subi lors de la guerre de sécession. Mais cette consolidation s'est opérée au détriment de l'indestructibilité des Etats, c'est-à-dire de leur autonomie législative, de leur droit de régler seuls leur police, leur commerce et leur régime industriel intérieurs.

Si l'autonomie des Etats a échappé, par la protection de la judicature fédérale, au coup brutal qu'avaient voulu lui porter en 1868 les auteurs du XIV^e amendement, le travail postérieur de la pratique constitutionnelle lui a imposé toute une série de sacrifices successifs au profit de l'unité nationale. L'*Interstate Commerce Commission*, à partir de 1887, la *Federal Trade Commission* depuis 1914 et divers bureaux administratifs fédéraux ont élaboré une réglementation du transport, du commerce et des relations économiques entre Etats qui, par ses répercussions incessantes sur la vie industrielle et intérieure des Etats, a de plus en plus restreint leur indépendance (1). Par le

(1) FREDERICK N. JUDSON. *Law of interstate commerce and its federal regulation*, 3^e édition, Chicago, 1916; BERLE, *The expan-*



moyen de la législation *couverte* ou *indirecte*, en usant de son pouvoir de taxation, de son monopole postal ou de son droit de réglementer la circulation et les transports entre Etats, pour frapper les récalcitrants de taxes prohibitives ou leur rendre la vie commerciale impossible, le Congrès fédéral est parvenu à généraliser dans toute l'Union plus d'une réglementation policière ou industrielle que l'autonomie législative des Etats lui eut interdit d'imposer directement (1).

Enfin la ratification du XVIII^e amendement sur la prohibition de l'alcool et du XIX^e amendement sur le suffrage des femmes a doté le gouvernement fédéral d'un nouvel instrument, la législation par voie d'amendement à la constitution, qui lui permettra désormais de faire brèche dans l'autonomie des Etats toutes les fois qu'il aura derrière lui, comme en 1919 et en 1920, une opinion publique assez forte pour lui assurer le concours des deux tiers des membres de chaque Chambre du Congrès et des trois quarts des législatures d'Etats. On comprend fort bien que ces deux amendements aient arraché des cris de colère à des hommes qui n'étaient, ni favorables à la liberté de consommation de l'alcool, ni hostiles au féminisme, mais qui restaient indéfectiblement attachés au vieil idéal de *selfgovernment* des Etats (2). Le fédéralisme

sion of american administrative law, 30 *Harvard Law Review*, 430-448 ; S.-O. DUNN. *The interstate commerce commission*, 63 *Annals American Academy of social and political sciences* 455 ; DRINKER. *The interstate commerce Act.* ; F.-H. COOKE. *The commerce clause of the federal constitution*.

(1) Cf. MERRILL HOUGH. *Covert legislation and the constitution*, 30 *Harv. Law Rev.*, 801-811 ; THURLOW M. GORDON. *The Child Labor Law case*, 32 *Harv. L. Rev.*, 45-67.

(2) *Reports of American Bar. Association*, XLIII, 4918, 45 et s.,



de 1921 est déjà bien différent du fédéralisme de 1789 (1) et les réformes de 1919 et 1920 laissent prévoir que le fédéralisme de demain s'en éloignera encore beaucoup plus (2).

Ce premier fondement de l'édifice constitutionnel de 1787-1789 a pourtant fait preuve de plus de stabilité relative que le second. L'équilibre entre les Etats et la Fédération a fléchi sans rompre. Il est modifié, et non détruit; tandis que l'équilibre primitivement institué entre les trois branches exécutive, législative et judiciaire du gouvernement fédéral s'est révélé à l'épreuve de l'expérience comme un équilibre instable et fragile. Il y a longtemps, plus d'un quart de siècle, qu'il est renversé, et définitivement renversé.

La Constitution fédérale a été rédigée en un temps on

97 et s. ; MARBURY. *The limitations upon the amending power*, 33, *Harv. Law. Rev.*, 1920, 223 et s.

(1) C'est ce que constate M. R. LYNN BATES dans une étude publiée sous ce titre suggestif : *The new constitution of U. S.*, dans 5 *Am. Bar Ass. Journal*, 1919, 584-601. Que la constitution actuellement existante soit différente de celle qui a été primitivement adoptée, c'est, dit-il, un fait qu'on enregistre, et non pas un fait qu'on puisse discuter. Après avoir suivi les agrandissements successifs du pouvoir fédéral au détriment du pouvoir des Etats, il arrive au XVIII^e amendement et déclare « qu'il serait difficile de concevoir un abandon plus complet du schéma originaire de la constitution » (p. 593). La nationalisation du gouvernement et la limitation du pouvoir des Etats comme unités administratives lui apparaît comme le plus saillant des traits caractéristiques de ce qu'il appelle la nouvelle constitution, p. 591-593.

(2) Sur la répercussion que la concentration temporaire des pouvoirs par le gouvernement fédéral pendant la guerre est appelée aussi à exercer sur l'avenir de la législation à portée nationale, cf. XLIII, *Americ. Bar. Ass. Reports* 321 et HOGUE dans 31 *Harv. Law Rev.*, 693.



la vogue de l'*Esprit des Lois* battait son plein en Amérique. Ses auteurs ont puisé dans ce livre quelques-unes de leurs vues de philosophie politique. Ils ont surtout emprunté à MONTESQUIEU le dogme de la séparation des pouvoirs, sur lequel il avait édifié sa cité idéale (1). Ils se sont efforcés de l'appliquer dans toute sa logique et sa rigueur, en assurant l'indépendance respective et l'égalité des trois pouvoirs, non pas tant par un système de freins et de contrepoids que par le cantonnement de chaque pouvoir dans un compartiment bien clos de l'activité gouvernementale, où il travaille en dehors de toute coopération des deux autres, de façon à éviter, tant que cela reste matériellement possible, des contacts entre pouvoirs concurrents qui pourraient dégénérer en frottements et donner prétexte à empiétements de l'un sur l'autre.

Dès trois cloisons, ainsi dressées par la convention de Philadelphie entre branches du gouvernement fédéral, il n'en subsiste finalement qu'une : (2) la cloison séparative

(1) BRYCE. *République Américaine*. I, p. 55 de l'édition française de 1911.

(2) Et encore n'est-elle plus elle-même aussi étanche qu'au lendemain de la promulgation de la constitution. ROSCOE POUND, XLIV, *Amer. Bar. Association Reports*, 445-446. La barrière entre l'exécutif et le législatif reste debout. On en est quitte pour passer par dessous. La coutume, en transformant l'élection présidentielle en un véritable plébiscite, a fait du président des Etats-Unis un *leader* politique, qui dispose sur tous les élus de son parti d'un pouvoir de direction d'autant plus fort qu'il en est investi par le suffrage de tous les militants de l'Union. Tant que son parti garde le contrôle du Congrès, il retrouve, en tant que chef de la majorité, les moyens de coopérer au travail législatif que la constitution lui avait refusés en tant que chef de l'exécutif. Le droit d'initiative appartenant à chacun des représentants de son parti dans les deux chambres lui permet d'y introduire les bills qu'il a préparés ou fait préparer par ses agents administratifs. Par des entretiens à la Maison Blanche avec ses prin-



entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif qui, — malgré les jours qu'elle ouvre à l'exécutif sur le compartiment législatif par le droit de veto, et au législatif sur le compartiment de l'exécutif par le concours du Sénat à la ratification des traités et son influence sur les nominations faites par le président, — prétend empêcher les représentants de l'exécutif de coopérer d'une façon suivie au travail législatif (1) et les organes du pouvoir législatif de contrôler officiellement l'administration intérieure ou extérieure du chef de l'Etat. C'était avec une admiration quelque peu béate que nous relevions avant la guerre ce trait particulier de la Constitution américaine. Les épithètes nous manquaient pour louer, comme nous l'aurions voulu, cette forte organisation du pouvoir exécutif qui permettait au président, pendant toute la durée

ceux partis, il règle le programme et la tactique de ses troupes pour la défense de ses projets et la lutte contre les projets adverses. Par la distribution du *patronage* il peut, dans le combat législatif, rallier les hésitants et empêcher les actes d'indiscipline. Ces phénomènes, imprévisibles en 1787-1789, ont amené les présidents, depuis plus d'un quart de siècle, à formuler, dans leurs campagnes électorales, des programmes de réformes législatives qui semblent étrangers au cercle de leurs fonctions constitutionnelles, et que cependant ils arrivent à faire aboutir. Cet engagement de la pratique constitutionnelle hors des voies tracées par les hommes de 1787, qui se dessine nettement avec la première présidence de Mac Kinley, s'est accentué sous la présidence de Roosevelt, qui fut un chef législatif très agissant et très autoritaire (Cf. Young, *New American Government*, 19), et est arrivé à son point culminant sous l'action du président Wilson pendant la période dictatoriale de la guerre.

(1) Les fâcheux effets, qui résultent pour la valeur technique des statuts américains de cette absence de coopération régulière de l'exécutif à la préparation et à la délibération des lois, ont été mis en lumière par M. ERNST FREUND dans les deux derniers chapitres de ses *Standards of American Legislation*, notamment p. 312 et s.



de sa magistrature, de poursuivre imperturbablement sa politique personnelle, et notamment sa politique étrangère, sans se laisser troubler par l'écho des querelles des partis ou par les variations de l'opinion du Congrès. Notre admiration a dû être refroidie par l'expérience que nous faisons en ce moment, à l'occasion de la ratification du traité de Versailles, des conséquences pratiques de cette dissociation systématique entre l'action de l'exécutif et celle du législateur. Cet emprisonnement du chef de l'Etat et du Congrès dans des compartiments sans portes de communication suffisantes, qui les empêchent de confronter et d'associer leurs politiques, représente tout ce qui survit aujourd'hui du système de séparation absolue des pouvoirs dont s'étaient inspirés les Constituants de 1787 (1).

L'exemple des Etats-Unis d'Amérique, dont la Constitution avait développé le dogme constitutionnel de MONTESQUIEU jusqu'à ses dernières conséquences logiques, est l'une des démonstrations les plus décisives de l'impuissance du principe de la séparation des pouvoirs à tenir longtemps ses promesses. Tôt ou tard, l'équilibre égalitaire, qu'il prétend établir entre les pouvoirs constitués,

(1) Même dans cette dernière application, il n'a chance de se maintenir qu'à condition de se prêter à quelques compromissions. Je n'en veux d'autre preuve que l'expérience récente du président Wilson qui, dans la préparation du traité de Versailles, a voulu revenir aux principes de 1789 et écarter les précédents tardifs qui tendaient à donner au comité permanent des affaires étrangères du Sénat une association de fait à la direction de la politique extérieure. Il a, par là, déclenché le mouvement de réaction contre les *présidences fortes* qui s'est traduit si énergiquement par le geste, quasi-révolutionnaire au point de vue constitutionnel, que vient de faire le président Harding en soumettant, lors de son entrée en fonctions, la composition de son cabinet au contrôle du Sénat.

fléchit sous la poussée d'un besoin d'unité de vues et d'unité d'action dans le développement de la politique nationale. En Angleterre et en France, la rupture d'équilibre s'est opérée au profit du pouvoir législatif, qui a plié sous sa norme les pouvoirs coordonnés et instauré ainsi le gouvernement parlementaire. Aux Etats-Unis le renversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, par là, un régime de gouvernement par les juges.

La conquête de la suprématie politique par le judiciaire s'est réalisée surtout aux dépens du pouvoir législatif et par une invasion dans le domaine du *statute-law*. Le *statute-law* américain s'oppose au *common-law* ou *case-law*. Le *common-law*, c'est la coutume juridique anglaise, adaptée aux conditions de la société américaine d'aujourd'hui par le travail des cours de justice. Quelques esprits réalistes, comme le professeur J. CHIPMAN GRAY (1), n'hési-

(1) GRAY, après avoir esquissé ses vues dans un article déjà ancien (*Judicial precedents : a short history of comparative jurisprudence*, 9 *Harr. Law Rev.*, 74), les développa depuis dans un livre qui restera l'une des œuvres maîtresses de la littérature juridique du début du ^{xx}e siècle. *Nature and sources of the law* (*Columbia University Studies*), 1909. Rien de plus pénétrant n'a été écrit sur la matière depuis les pages, devenues classiques, de SUMNER-MAINE. *Ancienne loi et coutume primitive*, trad. COURCELLE-SENEUIL, 31-33. Les théories de GRAY ont naturellement été exploitées par des écrivains d'avant-garde comme B. ADAMS. *Centralization and the law*, 23, 45-63, qui écrit des lignes telles que celles-ci : « la loi est la résultante du conflit de forces qui naît de la lutte pour l'existence parmi les hommes... Il n'y a pas de principes légaux abstraits... La classe dominante, qu'elle soit les prêtres ou les usuriers, les soldats ou les banquiers, façonne la loi en sa faveur... Le législateur ou le juge n'est que l'instrument subconscient par l'intermédiaire duquel... la volonté de la classe dominante est rendue effective. »

tent pas à le définir un droit fait par les juges. Les légistes, attachés aux traditions professionnelles, continuent, sous les inspirations du classique anglais BLACKSTONE (1), à y voir « une coutume générale et immémoriale déclarée telle de temps à autre par les décisions des cours de justice » (2). Peu importe la qualification. Elle ne saurait changer la nature et la provenance du produit qualifié. Ce qui est certain, c'est que ce droit n'est écrit que dans les sentences judiciaires. C'est donc l'équivalent de ce que nous appelons en France la *jurisprudence*, avec cette différence toutefois que chez nous, -- comme dans tous les pays latins et germaniques que les Américains groupent sous le nom de pays de *civil law* pour les opposer à ceux qui ont adopté comme fond commun de leur droit

(1) *Commentaries*. Introduction, section 3, 1, *in fine*. Sa définition a été reproduite et développée dans les commentaires de STEPHEN, édition de 1886, I, 53. « Les juges, dit STEPHEN, sont les dépositaires des lois, les oracles vivants qui doivent décider dans tous les cas de doute et qui sont obligés par serment à décider conformément à la loi du pays ».

(2) Cf. les développements d'EDWARD JENKS, dans l'auto-récension de son *Digest of english civil law* qu'il a donnée en une série d'articles de 30 *Harv. Law Review*, 15 et s., 114 et s., ainsi que ceux de BALDWIN. *Education for the bar in the U. S.* dans 9 *American Political Science Review*, 437 et, en sens divers. LEFROY. *Judge-made-law* dans *Law Quarterly Review*, XX, 339 et XXII, 293, 416 ; M.-C. KLINGELSMITH. *The continuity of case-law*, 58. *Pennsylvania Law Review* 399 ; WILLIAM H. HORNBLÖWER. *A century of judge-made-law*, 7, *Columbia Law Review* 453 ; ALEXANDER LINCOLN. *Relations of judicial decision to the law* 21. *Harv. Law Rev.* 120 ; ROSCOE POUND. *Juristic science and the law*, 31. *Har. L. Rev.* 1047 et *Administrative application of legal standards*, XLIV. *Ann. Bar Ass. Reports*, 446-462 ; JAMES E. CARTER, *Law and its origin, growth and function*, 183-193 ; CH. E. CARPENTER, *Courts decisions and the common law*, 17, *Columbia Law Review*, 593 ; ORRIN N. CARTER, 40, *Am. Bar. Ass. Rep.* 873.



le *common law* anglais, — la jurisprudence met en œuvre des textes législatifs, tandis que les cours des pays de *common law* interprètent une coutume qui, avant la consécration législative, n'était écrite nulle part. Le *statute-law*, c'est le droit établi par la branche législative du gouvernement : le Congrès fédéral ou les législatures d'Etats. Les statuts américains sont les correspondants de nos lois ou textes législatifs, mais les correspondants d'allure beaucoup plus modeste.

Les textes du *statute law* américain sont loin d'avoir l'autorité de fait que nous sommes tentés de leur prêter en les identifiant avec nos lois continentales. Trop souvent ces statuts, les statuts d'Etats plus encore que les statuts fédéraux, ne sont que l'expression d'un désir populaire de réforme et non la preuve de la réalisation effective de la réforme souhaitée. Nous nous méprendrions étrangement sur leur signification réelle, si nous jugions les rapports américains entre le droit des statuts et le droit des décisions judiciaires d'après ceux qui règnent chez nous entre la loi et la jurisprudence, ou même en Angleterre entre le *statute law* et le *case-law*.

SIR COURTENAY LIBERT, dans un article consacré à l'étude d'un livre alors récent du professeur ERNST FREUND (1), a fort bien défini la distance qui sépare à cet égard le statut américain du statut anglais ou de la loi française. « Il faut rappeler, dit-il, que l'attitude du juriste américain à l'égard de la législation n'est pas la même que celle du juriste anglais. Le juriste américain est porté à concevoir ses législatures comme des corps dont l'acti-

(1) *Standards of American Legislation*, Chicago University Press. 1917, publication issue d'une série de leçons faites en mars 1915 à l'université Johns Hopkins.



vité doit être contrôlée, et est effectivement contrôlée, par les cours. La différence fondamentale entre les législatures américaines et la législature qui siège à Westminster est que cette dernière est souveraine et omnipotente alors que les autres ne le sont pas » (1). L'action du statut américain est freinée par un réseau subtil de limitations constitutionnelles. « Les représentants des intérêts affectés par cette législation sont toujours à l'affût de ces fissures et les juristes sont entraînés à les découvrir et à arguer de leurs effets. Le risque pour une loi d'être « renversée » est l'un des « hasards de la législation » auxquels le professeur FREUND se réfère (2), pour dégager le critère pratique de distinction entre le concept américain de la « justice judiciaire » et notre concept continental de la législation.

Les rôles respectifs des législatures et des cours américaines dans l'élaboration du droit sont illustrés en un rapprochement plus saisissant encore avec les institutions constitutionnelles anglaises par le professeur REED POWELL, qui, dans l'un des derniers fascicules du *Journal de la Société de législation comparée de Londres*, clôt une pénétrante étude du contrôle des cours de justice sur l'exercice par les législatures de leurs pouvoirs de police (3) par cette conclusion : « La Cour suprême des

(1) *American legislatures and american courts*, dans *Journal of the Society of comparative legislation*, avril 1918, N. S., n° 40, p. 42.

(2) *L. c.*, p. 43.

(3) Le mot *police* est pris ici dans son sens américain, avec l'acception extensive qu'il avait dans la langue de notre ancien droit. Il désigne l'ensemble des mesures d'administration prises pour défendre l'intérêt public contre le heurt des intérêts et des droits individuels. Le juge CH. W. HUGHES, *Due process of law*, dans 32, *Har-*



Etats-Unis est le substitut américain de la Chambre britannique des Lords. Elle constitue la véritable et seule seconde Chambre conservatrice du gouvernement fédéral ». Les Cours suprêmes d'Etats remplissent la même fonction de seconde chambre conservatrice dans les gouvernements d'Etats. Contre leur opposition à l'entrée en vigueur de statuts, il n'est d'autre recours possible que par la voie de l'amendement à la Constitution. « Et il faut ajouter qu'un amendement à la Constitution fédérale est probablement quelque chose de plus difficile à obtenir que l'érection en loi par les communes d'un bill rejeté par les Lords » (1).

Harvard Law Review, 231, en donne cette définition : « c'est l'expression concrète de la souveraineté ».

(1) *The police power in American constitutional Law* dans *Journal of comparative legislation*, 3^e série, 1, 3, octobre 1919, p. 174 ; REED POWELL reprend l'idée exprimée sous une forme humoristique, dans le numéro de mai 1918 de l'*American political science review*, par ALBERT KALES qui dit que, lorsqu'on sollicite des juges l'exercice de leur contrôle législatif, la formule courante « plaise à la cour » n'est plus de mise et qu'il convient de leur parler sur le ton révérencieux qu'on prend pour aborder les lords anglais. Le rapprochement, esquissé par MM. KALES et REED POWELL avec la légèreté de touche d'écrivains qui savent ce que valent ces comparaisons, est développé avec une curieuse gravité dans un article d'*Harvard Law Review* (XXVII, 1913-1914, pp. 45-67) qui montre combien ceux des juristes américains, dont l'horizon ne s'étend pas au delà de la pratique nationale, ont peine à réaliser notre conception européenne de la législation. Dans cet article M. HUBERT POPE se demande pourquoi les cours de justice anglaises ne sont pas également autorisées à « annuler » pour cause d'inconstitutionnalité les statuts du parlement britannique. Il n'est, d'après lui, d'explication possible à ce phénomène mystérieux que dans le fait historique que le parlement anglais « a été une cour de justice avant d'être une législature au sens moderne du mot » et qu'il demeure aujourd'hui « la plus haute cour du royaume ». Le congrès fédéral américain, n'étant pas placé au som-

Dans une communication à l'un des meetings annuels de la *Philadelphia Bar Association*, M. JAMES BECK, développant une thèse historique fort paradoxale et s'efforçant de relier par un lien de filiation directe les attributions législatives des cours américaines aux droits politiques de nos anciens parlements, signale la similitude, en elle-même frappante, entre les pouvoirs exercés à l'heure présente par les juges américains et ceux que nos parlementaires du XVIII^e siècle avaient cherché à tirer de leur droit de vérification et d'enregistrement des ordonnances (1).

Non moins significatif est le langage devenu courant dans la littérature américaine pour qualifier l'épreuve que tout statut peut être appelé à subir avant de prendre place définitivement dans le *statute-book* (2). Si les qua-

met de la hiérarchie judiciaire, n'a pas qualité, quand il élabore une loi, pour déterminer ce qu'elle peut valoir au point de vue constitutionnel. Ses opinions à cet égard ne sont que des « jugements législatifs » dénués d'autorité. Tandis que le parlement britannique, par là-même qu'il cumule les pouvoirs judiciaire et législatif, a compétence, en tant que cour suprême, pour juger la valeur constitutionnelle de ses propres actes législatifs.

(1) La communication de M. BECK ne m'est connue que par l'analyse qui en a été donnée dans le *Journal of the Society of comparative legislation*. N. S., XXXVI, juillet 1916, p. 365.

(2) Pour se convaincre que ce n'est pas là une expression imagée, il suffira de se reporter à l'édition des *Compiled Statutes of U. S.* de 1919. A l'endroit, par exemple, où l'on s'attend à trouver le texte, qui a soulevé de si ardentes controverses, du *Child Labor Law*, on ne relèvera que cette courte note : « Cet acte prohibant la transportation dans le commerce entre états des produits du travail de l'enfant a été déclaré inconstitutionnel dans *Hammer v. Dagenport*, 38 *Supreme Court*, 529, et par conséquent, est omis dans cette compilation »



lificatifs *veto judiciaire* (1), *censure judiciaire* (2) sont déjà des expressions de combat, il en est d'autres qui se retrouvent indifféremment sous la plume des défenseurs comme des adversaires de la suprématie des juges, comme « *contrôle judiciaire* » (3) et surtout « *judicial review* » (4). C'est le terme le plus usuel. Mot technique

(1) NOEL SARGENT. *The american judicial veto*, dans 51, *American Law Review* 663 HENRY H. BALLANTINE, *Labor legislation and recall of judicial veto*, dans le numéro de septembre 1912 de *Case and Comment*; F. E. CHIPMAN, *The veto power of judges*, dans *Legal Bibliography* d'octobre 1912.

(2) ERNST FREUND. *Constitutional limitations and labor legislation* dans 4, *Illinois Law Review*, p. 609-623. Cet article consacré à l'examen des décisions, assez divergentes, émises par les cours suprêmes en ce qui concerne la constitutionnalité des statuts limitant les heures de travail, s'inspire de tendances plutôt conservatrices. C'est, d'ailleurs, le professeur FREUND qui a écrit depuis (*Standarts of American legislation*) ces mots significatifs : « il est nécessaire de garder à l'esprit que les cours représentent ce que nous avons de mieux comme gouvernement ». Il est d'autant plus frappant de le voir employer, à la page 623 de cet article une formule comme celle-ci : « La marche des décisions judiciaires dans la matière des huit heures de travail révèle une censure (*censorship*) judiciaire qui n'est basée sur aucun principe fixe », et de l'entendre constater que la « politique judiciaire » dont il suit les manifestations « cherche à cristalliser en normes de droit constitutionnel des théories économiques » (p. 623) qui, en Europe, « ne sont regardées que comme des matières de politique, et non de droit et sont, par conséquent, dans le contrôle reconnu de la législation » (p. 614).

(3) DAVID K. WATSON. *The Constitution of U. S.*, Chicago 1910, tome II, p. 1192.

(4) EDWARD S. CORWIN. *The doctrine of judicial review*. Princeton University Press 1914; OSCAR L. POND. *Methods of judicial review in relation to the effectiveness of commission control* dans *Annals of Am. Academy of pol. and Soc. Science*, mai 1919, pp. 54-65. Compte rendu de LEFROY. *Short treatise of canadian constitutional Law* dans 32, *Harvard Law Review*, 383. Cf., même revue, XXXI, 476. C'est aussi le langage des juges, celui qu'on retrouve



qui désigne le travail de vérification auquel le juge d'appel soumet l'œuvre du juge de première instance.

La formule, devenue classique, du professeur GRAY, qui contient une large part de vérité universelle, n'est vraie dans toute sa lettre que pour le statut américain : « Les statuts, écrit-il, ne trouvent pas leur interprétation en eux-mêmes : leur signification est déclarée par les cours et c'est avec la signification déclarée par les cours, et avec nulle autre signification qu'ils sont imposés à la communauté comme loi (1) ». Le législateur américain n'a pas, comme le nôtre, les moyens de faire prévaloir son texte sur cette glose judiciaire. Car les juges américains ont toujours l'ultime ressource, pour briser ses résistances, de traiter comme inconstitutionnels ceux de ses textes qu'il ne consent pas à plier à leur interprétation. Le *statute-law* est donc inapte à nous donner à lui seul une vision exacte des réalités actuelles de la vie juridique américaine.

Cette situation humiliée du statut américain est la résultante, d'une part, de l'extension prise, depuis un peu plus d'un quart de siècle, par le contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois, et, d'autre part, de l'extrême liberté d'allures, que l'interprétation judiciaire des statuts a conquise au contact du contrôle de constitutionnalité. Il y a bien encore un troisième facteur : c'est l'influence de l'éducation légale et, en particulier, la

notamment dans le *Lochner Case* (198, U. S. 45) où l'opinion de la Cour s'exprime en termes sévères sur « les statuts de la nature de celui *under review* ». Cf. DOBBYNS, 43, *Illinois Law Review*, p. 90.

(1) J.-C. GRAY. *The nature and sources of the law*. New-York, 1909, § 366.



répercussion exercée sur la marche générale du droit par une méthode d'enseignement que l'action attractive des maîtres d'Harvard a largement propagée dans l'ensemble des Etats-Unis : la *méthode du cas*.

Cette méthode a été signalée à l'attention des juristes français, d'abord par M. NERINX (1) qui porte sur elle un jugement sévère, mais que l'on sent hâtif et teinté de prévention, puis par un docteur français, à qui un séjour prolongé à l'Université Harvard a permis d'en pénétrer le mécanisme et qui, l'ayant pratiquée, en parle sur un ton d'enthousiasme peut-être incompatible avec la réserve de la liberté d'examen (2). Nous aurions profité à l'étudier de plus près. Elle nous permettrait, par sa comparaison, de mieux comprendre, et ce que vaut le procédé d'enseignement du droit dont nous sommes dotés, et ce qui nous a manqué jusqu'ici pour lui faire porter tous les fruits qu'il devrait donner. Ce serait une étude facile à conduire. Les matériaux sont rassemblés d'avance, tant dans la bibliographie, vraiment exhaustive, de la littérature du *case-system* jusqu'à 1918 que l'éminent doyen de la faculté de droit d'Harvard, M. POUND, a donnée en annexe à la remarquable publication de centenaire de son école (3), que dans les enquêtes poursuivies, soit pour le compte de la *Carnegie Foundation for the advancement of teaching* par M. JOSEF REDLICH (4), soit, pour leur

(1) *L'organisation judiciaire aux Etats-Unis*, 420-430.

(2) PIERRE LEPAULLE. *Le système du cas et la méthode socratique dans les écoles américaines*. *Revue internationale de l'enseignement*, mai-juin 1920, 461.

(3) *Centennial history of the Harvard Law School, 1817-1917*, pp. 365-372.

(4) *The common law and case-method in American University law schools*. Bulletin n° 8 de la *Carnegie Foundation f. a. of tea-*



compte personnel, par des observateurs anglais ou australiens, comme le professeur HARRISON MOORE (1). Mais c'est là un sujet qui ne saurait être abordé de façon incidente.

Qu'il me suffise de constater que cette méthode, que ses partisans qualifient socratique et inductive, mais qu'un enquêteur, qui lui est favorable, a plus exactement appelée empirique (2), cherche à s'inspirer, en les dominant et les assouplissant, des lois même de la formation par la pratique, de l'éducation dans l'office du praticien. Sans aucune préparation préalable, sans tolérer l'aide de manuels ou de cours d'exposition synthétique, elle place, dès la première minute, l'étudiant en face des problèmes juridiques tels qu'ils se posent dans la pratique, sous la forme de « *cas de lois* » soumis aux juges au travers d'espèces concrètes. Elle l'exerce à dégager, sous la direction discrète du professeur, les principes mis en jeu dans chaque « cas » ainsi que les raisons d'être de la conciliation donnée par la jurisprudence à ces principes en conflit, et ne l'abandonne à lui-même que quand le maniement quotidien, prolongé pendant des années, des recueils de « *cas choisis* » l'a mis en possession suffisante des secrets du raisonnement judiciaire.

En présentant aux futurs juristes les décisions des cours de justice comme les seuls matériaux de la loi qui soient dignes de vénération et d'étude, elle conduit à des

ching, New York, 1914. Une bonne analyse critique de ce rapport a été donnée par le professeur COURTNEY KENNY dans *Journal Society Comparative Legislation*, N. S., XXXVI, 182-192.

(1) *Legal education in the U. S. Journ. Soc. Comp. Leg.* N. S., XXVIII, 207-212.

(2) JOSEF REDLICH, p. 57 du rapport précité.



résultats exactement opposés à ceux de notre méthode traditionnelle d'éducation légale. La plupart de nos étudiants sortent des écoles de droit, ayant entendu comment pendant trois ans les textes de nos Codes et de nos lois spéciales, mais sans avoir jamais ouvert un volume du *Dalloz* ou du *Sirey*. Ce qui ne présente, d'ailleurs, d'inconvénients que pour eux, et non pour l'intérêt général. Le premier contact de la pratique leur apprendra ce que vaut et ce que peut la jurisprudence, et les obligera à compléter eux-mêmes leur éducation professionnelle. L'étudiant, formé à la discipline du *case system*, quitte les banes de sa faculté avant d'avoir eu sous les yeux un recueil quelconque de textes législatifs, et le plus souvent sans même avoir entendu lire et expliquer les dispositions les plus importantes des statuts récents. M. HORACE A. DAVIS (1), évoquant, pour le critiquer, l'enseignement qu'il a reçu jadis à l'Université, fait cette constatation : « Quand j'ai été admis au barreau, je n'avais étudié que deux statuts, le *statut of frauds* (un vieux statut anglais de 1677) et le Code de procédure civile (2). Je regardais le *common law* (c'est-à-dire la jurisprudence) comme un guide approprié aux conditions existantes et les recueils d'arrêts comme les seules sources d'information pour montrer le développement et les transformations modernes. Avec un livre de statuts entre les mains, je me sentais aussi embarrassé qu'un homme tombé à la mer. »

(1) *Instruction in Statute Law* dans 6. *Illinois Law Review*, 126.

(2) M. Davis appartient à l'état de New-York qui, en 1848, a donné le branle à un mouvement en faveur de la codification — dans un sens réformateur — de la procédure civile.



Je m'empresse d'ajouter qu'il serait injuste de faire peser sur la *méthode du cas* la responsabilité intégrale de cette exclusion du *statute law* dans l'enseignement universitaire américain. Les conclusions de l'enquêteur autrichien qui, en 1914, la présentait comme devenue nettement prédominante dans les grandes écoles des États-Unis, ont été énergiquement contestées, dans les pages d'introduction au rapport REDLICH, par le président du bureau qui avait organisé cette enquête (1). La méthode du cas est encore en lutte avec des méthodes rivales qui comptent d'ardents défenseurs. Mais ses concurrentes ne se séparent d'elle que par une direction plus synthétique donnée à l'étude de la jurisprudence. Leur horizon ne s'étend pas plus que le sien au delà du cercle borné des décisions judiciaires. Rares sont les maisons d'éducation juridique qui commencent à glisser dans la partie facultative de leurs programmes, un enseignement subsidiaire du *statute law*, comme l'a fait *Northwestern University* à Chicago sous l'impulsion du doyen WIGMORE (2) — une

(1) Bulletin n° 8 de la *Carnegie Foundation*, p. vi. Il fait remarquer que, sur 150 écoles de droit américaines, le professeur REDLICH n'en a visité que 10 et que 4 sur ces 10 n'employaient pas du tout la méthode du cas, alors que, parmi les six restantes, il y en avait qui ne l'employaient pas complètement. M. ALBERT KOKOUREK, *The Redlich Report and the case system* 10, *Illinois Law Review*, 331, constate aussi qu'il y a une large part d'arbitraire dans la classification faite par l'enquêteur entre les écoles américaines, qui l'a amené à ne retenir qu'une dizaine d'entre elles comme formant le groupe des Universités dirigeantes.

(2) *Association of American Law Schools Reports*, 1915, 34-37 et *Nova Methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ*, 30. *Harv. Law Rev.*, 823. L'impréparation du praticien à l'étude du statut est encore augmentée par l'absence habituelle de direction sociologique (WILLIAM LEWIS DRAPER, *Legal education and the fai-*



des grandes figures de la science américaine d'aujourd'hui, — ou encore l'université Columbia à New-York, dont l'organe juridique — *Columbia Law Review*, — se distingue de la plupart des revues similaires en s'ouvrant de temps à autres à des études comparatives sur les statuts des divers états de l'Union. Si quelques juristes s'engagent, à la suite du professeur ERNST FREUND (1), dans une propagande en faveur de la représentation de l'étude des statuts dans les écoles de droit, ils sentent que, pour avoir chance d'aboutir, ils doivent présenter leurs revendications sous des formes extrêmement modestes. L'un des plus hardis d'entre eux propose, comme idéal à assigner pour l'instant à cette campagne, l'introduction dans le cycle triennal d'études d'un cours semestriel de *statute law*, qui soit classé parmi les cours obligatoires (2).

Pour réagir contre l'influence de l'éducation scolaire, et rappeler son existence au juriste, le *statute law* ne dispose pas des mêmes moyens énergiques que notre jurisprudence. Car ce n'est pas devant les législatures, mais bien devant les cours de justice que le juriste est appelé

lure of the bar to perform its public duties, 45. *American Law Register*, N. S. 629; *The social sciences as the basis of legal education*, 61. *University of Pennsylvania Law Review*, 530 et POUND. *The need of a sociological jurisprudence*, 30. *Amer. Bar Association Reports* 914) et surtout de direction comparative (LEE. *Looking forward*, 30 *Harv. Law Rev.* 792-802) dans l'enseignement du droit.

(1) *The interpretation of statutes*, 65. *University of Pennsylvania Law Review*, 1916, 207; *A course in statutes*. *Association of American Law Schools Reports*, 1916, 160-165 et *Standards of American Legislation*, 313-314; Cf. NATHAN ISAACS, *The Schools of jurisprudence*, 31. *Harv. L. Rev.*, 409.

(2) H.-A. DAVIS, 6. *Illinois L. Review*, 429.



à remplir son ministère, et celles-ci seront plus portées à lui inculquer le respect de leurs propres traditions qu'à éveiller chez lui le souci de s'enquérir des volontés du législateur. La formation scolaire prépare ainsi l'élite universitaire des praticiens à devenir l'auxiliaire bénévole de la jurisprudence dans son effort pour défendre le *common-law*, — c'est-à-dire ses propres doctrines, — contre la pénétration des vues adverses du *statute law* (1). Je me garderai bien de contester l'influence que cette orientation de l'enseignement juridique a exercée sur le développement des phénomènes que je vais avoir à retracer dans les chapitres suivants. Mais ce troisième facteur n'est lui-même qu'une résultante des deux autres. L'attitude de dédain et d'ignorance de l'éducation légale à l'égard des statuts ne tient pas uniquement à la diversité des lois d'Etats et à la difficulté de les embrasser d'un seul coup d'œil. Elle s'explique, avant tout, par la situation de plus en plus accusée d'instabilité, et d'infériorité par rapport à la loi coutumière, où le *statute law* s'est vu reléguer à mesure que grandissait et se consolidait le contrôle des cours de justice sur la constitutionnalité des actes législatifs.

(1) C'est ce qui explique qu'un maître du barreau, devenu un des plus hauts dignitaires de la magistrature fédérale, WILLIAM HORNBLOWER (*A century of judge-made-law*, dans 7 *Columbia Law Review*, 453), ait pu, avec l'approbation d'un très grand nombre de ses lecteurs, revendiquer pour le droit fait par les juges une autorité très supérieure à celle du droit fait par les législatures.



CHAPITRE II

LE CONTROLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AVANT 1883

Il ne rentre pas dans mon programme de rechercher les origines de ce contrôle. C'est là un problème que les luttes ardentes d'opinion de ces dernières années ont remis à l'ordre du jour. Mais il ne semble pas que ces discussions contradictoires entre écrivains, également soucieux de plier l'histoire à leurs vues intéressées, aient ébranlé aucune des conclusions de l'impartiale étude de JAMES BRADLEY THAYER (1). Il a définitivement établi que, si beaucoup d'entre les Constituants de 1787 ont personnellement souhaité que les tribunaux conquissent un contrôle constitutionnel — infiniment plus modeste d'ailleurs que le contrôle d'aujourd'hui — ils se sont gardés d'exprimer ce vœu dans la Constitution fédérale pour éviter d'en provoquer l'avortement, et ont intentionnellement laissé la question ouverte (2). Il a dévoilé le vide

(1) *The origin and the scope of the american doctrine of constitutional Law*, paru d'abord en 1893 dans 7 *Harvard Law Review*, 429 et réimprimé dans ses *Legal Essays*, Boston, 1908, pp. 4-39, avec de longues et précieuses notes tirées de sa biographie de Marshall.

(2) Sur les tentatives faites pour reviser, dans un sens ou dans l'autre les théories de THAYER, cf. l'article : *The great usurpation*



des arguments tirés, soit des précédents d'avant 1787 (1), soit de l'article VI de la Constitution (2), retracé les débats et les luttes dont le contrôle judiciaire de constitutionnalité a formé l'objet pendant la fin du XVIII^e siècle et montré qu'il n'a fait son entrée dans le droit fédéral qu'en 1803, grâce à l'opinion délivrée par le chief-justice MARSHALL dans *Marbury v. Madison*.

Ces questions n'ont plus d'ailleurs qu'un intérêt historique.

dans 40 *American Law Review*, 356; C.-A. BEARD. *The supreme court : usurper and grantee*, dans le numéro de *Political Science Quarterly* de mars 1912 et son petit livre : *The Supreme court and the constitution*. New-York, 1912, ainsi que GEORGE W. WICKERSHAM. *The police power* dans 27, *Harvard Law review*, 1913-1914, p. 301. Les écrivains dévoués à la défense des situations acquises du pouvoir judiciaire se bornent aujourd'hui à constater que, si cette attribution des tribunaux n'est pas directement affirmée par la constitution, elle a « reçu l'approbation du grand corps du peuple américain » (WATSON, *The constitution of U. S.*, p. 4192) ou qu'il « est beaucoup trop tard pour mettre en question l'existence réglée de ce pouvoir des cours américaines (note dans 30 *Harvard Law Review*, p. 387).

(1) Ces décisions de cours d'états antérieures à 1788, « insuffisantes en nombre pour garantir l'assertion que la doctrine était déjà établie » (REED POWELL dans 26. *Political Science Quarterly*, 546), appliquaient les termes de chartes qui, édictées par une autorité externe et supérieure à la communauté coloniale, étaient des lois au sens le plus strict du mot. Et celles qui sont antérieures à la déclaration d'indépendance se relient à un système de gouvernement sans rapport avec celui qui est né de la constitution de 1787-1789. THAYER, *l. c.*, p. 3 et s. Cf. MEIGS. *The relation of judiciary to the constitution*. New-York 1919, et WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 1, 5.

(2) L'argument emprunté, soit à la nature écrite de la constitution, soit au serment des juges de la respecter, malgré la réfutation décisive dans sa concision qu'en a donnée THAYER, p. 2, est celui qui traite avec le plus de persistance dans la littérature du *case-law* constitutionnel. On le retrouvera à plusieurs reprises dans les deux importants volumes de WILLOUGHBY. *The constitutional law of U. S.* New-York, 1910.



Qu'il nous suffise de constater que, au lendemain de la guerre de sécession, le contrôle judiciaire était implanté, et sous une double forme: l'une, qui se présente comme une conséquence presque inéluctable du type américain de régime fédéral, — devoir pour les juges de refuser leur concours à l'exécution de statuts inconstitutionnels d'États, et supervision générale par la Cour suprême fédérale de l'exercice de ce devoir par les cours d'États, supervision déjà prévue par le *Judiciary act* de 1789; — l'autre, beaucoup plus hardie et constituant l'élément qui a imprimé sa physionomie originale à tout l'ensemble du droit public et privé américain, — contrôle de constitutionnalité exercé par la Cour suprême fédérale, non plus sur le travail d'autorités subordonnées, mais sur celui d'autorités égales et coordonnées, les pouvoirs législatif et exécutif fédéraux.

On a décrit jadis, dans une fort intéressante séance de la Société de législation comparée (1), ce que fut ce contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois pendant la période antérieure à 1880-1883, alors qu'il se cantonnait encore d'ordinaire (2) dans les limites prudentes, définies, à la lumière des décisions anciennes, par le juge COOLEY (3) et par le professeur THAYER (4). Ce n'était

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1902, p. 240 et s.

(2) Il suffit de rappeler les fameux arrêts sur le *legal tender*, le revirement de la Cour suprême sur la question du cours forcé du papier fédéral et la façon dont ce revirement fut obtenu, pour montrer que, même en ce temps-là, les cours ne restaient pas complètement étrangères aux grandes querelles de la vie politique.

(3) *Constitutional Limitations*, 7^e édition, 222-246; *Principles of constitutional Law*, 164. Cf. STORY, *Commentaries on the constitution*, sect. 399 et s.

(4) *Legal Essays*, p. 21 et s. Ces règles sont encore reproduites dans le manuel de WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 9-21 et dans

encore qu'un simple contrôle de compétence, qu'un examen de l'aptitude du législateur à traiter certains sujets, et non de l'exercice qu'il avait fait de cette aptitude; qu'une mesure extrême, destinée à n'être employée que très rarement comme sauvegarde suprême contre une violation de texte constitutionnel « si manifeste qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (1). On proclamait encore, même dans les milieux judiciaires, qu'il ne suffisait pas qu'une loi fut injuste ou dangereuse pour justifier une déclaration d'inconstitutionnalité et que cette arme redoutable ne pouvait point être utilisée par les cours pour opposer leurs conceptions de morale sociale ou de justice économique à celle des législatures. On comprend que, se présentant sous des dehors d'aussi sage modestie, cette construction du droit constitutionnel américain ait inspiré une admiration sans réserve à des jurisconsultes de la valeur de JALABERT, SALEILLES et THALLER. Peut-être l'auteur de l'importante communication qui provoqua en 1902 cet échange d'idées, entre les membres de la Société de législation comparée aurait-il été entraîné lui-même, par l'enthousiasme de ses auditeurs, à s'associer à leur vœu en faveur de l'introduction

des œuvres récentes de vulgarisation scolaire, comme celle de JAMES T. YOUNG. *The new american government and its work*. New-York. Macmillan, 1918, p. 282. L'impossibilité de les concilier avec la pratique actuelle est reconnue, non seulement par des publicistes à tendances critiques, comme W. F. DOOB, *Growth of judicial power*, 24 *Political Science Quarterly*, 193, mais aussi par des magistrats, comme BALDWIN, *The american judiciary*, 103. Cf. ORRIN N. CARTER, 40, *Am. Bar Ass. Reports*, 872.

(1) Formule que THAYER, *l. c.*, emprunte à une opinion émise en 1811 au nom de la Cour suprême de Pennsylvanie par le chief-justice Tilghman.

Lambert



dans notre organisme constitutionnel de ce rouage américain, si une correspondance avec le professeur THAYER ne lui avait fait pressentir les ombres qui allaient se profiler sur ce tableau de sereine justice constitutionnelle.

Je note, au passage, dans la littérature née de cette communication, une formule trop couramment employée aujourd'hui pour définir ce contrôle judiciaire de constitutionnalité et qui risque de nous empêcher d'en comprendre le fonctionnement initial et surtout les développements ultérieurs. Je l'emprunte à un suggestif article de la *Revue du droit public* (1) : « Il est inexact de dire, écrit-on, que les tribunaux américains sont juges de la constitutionnalité des lois : tout ce qu'ils ont le pouvoir et le devoir de faire, c'est, à l'occasion d'un procès porté devant eux, non pas d'annuler, mais de refuser d'appliquer une loi qu'ils estiment inconstitutionnelle ». Et l'on illustre fréquemment cette description par une comparaison avec l'acte du juge de paix se refusant à réprimer l'infraction à un arrêté municipal illégal. C'est oublier deux choses également essentielles :

1° L'autorité du cas jugé. Sans doute elle est, en fait, je le montrerai plus loin, moins absolue aux États-Unis qu'en Angleterre (2). Mais l'aptitude de la sentence judi-

(1) XXIX, 1912, pp. 142-143. Cet article résume très fidèlement les vues exposées par lord BRYCE, dans sa *République Américaine* (I, pp. 371-378 de l'édition française de 1911) qui, publiée en 1888, continue, au travers des rééditions successives, à nous décrire le contrôle de constitutionnalité des lois sous la forme modérée et conciliante qu'il a gardée jusque vers 1883.

(2) Ce n'est pas seulement dans le domaine du droit constitutionnel (WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 51-52, 1028-1029 ; BALDWIN, *The american judiciary*, 56-57), mais aussi, quoique moins largement, dans le domaine du droit privé, que la doctrine traditionnelle du *stare decisis* a eu à subir d'assez nombreuses entorses. Un

ciaire à dégager la règle de droit n'en demeure pas moins la source et le fondement de tout le *case-law* américain, de ses chapitres de droit constitutionnel aussi bien que ses chapitres de droit privé (1). Et, par conséquent, quand la Cour suprême des Etats-Unis affirme l'inconstitutionnalité d'un statut fédéral, ou une Cour suprême d'Etat celle d'un des statuts de sa législature locale, cette affirmation lie désormais, non pas seulement

émule américain de l'ex-président Magnaud, le juge Robinson, membre de la Cour suprême du North Dakota, a attiré sur sa jurisprudence particulière l'attention et la discussion publiques en s'abstenant le plus possible dans ses arrêts de citer des autorités antérieures et en y affirmant son intention de juger « d'après la loi, la raison et la justice » plutôt que d'après les précédents. Cf. ANDREW A. BRUCE *Judicial Buncombe in North Dakota*, dans 88. *Central Law Journal*, 136, la réplique du juge Robinson dans le même volume, p. 175, et la note *Rule and discretion in the administration of justice* dans 33. *Harvard Law Review*, 1920, 972-976. Ces manifestations bruyantes d'un juge isolé seraient dénuées d'importance réelle, si elles ne coïncidaient, d'une part, avec un mouvement doctrinal de révision critique du dogme de l'autorité indéfinie du cas jugé (Cf. WIGMORE, *Evidence*, V. introduction, 8 et 9, l'article *The law of the case* dans 51. *Canada Law Journal* 95, CHARLES E. BLYDENBURG. *Stare decisis* dans 86 *Central Law Journal*, 388 et la note *Stare decisis* dans 34 *Harv. L. Rev.* novembre 1920, 74-76), et surtout avec la tendance, qui commence à s'affirmer chez quelques cours, à secouer ouvertement, en cas d'extrême nécessité, l'autorité du précédent, au lieu de recourir au détour traditionnel des *distinctions*. Cf. la décision d'une Cour d'appel de circuit en 1919 dans *Johnson v. Cadillac Motor Car*, 261 *Federal Reporter*, 878, celle de la judicature de l'Oklohama en 1920 dans *Mc Cray v. Miller*, 186. *Pacific Reporter* 1089, et l'arrêt de la Cour suprême U. S. en 1914 dans *Cleveland v. Pittsburg R. R. v. City of Cleveland*, 235 U. S. 50.

(1) Cf. STONE. *Law and its administration*, ch. II, 27-50 et les livres de GRAY. *Nature and sources of the law* et de H. CAMPBELL BLACK. *Handbook of the law of judicial precedents*, St-Paul. West-pub. Co 1913.



les juridictions subordonnées, mais aussi la juridiction qui l'a émise. Par le jeu de l'« *authoritative opinion* », la Cour qui, à l'occasion d'un procès déterminé, déclare une loi nulle pour cause d'inconstitutionnalité, lui ferme une fois pour toutes l'application judiciaire ;

2° Les pouvoirs d'équité des cours. Cette juridiction d'équité les autorise à adresser des « *injunctions* » — des ordres obligatoires et sanctionnés d'agir ou de s'abstenir — non seulement aux particuliers, mais aux fonctionnaires publics. C'est ainsi que, au cours des luttes qui ont précédé la ratification du 18^e amendement à la Constitution fédérale, quand les intéressés ont voulu saisir la Cour suprême des Etats-Unis de l'examen de la constitutionnalité du texte d'attente défendant la fabrication et la consommation des boissons alcoolisées pendant la durée légale de la guerre, le *War Time Prohibition Act* du 21 novembre 1918, l'un des moyens auxquels ils ont recouru a été la demande de délivrance d'*injunction* contre les percepteurs de l'impôt en vue de leur défendre d'accomplir les actes prévus par le dit statut (1). On sait aussi que les cours ont fait, dans les conflits du travail et du capital, un si large usage de cette arme de l'équité —

(1) La constitutionnalité de l'acte fut d'ailleurs admise par la Cour suprême des *U. S. Hamilton v. Kentucky distilleries and Warehouse Co* et *Dryfoos v. Edwards. U. S. Sup. Court* 589 et 602, Oct. Term 1919. Les cours suprêmes d'état avaient adopté à cet égard des attitudes variées, celles de Kentucky et de Rhode Island déclarant l'inconstitutionnalité, alors que celle de New-York la rejetait. Cf. 33 *Harvard Law Review* 1919-1920, p. 608 et le supplément : *Record of political events* au tome XXXV de *Political Science Quarterly*, pp. 44 et 69. Cf. aussi les renseignements qui seront donnés plus loin sur la procédure suivie pour déférer aux tribunaux le jugement de la constitutionnalité de l'*Adamson Law* ou de la loi de l'Oregon sur le salaire minimum d'existence.

c'est ce qu'on a appelé le « gouvernement par injonction » (1) — qu'elles ont provoqué les réactions, d'ailleurs inefficaces, du *Clayton Act* du 15 octobre 1914 (2). La juridiction d'équité fournit donc aux cours le moyen de fermer aux lois jugées inconstitutionnelles la voie de l'application administrative aussi bien que celle de l'application judiciaire. La déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité obtenue par le jeu de la litigation équivaut si bien, au point de vue pratique, à une annulation des statuts que les auteurs de révisions ou de compilations de statuts n'hésitent pas à écarter de leurs recueils, comme ayant perdu toute autorité, les textes ainsi censurés (3).

(1) STIMSON. *The modern use of injunction* dans 10. *Political Science Quarterly*, 489; DEAN. *Government by injunction*, 4 *Green Bag*, 540; GREGORY. *Government by injunction*, 41 *Harvard Law Review*, 487; ALLEN *Injunctions and organized labor*, 28 *American Law Review* 878; note dans 30 *Harvard Law Review* 1916-1917, pp. 75 et 77.

(2) 38. *Statutes at large* 730, sect. 16-19 et surtout sect. 20. Cf. notes : *The labor provisions of the Clayton Act*, 30 *Harvard Law Review* 1916-1917, pp. 632-637 et *Injunction in Labor disputes*, même revue, tome XXXI, pp. 648-649.

(3) Un juge de la Cour suprême du Minnesota, M. OSCAR HALLAM, défendant dans l'*American Law Review* de 1914 le pouvoir de contrôle constitutionnel des juges contre les attaques dont il a été l'objet depuis 1908, intitule son étude : *Judicial power to declare legislative acts void*. Les termes « nullify » et « nullification » reviennent à chaque instant sous la plume des plus hauts représentants de la magistrature, et dans le texte même de leurs « opinions », pour définir l'effet légal d'une déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité. Le plus intransigeant des champions de la suprématie judiciaire, M. ROME G. BROWN qualifie ce pouvoir des juges (4 *American Bar Ass. Journal*, 64) « la fonction, établie par la constitution, d'invalidier la législation qui est confiscatoire des droits de propriété ». Cf. l'article *Judicial nullification of acts of Congress* dans *North American Review* du 16 août 1907 ; W. A. COOTTS, *The judicial method of making and unmaking laws*, dans 73 *Central Law Journal*, 54.



CHAPITRE III

LE DÉVELOPPEMENT DU CONTRÔLE JUDICIAIRE SOUS LE COUVERT DES « DÉCLARATIONS DE DROITS »

Comment cette forme primitive du contrôle de constitutionnalité a-t-elle fait place à la soumission du pouvoir législatif à la tutelle du pouvoir judiciaire ? Sans doute, des germes propices à cette évolution se trouvaient déjà déposés dans l'article 1^{er}, section 10, § 1^{er} de la Constitution fédérale qui interdit aux États d'édicter des lois « affaiblissant l'obligation des contrats » (1) et surtout dans son annexe le *bill of rights* qui, dans la fin de son article 5, dispose que personne ne pourra être « privé de sa vie, liberté ou propriété sans procédure régulière de droit ». C'est à juste titre, semble-t-il, que C.-G. HAINES considère que l'absence dans la Constitution fédérale d'Australie de ces formules générales, présentant la même élasticité que celles de notre Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, est l'une des principales raisons qui ont empêché que le contrôle constitutionnel des cours ne dégénère en Australie, comme il l'a fait aux États-Unis, d'un contrôle de compétence législative en

(1) *Impairing the obligation of contracts.*



un contrôle exercé sur la justice et l'opportunité des lois (1).

Mais ces germes étaient demeurés inertes pendant les temps d'avant la guerre civile (2). Leur germination ne s'est produite qu'au contact du 14^e amendement, introduit dans la Constitution fédérale en 1868. Cet amendement, imposé par le Congrès à la ratification des Etats sécessionnistes comme condition de leur réadmission dans l'Union, a eu pour but de briser leur résistance à l'acceptation des résultats de la guerre civile et leurs efforts pour ressusciter l'esclavage sous les formes déguisées de lois sur l'apprentissage ou contre le vagabondage. Il était destiné, dans la pensée de ses auteurs, à mettre fin, dans l'intérêt des nègres, à l'indépendance jusque-là conservée par les Etats dans la réglementation des conditions sociales de leurs ressortissants et à fournir au gouvernement fédéral les moyens d'imposer à la communauté nord-américaine un régime uniforme de libertés civiques et de garanties des droits individuels. D'où la disposition de la section 1 de cet amendement : « Tous les individus nés ou naturalisés dans les Etats-Unis, et sujets à leur juridiction, sont citoyens des Etats-Unis et de l'Etat où ils résident. *Nul Etat* ne fera ou n'exécutera de loi qui abrège les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis ; et aucun Etat ne privera une personne de sa *vie, liberté ou propriété* sans procédure régulière de droit (*due process of law*) ; ni ne dénierà à une personne dans sa juridiction l'égalité protection des lois. » Et la section 3 et

(1) *Judicial interpretation of Constitution Act of the Commonwealth of Australia*, 30. *Harvard Law Review* 599, 611-613.

(2) BODIN, *Government by Judiciary*, 26. *Political Science Quarterly*, pp. 238-263.



finale : « Le Congrès aura pouvoir de mettre en force, par une législation appropriée, les dispositions de cet article. »

Le but immédiat visé par l'amendement — la protection des nègres — n'a pas été atteint ou ne l'a été que d'une façon fort incomplète. L'histoire de cet avortement a été éloquemment retracée par Lord Bryce dans quelques-uns des chapitres de sa grande œuvre de 1888, *L'American commonwealth*, qui ont été les plus attentivement remaniés et tenus au courant par les rééditions successives (1). Mais plus significatif encore est pour un juriste la simple lecture de quelque note technique de jurisprudence, comme j'en rencontre par exemple dans *31 Harvard Law Review*, 475-479, où, à l'occasion de quelque statut ou de quelque ordonnance municipale de « ségrégation » des races, l'annotateur passe en revue quelques-unes des décisions par lesquelles les cours, en présence de textes obligeant les compagnies de chemins de fer à avoir des compartiments séparés pour les blancs et pour les gens de couleur, ou parquant les nègres dans leurs écoles spéciales ou leur fermant l'accès à la propriété immobilière dans certains quartiers des villes, ont

(1) Chapitres 93-95, tome IV, pp. 470-278 de la seconde édition française, 1913. L'absence des mêmes remaniements dans les chapitres consacrés aux rapports du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif, soit dans la constitution fédérale (ch. 22-25 et 34-35), soit dans les constitutions d'états (ch. 37-42), a largement contribué à dissimuler à l'attention du public cultivé français les transformations, pourtant si profondes et si bruyantes, qui, depuis une trentaine d'années, se sont produites dans les relations des cours et des législatures américaines. Trop souvent notre documentation sur ces matières, malgré l'apparence de fraîcheur que lui donne la citation de titres et dates de livres récents, remonte en réalité à 1888.



validé ces actes législatifs sous le prétexte que, par là-même qu'ils interdisent aux blancs de se mêler aux nègres aussi bien qu'aux nègres de se mêler aux blancs, ils respectent l'égalité de protection des lois garantie aux deux races par le 14^e amendement (1).

En revanche, la pratique judiciaire a fait sortir de cet amendement, par une interprétation fécondante de sa « *due process clause* », un réseau complexe de garanties offert à tous les citoyens pour la défense de leurs droits acquis ou de leurs situations établies contre les empiétements de la législation ou, pour reprendre la formule d'une « opinion » judiciaire, une nouvelle *Magna Charta* (2), bâtie pièce par pièce par les juges pour protéger le libre jeu des énergies individuelles contre les manifestations arbitraires de la souveraineté populaire, comme la *Grande Charte* anglaise les avait protégées contre l'arbitraire royal. Les grandes lignes historiques de la formation de cette voie de recours judiciaire contre

(1) Cf. FIELD. *The constitutionality of segregation ordinances* dans 5. *Virginia Law Review*, 81 et 27 *Harvard Law Review* 270. La décision commentée dans la note citée au texte, décision prise à l'unanimité par la Cour suprême des Etats-Unis dans *Buchanan v. Warley*, en 1917, est d'ailleurs l'indice d'une tendance à réagir contre ces expédients et ces détours constitutionnels couvrant sous les dehors « d'une phraséologie égale et réciproque à l'égard des deux races » de lourdes « discriminations » au préjudice de la race nègre. Cf. CLARK. *The constitutional doctrines of Justice Harlan* dans *Johns Hopkins University Studies in historical and pol. Science*, XXXIII, 4^e, 1915, pp. 90 et s., 126-136.

(2) FLETCHER DOBBYNS dans 13 *Illinois Law Review*, pp. 87 et 96 : « Quoique le principe qu'il contient, dit Dobbyns, ait été rejeté par les auteurs de la constitution, le 14^e amendement est devenu la grande charte de liberté civile et la pierre angulaire de l'unité nationale. »

les actes législatifs disparaissent, sous l'accumulation des décisions judiciaires, dans les compilations étendues consacrées à l'étude technique du 14^e amendement et de sa « *due process clause* » (1) ou, en général, de ce que nous pourrions appeler le « contentieux constitutionnel » américain. Mais on trouvera cette histoire, Inminemment résumée dans deux études, plus appropriées à la compréhension européenne et dues, l'une au juge CHARLES M. HOUGH (2), l'autre à un avocat de Chicago, M. FLETCHER DOBBYNS (3). C'est à ces deux articles que j'emprunterai la majeure partie des indications qui vont suivre.

M. DOBBYNS a fort bien montré que l'amendement de 1868 a subi, dans l'application judiciaire, une double déviation. L'intention de ses auteurs, vigoureusement affirmée tant dans les discussions préparatoires que dans la section 5, avait été de « nationaliser la liberté civile » et de permettre à la législation fédérale de pénétrer à l'intérieur des Etats pour y imposer une conception uniforme des droits civils à laquelle les populations du Sud demeuraient réfractaires. Dès 1873, dans le *Slaughterhouses case* (4) (le cas des abattoirs de la Louisiane), la

(1) Tel est le cas, par exemple, du gros volume de HANNIS TAYLOR. *Due process of Law and the equal protection of the laws*. Chicago. Callaghan. 1917.

(2) *Due process of law to-day*, dans 32 *Harvard Law Review*, 1918-1919, p. 218 et s.

(3) *Justice Holmes and the fourteenth amendment* dans 13, *Illinois Law Review*. Juin 1918, pp. 71-96. Sont également aiguillés dans une direction historique les travaux plus étendus de CH. WALL. COLLINS. *The fourteenth amendment and the States*. Boston, Little-Brown, 1912 et de BLAINE F. MOORE. *The supreme court and unconstitutional legislation* dans les *Columbia University Studies in history, economics...* 1913.

(4) 16. Wallace. 36.

Cour suprême des Etats-Unis affirma, quoique à une très faible majorité, — cinq voix contre quatre, — l'intention de ne pas suivre les inspirateurs de l'amendement dans cette direction destructive de l'autonomie législative des Etats. Après avoir posé le problème : « l'amendement a-t-il transféré au Congrès le domaine entier de la protection des droits civils qui, jusque-là, appartenait exclusivement aux Etats ? » ; et après avoir rappelé que jamais question aussi grave pour l'avenir des rapports entre la fédération et les Etats, et entre les Etats et leurs citoyens « ne s'était posée devant la Cour pendant la carrière officielle de ses membres présents », la majorité décida que la section 1 de l'amendement n'avait été édictée que pour la protection des nègres, et que, sous la seule réserve de la défense d'introduire dans leurs statuts des discriminations fondées sur la race, la couleur ou la condition antérieure de servitude, il avait maintenu aux Etats l'intégrité traditionnelle de leur self-government législatif (1). Cette jurisprudence est allée se fortifiant jusqu'à 1883, date où la Cour suprême l'a placée hors de toute contestation par sa décision dans les *Civil Rights Cases* (2). Elle a eu pour résultat pratique « d'éli-

(1) La partie centrale de l'argumentation en sens contraire donnée par le juge Bradley, au nom des quatre membres de la minorité, est reproduite par DORRYS, *l. c.*; pp. 77-78, qui, tout en approuvant l'opinion de la majorité et la déclarant inspirée par une « mentalité d'hommes d'état à longue vue », reconnaît qu'il est « indubitablement vrai qu'elle a fait violence au clair langage de l'amendement et à l'intention de ses auteurs. »

(2) 109. *U. S. 3.* Ces cas s'élevaient à l'occasion de refus d'admettre les nègres dans les hôtels ou dans les théâtres sur le même pied que les blancs et mettaient en jeu les sections de l'acte du Congrès du 1^{er} mai 1875, connu sous le nom de *Civil Rights Act*, qui tendaient à assurer l'exercice des droits donnés aux nègres par

miner de la Constitution la section 5 du 14^e amendement », et « de libérer les Etats de la tutelle législative du pouvoir fédéral » (1).

Mais, après avoir retiré au Congrès le pouvoir de protéger les minorités locales contre l'oppression par les majorités dans les législatures d'Etats, la jurisprudence, par une seconde évolution, a fait passer ce pouvoir aux judicatures, — aussi bien d'ailleurs aux judicatures d'Etats qu'à la judicature fédérale. Cette nouvelle évolution s'est produite sous l'action des mêmes causes qui ont suscité chez nous l'épanouissement de la jurisprudence de notre Conseil d'Etat et le dégagement de l'abondante doctrine du contentieux administratif (2). Elle a été provoquée par les directions nouvelles que l'industrialisation de la société a imprimées à ce *police power* de la puissance publique que, dès 1885 (3), la Cour suprême définissait : « le pouvoir de prescrire des réglementations pour promouvoir la santé, paix, morale, éducation et bon ordre public du peuple et légiférer pour accroître les

les 13^e et 14^e amendements. La Cour déclara ces sections inconstitutionnelles, quoique prises en vertu de la mission que la lettre de la section 5 du 14^e amendement assignait si clairement au Congrès, et posa le principe que l'amendement n'autorisait pas le législateur fédéral à donner des ordres aux ressortissants des Etats.

(1) Je reproduis à peu près littéralement les expressions mêmes de Dobbys, *l. c.*, pp. 78-79.

(2) L'influence exercée sur le développement de cette jurisprudence par les tendances d'esprit ultra-individualistes de la profession légale a été aussi, et fort justement, relevée par REED POWELL, *Law as cultural study*, dans 42 *Am. Bar Ass. Rep.*, 576. Sur les causes profondes de cette hypertrophie du sens individualiste chez les praticiens du droit : ELMU ROOT, *Public service by the Bar*, 41 *Am. Bar Ass. Reports*, 359-360.

(3) Dans *Barbier v. Connolly*, 143, *U. S.*, 27.



industries de l'Etat, développer ses ressources et augmenter sa richesse et sa fortune ». Définition que le professeur FREUND (1) a depuis condensée en une formule à la fois plus nette et plus franche : « pouvoir de développer le bien-être public en restreignant et réglomentant l'usage de la liberté et de la propriété ».

Les particuliers et surtout les corporations privées engagées dans l'exploitation de services d'utilité publique, que la concurrence de cette législation administrative a bridés dans l'exercice de leur liberté d'action économique, dans la mise en valeur de leurs immeubles ou de leurs capitaux et dans le libre jeu de leurs conventions, se sont naturellement adressés aux tribunaux pour leur demander de déclarer ces actes législatifs inconstitutionnels parce qu'enfreignant la défense faite aux Etats, par le 14^e amendement, de priver aucun citoyen de sa liberté ou sa propriété sans « *due process of law* ».

Par respect pour le principe de la séparation des pouvoirs, qui domine toute l'œuvre de la convention de 1787, les juges se refusèrent d'abord à réaliser cette extension de leur contrôle sur la constitutionnalité des lois. C'est ainsi qu'en 1876, dans l'un des *Granger Cases* (2), la Cour suprême des Etats-Unis faisait à une demande d'application de la « *due process clause* » cette réponse significative : « Nous savons que le pouvoir de police est un pouvoir dont il peut être abusé ; mais ce n'est pas un argument contre son existence. Pour obtenir protection contre les abus des législatures, c'est aux bulletins de vote que le peuple doit recourir, et non aux cours ». Le juge

(1) Dans la préface de son livre : *The police power*.

(2) *Mumm v. Illinois*, 94. U. S., 413 et s.



HOUGH (1) a d'ailleurs établi que, quoique la *due process clause* eût été introduite dans la Constitution dès 1791, par le 5^e amendement, les légistes d'avant la guerre de Sécession n'avaient pas cru qu'il pût servir à endiguer les premiers débordements du pouvoir de police et s'étaient généralement accordés à considérer comme rentrant dans la notion du *due process of law* toutes les machineries légales instituées pour la réalisation du droit, toutes les actions judiciaires menées d'après des règles de procédure générale, sans distinguer si elles puisaient leurs origines dans l'antique *common law* ou dans des statuts récents. Il constate également que, dans les temps de ses débuts à la barre, « les appels au *due process* étaient rares, et en dehors du cas des nègres, jamais heureux, sauf du côté procédural » (2).

Le pouvoir judiciaire s'est plus tard désisté de cette attitude de réserve sous la pression croissante des individualités et des groupes aux dépens desquels s'opérait l'extension du pouvoir de police et dont les plaintes s'élevaient avec d'autant plus de violence que les orientations nouvelles de législation n'étaient pas aussi largement tempérées que chez nous par un développement parallèle de la responsabilité de la puissance publique (3). Les

(1) 32: *Harvard Law Review*, 222.

(2) *L. c.*, p. 226.

(3) Cette doctrine est aujourd'hui en pleine période de travail et d'évolution aux Etats-Unis, comme partout ailleurs, mais les traditions du *common-law* en ont longtemps empêché le développement et le ralentissent encore. Cf. JOHN H. MAGUIRE, *State liability for torts* dans 30 *Harvard Law Review* 20-38; E.-R. THAYER, *Public wrong and private action*, même revue t. XXVII, p. 342 et K. SINGEWALD, *The doctrine of non-suability of the State in the U. S.* dans *Johns Hopkins University Studies*, XXVIII, 3, 1910. Cf. encore 31, *H. L. R.*, p. 245 et WILLOUGHBY, *L. C.*, 1061-1106.



juges se sont mis à faire un tri parmi les procédures organisées par les statuts, ne retenant comme régulières et constitutionnelles que celles qui répondaient à leur idéal de justice et d'équité, et ont fait ainsi passer la notion du *due process* de la définition qu'en donnait encore la Cour suprême en 1875 (1) : « le *due process* est ordinairement ce que l'Etat ordonne... c'est la procédure régulière d'après la loi de l'Etat », à la définition qu'en donne en 1920, M. REED POWELL (2) et qui, sous une forme critique sans doute, caractérise assez exactement le fonctionnement actuel du contentieux constitutionnel : « le *due process* est ce que la Cour suprême déclare tel ».

D'après le juge HUGH, le mouvement s'est dessiné vers 1883 et s'est affirmé en pleine netteté à partir de 1890. C'est vers la seconde de ces dates que la judicature fédérale a définitivement donné la main aux Cours d'appel des vieux Etats qui avaient amorcé ce revirement et que les législatures d'Etats « n'ont plus eu seulement des censeurs domestiques, mais ont trouvé aussi à Washington pour se prononcer sur leur travail « un censeur supérieur » qui, d'ailleurs, n'a pas tardé à « traduire à sa barre » la législature fédérale elle-même (3).

Ces indications, que l'éminent magistrat donne sur la foi de ses souvenirs professionnels, cadrent entièrement

(1) *Walker v. Sauvinet* 92, U. S., 90. Cf. le passage également relevé par HUGH dans une opinion de la cour suprême en 1883 (*Memphis Gas Co. v. Shelby County*, 109 U. S. 398) qui déclare : « un état peut être aussi injuste que possible dans la législation ou l'administration, et pourtant cette oppression est loi. »

(2) *The Supreme Court and constitution 1919-1920* dans *Political Science Quarterly*, XXXV, décembre 1920, p. 439.

(3) 32. *Harvard Law Review*, 227-228.



avec celles qui se dégagent de l'enquête minutieuse de M. DOBBYNS. En 1877, le cas *Davidson v. New-Orléans* (1) témoigne déjà de l'effort persévérant des praticiens pour faire sortir du 14^e amendement une voie de recours judiciaire contre les actes législatifs. La Cour suprême s'étonne de « cette étrange incompréhension du champ d'action de l'amendement » qui « encombre son rôle de causes où l'on lui demande de déclarer que les cours ou les législatures d'États ont privé leurs citoyens de vie, liberté ou propriété sans *due process of law* ». Elle déclare qu'elle se gardera bien d'ouvrir « à tout plaideur malheureux » ce moyen de lui déférer l'examen « des mérites de la législation » qui a motivé la sentence dont il se plaint. En 1883 la poussée de la litigation a grandi, mais la Cour résiste encore. Dans *Missouri Pacific Ry v. Humes* (2), elle enregistre, sur un ton de regret et de surprise, les progrès faits dans les milieux professionnels par cette conception déformatrice du *due process*, et constate que, alors que pendant les 17 ans qui ont suivi l'adoption de l'amendement, elle n'avait eu à examiner que 36 cas invoquant cet amendement, elle vient dans la seule année courante d'être saisie d'un aussi grand nombre de réclamations fondées sur le *due process of law*.

M. FLETCHER DOBBYNS parcourt ensuite la série des arrêts de la Cour suprême qui, prenant le contre-pied des décisions antérieures à 1883, ont déclaré, — en 1890 (3)

(1) 96. U. S., 97.

(2) 113. U. S., 512.

(3) *Chicago v. Milwaukee et St-Paul Ry. v. Minnesota*, 134, U. S., 418. Cf. les affirmations inverses en 1876 de *Munn v. Illinois*, 94, U. S., 113-181.



que « l'examen de la rationalité (*reasonableness*) » des statuts réglementant les tarifs de chemins de fer est « éminemment une question soumise à l'investigation judiciaire et requérant le *due process of law* pour sa détermination » ; — en 1898 (1) que les lois fiscales, même intervenant dans un champ ouvert à taxation par les textes constitutionnels, peuvent, si elles paraissent injustes ou déraisonnables, être déclarées par l'autorité judiciaire invalides comme constituant une privation de propriété sans procédure légitime de droit ; — en 1897 (2) que tout statut, restreignant ou réglementant la liberté de contracter des particuliers, peut être traité comme contrevenant au 14^e amendement si l'entrave apportée au libre jeu du laisser-faire économique n'est pas fondée sur

(1) *Norwood v. Baker* 472 U. S. 269. En 1879, dans *Kirkland v. Hotchkiss*, la Cour affirmait encore comme « sa doctrine établie » que, tant que l'Etat, dans ses lois de taxation, n'empiète pas sur les matières interdites par la constitution, les tribunaux « ne peuvent pas donner de secours contre une taxation d'Etat, fût-elle injuste, oppressive ou onéreuse » et que « l'intérêt, la sagesse du corps représentatif, ainsi que ses relations avec ses constituants, fournissent la seule sûreté... contre une législation injuste ».

(2) *Allgeyer v. Louisiana*, 163 U. S. 578. Arrêt qui a déclaré nul un statut de la Louisiane interdisant de contracter avec les compagnies d'assurances étrangères qui ne se sont pas mises en règle avec les lois de l'Etat. En 1888, dans *Porrett v. Pennsylvania*, 127, U. S., 678, à l'occasion d'un statut de Pennsylvanie défendant la vente de l'oléo-margarine, la cour suprême disait encore : « Si tout ce qu'on peut dire contre cette législation est qu'elle n'est pas sage, on est sans nécessité oppressive..., l'appel doit être adressé au législateur ou au suffrage universel, et non au judiciaire. Ce dernier ne saurait intervenir sans usurper les pouvoirs confiés à un autre département du gouvernement » Cet arrêt apparaît comme un dernier et infructueux essai de résistance du judiciaire au mouvement d'opinion qui le poussait à cette usurpation.



une raison jugée suffisante par la Cour. C'est donc entre 1890 et 1898 que la digue de la séparation des pouvoirs s'est rompue et que, selon le mot du juge Hogan, s'est produit le déluge des appels à l'invalidation judiciaire des statuts du chef du 14^e amendement.



CHAPITRE IV

LES INSTRUMENTS DE LA SUPRÉMATIE JUDICIAIRE. — « DUE PROCESS CLAUSE ». — JUGEMENT DE LA RATIONALITÉ ET DE L'OPPORTUNITÉ DES LOIS.

A l'aube du ^{xx}^e siècle, le judiciaire américain est en possession de l'instrument qui va lui permettre d'exercer sur le législatif une tutelle énergique de tous les instants. Instrument à quatre cordes : 1^o le *due process of law* conçu comme autorisant les tribunaux à condamner celles des procédures organisées par les statuts qui ne leur paraissent pas légitimes (1) ; 2^o l'interdiction de la « *deprivation of liberty* », traitée comme une garantie donnée au citoyen, non plus seulement contre les contraintes physiques telles que l'incarcération, mais contre toute entrave au libre exercice de son activité économique (2) ; 3^o l'interdiction de la « *deprivation of pro-*

(1) Mc GEHEE, *Due process of law*, 1906 ; WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 856-876.

(2) Cf. le curieux parallèle entre ces deux conceptions de la signification du mot liberté dans le 14^e amendement tracé dans *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U. S. 578 et s., et la vigoureuse critique de cette « perversion » du mot liberté faite par le juge Holmes dans *Lochner v. New-York*, 198 U. S., 45. Cette intransigeance dans la défense de la liberté économique forme un curieux contraste avec l'attitude prise à l'égard de la liberté morale (dans des décisions, comme l'arrêt *Caminetto v. United States* du 15 janvier 1917, où la cour



perty » comprise comme s'appliquant, non plus seulement à l'expropriation, mais à toute limitation de la propriété entendue dans son sens le plus compréhensif et englobant même les formes les plus imprécises de la fortune acquise ou en voie de réalisation (1) ; 4° la prohibition, par l'article 1^{er}, section 10, § 1^{er} de la Constitution, des lois « *impairing the obligation of contracts* » interprétée comme destinée à écarter l'ingérence des législatures dans le jeu des conventions pour en doser et en limiter les effets (2).

suprême fédérale reconnaît la parfaite constitutionnalité d'un statut frappant de peines le fait pour un homme, vivant en union libre, de voyager par chemin de fer d'un Etat à un autre avec sa maîtresse. Cf. Hough, *Covert legislation*, 30 *Harv. L. R.*, 808, 809) ou même de la liberté physique, si fortement entamée par les lois *eugéniques* d'un certain nombre d'Etats, et surtout ces fameux statuts de *stérilisation* destinés à empêcher la reproduction des déments, épileptiques, contagieux, incurables ou criminels d'habitude, dont les cours ont souvent contesté, il est vrai, la légitimité, mais sur un ton généralement moins énergique. Cf. NEWTON CRANE, *Infant welfare Legislation* dans *Journal of comparative Legislation*, 3^e série, II (janvier 1920), 58-66 et JOEL D. HUNTER, *On sterilization of criminals*, dans 41 *Am. Bar Ass. Reports*, 845-851.

(1) On se rendra compte de l'extension — vraiment déroutante pour nos habitudes françaises de langage et de pensée — prise par la notion américaine de *property*, en se reportant par exemple à la note : *Tortious interference with contractual relations*, dans 31 *Harvard Law Review*, 4017-4022, ainsi qu'aux arrêts qui y sont analysés et dont l'un parle de l'intérêt d'une partie au maintien de ses relations contractuelles et de son droit à l'exécution de ses conventions comme « d'un droit *in rem*, d'un droit de propriété qui doit être protégé contre la violation intentionnelle par les tiers » p. 4017. Cf. aussi *Adair v. United States*, 208 *U. S.*, 161 et le lumineux commentaire de REED POWELL, *Collective Bargaining*, 33, *Political Science Quarterly*, 397, et ceux de M. WALTER W. COOK, *Privileges of labor unions in the struggle for life*, dans 27 *Yale Law Journal*, 779, sur le *Hitchman Case*.

(2) *Allgeyer v. Louisiana*, 165. *U. S.*, 578.

À l'aurore du ^{xx}^e siècle, le judiciaire américain est aussi en possession de deux instruments complémentaires qui lui serviront à régler le fonctionnement de ce quadruple barrage destiné à canaliser, et non à arrêter — chose impossible — la marche de la législation : 1^o le critère tiré de la « *rationalité* » ou du caractère « *dérraisonnable* » des mesures législatives, la *rule of reasonableness*, qui a atteint son plein développement dans l'interprétation des lois contre les trusts (1), mais s'est d'abord dégagée dans l'application à la censure judiciaire des lois fiscales et de la législation réglementant les industries et services d'utilité publique, comme les chemins de fer (2); 2^o le critère de l'*expediency*, c'est-à-dire de l'opportunité et de la valeur économique des actes législatifs, dont le professeur FREUND (3) a si bien défini le rôle dans le fonctionnement du contrôle judiciaire de la législation sociale. Critères qui ne sont eux-mêmes que l'expression juridique de deux tendances politiques opposées que les juridictions américaines ont cherché à concilier dans l'exercice de leur tutelle sur les législatures.

C'est, d'une part, la préoccupation de contenir le *statute-law* dans les cadres traditionnels du *common-*

(1) ALBERT M. KALES. *The Sherman Act* dans 31. *Harvard Law Review*, 412-446, spécialement p. 414, et *Good and bad Trusts* dans le tome XXX de la même revue, pp. 830-872.

(2) GEORGE W. WICKERSHAM. *The police power, a product of the rule of reason*, dans 27 *Harvard Law Review*, 297-316, et, pour l'étude des réalités économiques que recouvre cette construction jurisprudentielle : REED POWELL. *Indirect encroachment of federal authority by the taxing power of the States*, même revue, tome XXXII, pp. 928-929. Cf. encore la note anonyme dans 30 *H. L. R.*, 72.

(3) ERNST FREUND. *Constitutional limitations and labor legislation*, 4 *Illinois Law Review*, 620.



law et de le plier aux conceptions individualistes héritées du droit anglais et fortifiées sur la terre américaine pendant les temps coloniaux. Cette première tendance a été marquée avec un relief d'une rare vigueur par le doyen POUND en de nombreux articles épars dans les revues juridiques universitaires et dans les « transactions » de divers barreaux américains (1). « Les *bills of rights* et le 14^e amendement, écrit-il, dans un passage fréquemment reproduit d'un de ces articles, sont traités comme ne faisant que déclarer une liberté naturelle qui était aussi une liberté de *common-law*. Et, par conséquent, une limitation à cette liberté non connue du *common-law* était estimée aller à l'encontre de sa légitime interprétation, sinon de sa lettre. Rien, peut-être, n'a autant contribué à créer et alimenter l'hostilité contre les cours, la loi et les constitutions que cette conception des cours comme gardiennes des droits naturels individuels contre l'Etat et la société, de la loi comme un corps définitif et absolu déclarant ces droits naturels et individuels et de la Constitution comme déclaratoire de principes du *common-law* antérieurs à l'Etat et d'une validité supérieure aux ordonnances de l'autorité de l'Etat, ayant pour objet de garantir et maintenir les droits naturels des individus contre le gouvernement et ses agences » (2).

(1) *The end of law as developped in legal rules and doctrine*, 27, *Harvard Law Review* 195-234, et l'article complémentaire dans le même volume 605-628 ; *Liberty of contract*, 18. *Yale Law Journal*, 434 ; *Do we need as philosophy of law ?* 3. *Columbia Law Review*, 339 ; *Social justice and legal justice. Proc. Missouri Bar Association* 1912, p. 110, et les nombreux articles du doyen POUND énumérés dans la liste de ses travaux aux pages 314 et s. de *The centennial history of the Harvard Law School*. Cambridge, 1918.

(2) 27. *Harvard Law Review*, 626-627.



Mais la jurisprudence constitutionnelle a dû se préoccuper, d'autre part, de permettre l'adaptation progressive du *common-law* aux exigences certaines de l'organisation sociale actuelle et de laisser se poursuivre celles des expérimentations législatives qui lui paraissaient à la fois légitimes et instituées avec assez de prudence et de réflexion. L'évolution retracée par M. DOBBYNS n'a pas abouti, et ne pouvait pas aboutir, à ce seul résultat négatif de conférer à la Cour suprême fédérale « le pouvoir de se prononcer, non seulement sur les questions de droit, mais aussi sur les questions de fait et de « police » publique et de défendre aux Etats d'introduire dans leurs lois des théories économiques ou sociales particulières (1) ». Elle amène nécessairement les cours, quand elles sont appelées à se prononcer sur la constitutionnalité d'un statut fédéral ou d'un statut d'Etat, à reprendre sur de nouvelles bases le travail, — déjà accompli par le législateur, — d'examen critique des faits complexes qui militent pour et contre l'opportunité du statut, afin de vérifier, en même temps que la valeur politique des raisons qui ont provoqué l'émission de ce statut, l'aptitude de la mesure législative à atteindre les fins visées par ses auteurs (2).

(1) DOBBYNS, *l. c.*, p. 86.

(2) Le professeur FREUND, *Constitutional Limitations...* dans 4. *Illinois Law Review*, 623, constate que les juges sont mal armés pour se livrer aux enquêtes économiques ou aux investigations de faits que présuppose un jugement éclairé sur l'existence de l'opportunité ou de la nécessité sociale du statut, et conclut : « Pourquoi les cours ne demanderaient-elles pas, dans les cas de doute réel, que les jugements législatifs (c'est-à-dire les lois) soient supportés par un respectable corps de faits et d'opinions accessible au public, d'une force suffisante pour que raisonnablement il ait pu persuader le législateur de l'existence de l'opportunité ». L'idée, avancée par un maître,



Pour caractériser cette seconde direction de la jurisprudence du *due process of law*, je ferai appel à l'expérience d'un des représentants les plus hautement estimés de la science du droit constitutionnel américain, le professeur REED POWELL : « L'explication du caractère non satisfaisant de tant d'éléments du raisonnement judiciaire, ici et là, est aisée à découvrir. Des décisions, qui sont dictées par la nécessité de faire un choix pratique entre les considérations en conflit, sont rarement placées sur ce terrain. Les juges ont de la répugnance à dire : « Nous décidons ce cas particulier, de cette façon particulière, parce que nous pensons que c'est la meilleure façon de le décider ». Au lieu de cela, ils sont portés à rattacher leur jugement à quelque principe immuable inhérent à la nature des choses ou inaltérablement établi par les jugements faisant autorité de leurs prédécesseurs. Dans le royaume du droit constitutionnel, ils se complaisent à professer que ce ne sont pas eux qui parlent, mais que c'est la Constitution qui parle en eux-mêmes en réglant des disputes... sur lesquelles on concède que la Constitution est silencieuse. Quand la Constitution n'est pas complètement muette, elle parle souvent d'une voix si faible, que seule la majorité simple de la Cour peut entendre son écho. Pourtant les opinions judiciaires reconnaissent rarement le fait patent. Tant que les juges se poseront en automates, alors qu'ils sont en fait les sages arbitres de la « police » publique et des exigences pratiques, ils cacherront nécessairement leur sagesse sous le boisseau d'un conceptualisme supposé contraignant qui rend confus

tel que le professeur FREUND, d'une motivation de ses statuts par le législateur à l'usage de ses censeurs judiciaires, en dit long sur la situation actuelle des législatures par rapport aux juridictions.



beaucoup de ce qui, sans cela, serait simple et clair » (1).

Ces constatations éclairent le dictum émis au nom de la Cour suprême fédérale par le juge DAY : « Que faut-il entendre par *due process of law* ? Cette Cour a eu de fréquentes occasions de l'examiner, et elle s'est toujours refusée à donner une signification précise, préférant en laisser le champ d'application à la décision judiciaire quand les cas s'élèvent de temps à autre » (2). Dictum qui n'est lui-même qu'une dernière répétition d'une règle de conduite formulée en 1878 (3), — avant les débuts de l'évolution que nous venons de retracer, — par la Cour suprême, dont les membres ont fréquemment réaffirmé

(1) REED POWELL dans 32 *Harvard Law Review*, 1818-1819, pp. 929-930. M. REED POWELL développe aussi les mêmes remarques dans son article : *Collective bargaining before the supreme Court* dans 33 *Political Science Quarterly* 1918, pp. 411-412. « Les vrais fondements de décision (des arrêts constitutionnels) sont des considérations de police et d'avantage social et il est vain de supposer que ces solutions peuvent être atteintes par des propositions logiques et générales de loi que personne ne discute... En décidant des questions constitutionnelles qui tournent sur des issues de police, les cours ont le devoir d'exclure, autant que c'est humainement possible, leurs préférences ou leurs aversions personnelles et de soutenir le statut à moins qu'elles ne le trouvent nettement condamné par la constitution. Il est oiseux de dire que les cours n'ont jamais substitué leurs vues de politique à celles de la législature, car les minorités (c'est-à-dire les juges formulant des opinions dissidentes de celles de la majorité de la cour), ont trop souvent accusé les majorités de cette substitution. Mais il est à supposer que ces majorités croient fermement que leurs vues de politique sont incorporées dans la constitution et qu'elles les en tirent. » Cf. les réflexions plus combatives de BODIN, *Government by judiciary*, 26 *Political Science Quarterly* 263 et s.

(2) Cf. REED POWELL. *The supreme Court and constitution*, 35 *Political Science Quarterly*, 1920, 439.

(3) *Davidson v. New Orléans* 56. *U. S.* 104 ; Cf. REED POWELL. *Journal of comparative legislation*, 3^e série, 1, 3, p. 163 et WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 857.



leur volonté de réserver à leurs successeurs la liberté « de fixer dans chaque cas la signification » de cette notion mobile et élastique « par un processus d'inclusion et d'exclusion judiciaire » (1).

C'est ce qui nous explique aussi que les parties les plus touffues du droit constitutionnel américain, celles qui constituent en quelque sorte le contentieux constitutionnel, se confondent dans la masse de cet équivalent de notre droit civil qu'est le *common-law* et se développent exactement par l'emploi des mêmes méthodes et des mêmes disciplines. La « loi constitutionnelle » au sens littéral du mot n'est plus qu'une des branches du *case-law* judiciaire et il n'est guère de chapitres vraiment vivants et actuels du droit privé qui ne débutent par un préambule de droit constitutionnel. Il y a certainement, — en tant qu'elle vise la pratique américaine actuelle, — un très grand fond de vérité dans la déclaration orgueilleuse d'un des plus ardents défenseurs de l'intangibilité de la suprématie judiciaire, M. HUBERT POPE : « Les cours, et les cours seules, peuvent décider ce qui est loi, qu'il s'agisse de la loi commune, statutaire ou fondamentale. Les mots que le professeur GRAY cite de l'évêque HODLEY s'appliquent aussi bien au cas de la loi constitutionnelle qu'à celui de toute autre loi : « Quand quelqu'un a autorité absolue pour interpréter des lois écrites ou orales, c'est lui qui est en réalité le législateur à tous égards et à

(1) Cf. HUGH. 32 *Harvard Law Review*, p. 218. « C'est exprimer, écrit M. HUGH, le même sentiment sous une autre forme que dire que le critère historique n'est pas décisif ; car tenir que ce qui a été une fois « *due process* » doit toujours rester tel, ce serait vouloir imprimer à notre jurisprudence l'immutabilité attribuée aux lois des Mèdes et des Perses. »



toutes fins, et non pas la personne qui la première les a écrites ou prononcées » (1).

(1) 27, *Harvard Law Review*, 52. M. HUBERT POPE pourrait en conclure, non sans raison, que la constitution américaine est devenue une constitution judiciaire. Car l'œuvre des constituants de 1787 est recouverte aujourd'hui dans sa partie centrale par une glose judiciaire qui prévaut sur elle.



CHAPITRE V

LA POLITIQUE JUDICIAIRE ET LA POLITIQUE LÉGISLATIVE. — LES « DISSENTS » CONSTITUTIONNELS

Une évolution, aboutissant ainsi à dresser une politique judiciaire en face de la politique législative et souvent en conflit avec elle sur les questions les plus irritantes de la politique économique journalière (1), ne pouvait s'opérer sans quelque détriment pour la popularité des cours de justice. Dès 1812, ce péril avait été signalé en un *dictum* vraiment prophétique par un juge de la Caroline du Sud, le chancelier WATTIES : « L'intervention du judiciaire dans les actes législatifs, disait-il, si elle était fréquente ou pour des causes douteuses, serait la source d'une si grande jalousie contre ce pouvoir et d'un préjugé si général contre lui qu'il provoquerait des mesures menant à la destruction totale de l'indépendance des juges, et ainsi du meilleur préservatif de la Constitution (2) ».

(1) Cf. ROSCOE POUND, *Social justice and legal justice. Proceedings Missouri Bar Association*, 1912, p. 435 et *The end of law* 27, *Harvard Law Review*, 195-225. Cf. en sens contraire, les observations du doyen STONE, *Law and its administration*. New-York, 1915, pp. 149-158, qui cherche à démontrer que cette opposition entre la justice des cours et la vision populaire du droit est infondée.

(2) Cité par THAYER, *Legal Essays*, p. 49.



La crainte de ces risques a provoqué dans les milieux judiciaires eux-mêmes des résistances au développement de l'invasion du judiciaire dans le domaine législatif. Les décisions, qui ont marqué les premiers pas et les étapes successives de ce mouvement, n'ont souvent été émises que malgré l'opposition de minorités judiciaires soucieuses d'affirmer leur attachement au principe de la séparation des pouvoirs. Bien symptomatique à cet égard est la statistique donnée par VICTOR J. WEST (1) qui constate que, sur 55 cas relevés par CH. W. COLLINS (2) où la Cour suprême fédérale, — qui a toujours fait montre à cet égard de beaucoup plus de discrétion que les cours d'Etats, — a admis des recours contre des statuts d'Etats pour cause de violation du 14^e amendement, 24 seulement ont été décidés par des cours unanimes et 31 par des cours divisées, souvent à la majorité de cinq voix contre quatre. Constatation qui amène M. WEST à conclure, en reprenant à son compte les règles jadis affirmées par COOLEY et THAYER, mais depuis longtemps oubliées dans la pratique : « En pareil cas on ne peut pas dire que les statuts étaient « clairement et manifestement » inconstitutionnels et, en les déclarant tels, les cours ont violé l'un des principes cardinaux de l'interprétation constitutionnelle. »

Les « opinions » délivrées, soit par l'un des juges au nom de la minorité, soit par des opposants en leur nom personnel, les *dissents*, qui, dans les *law reports*, prennent place à la suite de l'« opinion » émise au nom de la majorité, et nous présentent ainsi les arguments de

(1) 8 *Illinois Law Review*, 571-573.

(2) *The Fourteenth Amendment and the States*, Boston, 1912.



l'antithèse en face de ceux de la thèse qui a prévalu, sont des documents dont on a souvent signalé l'importance pour la compréhension du droit constitutionnel américain et surtout pour la prévision de ses mouvements (1). Parmi les membres de la Cour suprême fédérale il en est qui, par la fréquence et la vivacité d'expression de leurs *dissents* dans les matières constitutionnelles, ont vivement frappé l'attention de l'opinion publique américaine. Tel le juge HARLAN qui, quoique ayant concouru à quelques-unes des premières décisions qui dévièrent le contrôle constitutionnel des cours de sa fonction initiale, fit entendre plus tard des protestations bruyantes contre son extension au jugement de l'opportunité ou de la rationalité des lois. L'évolution de sa pensée et de ses attitudes à cet égard a été retracée dans une monographie, soigneusement documentée, qui nous fait suivre, au travers d'une haute conscience de juge constitutionnel, l'écho de la plupart des grandes querelles sociales ou économiques qui successivement ont remué le peuple américain pendant la majeure partie de notre période (2).

Beaucoup plus retentissants encore ont été les *dissents* de celui que le juge HUGH (3) a appelé « le Voltaire de notre banc », l'auteur d'un livre qui a fait époque dans l'histoire de la littérature juridique mondiale (4), OLIVER WENDELL HOLMES, dont la puissante personnalité domine à la fois, et la science juridique et la magistrature améri-

(1) Cf. notamment REED POWELL, 33, *Political Science Quarterly*, 1918, 437 et HUGH, 32, *Harv. Law Rev.*, 231.

(2) CLARK. *The constitutional doctrines of Justice Harlan* dans *Johns Hopkins Univ. Studies in hist. and pol. Science*, 1915, tome XXXIII, 4, pp. 409-612.

(3) 32, *Harvard Law Review*, p. 230.

(4) *The common law*, Boston, 1881.

caïues. Les *dissents* du juge HOLMES ont fait une impression d'autant plus forte que, — comme le remarque l'un de ses historiographes (1), « on les sait inspirés par sa conception de la fonction judiciaire, et non par des tendances radicales ou par une grande confiance dans ce qu'on appelle la législation progressiste ».

L'année même de son entrée à la Cour suprême, il affirme dans *Otis v. Parker* (2), « qu'il n'est nullement vrai que toute loi soit nulle qui peut sembler aux juges qui se prononcent sur elle excessive, non appropriée à sa fin ostensible ou basée sur des conceptions de moralité qu'ils désapprouvent ». Quelques années plus tard, en 1903, il précise ses vues à l'occasion du *Lochner case*, où la Cour suprême fédérale, à la majorité de cinq voix contre quatre, déclara nul en vertu du 14^e amendement un statut de New-York limitant à 10 heures la durée journalière du travail dans les boulangeries que la plus haute Cour de l'Etat avait, au contraire, considéré comme n'étant qu'une sage mesure de protection de la santé publique. Dans un *dissent* célèbre, le juge HOLMES constate que l'arrêt qui va être rendu est fondé sur une conception discutable, et très discutée, de la liberté. « Si la question était de savoir

(1) DOBBYNS. *Justice Holmes and the fourteenth Amendment*, 43. *Illinois Law Review*, 1918, p. 88. Une étude d'ensemble sur les *dissents* du juge Holmes a été aussi donnée par le professeur FELIX FRANKFURTER. *The constitutional opinions of Justice Holmes* dans 29, *Harvard Law Review*, p. 683 et s. Cf. NATHAN ISAACS, 31 *Harvard Law Review* p. 384. Le juge Holmes a d'ailleurs marqué lui-même avec quelle impartialité, teintée de scepticisme, il suit du haut de sa pensée d'historien et de sociologue le heurt des croyances politiques, dans des pages comme : *The path of the law* 40. *Il. L. R.*, 457 et s. *Ideals and doubts*, 40 *Illinois Law Review*, 1 et s. et diverses autres rassemblées dans ses *Speeches*, Boston, 1913.

(2) 187, *U. S.*, 603.

si j'approuve cette théorie économique, je désirerais étudier attentivement et longuement avant de me faire une opinion. Mais je ne puis concevoir que ce soit mon devoir, parce que je crois fortement que mon approbation ou ma désapprobation n'ont rien à faire avec le droit pour une majorité d'incorporer ses opinions dans la loi. Le 14^e amendement n'édicte pas la « Statique sociale » d'HERBERT SPENCER. Une Constitution n'est pas destinée à incorporer une théorie économique particulière, soit la théorie du paternalisme ou de la relation organique des citoyens à l'Etat, soit celle du *laisser-faire*. Elle est faite pour un peuple d'opinions fondamentalement différentes (1) ».

Les protestations réitérées du juge HOLMES, contre la tendance trop marquée du judiciaire à substituer ses vues de politique sociale et économique à celles du législateur, ont exercé quelque influence sur la jurisprudence de la Cour suprême fédérale et réussi à y provoquer au moins quelque flottement (2). Si la Cour a continué à affirmer son droit à contrôler les mérites économiques des actes législatifs dans des décisions comme *Adair v. U. S.* (3), *Coppage v. Kansas* (4), *Adams v. Tanner* (5) ou même *Hammer v. Dagenport* (6), d'autres arrêts semblent refléter la pensée modératrice de l'auteur du « *Common-law* » et c'est au nom d'une Cour unanime à soutenir et valider un statut de l'Oklohama organisant des

(1) *Lochner v. New-York*, 198, U. S., 45.

(2) DOBBYNS, *l. c.*, p. 92.

(3) (1908), 206, U. S., 461.

(4) 1913), 236, U. S., 4.

(5) 244, U. S., 45.

(6) (1918), 247, U. S., 251.

mesures de garantie pour les dépôts en banque que le juge HOLMES a pu dire en 1910 (1) : « Nous devons nous garder de presser les mots larges du 14^e amendement à leurs extrémités logiques. Nombre de lois, qu'il serait vain de demander à la Cour de renverser, pourraient être démontrées assez aisément transgresser une interprétation scholastique de l'une ou l'autre garantie du *Bill* des droits. Elles limitent plus ou moins la liberté de l'individu ou diminuent la propriété dans une certaine étendue. Nous avons peu de criteria scientifiquement certains de la législation, et, comme il est souvent difficile de marquer la ligne où ce qu'on appelle le « *pouvoir de police* » des États est limité par la Constitution des U. S., les juges doivent être lents à lire dans cette dernière un *nolumus* « *mutare* » (2) contre le pouvoir qui fait la loi » (3). Visiblement le juge HOLMES n'est plus seul parmi

(1) *Noble State bank v. Haskett*, 219. U. S., 104. Les statuts destinés à protéger l'épargne contre l'écumage financier, et en particulier les lois « bien ciel », se sont naturellement heurtés aux mêmes objections d'ordre constitutionnel que les lois ouvrières ; mais ont d'ordinaire été moins défavorablement traités par la jurisprudence.

(2) Allusion au statut de Merton (MAITLAND, *Bracton's note Book*, I, p. 107 et s.) et à la célèbre réponse : « *Nolumus leges Anglia mutare* » faite en 1234 par les barons d'Angleterre aux évêques qui demandaient que, conformément à la loi canonique, les bâtards fussent considérés comme légitimés par le mariage subséquent de leurs parents et admis à ce titre à succéder.

(3) L'année suivante, dans *Chicago Burlington and Quincy Ry. Co v. Mc Guire*, 219. U. S. 549, le même langage modérateur est repris par le juge Hughes, interprète lui aussi d'une cour unanime : « Le champ d'inquisition judiciaire pour la décision de la question de « pouvoir » ne doit pas être confondu avec le champ des considérations législatives pour traher une question de « police ». Si l'ordonnance est sage ou non, si elle est basée ou non sur une saine théorie économique, si elle est ou non le meilleur moyen d'atteindre le but désiré, si, en un mot, la discrétion législative dans les limites qui lui

Lambert

5

les membres de la grande Cour fédérale, à penser que le judiciaire a donné des développements excessifs à son contrôle sur le législatif, et qu'il serait temps de freiner ou même de ramener progressivement ce contrôle dans les limites jadis définies par COOLEY et par THAYER. Il s'est formé au sein de la Cour une minorité modératrice assez forte pour entraîner parfois la majorité ou même se transformer dans certains cas, par les hasards de la composition du banc, en une majorité éphémère.

sont prescrites doit être exercée d'une manière particulière, ce sont là matières pour le jugement de la législature et les plus ardents conflits d'opinions réfléchies ne sauraient suffire à les faire entrer dans le cercle de la connaissance judiciaire ». Mais ce sont là notes isolées et difficiles à concilier avec certaines des décisions ultérieures de la Cour. Cf. les réflexions attristées que la propagande d'idées du juge Holmes inspire à l'attorney général WICKERSHAM dans 27 *Harvard Law Review*, 312 et 316

CHAPITRE VI

LA LUTTE DES TRIBUNAUX CONTRE LA LÉGISLATION OUVRIÈRE

Ces divergences de vues entre les juges et ce flottement de la jurisprudence d'un même tribunal sur les questions de droit constitutionnel, ébranlant la confiance dans le principe du *stare decisis* en même temps qu'elles faisaient ressortir le caractère artificiel du placement sous l'autorité des Constitutions des vues morales et économiques des cours, se sont surtout fait sentir en ce qui concerne le jugement de la constitutionnalité des lois ouvrières ou industrielles. L'attitude des cours américaines à l'égard de la législation ouvrière a soulevé un tel flot de discussions contradictoires que je ne pourrais pas, sans dépasser les limites de mon étude, tenter un inventaire de cette littérature. Parmi les travaux assez brefs pour fournir une impression d'ensemble et menés dans l'esprit d'objectivité, avec ce souci de comprendre les intérêts et les opinions en conflit qui conviennent à la recherche sociologique, mais qu'il est si difficile de garder quand on touche aux problèmes brûlants de la politique contemporaine, je signalerai seulement quelques articles de maîtres des universités américaines tels que Roscoe



POUND (1) et REED POWELL (2), ERNST FREUND (3) et FELIX FRANKFURTER (4), EDWARD A. ADLER (5), DODD (6), ALBERT M. KALES (7), WAMBAUGH (8), CH. WARREN (9), etc.

(1) *Liberty of contract*, 18, *Yale Law Journal*, 1909, 434-482; *The law and the people*, 3 *University of Chicago Mag.* 1910, 1; *Social justice and legal justice. Proceed. Missouri Bar Association*, 1912, 110; *Courts and legislation*, 7 *American Polit. Science Review*, 1913, 361; *The need of a sociological jurisprudence* 31. *Reports Am. Bar Association*, 911.

(2) *Collective bargaining before the supreme Court*, 33 *Political Science Quarterly*, 1918, 396-428; *Judicial recall and the police power*, *Journal of comparative legislation*, 3^e série, 1. 3, octobre 1919, p. 161; *The constitutional issue in minimum Wage Law* dans 2 *Minnesota Law Review*, 1.

(3) *Constitutional limitations and labor legislation*, 4, *Illinois Law Review*, 609-623; *Limitations of hours of labor and the federal supreme court*, 17, *Green Bag*, 411; *Tendencies of legislative policy*, 27, *International Journal of Ethics*, 1, 23.

(4) *Hours of labor and realism in constitutional law*, 29, *Harv. L. Rev.*, 1916, 353; *The Oregon minimum Wage cases, brief en collaboration avec Joséphine Goldmark* publié par la *National Consumer's League*, New-York, 1907.

(5) *Business jurisprudence*, 28, *Harv. L. Rev.*, 135; *Capital, labor and business at common law*, 29, *H. L. R.*, 241.

(6) *Social legislation and the courts*, 28, *Political Science Quarterly*, 1913, 4-18; *Growth of judicial power*, même revue, XXIV, 193, et ses articles dans 10 *Michigan Law Review*, 79-92 et 7 *Illinois Law Review*, 496.

(7) *Due process, the inarticulate major premise and the Adamson law*, 26, *Yale Law Journal*, 519.

(8) *Workmens compensation Acts : Their theory and constitutionality*, 23 *Harv. L. Rev.*, 1911, 429 et s.

(9) *The progressiveness of the U. S. Supreme court*, *Columbia Law Review*, avril 1913. Cf. pour une discussion critique de la jurisprudence, faite du point de vue sociologique, le beau livre du professeur FRANK J. GOODNOW : *Social reform and the constitution*, New-York, Macmillan, 1911.

SECTION I

L'opposition des cours d'Etats à la législation du travail

On comprendra mieux encore l'intensité du freinage exercé par les juridictions — surtout les juridictions d'Etats — sur la marche de la législation sociale, en parcourant l'une des patientes monographies ou de jeunes docteurs ont suivi, pour chacun des chapitres du droit ouvrier, les efforts faits par la législature d'un Etat déterminé pour réaliser, à force de ténacité et de souplesse, un minimum de réglementation du travail, en dépit de l'annulation successive par les tribunaux de ses premières mesures réformatrices.

Tel le travail consacré par LYNN BARNARD à la Pennsylvanie (1). C'est une longue et rude bataille entre législateurs et juges qu'y racontent, par exemple, les pages relatives aux *company stores* (2). Elle commence dès 1881, époque où la législature de Pennsylvanie, jusque-là contenue dans ses velléités de réforme par la crainte de l'opinion du judiciaire, adopte un statut qui, pour réagir contre l'imposition à leurs ouvriers par les grandes com-

(1) *Factory legislation in Pennsylvania. Its history and administration* dans *University Pennsylvania Series in Political Economy and Public Law*, n° 19, 1907. Cf. la série des monographies dans *Columbia University Studies in history, economics* de WHITIN, *The factory legislation in Maine* (33. 1) ; GROAT, *Attitude of American Courts in Labor Cases* (42) ; MOORE, *The Supreme court and unconstitutional legislation* (54. 2) et l'étude de MALCOLM H. LAUBHEIMER, *The labor law of Maryland* dans *Johns Hopkins University Studies*, XXXVII, 2.

(2) *L. c.*, pp. 37-51.



pagnies charbonnières du paiement d'une partie de leurs salaires en bons de marchandises, oblige cette catégorie de patrons à régler ses ouvriers à intervalles mensuels et en monnaie légale des Etats-Unis et déclare nulles toutes stipulations contraires dans les contrats de travail.

Ce premier statut, accepté d'abord par les tribunaux inférieurs, fut rejeté en 1886, dans *Godcharles and Co v. Wiegman*, par la Cour suprême de Pennsylvanie, qui, par la bouche du juge Gordon, en déclara les quatre premières sections « absolument inconstitutionnelles et nulles » parce que tendant à « empêcher des personnes qui sont *sui juris* de faire leurs propres contrats. » En des termes d'un haut humour judiciaire et d'une rare puissance d'ironie, le porte-parole de la Cour invoquait le respect dû à l'indépendance du travailleur pour lui refuser l'exercice de la protection promise par la législation contre les abus de la pression patronale. « Le statut, proclamait le juge Gordon, est à la fois une violation du droit de l'employeur et de celui de l'employé; plus que cela c'est une tentative insultante de mettre un travailleur sous une tutelle législative, non-seulement dégradante pour sa dignité humaine, mais subversive de ses droits comme citoyen des Etats-Unis » (1). Toute loi qui se propose de l'empêcher de vendre son travail comme bon lui semble, pour des marchandises aussi bien que pour de l'argent « est une violation de ses privilèges constitutionnels. »

(1) Cf. les citations d'une série d'autres arrêts de cours suprêmes d'Etats, rassemblées par M. Poux dans 27 *Harv. Law Rev.*, 197, où l'annulation des lois de protection ouvrière est également motivée sur cette considération que les statuts annulés traitent les ouvriers comme « une classe inférieure » ou comme des « travailleurs en tutelle » ou comme « des faibles d'esprit » (*as imbeciles*).

Pendant la dizaine d'années qui suit, les tentatives répétées de la législature pour s'opposer directement au paiement des salaires en bons de marchandises se brisent toutes contre ce barrage judiciaire et en 1895, 1896, 1897, la Cour reprend, sur les tons les plus variés, la même antienne sur la liberté sacro-sainte qui doit appartenir à l'ouvrier de consentir tous les sacrifices qu'il juge bons pour se procurer un gagne-pain. En 1891 la législature cherche à tourner ce barrage, en édictant un statut qui défend aux compagnies minières d'entretenir des éconômats ou des *company stores* sous la menace de déchéance de leurs chartes. Mais l'opposition de l'attorney général, qui se refusa à engager aucune poursuite de ce chef, ne permit pas à la législature de vérifier la valeur pratique de ce premier expédient. C'est seulement en 1901, au bout de 15 ans de lutttes, que la législature de Pennsylvanie découvrit enfin le détour qui devait l'amener au but et réussit à faire disparaître l'abus des bons de marchandises en frappant d'une taxe pratiquement prohibitive tous ceux de ces bons, donnés en paiement de salaires, qui ne seraient pas rachetés dans les trente jours en monnaie légale (1).

Fort nombreuses parmi les lois réglementant le travail sont celles qui ont pris la même allure oblique et tourmentée, le même aspect d'inachèvement par suite de la

(1) Cet exemple emprunté à la Pennsylvanie est l'un des plus frappants. Mais il est loin d'être isolé. Une rapide étude d'ensemble sur l'attitude des diverses juridictions d'Etats à l'égard de la législation répressive du *truck-system* a été présentée par ROBERT J. PATERSON, *Wage-payment legislation in the U. S.*, dans le numéro 229 du *Bulletin of the United States* (décembre 1917) publié par le Bureau fédéral des statistiques du travail, pp. 96-117.

nécessité où s'est trouvé le législateur de se préoccuper, non pas tant de ce qu'il convenait d'édicter dans l'intérêt de la pacification industrielle que de ce qu'il lui était possible de faire constitutionnellement. La règle fondamentale du jeu législatif, qui consiste à découvrir dans le tissu serré du *case-law* constitutionnel les fissures par où pourront passer les restrictions au laisser-faire économique réclamées, tantôt par les associations ouvrières, tantôt par les ligues de consommateurs, a donné à tout l'ensemble de cette branche du *statute-law* américain une physionomie cauteleuse et timorée qui, au premier abord, effare le juriste européen, habitué au franc-parler des législateurs souverains.

L'une des meilleures illustrations de cette remarque est fournie par les *Workmen's compensation Acts*, ces frères anglo-américains de nos lois sur les accidents du travail. Sur la route de cette législation, destinée à faire face à des exigences de la vie industrielle qui se sont révélées simultanément dans tous les pays civilisés, les Cours américaines ont dressé, en le faisant surgir, soit des règles traditionnelles de la coutume judiciaire, soit des vues philosophiques du droit naturel placées par le moyen de la *due process clause* sous le patronage des constitutions, tout un jeu compliqué d'obstacles : liberté de l'employé, propriété et liberté de l'employeur, égale protection des lois, liaison entre la faute et la responsabilité, défenses données au patron par le *common-law* du chef de la faute partagée, de l'acceptation du risque par l'ouvrier ou des conséquences du travail en commun (1). Plus d'un Etat a dû, avant

(1) *Defense of fellow service*. Irresponsabilité du patron pour l'accident dont l'ouvrier a été victime par la faute d'un compagnon de travail.



d'obtenir l'application effective de son *Workmen's compensation Act*, le remettre à plusieurs reprises sur le chantier, ou même, comme l'Etat de New-York (1), procéder préalablement à l'amendement de sa constitution.

La résistance des cours a eu le double effet de retarder pendant de longues années (2) la pénétration en Amérique

(1) Sur les circonstances qui ont amené la législature de New-York, pour permettre l'élaboration future d'un *Workmen's Compensation Act* du type obligatoire, à proposer cet amendement à la Constitution approuvé par le vote populaire en novembre 1913, et sur les mesures analogues prises dans l'Ohio : cf. JEREMIAH SMITH, *Sequel to workmen's compensation Acts*, dans 27 *Harr. Law Rev.*, 249. Cf. aussi, sur l'emploi en Colorado de cette procédure d'amendement à la Constitution pour imposer une loi de huit heures pour les mines et fonderies arrêtée par l'opposition des juges : DOBB, 28 *Political Science Quarterly*, 6. L'arrêt de la cour d'appel de New-York dans le *Ives case* fit d'autant plus de bruit que le statut sur les accidents du travail, qu'il annulait comme inconstitutionnel, ne différait en aucun trait essentiel du statut sur le même sujet qui était à la même époque valide dans l'état voisin de New-Jersey. Cf. CHARLES E. HUGHES, *New phases of national development*, 4 *Am. Bar Ass. Journal*, 101-103 ; GEORG SUTHERLAND, *The courts and the constitution*, 37 *Am. Bar Ass. Reports*, 388.

(2) Les premières lois permanentes et effectivement appliquées sur les accidents du travail n'apparaissent qu'à partir de 1911 avec les statuts votés le 14 mars de cette année par les législatures du Kansas et de Washington. En dehors de l'ordonnance de l'*U. S. Philippine Commission* de 1905, autorisant le paiement des salaires pendant une période d'incapacité n'excédant pas 90 jours aux employés du gouvernement insulaire blessés dans l'exercice de leur travail et de la loi fédérale de 1908 introduisant timidement la notion de l'indemnité d'accidents pour certaines catégories de travaux dangereux accomplis pour le compte de l'Union. — qui ont échappé à la critique judiciaire, parce que se limitant aux rapports de l'état avec ses employés, — les premiers essais d'établissement de *compensation laws* dans les rapports entre les firmes industrielles et leurs ouvriers, comme la loi de Montana de 1909 en faveur des travailleurs des mines de charbon, ou

d'une réforme consommée en Angleterre ou en France dès 1897 et 1898, et bien avant en Allemagne et en Autriche (1), et d'empêcher, dans la majorité des Etats de l'Union, que la substitution aux responsabilités de *common-law* de la responsabilité patronale forfaitaire des risques du travail se produise aussi franchement et avec la même ampleur que chez les nations européennes. Ce n'est qu'en vue d'éviter l'éventualité menaçante de déclarations d'inconstitutionnalité que les législatures de ces Etats se sont résignées à donner à leur système d'indemnisation forfaitaire des accidents du travail le caractère *electif* ou facultatif (2),

la loi de New-York de 1910 organisant un régime obligatoire d'indemnités d'accidents pour les ouvriers employés dans les industries dangereuses, ont été arrêtés par des déclarations d'inconstitutionnalité. Cf. CARL HOOKSTAD, *Comparison of workmen's compensation laws. . . up to January, 1, 1920*, p. 5-6 (n° 273 du *Bulletin of U. S. Bureau of labor statistics*).

(1) L'importance de l'obstacle apporté au développement de cette législation, tant par le contrôle de constitutionnalité que par une construction souvent déformatrice, est suffisamment affirmée par l'usage de ne pas séparer la reproduction ou l'analyse des *Workmen's Compensation Acts* de celle des décisions judiciaires dont ces textes ont formé l'objet, usage qui est maintenant observé aussi bien dans les compilations privées, comme celle de HOSKOLD, *A treatise on the American and english Workmen's Compensation laws*, 2 vol., Kansas-City, 1917, que dans les publications officielles du *Bureau of labor statistics* du département fédéral du travail, telles que : *Labour laws of the U. S. with decisions of courts thereto* (compilation en deux volumes des lois du travail en vigueur en 1914 qui forme le n° 148 du *Bulletin of U. S.*) ; *Workmen's Compensation legislation* de 1917-1918 (n° 243 du bulletin), pp. 58-66 ; *Comparison of workmen's Compensation laws of the U. S. and Canada up to January, 1, 1920* (n° 273 du bulletin) et les volumes annuels de *Decisions of courts and opinions affecting Labor* qui forment les fascicules 142, 152, 169, 189, 224, 246, 258 du *Bulletin of the U. S.* et analysent la jurisprudence de 1912 à 1918.

(2) Cf. la très intéressante statistique donnée à cet égard par CAM.



au moins en la forme (1), soit pour l'employeur, soit pour l'employé, soit pour l'un et l'autre, au lieu de le bâtir sur le type obligatoire (*compulsory*), comme l'ont fait les lois anglaises ou françaises et celles d'États de l'Union ayant des judicatures plus conciliantes ou des constitutions révisées à cette fin (2). Mais les cours tentaient l'impossible en prétendant arrêter un mouvement économique de pareille envergure. Il leur a fallu, tout en le combattant, reculer pas à pas devant lui et tolérer finalement la multiplication des *Workmen's Compensation Laws*, souvent — le plus souvent même — avec ce hardi corollaire qu'est l'assurance obligatoire à un fond de garantie de l'Etat (3). Le

HOOKSTAD dans le fascicule 275 du Bulletin du *Bureau of Labor Statistics (Comparison of Workmen's Compensation Laws of the U. S. and Canada up to January, 1, 1920)* Sur 45 États représentés dans le tableau des lois sur les accidents du travail qu'il dresse à la page 14, trente-et-un ont encore des lois du type dit électif, et quatorze seulement ont établi ouvertement leur système d'indemnisation sur le type obligatoire (*compulsory*).

(1) FREUND, 6 *Illinois Law Review*, 441, a fort bien montré le caractère de « tricheries législatives » que présente le plus souvent la forme « élective » ou « pseudo élective » de ces actes, où non seulement l'acceptation du régime établi par le statut est présumée chez les intéressés, mais où le refus d'acceptation est indirectement pénalisé.

(2) HOOKSTAD, *L. c.*, p. 14 montre que, quand il s'agit de l'organisation de l'assurance, notamment de l'assurance par fonds d'Etat, les relations entre statuts du type électif et statuts du type compulsive sont l'inverse de ce qu'elles étaient quand il s'agissait de l'établissement du principe même de l'indemnité forfaitaire d'accident. Sur les 45 statuts qu'il analyse, 9 seulement sont à ce point de vue du type facultatif. Cf. SAMUEL ROSENBAUM, *Labor legislation in the U. S.* dans *Journal of the society of comparative Legislation*, N. S. XXXV, 20; JEREMIAH SMITH, 27, *II. L. R.*, 249; ERNST ANGELL, 31, *II. L. R.*, 620.

(3) ROSENBAUM, *L. c.*, 3; KNOWLES, *State Control of industrial*



souvenir de cette résistance infructueuse des Cours a même, par une réaction inverse, en éveillant la défiance à l'égard de leur aptitude à appliquer ces lois en conformité avec leur esprit, contribué à provoquer le dégagement de méthodes de règlement des indemnités d'accidents, à la fois plus rapides, plus souples et plus équitables que le règlement judiciaire, et que les ouvriers français pourraient à juste titre envier aux ouvriers américains (1).

SECTION II

Une tentative infructueuse pour brider les juridictions d'Etats

Les variations d'une jurisprudence, — qui parfois a dû tolérer quelques années plus tard ce qu'elle avait interdit quelques années plus tôt (2), et qui, à la même heure, a

accident insurance dans *Journal of comparative legislation*, 3^e série, II, 29.

(1) « L'intervention d'un corps administratif responsable, dit M. Hookstad, *l. c.*, p. 114, est nécessaire pour assurer à l'ouvrier accidenté la réalisation de ses droits et veiller à ce qu'il recouvre la totalité de son indemnité immédiatement et régulièrement. . . . Le besoin de ces agences officielles pour administrer les *compensations laws* est suffisamment démontré dans les états qui n'en possèdent pas. . . . Les travailleurs. . . y sont souvent ignorants de leurs droits. . . On s'y plaint aussi fréquemment que la crainte du congédiement les détourne de demander indemnité ». Par une comparaison entre les statistiques officielles du travail de l'état de New-Jersey et celles de l'état des Massachussetts, M. Hookstad montre que, dans les états qui abandonnent l'ouvrier au régime de la litigation judiciaire, « des milliers d'accidents donnant droit à indemnité sont insuffisamment compensés ou ne le sont pas du tout ».

(2) FELIX FRANKFURTER, *The law and the law-schools*, dans 4 *Am. Bar Ass. Journal*, 1913, 534-535, cite des exemples non moins carac-

annulé dans certains Etats, alors qu'elle validait dans les Etats voisins des *compensation laws* bâties pourtant sur le même modèle (1), — n'étaient pas de nature à fortifier la croyance à la présence réelle dans la constitution des arrêts de proscription prononcés contre la législation des accidents du travail et contre tant d'autres tentatives de réformes de la législation ouvrière..

Quand les protestations populaires ont commencé à prendre un ton agressif et inquiétant, quelques publicistes ont pensé que la cause du malaise de l'opinion publique devait être cherchée dans l'action discursive, et parfois insuffisamment mesurée, des Cours suprêmes d'Etats. Dans un article publié en 1913 dans *Political Science Quarterly* (2), le professeur W. J. Dobb concluait qu'il suffirait probablement, pour remettre les choses en ordre, de placer la jurisprudence constitutionnelle de ces cours sous l'action régulatrice et uniformisante de la jurisprudence de la Cour suprême fédérale qui, sauf « l'accident du *Lochner Case* », avait jusque-là adopté à l'égard de la législation sociale une attitude plus prudente et plus libérale que les Cours d'Etat (3). L'obstacle se trouvait dans

téristiques de cette variabilité d'attitude de la jurisprudence constitutionnelle à l'égard de la législation ouvrière : celui de la cour suprême des Etats-Unis qui, après avoir annulé dans le *Lochner case* la loi de New-York fixant un maximum de 40 heures de travail dans la boulangerie, a validé quelques années plus tard un statut de Californie établissant pour le travail féminin une journée maxima de 8 heures, ou encore l'exemple de la cour d'appel de New-York qui, après avoir en 1907 proclamé l'inconstitutionnalité d'une loi interdisant le travail de nuit pour les femmes, a expressément abandonné cette jurisprudence en 1913.

(1) GEORGE SUTHERLAND, *The courts and the constitution*, 37 *Am. Bar Ass. Reports*, 388 ; O. N. CARTER, même recueil, XL, 872.

(2) XXVIII, 1-18. *Social legislation and the Courts*.

(3) Le professeur Dobb, qui résume ici des vues déjà développées



la section 237 du *Code Judiciaire* fédéral qui, — datant de 1789, d'un temps où l'on craignait seulement que les judicatures d'Etats ne favorisent les empiètements de leurs législatures sur les terrains réservés à l'action fédérative, — ne prévoyait la possibilité de recours devant la Cour suprême fédérale, dans les procès mettant en question la validité d'un statut d'Etat pour cause d'incompatibilité avec la constitution, les traités, ou les lois des Etats-Unis, que dans le cas où la plus haute Cour de l'Etat avait décidé en faveur de la validité du statut. Il résulte, disait M. Dobb, de cette disposition que, quand la Cour suprême d'un Etat se prononce contre la validité d'un statut de sa législature, même pour cause d'infraction à la constitution fédérale, sa décision est sans appel, et qu'elle peut, par conséquent, adopter indéfiniment, sur telle ou telle question de législation sociale, une attitude opposée à celle des autres judicatures d'Etats. Qu'on revise

dans son volume : *The revision and amendment of states constitutions*, 1910 et dans un article de *Michigan Law Review* de décembre 1911, préconisait également des réformes, infiniment plus difficiles à réaliser, parce que devant être poursuivies simultanément dans la Constitution des divers Etats : élimination de ces Constitutions de la « *due process clause* » et de la mention de « l'égle protection des lois », simplification de leurs procédures d'amendement, et subordination du droit pour les tribunaux de déclarer l'inconstitutionnalité de statuts à la condition que ces déclarations soient adoptées par une majorité supérieure à la majorité simple. Cette dernière suggestion a été reprise sous une forme plus accentuée et avec une tendance d'esprit très différente, dans la conclusion de son livre : *The fourteenth amendment and the States*, 1912, par CH. W. COLLINS, qui demande que la Cour suprême des Etats-Unis ne puisse déclarer des statuts ou des procédures d'Etats répugnants à la Constitution des Etats-Unis que par une opinion unanime. Mais je ne crois pas dénaturer la pensée de M. Dobb en disant que la proposition mentionnée au texte lui apparaissait comme l'article essentiel de son programme.



la section 237 du *Code judiciaire* pour autoriser désormais l'appel à la Cour suprême des Etats-Unis, aussi bien contre les arrêts des Cours locales qui annulent des statuts d'Etats que contre ceux qui les valident, et cette insupportable diversité des jurisprudences constitutionnelles ne tardera pas à disparaître (1).

Le vœu de M. Dobb a été exaucé. Un statut fédéral de 1914 (2) a autorisé la révision par la Cour suprême des U. S. des cas décidés par les Cours d'Etats où jugement a été donné contre la validité d'un statut d'Etat prétendu répugnant à la constitution ou aux lois des U. S. Mais cette réforme n'a pas produit les résultats escomptés par M. Dobb. M. R. G. PATERSON nous indique les raisons de son échec dans une monographie publiée par le *Bureau of labor statistics* (3). Sans doute l'interprétation d'un point de droit constitutionnel, donnée par la Cour suprême fédérale sur l'appel ouvert par la loi de 1914, est obligatoire pour les Cours d'Etats, mais seulement dans la mesure où elle s'applique à la constitution fédérale. Pour échapper à l'autorité de ce précédent, en même temps qu'au contrôle de la judicature fédérale, les Cours d'Etats n'ont qu'à baser leurs déclarations d'inconstitutionnalité sur une infraction à leurs constitutions d'Etats, constitutions qu'elles ont qualité pour interpréter souverainement. En dépit de la loi de 1914, qui est restée sans effets en ce qui

(1) L'*American Bar Association*, par l'organe d'un de ses comités, avait recommandé en 1913, à son meeting de Montréal, l'adoption d'un bill tendant à réaliser cette réforme : *Reports*, XXXVIII, 44 ; XXXIX, 34 et XL, 622.

(2) *U. S. Acts of 1914*, 38 Stat., p. 790 (Statut du 23 décembre 1914, c. 2) ; *U. S. Compiled Statutes* de 1918, p. 469.

(3) *Wage-payment legislation in the U. S.*, no 229 du *Bulletin of the United States*, Washington, 1918, p. 26.



concerne les querelles constitutionnelles placées sous le couvert des *due process clauses*, il reste toujours vrai, comme le constate M. PATERSON, « qu'il n'y a point de standard uniforme de ce qui est constitutionnel ou inconstitutionnel, même sous la constitution fédérale ; que chaque Cour suprême d'Etat, en arguant d'un conflit possible avec la constitution d'Etat, a pouvoir complet d'annuler une loi dont le principe peut avoir été soutenu dans les Cours fédérales comme n'étant pas en violation de la constitution fédérale ; que la confirmation de la validité d'une loi par la Cour suprême d'un Etat et la Cour suprême fédérale n'est définitive qu'en ce qui concerne cet Etat ; que la dite loi reste sans effets, que ces décisions n'ont qu'une valeur persuasive dans les autres Etats ; et que l'absence de toute méthode qui standardise les décisions d'Etats rend les Cours américaines extrêmement conservatrices » (1).

SECTION III

L'attitude de la Cour suprême fédérale à l'égard
du contrat collectif de travail.

Les conflits d'opinions constitutionnelles entre ses membres.

Est-il bien certain que la soumission effective de cette jurisprudence au contrôle de la Cour suprême fédérale suffirait pour lui faire acquérir la double vertu de l'uniformité et de la modération ? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait que la jurisprudence personnelle de la grande Cour américaine présentât, elle-même, cette double qua-

(1) PATERSON, *l. c.*, p. 26.

lité. L'a-t-elle réellement ? L'affirmative a été plaidée par M. CH. WARREN, dans un article de *Columbia Law Review* (1) et par le doyen STONE dans l'un des chapitres de l'excellent livre d'introduction à l'étude du droit et de jurisprudence au sens anglo-américain du mot — philosophie appliquée du droit — qu'il a publié en 1915 sous ce titre : *Law and its administration* (2).

Mais les conclusions optimistes de ces deux écrivains ne sont pas toujours aisées à concilier avec les témoignages objectifs des *law reports* qui nous montrent que « l'accident du *Lochner case* », — l'arrêt qui annula un statut limitant la durée quotidienne du travail dans les boulangeries — n'est pas resté un fait isolé dans les annales postérieures de la Cour suprême des U. S. Elle a donné depuis un coup de frein non moins retentissant à la législation du contrat collectif de travail dans trois arrêts — œuvre de Cours divisées et de majorités restreintes — que le professeur REED POWELL (3) a groupés et encadrés d'un commentaire critique d'une rare vigueur.

En 1908, dans *Adair v. United States*, la Cour a annulé un acte du Congrès (4) qui défendait aux voituriers se livrant au transport entre États — pratiquement aux compagnies de chemins de fer — de renvoyer un employé pour

(1) Avril 1913. *The progressiveness of the United States Supreme court.*

(2) Chapitre VI, p. 126 et s., spécialement pp. 157-158.

(3) *Collective bargaining before the supreme Court* dans 33 *Political Science Quarterly*, 1918, 395-428.

(4) Acte du 1^{er} juin 1898, remplaçant l'acte du 1^{er} octobre 1888, et prévoyant l'arbitrage des conflits du travail entre les compagnies se livrant au transport en commun entre états et leurs employés. La section déclarée inconstitutionnelle par la cour suprême est la section 10. Cf. WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 746-748.



cause d'adhésion à une Union du travail (1). En 1915, dans le *Coppage case*, elle a déclaré invalide un statut du Kansas faisant défense à tout employeur d'exiger de ses employés, ou des personnes qui sollicitent de lui du travail, la promesse de ne pas devenir ou de ne pas rester membres d'une *Labor union* (2). En 1917, dans le *Hitchman case* (3), elle ne s'est plus bornée à affirmer le droit absolu pour le patron, qui désire maintenir son usine sur le type de la *non-union shop*, — de la maison fermée aux syndiqués, — de persister dans la pratique, — interdite par les statuts du Kansas et d'au moins treize autres États, — de subordonner tout embauchage à une promesse préalable de l'embauché de rester étranger à toute association syndicale tant qu'il travaillera dans l'usine. Elle a validé, sans se soucier des prescriptions contraires du *Clayton Act*, une injonction adressée par une Cour inférieure aux membres du bureau ou officiers d'une *Labor-union* pour leur défendre de tenir secrète l'adhésion à

(1) 208. U. S. 161. L'argumentation de la majorité de la Cour roule autour de cette affirmation centrale : « L'employeur et l'employé ont égalité de droits, et toute législation qui trouble cette égalité est un empiètement arbitraire sur la liberté du contrat que nul gouvernement ne peut justifier dans un pays libre ». Cf. POWELL, *l. c.*, 396-402.

(2) *COPPAGE v. KANSAS*, 236, U. S. 1. Là encore l'opinion de la majorité dissimule, sous le couvert d'un prétendu principe constitutionnel garantissant l'égalité entre employeurs et employés, les considérations économiques qui l'ont amenée à penser qu'un statut qui défend à l'employeur d'exiger d'un travailleur, comme condition pour obtenir ou garder son emploi, une promesse de ne pas devenir ou rester membre d'une union du travail, est aussi vicieux que celui qui défend le renvoi pour cause d'affiliation à une union. Cf. REED POWELL, *l. c.*, pp. 403 et s.

(3) *Hitchman Coal and Coke Co v. Mitchell and al.* 245. U. S., 232. Cf. POWELL, *l. c.*, pp. 413-428.

leur association de travailleurs ayant consenti, lors de leur embauchage, à promettre d'abandonner leur emploi, s'ils devenaient membres d'une union ; et tendant à donner ainsi au patron les moyens d'éliminer les syndiqués de son usine avant qu'ils ne soient en nombre pour s'opposer à cette expulsion.

Et ces trois décisions, que M. POWELL a rapprochées pour définir l'attitude à l'égard de la législation du contrat collectif de travail de la majorité, peut-être éphémère, des juges de la Cour suprême, expriment une conception de la mission sociale et économique des Cours de justice dont on retrouvera l'écho ailleurs, et l'écho parfois bruyant. Qu'il suffise de rappeler le fameux arrêt *Adams v. Tanner* (1), par lequel cinq juges de la Cour suprême, en dépit des protestations des quatre autres, ont déclaré qu'un statut de l'État de Washington, adopté non seulement par sa législature, mais aussi par le vote populaire, et déniaut aux bureaux de placement privés le droit de réclamer une rémunération aux travailleurs placés par leur intermédiaire, était frappé de nullité, parce que destructif de la propriété privée et de la liberté garantie aux citoyens par le 14^e amendement de se livrer à un commerce utile. Ou encore le non moins célèbre *Child labor law case* du 3 juin 1918 (2) dans lequel, malgré la résistance des juges HOLMES, BRANDEIS, Mc KENNA et CLARK, la même majorité de cinq voix s'est opposée à l'application de l'acte du Congrès du 1^{er} septembre 1916 (3) qui tendait à empêcher les industriels, par des moyens détournés,

(1) 244, U. S. 45. Cf. les notes dans 42 *Illinois Law Review*, 428-431 et 31. *Harv. L. Review*, 490-491.

(2) *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S., 251.

(3) C. 432, 39 U. S. Statutes at large, 675.



d'exploiter la main-d'œuvre infantile. Il est vrai que, dans cette dernière espèce, de graves objections constitutionnelles pouvaient être soulevées contre le procédé oblique auquel le législateur avait recouru pour atteindre son but. Mais cette étrange méthode de législation *indirecte* ou *couverte* (1), était consacrée par une solide chaîne de traditions jurisprudentielles, et les critiques de la majorité étaient dirigées, non pas tant contre elle, que contre l'emploi qui en avait été fait pour la réalisation de fins économiques jugées indésirables (2).

Même quand la grande Cour fédérale s'est montrée accueillante aux expériences hardies de la législation sociale, elle n'a pu le faire que dans des conditions qui étaient de nature à inspirer au public des doutes légitimes sur les chances de stabilité de sa jurisprudence. Tel est le cas, notamment, de l'arrêt du 19 mars 1917 (3) validant le statut fédéral des 3-5 septembre 1916 (4), connu usuellement sous le nom d'*Adamson law* ou « loi de huit heures dans les chemins de fer ». Ce texte de circonstances, adopté pour conjurer des menaces de grève, en dépit de son titre, était, plutôt qu'une véritable loi sur la durée du travail, une expérience législative de stabi-

(1) CH. MERRILL HOUGH, *Covert legislation and the constitution*, 30 *Harv. L. R.*, 801-811. R. E. CUSHMAN, *The national police power under the commerce clause of the constitution*, 3 *Minnesota Law Review*, 1919, 319 et s., 381 et s.

(2) THURLOW M. GORDON, 32, *Harv. L. R.*, 4818-4819, 45-67. Sur la réplique donnée à cet arrêt par le législateur fédéral, en faisant appel à une autre forme de la législation couverte, le pouvoir de taxation : Cf. R. LYNN BATES, *The new constitution of U. S.*, 5 *Am. Bar Ass. Journal*, 1919, 592.

(3) *Wilson v. New et al.* 39. *Sup. court*, 298-313.

(4) 39, *U. S. Statutes at L.*, 287, ch. 436.



lisation du salaire pendant un court laps de temps (1). Il garantissait aux cheminots employés dans le commerce entre Etats, non pas une limitation effective de leur journée, mais le paiement, pendant une période restreinte d'essai, du taux antérieur de la journée pour huit heures de travail et une rémunération proportionnelle pour toutes les heures faites en plus. Une requête ayant été immédiatement introduite par une compagnie de chemins de fer devant une des Cours fédérales de district pour obtenir une injonction interdisant à l'attorney fédéral de procéder à l'exécution de cette loi, la Cour de district fut amenée à cette occasion à proclamer l'inconstitutionnalité de l'*Adamson-law*. Sur appel à la Cour suprême des Etats-Unis la décision de la Cour inférieure fut réformée, mais seulement à la majorité de cinq voix contre quatre. Le déplacement d'une voix ou l'absence accidentelle d'un membre de la Cour eut suffi pour arrêter une œuvre de pacification intérieure que le président Wilson et le Congrès avaient, à tort ou à raison, jugée indispensable à une heure, où déjà les menaces de guerre extérieure, s'accumulaient sur l'horizon américain (2).

Le caractère d'opération aléatoire que la divergence des vues constitutionnelles des juges a imprimé au mécanisme

(1) WILLIAM Z. RIPLEY dans le numéro d'octobre 1916 de l'*American Review of Reviews*, et les notes dans 30 *Harv. Law Rev.* 63-66 et 739-742. Les lois fixant la durée maxima des heures de travail, soit pour les femmes ou les enfants, soit pour certaines industries, soit d'une manière générale, ont suscité aussi une extrême variété de décisions constitutionnelles : FELIX FRANKFURTER. *Hours of labor and realism in constitutional Law*, 29, *Harvard Law Review*, 353.

(2) KENDRICK dans 33 *Political Science Quarterly*, 458; PATERSON, *l. c.*, pp. 42-46.



de vérification judiciaire de la constitutionnalité des lois ouvrières ressort encore mieux de l'attitude prise par la Cour suprême fédérale dans l'*Oregon minimum wage case* (1). Entrant avec plus de décision dans la voie ouverte en Amérique, à l'exemple des législations néo-zélandaise et australiennes, par les statuts des Massachussetts de 1911 et 1912 et depuis assez largement frayée (2), la législation de l'Oregon avait institué en 1913 (3) une *Industrial Welfare Commission* investie du droit d'arbitrer, au profit de certaines catégories ouvrières, des tarifs obligatoires de salaire minimum. A la suite d'un « ordre » de cette commission prescrivant un salaire minimum d'existence pour les femmes adultes employées dans les manufactures, des industriels engagèrent contre les membres de la commission des actions tendant à faire annuler leur « ordre » et à obtenir une injonction pour leur en défendre l'application. Au cours de cette procédure, la Cour suprême de l'Oregon, se prononça, dans deux arrêts (4) qui provoquèrent de vives discussions (5), en faveur de la constitutionnalité du statut. L'une de ces décisions fut déférée à la Cour suprême fédérale qui, par l'abstention du juge BRANDEIS qui avait plaidé pour les défenseurs devant les Cours d'Etat, se trouva, dans l'espèce, réduite à

(1) *Stettler v. O'Hara*, 243. U. S., 629.

(2) J. O. ANDREWS, *Minimum Wages Legislation* (New-York Factory Investigating Commission), Albany, 1914, 7-52.

(3) *Acts de 1913*, ch. 62, pp. 92-99.

(4) *Stettler v. O'Hara*, 69, *Oreg.*, 549-541 et *Simpson v. O'Hara*, 70, *Oreg.*, 261-263 (1914).

(5) Cf. l'attaque passionnée de ROME G. BROWN. *Oregon minimum wage cases* dans 1, *Minnesota Law Review*, 471, et la défense de REED POWELL. *The constitutional issue in minimum wage law* dans 2 *Min. L. R.*, 1, et de FRANKFURTER, 28 *Harv. L. R.*, 218.

huit membres. Quatre de ces membres se prononcèrent pour la constitutionnalité, et quatre pour l'inconstitutionnalité du statut. Cette absence d'opinion de la Cour entraînant la confirmation de la sentence attaquée, le statut de l'Orégon se trouva ainsi définitivement validé. Mais il en eût été autrement si la Cour de l'Orégon avait pris position contre la législation du salaire minimum. Alors ce même partage égal des voix à la Cour fédérale se serait traduit par une annulation du statut (1). Il serait vraiment difficile de contester la justesse des réflexions que la lecture de cet arrêt de 1917 inspire à M. PATERSON (2). « Aucun exemple plus frappant, écrit-il, ne peut être invoqué pour démontrer le constant péril auquel toute la législation sociale est soumise sous les 5^e et 14^e amendements à la constitution des Etats-Unis ».

La conviction s'est implantée de plus en plus fortement

(1) Cf. FREDERICK GREEN, 12, *Illinois Law Review*, 512-515 (Compte rendu du *brief* de F. FRANKFURTER et J. GOLDMARK); CHARLES E. HUGHES, 4, *Am. Bar. Ass. Journal*, 103-104; ANDREWS, *l. c.* 103-121 et la note: *The legislative minimum wage* dans 31, *Harr. L. Rev.*, 1013-1017. Un exemple plus impressionnant encore de l'influence que peut avoir, non plus l'abstention, mais le changement d'avis d'un juge, sur le sort d'un statut fédéral de haute importance, est rappelé par M. BOUDIN, 26, *Political Science Quarterly*, 239-240; exemple tiré des événements judiciaires qui ont précédé l'adoption du 16^e amendement à la Constitution fédérale et des variations d'attitude de la Cour suprême à l'égard d'un statut du Congrès créant un impôt sur le revenu, dont après avoir reconnu d'abord la constitutionnalité à la majorité d'une voix, elle proclama plus tard l'inconstitutionnalité à la même majorité d'une voix. « Ce qui rend, dit M. BOUDIN, une taxe inconstitutionnelle, c'est la décision de la Cour suprême interprétant la Constitution écrite. Ce qui fait la décision de la Cour suprême, c'est la décision d'un juge qui a changé d'avis. » Cf. CLARK, *Constitutional doctrines of Justice Harlan*, 176-180.

(2) *Wage payment legislation in the U. S.*, 40.



dans l'esprit des masses ouvrières que ce péril était l'œuvre, non pas tant des constitutions elles-mêmes que des juges qui les font parler au gré de leurs préventions économiques ou politiques (1). C'est probablement l'une des causes de l'attachement que les populations de la grande majorité des Etats gardent au système de l'élection des juges qui, pourtant, à l'épreuve, a révélé tant de défauts (2), et sans doute aussi des efforts faits par les organisations électorales, par « la machine », pour mettre la main sur le recrutement des juges (3).

(1) Cf. les observations pénétrantes du juge Hough. *Covert legislation*, 30. *Harv. L. R.*, 840, qui constate que les décisions des juges, dans ces litiges sur la constitutionnalité des lois sociales, ne peuvent être fondées, comme celles des jurys, que sur l'appréciation des faits, et non sur l'application de règles de droit ; qu'elles sont « nécessairement dictées ou dominées par des attitudes mentales ou des préférences basées sur l'hérédité, l'environnement et l'éducation, comme le sont les verdicts de tous les autres jurys. » Ce sont, au fond, des constatations analogues que présente le doyen Pound. *The administrative applications of legal standards* dans 44 *Reports American Bar Association*, 1919, 457 : « Le due process of law », appliqué à la législation, n'est pas une conception abstraite dont on puisse tirer des conclusions absolues... applicables en tous temps et en tous lieux. C'est un « standard » pour guider le tribunal... et le standard est à appliquer en vue des circonstances spéciales de temps, de lieu et d'opinion publique, où l'acte prend effet. Ainsi les désaccords des juges dans les cas où est invoqué le 14^e amendement deviennent intelligibles. Si la matière était une matière de pure logique, la longue série des décisions à cinq contre quatre suggérerait qu'il y a affaiblissement dans la méthode légale. Parce que, comme l'a si justement remarqué le juge HOLMES, ces jugements dépendent « d'intuitions trop subtiles pour aucune prémisse majeure articulée », nous ne pouvons pas attendre d'accord absolu entre ceux qui appliquent le standard ».

(2) STIMSON. *The law of federal and state constitutions of the U. S.*, Boston, 1908, § 654, p. 348 et la conclusion du livre de CARPENTER. *Judicial tenure in the U. S.* Yale University Press, 1918.

(3) La pression du Sénat près du président pour l'amener à combler



C'est aussi l'une des principales raisons d'être du développement exubérant, dans les constitutions d'Etats, d'une foule de menues dispositions, étrangères au domaine du droit constitutionnel tel que nous le concevons en Europe, et qui chez nous seraient abandonnées à l'action de la législation courante, parfois même de la simple réglementation administrative. Il s'agit là d'un trait distinctif de la physionomie présente des constitutions d'Etats américaines qui a été rendu familier au public français par la description qu'en a donnée Lord BRYCE dans les chapitres XXXVIII et XXXIX de son *American Commonwealth* et par l'illustration qu'il y a jointe en reproduisant, à la fin de son second volume, cet étrange pot-pourri de textes effleurant les sujets les plus

les vacances à la Cour suprême par la nomination de candidats favorables à la politique du Congrès, et au besoin la création de nouveaux sièges, apparaissent comme les ressources ultimes pour essayer de vaincre la résistance du judiciaire aux nouvelles orientations de la législation. Cf. Woodrow WILSON. *Congressional government*, 6^e édit., 35. C'est à ce moyen, singulièrement compromettant pour l'administration régulière de la justice, qu'on fit appel à la suite du fameux arrêt de 1869 dans le *Hepburn case* (8 Wallace, 603) qui déclarait que le Congrès n'avait pas autorité constitutionnelle pour donner cours forcé au papier-monnaie de la fédération. C'est en portant le nombre des membres de la Cour de 7 à 9 qu'on obtint le revirement de jurisprudence affirmé en 1884 par les *Legal Tender Cases* (12, Wallace, 457). M. NEWTON CRANE dans *Journal Society Comparative Legislation*, N. S., XXIV, 334, note de curieux efforts des législatures du Montana et du Dakota pour réagir contre la mainmise de certains partis politiques sur le choix des juges. Cf. aussi, dans 30 *Harv. L. R.*, 742, les explications psychologiques données au curieux article du programme des « *Non partisans farmers* », du North Dakota, réclamant que trois sur cinq des membres de la Cour suprême de l'Etat soient des « *bona fide farmers* », c'est-à-dire des hommes ayant prouvé leurs sympathies pour le programme de la ligue.



variés qu'est la constitution de l'Oklahoma de 1907, qui ressemble peut-être plus à l'une de nos grandes ordonnances de réforme du xvi^e siècle qu'à nos constitutions européennes modernes.

A vrai dire, ces constitutions d'Etats ont manifesté de tous temps la propension marquée à s'égarer hors des limites de l'organisation des pouvoirs publics. Mais elle a été accentuée par les nécessités de la défense contre les entêtements du judiciaire. La législation par voie d'amendement à la constitution est apparue aux législatures d'Etats comme l'ultime chance de briser la résistance des tribunaux à l'introduction des lois sociales. Par l'usage répété qu'elles en ont fait, elles ont été amenées à forger l'arme que reprendra plus tard la législation fédérale, avec les 18^e et 19^e amendements à la constitution des Etats-Unis, pour forcer à son tour d'autres obstacles constitutionnels. Arme d'un maniement à la fois lent et difficile. Car elle exige fréquemment l'adoption du même projet par deux législatures successives et sa ratification par le vote populaire (1). Arme souvent inefficace aussi. Car elle ne protège les lois glissées dans la constitution d'Etat ou édictées en vertu de son autorisation formelle

(1) Sur les inconvénients de cette procédure, en tant que moyen de résoudre les conflits entre les pouvoirs législatif et judiciaire, je renvoie au livre, écrit dans un esprit d'éclectisme et de conciliation, au moment où se sont dessinées les discussions, sur le *recall* des juges, par WALTER F. DODD, *The revision and amendment of State Constitution*. (Balt. Johns Hopkin's Press, 1910). Cf. Donald R. Richberg, *Constitutional growth through recall of decisions* dans *Annals of Academy of polit. and social science*, mars 1914, 23-36; et W. DRAPER LEWIS, *Constitutional amendment by popular vote*, dans le même volume p. 311 et s. En sens contraire, en faveur de l'aptitude de cette procédure à faire face à tous les besoins actuels : MORFIELD STORY, *The recall of decisions*, même revue, mars 1914, 13-24.



que contre l'annulation judiciaire du chef de cette constitution, et non contre l'annulation du chef de la constitution fédérale. Or, quand les juges accueillent l'appel à la *due process clause*, il leur est toujours loisible de rattacher leurs déclarations d'inconstitutionnalité à l'une aussi bien qu'à l'autre de ces constitutions. Il est vrai que, depuis la retouche apportée en 1914 à la section 237 du code judiciaire, le recours à la législation par voie d'amendement constitutionnel, en mettant la constitution d'Etat hors de cause, permet de déférer à la censure de la Cour suprême fédérale la décision de la judicature locale annulant pour cause d'ineconciliabilité avec la constitution fédérale la loi ainsi placée sous l'égide de la constitution d'Etat. Mais aucun législateur ne saurait forcer ce dernier retranchement de sa judicature locale sans le concours de la judicature fédérale.



CHAPITRE VII

LA RÉACTION POPULAIRE PENDANT LA SECONDE DÉCADE DU XX^e SIÈCLE

La popularité des Cours de justice n'a pas résisté à l'usure produite par la multiplication de ces conflits entre législateurs, d'autant plus enclins à l'interventionnisme qu'ils se sentent garantis contre leurs propres entraînements par une tutelle qui émousse en eux le sens de la responsabilité (1), et magistrats judiciaires apportant à la défense des traditions individualistes du *common-law* une obstination souvent aveugle. En prenant ainsi parti dans les questions les plus irritantes de politique économique ou sociale, les Cours se sont exposées à apparaître, aux yeux des masses laborieuses, comme les auteurs responsables de toutes les malfaçons de l'organisation sociale. Les prédictions du chancelier WATTES se sont en partie réalisées. On a même pu craindre un instant qu'elles ne se vérifient jusqu'au bout, jusqu'à la subversion de l'autorité judiciaire. L'opinion de la foule est devenue défiante et hostile envers la loi, les constitutions et les

(1) Les fâcheuses influences, que l'exagération du contrôle judiciaire risquait d'exercer sur la conscience et les aptitudes professionnelles des législateurs, ont été dénoncées dès 1893 par THAYER dans l'article d'*Harv. L. R.* reproduit dans *Legal Essays* p. 39.



tribunaux. « Les causes du mécontentement populaire contre l'administration de la justice » (1), tel est le titre d'une communication que l'un des maîtres les plus incontestés de la science du droit américain, le doyen POUND a développée en 1906 dans un milieu intellectuel qui n'était porté certainement à exagérer ni la réalité, ni l'intensité de pareils phénomènes, à l'un des meetings de l'*American Bar Association*. Les mêmes constatations, tantôt attristées, tantôt apeurées de la « *popular dissatisfaction with the law* » reparaissent avec une telle régularité, vers la même époque, dans les travaux des membres de la profession légale, professeurs, avocats ou juges, au travers de tant de revues ou de tant d'organes des écoles de droit et des barreaux d'Etats, qu'il devient évident, à la fin de la première décennie de notre siècle, qu'on est là en présence d'une des directives les plus inquiétantes de l'opinion publique américaine (2). Ce mécontentement n'a pas tardé à se traduire par des actes.

(1) *The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice* dans 29 *American Bar Associat. Rep.* 393 et 40. *American Law Review*, 729. Cf. *Common law and legislation*, 21 *Harv. Law Rev.* 383 ; *Democracy and common law*, 18 *Case and Comment*, 447.

(2) Dans un discours de présidence, prononcé au meeting de l'*American Bar Association* en 1916, ELIOT ROOT constate aussi, en cherchant à l'expliquer par un défaut d'éducation populaire, ce développement « d'une irritation et d'une prévention contre les cours dans ces dernières années » : 41 *Reports*, 368-369. Cf. ORRIN N. CARTER, 40 *Reports*, 873.



SECTION I

La révocation des juges par le suffrage universel

On a songé tout d'abord, pour réagir contre l'ingérence des juges dans le domaine de la législation, à faire peser sur eux la menace du *recall*, de la révocation par les électeurs avant l'expiration normale de leur mandat, de leur renvoi, sur pétition signée par un pourcentage suffisant d'électeurs, devant le corps électoral appelé à son tour à juger leur conduite et apprécier s'il convient de les maintenir en fonction ou de les remplacer. Les juges, a-t-on dit, hésiteront à se mettre en travers de réformes imposées à la législature par un courant décisif de l'opinion publique, quand ils sauront qu'ils peuvent être traduits de ce chef à la barre de cette même opinion, s'exprimant souverainement par le bulletin de vote. Et si, par aventure, il arrivait que cette crainte ne les retint pas, le peuple aurait toujours le moyen de briser leur résistance en les remplaçant par des magistrats disposés à s'incliner devant les volontés du législateur.

Introduit pour la première fois dans l'état de l'Orégon par la constitution de 1908, le *recall* des juges est passé de là dans la constitution de Californie en 1911, puis dans un très petit nombre d'autres constitutions d'Etats(1).

(1) Le Colorado, l'Arizona et le Nevada en 1912, le Kansas en 1914. Cf. ROME G. BROWN, 41 *Am. Bar. Ass. Reports*, 1916, 553 ; GILBERTSON. *The recall, its provision and significance*, dans *Annals of Academy of polit. and social science*, XLIII, septembre 1912, p. 217 ; Note *Judicial Recall* dans *Journal of Soc. Comp. Leg. N. S.*, n° 40, avril 1918, p. 172 ; ROME G. BROWN, *Ann. Am. Ac. pol. and soc. sc.*, XLIII, 274 ; JUDSON. *Judicial Recall* et OWEN. *The recall of judges* dans le numéro de juin de *Yale Law Journal*.



Ces tentatives d'Etats isolés, dont l'attitude énergique du président TAFT contribua puissamment à arrêter l'expansion (1), furent le point de départ dans toute la communauté américaine d'une agitation en faveur du *recall* des juges. L'*American Academy of political and social science* ouvrit, dans le volume de septembre, 1912 de ses *Annales*, une large consultation, sur cette matière, de toutes les compétences. Les avocats des deux partis, M. H. S. GILBERTSON (2), d'une part, et M. ROME G. BROWN (3), de l'autre, y développèrent en toute liberté leurs vues opposées, et une série d'hommes d'études y soumièrent à une critique attentive et impartiale les deux thèses en présence (4).

(1) En 1911, un acte du Congrès, approuvant les constitutions de l'Arizona et du New-Mexico et destiné à consacrer l'érection de ces territoires en états, fut arrêté par le veto du président TAFT à raison de la présence dans ces constitutions de dispositions sur le *recall* des juges (*Veto messages on admission of New-Mexico and Arizona*, 15 août 1911, *House Documents* N° 106. Cf. *Twentieth Century Magazine*, 1911, IV, 551 et *Outlook* du 23 mars 1912). Ce ne fut qu'après élimination préalable dans leurs constitutions de la clause jugée dangereuse pour l'indépendance des juges que l'Arizona et le New-Mexico obtinrent leur admission comme états. YOUNG, *New American Government*, 250-252). C'est là une des directives de la politique de TAFT qui contribuèrent le plus à provoquer la scission du parti républicain et furent les plus ardemment discutées pendant la campagne présidentielle de 1912. Une liste étendue des articles et discours précisant les positions prises, à l'égard de la question brûlante du *recall* judiciaire par les trois concurrents de l'élection de 1912 : TR. ROOSEVELT, TAFT et WOODROW WILSON, a été dressée dans 38 *Am. Bar Ass. Reports*, 601.

(2) *Annals*, XLIII, 246-226.

(3) *Annals*, XLIII, 239-277.

(4) Je renvoie de préférence à cette enquête, non seulement à raison de son objectivité et de son ampleur, mais surtout parce qu'elle est consignée dans l'une des rares revues américaines qu'on rencontre

Cette enquête fit ressortir que ce premier remède aux exagérations du contrôle judiciaire des lois, en supposant même qu'il fut efficace (1), engendrerait des maux bien supérieurs à ceux qu'il prétendait guérir. Des écrivains, appartenant à des milieux intellectuels aussi divers que le sénateur JONATHAN BOURNE, l'éditeur et publiciste JAMES METCALF ou le professeur JONES FORD, s'accordèrent à reconnaître à la fois, et la gravité des périls que l'attitude des cours à l'égard de la législation sociale faisait courir

dans la majorité de nos bibliothèques universitaires. Elle n'est que le reflet d'une très vaste consultation de l'opinion publique qui, de 1909 à 1913, s'est traduite par l'ouverture aux mêmes discussions passionnées de la plupart des organes de la science juridique ou politique américaine ainsi que de nombre de feuilles de la presse populaire : Cf. notamment *Proceedings Academy of political science N. Y.*, III, 1912 ; *American Political Science Review*, III, 1909 ; VI, 1912 et février 1913 ; — *Case and Comment*, nos d'avril et novembre 1911 et de septembre 1912 ; — *Yale Law Journal*, juin et novembre 1912 et janvier 1913 ; — *Michigan Law Review*, X, 79-99 et XI, 278-298 et novembre 1914 ; — *Central Law Journal*, tomes 72, 73 et 75 : — *North American Review*, mai 1911, avril et juillet 1912. La question a même été agitée devant le Congrès, d'avril à août 1911, à l'occasion des débats sur l'admission du nouvel état de l'Arizona qui avait introduit dans son projet de constitution un article consacrant le *recall* des juges. (Cf. *Congressional Debates* des 18, 22, 23 mai et 23 juin 1911 et la série des *Senate Documents* sur ce sujet dans les publications de la 2^e session du 62^e Congrès). On trouvera une bibliographie étendue, mais peu accessible au lecteur français, des traets, discours et articles de journaux consacrés à la matière dans PHELPS, *The judicial recall ; a very comprehensive bibliography on this subject, Debaters Handbook Series*, Wilson et Cie, Minneapolis, et dans les rapports annuels du comité spécial institué en 1911 par l'*American Bar Association* (36 *Reports*, 8.229) pour organiser la résistance à cette agitation populaire : *Am. Bar Ass. Reports* XXXVII, 1912, 585-588 ; XXXVIII, 1913, 593-604 ; XXXIX, 1914, 619-620 ; XL, 1915, 525-526.

(1) Il n'aurait pu agir sur des Cours échappant, comme les Cours fédérales, au recrutement par l'élection populaire.

à la paix de l'Union, et la gravité beaucoup plus grande encore des périls que créerait, pour la sécurité des relations juridiques, le développement du *recall* des juges. « Ce serait une stérile contre-vérité, conclut le sénateur BOURNE, qu'affirmer que nos Cours ont, en tous temps et en toutes choses, agi de manière à mériter et gagner la confiance du public. Une bonne part, sinon la totalité des critiques auxquelles nos Cours ont été soumises, provient de causes qui peuvent et doivent être écartées sans recourir à un remède qui peut, en même temps, diminuer leur indépendance » (1). « Pour corriger une classe de maux, à laquelle on peut indubitablement remédier d'une manière autre et plus sûre, disait M. METCALF, nous ne devons pas mettre en péril la sauvegarde établie de notre « vie, liberté et poursuite du bonheur » par la substitution d'une inconstante liberté populaire à l'administration de la justice par des Cours indépendantes et de haute culture comme celles que nous possédons » (2). « En pratique, ajoutait M. FORD, cela signifierait que toute « machine » politique pourrait exercer pression sur les Cours par le pouvoir de lancer un juge dans l'arène pour lutter pour sa vie » (3).

SECTION II

L'appel au peuple contre les jugements d'inconstitutionnalité

Ceux des enquêteurs de 1912, qui estimaient que les causes du mécontentement populaire étaient assez sérieu-

(1) *Annals*, XLIII, 28-31.

(2) *Annals*, XLIII, 283.

(3) *Annals*, XLIII, 77.

ses pour exiger quelques réfections aux constitutions d'Etats, se rallièrent à une solution que l'ex-président ROOSEVELT avait préconisée dès 1911 par la voie de la presse et qui devait former l'un des articles essentiels de sa *platform* au cours de la campagne présidentielle de 1912 : la solution vulgairement connue sous le nom de *recall des décisions judiciaires* (1).

Le président ROOSEVELT, préoccupé à la fois de n'apporter aucune atteinte à l'indépendance des Cours dans l'exercice de leurs fonctions spécifiquement judiciaires et de n'entraver que celles des extensions du contrôle de constitutionnalité des lois qui avaient provoqué l'irritation de l'opinion publique, sans détruire le principe même de ce contrôle, proposait de confier au vote populaire la mission de trancher les conflits soulevés entre les législatures et les judicatures d'Etats par l'invocation de la *due process clause* à l'encontre d'actes législatifs et de décider si la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par les juges devrait être maintenue ou rapportée. Il précisait que cette soumission à la révision populaire devrait être limitée aux décisions judiciaires : 1^o rendues par les Cours suprêmes d'Etats en déclarant inconstitutionnels des statuts d'Etats ; 2^o où le litige n'était pas entre un homme et un homme, mais où il s'agissait de quelque grande question économique mettant en jeu le bien général de l'ensemble

(1) THEODORE ROOSEVELT a développé ses vues sur la matière dans son discours à la convention constitutionnelle de l'Ohio du 21 février 1912, dans une série d'articles de l'*Outlook* : *Arizona and the recall of judiciary*, 1911, tome 98, 278-279 ; — *Judges and Progress*, *Outlook* du 6 janvier 1912 ; — *The Right of the people to rule*, *Outlook* du 23 mars 1912 ; *Charter of democracy*, tome 100 de l'*Outlook*, 390 et s. ; et dans sa préface à l'étude de WILLIAM RAMSON, *Majority rule and the judiciary*, Scribner, 1912.

ou d'une large classe du peuple ; 3^e et on n'était pas soulevée la question d'inconstitutionnalité du statut pour cause d'incompatibilité avec la constitution fédérale (1).

L'étiquette collée sur ce programme par les agents électoraux de l'ex-président ROOSEVELT n'était pas des mieux choisies. Quoiqu'il fût animé d'un esprit tout différent, elle lui prêtait une allure de parenté avec le *recall* des juges. C'est ce que firent remarquer quelques-uns des juristes qui prirent part à l'enquête de 1912. On a tort, déclarait l'un des conseillers juridiques du parti progressiste, M. DONALD M. RICHBENG, de parler de révocation des décisions judiciaires ou d'une révision populaire du droit fait par les juges ; il s'agit simplement d'appeler le peuple à résoudre un conflit entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. « Quand il y a désaccord entre la législature et les cours sur ce que demande la « moralité prévalente » (2), le peuple seul peut trancher la controverse... L'amendement des constitutions est un moyen incomm-

(1) La propagande contre les extensions du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'a pas recruté seulement ses adhérents dans les sphères politiques. Elle a rencontré quelques rares adhésions même dans les cercles judiciaires, notamment celle du Chief Justice de la cour suprême de North Carolina, WALTER CLARK, qui y adhéra bruyamment dans un discours reproduit sous forme de brochure : *Government by Judges*, New-York, 1914, et dans un article de *Michigan Law Review* de novembre 1914 : *Some Myths of the Law*, qui soulevèrent naturellement des critiques indignées dans la majorité de la profession légale : J. W. BAILEY, t. *Am. Bar Ass. Journal*, 1915, 311.

(2) Allusion à la phrase célèbre de l'opinion judiciaire dans *Camfield v. United States*, 167, U. S., 518, qui, pour définir l'étendue du pouvoir de « police » du législateur, déclare que ce pouvoir « peut être exercé à l'appui de ce qui est sanctionné par l'usage, ou tenu par la moralité prévalente ou par une forte et prépondérante opinion être grandement et immédiatement nécessaire au bien public ».

mode... Le *recall* des décisions est un moyen plus logique, parce qu'il n'y a rien dans la constitution à amender et que la seule question impliquée est celle-ci : Est-ce la législature ou la Cour qui a correctement représenté la « moralité prévalente ou la forte et prépondérante opinion « du peuple » (1). Le prétendu *recall* des décisions, constatait M. METCALF, serait plus exactement appelé le « referendum judiciaire ». « C'est, en réalité, le rétablissement d'une loi qui est entrée en conflit avec le conservatisme judiciaire. Il constitue une épreuve de la certitude de la volonté populaire par l'expression requise à nouveau de celle-ci » (2). Le doyen de la faculté de droit de l'Université de Pennsylvanie, M. W. LEWIS DRAPER ne l'envisageait que comme une forme simplifiée de la législation par voie d'amendement à la constitution. Pour lui, les questions soulevées par les suggestions du colonel ROOSEVELT se ramenaient à celle-ci : « Cette nouvelle méthode d'amender *pro tanto* la constitution d'Etat a-t-elle des avantages pratiques par rapport aux méthodes actuellement en vigueur » (3) ? Le *recall* des décisions judiciaires échappait ainsi aux objections décisives dirigées contre le *recall* des juges. Les arguments développés par les opposants au cours de l'enquête de 1912 et que M. MORFIELD STORY a cherché à rajennir en 1914, dans un numéro des *Annals* qui forme le prolongement de cette enquête (4),

(1) *Constitutional growth through recall of decisions. Annals*, mars 1914, 25-36.

(2) *Annals*, XLIII, 283-284. Cf. A.-H. SNOW, *The position of judiciary in the U. S.*, même volume, 308-310.

(3) *A new method of constitutional amendment by popular vote. Annals*, XLIII, 310.

(4) *The recall of decisions*, dans le numéro de mars 1914, 13-24.



ne sont pas, en effet, bien impressionnants. En dehors de clichés comme celui-ci : « Appeler des juges au peuple, c'est appeler des savants aux ignorants » (1), ou de l'invocation du droit des minorités à être protégées contre l'oppression des majorités (2), ils gravitent, somme toute, autour de considérations tirées de l'inexpérience ou de l'inattention de la masse électorale, de son inaptitude à la besogne législative, qui perdent leur poids quand on songe qu'il s'agit uniquement de consulter le suffrage populaire sur le maintien ou la levée du veto prononcé par les juges contre un statut élaboré par la législature.

Mais, en revanche, si la proposition défendue par le parti progressiste n'éveillait plus, dans les esprits modérés et conciliateurs, les mêmes défiances que le *recall* des juges, elle paraissait encore beaucoup moins apte à atteindre les fins désirées. Simple variante de la législation par voie d'amendement à la constitution, elle devait être frappée de la même infirmité congénitale. Comme elle, elle ne pouvait servir à purger un statut d'Etat que de ceux de ses prétendus vices constitutionnels qui dériveraient de la constitution d'Etat, et non de ceux qui viendraient de la constitution fédérale. Car le peuple d'un Etat n'a qualité pour disposer seul que de sa propre constitution, et non de la constitution fédérale. Or, toutes les déclarations judiciaires d'inconstitutionnalité qui avaient amenté l'opinion et contre lesquelles le parti progressiste cherchait à réagir, celles qui avaient été prononcées du chef de la *due process clause*, pouvaient indifféremment

(1) M. STORY, *l. c.*, p. 23.

(2) ROME G. BROWN, *Annals*, XLIII, 243-262 ; 267-277 ; STORY, *l. c.*, p. 43.



être rattachées à la constitution d'Etat ou au 14^e amendement à la constitution fédérale, et étaient le plus souvent placées sous leur patronage commun. Le *recall* des décisions judiciaires, aussi bien que la législation par voie d'amendement à la constitution, ne pouvait fermer à des Cours résolues à persister dans leur attitude d'opposition conservatrice que l'une des deux voies dont elles auraient disposé normalement pour prononcer de nouveau l'annulation de la loi glissée dans la constitution ou placée sous l'égide du vote populaire. Il pouvait barrer l'appel à la constitution d'Etat ; il était impuissant à boucher la voie de l'invocation de la constitution fédérale. Les juges, saisis à l'occasion d'un autre cas de la validité du même statut, n'auraient même pas eu besoin de s'ingénier à rajeunir les considérants de leur première déclaration d'inconstitutionnalité. Ils n'auraient eu qu'à les reprendre mot pour mot en se bornant à remplacer la citation de la *due process clause* de la constitution d'Etat par celle de la clause correspondante de la constitution fédérale. C'est ce que relevait fort judicieusement, dès l'enquête de 1912, le plus ferme et le plus intransigeant des adversaires du *recall* sous toutes ses formes, M. ROME G. BROWN (1).

L'objection n'avait point échappée au doyen LEWIS DRAPER (2) qui y répliquait d'avance, au cours de la même enquête, en invoquant que la procédure du *recall* des décisions judiciaires aurait au moins l'avantage d'aider le fonctionnement des réformes, — alors discutées devant le Congrès, et réalisées depuis par le statut de 1914, — qui visaient à étendre le contrôle de la Cour suprême fédé-

(1) *Annals*, XLIII, 269.

(2) *Annals*, XLIII, 323-324.



rale sur les décisions des Cours d'Etats, relatives à la constitutionnalité des statuts d'Etats envisagée du point de vue de la constitution fédérale, même à celles de ces décisions prononçant l'inconstitutionnalité des dits statuts. Nous avons constaté, en effet, que, si les retouches que le statut de 1914 a apportées à l'article 237 du *Judicial Code*, pour permettre de déférer à la Cour suprême fédérale le règlement de ces conflits entre législature et judicature d'un même état, sont restées inopérantes, l'avortement en a été dû à la faculté que conserve toujours la plus haute Cour d'Etat de se soustraire à ce contrôle de la Cour fédérale, en accrochant ses déclarations d'inconstitutionnalité à sa constitution d'Etat en même temps qu'à la constitution fédérale. Le recours au *recall* des décisions judiciaires aurait permis d'enlever cette ressource aux Cours d'Etat, en les obligeant désormais à motiver uniquement leurs déclarations d'inconstitutionnalité par des considérations tirées de la constitution fédérale et à ouvrir ainsi contre ces décisions une voie d'appel et de réformation devant la Cour suprême des U. S.

Mais qu'arriverait-il, si cette haute juridiction se solidarisait avec les cours d'Etats, et confirmait les condamnations prononcées par elles contre des statuts confirmés par le referendum local ? Sans vouloir se prononcer sur l'opportunité de cette extension, M. LEWIS DRAPER constatait que la logique du principe conduisait à soumettre à leur tour ces décisions de la cour fédérale à l'épreuve de la procédure du *recall*, mais devant tout l'ensemble du corps électoral des Etats-Unis, puisqu'il s'agissait désormais de décider ce qui était permis à la législature d'Etat, non plus par sa constitution, mais par la constitution fédé-



rale elle-même. Sans doute ! Mais quelle étrange procédure, et combien disproportionnée à ses fins, et combien difficile à faire fonctionner dans la pratique, que cet appel au suffrage universel de toute l'Union pour résoudre un conflit qui n'intéresse que la population d'un de ses Etats ! Cette dernière déduction suffisait, à elle seule, à montrer que le *recall* des décisions judiciaires présentait, à un aussi haut degré que le *recall* des juges, le caractère d'expédient, de mesure oblique et tâtonnante.

L'imprécision, la gaucherie et surtout la diversité de ses programmes de réalisation pratique ont gravement handicapé la propagande faite en faveur du *recall* sous ses formes multiples et nuancées de 1911 à la fin de 1914. Assoupie pendant les années de préparation et de poursuite de la guerre (1), elle se rallume en 1918. A son congrès annuel de 1918, l'*American Federation of Labor* adopta une résolution donnant mandat au comité exécutif : 1^o de rechercher toutes les manifestations concrètes de la tendance des cours à « défaire et invalider les lois édictées par le peuple ou ses représentants législatifs » et de consigner le résultat de cette enquête dans une brochure qui serait distribuée aux organisations affiliées et propagée par tous les moyens opportuns de publicité ; 2^o de préparer et faire soumettre au congrès les réformes nécessaires

(1) Dans le rapport fait en 1915, au nom du *Committee to oppose the judicial recall*, à l'*American Bar Association* (40 *Reports*, 518), M. ROME G. BROWN déclare déjà que l'agitation populaire a franchi le point culminant et commence à décliner légèrement. Dans le rapport de 1916 (41 *Reports*, 553-554), il constate avec une joie mêlée de fierté que l'accentuation de ce déclin s'est manifestée par toute une série de signes apparents dont le plus décisif est le silence de l'ex-président ROOSEVELT et du parti progressiste.

pour « empêcher toute invasion des droits et prérogatives de la branche législative du gouvernement par le judiciaire ». La brochure prévue par cette résolution, rédigée par un juriste, M. JACKSON H. RALSTON (1), sur un ton d'habile modération qu'on rencontre rarement dans ces écrits de propagande (2), a été publiée en 1919 et suivie d'une large diffusion. En cette même année 1918, un sénateur, pour défendre d'avance contre les risques d'invalidation judiciaire un bill en examen devant le congrès, cherchait à y introduire l'amendement suivant qui, s'il eût été voté, fût vite devenu de style dans les statuts : « Tout officier exécutif qui, en sa capacité officielle, déniera la constitutionnalité de cet acte, sera *ipso facto* déposé de son office. Aucun juge d'une Cour fédérale inférieure ne permettra que la question de constitutionnalité de cet acte soit soulevée devant la Cour qu'il préside et la Cour suprême des Etats-Unis n'aura pas pouvoir en appel de se prononcer sur cette question (3) ». On voyait ici percer le germe de formes plus rapides et plus brutales de *recall*, pouvant servir à la défense des statuts du Congrès aussi bien que des statuts des législatures locales, contre la judicature fédérale aussi bien que contre les judicatures d'Etats, mais non moins menaçantes pour

(1) *Judicial control over legislatures as to constitutional questions*, Washington, Law reporter printing Co.

(2) C'est ce que constate notamment l'auteur de la recension dans *Harv. L. R.*, 127-129.

(3) Cité par ROME G. BROWN, 43 *Reports Am. Bar Association*, 1918, 86. Dans le rapport plus développé publié en cette même année 1918 dans le *Journal* de l'association, IV, 71, on cite aussi la mesure constitutionnelle proposée dans l'état du North Dakota en vue d'interdire directement toute déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité contre un acte adopté par le referendum populaire.

l'indépendance de la magistrature. D'autre part, les associations créées par les disciples de Townley et unies dans la « *Farmers Non Partisan League* » travaillaient avec non moins d'énergie à préparer la pénétration du *recall* judiciaire dans les constitutions de ceux des Etats de l'Ouest où elles se sentaient en force (1).

La rencontre, dans une campagne parallèle, quoique non concertée, en faveur du *recall*, de groupements à tendances et à recrutements aussi divers que cette importante ligne de cultivateurs et la fédération américaine du travail (2), était de nature à inquiéter les défenseurs de la suprématie judiciaire (3). Au congrès d'août 1918 de l'Ame-

(1) BROWN, *l. c.* L'irritation du *townleyisme* contre le contrôle judiciaire des lois a dû depuis être quelque peu calmée par l'attitude de tolérance que la Cour suprême fédérale a prise en face des expérimentations du programme de cette ligue, tentées par la législature du North Dakota. Dans *Green v. Frazier* (252 U. S., Sup. Ct. 499), cette haute juridiction a, en effet, rejeté les protestations élevées, du chef de la « *due process clause* », par quelques contribuables du North Dakota contre les statuts prévoyant la création par l'Etat d'une banque de crédit agricole ainsi que d'entrepôts et d'usines pour la conservation et la mise en valeur des récoltes des fermiers. Cf. REED POWELL, 35 *Political Science Quarterly*, 438-439.

(2) Si M. BROWN, dans le rapport mentionné ci-dessus, identifie *Townleyisme* et socialisme, c'est en entendant ce dernier mot dans le sens vague et trompeur que nous lui donnions jadis, en qualifiant « socialisme d'Etat » ce que nous appelons maintenant « interventionnisme ». Les programmes et l'œuvre du *Townleyisme* sont exposés avec assez de clarté, pour ne permettre aucune méprise à cet égard, dans le livre d'un de ses adhérents. H.-E. GASTON. *The non-partisan League*, New-York, 1920.

(3) M. ANDREW A. BRUCE, *Interests of the public in legal education*, dans 43 *Am. Bar Ass. Reports*, 1920, 448, constate avec surprise que les *farmers* du North Dakota, qui persistent avec le plus de ténacité dans la campagne pour le *recall* judiciaire, sont pour la plupart propriétaires de leurs terres et se recrutent dans un milieu où l'aisance et l'instruction sont relativement développées.



rican Bar Association, le président du comité institué par cette association pour lutter contre le *recall* judiciaire, M. ROME BROWN faisait entendre le cri d'alarme (1). Tout en reconnaissant que le péril du *recall* était moins menaçant qu'à la veille de la guerre, il préconisait et faisait adopter une résolution demandant que la contre-propagande du comité fût continuée avec plus d'intensité que jamais. Au congrès de septembre 1919, il affirme la persistance de son inquiétude par un redoublement dans la sévérité de ses appréciations à l'égard d'un mouvement, qui en 1918 ne lui apparaissait encore que comme une poussée du socialisme (2), et qui en 1919 se transforme en menées « bolchevistes » (3). Il annonce la constitution, dans chaque Etat, sur l'initiative du comité qu'il préside, d'associations locales de juristes et de laïques chargées d'organiser, avec les ressources financières qu'elles se procureront sur place, une propagande méthodique de conférences pour faire comprendre aux masses populaires les dangers constitutionnels et l'esprit révolutionnaire du *recall* judiciaire (4). Mais les diversions données à l'opinion publique américaine par le traité de Versailles et les actes ou projets d'actes diplomatiques qui l'encadrent, ainsi que l'ac-

(1) *American Bar Association Journal* de juillet 1918, 400 et 43 *Reports*, 86.

(2) *The socialist menace to constitutional government*, dans 4 *Amer. Bar Ass. Journal*, 54-72.

(3) 44 *Reports Am. Bar. Ass.*, 1919, 67 et le rapport dans 4 *Am. Bar Ass. Journal*, 1919, 409-414.

(4) La contre-propagande du comité spécial de l'*American Bar Association* s'était, d'ailleurs, développée, dès le début, sous la forme d'une campagne de conférences et de distribution de tracts (37 *Reports*, 576). Dans son rapport de 1913 (38 *Reports*, 576) le comité déclarait avoir mis en circulation l'année précédente 350.000 exemplaires de diverses brochures de combat.

tion modératrice, exercée dans ces dernières années, sur la jurisprudence constitutionnelle des cours de justice par des penseurs à hautes et larges vues politiques, comme le juge HOLMES, ont sans doute fait beaucoup plus que la puissance de persuasion des équipes d'orateurs, recrutées par M. ROME BROWN, pour endiguer l'agitation en faveur du *recall* judiciaire. Peu important, d'ailleurs, les causes de cet apaisement. Il suffit d'en constater l'existence (1).

(1) C'est, sans doute, dans cet apaisement de l'agitation populaire qu'il faut chercher l'explication du silence gardé en 1920 par les *Reports* de l'*American Bar Association* sur le Comité d'opposition au *recall* qui semble être tombé en sommeil. Cette éclipse peut être due aussi, dans une certaine mesure, aux résistances qui se sont dessinées au sein de l'association en 1919 (44 *Reports*, 68-69), contre la tendance de la majorité des membres du comité à le transformer en un instrument de propagande politique et à lier partie pour la poursuite de campagnes d'ordre économique avec la *National Association of Manufacturers* ou la *National Conference of State Manufacturers Associations*. — (ROME G. BROWN, 5 *Am. Bar Ass. Journal*, 413), qui, ayant mené dès sa fondation et surtout depuis 1903, une énergique bataille contre les principales formes d'activité de l'*American Federation of Labor* et contre le développement de la législation ouvrière, a naturellement fourni le principal cadre de résistance à l'agitation contre le *recall* (PHILIP G. WRIGHT, 29 *Quarterly Journal of Economics*, 235-238). L'A. B. A. avait refusé en 1919 de se laisser entraîner plus avant, par la majorité du Comité, dans une voie dont les dangers avaient été dénoncés dès 1912 par FRANK B. KELLOGG, *New Nationalism*, 37 *Reports*, 369-370.

CHAPITRE VIII

LA CONSOLIDATION DU GOUVERNEMENT DES JUGES. — LE CONTROLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES AMENDEMENTS A LA CONSTITUTION.

Ce contrôle a résisté victorieusement aux rudes attaques qu'il a subies pendant la seconde décade de notre siècle. Ces attaques se renouvelleront-elles, et sous quelles formes ? C'est le mystère de l'avenir. Mais je ne vois guère comment elles pourraient aboutir sur le terrain constitutionnel. Par la voie de la procédure d'amendement à la constitution fédérale (1) ? Rien n'est moins sûr. Les obstacles auxquels se heurteraient, en s'orientant de ce côté, les apôtres de la reconstitution de l'indépendance du pouvoir législatif, viennent d'être mis en lumière par les discussions qu'a soulevées la constitutionnalité des 18^e et 19^e amendements, c'est-à-dire des amendements concernant la prohibition de l'alcool et le suffrage des femmes. Il semble, au premier abord, que les 13^e, 14^e et 15^e amendements, imposés par la force, au sortir de la guerre civile, à la ratification d'une partie des Etats, et dont la légitimité pouvait susciter de ce chef de fort impressionnantes critiques, auraient dû fournir une occasion, beau-

(1) C'est la solution préconisée notamment par BLAINE F. MOORE dans la conclusion de sa dissertation de doctorat : *The supreme court and unconstitutional legislation*, p. 127.



coup plus propice que les 18^e et 19^e amendements, d'affirmer l'existence au profit du pouvoir judiciaire d'un contrôle sur la constitutionnalité des amendements à la constitution fédérale et de vérifier si ce contrôle s'étendait à la correction constitutionnelle du contenu des amendements aussi bien qu'à la correction de la procédure suivie pour leur établissement.

Mais, au moment de l'entrée en force du dernier de ces amendements, en 1870, l'évolution qui a plié le pouvoir législatif sous la tutelle du judiciaire n'était point encore vraiment commencée. Un appel aux juges pour proclamer la nullité de dispositions introduites dans la constitution par l'organisme que l'article V de cette constitution investit du pouvoir d'amendement, serait apparu aux hommes de l'époque comme une tentative trop franchement révolutionnaire pour avoir chance d'être accueillie autrement que par un haussement d'épaules. Quand en 1873, dans les *Slaughter houses cases*, la Cour suprême fédérale jugea nécessaire, pour la sauvegarde de l'équilibre du fédéralisme, d'arrêter, en fait, l'application de la section 5 du 14^e amendement, elle ne pensa pas qu'il y eut d'autre moyen pour elle d'atteindre ce but que la voie détournée et modeste de la « construction ». Elle se borna à interpréter le texte de façon à le démunir de toute portée. Quoique les arguments de l'opinion de la majorité fussent exactement ceux que l'on donnerait aujourd'hui à l'appui d'une déclaration d'inconstitutionnalité, ni les membres de cette majorité, ni les conseils des parties n'entrevirent alors qu'il pût être possible à la Cour de proclamer directement que les auteurs de l'amendement avaient outrepassé leurs pouvoirs et que la section 5 se trouvait pour cette cause frappée de nullité. Il a fallu de longues



années de pratique du jugement par les cours de la « rationalité » et de la « convenance » (1) des statuts d'États et des statuts fédéraux pour préparer les esprits à concevoir la possibilité de ce dernier développement logique du contrôle judiciaire de constitutionnalité qu'est le jugement de la constitutionnalité des amendements à la constitution fédérale. C'est seulement 45 ans après son entrée en vigueur, que la validité de l'un de ces amendements de guerre, le 15^e, a été, pour la première fois, contestée, en 1915, dans le cas de *Myers v. Anderson* (2), où la Cour suprême fédérale s'abstint d'exprimer son opinion sur le problème ainsi soulevé, et, par une sorte de souci de ménager l'avenir, le passa systématiquement sous silence. Qu'aurait-elle pu dire, en effet, à moins d'écarter ce moyen comme reposant sur une conception erronée de ses pouvoirs constitutionnels ? Il eut été vraiment difficile, et d'annuler des textes entrés dans la constitution depuis bientôt un demi-siècle (3), et d'invoquer la prescription pour couvrir leur inconstitutionnalité originale (4).

Rien n'est mieux de nature à nous faire mesurer l'étendue du déplacement qui, de 1869 à nos jours, s'est produit, au profit du judiciaire, dans l'équilibre ancien des départements coordonnés du gouvernement fédéral, que l'attitude des adversaires de la prohibition de l'alcool au lendemain de la ratification du 18^e amendement. Battus

(1) *Expediency* est le pendant habituel de *reasonableness* dans cette jurisprudence de la constitutionnalité des lois. Ce sont les deux points de vue par lesquels les censeurs judiciaires envisagent et discutent notamment les exercices législatifs, soit du pouvoir de taxation, soit du pouvoir de police.

(2) 238 U. S., 368.

(3) *MARBURY*, 33 *Harv. L. Rev.*, 230.

(4) *FRIERSON*, 33 *Harv. L. Rev.*, 661.



devant les deux Chambres du Congrès où ils n'avaient pu empêcher le projet de passer à la majorité requise des deux tiers ; battus devant les législatures des trois quarts des États ; se trouvant désormais en présence d'un texte qui répondait à toutes les exigences de l'article V de la constitution, ils en ont, en quelque sorte, appelé de la décision de l'organe d'amendement constitutionnel à la décision de la judicature fédérale, en la saisissant par la voie de la litigation de l'examen de leurs objections contre la constitutionnalité de l'amendement. Et ce ne sont pas seulement les commerçants frappés dans leurs intérêts économiques, ce sont aussi des juriscultes personnellement désintéressés, mais luttant pour la défense des droits des États et pour l'intégrité de la constitution, qui se sont ainsi retournés vers la Cour suprême fédérale pour lui demander de transporter au contrôle de la production constitutionnelle les méthodes qu'elle appliquait déjà au contrôle de la production législative. Tel M. WILLIAM L. MARBURY, un jeune membre du barreau de Baltimore qui, dans cette grande revue, de si haute tenue et où les publications sont si soigneusement sélectionnées, qu'est *Harvard Law Review* (1), développe cet appel en un article de fond, dont les conclusions donnent au premier abord au lecteur plié à la mentalité des pays à gouvernement parlementaire l'impression de l'ahurissement, mais lui apparaissent, après réflexion plus attentive, en parfaite harmonie avec le génie du gouvernement par le judiciaire.

Le pouvoir d'amender la constitution accordé aux trois

(1) *The limitations upon the amending Powers*. 33 *Harvard Law Rev.*, 1919-1920, 223-235.



quarts des Etats, dit M. MANBURY, n'est pas un pouvoir primordial et illimité. Cette majorité des trois quarts des Etats ne possédait pas, par elle-même, initialement, le droit d'imposer ses vues au dernier quart restant. Il est le produit des délégations consenties successivement par les diverses conventions d'Etats en ratifiant la constitution de 1787-1789. Il se cantonne donc dans les bornes expressément ou tacitement définies et ne peut être employé qu'aux fins prévues lors de cette délégation. Si la constitution a réglementé elle-même son amendement, c'est pour assurer sa propre stabilité, et non pour faciliter le renversement de tout son édifice. Il n'est pas concevable que le peuple, quand il a conféré aux législateurs des trois quarts des Etats le pouvoir d'amender la constitution, ait entendu autoriser l'adoption de mesures qui, sous prétexte d'amendement, tendraient, en réalité, à détruire l'une des bases fondamentales de la constitution. Et la preuve que les auteurs de la constitution n'ont conçu le pouvoir d'amendement, ni comme discrétionnaire, ni comme illimité, est consignée en toutes lettres dans l'article V qui, après avoir décrit la procédure d'amendement, prend soin d'ajouter qu'elle ne pourra servir à priver un Etat sans son consentement de son suffrage égal dans le Sénat. Si le pouvoir d'amendement est rendu impuissant par un texte formel à effacer ce trait secondaire de l'organisation constitutionnelle, *a fortiori* en est-il de même en face de principes qui sont l'âme de la constitution et qui ne sauraient en être rayés sans qu'un nouveau système de gouvernement se trouve, du même coup, substitué à celui qu'avait établi la constitution.

Ce point de départ posé, M. MANBURY s'efforce de démontrer que les 18^e et 19^e amendements n'apportent

Lambert.

8



pas de simples retouches au mécanisme constitutionnel, mais sapent les bases fédéralistes de la constitution en empiétant sur l'autonomie législative intérieure garantie aux États en 1787-1789 comme la condition *sine qua non* de leur entrée dans l'union. Mais il se heurte ici aux objections que fournit contre cette partie de sa thèse l'exemple des amendements clôturant la guerre de Sécession qui, par un maniement beaucoup moins correct de la procédure d'amendement, ont pratiqué des brèches tout aussi graves dans le mur de l'indépendance législative des États et pourtant se trouvent, en fait, garantis par la consécration du temps. Et, après de subtils efforts pour échapper à ces objections, il conclut que les 18^e et 19^e amendements sont les résultats d'un dépassement de pouvoirs commis par les législatures des trois quarts des États, qui doit être réprimé par l'autorité constitutionnelle suprême. C'est aux seuls juges de la Cour suprême, incarnations de la constitution qui parle par leurs bouches, qu'il incombe, sur la réquisition des intéressés s'adressant à eux par les voies procédurales, de veiller au maintien de toutes les limitations constitutionnelles, aussi bien de celles qui s'adressent aux pouvoirs constituants que de celles qui s'adressent aux pouvoirs législatifs. M. MARBURY reconnaissait, toutefois, que le problème de droit constitutionnel ainsi posé était relativement neuf, que la Cour avait évité de l'aborder en 1915 et qu'il était possible que les récents amendements ne lui parussent pas fournir l'occasion opportune pour sortir de cet énigmatique silence.

Dans le numéro suivant d'*Harvard Law Review*, un membre du barreau de Washington, M. WILLIAM L. FRIENSON (1)

(1) *Amending the constitution of U. S. — A reply to M. Marbury*. 33 *H. L. R.*, mars 1920, 659-666.



reprenait l'examen de ce problème et s'efforçait à démontrer l'inexactitude de la thèse constitutionnelle de M. MARBURY. Sans doute, quand nous le suivons en nous laissant aller à nos habitudes de penser enropéennes, sa démonstration paraît décisive. Mais il n'en est plus de même si on l'envisage au point de vue de son aptitude à convaincre des américains, placés en face de réalités constitutionnelles bien différentes des nôtres. « La constitution, dit M. FRIERSON, a confié au Congrès, et non aux Cours, le devoir de déterminer quels sont les amendements nécessaires. Cette détermination est expressément laissée au jugement des deux tiers de chaque chambre. Donc la seule question qui puisse proprement être soumise à une Cour est de savoir si le Congrès a exercé son jugement à cet égard... Dire que les Cours peuvent renverser un amendement, proposé et ratifié par la voie régulière, sur le fondement que l'amendement n'est pas nécessaire ou n'est pas sage, ou n'est pas un de ceux qui ont été envisagés par les auteurs de la constitution, ce serait ajouter aux dispositions de l'article V et lui faire dire qu'un amendement proposé par le Congrès et ratifié par les trois quarts des Etats sera valable, pourvu qu'il soit approuvé par la Cour suprême. Autrement dit, ce serait substituer le jugement des Cours sur une question de politique et d'opportunité au jugement du Congrès et des législatures d'Etats auxquels la constitution a confié la matière » (1).

Evidemment. Mais à quel endroit de la constitution fédérale est-il donc prévu que l'exercice des pouvoirs législatifs conférés au Congrès par l'article premier, sections 1 et 8, soit subordonné à la tolérance de la judicature fédé-

(1) *L. c.*, p. 662.



rale ? Et dans quels articles des constitutions d'Etats est-il donc écrit que les statuts, adoptés par les deux Chambres et promulgués par le pouvoir exécutif, ne seront valables qu'après approbation par la plus haute Cour de l'Etat et par la Cour suprême fédérale ? L'argument, repris par M. FRIERSON, a été si souvent invoqué en vain à l'encontre des extensions successives du contrôle des Cours sur les lois ordinaires qu'on a peine à croire qu'il puisse être d'un secours efficace pour entraver l'extension de leur contrôle sur les lois d'amendement constitutionnel.

Ces discussions n'étaient pas d'ordre purement académique. Elles ont été portées à la barre de la Cour suprême. Dès la proclamation faite par le secrétaire d'Etat, le 29 janvier 1919, de l'adoption du futur 18^e amendement, la *Distillers' Association of America* avait annoncé dans un manifeste sa volonté de porter la lutte contre l'amendement devant l'autorité judiciaire (1). Au lendemain de la ratification, quelques-uns de ses adhérents ont répliqué aux premières poursuites dirigées contre eux en opposant des défenses tirées de l'illégalité de l'amendement. Et la Cour suprême fédérale s'est trouvée ainsi appelée en 1920 à se prononcer sur la valeur de ces objections constitutionnelles dans le cas de *Rhode Island v. Palmer* (2). Pour essayer de démontrer que l'acte, qui se proposait d'être un amendement à la constitution, ne pouvait prétendre à cette qualité, le défendeur faisait flèche de tout bois. Il invo-

(1) *Political Science Quarterly*, Supplément au tome XXXV. *Record of political events*, 69. Cette campagne des distillateurs tendait surtout, pour l'instant, à faire soumettre, dans les Etats possédant le referendum, la question de la ratification au suffrage populaire qu'on supposait devoir être plus récalcitrant que celui des législatures.

(2) 252, *U. S.*, 40 *Sup. Ct.*, 486 (7 juin 1920).



quait à la fois des vices de forme et des vices de fond.

On a justement relevé la différence d'attitude, si caractéristique, que la Cour a prise à l'égard de ces deux sortes de moyens qu'elle devait finalement rejeter. Alors que les juges ont abordé de front tous les arguments tirés de prétendues irrégularités de la procédure d'amendement et y ont répondu par des réfutations techniques de nature à fixer la jurisprudence constitutionnelle en ce sens, soit que le vote des deux tiers requis pour l'adoption d'un amendement dans chaque chambre s'entend du nombre des votants, et non du nombre entier des membres (1), soit que les ratifications des législatures d'Etats ne sont pas, dans les Etats dont les constitutions prévoient le referendum, subordonnées à confirmation par le vote populaire (2) ; alors qu'ils ont discuté, quoique avec moins d'attention (3), les moyens puisés dans l'interprétation de la section 2 de l'amendement (4) pour tenter de paralyser

(1) REED POWELL, 35 *Political Science Quarterly*, 413.

(2) Cette solution avait déjà été donnée quelques semaines plus tôt dans *Hawke v. Smith*, 252, *U. S.*, 40 *Sup. Ct.*, 495. Sur les attitudes des Cours d'Etat à cet égard : Cf. *Record of political events*, supplément à 35 *Political Science Quarterly*, 69 et la note *State referendum and Federal Amendment*, 33 *Harv. L. R.*, 287-292.

(3) La question n'est abordée que dans l'opinion concurrente du Chief Justice. Cf. note dans 34 *Harvard Law Rev.*, 371.

(4) Section donnant « pouvoir concurrent » au Congrès et aux Etats pour mettre l'amendement en force. La Cour a écarté la construction qui, en prenant ces mots dans le sens de pouvoir égal et conjoint, aurait donné, à la législature d'un Etat, le moyen d'empêcher, par sa propre abstention, l'application sur son territoire du *Vollstead Act* du 28 octobre 1919, qui déclare que la prohibition porte sur tout liquide contenant plus de un demi pour cent d'alcool, et qui, après avoir été d'abord le complément du *War Time Prohibition Act*, s'est trouvé transformé en premier acte fédéral d'application du 18^e amendement. Cf. *Record of political events*. Suppl. à 35 *Pol. Sc. Quarterly*, 44.



l'application du texte entier, ils se sont, au contraire, bornés à rejeter, sans indiquer aucunes raisons, ceux des griefs d'inconstitutionnalité qui étaient dirigés contre le fond même de l'amendement et étaient tirés, soit de l'empiètement sur l'autonomie réservée aux Etats, soit d'un détournement de pouvoir commis en utilisant l'amendement à la constitution pour réaliser de la législation proprement dite et étendre ainsi le *statute law* fédéral au delà de ses limites constitutionnelles. Visiblement les membres de la Cour se sont imposé comme règle de conduite dans l'espèce de n'émettre sur ces questions aucun de ces avis motivés qui, seuls, donnent à leurs décisions le caractère « d'opinions faisant autorité » et l'aptitude à régler des cas de loi (1). Tout en écartant des querelles irritantes et inopportunes, ils se sont préoccupés de ne rien dire, et même de ne rien laisser percer, qui préjugât leurs propres opinions sur la nature et l'étendue de leur contrôle sur la constitutionnalité des amendements à la constitution.

et les notes : *The concurrent power of Congress and the several States of to enforce the eighteenth amendment*, dans 33 *Harv. Law. Review* et *Effect of Eighteenth amendment on prior existing state Laws*, même revue, XXXIV, 317. La décision collective de la cour dans *Rhode Island v. Palmer* se borne sur ce point à une conclusion sans exposé de motifs, mais ses vues ont sans doute été dévoilées dans l'opinion concurrente du *Chief Justice* (p. 488). Cf. 34 *Har. Law Rev.*, 317.

(1) Cf. REED POWELL, *The supreme Court and the Constitution*, 1919-1920 dans 33 *Political Science Quarterly*, 413-416. Cf. la note dans 34 *Harv. Law Rev.*, 314-316 (*Decisions without opinions*). Sur le rôle de l'*opinion*, par opposition à la décision proprement dite, dans la formation du *case-law* : EZRA R. THAYER, *Judicial legislation* 5 *Harv. Law Rev.*, 172 ; EMLIN M. LAIN, *Evolution of the judicial opinion*, 36 *American Law Review*, 172 ; SALMOND, *Theory of judicial precedents*, 16 *Law Quarterly Review*, 376.



Il fallait l'excitation de la lutte chez les distillateurs et la puissance d'illusion d'un enthousiasme juvénile chez M. MARBURY pour leur dissimuler combien il était invraisemblable que la Cour suprême fédérale pût être tentée, en pareilles circonstances, de se départir de l'attitude de réserve adoptée en 1913. Au moment où s'apaisait enfin l'agitation en faveur du *recall*, il était vraiment chimérique de supposer que le pouvoir judiciaire allait, de gaité de cœur, la rallumer, dans le seul intérêt des producteurs et des consommateurs d'alcool, ou même pour la défense d'une conception périmée du fédéralisme, à laquelle sa jurisprudence ne s'était jamais montrée bien attachée (1), et qu'on put obtenir de lui qu'il se mette en travers d'un mouvement d'opinion qui avait été assez fort pour arracher en quelques mois le vote de l'amendement de prohibition aux deux chambres du Congrès et à l'immense majorité des législatures d'États. Mais ces débats judiciaires récents ont en le mérite, c'est la seule conclusion que j'en retienne — de mettre en lumière l'existence actuelle d'un droit tant de « construction » que de contrôle constitutionnel sur les amendements à la constitution au profit des cours de justice et d'établir que, si jusqu'ici elles n'ont exercé le contrôle de constitutionnalité que sur

(1) En dehors de l'« accident » du *Child Labor Law case*, elle s'était montrée, d'ordinaire, indulgente aux extensions du *statute-law* fédéral par la voie de la législation couverte : HOUGH, *Covert legislation*, 30 *Harv. Law Review*, 801 et s. ; J. M. BECK, *Nullification by indirection*, même revue, XXIII, 441 ; LINDSAY ROGERS, *The postal power of Congress*, dans XXXIV, 2 *Johns Hopkins Un. Studies in His. and pol. science*, 168-180 ; KNOX, *Development of federal power to regulate commerce*, 47 *Yale Law Journal*, 135 ; ROBERT E. CUSHMAN, *National power under the commerce clause...*, 3, *Minnesota Law Review*, 319 et s.



la régularité externe des amendements, elles n'ont jamais renoncé à l'étendre, le cas échéant, à la vérification de leur légalité interne.

Quel incomparable instrument de défense trouverait-là le pouvoir judiciaire, le jour où ses adversaires, renonçant aux voies obliques et louches du *recall*, emprunteraient la voie de l'amendement à la constitution pour attaquer de front ses privilèges constitutionnels ! Avec quelle force nouvelle pourraient être repris les arguments de M. MARBURY, quand il s'agirait de défendre, non plus l'une des colonnettes, déjà à demi-ébranlée, de l'édifice constitutionnel, mais ce qui, par le travail du temps, est devenu la clef de voûte de tout l'édifice ! Le plaidoyer qu'on présenterait en faveur de l'annulation judiciaire de pareil amendement est écrit d'avance dans les pages des volumes annuels du *Journal* et des *Reports* de l'*American Bar Association* qui résument les travaux de son *Comité d'opposition au recall judiciaire* (1). On ferait valoir que ce pseudo-amendement à la constitution tend, en réalité, à substituer au « gouvernement des lois » un « gouvernement d'hommes » (2) ; qu'il ne vise pas seulement au rem-

(1) Cf. ROME G. BROWN dans *Reports Am. Bar. Ass.*, XLIII, 86 ; XLIV, 65 et son article : *The judicial recall : a fallacy repugnant to constitutional government* dans *Annals Am. Acad. pol. and social sciences*, XLIII, 243 et s., 271 et s.

(2) La maxime que J. R. COMMONS et J. B. ANDREWS posent en tête de leur excellent manuel de droit ouvrier (*Principles of Labor Legislation*, New-York, 1916) : « Dans une démocratie, c'est le peuple lui-même dont l'opinion collective doit finalement déterminer ce qui sera loi », est en complète contradiction avec les vues prédominantes des cours, qui se considèrent comme investies, par la nature même de la fonction judiciaire, de la mission d'assurer, à l'encontre des tentatives de perversion de la génération présente, la transmission des traditions sociales fondamentales des générations passées aux

placement de la constitution actuelle par une autre, mais à la suppression de toute constitution digne de ce nom, de toute constitution au sens américain du mot. Car, dirait-on, ce qui caractérise la constitution du type américain et la distingue des constitutions de type inférieur, comme la constitution française, qui se bornent à tracer aux divers organes du gouvernement des règles de conduite ou des « maximes de moralité politique » sans prendre aucune mesure pour leur en imposer l'observation effective, c'est que cette constitution est partie intégrante de la loi, qu'elle emprunte les sanctions habituelles de la

générations à venir et voient dans les revendications populaires en faveur de la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire aux organes législatifs une tentative de destruction, non seulement de la démocratie tempérée (*self-limited democracy*), mais aussi de tout ordre social stable. C'est ce qui ressort notamment des développements du juge LUTTON dans 193 *North American Review*, 9-25. En 1912, au plus fort de l'agitation pour le recall, le sénateur SUTHERLAND, *The courts and the constitution*, 37 *Am. Bar Ass. Reports*, 380, pour défendre la démocratie tempérée, dont le contrôle judiciaire des lois est la pierre angulaire, recourait à une argumentation qui évoque le souvenir des plaidoyers du *Franco-Gallia* ou du *Vindictiv contra tyrannos* en faveur de la monarchie tempérée. La constitution américaine est un contrat passé entre tous les états de l'Union et l'on ne voit pas, dit G. SUTHERLAND, pourquoi ce contrat serait d'une essence différente de celle des contrats entre particuliers. Les parties contractantes ont pu donner, par l'article 5, aux trois quarts des législatures d'états le pouvoir d'amender le pacte social, mais non celui de l'interpréter. Si 47 états pouvaient contraindre le 48^e à s'incliner devant leur interprétation ou si une majorité de citoyens, quelque énorme qu'elle fût, pouvait imposer à la minorité sa construction des textes constitutionnels, le contrat social dégénérerait en un pacte nu, dénué de force obligatoire. Le pacte social ne peut demeurer un véritable contrat et assurer le règne de la loi dans le domaine constitutionnel qu'autant que l'interprétation en est laissée, comme celle de toutes les autres conventions, aux cours de justice.



loi et est mise en force par les mêmes organes d'application qu'elle. Si, au lieu de ce corps de doctrines d'autorité simplement persuasive qu'on décore en France du nom de droit constitutionnel, nous avons une véritable *loi constitutionnelle*, c'est au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois que nous le devons. Ce contrôle n'est plus seulement une des pièces essentielles de la constitution ; il est devenu le support commun de tous ses éléments. Qu'il disparaisse, et nous n'aurons plus qu'un droit constitutionnel à la française ; c'est-à-dire pas de constitution véritablement obligatoire (1).

Et l'on ferait valoir, en outre, des arguments pratiques,

(1) C'est la conception sur laquelle repose le livre classique de W. WOODBURY WILLOUGHBY : *Constitutional law of U. S.* New-York, 1910. L'auteur entre fort logiquement en matière en présentant, dans ses deux premiers chapitres, p. 1-32, l'instrument d'édification du droit constitutionnel positif, le pouvoir de contrôle des cours de justice : « Le principe fondamental de la jurisprudence constitutionnelle américaine, écrit-il dès sa première phrase, est que les lois, et non les hommes gouvernent. Cela signifie que, quand un pouvoir exercé par un officier ou un organe gouvernemental est contesté, il doit être justifié que son autorité légale dérive de quelque loi existante et il ne peut exister de loi valide que celle qui est reconnue telle par les cours », p. 1. Après avoir démontré que la constitution n'a d'existence positive qu'autant qu'elle est appliquée par les cours de justice, chapitre premier, puis décrit, chapitre 2, les méthodes employées pour la construction judiciaire de la constitution (il les simplifie quelque peu en dissimulant, p. 19, le contrôle exercé sur la rationalité et l'opportunité des lois), M. WILLOUGHBY se borne, dans la suite de ses deux volumes, à grouper et analyser les arrêts des cours de justice. Il se trouve ainsi avoir écrit un excellent manuel de droit constitutionnel par les mêmes procédés et avec les mêmes matériaux qu'il aurait employés pour écrire, soit un manuel d'*equity* ou de *real property*, soit un traité *on contracts* ou *on torts*. Qu'on touche au contrôle judiciaire de constitutionnalité, et, du même coup, s'écroule tout l'ensemble de la « loi constitutionnelle », telle qu'elle est comprise par WILLOUGHBY et par la grande masse des juristes américains.



— qui sont peut être plus impressionnants pour des esprits européens que ces considérations générales, — la situation périlleuse créée aux droits individuels jusqu'ici protégés par la jurisprudence constitutionnelle construite sous le couvert des « *due process clauses* » et qui ne trouveraient pas en Amérique les précieuses garanties subsidiaires que leur a données chez nous le lent et souple développement des doctrines du contentieux administratif; les dangers d'une brusque transition de la tutelle judiciaire à la pleine majorité pour des législatures que l'existence de freins constitutionnels a habituées à se laisser aller sans résistance à cette propension aux surenchères législatives et aux promesses chimériques que subissent, à un plus ou moins haut degré, toutes les chambres populaires qui se savent surveillées et bridées par une autorité supérieure; enfin et surtout les exigences du régime fédéraliste.

On voit donc que, sur la route d'un amendement à la constitution fédérale qui tendrait à entamer le contrôle législatif du pouvoir judiciaire, surgiraient de multiples objections, toutes également décisives au point de vue des conceptions dominantes dans les cercles de la profession légale, et que l'appréciation de la valeur de ces objections serait soumise aux juges eux-mêmes que la pratique constitutionnelle investit du contrôle de la législation constitutionnelle aussi bien que de celui de la législation ordinaire.

C'est assez dire qu'une compression par la voie constitutionnelle du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois n'est plus désormais possible qu'avec le concours ou la tolérance de ceux-là mêmes dont cette compression aurait pour effet de restreindre la situation politique.



Est-il vraisemblable que l'aristocratie judiciaire américaine se prête jamais à ce découronnement de sa suprématie ? Qu'elle puisse compter parmi ses membres quelques individualités disposées à lui conseiller, en présence d'un mouvement suffisamment défini et pressant de l'opinion populaire, la résignation à une sorte de « nuit du quatre août », c'est possible. Le juge HOLMES, dans un discours prononcé en 1913 à un banquet d'*Harvard Law Association*, disait : « Je ne pense pas que ce serait la fin des Etats-Unis si nous perdions notre pouvoir de déclarer nul un acte du Congrès. Mais je pense que l'Union serait en péril si nous ne pouvions faire cette déclaration quant aux lois des divers Etats » (1). Il indiquait ainsi les bases d'une conciliation possible entre les aspirations du peuple américain à un libre développement de sa législation sociale et les nécessités inéluctables d'un régime fédéraliste. En dehors d'un placement des législatures d'Etats sous le contrôle de la législature fédérale, qui suppose un stade de l'absorption des Etats fédérés en une nationalité nouvelle beaucoup plus avancée que celui auquel l'Union est parvenue pour l'instant, comment serait-il possible, en effet, d'empêcher les empiètements des Etats sur les domaines réservés à l'action du gouvernement fédéral autrement que par la censure exercée sur leur législation par la cour suprême des Etats-Unis ? C'est cette fonction d'instrument régulateur du fédéralisme qui a donné naissance au contrôle judiciaire des lois et le rend encore aujourd'hui indispensable. Le grand juge américain concevait que le jour pourrait venir où, pour assurer la persistance de ce contrôle initial, il deviendrait opportun de

(1) HOLMES, *Speeches*, Boston, 1913, p. 402.



consentir l'émondage de ses exeroissances successives.

Mais la pensée du juge HOLMES est trop originale, et surtout trop dégagée des influences de l'environnement, pour entraîner à sa suite l'opinion moyenne de la judicature américaine. Sans doute le rayonnement de sa personnalité a exercé une action modératrice sur la jurisprudence des cours. Il semble même, dans ces dernières années, avoir réussi à faire reculer, ou tout au moins hésiter, la cour suprême fédérale devant une dernière extension de sa suprématie législative, l'extension au contrôle de la politique extérieure de l'Union. De l'article VI, section 2, de la constitution qui déclare que « tous les traités faits ou qui seront faits sous l'autorité des États-Unis constitueront la loi suprême du pays », on est tenté de déduire que, par cette assimilation aux lois, les traités sont placés sous le même contrôle de constitutionnalité. C'est la conclusion que développait, en novembre 1919, dans la revue de la faculté de droit de *Yale University*, l'ancien doyen de cette faculté, M. SIMEON E. BALDWIN (1)

(1) *The proposed trial of the former Kaiser* dans 29 *Yale Law Journal*, 75-82. *Ex-chief-justice* et ex-gouverneur de l'état de Connecticut, ancien président de l'*American Bar Association* dont il fut l'un des fondateurs, ancien directeur du *Bureau de droit comparé* de cette grande société, SIMÉON E. BALDWIN qui, au cours de sa féconde carrière professorale, a exercé une action décisive sur l'orientation des méthodes d'enseignement de l'école de droit de *Yale University* et sur leur diffusion, est l'une des plus hautes autorités de la science américaine du droit, particulièrement du droit international, et une autorité dont l'action s'exerce, comme l'atteste son récent article. *The evolution of a world court*, 1 *Boston University Law Review*, 6, dans un sens résolument favorable au développement des ententes internationales pour l'établissement de la paix par le droit. Les vues développées dans l'article précité de *Yale Law Journal* sont d'autant plus impressionnantes qu'elles émanent d'une des personnalités les



qui, s'attaquant à l'article 227 du traité de Versailles, cherchait à démontrer qu'il se heurte à des textes formels de la constitution fédérale et, de ce chef, est frappé d'une cause d'inexistence, au point de vue américain, que la ratification présidentielle et sénatoriale serait impuissante à couvrir. Une question du même genre a été portée récemment devant la Cour suprême fédérale, dans *Missouri v. Holland* (1), où était mise en cause la constitutionnalité d'un traité passé par les Etats-Unis en vue de la réglementation de la chasse des oiseaux migrateurs. Parlant au nom de la cour, malgré le dissentiment toutefois de deux de ses collègues, le juge HOLMES se demandait si l'accomplissement des formalités requises pour sa conclusion ne suffisait pas à mettre le traité à l'abri de toute critique constitutionnelle (2). Mais, après avoir posé la question, il n'osait la résoudre par crainte sans doute de n'être plus suivi par la majorité de la cour et reconnaît finalement à des arguments d'un autre ordre pour affirmer la validité du traité. Ce n'est encore qu'une suggestion en faveur de l'opportunité d'une limitation au contrôle constitutionnel des juges qu'il ne lui a pas été possible de consacrer par une opinion faisant autorité (3).

plus marquantes et les plus écoutées de la profession légale américaine.

(1) 252, U. S., 40, Supreme Court, 382.

(2) Cf. REED POWELL, *The constitution and the court*, 35 *Political Science Quarterly*, 416-417.

(3) A l'époque où elle suivait anxieusement les débats soulevés au Sénat par le pacte de garantie anglo-américain que le président Wilson avait fait miroiter aux yeux de la France, notre opinion publique ne s'est pas assez rendu compte que, derrière la barrière sénatoriale qui l'hypnotisait, pouvait se cacher un autre obstacle.



Quant au son de cloche conciliateur que le juge HOLMES avait fait entendre dans son discours de 1913, à l'une des heures critiques de l'agitation pour le *recall*, il n'a pas trouvé d'écho sérieux dans les milieux judiciaires. On n'y a vu qu'une boutade échappée dans le feu de l'improvisation à un esprit paradoxal. Une magistrature, certaine de la valeur de ses traditions et habituée de longue date aux plus hautes responsabilités sociales, ne saurait envisager elle-même l'hypothèse d'une révision de ses prérogatives politiques, quand elle occupe une situation constitutionnelle aussi forte et aussi stable que celle de la judicature américaine(1). Situation comparable à celle que

d'autant plus inquiétant qu'il risquait de ne se démasquer qu'à l'heure où les Etats-Unis seraient appelés à exécuter les obligations de ce pacte : la barrière du contrôle de constitutionnalité. Cf. la note *The treaty-making power under the United States constitution. The federal Migratory Birds Act* dans 33 *Harv. L. Rev.*, 281, et les conclusions hostiles à cette extension du pouvoir judiciaire de WILCOUGHBY, *Constitutional Law*, 492-507 et BUTLER, *Treaty-making power of U. S.*, § 3.

(1) Cette abdication lui serait énergiquement déconseillée, non seulement par la quasi-unanimité de la profession légale, mais par la majorité des représentants de la science politique. Cette majorité contresignerait encore volontiers les pages où le professeur BURGESS, *Political Science and Constitutional Law*, I, 264, affirmait que « la liberté civile est un produit particulier du génie politique américain », que le placement de cette liberté sous la sauvegarde du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois « a fait beaucoup plus pour la civilisation... que les gouvernements les mieux ordonnés que le monde ait jamais produits » et que, sur ce point, l'Europe devra nécessairement se mettre à l'école des Etats-Unis et s'approprier les leçons de leur expérience. C'est parce que le refoulement du contrôle judiciaire des lois dans le domaine initial des questions de compétence risquerait de laisser les droits individuels désarmés que ceux-là même des publicistes qui dénoncent le plus énergiquement les erreurs d'optique sociale commises par les juges dans l'appréciation de la valeur constitutionnelle des lois ouvrières, se refusent souvent à envisager



les parlements avaient, en face de la monarchie française, à la veille du coup d'Etat du chancelier MAUPEOU, avec cette différence toutefois que les pouvoirs revendiqués par nos anciens parlementaires, — notamment le droit de vérifier les ordonnances et de refuser à l'enregistrement celles qui leur paraissaient contraires aux lois fondamentales du royaume ou fondées sur une politique déraisonnable ou inopportune —, avaient toujours été contestés par la royauté, et souvent interrompus ou paralysés par elle, tandis que les Cours de justice américaines sont, depuis plus de trente ans, en possession paisible, non équivoque et ininterrompue du droit d'annuler les lois

l'éventualité de ce refoulement. Certains se réfugient en un acte de foi en la sagesse à venir des juges, comme le professeur SEAGER. *The attitude of american courts towards restrictive labor laws*. 49 *Political Science Quarterly*, 589, qui clôt une analyse des productions confuses et discordantes de la jurisprudence de l'année 1904 par cette conclusion optimiste : « Les aspects constitutionnels et économiques sont si intimement liés que nous pouvons être certains que, toutes les lois qu'une cour croira une loi de protection (ouvrière) désirable au point de vue économique, elle la trouvera légalement admissible ». D'autres, comme le professeur HUMBLE, *Economics from a legal standpoint*, 42 *Am. Law Review*, 379 et, à sa suite, G. G. GROAT, *Attitude of Am. Courts in labor cases*, 373-380, se bornent à exprimer le vœu que, dans l'exercice de leur censure constitutionnelle sur les actes de la politique législative, les cours se laissent désormais guider par les travaux des spécialistes autorisés de l'économie sociale. Mais les conclusions de la science sociale sont-elles assez nettes et assez concordantes pour servir de base à une jurisprudence stable ? Non. Car c'est précisément dans les grands procès constitutionnels où les *briefs* déposés par les conseils des deux parties dégénèrent en dissertations d'économie politique appliquée, et où les juges sont ouvertement appelés à faire œuvre de sociologues et d'hommes d'état, que les divergences de vues s'affirment avec le plus d'irréductibilité entre les « opinions » délivrées par les membres d'une même cour.



qu'elles estiment inconstitutionnelles. Elles ne pourraient plus désormais être délogées de ce contrôle que par des voies révolutionnaires. Vint-il même à leur échapper, qu'elles pourraient encore défendre leur participation au travail législatif, grâce à l'arme très efficace, parce qu'assouplie au contact du contrôle de constitutionnalité, qu'est devenue entre leurs mains la « construction » du statut.



CHAPITRE IX

UN SUBSTITUT DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE LA CONSTRUCTION DU STATUT

Ce terme technique, venu du français juridique de l'Angleterre médiévale, et qui sonne à nos oreilles avec sa signification initiale, se présente à nous sous une allure plus expressive que l'équivalent latin *interprétation*, à qui l'usure du temps a fait perdre la saveur qu'il avait sur la bouche du pontife romain et de ses héritiers, les prudents des temps classiques, auxquels nous l'avons emprunté. Il nous rend plus sensible la large part de création qui revient aux tribunaux dans la mise en application des textes législatifs.

SECTION I

La construction américaine et l'interprétation française.

La *construction* anglo-américaine jouit déjà d'une beaucoup plus grande liberté de mouvements que notre *interprétation* française par là-même que les documents qu'elle a mission de mettre en force sont destinés à s'encadrer, non plus dans un système juridique édifié par le législateur parlementaire, mais dans un corps de lois coutu-



mières, découvertes ou révélées par les cours de justice et, par conséquent, marquées au coin de leur mentalité professionnelle. Pour trouver sa place au statut nouveau dans l'ensemble du droit préexistant, les Cours ont à le rapprocher, non pas comme chez nous, des volontés antérieures des législatures, mais de leurs propres traditions jurisprudentielles. Cette divergence entre les points de départ des deux méthodes d'interprétation est relevée dans un récent article de M. BRUNCKEN (1). « Dans les pays de *common law*, la loi coutumière, définie et développée par les Cours, est la fondation sur laquelle l'édifice légal est élevé. Tous les statuts, étendus ou restreints, qu'on les appelle codes ou non, ne sont que des modifications à la loi coutumière, qui doivent être interprétées avec un constant regard à cette fondation qui les soutient... Dans les pays de *civil law*, la relation entre les statuts et les autres formes de la loi est précisément l'opposé ». Tout statut y est une réfection à nouveau de la loi sur le sujet qu'il concerne. Si la jurisprudence y modifie la loi écrite dans certains cas particuliers, cela demeure toujours une exception qui se confine habituellement à la proportion la plus étroite qu'une interprétation raisonnable puisse comporter. C'est le statut qui y est la règle ; les autres formes du droit n'y sont que l'exception ; tandis que, sur la terre américaine, c'est le *common law*, c'est-à-dire la jurisprudence des cours, qui constitue la règle et que le statut, — la loi, au sens français du mot — devient l'anomalie.

D'où la formule courante : « les actes législatifs déroga-

(1) *The common law and statutes*, dans 29 *Yale Law Journal*, mars 1920, 516 et s.



toires au *common law* doivent être interprétés strictement», qui évoque le souvenir de la déclaration de guerre lancée par les post-glossateurs contre les coutumes médiévales dans l'adage : *statuta sunt strictissime interpretenda*. M. BRUNCKEN la trouve trop tranchante et se rallie à une variante plus technique de cette formule usuelle qu'il emprunte à un cas de la Cour suprême de l'Illinois (1) : « C'est une règle générale dans la construction des statuts qu'ils ne doivent pas être construits comme changeant le *common law* au delà de ce qu'ils déclarent expressément par leurs termes ». C'est assez dire que, sur la trame unie de la jurisprudence, ils restent des éléments adventices; qu'ils constituent une série d'exceptions à la règle traditionnelle qui ne sauraient se rejoindre pour donner à leur tour naissance à des principes.

En les traitant ainsi comme des pièces isolées de législation, fait remarquer une note anonyme d'*Harvard Law Review* (2), on ouvre dans l'œuvre novatrice du *statute-law* des vides par où s'insinuent et reparaissent les principes contraires d'une jurisprudence attachée aux théories individualistes du XVIII^e siècle (3). Les cours se montrent beaucoup plus libres pour regarder par-dessus les mots d'un statut quand il s'agit de le restreindre que quand il s'agit de l'étendre. Aussi, constate encore la note précitée, les cours n'accordent-elles qu'un champ très limité à la

(1) *Davis v. Abstract Construction Co* (1905), 121 Ill. App., 121-129. Cf. les citations de cas rassemblées par M. Bruncken, *l. c.*, p. 549.

(2) 30 *Harv. L. R.*, 744.

(3) Cf. ROSCOE POUND, *Common Law and Legislation*, dans 21 *Harv. L. R.*, 1908, 383 et s. et *Taught Law*, 37 *Am. Bar Ass. Reports*, 994.

législation. Et le traitement qu'elles lui donnent a-t-il souvent été influencé par l'hostilité éprouvée par elles contre l'intrusion des statuts dans le *common law* ».

C'est là un phénomène, qu'au retour d'un voyage d'études aux Etats-Unis, l'un des créateurs du droit constitutionnel australien, le professeur HARRISON MOORE, relevait comme l'un des traits les plus marquants de la vie juridique américaine. « La défaillance de la *loi* à s'adapter aux besoins de la communauté stimule une malsaine activité de la législation qui, à son tour, est regardée avec méfiance et antipathie par le bane et le barreau. Il en naît un défaut d'harmonie entre la confection du statut et son application. Actuellement, en Amérique, on ne peut pas manquer d'être frappé par la bifurcation dans des voies différentes de la loi des Cours et de la loi de la législature et l'on peut voir le résultat dans la vague d'agitation politique pour le *recall* qui passe sur le pays » (1). Et cet antagonisme entre le « *statute-law* » et une construction qui freine son action, au lieu de la seconder, est encore fortement aggravé par la répercussion de la notion du précédent judiciaire.

L'influence exercée à cet égard par l'autorité du cas jugé est également définie en termes fort heureux dans l'étude de M. BRUNCKEN (2). Reprenant sa comparaison entre le droit latin et le droit anglo-américain, il constate que les principes de l'interprétation légale sont le sujet d'un éternel débat dans les pays de *civil-law*. Mais, qu'on y reste fidèle à la tâche traditionnelle de trouver la volonté du législateur, ou que l'on cherche à adapter ses volitions

(1) HARRISON MOORE, *Legal education in the U. S.*, dans *Journal Soc. Comp. Leg.*, N. S., XXVIII, 241.

(2) 29 *Yale Law Journal*, 517-548.



à des besoins sociaux qui changent avec le temps, le processus de l'interprétation y doit toujours être « une analyse allant aussi loin que le requiert l'élucidation complète du statut, et ce processus doit être répété aussi souvent que c'est nécessaire ». « Sous le *common-law* la tâche de l'interprétation est plus simple. Tôt ou tard, l'investigateur trouvera un précédent obligatoire. Quelque Cour, dans une occasion antérieure, a analysé le statut et énoncé le résultat. A moins que ce résultat ne soit évidemment mauvais, nous n'avons pas besoin, — nous n'avons même pas le droit, — d'aller au delà de ce précédent. Tout ce que nous avons à faire est de l'accepter et de voir s'il s'applique complètement au cas qui est à la barre ou s'il requiert modification en vue d'une espèce nouvelle ». C'est pour cela, ajoute M. BRECKEN, que la section 4 du Code civil de Californie, qui dispose que « les Codes ne sont pas des amendements à la loi existante, mais une expression indépendante de la loi de l'Etat », est restée lettre morte et restera telle, tant que subsistera le système de suivre les précédents. « Dès la première fois qu'un article de ce Code est venu devant les Cours pour interprétation, elles se sont senties tenues de s'abstenir de toute investigation ultérieure, soit sur ses conséquences ou ses liaisons logiques, soit sur les faits sous-jacents, du moment où elles ont découvert une exposition judiciaire antérieure des uns et des autres ». Elles n'ont eu qu'à s'incliner devant le plus ancien *leading case* derrière lequel le fait social en question leur est apparu. « fait social non pas du temps où l'article du Code a été adopté », mais du temps où la décision faisant autorité a été rendue « et qui peut-être date de quelques siècles ». « Il est évident qu'un pareil processus n'est pas l'interprétation d'une exposition



indépendante de la loi, mais l'interprétation d'un statut à la lumière du stage atteint à ce moment dans le développement judiciaire du *common law* » (1).

Tout texte législatif est ainsi encadré à sa naissance dans la masse des précédents judiciaires qui, d'avance, règlent toutes celles de ses répercussions que le législateur n'a pas expressément prévues. C'est avec cette glose restrictive, et souvent déformatrice, qu'il fait son entrée sur la scène de la vie juridique. Et ses dispositions formelles peuvent, elles-mêmes, devenir tôt ou tard, l'objet d'interprétations judiciaires qui, par le jeu de la théorie du *stare decisis*, substituent leur autorité à la sienne. L'extension au champ du *statute law* de la doctrine du précédent obligatoire donne ainsi naissance à une seconde forme du contrôle judiciaire sur la production législative, qui, sans doute, reparait, dans une certaine mesure, au travers même de nos systèmes juridiques latins, par l'effet de la nécessité où le législateur se trouve de recourir au ministère des tribunaux pour mettre en force ses dispositions, mais qui ne s'affirme pas d'ordinaire chez nous avec la même franchise qu'en pays de *common law* (2).

(1) *L. c.*, p. 549. Cf. HORACE A. DAVIS, *Instruction in Statute Law*, 6 *Illinois Law Review*, 428.

(2) Je ne pense pas que la part de création et de réfection que comporte la construction judiciaire des statuts ait jamais été plus vigoureusement affirmée que par le professeur J. CHIPMAN GRAY. Dans un livre — *Nature and sources of the law*, New-York, 1909 — qui, par l'originalité de ses vues, a suscité de vives discussions tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis, il écrit des lignes comme celles-ci : « La dépendance des statuts de la volonté des juges pour leur effet est indiquée par l'expression souvent employée que l'interprétation est un art, et non une science. C'est-à-dire que la signification de ces textes est dérivée de leurs mots d'après le sentiment des juges, et non par un processus de raisonnement exact et connu d'avance ». § 374.



Par le frottement prolongé du contrôle de constitutionnalité, cette seconde forme du contrôle judiciaire des lois, le contrôle de construction, a pris aux États-Unis une ampleur et une énergie beaucoup plus grandes encore qu'en Angleterre. Aux yeux de celui qui cherche à discerner, sous l'enveloppe juridique des choses, les réalités sociales qu'elle recouvre, la construction américaine apparaît aussi distante de la construction anglaise que la construction anglaise l'est, elle-même, de l'interprétation française. Ce sont trois échelons successifs de la vérification judiciaire du travail législatif.

Les Cours, investies du pouvoir de proclamer la nullité des statuts qu'elles estiment inconstitutionnels, doivent considérer cette arme comme une ressource extrême et ne recourir à des censures aussi retentissantes que quand il ne leur est plus loisible de corriger de façon plus discrète les erreurs des législatures. Elles font acte de courtoisie envers ces assemblées en écartant celles de leurs volontés apparentes qui tomberaient sous le coup de déclarations d'inconstitutionnalité et en substituant, par une interprétation bienveillante, à ces intentions illégitimes des intentions conciliables avec les prescriptions de la constitution et des lois fondamentales du pays. C'était déjà la règle affirmée par STORY (1) qu'un bnt inconstitutionnel ne doit jamais être prêté à la législation, à moins qu'il n'apparaisse nettement sur la face de l'acte ou ne ressorte de ses propres termes et que, tant qu'il est possible de donner à un statut une construction qui le main-

(1) *Commentaries on the constitution*, sect. 399 et s. Cf. COOLEY, *Principles of constitutional law*, 464. et WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 45-46.



tiennne dans les limites constitutionnelles, c'est celle-là qui doit être choisie par la Cour.

Par l'effet de l'extension du contrôle de constitutionnalité à l'examen de la rationalité et de l'opportunité des lois, le principe d'interprétation, posé par les anciens juges dans une pensée de réserve et de discrétion, a pris, entre les mains de leurs successeurs, une signification toute nouvelle. Il leur a servi à réaliser, d'une façon plus simple et moins bruyante, par la voie de la construction et par le jeu de l'autorité du précédent, l'équivalent de ce qu'on demande, en présence d'un texte trop formel et trop rigide, à la déclaration d'inconstitutionnalité. C'est par ce procédé que la Cour suprême des Etats-Unis avait réussi, dès 1873, à éliminer pratiquement de la constitution la section V du 14^e amendement.

Les Cours américaines l'ont employé, tout aussi largement que le contrôle de constitutionnalité proprement dit, pour ralentir le flot, trop rapidement montant, de la législation du travail. On se rendra un compte assez exact de l'usage qu'elles en ont fait en cette matière, en se reportant à un document inséré dans une publication officielle du gouvernement fédéral, le fascicule 229 du bulletin du *Bureau of labor statistics*. L'auteur de cette brochure, après avoir décrit les attitudes diverses prises par les Cours d'Etats à l'égard des lois qui ont cherché à intervenir dans la fixation des taux de salaires industriels, rassemble les conclusions de son enquête dans un tableau synoptique qui donne la date de chaque décision judiciaire, indique la provenance géographique et l'objet du statut qu'elle a eu à apprécier et, dans une dernière colonne, définit les résultats de l'examen judiciaire par l'une de ces trois mentions : *constitutionnel*, c'est-à-dire



statut validé, *inconstitutionnel*, c'est-à-dire statut annulé, ou *construction*, c'est-à-dire statut reçu à correction (1). Pour un économiste, comme M. PATERSON, qui ne veut voir que les résultats pratiques, la construction devient donc une mesure intermédiaire entre l'acceptation pure et simple et le rejet du statut.

SECTION II

L'élimination par construction des lois contre les trusts.

Parmi les manifestations de cette tendance de la construction américaine à dégénérer en instrument de révision judiciaire des statuts, les plus remarquées ont certainement été celles qui se sont développées sur le terrain de la législation des trusts. Non pas qu'elles aient été exceptionnellement accentuées. On en relèverait dans d'autres domaines de plus significatives. Mais elles ont attiré plus vivement l'attention du public à raison des véhémentes protestations dirigées contre elles par l'un des juges de la Cour suprême fédérale. On s'explique aisément que la jurisprudence des Cours ait traité avec quelque désinvolture une politique législative qui, en cette matière, n'a jamais brillé ni par la précision, ni surtout

(1) PATERSON, *Wage-payment legislation in the U. S.*, p. 67. On trouvera aussi aux pages 116-117 de cette brochure un tableau, bâti sur le même type, des décisions judiciaires sur la valeur constitutionnelle des lois réglementant les modes de paiement des salaires. On pourrait aisément établir des statistiques dressées sur le même plan pour chacun des chapitres de la législation ouvrière.



par la stabilité de ses vues. M. HENRY R. SEAGER (1) et M. JAMES T. YOUNG (2) ont distingué jusqu'à quatre ou cinq phases bien tranchées dans l'histoire de cette politique, sans compter les orientations nouvelles qui se dessinaient déjà au moment où ils écrivaient (1915) et qui depuis ont été s'accroissant (3). Deux des actes qui jalonnent l'histoire des variations de l'attitude du Congrès et du gouvernement fédéral à l'égard des trusts, le *Sherman Act* et le *Clayton Act*, ont fourni à la Cour suprême des États-Unis l'occasion de démontrer que la construction est une arme presque aussi efficace que le contrôle de constitutionnalité pour assurer la prévalence des conceptions judiciaires de la justice économique sur les vues aventureuses ou irréflechies du législateur.

(1) *The new anti-trust Acts*, 30 *Political Science Quarterly*, 448.

(2) *The new american Government and its work*, ch. VII et VIII, p. 142-184.

(3) GILBERT H. MONTAGUE, *The Webb Bill and the anti-trust Laws*, 3 *Am. Bar Ass. Journal*, 1917, 145-164. Cf. un article du même journal, V, 1919, 145-164 ; FRANK B. KELLOGG, *New Nationalism*, 37 *Am. Bar Ass. Reports*, 355-367. La guerre, en imposant la concentration sous la main de l'état de toutes les forces économiques et la suspension du libre jeu de la concurrence, a donné un coup de barre accentué à la politique du gouvernement envers les trusts. Ce n'est pas seulement pour les organisations nationales du travail (LOUIS B. WEHLE, *War policies and their outcome in peace*, 33 *Quarterly Journal of Economics*, 328 et ses deux articles dans le volume précédent de la même revue, XXXII, 124-141, 333-385), mais aussi pour les organisations correspondantes du capitalisme (W. J. CUNNINGHAM, 33 *Quarterly Journal of Economics*, 289 et, dans le tome 33 de ce périodique, DITTMER, *The wheat and flour trade under Food Administration control*, 70. J. BERNHARDT, *Government control of sugar during the war*, 673), que ce régime transitoire a entraîné un renforcement de cohésion et d'activité qui survivra partiellement à la démobilisation des organismes économiques de guerre.



§ I

La construction de la loi Sherman. — Les étapes de son abrogation judiciaire en tant qu'arme contre les trusts.

L'acte de 1890 (1) popularisé sous le nom de son initiateur le sénateur SHERMAN (2), avait été voté à la suite des premières tentatives victorieuses des grands trusts pour établir leur main-mise sur une branche de l'industrie, et sous la poussée d'une opinion publique convaincue que les ententes et coalitions entre firmes concurrentes exploitant un même compartiment de la production nationale

(1) 26 *Statutes at Large*, 240.

(2) On a pu dire, avec une pointe de raison, que le sénateur SHERMAN fût plutôt le parrain que le père de l'acte qui porte son nom. Mais il est tout à fait excessif de prendre à la lettre, comme le fait HORN-BLOWER, *l. c.* 304, la boutade d'un des hommes politiques qui, en qualité de membres du Comité judiciaire du Sénat, ont arrêté la rédaction finale de ce statut, le sénateur HOAR : « La seule raison pour laquelle l'acte contre les trusts a été appelé *Sherman Law*, est que le sénateur SHERMAN n'a rien à faire avec lui ». Ce fut SHERMAN qui rédigea et introduisit au Sénat, le 4 décembre 1889, le bill destiné à devenir la loi du 2 juillet 1890. Ce fut lui encore qui, les 14 janvier et 21 mars 1890, présenta les rapports développant les deux premières versions arrêtées par le Comité des finances (*Congressional record*, 1890, XXI, 4763, 2453-2462). Le texte proposé dans son second rapport subit au cours de la discussion tant d'amendements que lui-même le déclara devenu inapplicable sous cette forme (*Cong. Rec.* XXI, 2635) et que le Sénat (*l. c.*, 2731) dûl le renvoyer, pour mise au point, au Comité judiciaire qui procéda à une refonte complète. Mais cette nouvelle rédaction qui, après avoir résisté aux tentatives de retouches de la Chambre des Représentants, a formé le texte définitif, fût approuvée en séance plénière du Sénat (*l. c.* 3145) par SHERMAN qui déclara y retrouver les parties essentielles de son programme. Le sénateur SHERMAN reste donc l'un des témoins les mieux qualifiés pour nous renseigner sur l'esprit originaire de l'Anti-trust Law de 1890.



devaient nécessairement aboutir à l'écrasement du consommateur sous le poids croissant de la vie chère. Cette conviction avait déjà provoqué, au moment de la consultation nationale de 1884, la formation d'un nouveau parti antimonopoliste qui ne groupa d'ailleurs sur le nom de son chef qu'un nombre assez faible de suffrages. Elle s'affirma comme l'une des plus fermes directives de la volonté populaire, lors de l'élection présidentielle de 1888. Les articles de combat contre la « féodalité financière » (1) se multiplient alors dans les revues américaines et un enquêteur contemporain, GEORGE GUNTON (2) constate que les méfaits économiques et les tendances sociales des *Big Business* ont conduit l'opinion publique « à un état d'appréhension qui va jusqu'à l'alarme ». Des enquêtes législatives sont ouvertes de divers côtés contre les trusts et leurs menées. Les deux partis concurrents inscrivent également dans leurs *platforms* des mesures de défense contre les grandes coalitions de capitaux. Et le parti républicain, qui trouvait là un dérivatif aux protestations des classes les plus atteintes par le relèvement du coût de la vie contre la politique de protectionnisme douanier, ne fût pas plus ménager de promesses à cet égard que le parti démocratique. C'est pour faire face à ces promesses électorales que le vainqueur de la lutte de 1888 réclama, dans son message présidentiel de 1889 (3), une législation plus apte que la législation existante à détruire les monopoles de fait, et qu'un autre leader du parti républicain,

(1) J.-F. HUDSON, *Modern Feudalism*, dans *North American Review* de mars 1887.

(2) 3 *Political Science Quarterly*, 385. Cf. F. L. PAXSON, *The new nation*, 167.

(3) *Messages and Papers of the Presidents*, IX, 43.



qui avait été le principal concurrent de BENJAMIN HARRISON à la candidature présidentielle, saisit le Sénat d'un « bill pour déclarer illicites les trusts et combinaisons en restriction du commerce et de la production » (1).

Il n'est pas douteux, quand on replace l'*Act Sherman* dans l'atmosphère de croyances économiques où il est né, et qui est restée prédominante dans les cercles politiques américains de 1888 à 1900 (2), que cette mesure de proscription visait tous les trusts au sens populaire du mot, c'est-à-dire toutes les unions de grands capitalistes qui, par leur « volume », par l'extension de leur action à la totalité ou à la majeure partie des États-Unis, se trouvaient en mesure d'exercer un monopole de fait, ou au moins un contrôle, sur une branche de l'industrie ou du commerce national. La formule initiale de la section 1 est aussi générale que possible : « Tout contrat, combinaison en forme de trust ou autrement, ou conspiration pour restreindre le commerce ou l'industrie, est ici déclarée être illégale ». Quand, avec la seconde décade du vingtième siècle, le vent de l'opinion des techniciens s'est retourné dans une autre direction, on a bien découvert, — on en découvre toujours en pareil cas — des passages des travaux préparatoires aptes à fournir argument en faveur d'une interprétation restrictive du texte (3). Mais la physionomie

(1) O.-W. KNAUTH, *The policy of U. S. towards industrial monopoly*, 13-17.

(2) ALBERT M. KALES, *Good and bad trusts* dans 30 *Harvard L. R.*, 871.

(3) Cf. GARDNER, *The scope of the Sherman act : the intention of its framers* dans XLII *Annals of Am. Acad. of pol. and Soc. Sciences*, 340-341 et les études plus documentées, mais non moins tendancieuses, de M. G. W. WICKERSHAM (*The Sherman Anti-trust Law*, dans *Some legal phases of corporate financing, reorganization and*



d'ensemble de ces débats parlementaires montre indubitablement que la lettre apparente de la section 1 est bien l'expression réfléchie d'une volonté consciente des législateurs qui, dès le début d'ailleurs, avait été définie avec clarté dans un discours du sénateur SHERMAN (1).

C'est ce qui ressort notamment du minutieux et impartial dépeillement que M. OSCAR W. KNAUTH a fait subir à ces travaux préparatoires dans le premier chapitre (p. 7-42) d'une excellente dissertation de doctorat consa-

regulation, Baker-Voorhis, New-York, 1916, 234-239), qui fût, comme attorney general des Etats-Unis, le principal metteur en œuvre de la politique de répression du président Taft à l'égard des trusts (KNAUTH, *l. c.*, 37-91), et de WILLIAM B. HORNBLLOWER, *Anti-trust Legislation*, 36 *Am. Bar Ass. Reports*, 304-310. Pour accommoder le *Sherman Act* au goût de leur temps, ces écrivains ont tiré parti de citations ingénieusement découpées dans les développements oratoires par lesquels les auteurs de ce bill ont cherché à esquiver l'objection d'inconstitutionnalité qui, à chaque étape des discussions parlementaires de 1890, fût soulevée contre la réforme projetée (KNAUTH, p. 21, 23-24, 29). Bien des traits qui paraissent au premier abord énigmatiques ou contradictoires dans le *Sherman Act*, comme dans le *Clayton Act* ou dans leurs exposés des motifs, s'éclairent quand on se rappelle que ces documents émanent de législateurs travaillant sous la menace de la déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité et dans la hantise de la réalisation de ce risque.

(1) 21 *Congr. Rec.*, 2457. L'initiateur et parrain de l'acte le présente comme destiné à réprimer « les combinaisons communément appelées trusts qui visent à écarter la concurrence en combinant les corporations contrôlantes, les sociétés et les individus engagés dans la même affaire et en plaçant le pouvoir et les capitaux de la combinaison sous le gouvernement d'un petit nombre d'individus, et souvent sous le contrôle d'un seul homme ». Quand la combinaison, ajoute-t-il, « embrasse le grand corps de toutes les corporations engagées dans une industrie particulière, elle tend à augmenter le prix pour le consommateur de tout objet produit ; elle est un monopole de fait, injurieux pour le public ». C'est de cette sorte de combinaison que le Congrès va avoir à s'occuper.

crée à l'étude de l'évolution des politiques législative, présidentielle et judiciaire à l'égard des trusts de 1890 au début du gouvernement du président WILSON (1). Ce tableau, quoique tracé par un auteur convaincu de l'opportunité économique de la jurisprudence suivie depuis 1911 et qui serait heureux de la trouver en harmonie avec la loi qu'elle interprète, nous dépeint cependant une majorité fermement résolue à réaliser la politique de prohibition radicale exigée par le corps électoral en 1888, mais tâtonnant à la recherche de sanctions qui ne risquent pas d'échouer sur les écueils constitutionnels. Particulièrement significatifs à cet égard sont les incidents suscités par l'amendement BLAND. Cet amendement, voté par la Chambre des Représentants pour assurer l'application de l'acte aux compagnies de chemins de fer, fit surgir un contre-amendement adopté par le Sénat, pour préciser que les accords destinés à empêcher la concurrence entre les entreprises ferroviaires ne tomberaient sous le coup de la loi qu'autant qu'ils aboutiraient à élever les tarifs de transport « au delà de ce qui est juste et raisonnable » (2). Limitée, comme elle l'était, aux seuls trusts et ententes ferroviaires, cette addition semblait imposée par la nécessité de s'incliner devant le critère de rationalité, appliqué dès cette époque par la cour suprême (3) au jugement de la constitutionnalité des réglementations législatives ou administratives de tarifs de transport. Elle n'en fut pas moins accueillie à la Chambre des Représen-

(1) *The policy of the United States towards industrial monopoly*, fascicule LVI, 2 des *Columbia Studies in history, economics and public law*, 1913.

(2) *Congressional Record*, 1890, XXI, 4753.

(3) *Supra*, p. 48, note 3.



tants pas d'irréductibles protestations (1). Divers orateurs y proclamèrent que toute entente pour la fixation des prix entre entreprises concurrentes était par elle-même aussi menaçante pour le public dans l'industrie des chemins de fer que dans toute autre branche de l'activité commerciale et devait, à ce titre, être interdite en dehors de toute considération des résultats pratiques auxquels elle pouvait aboutir. Et la Chambre s'appropriâ leurs conclusions en repoussant le texte qui contenait cette discrimination (2) par un vote, — émis à la majorité de 115 voix contre 12 (3) — qui, à la suite de vicissitudes décrites par M. KNAUTH (4), entraîna finalement la suppression dans l'*Anti-trust Law* de toute mention spéciale des trusts ferroviaires.

En supposant que les débats parlementaires, pris dans leurs grandes lignes et dans leur enchaînement avec les événements antérieurs, puissent laisser un doute sur la signification historique de la loi SHERMAN, il suffirait pour le dissiper de replacer ce document dans l'ensemble du mouvement législatif de la dernière décade du XIX^e siècle. L'énergique pression de l'opinion publique, qui avait imposé au Congrès l'acte du 2 juillet 1890, a fait pénétrer vers le même temps des dispositions bâties sur le même modèle dans un très grand nombre de législations d'états. En 1900 R. C. DAVIS (5) constatait que 25 états ou territoi-

(1) *Congressional Record*, XXI, 5981.

(2) Rapport du comité de conférence des deux Chambres du 11 juin 1900. KNAUTH, *l. c.*, 41.

(3) *Congressional Record*, XXI, 5981-5983.

(4) KNAUTH, *l. c.*, 42.

(5) *Judicial decisions prohibiting combinations and trusts*, 14 *Quarterly Journal of Economics*, 446.



res avaient dans les dix dernières années adopté des statuts de ce genre. Ce sont là textes qu'il devient impossible de transformer par l'interprétation, — comme on le fera pour le *Sherman Act* après le revirement de 1911, — en de simples lois de compétence. Il est de toute évidence qu'un mouvement de cette ampleur poursuivait un autre but que d'obtenir la confirmation de la jurisprudence existante, et un observateur non mêlé aux querelles économiques américaines se convaincra difficilement que toutes les législatures qui, de 1890 à 1900, ont voté des textes dont la lettre semble aussi clairement que possible destinée à donner satisfaction à ce mouvement, aient cherché uniquement à l'endormir par des promesses dénuées de toute signification pratique.

Quand le gouvernement fédéral, après avoir laissé sommeiller cette arme (1), voulut s'en servir, vers 1896, pour arrêter la croissance de trusts ferroviaires, la Cour suprême des États-Unis, à l'occasion de ces premières poursuites, n'hésita pas à reconnaître que l'act SHERMAN,

(1) Le peu d'empressement apporté par les attorneys généraux à employer cet instrument fit naître depuis dans certains milieux le soupçon que le parti républicain avait destiné l'acte SHERMAN, non pas à être effectivement appliqué, mais à servir d'antidote populaire au bill protectionniste de MAC KINLEY, alors pendant devant la Chambre des Représentants (PAXTON, *The New Nation*, 473). Sur les quelques tentatives d'utilisation de l'acte faites dans les années qui suivent sa promulgation : G. W. WICKERSHAM; *L. c.*, 240-243 et HORNBLLOWER, 314-323. Les arrêts, émis en application de la loi Sherman pendant la période qui précède le coup de barre jurisprudentiel de 1911, ont d'ailleurs été rendus moins accessibles au public français que ne le sont d'ordinaire les monuments de la jurisprudence, — même fédérale, — des États-Unis, grâce à la compilation de J.-A. FINCH et J.-L. LORT, *Federal Anti-trust Decisions 1890-1912*, 4 volumes, Washington, Government Printing Office.

aussi bien dans son esprit que dans sa lettre, était destiné à prohiber tous les trusts sans exception. En 1897, dans le cas de la *Transmissouri Freight Association* (1) et, en 1898, dans le *Joint-Traffic Association case* (2), elle proclama que le Sherman Act frappait ces ententes à raison des dangers sociaux résultant de leur puissance, sans qu'il y eût à rechercher les buts dans lesquels elles avaient constitué cette puissance ni les usages qu'elles avaient pu en faire.

L'entrée en application effective de la loi SHERMAN a attiré l'attention sur les inconvénients d'une prohibition aussi absolue. Pendant les premières années du xx^e siècle, la détermination des avantages et des dangers de la substitution d'une organisation contrôlée de la production et du commerce par les grandes unions industrielles au jeu libre et concurrent des petites entreprises est devenue l'un des thèmes favoris d'étude des économistes et des juriconsultes. Les conclusions de cet examen critique et les argu-

(1) 166, U. S., 290, 324. *Federal Anti-trusts Decisions*, 1, 648. — Il faut noter toutefois que l'opinion du juge PECKHAM, dans laquelle il est affirmé que le Sherman Act peut frapper des combinaisons qui seraient valables aux yeux du common law, ne fut délivrée par lui qu'au nom d'une Cour divisée. Cf. KALES, *The Sherman Act*, 31 *Harv. L. R.*, 430. La majorité et la minorité invoquèrent également, en faveur de leurs thèses contradictoires, les discussions législatives qui avaient précédé le vote de la loi SHERMAN, tout en rappelant en même temps la doctrine traditionnelle qui se refuse à voir dans les débats parlementaires un instrument approprié d'interprétation des statuts (WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 33-35). Il en est de cette vieille doctrine, fortement usée par le temps, comme de la doctrine du *Stare decisis*. Sur l'un et l'autre de ces terrains : recours aux travaux préparatoires et valeur indéfinie du cas, la pratique américaine a une position intermédiaire entre celle de la pratique anglaise et celle de la pratique française.

(2) 171, U. S., 505. *Federal Anti-trusts Dec.* 1, 869.

ments présentés à l'appui des thèses en conflit furent exposés notamment dans la série d'articles qui forme le tome 42 des *Annales* de l'Académie des sciences politiques et sociales (1). Ces discussions éveillèrent le désir d'une réglementation plus souple qui permit de distinguer entre les bons et mauvais trusts, entre ceux qui risquaient de compromettre le développement des forces économiques nationales et ceux qui étaient de nature à le favoriser. De 1900 à 1910, une réaction vigoureuse contre la doctrine de la loi SHERMAN se dessina, non seulement dans les sphères industrielles, mais aussi dans les cercles de la profession légale (2). Le président Roosevelt contribua puissamment à lui donner corps en opposant, dès ses messages de 1901 et 1902, au programme de proscription générale des trusts esquissé en 1890 un idéal plus réalisable d'assainissement par la publicité et le contrôle gouvernemental. En 1903 il félicitait le Congrès d'avoir donné un premier coup de sonde dans cette direction en créant par l'acte du 14 février 1903 le *Bureau of Corporations*. En 1905 il se déclarait convaincu qu'une législation qui cherche à prohiber toute restriction à la libre concurrence, que cette restriction soit raisonnable ou non, est nécessairement inefficace ou malfaisante. En 1907 et 1908 il proclamait avec insistance qu'il était devenu nécessaire d'amender la loi SHERMAN pour la mettre en harmonie avec les conditions actuelles et lui permettre de ne frapper

(1) Juillet 1912. Cf. CHARLES E. BULLOCK, *Trust Literature*, dans 43 *Quarterly Journal of Economics*, 167-217 et J. W. JENKS, *The trusts*, même volume, 46-74.

(2) Réaction contrebalancée d'ailleurs par des reprises d'agitation populaire comme celle que déchainèrent les abus du trust de tabac. Cf. NEWTON CRANE dans 26 *Journ. Soc. comp. Leg.*, N. S., 357.



que ceux des trusts qui sont réellement nuisibles au bien public (1). Et, dans son message annuel de 1910, le président TAFT préconisait à son tour la substitution à la politique de prohibition d'une politique de surveillance sous la forme de l'*incorporation* fédérale des sociétés se livrant au commerce entre états (2). Mais le Congrès restait sourd à ces objurgations répétées. Ce n'est qu'en 1914 qu'il se décida à reprendre la législation des trusts, et non pas pour corriger, mais seulement pour compléter la loi SHERMAN. En janvier 1909 le Comité judiciaire du Sénat se retrancha même derrière la jurisprudence des arrêts de 1897 et de 1898, qu'il estimait juste et opportune, pour écarter un bill autorisant sous certaines conditions les corporations à notifier leurs accords ou combinaisons au *Commissioner of Corporations* et prévoyant que, en l'absence d'objections faites par lui à ces ententes dans les trente jours, elles ne pourraient plus être attaquées du chef de l'*Anti-trust Law* à moins qu'elles n'entraînent une restriction déraisonnable du commerce (3). Cette réforme de la loi SHERMAN que l'exécutif sollicitait, mais que la législature fédérale n'était pas disposée à entreprendre, fût réalisée par le pouvoir judiciaire sous le couvert de la construction.

En 1911, quand la question de la légalité des trusts fut portée de nouveau devant elle par les poursuites engagées contre la *Standart Oil Co*, la Cour suprême éprouva le besoin de réviser sa jurisprudence, pour rassurer le monde des affaires. Attitude d'autant plus

(1) KNAUT, *l. c.*, 72-86.

(2) KNAUT, 87-89.

(3) KNAUTH, *l. c.* 58-59.



remarquable qu'il lui fallait, pour cela, faire brèche à la doctrine du *stare decisis* (1) qui, de tous temps, a été considérée comme le fondement de tout l'édifice légal américain, et qu'elle semblait n'avoir aucune raison de reprendre l'examen du problème. Car elle relevait, à la charge du trust du pétrole des manœuvres qui, en dehors de toute intervention du *Sherman Act*, le faisaient tomber sous le coup de la loi (2).

Dans le *Standart Oil Case* (3), la Cour suprême affirma,

(1) Le revirement de la Cour avait déjà été préparé par l'opinion délivrée dans le *Northern Securities Case*, 193 U. S., 436, *Fed. Anti-trust Dec.* IV, 79, au nom d'une majorité de cinq juges contre quatre. KALES, 31 *Harv. L. R.*, 431.

(2) Cette décision appelait déjà l'observation que le juge HARLAN devait formuler deux semaines plus tard dans le *Tobacco case* (221 U. S., 193) : « Qu'il me soit permis de dire aussi que, comme nous convenons tous que la combinaison en question était illégale sous toute « construction » de la loi contre les trusts, il n'y avait pas la moindre nécessité d'entrer dans une argumentation étendue pour montrer que l'acte du Congrès doit être lu comme s'il contenait les mots « déraisonnable » ou « excessif ». Tout ce qui est dit dans l'opinion de la cour à l'appui de cette vue est, je le dis avec respect, *obiter dicta* pur et simple ». Et, pourtant, ce n'était pas une appréciation individuelle ou incidente, et par conséquent purement persuasive, que les juges entendaient émettre, mais bien un *judicial dictum*, comparable par sa portée pratique à nos anciens « arrêts de règlement », avec cette différence que ceux-ci n'intervenaient que pour suppléer aux ordonnances royales, et non pour les réformer. BLAINE F. MOORE, *The supreme court and unconstitutional legislation*, volume LIV, 2 des *Columbia University Studies in history...* 1913, p. 33, n. 1, signale avec quelque raison les deux célèbres arrêts du 15 et du 29 mai 1911 comme les preuves d'une propension des cours à revendiquer avec une coquetterie agressive leurs pouvoirs de construction et d'annulation des statuts en choisissant, pour en affirmer l'existence, des cas où il y avait occasion, mais non nécessité de le faire.

(3) 221, U. S., 1 et s. Sur les antécédents juridiques du trust mis



par une « opinion » appuyée par huit juges sur neuf, que le *Sherman Act* devait être entendu comme ne prohibant que ceux-là seulement des trusts qui sont *déraisonnablement* restrictifs des conditions de la libre concurrence et n'ont pas été créés dans le but légitime de sauvegarder *raisonnablement* un intérêt personnel, mais dans l'intention de causer un préjudice au public, en provoquant par exemple la hausse des prix. Vers la même époque, dans la décision rendue contre le trust du tabac (1), elle confirma cette jurisprudence, en déclarant de nouveau que, pour distinguer les bons trusts, qu'il convenait de respecter, des mauvais, qui seuls devaient être réprimés, il fallait recourir « à la règle de raison guidée par la loi établie », c'est-à-dire à la pierre de touche qui servait depuis longtemps déjà aux tribunaux à vérifier la constitutionnalité des lois financières et des statuts destinés à réglementer les tarifs de compagnies de chemin de fer (2).

L'un des maîtres d'Harvard, M. ALBERT KALES (3) a fort exactement caractérisé l'attitude que la Cour suprême a adoptée depuis 1911, à l'égard du *Sherman Act*, en disant que ce statut, en dépit de ses prétentions réformatrices,

en cause dans cet arrêt, cf : G. H. MONTAGUE, *The later history of the Standard Oil Company*, 17 *Quarterly Journal of Economics*, 293-325.

(1) *United States v. American Tobacco Co*, 221 U. S., 106. *Fed. Anti-trust Dec.* IV, 168.

(2) La Cour suprême américaine a ainsi adopté, à partir de 1914, une réglementation des trusts qui concorde avec celle qu'esquissent les quelques arrêts rendus par notre jurisprudence sur la matière : Cf les notes de PERCEROU au *Dalloz*, 1903, 2, 297-299 ; 1912, 1, 33 et 1916, 2, 95.

(3) *Good and bad trusts et The Sherman act dans Harvard Law Review*, XXX, 830-872 et XXXI, 416-446, ainsi que sa brochure : *Contracts and combinations in restraint of trade*, Chicago, 1918.

n'a apporté aucune modification au droit préexistant ; qu'il interdit uniquement ce qui était déjà interdit par le *common law* ; que son seul résultat a été, en faisant consacrer en bloc par le Congrès les traditions du *common law* sur la matière, d'ouvrir aux cours des U. S., gardiennes naturelles du *statute law* du Congrès, un nouveau champ de juridiction fédérale ; que son texte ne peut fournir aucune indication sur la détermination des actes particuliers qu'il prohibe ; que cette détermination doit être cherchée dans « quelque standard extérieur » que l'acte a oublié de mentionner dans ses termes, mais qui y est nécessairement sous-entendu. Où trouver ce standard extérieur ? Il y a, dit M. KALES, trois façons de le définir ; mais, en réalité, il n'en indique que deux, la troisième n'étant qu'une variante de la deuxième : « On peut l'appeler le standard de *common law* ; on peut le définir le *fiat* de la Cour elle-même basé sur son jugement et sa raison collective ». Il n'insiste pas sur la première définition possible et pour cause. Car, si le *common law* anglo-américain a pu dresser la liste des restrictions permises et des restrictions interdites à la liberté individuelle du travail, il ne lui a pas été, en revanche, possible de prévoir, pour les autoriser ou les réprimer, des compressions de la liberté générale du commerce qui sont le produit d'une évolution tardive de l'industrialisme. Et l'inaptitude de ses dogmes traditionnels à fournir une réglementation du régime des trusts a été très franchement reconnue par les plus hauts représentants de la magistrature anglaise dans l'enquête faite en 1909 par la *Royal commission on shipping rings* (1).

(1) Cf. les rapports reproduits dans : *The laws as to shipping conferences and deferred rebates* dans 21 *Journal Soc. Comp. Leg.*,



Force est donc à M. KALES de se rabattre sur la seconde de ses définitions du standard de raison.

« Caractériser, écrit-il, ce standard comme celui du *common law* n'est pas réellement différent de le définir par les deux autres voies, parce que la Cour suprême des Etats-Unis doit toujours rester le juge final de ce qu'elle adopte être le *common law*. Et cela introduit dans le standard le *fiat* de la Cour ou la technique de raisonnement judiciaire employée par les cours de *common law*. Présenter ce standard comme le *fiat* de la cour n'est pas différent en fait de le décrire comme basé sur une certaine technique de raisonnement judiciaire (1) ». Cela revient à dire que le législateur de 1890 s'est déchargé sur les cours du soin de légiférer en son nom et leur a donné mandat de déterminer la valeur légale des divers trusts à la lumière de leur raison. M. KALES aperçoit si

octobre 1909, 144-175. Sir JOHN MACDONELL et le juge président de la commission, ARTHUR COHEN, évitent — à raison de l'incertitude de la loi et de l'impossibilité de la transposer, sans la dénaturer, à des problèmes trop nouveaux, — de se prononcer sur « la difficile question de la légalité *at common law* », des mesures prises par les grandes compagnies de navigation maritime, groupées en une *conference* ou *ring*, pour lutter contre les concurrents restés en dehors de ce trust, en offrant la restitution d'un tant pour cent des frets payés, — des rabais différés — à ceux des clients qui, pendant un certain laps de temps, se seront abstenus d'expédier des marchandises sur d'autres lignes que celles du *ring*. Ces deux *memoranda* de juges anglais méritent être rapprochés des décisions américaines analysées dans les trois études de M. ALBERT KALES. L'extraordinaire contraste de ton et d'allure, qu'on relève entre ces documents, apparentés par la communauté des matières traitées, fait mesurer combien profondément la construction légale américaine s'est différenciée de la construction anglaise sous l'influence du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois.

(1) KALES, *The Sherman act*, 31 *Harv. L. R.*, 413.



bien ce résultat qu'il en arrive à poser le point d'interrogation suivant, auquel il répond d'ailleurs négativement : « Le statut, n'est-il pas nul pour cause d'incertitude ou parée qu'il est une délégation du pouvoir législatif à la Cour pour définir le délit et les actes qui sont prohibés par la loi » (1) ? Pour qu'un interprète aussi fidèle et un

(1) KALES, *l. c.*, 436. L'interdiction de la délégation du pouvoir législatif, mise ici en cause par M. KALES, est l'un de ces dogmes vénérables que les vieux livres classiques, comme le *Constitutional Limitations* de THOMAS COOLEY (7^e édition, 163) exprimaient en termes clairs et tranchants, quoiqu'en les faisant suivre de l'indication d'exceptions qui depuis se sont élargies et multipliées à l'infini. L'esprit réaliste qu'est le professeur GOODNOW n'hésite pas à constater (*Private Rights and administrative discretion*, 41 *Am. Bar Ass. Reports*, 409) que le développement des fonctions nouvelles de l'exécutif, et les concessions de plus en plus larges de pouvoirs réglementaires qu'il entraîne au profit des bureaux administratifs, se sont opérés en dépit de cette prohibition et, dans ses *Principes du droit administratif des Etats-Unis*, trad. JEZE, 44-45 ; 98-99, 157-158, 366-367, il la traitait déjà comme un élément négligeable ou périmé de la doctrine constitutionnelle. Et M. ELIOT ROOR faisait la même constatation au même meeting de 1916 de l'Association du barreau américain, 41 *Reports*, 368-369 : « Les nécessités de notre situation, disait-il, ont déjà mené à un emploi extensif de cette méthode (de délégation). L'*Interstate Commerce Commission*, les *Public Service Commissions* des états, la *Federal Trade Commission*, les pouvoirs du *Federal Reserve Board*, les départements de santé des états et maintes autres agences en sont illustrations familières. En présence de ces agences, la vieille doctrine prohibant la délégation du pouvoir législatif est virtuellement retirée de champ et hors de combat ». Elle est encore rappelée de temps à autres par les décisions judiciaires et exposée dans les manuels qui résument les traditions de cette jurisprudence, comme celui de WILLOUGHBY (1316-1322). Mais WILLOUGHBY reconnaît lui-même qu'elle ne peut plus se plier à aucune formule fixe et que son application est laissée dans chaque cas à l'appréciation de la cour (p. 1321). Elle ne survit désormais que comme l'une des armes, — et une arme un peu rouillée, — de la suprématie judiciaire. Elle n'est plus qu'un filet constitutionnel, aux mailles extensibles ou

défenseur aussi convaincu de la jurisprudence inaugurée en 1911 pût soulever pareille question, il fallait qu'il fût bien évident que cette jurisprudence n'avait pu être introduite, qu'en faisant d'abord table rase de la loi SHERMAN pour reconstruire sur ses ruines une réglementation nouvelle des trusts.

C'est cette constatation qui provoqua le dissent bruyant du juge HARLAN dans le *Standard Oil case*. Parvenu au terme d'une très longue carrière de juge à la Cour suprême fédérale, et demeuré fidèle, en dépit de quelques écarts passagers, à la conception des rapports du législatif et du judiciaire qui dominait le droit constitutionnel américain à l'époque où il avait été appelé au ban, le juge HARLAN, a, comme le note son historiographe (1), consigné dans ce *dissent* son testament politique, et tenté, avant de quitter la scène judiciaire, un dernier effort pour convaincre ses successeurs des périls d'une construction trop libre. « L'action de la Cour, dans ce cas, dit-il, peut bien alarmer les gens réfléchis qui révèrent la constitution. J'entends par là que diverses choses sont insinuées et dites dans l'opinion de la cour qui ne sauraient être regardées que comme sanctionnant une invasion par le judiciaire du domaine constitutionnel du Congrès et une tentative d'adoncir ou de modifier par construction ce que certains regardent comme une politique publique trop dure. Cette cour a solennellement jugé, il y a bien des années, qu'elle ne pouvait pas, sans faire de la législation judiciaire, lire

rétrécissables au gré des juges, qui leur permet indifféremment d'arrêter ou de laisser passer les lois sociales destinées à l'application administrative.

(1) CLARK, *The constitutional doctrines of justice Harlan*, 33 *Johns Hopkins University Studies*, 201.



dans l'acte contre les trusts des mots qui n'y ont pas été mis par le Congrès... Elle a décidé qu'elle ne pouvait pas changer ainsi une politique publique formulée et déclarée par le Congrès... Les juges n'ont pas à s'enquérir de la sagesse et de la valeur politique d'un acte du Congrès. Leur devoir est de reconnaître la volonté du législateur et, quand le statut contenant l'expression de cette volonté est constitutionnel, les cours doivent la respecter ». Et, s'élevant à des considérations de portée plus générale, il ajoutait : « Après maintes années de service public à la capitale nationale, et après une observation assez intime de la conduite des affaires publiques, je suis poussé à dire qu'il y a de tous côtés dans notre pays une fort dangereuse tendance à effectuer l'amendement des constitutions et des dispositions législatives par le seul moyen de la construction judiciaire. Quand une politique publique a été déclarée par le département législatif au sujet du commerce entre Etats, tous les intéressés doivent patiemment se soumettre à ce qui a été fait légalement jusqu'à ce que le peuple des Etats-Unis, — source de tout pouvoir national —, ait, à son heure propre, après réflexion, et par l'intermédiaire du département législatif du gouvernement, réclamé le changement de cette politique... Réformer l'action du Congrès simplement par la construction judiciaire, c'est-à-dire par un procédé oblique, ce serait porter un coup à l'intégrité de notre système gouvernemental, et un coup qui finalement se révélerait le plus dangereux de tous » (1).

Le juge HARLAN ne différerait certainement pas d'avis avec

(1) Cf. le chapitre VIII — *judicial legislation* — dans le livre précité de CLARK.



ses huit collègues, — ses « opinions » antérieures en témoignent (1) —, sur l'opportunité économique de la réforme légale qu'ils voulaient consacrer; il contestait seulement qu'elle pût être légitimement réalisée par cette voie judiciaire. Dernière et infructueuse protestation d'un des grands représentants de la génération précédente de juges contre une conception de la construction du statut définitivement assise dans la pratique constitutionnelle du temps présent. Quand le Congrès est entré, à la suite du Bureau des corporations du département fédéral du commerce et du travail, par le *Federal Trade Commission Act* du 26 septembre 1914, dans la voie de la discrimination administrative entre les trusts (2), et a réglé de nouveaux points de la police des trusts par le *Clayton Act* du 15 octobre 1914 (3), il n'a pas songé à régulariser, en la reprenant à son compte, la réforme judiciaire de 1911. D'instinct, il l'a sentie consacrée par une autorité légale pratiquement supérieure à la sienne. Et, depuis lors, la jurisprudence de la cour suprême s'est éloignée de plus en plus des idées économiques qui avaient trouvé leur expression dans l'acte de 1890. L'opinion délivrée au nom de la majorité de la cour dans le *Standard Oil case* (4) avait fourni à M. Albert KALES un solide point d'appui pour insinuer dans la nouvelle jurisprudence un correctif ou un tempérament qui maintiendrait encore à la loi SHERMAN une influence sur le fond du droit, en en

(1) CLARK, *l. c.*, 199-200.

(2) YOUNG, *The new american government and its work*, 168-173, et GILBERT H. MONTAGUE, *The federal trade commission and the Clayton Act*, dans *Some legal phases of corporate financing, reorganization and regulation*, p. 275-326.

(3) G. H. MONTAGUE, *l. c.*, 294-312.

(4) *Standard Oil Co v. United States*, 221 U. S., 75.



faisant sortir, à la place d'une proscription générale des trusts, une présomption d'illégalité à leur encontre, mais une présomption *juris tantum*. Dans son étude de 1917 (1), le savant professeur s'évertuait à établir que, sous l'empire de cette jurisprudence, le « volume » et la situation prépondérante d'une entente ou combinaison industrielle devaient être regardés comme une « preuve *prima facie* » de l'intention d'entraver le libre jeu des cours et détruire la compétition dans la branche du commerce exploitée par cette entente, et comme rejetant ainsi sur le trust la charge de démontrer l'absence, chez ses organisateurs, de toute pensée d'oppression du marché ou d'écrasement de la concurrence. Cette interprétation aurait ramené la jurisprudence américaine à l'attitude encore hostile aux trusts, mais moins brutale que celle de la loi SHERMAN, que le parlement australien a adoptée dans l'acte n° 29 de la législation fédérale de 1910 en consacrant officiellement le renversement à l'encontre du trust des règles ordinaires de la charge de la preuve (2).

Mais la cour suprême des Etats-Unis a prouvé depuis qu'elle n'était pas disposée à s'arrêter à mi-chemin dans la voie de la réhabilitation judiciaire des grandes ententes commerciales et elle vient d'entrer dans une phase nouvelle de sa politique économique, encore plus libérale à l'égard des trusts, par sa décision du 1^{er} mars 1920 dans l'affaire du trust de l'acier (3). Elle ne s'est pas bornée à

(1) 30 *Harvard Law Review*, 843-856.

(2) CH. G. WADE, *Australian anti-trust legislation* dans *Journal of comparative legislation*, 3^e série, I, octobre 1919, 203 et s.

(3) *United States v. United States Steel Corporation*; *American Law Reports Annotated*, VIII, 1121-1140.



écarter l'hypothèse d'une présomption d'illégalité pesant sur les unions de firmes prépondérantes que la loi de 1890 avait voulu frapper : elle a affirmé que la démonstration même de leur constitution initiale dans un but de destruction de la concurrence ne suffisait pas à les faire tomber sous le coup de la loi SHERMAN, si ces tentatives avaient été interrompues avant de se traduire par des conséquences préjudiciables pour la communauté. L'opinion de la majorité constate que la corporation de l'acier a été formée dans le but illégal de restreindre le commerce en le monopolisant, mais que ce but a été abandonné immédiatement et que le trust ne possède pour l'instant ni le désir, ni la volonté de dominer l'industrie ; qu'il a bien pris l'initiative d'accords illégaux de prix entre compétiteurs, mais que ces accords ont été abandonnés avant le début des poursuites ; que sa mauvaise intention n'a donc pu être réalisée et que les mauvais effets de ses manœuvres ont cessé avant l'introduction de l'instance ; que les vices de sa constitution, ayant été ainsi purgés par sa bonne conduite postérieure, ne sauraient justifier des procédures à fin de dissolution. Il est vrai que, par suite de l'absence de deux juges, cette décision n'a été prise que par quatre voix contre trois, c'est-à-dire à une majorité inférieure à celle du nombre total des membres de la cour, ce qui est de nature à diminuer gravement sa force de précédent. Elle n'en montre pas moins combien complet a été le revirement de la politique économique de la cour en cette matière depuis les arrêts de 1897 et 1898 (1).

(1) *L'opinion* de la minorité, p. 4435, réédite les protestations du juge HARLAN contre la législation judiciaire.



§ 2

Comment la jurisprudence a retourné contre les coalitions du travail l'arme forgée contre les coalitions du capital !

Mais, à vrai dire, la jurisprudence de la Cour suprême n'a pas réduit le *Sherman Act* au rôle d'une simple loi de procédure et de compétence. En lui retirant sa fonction primitive, elle lui en a conféré une nouvelle. De l'arme forgée en 1890 contre les grandes coalitions de capitaux elle a fait un instrument de défense contre les efforts des Unions du travail pour généraliser l'organisation syndicale et fortifier la puissance de contrainte des grèves par le recours aux boycottages et aux mises à l'index. L'idée première de cet emploi imprévu (1) de l'acte de 1890 a été

(1) A vrai dire, ce risque de déviation n'était pas passé inaperçu aux auteurs du *Sherman Act*. Ils s'étaient même préoccupés un instant de le conjurer. Au cours des débats poursuivis au Sénat le 24 mars 1890 et les jours suivants, le sénateur Sherman avait fait adopter une adjonction à l'article 1^{er} destinée à spécifier que le statut serait inapplicable aux ententes entre ouvriers, agriculteurs et horticulteurs (*Congressional Record*, 1890, XXI, 2611). Mais cette mention explicative disparut dans la révision finale nécessitée par une multiplication d'amendements incohérents qui rendaient méconnaissable le bill initial (KNAUTH, *Policy of U. S. toward industrial monopoly*, 27-29). Elle n'eût pu d'ailleurs être maintenue sans condamner le *Sherman Act* à l'annulation judiciaire, comme ne tarda pas à le prouver l'arrêt rendu en 1902 par la Cour suprême, dans *Connolly v. Union Sewer Pipe Co.* (184 U. S. 540) qui proclama l'inconstitutionnalité de l'*Anti-trust Law* de l'Illinois pour ce motif que la législature d'état, en soustrayant les « fermiers » à ses mesures prohibitives, avait fait une « législation de classe » et enfreint le xiv^e amendement (WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 888). Il est vrai que la Cour suprême, s'inspirant d'une conception plus nuancée

lançée par l'*American Anti-boycott Association* créée en 1902 (1). Les conseillers juridiques de ce groupement fort actif ont cherché là le moyen de permettre aux industriels, victimes des boycottages et des listes noires, de réagir plus efficacement contre les associations ouvrières, orga-

et plus moderne de l'« égale protection des lois », qu'elle avait esquissée en 1912, à l'occasion de l'*Anti-trust Law* du South Dakota de 1907, dans *Central Lumber v. South Dakota* (226 U. S. 457), a en 1914, dans *International Harvester Co v. Missouri* (234 U. S. 499), validé une loi du Missouri de 1909 contre les ententes en vue de la hausse des prix contenant exception expresse au profit des ouvriers et de leurs organisations. Mais cette évolution jurisprudentielle (YOUNG, *l. c.*, 480-483) ne pouvait être escomptée en 1900. Les auteurs du *Sherman Act* n'ont pu garer leur œuvre contre les déclarations expresses de nullité qu'en laissant la porte aussi largement ouverte que possible à la transformation judiciaire par voie d'interprétation. On voit ressortir ici, comme dans tant d'autres pages de l'histoire des lois contre les trusts, le rapport de filiation qui unit au contrôle de constitutionnalité des lois la construction du statut telle qu'on la pratique aux Etats Unis. L'impression qui, sur ce point, se dégage de l'ensemble des débats parlementaires de 1900, me semble assez exactement définie dans ces lignes de PHILIP G. WRIGHT, *The contest between organized labor and organized business*, 29 *Quarterly Journal of Economics*, 237 : « Indiscutablement cet acte est né de la crainte du monopole capitaliste plus que du monopole du travail. D'ailleurs, lorsque le premier bill fut voté au Sénat, les organisations du travail étaient exclues de sa condamnation ; mais le bill fut renvoyé au Comité judiciaire et, quand il en sortit, cette clause d'exemption avait disparu. Le peuple du travail était convaincu qu'on ne lui appliquerait pas le *Sherman Act*. Néanmoins M. GORMAN était inquiet et, nous le verrons, avec raison ».

(1) L'*American Anti-boycott Association* a été puissamment aidée dans cette lutte judiciaire contre l'*American Federation of Labor*, et surtout dans la lutte d'influences législatives qui l'a suivie, par la *National Association of Manufacturers* (qui avait fait ses débuts en 1895, et est devenue en 1905 une *chartered corporation* constituée sous l'empire des lois de New-York) ainsi que par le *National Council for Industrial Defense* (PHILIP G. WRIGHT, 29 *Quarterly Journal of Economics*, 235-247).

Lambert

41

nisatrices de ces mesures de persécution, en engageant contre elles, au lieu d'actions dispersées devant les Cours d'Etats, des procès à plus large portée devant les Cours fédérales et d'arriver ainsi à obtenir de la Cour suprême des Etats-Unis des condamnations qui, grâce au prestige de ce haut tribunal, puissent cristalliser dans l'opinion publique le sentiment de l'illégalité du boycottage et influencer les décisions futures des Cours d'Etats (1). Ils ont invoqué que les *labor unions* étaient des ententes entre « vendeurs de travail » en vue d'élever « le prix de leur marchandise » et restreindre d'autant la liberté de « l'acheteur de main-d'œuvre » ; qu'en luttant pour amener tous les travailleurs à entrer dans leurs rangs et forcer les employeurs à n'embaucher que des syndiqués elles travaillaient à détruire la concurrence en « fermant le marché à tous les vendeurs indépendants de travail » ; qu'elles devaient, à ce titre, tomber, plus encore que les trusts, sous la lettre des dispositions de la loi SHERMAN prohibant les contrats et combinaisons tendant à restreindre le commerce entre Etats ou à « constituer des monopoles » (2).

(1) WOLMAN, *The boycott in american trade unions* dans *Johns Hopkins University studies*, 1916, 431-434. Sur les nombreuses applications que les judicatures d'états avaient déjà faites de la notion anglaise de la *conspiracy* (ou entente en vue de réaliser des effets dommageables à des particuliers, à des classes de la communauté ou au public en général), pour combattre par la voie d'injonctions la grève, le boycott, le picketing ou la mise à l'index, et sur les divergences de plus en plus accentuées qui s'étaient produites à cet égard dans leur jurisprudence : Cf. l'analyse approfondie de GEORGE G. GROAT, *Attitude of american courts in labor cases*, fascicule 108 des *Columbia Un. Studies in history*, 1914, p. 57-135, spécialement 76-78, 89-111, 211 et s.

(2) Cf. la note dans 30 *Harvard Law Review*, 632-634.



Le 3 février 1908, par sa décision unanime dans le *Danbury Hatters' case* (1), la Cour suprême des Etats-Unis donnait une première consécration à cette thèse en accueillant une action en dommages intérêts dirigée, du chef de la section 7 du *Sherman Act*, par une firme manufacturière victime de boycottage, contre les membres du bureau de l'union du travail qui avait organisé le boycottage. En 1911, dans *Bucks Stove and Range Co v. Gompers* (2), elle reconnaissait aux industriels victimes de ces manœuvres syndicales, le droit d'obtenir, en vertu de la loi SHERMAN, la délivrance d'injonctions judiciaires, interdisant, sous la menace d'astreintes pécuniaires et d'emprisonnement, aux membres des unions en conflit avec eux de persister dans leurs entreprises d'encerclement commercial. L'instrument vraiment efficace, l'instrument définitif de répression du boycottage faisait ainsi son apparition dans la pratique des cours fédérales à l'heure où s'opérait le revirement de leur attitude à l'égard des trusts (3).

Cette intervention de la judicature fédérale, sous le couvert du *Sherman Act*, dans les conflits du capital et du travail constituait un frein sérieux à la propagande syndicaliste des *trade-unions*. Dès le lendemain de la première des décisions précitées, M. Gompers accusait le coup reçu en annonçant, dans l'organe de sa fédération, qu'il se voyait contraint à suspendre la publication de toute liste noire (4). L'émotion produite dans les milieux ouvriers

(1) *Lowe v. Lawlor*, 208 U. S., 274. Cf. WILLOUGHBY, l. c., 759-761.

(2) 221, U. S., 418. Cf. 29 *Harvard L. R.*, 86.

(3) Cf. les études sur le « gouvernement par injonctions » citées ci-dessus, p. 37, note 4.

(4) *American federationist* de mars 1908, p. 492.



par la seconde décision et par sa répercussion sur le développement des injonctions des cours fédérales fut encore plus considérable. L'*American federation of labor* exerça une pression énergique sur les deux grands partis politiques pour amener le Congrès à s'opposer au développement de cette jurisprudence et à écarter par un texte législatif l'application de la loi SHERMAN aux querelles du travail (1).

Cette propagande aboutit à l'introduction, par voie d'amendement au projet primitif, dans le *Clayton Act* du 15 octobre 1914 (2), de la série d'articles vulgairement désignés sous le nom de *labor sections*. Avec la retenue et l'imprécision de langage du législateur, qui s'aventure sur un terrain où il se sent guetté à chaque pas par la déclaration d'ineonstitutionnalité, les auteurs de cette partie du *Clayton Act* ont travaillé à aveugler les fissures par où la jurisprudence avait glissé dans le *Sherman Act* sa répression du boycottage, tout en évitant autant que possible de se heurter aux directives de cette jurisprudence.

Pour paralyser l'argument qui avait fait tomber les grandes ententes ouvrières sous le coup de la loi pmis-

(1) YOUNG, *New american government*, 150, 291-294. Une analyse d'une lumineuse concision des travaux préparatoires de cette partie du *Clayton Act* a été donnée dans l'étude précitée de PHILIP G. WRIGHT, 29 *Quarterly Journal of Economics*, 235-261.

(2) 38 *Statutes at large*, 730. On trouvera une traduction française de ce statut dans l'*Annuaire international de législation agricole*, IV, 1914, p. 59 et s. Sur les origines de cet acte et ses tendances générales. Cf. l'étude précitée de MONTAGUE, *The federal trade commission and the Clayton Act*, p. 275-326, dans *Some legal phases of corporate financing...* et DANA DURAND, *The trust legislation of 1914*, 29 *Quarterly Journal of Economics*, 72-97.



sant les tentatives de monopolisation du marché, la section 6 déclare que « le travail d'un être humain n'est pas une marchandise ou un article de commerce » et précise que « aucune des dispositions des lois contre les trusts ne devra être interprétée comme défendant l'existence ou le fonctionnement des organisations du travail... on comme limitant la faculté pour leurs membres individuels de poursuivre légalement les objets légitimes de ces organisations ; qu'elles ne devront pas enfin être considérées comme « des combinaisons ou conspirations illégales pour restreindre le commerce » en vertu de la loi SHERMAN.

S'encadrant dans une série de dispositions de procédure qui tendent à garantir les Unions du travail contre l'émission trop hâtive d'injonctions, ou contre une répression trop sommaire des infractions à leurs ordres, la section 20 dispose, dans un premier paragraphe, que les Cours fédérales ne pourront point émettre d'injonctions « dans une instance entre employeurs et employés, ou entre personnes employées et celles qui cherchent un emploi, si le différend est relatif aux termes et conditions de l'emploi, à moins que ce ne soit nécessaire pour prévenir *un dommage irréparable à la propriété ou au droit de propriété*, contre lequel il n'y ait pas de remède adéquat dans la procédure de *common law*. » Puis, dans un second paragraphe, la section 20 énumère spécialement, en termes descriptifs et quelque peu alambiqués, toute une série d'actes qui ne devront pas être considérés comme les violations d'une loi quelconque des États-Unis et ne pourront, dès lors, donner lieu à délivrance d'injonctions : grèves, boycottages et débauchages sans violences, propagande pacifique près d'autres personnes pour les détourner d'ac-



cepter ou de garder comme patron l'une des parties à la dispute, etc. (1).

§ 3

L'élimination judiciaire des sections 6 et 20 du Clayton Act.

Au lendemain de la promulgation du *Clayton Act*, M. GOMPERS poussait le cri de victoire dans l'éditorial du numéro de novembre 1914 de l'*American Federationist* et considérait les sections précitées comme une véritable charte d'immunités octroyée au travail organisé (2). Mais le principal conseil juridique de l'*American Anti-boycott Association*, M. Daniel DAVENPORT, dans une brochure publiée par les soins de cette organisation (3), conseillait aux industriels de ne pas s'émouvoir de mesures législatives qui, sous la forme où elles avaient été votées, étaient destinées à demeurer sans grand effet pratique. L'ex-président TAFT, de son côté, dans un discours prononcé au meeting annuel de l'*American Bar Association* en 1914, concluait que, si les Cours construisaient ces nouveaux textes d'après les principes traditionnels de l'interprétation judiciaire, ils ne s'appliqueraient sans

(1) Cf. dans l'*Annuaire international de législation agricole*, IV-63, la traduction de ce texte qui, pour avoir voulu trop préciser, est devenu étrangement confus.

(2) « Les *labor sections* du *Clayton Act*, écrivait-il, sont une grande victoire pour le travail organisé. En nul autre pays du monde il n'y a une énonciation de principe fondamental comparable à l'incisive et virile disposition de la section 6 ».

(3) *An analysis of the labor Union, injunction and contempt sections of the Clayton Antitrust Bill.*



doute qu'à des catégories très limitées de conflit et que les espérances des organisations du travail ne tarderaient pas à être déçues (1). Ce sont les prévisions de ces derniers qui se sont réalisées. Un juriste expérimenté ne pouvait avoir de doutes sur l'issue finale de cette tentative d'intervention du législateur dans la marche de la jurisprudence (2). Pour la briser, les juges n'avaient qu'à recourir à l'une ou l'autre de leurs armes habituelles : construction du statut ou contrôle de constitutionnalité.

C'est au second de ces instruments que la judicature des Massachussetts s'adressa pour éliminer un texte, conçu dans le même esprit, mais de rédaction plus précise et plus impérative, que la législature de cet état avait adopté en cette même année 1914 (3). Après avoir prévu, lui

(1) 39 *Reports American Bar Association*, 353-373. Cf. WOLMAN, *The boycott in American trade-unions*, 9 et s.

(2) C'est ce que présentait aussi PHILIP G. WRIGHT, 29 *Quarterly Journal of Economics*, 260, qui, après avoir retracé l'ardente lutte de plus d'une douzaine d'années entre les organisations nationales du travail et du capital d'où étaient nées les *Labor sections* du *Clayton Act*, concluait : « Au lecteur laïque il semble bien que l'intention de l'acte soit d'accorder au travail organisé... le droit à la grève, au « piquet », à la réunion publique et au boycott pourvu que ces activités soient accomplies sans violence ». Mais « nous pouvons être sûrs que les employeurs porteront la matière devant les cours et combattront jusqu'à la dernière tranchée ». Et il y a dans l'acte des mots par lesquels il offre prise à la « construction » judiciaire.

(3) *Massachussetts Act*, 1914, ch. 778. Le statut des Massachussetts a constitué l'un des premiers succès de la campagne méthodique organisée par l'*American Federation of Labor* auprès des législatures d'états, en même temps que de la législature fédérale, pour obtenir l'interdiction de l'emploi des injonctions dans les conflits du travail et du capital. La déclaration d'inconstitutionnalité émise par la judicature des Massachussetts ne l'a pas empêché d'être repris depuis dans ses grandes lignes par les législatures de divers états. Cf. *Noteworthy changes in statute law*, dans 42 *Am. Bar. Ass. Reports*, 1917, 405-406.



aussi, qu' « aucune injonction ne pourrait être délivrée entre employeurs et employés, ou entre personnes employées et personnes cherchant emploi, à moins qu'elle ne soit nécessaire pour empêcher un dommage à la propriété », le statut des Massachusetts précisait, par surcroît de précaution, que, à ce point de vue, « le droit d'entrer en relations de l'employeur et de l'employé ne pourrait être considéré comme un droit de propriété ». Il écartait ainsi d'avance le procédé de construction qui aurait pu servir à paralyser sa disposition principale et qui a effectivement permis d'annihiler la disposition correspondante du *Clayton Act* : celui qui consiste à envisager la richesse en formation ou en perspective, — que représentent pour un industriel l'ensemble de ses contrats actuels et futurs d'embauchage de main-d'œuvre et sa clientèle commerciale, — comme constituant des formes de la propriété qui ne peuvent être efficacement protégées contre la destruction ouvrière que par l'injonction. Sur une requête à fin d'injonction introduite par des ouvriers dissidents contre une *trade-union*, qui cherchait à les contraindre à se joindre à elle, en faisant pression sur leurs employeurs pour obtenir leur renvoi (1), la Cour déclara le statut inconstitutionnel, parce qu'il portait atteinte au droit pour chacun de disposer de son travail à l'abri de l'ingérence de tiers, démunissait ce droit du seul moyen de défense qui constituait une garantie vraiment « spécifique » de la propriété et aboutissait ainsi à une discrimination illicite entre le droit de propriété de l'ouvrier sur ses forces de travail et les autres formes plus tangibles de la propriété.

(1) *Bogni v. Perotti*, 203 *Massachusetts*, 26 ; 112 *Northeastern Reporter*, 853.



Dans l'une de ces notes anonymes (1) d'étudiants, formés à l'école de remarquables éducateurs et discrètement dirigés par eux, qui constituent l'un des meilleurs éléments de l'inappréciable collection d'*Harvard Law Review*, les éditeurs de cette publication commentent la décision de la judicature des Massachussett's dans les termes suivants : « La Cour suprême des Massachussett's, malgré le *dissent* du juge HOLMES, s'était prononcée contre la légalité de la « conscription des neutres » (2)... C'est cette décision sur ce qui est essentiellement une question de politique sociale que la législature des Massachussett's a cherché à renverser par le statut de 1914. Il faut reconnaître franchement que la Cour a usé ici de la constitution pour imposer ses vues de politique sociale à l'Etat... Celles des autres Cours d'Etats, qui ont reconnu la conscription des neutres (3), ont également décidé une question de politique sociale ; mais, comme leurs vues coïncidaient avec les vues législatives, aucun choc ne s'en est suivi sur le champ de bataille constitutionnel... Nous sommes ici en présence d'un conflit entre les vues économiques de deux branches coordonnées du gouvernement sur un problème intrinsèquement législatif ». Et cette annotation sortie d'un des milieux les plus libéraux et les plus pondérés de l'enseignement juridique, en concluant

(1) *Is legislative abolition of the injunctive remedy in labor disputes unconstitutional ?* dans 30 *Harv. L. Rev.*, 75-77.

(2) *Plant v. Wood*, 176 *Massachussett's*, 492-502 ; 57 *Northeastern Reporter*, 1011.

(3) *National protective association of steam fitters and helpers v. Cumming*, 170 *New-York*, 315 ; 63 *Northeastern Reporter*, 369 ; *Lindsay and Co v. Montana federation of labor*, 37 *Montana*, 264 ; 96 *Pacific Reporter*, 127 ; *Parkinson Co v. Building trade council*, 154 *California*, 581 ; 98 *Pacific Reporter*, 1027.

par un blâme discret adressé à l'intransigeance des deux partis, laisse percer le regret que ces dissentiments entre les pouvoirs législatif et judiciaire aient été trop crûment étalés au grand jour par la déclaration d'inconstitutionnalité du statut.

La judicature fédérale a évité de donner à ses réactions contre le *Clayton Act* cette publicité irritante en recourant de préférence, pour se débarrasser de la section 20, à la voie plus prudente de la construction, que les auteurs de cette loi avaient laissée ouverte en s'abstenant de préciser ce qu'il fallait entendre par « dommage irréparable à la propriété ». Pour étouffer la disposition initiale de ce texte sous l'exception qu'elle réservait, il a suffi de l'interpréter à la lumière du *common law*, c'est-à-dire des dispositions antérieures de la jurisprudence qui, à maintes reprises, avaient classé le droit de l'industriel au maintien et au libre développement de ses relations contractuelles parmi les droits de propriété que l'injonction doit servir à défendre contre les menaces des tiers (1). Il n'est pas de conflit du travail qui ne se développe au détriment des intérêts économiques ou des relations industrielles ou commerciales du patronat. Et c'est précisément la crainte de ce préjudice qui est l'arme essentielle de la pression ouvrière. L'élévation de ces intérêts et de ces relations à

(1) Ces précédents sont énumérés et analysés dans la note : *Tortious interference with contractual relations*, dans 31 *Harv. Law. Rev.*, 4017-4022. Le doyen STONE, *Law and its administration*, 61, relève au passage la confusion entre la notion juridique et un concept vague et populaire de la propriété qui forme l'unique base de ces raisonnements judiciaires présentant les droits nés des obligations comme des droits réels, et même comme des droits de propriété, et accouplant ainsi des idées que tout étudiant en droit est habitué chez nous à considérer comme antithétiques.

la dignité de *propriétés* transforme donc du même coup en menaces de préjudices irréparables contre la propriété tous ceux des incidents de la lutte ouvrière que les juges estiment intolérables et autorise les Cours à interposer leur autorité pour réprimer ces manifestations de l'activité combative des *Labor Unions*. L'interprétation judiciaire n'a eu qu'à glisser ce concept indéfiniment extensible de la propriété sous les derniers mots du premier paragraphe de la section 20, pour imprimer au *Clayton Act* la destination exactement inverse à celle qu'avaient visée ses initiateurs. Les textes, destinés à combattre l'évolution jurisprudentielle qui avait retourné contre les organisations ouvrières l'arme dirigée par le *Sherman Act* contre les coalitions du capital à tendances monopolisatrices, sont devenus, au contact de la construction, des textes destinés à consolider cette évolution et à donner blanc-seing aux tribunaux pour tracer à l'agitation gréviste et à la propagande syndicaliste les limites qu'elle ne peut pas impunément dépasser (1).

Il serait excessif de dire que les sections 6 et 20 du *Clayton Act* n'ont trouvé absolument aucun écho dans la jurisprudence fédérale. Elles ont été invoquées et appliquées par l'une des Cours d'appel de circuit dans un arrêt du

(1) Pour l'analyse de cette jurisprudence, assez mal assise dans les détails : Cf. outre les études précitées de GROAT, REED POWELL et WOLMAN : STIMSON, *Handbook of the labor laws of U.-S.* ; GELDART, *The present law of trade disputes and trade unions* ; CLARK, *The law of employments of labor* ; MARTIN, *The modern law of labor unions* ; ARTHUR A. BALLANTINE, *Railway strikes and the constitution*, 17 *Columbia Law Review*, 502, et la rubrique : *Labor organizations* dans les fascicules 112, 152, 169, 189, 224, 246 et 258 du *Bulletin du Bureau of labor statistics*.



25 mai 1918 (1), à l'occasion d'une demande d'injonction présentée par une société se livrant à la fabrication des machines à imprimer, qui était aux prises avec une grève engagée dans le but de l'obliger à renoncer à l'emploi de la main-d'œuvre non syndiquée, et qui demandait que défense fût faite à la *Labor Union*, organisatrice de cette grève, de maintenir le mot d'ordre donné à ses membres de se refuser à employer dans leur travail les presses fabriquées par la firme ainsi mise à l'index. L'inspirateur de cette décision, le juge HUGH, a pu parler dans l'espèce au nom de la majorité de la Cour, grâce à l'appui du juge LEARNED HAND qui, tout en approuvant les grandes lignes du raisonnement de son collègue, a déclaré faire ses réserves sur l'expression donnée à ce raisonnement. Le juge HUGH constate que les faits incriminés par le demandeur en injonction ont été qualifiés illégaux par des arrêts de la Cour suprême ayant force de précédents obligatoires (2), mais que l'autorité de ces précédents a été détruite par la promulgation du *Clayton Act*; « Dans la mesure, dit-il, où il est permis aux Cours d'étudier les travaux préparatoires et l'histoire contemporaine pour éclairer l'interprétation d'un statut, nous considérons que le but visé, annoncé et généralement connu de la section 20 (peut-être en liaison avec la section 6) a été de • légaliser le « *secondary boycott* », au moins en tant qu'il consiste à refuser de travailler pour quelqu'un qui commerce avec l'adversaire mis à l'index. Nous entendons dire avec insistance que cette règle donne au travailleur

(1) *Duplex printing press Co V. Deering and al.* United States Circuit court of appeals. Second circuit. 252 *Federal Reporter*, 722.

(2) *LEWIS V. LAWLER*, 208 *U. S.*, 274 et 235 *U. S.*, 522. *Federal Anti-trusts Decisions*, III, 324.

le choix d'être le paria ou l'esclave de l'organisation syndicaliste et à l'employeur une échappatoire douteuse à la faillite pour le sentier de la servitude commerciale. Si cela est vrai (et l'auteur de ces lignes n'est pas disposé à le mettre en doute), le résultat est imposé par un acte du Congrès. Le remède est politique, et non judiciaire ».

Cette *opinion* se présente comme un acte de soumission de l'interprète judiciaire à une volonté du législateur trop clairement exprimée pour qu'il soit possible de l'écarter. Mais elle émane d'une Cour subordonnée et ne représente, dans la jurisprudence fédérale, qu'une note isolée due à l'influence d'un magistrat que sa forte culture sociologique amène à s'émanciper souvent des liens de l'éducation et de la mentalité professionnelles. Le juge HUGH est un admirateur et un disciple du juge HOLMES. C'est comme lui un écrivain d'esprit vigoureux et original ; d'aucuns diront paradoxal. Les directives de la jurisprudence constitutionnelle des Cours américaines ont rarement été soumises à une critique aussi pénétrante que dans ses articles d'*Harvard Law Review* sur la *Due process clause* et sur la *legislation couverte*. S'il a réussi, dans l'espèce que je viens de citer, grâce au concours d'un autre juge qui est, lui aussi, un écrivain distingué (1), à faire prévaloir ses vues personnelles, elles s'y sont cependant heurtées au dissentiment énergique du troisième membre de la Cour, le juge ROGERS.

« La question de savoir si une injonction peut être émise

(1) Le juge LEARNED HAND a, lui aussi, apprécié avec une certaine indépendance de jugement la jurisprudence constitutionnelle développée sous le couvert des déclarations de droits dans son article : *Due process of law and the eight-hour day* dans 21 *Harv. L. Rev.* 495.



dépend, dit le juge ROGERS, de la construction à donner au *Clayton Act*... Mon opinion est que, si les faits incriminés n'étaient pas licites avant le *Clayton Act*, ils ne le sont pas devenus depuis... Si l'on prétend que l'intention du Congrès a été que l'acte doive s'appliquer à tout cas naissant d'un conflit du travail, même quand aucune des parties défenderesses n'a jamais été au service du plaignant, cela n'empêchera pas l'émission d'une injonction, même dans les cas entre employeurs et employés. L'injonction peut encore être accordée entre employeur et employés, quand cela est nécessaire pour empêcher un dommage irréparable à la propriété ou au droit de propriété de la partie requérante. Et c'est un point de droit, assez bien fixé pour qu'il ne soit pas nécessaire de citer des autorités, que les actes qui causent la destruction de la propriété ou de l'affaire (business) d'une personne ou troublent cette personne dans l'exploitation de son affaire, en détruisant sa clientèle et ses profits, constituent un dommage irréparable et autorisent l'émission d'une injonction».

Il n'est pas douteux que, dans le *Duplex Printing case*, l'opinion de la majorité a été une tentative isolée d'une Cour inférieure pour réagir contre la jurisprudence de la Cour suprême — quelque chose de fort apparenté au *dissent* du juge HARLAN dans le *Standard Oil Case* — et que seule l'opinion du juge dissident a été en harmonie avec cette jurisprudence supérieure. C'est ce que prend soin de rappeler le juge ROGERS. Il se déclare lié par les décisions que la Cour suprême des Etats-Unis a rendues, postérieurement à la promulgation du *Clayton Act*, dans le *Hitchman Case* (1) et dans *Eagle Glass and Mfg Co*

(1) *Hitchman coal and coke Co v. Mitchell*, 243 U. S., 229. Cf. *Paine Lumber Co v. Neal*, 244 U. S. 439 et 471.



V. *Rowe* (1), et par lesquelles elle a consacré l'usage de l'injonction pour empêcher les Unions du travail d'exercer leur propagande de recrutement près des travailleurs ayant promis, lors de leur embauchage, de rester étrangers à l'organisation syndicale tant qu'ils seraient au service de l'employeur. Un arrêt, comme le *Hitchman Case*, qui a fait jouer l'injonction pour défendre aux membres du bureau d'une *trade-union* de tenir cachés aux patrons de maisons fermées aux syndiqués les noms de ceux de leurs ouvriers qui viendraient à adhérer à l'union, implique, à plus forte raison, l'admission de l'injonction pour protéger ces mêmes patrons contre les menaces plus immédiates à la prospérité de leur *affaire* que constituent les boycottages et les mises à l'index. On peut dire, en dépit de l'accident du *Duplex printing case*, que les sections 6 et 20 n'ont guère eu d'autre effet que de susciter, pendant trois ou quatre ans, dans la presse juridique, des discussions académiques sur le rôle du *gouvernement par injonctions* et que ces discussions n'ont, ni arrêté, ni même sérieusement dévié la marche sereine de la jurisprudence (2). La judicature des Massachussetts et la judica-

(1) 245, U. S., 275.

(2) Un grand juge américain. — devenu depuis le chef du cabinet du président Harding, — CHARLES E. HUGHES, *New phases of national development*, 4 *Amer. Bar. Ass. Journal*, 100, résumait ainsi la jurisprudence affirmée par la Cour suprême dans les arrêts précités : « Ce n'est pas l'opinion de la majorité des juges que le *Clayton Act* ait établi une politique inconciliable avec l'octroi d'injonctions contre les membres d'unions de travail. Quoiqu'on puisse avoir attendu de l'opération du *Clayton Act*, il semble que son langage ne justifie pas cette conclusion que l'acte ait fait une conduite licite de ce qui était illicite avant son adoption, soit en vertu de l'*anti-trust act*, soit autrement ». Cf. l'analyse d'un certain nombre d'arrêts sur la matière dans le fascicule 258 du Bulletin du *Bureau of labor statis-*

ture fédérale sont arrivées sensiblement au même résultat, l'une par la déclaration d'inconstitutionnalité, et l'autre par la construction.

tics. Decisions of courts and opinions affecting labor 1918, 409-430 et la note Boycott on materials dans 31, Harv. L. Rev., 482-485. Sur les développements nouveaux qu'a pris l'application de l'injonction aux conflits ouvriers sous l'influence des exigences du temps de guerre: ZECHARIAH CHAFEE, 34 Har. Law. Rev. 400-407.



CHAPITRE X

LES PALLIATIFS AU CONTROLE JUDICIAIRE DES LOIS

Une législation, qui doit passer à ce double crible judiciaire avant de s'imposer à l'application, court la chance, pour peu qu'elle affiche une allure quelque peu réformatrice, d'échouer avant d'arriver au port ou de n'y parvenir qu'après avoir subi des amputations ou des retouches. Dans le troisième chapitre de l'œuvre pénétrante que j'ai déjà souvent citée (1), le professeur ERNST FINEUND a tracé le tableau saisissant des épreuves que doit affronter et des risques auxquels est exposé tout statut qui s'attaque à l'un des problèmes brûlants de politique sociale ou de politique économique qui mettent aux prises les classes antagoniques de la société. Ceux dont le statut aspire à régler les relations juridiques ne sauraient être fixés, ni sur sa signification et sa portée, ni même sur sa force obligatoire, avant que chacune de ses dispositions ait été soumise à la Cour compétente pour statuer sans aucun appel sur sa validité et sa construction. Tant que la détermination du moment où se réalisera cette dernière épreuve, indispensable à l'entrée en vigueur vraiment effective du statut, sera laissée au jeu hasardeux de la litigation courante, les intéressés seront exposés à voir s'écouler, entre

(1) *Standards of american legislation.*

Lambert



l'achèvement du travail législatif et sa vérification judiciaire, un intervalle, souvent très long et toujours incertain, pendant lequel les relations, nouées sous le champ d'application éventuel du statut, se trouveront en état d'instabilité.

Il a fallu un peu plus de vingt ans pour que les hommes d'affaires américains apprennent de la Cour suprême ce que signifiait finalement le *Sherman Act*; vingt ans pendant lesquels les plus grandes firmes des Etats-Unis ont lié, délié et renoué des conventions et des ententes mettant en jeu d'énormes intérêts économiques, sans pouvoir s'éclairer sur la valeur légale de ces opérations (1). C'est là, pour le monde des affaires, une contre-partie, — et une lourde contre-partie, — aux garanties de sécurité économique que lui donne l'intervention des juges pour ralentir ou même parfois arrêter un développement de la réglementation législative du travail ou du commerce qui s'opère toujours aux dépens de la liberté de mouvement du capitalisme, et surtout du capital en formation. N'est-il pas possible de remédier à cette grave imperfection du contrôle judiciaire des lois sans risquer d'affaiblir ses vertus en tant qu'instrument de défense de l'équilibre social traditionnel ? Trois moyens ont été successivement proposés ou essayés.

SECTION I

Advisory opinions.

On épargnerait d'énormes dépenses de temps et d'argent, et surtout de cruelles déceptions économiques, à

(1) EDWIN E. BORCHARD, *The declaratory judgment*, p. 75.



tous ceux qui doivent conclure des transactions dans un champ commercial couvert par un statut nouveau si, au lieu d'être obligés d'attendre, pour être fixés sur l'autorité du statut, que le jeu de la litigation ait mis les juges en demeure de le ratifier, l'annuler ou le construire, on pouvait obtenir que les cours procèdent à leur contrôle de constitutionnalité avant que le statut soit voté ou promulgué, alors qu'il serait temps encore pour le législateur de faire état des objections des juges, en abandonnant son œuvre ou en la retouchant. S'il sollicitait cet avis, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'exécutif, quand il craint que l'un de ses textes puisse se heurter à quelque point caché ou obscur de la jurisprudence constitutionnelle des Cours, le législateur éviterait, tout au moins, d'engager les particuliers dans des opérations qui risquent d'être anéanties ou transformées par l'effet de déclarations d'inconstitutionnalité frappant après coup la disposition législative sous la foi de laquelle ils ont traité. Et il serait aussi moins humiliant pour son amour propre de s'éclairer des conseils des juges pour la rédaction de ses travaux législatifs que de s'exposer, quand la rédaction de ces travaux est terminée, à ce qu'ils soient jetés au panier par les censeurs judiciaires comme incorrects et sans valeur. Le statut ne peut plus aujourd'hui obtenir pleine force de loi que par l'approbation du judiciaire. A quoi bon s'obstiner à masquer cette réalité sous des fictions trop transparentes? Ne vaudrait-il pas mieux que le législateur, reconnaissant une sujétion au judiciaire qu'il n'a plus l'espérance de secouer, cherche à en limiter les effets, et à en écarter les manifestations les plus blessantes, en posant aux juges, au cours de son travail, les questions néces-



saires pour lui permettre d'être renseigné d'avance sur ce qu'il peut et sur ce qu'il ne peut pas faire ?

Ce serait là une amélioration fort appréciable dans le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité. Mais elle est rendue impossible par les traditions, bien établies, des juridictions américaines. La jurisprudence de la juridiction fédérale à cet égard a été invariablement fixée par le précédent créé, dès la première présidence de WASHINGTON qui, ayant en 1793 demandé l'avis de la Cour suprême sur les droits et devoirs créés aux Etats-Unis par leur traité de 1778 avec la France, se vit répondre que la Cour ne pouvait pas donner de décision avant que la question lui eût été déférée par la voie contentieuse (1). La plupart des juridictions d'Etats ont modelé leur attitude sur celle de la Cour suprême fédérale. Les constitutions particulières de quelques Etats, — Massachusett's, New Hampshire, Maine, Rhode-Island, Floride; Colorado, South Dakota (2) — prévoient bien que chacune des deux branches de la législature et les représentants de l'exécutif auront le droit de requérir l'avis des juges sur les questions importantes de droit constitutionnel et dans les occasions solennelles. Mais, pour que cette consultation préalable des experts constitutionnels pût mettre les statuts de ces Etats à l'abri des déclarations d'inconstitutionnalité, il eût fallu que les juges se reconnussent liés, dans l'exercice de leur juridiction contentieuse, par les avis

(1) BRYCE, *République Américaine*, I, p. 386 de l'édition française de 1911; YOUNG, *New American Government*, 284; THAYER, *Legal Essays*, 53.

(2) THAYER, *Legal Essays*, 42 et *Cases on constitutional law*, I, 175; WILLOUGHBY, *Constitutional law*, p. 13, n° 4; DEALEY, *Our State constitutions*, dans *Annals of the Am. Acad. pol. and social science*, supplément, mars 1907, p. 40.



émis dans l'exercice de leurs fonctions de conseillers juridiques du législateur. En 1880, vers le moment où les premières extensions du contrôle de constitutionnalité allaient faire ressortir les risques qu'il entraîne pour la sécurité des relations juridiques, la Cour suprême du Maine (1) admit un instant que ses réponses à ces consultations officielles constituaient des interprétations authentiques de la constitution et devaient, à ce titre, jouir de la même force de précédents que les opinions émises à l'occasion d'un cas concret et litigieux.

Mais, dès 1885, dans une de ses remarquables études de droit constitutionnel (2), le professeur THAYER montrait que la position prise par la judicature du Maine était en contradiction absolue avec l'attitude de toutes les autres judicatures soumises par leurs constitutions d'Etats au même régime de consultation possible par les deux autres branches du gouvernement local, et il laissait prévoir que la Cour suprême du Maine ne pourrait pas persister longtemps dans cette jurisprudence dissidente et novatrice. Ses prévisions se sont réalisées dès 1901 (3). C'est désormais une doctrine incontestée que les réponses faites par les juges aux demandes de consultation du législatif et de l'exécutif n'ont qu'une valeur persuasive et ne se différencient pas dans leur essence des avis donnés par les experts privés. Les Cours ont, maintes fois, déclaré que les opinions ainsi émises par leurs membres, ayant été

(1) 70 Maine, 583. Cf. THAYER, *l. c.* 56. Cf. aussi une autre décision isolée en ce sens d'une cour du Colorado : 12, *Colorado Reports*, 466.

(2) Etude rééditée, avec des notes additionnelles, dans ses *Legal Essays*, 42-59.

(3) 95 Maine, 566, 573 et la note 4 de la page 56 de l'étude de THAYER.



« formées sans l'aide usuelle qu'elles tirent des investigations des parties intéressées et de leurs savants conseillers » (1), ne sauraient préjuger les décisions qu'elles rendront quand la question de droit constitutionnel, qui y a été soulevée, se présentera pour la première fois devant elles éclairée, comme elle doit l'être, par l'échange des conclusions des plaideurs et par l'exposé des raisons invoquées pour contester la régularité et la validité des mesures législatives en jeu. Elles estiment qu'il n'est pas encore possible, au moment où une loi va être votée, de juger si ses dispositions sont ou non conciliables avec la constitution. C'est seulement à l'épreuve de l'application, en présence des premières réactions des intérêts économiques comprimés par le statut, que l'on verra si ce statut se heurte ou non à l'un de ces principes fondamentaux de politique sociale que les Cours considèrent comme ayant été intégrés dans les constitutions par le canal des *due process clauses* ou des *déclarations de droits*.

A défaut d'une suppression complète de la période d'essai et d'incertitude entre la promulgation du statut et sa vérification judiciaire, que l'attitude des Cours à l'égard des *advisory opinions* ne permet pas d'envisager, ne pourrait-on pas, du moins, procurer aux intéressés les moyens d'abrégier la durée de cette période d'insécurité ?

SECTION II

Les jugements déclaratoires.

On a songé, dans ces dernières années, pour remplir ce rôle à une procédure qui, puisant ses premiers germes

(1) THAYER, *l. c.*, 50-53.



« dans le droit romain, s'est dégagée dans le droit canonique et dans notre ancien droit, notamment sous la forme de l'action de jactance, et s'est épanouie depuis le xvi^e siècle dans la jurisprudence Ecossaise d'où elle a pénétré à partir de 1850, mais surtout de 1883, dans le système légal de l'Angleterre, puis dans ceux de l'Inde, du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, en même temps qu'elle apparaissait par un développement indépendant dans les Codes de procédure civile allemand (1) et autrichien (2), mais à laquelle la législation des Etats-Unis était jusque là demeurée impénétrable, en dépit de quelques applications locales, déconsues et purement instinctives (3). Le jugement déclaratoire est une procédure essentiellement préventive où le demandeur ne sollicite plus de la Cour, comme dans l'action contentieuse ordinaire, un secours coercitif contre un défendeur coupable de violation du droit et récalcitrant, mais où il demande aux juges de faire connaître à des parties également soucieuses de se conformer à la légalité, mais ignorantes de ce qu'elle exige, quels sont les droits et devoirs respectifs qui sont nés de leurs conventions ou de leurs rapports juridiques préexistants et de fixer le contenu de ces droits et devoirs par une sentence ayant l'autorité de la chose jugée. Cette procédure tend donc à empêcher, par l'appel à l'arbitrage judiciaire de parties également désireuses de demeurer pacifiques, le déchaînement de cette sorte de

(1) Art. 231 du Code de 1877 et 236 de la révision de 1898.

(2) Art. 228 du Code de 1895.

(3) L'histoire des origines du jugement déclaratoire et de ses développements dans la jurisprudence comparative contemporaine a été excellemment retracée par E. M. BORCHARD, *Declaratory judgment*, p. 40-32 du tirage à part.



guerre du droit qu'est la litigation, au lieu d'intervenir, comme la procédure ordinaire, pour arrêter par la contrainte sociale cette guerre une fois déchainée.

A vrai dire cette institution s'est développée d'abord, dans les milieux d'où les Américains cherchent aujourd'hui à l'importer, et notamment en Écosse et en Angleterre, comme un remède, non pas tant à l'incertitude de la loi objective elle-même qu'à celle des droits subjectifs individuels. On s'en est servi pour mettre à l'abri des menaces de contestations à venir l'état juridique d'un particulier, sa situation tant au point de vue de la nature — légitime ou naturelle — de sa filiation que de ses relations matrimoniales ; pour fixer le sens et la portée de clauses obscures des actes instrumentaires, soit des testaments, soit des écrits constatant des conventions ; pour résoudre, avant qu'ils se manifestent par des actes de violence juridique, les conflits entre droits contradictoires qui prétendent s'exercer sur une même terre ou ceux que soulèvent entre propriétaires d'immeubles les rapports de voisinage ; enfin pour déterminer le contenu des obligations non contractuelles, de plus en plus nombreuses, que le développement de la législation administrative fait peser sur les administrés (1). Mais cette procédure peut se prêter à bien d'autres applications sous la forme, à la fois souple et générale, où elle est consacrée dans les *Supreme Court Rules* anglaises de 1883 (2). L'ordre XXV, règle 5, dispose, en effet :

(1) FRANK K. DUNN, *The Declaratory Judgment*, dans 45 *Am. Bar. Ass. Reports*, 1920, 388-392 ; BORCHARD, *l. c.*, 33-77.

(2) 7, *Statutory rules orders*, 54. Disposition complétée par l'ordre 54 de 1893. L'important document procédural où figure ce texte est suffisamment connu en France par les renseignements du comte DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*,

« Aucune action ou procédure ne doit être critiquée pour le motif qu'elle ne poursuit qu'un jugement simplement déclaratoire et la Cour peut émettre des déclarations obligatoires de droits sans qu'il y ait à distinguer selon qu'un secours judiciaire pourra ou non être réclamé en conséquence de cette déclaration. »

Le premier pas dans la voie de l'importation de cette institution, devenue commune à toutes les autres branches du *common law*, a été fait en 1915 par l'Etat de New-Jersey dans son *Chancery Practice Act* (1). Une campagne en faveur de son adoption dans l'ensemble des droits statutaires des Etats-Unis, esquissée en 1917 dans un premier article du professeur SUNDERLAND (2), a été définitivement engagée, en 1918, dans une étude aussi vigoureuse que documentée d'un des maîtres de Yale University, M. EDWIN M. BORCHARD (3). Tout en énumérant soigneusement les autres emplois traditionnels du jugement déclaratoire, M. BORCHARD met particulièrement en

ch. XXIX, t. II, p. 75 et s. Sur l'attraction exercée dans l'ensemble du monde anglo saxon par cette originale forme de législation procédurale déléguée : Cf. l'article d'un auteur américain SAMUEL ROSENBAUM, *Rule making in the courts of the Empire* dans *Journal Society Comp. Legist.*, N. S., XXXIII, 428-449 et son livre : *The rule-making authority in english supreme court*. Boston Book Co, 1917.

(1) *New Jersey Public Laws 1915*, ch. 116, sect. 7, p. 185.

(2) *A modern evolution in remedial rights : the declaratory judgment* dans 16 *Michigan Law Review*, 69. Le professeur Sunderland a repris le même thème dans 88 *Central Law Journal*, 6 *New-Jersey Law Journal*, avril 1919, p. 102, 54, *Am. Law Rev.* 461 et 20 *Columbia L. Review*, 406.

(3) Cette étude, parue d'abord dans 28 *Yale Law Journal*, 1 et s. (novembre et décembre) a été rééditée en une brochure indépendante sous ce titre : *The declaratory judgment : a needed procedural reform*.



relief que, dans un pays, comme les Etats-Unis, où le contrôle de constitutionnalité des lois a pris une extension beaucoup plus grande que partout ailleurs, cette procédure apparait comme le seul remède qui puisse ramener au minimum d'acuité l'incertitude et l'insécurité que le fonctionnement de ce contrôle fait peser sur toutes les parties neuves du droit objectif.

Il montre ce qu'on pourrait en attendre dans cette direction par l'exemple emprunté aux procédures qu'avait dû suivre, peu avant, le directeur d'une des nombreuses feuilles placées sous le contrôle de HEARST pour arrêter l'application d'ordonnances prises par les autorités municipales de Mount-Vernon en vue d'empêcher indirectement la vente des journaux d'Hearst dans cette localité. En empruntant la voie compliquée de l'injonction, — la seule qu'il eût à sa disposition, — l'intéressé avait dû s'astreindre à poursuivre des débats longs et coûteux devant trois Cours successives. Il eût réalisé une notable économie de temps et d'argent, s'il avait été protégé par une procédure analogue à celle qu'organise l'*Ontario Judicature Act* de 1914 (1), qui autorise la Cour suprême, à la demande de l'attorney général du Canada, ou de celui de l'Ontario, à rendre une « déclaration sur la validité d'un statut... alors même qu'aucun remède judiciaire ultérieur ne serait demandé ni cherché ». La déclaration prévue par la loi de l'Ontario, ajoute M. BORCHARD, ne peut être obtenue, sous l'empire de la législation actuelle des Etats-Unis, qu'à l'occasion d'un procès effectif entre particuliers. Et il illustre l'opposition entre les deux systèmes, en rappelant l'attitude adoptée en 1918

(1) *Revised Statutes of Ontario 1914*, ch. 56, sect. 20.



par la judicature de l'Illinois (1), dans un cas où le plaignant sollicitait la délivrance d'une injonction pour interdire l'application d'une ordonnance municipale pour cause d'inconstitutionnalité. La Cour, dans cette affaire, refusa de se prononcer sur la valeur de l'ordonnance tant que le demandeur n'aurait pas pris l'initiative de la violer afin de permettre l'engagement de poursuites en recouvrement des pénalités sanctionnant cette infraction. Si l'ordonnance est nulle, disaient les juges, la poursuite tombera et le plaignant n'aura subi aucun dommage. Si la poursuite triomphe, ce sera la preuve qu'il n'existait aucune raison d'interdire la mise à exécution de l'ordonnance. Les bienfaits du jugement déclaratoire, conclut l'auteur, sont évidents en pareil cas (2).

Passant de la sphère modeste de la vérification des arrêtés municipaux au cercle supérieur du contrôle de la constitutionnalité et de la construction des statuts fédéraux, M. BORCHARD, pour faire saisir l'étendue des services que le jugement déclaratoire rendrait sur ce terrain à la stabilité des relations juridiques, invoque l'exemple du *Sherman Act*. Avec la procédure du jugement déclaratoire, il eût été possible dès 1890 aux consortiums menacés par cette loi de faire vérifier leur situation juridique par l'autorité judiciaire. Il eût suffi pour cela que l'un ou quelques-uns d'entre eux eussent l'attorney général comme défendeur et demandent aux Cours de se prononcer sur la valeur légale de leur constitution et de leurs programmes d'action économique. L'issue de cette épreuve

(1) *Shredded Wheat Co v. City of Elgin*, 120 Northeastern Reporter, 248.

(2) BORCHARD, *Declaratory judgment*, p. 65 et note 328.



leur aurait fait savoir, ainsi qu'à tous les trusts similaires, s'ils pouvaient poursuivre en toute sécurité les opérations commerciales projetées ou s'ils devaient, au contraire, pour se mettre à l'abri des prohibitions du statut, procéder à leur réorganisation sur de nouvelles bases (1).

Il serait aisé d'épiloguer sur cette dernière partie de la démonstration de M. BORCHARD. L'emploi de la procédure du jugement déclaratoire eut peut-être amené la Cour suprême fédérale à émettre dès 1890 ou 1891 l'opinion favorable à l'application intégrale de la loi SUERMAN qu'elle n'a exprimée qu'en 1897 et 1898. Mais il n'eût pu empêcher ni le changement de front de la Cour en 1911, ni l'achèvement de cette évolution jurisprudentielle en 1920. Mais ce n'est pas là une objection contre le programme du savant professeur de Yale. Il va de soi que le jugement déclaratoire, pas plus qu'aucun autre perfectionnement procédural, ne saurait mettre la sécurité du commerce juridique à l'abri des revirements qui se produisent dans la jurisprudence constitutionnelle par l'effet des modifications, soit dans la composition du banc, soit dans les vues des membres de la Cour sur les problèmes courants de politique sociale.

La propagande de M. BORCHARD a produit déjà quelques fruits appréciables. En 1919, les États de Wisconsin (2), Michigan (3) et Floride (4) ont accordé une place, plus ou moins importante, dans leur *statute-law* au jugement déclaratoire, et la disposition du statut de Wisconsin paraît

(1) BORCHARD, *l. c.*, 74-75.

(2) Act du 27 mai 1919. *Laws of 1919*, ch. 272, p. 253.

(3) *Public Acts 1919*, n° 150. Texte reproduit dans 17 *Michigan Law Review*, 689.

(4) New-York en 1919, le Kansas en 1921 (7 *A. B. A. Journal*, 107).



assez large pour permettre à cette procédure de jouer le rôle qu'on a revendiqué pour elle dans la fixation du droit objectif (1). Les associations des barreaux de Connecticut et de Californie ont, d'autre part, recommandé aux législatures de leurs Etats de donner ce pouvoir aux juges (2). Au congrès de l'*American Bar Association* en 1919, les membres du comité, chargé d'enquêter sur les modifications notables apportées au *statute-law* pendant l'année courante, constataient qu'il n'avait point été émis, dans ces derniers temps, de statuts plus importants pour l'administration de la justice que ceux qui sont relatifs à l'introduction des jugements déclaratoires et ils consacraient la majeure partie de leur rapport à la discussion de l'opportunité de cette réforme (3). Mais ils concluaient que l'utilité n'en était démontrée que dans des cas limités, comme l'application à l'interprétation des actes instrumentaires, — testaments ou contrats —, et se prononçaient contre sa généralisation, et surtout contre son emploi pour hâter la vérification et la construction des statuts, tout en reconnaissant finalement que l'expérience, qui venait d'être instituée dans quelques Etats, pourrait peut-être dissiper un jour leurs préventions.

Il faut croire que ces enseignements de l'expérience n'ont pas tardé à se faire entendre. Car, dès l'année suivante, l'Association du barreau américain abandonnait

(1) Cf. les indications données dans le rapport du *Committee on noteworthy changes in statute-law* dans XLIV *American Bar Ass. Reports*, 1919, 284-287.

(2) BORCHARD, dans XXIX *Yale Law Journal*, mars 1920, 545-549; et 34 *Har. L. Rev.*, 697-702. Cf. : la bibliographie fournie par le second de ces articles, note 6.

(3) XLIV. *American Bar Ass. Reports*, 279-282.



brusquement cette attitude première d'hésitation ou de demi-hostilité et s'engageait à son tour dans la voie ouverte par l'*American Judicature Society* qui, sur le rapport de M. THOMAS J. PARKINSON, avait en 1919 apporté sa puissante adhésion au programme des professeurs Sunderland et Borchard et dressé, pour aider les législatures à le réaliser, un projet de statut en huit sections organisant cette nouvelle forme d'intervention judiciaire (1). Le meeting tenu à Saint-Louis en août 1920 par l'*American Bar Association* a montré que la question des jugements déclaratoires était passée au premier plan des préoccupations de la profession légale et que la majorité des membres de la grande association américaine était désormais conquise à cette réforme. Sur la proposition de son Comité de législation et de réforme légale, l'A. B. A. a recommandé l'adoption d'un bill, déposé au cours du 63^e Congrès devant le Sénat en vue d'introduire dans l'article 274 du Code Judiciaire un paragraphe autorisant les cours fédérales à émettre des jugements déclaratoires (2). Les *Commissioners on Uniform State Laws*, dont l'activité est étroitement liée à celle de l'A. B. A., consacrant les conclusions d'un ardent plaidoyer présenté par le juge FRANK K. DUNN (3) à leur conférence annuelle, se sont déclarés favorables à l'introduction de cette pratique dans la procédure des cours d'États, et le secrétaire de la Commission a pu annoncer au meeting de 1920 l'établissement

(1) Bulletin XIV de l'*American Judicature Society*.

(2) 45 *American Bar Association Reports*, 59-71.

(3) *The declaratory judgement*, dans 45 *A. B. A. Reports*, 383-394. Cf. la discussion par la section judiciaire de l'A. B. A. de cette communication de l'éminent juge de la Cour suprême de l'Illinois, p. 361-362.

d'une première ébauche d'*Uniform Declaratory Judgments Act* (1).

Toutefois, au cours de ces débats de 1920, des doutes ont encore été exprimés en ce qui concerne l'aptitude de la législation proposée à exercer sur la vérification constitutionnelle et sur la construction judiciaire des statuts l'action accélératrice annoncée par M. Borchard. Ces doutes, qui visaient non pas l'opportunité, mais la légitimité constitutionnelle de l'extension de cette procédure déclaratoire du cercle des droits subjectifs individuels au domaine de la règle objective de droit, ont été développés dans le rapport présenté par M. O'DONNELL au nom du Comité de jurisprudence (2). Le Comité s'est déclaré convaincu que cette extension est interdite par la jurisprudence affirmée dans le *Muskral case* (3) où la Cour suprême fédérale a déclaré inconstitutionnelle une loi autorisant des Indiens Cherokee à engager une instance devant la *Court of Claims* dans le seul but de faire statuer par elle sur la validité d'actes du Congrès et qui ouvrirait appel devant la Cour suprême contre la décision ainsi obtenue de la *Court of Claims*. La croyance à une condamnation, prononcée d'avance dans cet arrêt contre toute tentative pour faire de la nouvelle procédure un moyen « de porter devant les cours une enquête sur la constitutionnalité d'un acte législatif » (4), a amené le comité à formuler la distinction suivante : « On ne propose pas d'étendre la fonction du jugement déclaratoire à la détermination de

(1) 45 A. B. A. Reports, 556. Cf. : 34 H. L. R., 702-716.

(2) 45 A. B. A. Reports, 260-263.

(3) *Muskral v. U. S.* : 219 U. S. 346. Cf. BLAINE F. MOORE, *Supreme Court and unconstitutional legislation*, 83.

(4) 219 U. S., 361.



la validité d'un acte du Congrès. Probablement une législation conférant ce pouvoir tomberait sous la règle du *Muskrat case*. Quand aux procès civils entre parties, cette objection ne s'élève plus. La fonction du jugement déclaratoire est de déterminer les droits des parties à un litige. Dans cette controverse il y a des parties opposées. La seule différence entre leur attitude et celle des litigants dans une action ordinaire est qu'elles demandent décision avant qu'il y ait eu aucune violation du contrat qui autorise une action en dommages-intérêts » (1). Mais, après avoir posé le principe de cette distinction, le Comité concluait cependant, par une étrange contradiction, à la transplantation pure et simple dans le Code judiciaire fédéral du texte de l'ordre XXV, règle 5, des *Supreme Court Rules* anglaises de 1883, qui ne contient pourtant aucune limitation de ce genre (2). On ne voit pas d'ailleurs comment, tant que le mécanisme traditionnel d'élaboration de la loi judiciaire anglo-américaine et la doctrine du *stare decisis* resteront debout, on pourrait empêcher que la procédure, inventée en vue de hâter la fixation des droits subjectifs des parties, ne serve par contre-coup à activer le dégagement du droit objectif.

Cette portion du rapport O'DONNELL a été réfutée par le juge, — aujourd'hui secrétaire d'État, — CHARLES EVANS HUGHES qui, avec la haute compétence que lui donnait sa qualité de membre de la Cour suprême fédérale, s'est

(1) 45 *A. B. A. Reports*, 263.

(2) Il va de soi qu'on ne pouvait songer à formuler pareille réserve dans le modèle anglais de 1883, l'Angleterre n'ayant jamais admis dans sa pratique constitutionnelle rien qui ressemble, de près ou de loin, au contrôle américain de la constitutionnalité des lois par les cours de justice.



attaché à démontrer que les scrupules constitutionnels du Comité de législation et de réforme légale provenaient d'une interprétation erronée de l'opinion émise par la Cour dans le *Muskral case*. « Ce n'est pas, fait-il justement remarquer, parce que la question (posée aux juges dans l'espèce) était la détermination de la validité d'un acte du Congrès; c'est parce que cette question ne s'élevait pas à l'occasion d'un litige effectif, que la Cour s'est déclarée sans pouvoir pour la trancher. S'il y avait eu un procès réel, la question de la validité d'un acte du Congrès aurait été résolue aussi bien que toute autre question compétemment portée devant les juges. Mais, en l'absence d'un litige actuel, ni cette question, ni aucune autre ne pouvait être légitimement soumise à la Cour. Tout ce qui a été affirmé, c'est que le pouvoir de décider sur la validité constitutionnelle d'un statut n'existe qu'autant que la Cour est appelée à résoudre un procès véritable ». Si le statut discuté dans le *Muskral case* a été déclaré nul, c'est uniquement parce qu'il appelait la judicature fédérale à se prononcer sur la constitutionnalité d'actes antérieurs du Congrès, non pas dans une action entre litigants ayant pris l'un et l'autre régulièrement position en Cour, mais dans une procédure où le plaignant se présentait sans contradicteur réel et masquait l'absence de partie adverse en constituant défendeur le gouvernement pris en sa qualité de puissance publique. Il convient donc, dit le juge Hughes, de rectifier la partie du rapport qui suppose à tort que la législation proposée risquerait de tomber sous le coup du précédent du *Muskral case* dans la mesure où elle tendrait à déferer aux juges l'examen de la constitutionnalité de dispositions législatives. La seule réserve à faire est que la déclaration de droits ne saurait être provoquée que



par le moyen d'une véritable litigation. Mais, pourvu que cette procédure mette aux prises des parties adverses, il importe peu qu'elle tende à provoquer l'appréciation constitutionnelle d'un statut ou l'interprétation d'un contrat. En annexant à son rapport cette note critique du juge Hughes sans la faire suivre d'aucune réponse, le Comité de jurisprudence paraît bien en avoir lui-même reconnu l'exactitude (1).

Il est trop tôt pour préjuger le sort de cette campagne en faveur des jugements déclaratoires. Dans un pays où 48 législatures d'États — et même 53 juridictions législatives différentes, si l'on tient compte des territoires et du district fédéral —, travaillent en pleine indépendance respective au développement du droit, chacune dans leur ressort; les réformes ne se propagent qu'avec quelque lenteur dans l'ensemble de la communauté. Ceux-là même des modèles de statuts passe-partout, recommandés à l'adoption simultanée de tous les États par les *Commissioners on Uniform State Laws*, qui ont eu finalement le plus gros succès, — comme l'*Uniform Negotiable Instruments Act* de 1896 qui en 1920 ne rencontrait plus qu'une seule opposition, celle de la Géorgie, ou l'*Uniform Warehouse Receipts Act* de 1906 qui, à cette même date, avait pénétré dans 45 juridictions législatives, — ont mis plusieurs années à s'imposer à la majorité

(1) 45 *A. B. A. Reports*, 266-267. La cour suprême du Michigan a bien proclamé, dans un arrêt de 1920 (*Amway v. Grand Rapids Ry.*, 179 *Northw. Reporter*, 350), l'inconstitutionnalité du statut local autorisant le jugement déclaratoire. Mais cette décision a suscité de vives critiques : 19 *Mich. L. R.* 86, — 30 *Yale L. J.* 461, — 21 *Col. L. R.*, 168, — 5 *Minn. L. R.* 172, — 7 *Am. Bar. A. J.* 141, — 34 *Harr. L. R.* 698.



des Etats (1). *A fortiori*, en est-il de même de mesures, comme celle que préconise M. BORCHARD, qui n'ont pas encore obtenu près des législatures d'Etats, une recommandation aussi précise et aussi documentée.

Si cette campagne en faveur des jugements déclaratoires aboutissait, elle activerait sans doute le dégagement de chacune des solutions de la jurisprudence constitutionnelle. Mais, en revanche, elle ne diminuerait, ni l'incoordination, ni l'instabilité de l'ensemble de cette jurisprudence. Elle l'accentuerait plutôt. C'est précisément ce que lui reprochaient en 1919 les enquêteurs de l'*American Bar Association*. Le public, constataient-ils, se plaint déjà de l'imprécision et de la confusion de la ligne de décisions constitutionnelles qui met en œuvre les *due process clauses* et détermine, en vertu des *déclarations de droits*, la liste des interventions condamnables des statuts dans la liberté et la propriété privées. Cette imperfection de la jurisprudence constitutionnelle tient à la complexité et à la diversité des faits qu'elle a à apprécier. Même en présence d'espèces concrètes fournies par le jeu de la litigation, elle doit faire état, pour la formation de ses jugements, « de faits qui ne peuvent pas être prouvés, mais doivent être laissés à l'opinion ou à la spéculation individuelle ». Cet élément de subjectivisme va singulièrement se déve-

(1) On se rendra compte aisément de la lenteur de cette propagation, qui est encore beaucoup plus frappante pour les autres *drafts* de la *Commission on uniform state laws*, en se reportant au tableau récapitulatif dressé par les *Commissioners* dans leur rapport de 1920. XLV. *American Bar Ass. Reports*, 562-563. Cf. H. C. GUTTERIDGE dans *Journal of comparative legislation*, 3^e série, III, 1 (janvier 1921), 5. — WALTER G. SMITH, *National conference on uniform state laws in the U. S.*, même revue, N. S., XXXVI, 154-169 et *Uniform legislation in the U. S.*, LII, *Annals Acad. pol. soc. sciences*, 67-76.



lopper si, avant même que les entraves qu'un statut peut apporter aux droits individuels se soient effectivement réalisées, les Cours peuvent être appelées à décider si ces entraves sont constitutionnellement tolérables ou non. On risque d'aggraver ainsi les critiques dirigées contre cette partie de la jurisprudence constitutionnelle, soit à raison de « l'inconsistance de son principe », soit à raison « d'appréciations erronées des faits impliqués dans les cas d'invoication des *due process clauses* » (1). C'est la préoccupation de ces critiques et le souci de diminuer les occasions qu'elles ont de s'exercer qui ont provoqué le développement d'une seconde sorte de tempéraments à l'exercice par le judiciaire de la direction suprême de la loi et à son pouvoir de correction sur l'œuvre du législateur.

SECTION III

L'application administrative et l'application judiciaire du droit.

Pour défendre les parties neuves et hardies de son œuvre contre la déformation par la construction judiciaire, le législateur n'avait d'autre ressource que d'en enlever l'application aux Cours de justice ou, tout au moins, de ne leur laisser qu'une supervision générale sur un travail d'adaptation aux espèces concrètes confié, en première instance, à des experts choisis à raison de leur éducation d'administrateurs, et non pas de juristes (2).

(1) XLIV. *American Bar Association Reports*, 281.

(2) ELIHU ROOT, dans 41 *Am. Bar. Ass. Rep.*, 368; WILLOUGHBY, *Constitutional law*, 1273-1278; le rapport *On noteworthy changes in statute law* dans 42 *Am. Bar. Ass. Rep.*, 405; REED POWELL, *Conclusiveness of administrative determinations*, dans *Political Science Quarterly* d'août 1907.

C'est ce qu'il a déjà été amené à faire pour la réglementation des trusts. Les juges ne sont pas préparés par leur formation professionnelle à l'étude de problèmes aussi complexes et aussi nuancés que la détermination de la valeur sociale de chacune de ces grandes ententes industrielles et de ses répercussions sur la vie économique du pays. Pour les trancher avec compétence, il leur faudrait les connaissances techniques des directeurs de grandes affaires commerciales. Faute d'expérience antérieure, les juges ne peuvent s'éclairer que par la confrontation des *briefs* déposés par les conseils des deux parties, *briefs* qui dégénèrent parfois, comme dans le *Standard Oil Case*, en de véritables traités d'économie politique appliquée, beaucoup trop volumineux pour pouvoir être assimilés entièrement par des lecteurs sans éducation technique (1). Il est donc à craindre que, là où il faudrait, pour faire bonne et saine justice sociale, procéder à la mise en balance d'intérêts économiques nombreux, subtils et difficilement définissables, la Cour se borne à faire jouer à l'avantage son jeu d'arguments traditionnels et de raisonnements de pure logique.

D'autre part, la police judiciaire se présente toujours sous la forme d'une police répressive qui, pour s'exercer, attend que les trusts se soient constitués et aient organisé leurs aménagements commerciaux, et qui, en venant les frapper au moment où ils sont en pleine activité, risque d'infliger à l'économie nationale des préjudices égaux ou

(1) Quelques-uns des procès roulant sur la constitutionnalité des lois ouvrières ont aussi suscité le dépôt de *briefs* qui constituent des œuvres scientifiques de longue haleine. Tels les *briefs* du professeur FELIX FRANKFURTER et du futur juge fédéral BRANDEIS dans les *Oregon minimum wages cases*.



supérieurs à ceux que l'on cherche à arrêter. Seule, une police administrative peut, en pareille matière, assurer une gestion éclairée des intérêts de la communauté, en recourant d'ordinaire aux voies préventives et en réservant la répression comme une dernière ressource pour le cas où la prévention resterait inopérante (1).

D'où le coup de barre donné à la politique législative des trusts par l'acte du 26 septembre 1914 instituant la *Federal Trade Commission* (2). Créée pour introduire dans les autres branches de l'industrie et du trafic national (3), l'ordre et la régularité que, depuis longtemps, l'*Interstate Commerce Commission* faisait régner dans le commerce spécial des transports en commun, et pour écarter du marché américain les méthodes déloyales de concurrence, la *Federal Trade Commission* est investie des pouvoirs d'investigation, de réglementation et même de juridiction (4) indispensables à l'accomplissement de cette tâche. Elle est autorisée à ouvrir, soit d'office, soit à la

(1) YOUNG, *The new american government*, 168-173.

(2) 38 U. S. Statutes at Large, 717. Acte intégralement traduit en français dans l'*Annuaire international de législation agricole*, IV, 1914, 50-58. Cf. E. DANA-DURAND, *The Trust Legislation of 1914*, dans 29 *Quarterly Journal of Economics*, 72-97.

(3) Sauf le commerce de banque qui était déjà soumis, en ce qui concerne les banques investies de leurs chartes sous l'empire des lois de l'Union, à la surveillance du *Comptroller of Currency*, et dans le domaine duquel le *Federal Reserve Act* du 23 décembre 1913 venait de fixer les bases d'une nouvelle politique nationale par la création des *Reserve Banks* et du *Federal Reserve Board*. Cf. O. M. W. SPRAGUE, *The federal reserve act*, 28 *Quarterly Journal of Economics*, 213-254 ; *The federal reserve banking system in operation*, même revue, XXX, 627 ; YOUNG, *l. c.*, 113-115.

(4) C'est à dernier point de vue, surtout, qu'elle se différencie du *Bureau of Corporations*, créé en 1903 et qui lui a frayé les voies. Cf. YOUNG, *l. c.*, 165.



requête de l'attorney général, des enquêtes sur les corporations suspectes de constitution ou d'opération irrégulières et à leur recommander les modifications dans leur direction ou les réajustements dans leurs affaires nécessaires pour les mettre en paix avec les lois contre les trusts. Dans le cas où la firme enquêtée ne s'incline pas spontanément devant ces conseils, la commission fera acte de juridiction disciplinaire et, après audition en forme de la défense, émettra un *ordre* enjoignant à cette firme de se désister de son attitude illégale ou de procéder aux réfections opportunes dans son organisation. Recours contre cet *ordre* est ouvert à l'intéressé devant la *Cour de circuit d'appels* (1), dont la décision est elle-même susceptible de révision par la Cour suprême fédérale. Et la commission, de son côté, peut s'adresser à la même Cour de circuit d'appels pour assurer l'exécution forcée de son ordre. Mais, devant la Cour, les faits constatés par la commission, s'ils ne se heurtent pas à des témoignages opposés, sont considérés comme conclusifs (2). Et, si de nouvelles preuves sont apportées pendant la procédure devant la Cour, celle-ci devra, suspendant l'action, en renvoyer l'examen à la commission, qui se trouve jouer ainsi le double rôle, d'abord d'une sorte de degré préalable de juridiction, puis dans les instances d'appel, d'un expert technique imposé aux juges. Même dans le cas où des poursuites sont directement engagées par le gouvernement contre

(1) On écarte, pour gagner du temps et épargner des frais, le premier degré habituel de compétence judiciaire, la commission jouant ainsi le rôle d'une juridiction de première instance, mais d'une juridiction dont les ordres ne sont susceptibles d'exécution forcée qu'après homologation par une Cour judiciaire.

(2) Cf. GILBERT H. MONTAGUE, dans *Some legal phases of corporate financing, reorganization and regulation*, 312-326.



une corporation en vertu de la loi SHERMAN, — car l'acte du 26 septembre 1914 se superpose à elle sans la modifier, — la Cour peut encore déléguer l'instruction de l'ensemble de la cause à la *Federal Trade Commission* et s'approprier ses recommandations. Mais la commission n'est plus alors qu'un guide professionnel simplement offert ou recommandé par le législateur aux Cours (1).

Sur le domaine de la législation des trusts, la justice administrative ne se présente encore que comme un auxiliaire de la justice judiciaire, un auxiliaire d'humeur indépendante, mais qui tend seulement à prévenir et éclairer son action sans prétendre se substituer à elle. Il est un autre domaine où elle a pris beaucoup plus nettement le caractère d'un instrument de lutte contre l'application judiciaire des statuts, c'est celui de la législation des accidents du travail. En pareille matière le législateur ne se défie plus seulement de l'aptitude des Cours à bien comprendre les aspects économiques de son œuvre ; il se défie de l'emploi qu'elles pourraient faire de l'interprétation judiciaire pour paralyser ou déformer ses volontés. Et ses défiances ne sont que trop motivées. Une législature d'Etat qui a dû remettre sur le chantier, parfois à plusieurs reprises, son *Workmen's Compensation Act* et y pratiquer des coupures successives pour le faire enfin échapper aux déclarations d'inconstitutionnalité, ne peut pas se dissimuler que, si elle en abandonne la mise en œuvre aux Cours de justice, elle le condamne à n'être appliqué que dans un esprit systématiquement restrictif. Elle sait d'avance que toutes les objections d'ordre juridi-

(1) Elles ne semblent pas mettre beaucoup d'empressement à accueillir cette recommandation, si on en juge par l'attitude de la Cour suprême dans l'affaire du trust de l'acier.



que qui ont été invoquées par les juges pour annuler ses textes antérieurs, reparaîtront pour corriger et émasculer par voie de construction le texte qui a en la chance d'échapper à l'épreuve du jugement de constitutionnalité. Pour éviter ce péril, le législateur est fréquemment amené à donner, pour le règlement des espèces concrètes que soulève le fonctionnement de la nouvelle loi, une compétence, tantôt finale (1), tantôt de première instance (2), soit aux bureaux officiels du travail déjà existants, soit à des commissions administratives instituées à cette fin. Les risques d'échouage du statut sur l'écueil de la déclaration d'inconstitutionnalité sont sans doute aggravés d'autant; mais, si le statut les surmonte, il pourra, du moins produire les effets escomptés par ses auteurs.

Dans un article écrit en 1916, où il relève les enseignements essentiels qui se dégagent de volumineuses publications éditées en 1914 par le bureau des statistiques du département fédéral du travail (3), M. SAMUEL ROSENBAUM (4) donne déjà une démonstration saisissante de cette tendance des législatures d'Etats à écarter le plus possible le règlement par le médium judiciaire des différends

(1) Une mesure aussi radicale a peu de chances d'échapper à la critique des censeurs constitutionnels. Elle ne se rencontre qu'exceptionnellement. Elle a pourtant été consacrée par le chap. 111 des lois du Nevada de 1913. Cf. aussi la section 32 du statut fédéral du 7 septembre 1916.

(2) C'est la forme habituelle d'introduction en cette matière de l'application administrative du droit : ROSENBAUM, *Journal Soc. Comp. Leg.*, N. S., XXXV, 22-23.

(3) *Labour laws of the U. S.*, n° 148 des publications du bureau des statistiques. 2 vol. et *Digest of Workmen's Compensation and insurance laws in the U. S.*, par J.-ROBERTSON JONES, décembre 1914.

(4) *Labour legislation in the United States* dans XXXV *Journal Soc. Comp. Legislation*, N. S., janvier 1916, 42-23.



soulevés par les accidents du travail. Comparant les dispositions de 24 *Workmen's Compensation Laws* votées dans les divers Etats pendant la période embrassée par les enquêtes dont il rend compte, il constate que, sur ces 24 statuts, 5 seulement prévoient que les litiges soulevés par leur application seront portés en première instance devant les Cours de justice, alors que 14 créent des commissions ou des bureaux spéciaux pour régler ces querelles ou en transfèrent l'examen à des bureaux du travail ou de l'industrie déjà existants, et que les autres organisent des combinaisons plus ou moins complexes d'arbitrage. Cette tendance s'est depuis accentuée dans les législatures d'Etats (1) et s'est communiquée à la législature fédérale. Le statut du 7 septembre 1916 (2), tendant à assurer des indemnités aux employés des Etats-Unis victimes d'accidents au cours de leur travail (3), dispose en effet, dans sa

(1) Sur 45 lois d'accidents du travail antérieures à 1918 que M. HOOKSTAD analyse dans *Comparison of workmen's compensation laws... up to January 1 1920* (n° 275 du Bulletin du *Bureau of labor statistics*, p. 414 et surtout 430-431, 34 prévoient leur application administrative, alors que 11 seulement s'en tiennent au système de l'aide de soi-même et du recours, à défaut d'entente amiable, à la seule litigation judiciaire.

(2) Ch. 458 des statuts de 1915-1916. Acte traduit dans l'*Annuaire de législation étrangère*, tome XLV, 1917-1918, p. 391 et s.

(3) Le Congrès avait quelques raisons de se défier de l'application purement judiciaire du statut. Sa première tentative pour introduire dans le droit fédéral, au profit des ouvriers des *common carriers*, — et notamment des compagnies de chemin de fer, — se livrant au commerce entre états, une réglementation spéciale des accidents du travail faisant brèche aux vieilles doctrines du co-service et de la faute partagée, la *Federal Employers' Liability Law* de 1906 (34 *Statutes at Large*, 232), avait été très fraîchement accueillie par le judiciaire. Pour la déclarer inconstitutionnelle dans *Howard v. Illinois Central R. Co.*, 207 U. S., 463, la Cour suprême s'était, il est vrai, retranchée,



section 32, que la *Commission d'indemnité* instituée par sa section 28 « est autorisée à faire les règlements nécessaires pour l'application de l'Act et décidera toutes les questions qui s'élèvent au sujet de l'Act ».

Et ce n'est pas seulement dans la législation des accidents du travail, c'est dans tout l'ensemble de la législation ouvrière et sociale que s'est manifestée cette propension à développer l'application administrative des statuts au détriment de l'application judiciaire. Nombre d'Etats ont aujourd'hui des commissions du bien-être industriel ou des bureaux du travail, qui ne sont plus réduits à un simple rôle d'inspection administrative, mais auxquels la législature a délégué le droit d'édicter, dans les limites et d'après les directions données par elle, des réglementations sur la durée des heures de travail, les salaires minima d'existence ou autres questions similaires de police industrielle, et d'exercer une sorte de juridiction de première

comme dans *Hammer v. Dagenhart*, derrière l'argument d'incompétence et d'empiétement sur l'autonomie des états, tiré de ce que l'acte n'avait pas pris soin d'excepter de son opération les accidents survenus aux employés de compagnies faisant le transport entre Etats pendant le temps où ils sont occupés au transport à l'intérieur d'un Etat (WILLOUGHBY, *Constitutional Law*, 741-743). Mais, sur le fond même de cette réforme légale, tout en en admettant en général la réalisabilité constitutionnelle, les juges avaient échangé des vues si variées et si confuses qu'elles se traduisirent par la rédaction de cinq opinions séparées (BLAINE F. MOORE, *Supreme court and unconstitutional legislation*, 95-96. Le statut fut plus tard validé dans son application au district fédéral de Columbia). Le Congrès répliqua en reprenant les mêmes dispositions dans l'*Employers' Liability Law* de 1908 (35 *Statutes at Large*, 65 et 36 *st.* 291), mais en spécifiant qu'elles ne visaient que les accidents survenus dans le transport entre Etats et, sous cette forme, elles furent validées dans le second *Employers' Liability Case* (221 U. S., 1. Cf. FRANK B. KELLOGG, *New Nationalisms*, 37 *Am. Bar. Ass. Reports*, 352.



instance sur les infractions à ces règlements ou sur les conflits qu'ils peuvent soulever entre particuliers (1). A côté des anciennes formes de justice administrative, — comme la jurisprudence devenue si touffue de l'*Interstate Commerce Commission* (2), — qui se sont développées dans l'ombre de la jurisprudence judiciaire, on voit ainsi apparaître de nouvelles variétés de la justice bureaucratique qui disputent plus ou moins ouvertement aux Cours fédérales ou aux Cours d'Etats l'application des branches nouvelles du *statute-law*.

Dans une très suggestive communication faite en 1919 au congrès de l'*American Bar Association* (3), le doyen Pound a montré que le développement croissant de l'application administrative des statuts s'explique aussi par le dégagement, dans toutes les branches neuves et vraiment vivantes du droit civil, d'un besoin d'assouplissement de la loi comparable à celui qui s'est exprimé, dans le domaine du droit pénal, par le mouvement en faveur de l'individualisation de la peine.

La machinerie légale, dont se servent les juges professionnels, a un fonctionnement trop grossier et trop automatique pour donner aux conflits, infiniment variés et nuancés, que soulève la vie économique et industrielle contemporaine, des règlements équitables pour les parties en présence, et surtout des règlements conformes aux intérêts de la communauté. Cette machinerie consiste en un

(1) ROSENBAUM, *l. c.*, 13 et s.

(2) L'étude de cette jurisprudence est devenue une véritable branche de la science du droit qui suffit à absorber une forte partie de l'activité de spécialistes aussi laborieux que le fut R. N. JUDSON, par exemple.

(3) *The administrative application of legal standards* dans XLIV *American Bar Ass. Reports*, 443-463.



triple jeu : 1^o de règles (*rules*) (1), — c'est-à-dire de solutions de détail dégagées des précédents judiciaires et dont chacune s'applique, en vertu de la force du précédent, toutes les fois que la même espèce de litige, le même point de droit, se représente devant les juges — ; 2^o de principes rapprochant quelques-uns de ces points de droit résolus pour dégager l'idée commune dont ils s'inspirent et en tirer de nouvelles déductions ; 3^o de conceptions légales unissant à leur tour des groupes de principes en une synthèse fécondante (2). Elle poursuit un idéal de justice abstraite où tous les rapports juridiques individuels doivent être classés, après élimination de ce qui constitue leur individualité propre, en catégories dont chacune est réglée par un précepte légal d'une inexorable logique qui s'applique automatiquement à tous les cas rentrant dans cette catégorie, sans se laisser fléchir par la considération

(1) En tant que terme technique de la terminologie juridique anglo-américaine, le mot *rule* est intraduisible dans notre langue. Le correspondant français est *solution jurisprudentielle*. M. POUND remarque avec raison qu'on trouverait l'équivalent de ces *règles* légales anglo-américaines dans les *leges barbarorum* et, notamment, dans notre vieille loi Salique qui n'est, en effet, dans sa grande masse, qu'un recueil de jugements concrets donnant d'avance les solutions à appliquer aux types les plus usuels de procès ou de cas pouvant se présenter dans la pratique. Cf. PETRAU GAY, *La notion de lex dans la coutume salienne et ses transformations dans les capitulaires*. Thèse, Lyon, 1920, 128-158.

(2) Les principes et les conceptions juridiques tiennent une beaucoup plus large place dans notre machinerie légale que dans la machinerie anglo-américaine. C'est sans doute ce qui explique que ces notions n'aient jamais été soumises dans la littérature des pays de *common law* à une analyse et à une critique aussi approfondies que celles qu'en a données GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e édition, 1919, I, 43-53, 124-186, quoique la réaction contre les abus de la logique juridique ait suscité aux États-Unis une littérature tout aussi abondante qu'en France.



des iniquités individuelles et des méfaits sociaux auxquels il peut aboutir dans telle ou telle espèce déterminée.

A cette justice mécanique et aveugle par le jeu automatique de règles, de principes et de concepts légaux, l'application administrative du droit tend, dit M. Pound, à substituer une justice qui juge les actes individuels à la lumière d'une série de *standards*, c'est-à-dire de mesures moyennes de conduite sociale correcte, analogues à ces *standards* d'origine romaine que sont la conduite du bon père de famille ou de l'administrateur diligent. Ces standards, — comme le standard de concurrence loyale qui est le guide assigné à la jurisprudence de la *Federal Trade Commission*, — reposent sur des notions de moralité civique ou commerciale courante, qui ne peuvent pas être définies par des méthodes exactes et certaines de logique légale. On ne saurait exprimer en une formule concrète et descriptive, applicable à tous les conducteurs et dans quelques circonstances qu'ils conduisent, ce qu'est exactement le standard de *prudence nécessaire* auquel ils doivent se conformer dans la conduite de leurs voitures. Et il n'est pas plus possible de définir abstraitement le contenu positif du standard de *service raisonnable* dont l'*Interstate Commerce Commission* doit imposer l'observance aux diverses compagnies de chemins de fer. Ces standards ne peuvent être appliqués que par des mains expertes, et non par des machines légales. Et c'est précisément la nécessité d'en confier le maniement à des hommes ayant une longue expérience de la catégorie d'actes de conduite sociale qu'il s'agit de juger et réglementer, qui a nécessité l'apparition de la justice distribuée par des commissions administratives.

Par là même qu'elle a sa raison d'être dans la substitu-



tion des jugements sur standards aux jugements sur règles, la justice administrative apparaît à M. Pound comme la caractéristique de l'avènement d'une étape de l'évolution du droit supérieure à celle que représente la justice des juges professionnels. « Entre ces institutions de la loi moderne, qui impliquent des nuances subtils et des intuitions expertes et l'universalité simpliste des règles des XII tables et des *leges barbarorum*, il y a, dit-il, la culture de deux milliers d'années » (1). C'est, sans doute,

(1) POUND, XLIV, *Am. Bar Ass. Reports*, 458 et ses développements antérieurs dans *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Columbia Law Review*, 1908, 603 ; *Executive Justice*, 33 *American Law Register*, 1907, 137 et la note d'un de ses élèves, dans 33, *Harv. Law Rev.*, 1920, 972-976. Les aspirations, que reflètent ces savantes études du doyen Roscoe POUND, s'affirment aussi par la curiosité très éveillée avec laquelle on suit, dans les sphères libérales de la profession légale, la marche des expériences de substitution, pour le règlement des conflits du travail, à la vieille justice légale mécanique et répressive d'une justice sociale souple et préventive, qui ont été essayées timidement, dans un cercle limité ou dans les circonstances exceptionnelles du temps de guerre, par le gouvernement fédéral (YOUNG, *New American Government*, 132-134 ; GORDON S. WATKINS, *Labor problems and labor administration during the world war*, VIII, 3 et 4 *University of Illinois Studies in social sciences*, 124-127, 143-151, 164-173, et divers articles de *Quarterly Journal of Economics*, XXVIII, 360-372 ; XXXII, 122-141, 333-385 ; XXXIII, 321-343, ou par certains états de l'Union (YOUNG, *l. c.*, 391-396 et l'étude de WILLIAMS E. ATKINS sur la loi du Kansas dans le numéro d'avril 1920 du *Journal of Political Economy*), mais sont poursuivies avec plus d'ampleur et plus d'audace sur d'autres terres de *common law* et auxquelles l'Australie a donné le branle par l'institution de ses cours d'arbitrage industriel. Cf. les trois articles de HENRY BOURNE HIGGINS, *A new province for law and order* dans *Harvard Law Review*, XXIX, 13 ; XXXII, 189 ; XXXIV, 103-136 ; M. B. HAMMOND, *Wages Boards in Australia*, 29 *Quarterly J. of Economics*, 98-148, 326-361, 563-630, les nombreuses communications du président de la Cour fédérale australienne d'arbitrage industriel : JETHRO BROWN, 27



cette foi dans les vertus et dans l'avenir de la justice administrative qui l'amène à esquisser la vigoureuse et originale synthèse de l'histoire générale des institutions constitutionnelles américaines qu'il place en tête de son étude (1).

L'éminent doyen de la faculté de droit d'Harvard University croit pouvoir résumer l'histoire constitutionnelle des Etats-Unis dans la succession de trois formes bien tranchées de gouvernement. « Dans notre théorie politique, écrit-il, l'exécutif, le législatif et le judiciaire sont coégaux. Néanmoins, aux différents stades de notre histoire, tantôt l'un, tantôt l'autre, ont atteint en pratique une prépondérance distincte. Au commencement de notre histoire politique le département législatif était le leader. Les législatures étaient entièrement persuadées que les autres départements, par là même qu'ils étaient finalement responsables devant le peuple, étaient aussi directement et immédiatement responsables devant elles. Elles se considéraient comme les représentants du peuple au sens strict du mot. Elles s'estimaient compétentes pour appeler les juges à expliquer et défendre leurs décisions... La première moitié du xix^e siècle a fini avant que le pouvoir législatif d'appel ait pris fin... ».

« Pendant une autre période, de la promulgation du

Yale Law Journal, 427; 32 *Harv. Law Rev.*, 832, *Journal of Comparative Legislation*, 3^e série, II, 3, octobre 1920, 169, et, pour les extensions de l'expérience australienne dans les autres parties du monde anglais, sir LYNDEN MACASSEY, *The industrial courts Act 1919* dans *Journal Comp Leg.*, 3^e série, II, janvier 1920, 72 et SQUIRE, *Operation of the industrial disputes investigation act of Canada*, n^o 233 du *Bulletin of U. S. Bureau of labor statistics*, 1918.

(1) XLIV *American Bar. Ass. Reports*, 443-446.



14^e amendement à la première décade du présent siècle, les cours ont conquis une prédominance définie. Elles se sont considérées comme gardiennes d'une loi fondamentale, courant sous toutes les constitutions, et simplement déclarée par elles, devant laquelle toute action législative ou exécutive doit fléchir. Toutes les questions politiques sont devenues finalement des questions de constitutionnalité et la constitution a été traitée comme déclarant des principes universels, éternels, hors de l'atteinte du changement, par lesquels l'interprétation judiciaire et l'application de l'instrument déclaratoire doivent être gouvernés... Pendant près d'un demi-siècle, l'hégémonie judiciaire n'a guère été discutée... ».

« Maintes choses, dans lesquelles nous ne pouvons entrer, ont concouru à opérer un changement. Aujourd'hui l'exécutif se considère et est considéré comme représentant plus spécialement l'ensemble du peuple. Le législatif et le judiciaire, par là même qu'ils sont finalement responsables envers le peuple, sont de plus en plus considérés comme obligés à rendre des comptes à l'exécutif. Il rappelle la législature à ses devoirs... Il revoit les décisions des cours par des investigations administratives (1). Et même il obtient pour les commissions administratives quelque chose de très semblable à une *lex regia* romaine, sinon un octroi du pouvoir de faire la loi, au moins le

(1) Allusion, notamment, aux mesures d'application administrative qui ont rendu pratiquement inopérants les arrêts de dissolution prononcés en 1911 contre la *Standard Oil Co* et contre le trust du tabac : WILLIAM E. STEVENS, *A group of trusts and combinations*, 26 *Quarterly Journal of Economics*, 642. Cf. STUART DAGGETT, *Later developments in the Union Pacific merger case*, même revue, XXVIII, 772-794.



pouvoir de la remplir dans ses détails, un pouvoir de donner un contenu défini aux standards légaux qui peut nous mener loin. L'hégémonie de l'exécutif est proche. De même que le XVIII^e et la première moitié du XIX^e ont donné prédominance au législatif et la seconde moitié du XIX^e aux cours, le XX^e siècle non moins clairement repose sur la prédominance de l'administration » (1).

(1) Le professeur JAMES T. YOUNG me semble avoir ramené à leurs exactes proportions les phénomènes de la vie politique contemporaine qui ont suggéré au doyen POUND sa classification tripartite des formes successives de l'organisation constitutionnelle américaine. Il déclare lui aussi, dans la préface de son *New American Government*, que la concentration des pouvoirs au profit de l'exécutif est le « trait saillant » de la structure actuelle des institutions américaines. « Ici, écrit-il, p. 4 et 5, notre pays a tourné le dos aux traditions des temps révolutionnaires et a créé un pouvoir d'un seul homme du type le plus fort. Le président, qui n'était destiné à n'être qu'un agent du Congrès, est devenu le leader de la branche législative en même temps que de l'exécutive. Le président d'aujourd'hui et le président d'il y a un siècle appartiennent à deux types distincts de gouvernement ». Mais M. Young complète et rectifie immédiatement cette première affirmation en signalant, en même temps que l'attention spéciale donnée aux manifestations de l'activité de l'exécutif, comme une autre directive essentielle de sa méthode d'exposition, le remplacement des vieilles controverses de doctrine constitutionnelle par l'analyse des décisions des cours. Il constate ainsi, au seuil même de son livre, que l'autorité judiciaire a conquis, et continue toujours à exercer le contrôle souverain de l'agencement des pouvoirs constitutionnels. Ce qui est vrai, c'est que, parallèlement à l'évolution jurisprudentielle ici retracée, qui a abouti à la soumission du pouvoir législatif à la tutelle légale du judiciaire, et dans le même temps, — au cours de ces trente à trente-cinq dernières années, — s'est produite une évolution de la coutume gouvernementale, arrivée à son point culminant vers la fin de la guerre, qui a fait prendre au président des Etats-Unis une influence de tout premier plan sur la marche de la législation, ou, tout au moins, de celles de ses parties qui intéressent le plus passionnément l'opinion publique. Pendant les trois ou quatre dernières décades de l'histoire politique des Etats-Unis, la

Est-il bien certain que le gouvernement des juges, après un demi-siècle de domination incontestée, soit arrivé au bout de ses forces? Et faut-il croire que cette suprématie judiciaire, dont nous avons suivi la croissance continue depuis 1883, soit sur le point de faire place à la suprématie de l'exécutif? Non. Les affirmations, quelque précises qu'elles puissent être, d'un des représentants les plus considérables de la science américaine doivent être accueillies avec une respectueuse attention, mais non sans examen. Il semble que la puissance de vision à longue distance d'une haute pensée de sociologue et d'historien l'ait soulevé fort au-dessus des réalités de son temps et de son milieu et lui ait donné l'illusion de voir déjà se dessiner dans son propre pays, sous ses yeux, à portée de sa main,

muraille de la séparation des pouvoirs a été si fortement minée de tous les côtés à la fois et l'œuvre des constituants de 1787 y a subi par ailleurs tant de retouches progressives et coutumières, que l'organisme constitutionnel, dont le professeur Young étudiait en 1915 le fonctionnement pratique, était déjà beaucoup plus distant de celui qu'avait observé lord Bryce en 1888, que ce dernier ne l'avait été de l'organisme originaire construit par la Convention de Philadelphie. Et le tableau que M. Young a eu sous les yeux en 1915 a lui-même subi déjà des modifications de quelque importance par l'effet des réactions contre la politique personnelle du président Wilson, des répercussions des 18^e et 19^e amendements ou de l'adaptation successive aux exigences de la guerre et de l'après-guerre. Le chapitre constitutionnel est peut être, de tous les chapitres de la « loi » américaine, celui qui présente le moins de fixité, et la mobilité de cette branche du *case-law* judiciaire, où l'on enregistre des revirements trop marqués pour qu'il soit possible de les dissimuler par le procédé classique des « distinctions », a dû puissamment contribuer à déchaîner le mouvement de discussion critique de la doctrine du *stare decisis*, signalé plus haut (p. 34, note 2) et dont la marche progressive vient de nous être attestée par l'une des lectures (*methods of law-making*) groupées dans le récent livre du doyen Wigmore, *Problems of the law*, New-York, Scribner, 1920.



un troisième système de gouvernement, qu'il juge seul adapté aux besoins d'une société hautement policée (1), et qui existe peut-être déjà dans le devenir, mais dont rien ne laisse présager pour l'instant aux Etats-Unis la réalisation, même lointaine.

Sans doute, pendant la guerre, les pouvoirs coordonnés se sont serrés autour de l'exécutif et se sont fait ses auxiliaires dévoués et obéissants (2). Le judiciaire s'est abstenu de troubler, par l'exercice de son contrôle, l'action de celui qui avait la charge et la responsabilité de la mobilisation des forces nationales. Pendant qu'on est sous les armes, comme le dit un adage souvent reproduit dans les manuels américains de droit constitutionnel, les lois se taisent. Mais cela n'implique pas qu'elles soient abrogées. Le péril extérieur conjuré, les divers départements du gouvernement fédéral ont repris leur indépendance d'allures et nous sentons trop fortement en Europe les répercussions des tiraillements qui se produisent entre eux pour pouvoir fermer les yeux sur le retour à la vie constitutionnelle normale d'avant-guerre.

(1) Cf. en sens inverse, le réquisitoire contre la justice bureaucratique dressé par GEORGE S. COLEMAN, *The public service commissions, dans Some legal phases of corporate financing, reorganization and regulation*, 327-374, spécialement 363 et s.

(2) Cf. HOUGH, *Law in war time*; 31 *Harv. Law. Rev.*, 692-704; EMMET O'NEAL, *Strengthening of power of the executive*, 5 *Virginia Law Review*, 457; CHARLES E. HUGHES, *War powers under the constitution*, 6 *Kentucky Law Review*, 8, *La constitution américaine et la guerre*, *Revue du droit public*, 1917, 595; F. S. ROSENBAUM et J. H. WIGMORE, *The soldier's and sailor's civil rights*, 12 *Illinois Law Review*, 449-481; HENRY HULL, *Some legal aspect of federal control of railroads*, 31 *Harv. L. Rev.*, 860; JAMES W. GARNER, *Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux Etats Unis*, *Revue du droit public*, 1918, 1-54.



En dehors de ces phénomènes passagers, que les nécessités de la lutte extérieure ont suscité dans tous les pays belligérants, on sont donc les faits qui annonceraient la naissance ou l'approche de la suprématie de l'exécutif? Les messages adressés par le chef de l'Etat au Congrès pour lui recommander l'adoption de telle ou telle réforme? Ce n'est pas par cette route constitutionnelle que s'est développée l'influence législative du président, mais par des voies obliques ou souterraines. La fréquence chaque jour croissante depuis trente à trente-cinq ans de l'introduction dans les chambres de projets de loi qui, après avoir été préparés jusque dans leurs détails par le président ou les bureaux de ses administrations, sont ouvertement recommandés comme de provenance gouvernementale, et pour la mise à l'ordre du jour et le vote desquels le président se sert de tous les moyens de pression que lui fournit sa double situation de distributeur suprême des faveurs administratives et de chef de l'un des deux grands partis politiques? L'emploi fait par des hommes d'Etat, comme Cleveland, Roosevelt ou Taft, pour obtenir l'amendement de bills en discussion devant le Congrès, de la menace d'user de leur droit de veto si les projets à l'étude n'étaient pas corrigés dans un sens conforme aux vues de l'exécutif? La prépondérance accordée depuis plus d'un quart de siècle, dans les *platforms* électorales présidentielles, aux promesses de réformes législatives, et les appels énergiques du candidat victorieux au concours de l'opinion publique et de la presse pour imposer la réalisation de cette partie de leurs programmes? L'abandon par les membres du Cabinet de l'attitude de splendide isolement où les hommes de 1787 avait voulu les placer et leurs interventions incessantes pour défendre les intérêts



de leurs départements près des comités législatifs (1) ? Ce sont là, personne ne le conteste, des phénomènes primordiaux de l'histoire politique américaine de la fin du xix^e siècle et du début du xx^e. Mais cette direction de la législation n'est accessible au président que tant qu'il demeure, comme notre premier ministre, le leader du parti dominant dans le Congrès. Ses seules prérogatives de chef de l'exécutif ne sauraient la lui maintenir quand, comme cela est arrivé en 1918, il se trouve en face d'une majorité législative appartenant au parti adverse. C'est là d'ailleurs une participation à la confection des lois à la fois moins générale et moins efficace que celle qui appartient à l'exécutif dans nos régimes parlementaires où les seuls projets de lois qui aient chance d'aboutissement rapide sont ceux qui émanent de l'initiative gouvernementale et où les ministres peuvent défendre eux-mêmes, au cours des discussions devant les Chambres, leurs programmes législatifs contre les tentatives d'amendements, de déformations ou d'ajournement (2). Cette participation intéresse, sans doute, l'exécutif à défendre l'œuvre commune contre le judiciaire. Mais, s'il a pu le faire pendant la guerre, en obligeant les fournisseurs de l'Etat à observer des lois, même déclarées inconstitutionnelles, comme le *Child Labor Law*, c'est uniquement parce qu'il était devenu le principal client des industries nationales. Les

(1) YOUNG, *New American Government*, 46-21, 36-37.

(2) Aussi a-t-on souvent demandé, dans l'intérêt de l'exécutif et en vue de renforcer son action, qu'on abandonne les méthodes souterraines de communication entre lui et le Congrès actuellement en usage et que l'on reconnaisse au président et aux chefs des divers départements le droit de prendre part aux séances des deux Chambres et d'y défendre les projets de loi d'importance générale. YOUNG, *New American Government*, 24.



transformations, qui se sont produites dans les rapports de l'exécutif et du législatif, et qui ont abouti plutôt à l'association et l'interpénétration de ces deux pouvoirs qu'à l'établissement de la domination de l'un sur l'autre, n'ont pas sérieusement ébranlé le contrôle exercé par le judiciaire sur l'activité commune des deux autres branches du gouvernement. Il ne subsiste donc, à l'appui de la thèse de M. POUND, qu'un seul argument, celui qui est tiré des développements récents de la justice administrative.

Mais ces développements n'ont pu se produire qu'avec la tolérance du pouvoir judiciaire et dans la mesure seulement où il n'a pas jugé opportun d'interposer son contrôle de constitutionnalité pour arrêter l'exécution des statuts qui délèguent des pouvoirs de juridiction à des commissions administratives. Ces délégations interviennent pour la mise en œuvre de réglementations policières ou industrielles qui, soulevant inévitablement les résistances et les protestations judiciaires des activités industrielles qu'elles compriment, sont déférées tôt ou tard à l'examen critique des tribunaux. Les cours restent donc maîtresses, grâce au contrôle de constitutionnalité, de doser comme il leur convient la mesure dans laquelle elles admettront la coopération de la justice exécutive (1). Si l'on

(1) La première en date des lois d'Etats, tendant à expérimenter dans un cercle extrêmement modeste la responsabilité forfaitaire des accidents du travail et à paralyser notamment l'application en cette matière de l'exception de « co-service » (G. E. BARNETT, 46 *Quarterly Journal of Economics*, 591-594), — la *Workmen's Compensation Law* du Maryland entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1902 (*Maryland Act of Assembly* 1902, ch. 439) — fut déclarée inconstitutionnelle en 1904 par la *Court of Common Pleas* de Baltimore City, parce que conférant au fonctionnaire chargé d'en diriger l'application « des pouvoirs et des fonctions essentiellement judiciaires » (HOOKSTAD,

va au fond des choses, on peut dire qu'en cette matière, comme en tant d'autres, les législatures proposent et les juridictions disposent. Si, dans un grand nombre de cas, les cours ont consenti à écarter des causes de friction quotidienne entre elles et l'opinion populaire en laissant confier à des bureaux administratifs l'application courante et de première instance de lois sociales ou industrielles, c'est, d'ordinaire, parce qu'elles pouvaient le faire sans rien sacrifier de leur suprématie législative. La plupart des statuts organisant des juridictions bureaucratiques n'ont réussi à passer au crible du contrôle de constitutionnalité que parce qu'ils avaient eu soin de réserver, sur la partie juridique du travail de ces bureaux, un droit de contrôle et de direction au pouvoir judiciaire. Sauf un petit nombre d'exceptions, — j'en ai relevé, chemin faisant, — ils ouvrent, en effet, l'appel aux cours de justice contre les décisions des experts administratifs qui soulèvent des points de droit.

Il y a, à cet égard, un contraste frappant entre la justice administrative américaine et la justice administrative

Comparison of Workmen's Compensation Laws... 6). Et, en présence de la netteté de cette condamnation judiciaire, sans même oser en appeler à la Cour suprême du Maryland, le *State Insurance Commissioner* notifia aux employeurs, qui s'étaient inclinés devant cette expérience, qu'il n'avait plus pouvoir de la poursuivre et que l'autorité de la loi de 1902 avait pris fin (GEORGE E. BARNETT, *The End of Maryland Workmen's Compensation Act*, 19 *Quarterly Journal of Economics*, 320-322). Contre la constitutionnalité de tout statut déléguant à des commissaires ou des bureaux administratifs compétence — même de première instance — pour l'application de lois sociales, les cours pourront toujours, quand elles le jugeront opportun, reprendre l'argument qui, dans l'arrêt de 1904, fut tiré des textes constitutionnels consacrant au profit de tous les citoyens et par conséquent des employeurs, le droit au jugement par le jury civil.



française. Notre juridiction administrative a sa hiérarchie propre, hiérarchie étrangère à celle des tribunaux de droit commun. Elle ne tolère pas la moindre ingérence du judiciaire dans son fonctionnement. Et notre Conseil d'Etats s'est constitué, en face de la jurisprudence judiciaire, un corps absolument indépendant de jurisprudence administrative. Les juridictions administratives américaines, comme l'*Interstate Commerce Commission* ou la *Federal Trade Commission*, travaillent d'ordinaire sous l'œil des juges. Elles ne peuvent écrire leur jurisprudence propre que dans la marge laissée libre par la jurisprudence des cours et sous la réserve des corrections que celle-ci pourra y apporter (1). Les chapitres les plus remarquables de la juris-

(1) RALPH E. HEILMAN, *The development by commissions of the principles of public utility valuation*, dans 28 *Quarterly Journal of Economics*, 269 et 294. Les extensions successives que la juridiction de l'*Interstate Commerce Commission* a reçues du *Hepburn Act* en 1906 (M. F. HAMMOND, *Railway rates theories of I. C. C.*, 25 *Quart. J. Econ.* 3), de la loi Esch-Pommerene en 1917 (G. O. RUGGLES, *Railway service and regulation*, 33 *Q. J. E.* 167) et enfin de l'acte de 1920 rendant à l'exploitation privée les chemins de fer placés pendant la guerre sous la mainmise du gouvernement fédéral (EDGAR J. RICH, *The Transportation Act of 1920*, dans le numéro de septembre 1920 de l'*American Economic Review* et WILLIAM J. CUNNINGHAM, *The Railroads under government operation*, 35 *Q. J. E.* 289) n'ont entraîné aucun relâchement du contrôle judiciaire sur l'exercice de cette juridiction. Elles ont fait brèche dans l'autonomie administrative des Etats et dans le régime du laisser faire économique, mais non pas dans la suprématie du judiciaire. Et l'on peut répéter la même observation pour les *Public Service Commissions*, investies du contrôle, au point de vue notamment de l'établissement des tarifs, sur les distributions d'eau, de gaz, d'électricité, les téléphones, les télégraphes, les tramways et autres services d'utilité publique, qui ont pris un si remarquable développement dans ces dernières années. (WILLIAM G. BUSBY constate, dans les comptes-rendus du dernier Congrès de l'*American Bar Association*, 45 *Reports*, 438, que 47 d'entre



prudence administrative américaine, ceux par exemple qui émanent de l'*Interstate Commerce Commission*, déburent, aussi bien que les chapitres du *common law*, par un préambule de jurisprudence constitutionnelle écrit par les juges et dont le reste du chapitre n'est que le développement.

Pour que la justice administrative put aspirer un jour à supplanter la justice judiciaire, il faudrait d'abord qu'elle devint son égale. Et elle a du chemin à parcourir avant d'atteindre ce résultat. Si l'emploi des standards paraît lui assurer une assez grande liberté de mouvements, il ne faut pas oublier qu'elle ne les applique que sous le contrôle et la tutelle des juges. Et l'on aurait tort de s'imaginer que le maniement des standards soit un privilège exclusivement réservé aux experts administratifs. M. Pound a montré, en des pages profondément pénétrantes, que les cours de justice ont, elles aussi, leurs standards (1) : standard du *due process of law*, standard des limitations d'utilité publique légitimes à la propriété et à l'industrie (*business*) ou à la liberté économique d'un particulier, standard des entraves tolérables à l'opération des obligations et conventions, standard de l'égalité protection des lois. C'est par le canal de ces standards, et non pas de règles et de principes, que les cours ont édifié, et continuent à développer au jour le jour, leur jurispru-

les 48 Etats de l'Union, ainsi que le district de Columbia, Hawaï et les Philippines, ont aujourd'hui des institutions de ce genre). Ce développement n'a pu se produire que grâce à la précaution prise par les législatures d'Etats de respecter, — tout en le réglementant parfois, — l'appel aux cours contre les décisions de ces commissions, au moins dans la mesure où elles portent sur des questions de droit (YOUNG, *New American Government*, 353-354.

(1) XLIV, *Amer. Bar Ass. Rep.*, 457.



dence constitutionnelle. Ces standards sont aussi souples, et même plus souples, que ceux dont disposent les experts administratifs et, à la différence de ces experts, les juges les manœuvrent en toute liberté. Personne, pas même le législateur, n'a qualité pour contrôler et critiquer l'usage qu'ils en font. Car ces standards leur sont tracés par une constitution qu'eux seuls ont le droit d'interpréter, qui s'exprime par leurs bouches et reflète fidèlement leurs convictions morales, économiques et sociales.

Le présent chapitre nous fournit donc l'occasion de vérifier les résultats enregistrés dans notre chapitre VIII et d'en obtenir la preuve au sens mathématique du mot. Les palliatifs, qui ont été apportés ou que l'on a proposé d'apporter au contrôle de constitutionnalité et à la construction judiciaire des lois, nous signalent ceux des points de la citadelle de la suprématie judiciaire qui semblent être relativement les moins inexpugnables. Une inspection attentive de ces positions de moindre résistance démontre qu'elles sont elles-mêmes singulièrement fortes. Après avoir fait le tour de la muraille pour en scruter les fissures, je me demande comment les adversaires de ce système de gouvernement pourraient, sans sortir des voies constitutionnelles, arriver à le détrôner autrement qu'en se glissant comme défenseurs dans la place forte, pour en ouvrir à leurs compagnons d'armes la seule entrée praticable, celle que barre le contrôle de constitutionnalité des lois, on en obtenant des occupants actuels qu'ils consentent à l'ouvrir eux-mêmes.



CHAPITRE XI

LES LEÇONS DE L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

Les pages d'histoire juridique américaine que je viens de retracer fournissent déjà quelques indications utiles sur les réalités sociales, et surtout économiques, qui s'abritent derrière la doctrine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Mais elles nous renseignent beaucoup plus sûrement encore sur les rapports qui existent aux Etats-Unis entre la législation et la jurisprudence au sens français du mot. Et elles peuvent, peut-être, par contre-coup, nous aider à mieux comprendre le mécanisme d'élaboration commun à tous les droits contemporains, y compris les droits codifiés.

SECTION I

Les vertus et les dangers du contrôle judiciaire des lois

Dans l'histoire du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis on distingue deux stades bien tranchés. Pendant la période qui va des origines jusque vers 1883, il n'apparaît encore d'ordinaire que comme l'un des rouages normaux de l'organisation fédéraliste, comme une institution d'arbitrage indispensable pour résoudre les conflits entre le gouvernement fédéral et les gouvernements fédérés tout en maintenant autant que possible la balance égale entre eux. Pendant la période, qui s'étend



de 1883 à l'heure présente, il acquiert en outre une nouvelle et plus grave fonction. Au sein de chaque état comme à l'intérieur du gouvernement fédéral, il devient à la fois et l'organe d'établissement et l'instrument d'exercice de la suprématie politique du pouvoir judiciaire. Il tend à assurer à la plus conservatrice des trois branches du gouvernement les moyens de régler, filtrer et endiguer l'activité des deux autres branches coordonnées, mais surtout de la plus remuante et de la plus audacieuse d'entre elles : la législative(1). L'expérience qui se poursuit depuis une quarantaine d'années aux États-Unis nous éclaire sur le fonctionnement pratique de cette seconde forme du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, — la seule dont il puisse être question dans un état centralisé comme le nôtre, — et nous permet de peser les mérites et les défauts du système de gouvernement dont elle constitue la clef de voûte. En quel sens penche la balance ? Du côté des avantages ou du côté des inconvénients ? C'est là une question que je laisse aux lecteurs le soin de décider. Je leur ai mis sous les yeux les pièces du dossier et, en particulier, les témoignages irrécusables que sont les arrêts constitutionnels des cours de justice américaines. A eux maintenant de juger.

Ceux d'entre eux, qui pensent que la redoutable crise intérieure que nous traversons ne peut être surmontée que par une persistance inflexible dans nos traditions économiques du XIX^e siècle, trouveront dans la méditation de l'exemple américain d'excellentes raisons pour justifier leur croyance instinctive aux vertus du contrôle judiciaire des

(1) FRANK J. GOODNOW, *Private rights and administrative discretion*, 41, *Am. Bar Ass. Reports*, 422.



lois. Ils y puiseront la démonstration par les faits de la parfaite aptitude de cette construction originale de la pratique américaine à nous fournir, par sa transplantation chez nous, le robuste corset de fer qu'ils estiment indispensable pour renforcer les cadres chancelants et crevassés de notre organisation sociale et y refondre les forces indisciplinées, déchainées par les contre-coups de la guerre, qui tendent à les déborder et les faire éclater. Pour défendre l'ordre moral existant contre les défaillances et l'esprit de concession possibles des législatures à venir, on ne saurait, en effet, recourir à des gardiens plus vigilants et plus tenaces que ne le sont les juges. Car les cours de justice reflètent la mentalité moyenne de la profession légale qui, en tous temps et en tous lieux, a toujours été la mentalité sociale la moins perméable aux ferments révolutionnaires ou même réformistes.

C'est ce que constate, en ce qui concerne la profession légale américaine, l'un de ses membres, M. Clarke B. Whittier (1) : « Il n'est guère douteux, écrit-il, que les juristes forment l'un des éléments les plus conservateurs de notre population. Les banquiers, les grands manufacturiers, les capitalistes en général sont naturellement craintifs de changements dont ils ne peuvent prévoir l'effet. Il est presque également naturel que leurs conseillers légaux, placés dans un contact étroit avec eux et apprenant ainsi à voir et à apprécier par leur point de vue, partagent leur conservatisme. Les hommes qui donnent son caractère au barreau américain sont les *legal advisers*. Le reste du barreau suit dans l'ensemble leur direction. En outre, l'entraînement quotidien du juriste, l'éternelle

(1) *Notice pleading* dans 31 *Harvard Law Review*, 501.



chasse au précédent, la grossière flatterie dont le *common law* est l'objet dans les traités de droit vieux ou récents, tout incline le juriste à regarder vers le passé et à se fier à lui uniquement ou, tout au moins, principalement » (1).

Le tableau que M. Whittier dresse pour les États-Unis est vrai pour tout pays. Et il pourrait ajouter que le juriste apporte à la défense de ses dogmes traditionnels d'autant plus d'énergie et d'intolérance qu'il a conscience de lutter, non pas pour la sauvegarde de vulgaires intérêts personnels, mais pour la sauvegarde de sa foi et de son idéal professionnels. Individuellement, des juristes égarés dans les rangs des partis d'avant-garde peuvent se laisser entraîner un instant par l'excitation de la bataille à développer des idées utopiques ou réformatrices. Mais ils ne sont pas plutôt rendus à leurs études professionnelles, qu'ils reviennent d'instinct au culte du traditionnalisme comme à leur vocation corporative et à leur raison d'être sociale. L'influence de l'éducation et de l'environnement, la discipline exercée par la crainte révérentielle de l'opinion des collègues et de celle des fidèles, l'aptitude de l'esprit de corps à plier les nouveaux venus sous sa règle uniforme de conduite se manifestent avec autant d'énergie sur cette prêtrise du droit, qu'est la magistrature, que sur n'importe quel autre clergé. Très démonstratif, à cet égard, est l'exemple américain. Des juridictions d'états ouvertes à l'élection populaire ont déployé dans la lutte contre les audaces de la législation ouvrière et sociale une ardeur au moins égale à celle qu'y apportaient les juridictions

(1) Sur le rôle de l'éducation légale dans ce développement de l'esprit conservateur du juriste, cf. les pénétrantes observations de TH. REED POWELL, *Law as a cultural study*, XLII *Am. Bar Ass. Reports*, 1917, 572-584.



recrutées par la nomination gouvernementale, comme la judicature des Massachussetts ou la judicature fédérale. Les abbés Guitrel de la magistrature américaine ne sont pas plutôt installés sur le banc qu'ils se sentent enveloppés par la grâce sacerdotale et éprouvent le besoin de racheter par l'orthodoxie et la rigidité de leur attitude les concessions au modernisme et les promesses de tolérance qu'il leur a fallu faire pour obtenir l'investiture du chef du parti prédominant et la désignation du suffrage universel. A plus forte raison, peut-on croire que nos juges, s'ils étaient appelés à la même fonction de veilleurs constitutionnels, la rempliraient avec la même vigilance et la même incorruptibilité, eux qui ne risquent pas d'être troublés par le souvenir de promesses électorales ou par les soucis d'une réélection.

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois avec ses deux compléments : la construction des lois à la mode américaine et le gouvernement par injonctions, est sans doute l'instrument de statique social le plus perfectionné auquel on puisse actuellement recourir pour brider l'agitation ouvrière et retenir le législateur sur la pente glissante de l'interventionnisme économique.

Il se recommande tout d'abord, — c'est peut-être son principal mérite, — par ses commodités d'emploi. Toute autre réforme constitutionnelle, qui s'inspirerait des mêmes visées conservatrices et chercherait ouvertement à atteindre les mêmes résultats pratiques, risquerait de se briser devant la résistance indignée des masses populaires. Il serait imprudent de soumettre à l'inspection d'un patient vigoureux et libre de ses mouvements la camisole de force qu'on s'apprête à lui passer. On l'inciterait ainsi à se débattre pour échapper à ses gardiens et peut-être à



se retourner contre eux. La sagesse commande de lui dissimuler la véritable nature du vêtement qu'on s'apprête à lui faire revêtir et de l'envelopper sous une parure aussi séduisante que possible. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois a l'avantage de se présenter, au premier abord, sous des dehors modestes et mesurés qui écartent la défiance de ceux-là même dont il est destiné à mater l'agitation. Si d'aucuns parlent de l'insérer après coup dans notre constitution, c'est par excès de scrupule. A vrai dire, ce n'est pas nécessaire. Car il ne figure nulle part dans le texte officiel de la constitution fédérale américaine. Il s'y est développé comme l'une des attributions naturelles de la fonction judiciaire. Les propositions de loi, introduites en sa faveur devant notre Chambre des députés, n'avaient d'autre but que de rappeler nos juges à l'exercice d'un des devoirs normaux de leur magistrature que, sous l'influence de traditions surannées des temps révolutionnaires, ils se sont déshabitués de remplir. Il ne s'agit pas de retoucher la constitution de 1875, mais de lui donner plus de vie et de réalité en réprimant les violations flagrantes dont ses textes formels pourraient être l'objet.

Ce point de départ admis, il faudra ensuite que le contrôle de constitutionnalité, pour entrer effectivement en action, s'applique, comme le demandaient les propositions Charles Benoist et Jules Roche, à la défense des principes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Car on ne voit guère comment le législateur pourrait violer la constitution, qui n'a pas directement prévu de limites à sa compétence, autrement que par l'intermédiaire des principes de la Déclaration de 1789-1791 considérés comme courant sous toutes nos constitutions et sous-entendus par



elles. Extension qui, à première vue, ne semble pas de nature à inquiéter les éléments évolutionnistes de l'opinion publique, puisqu'elle tend à réaliser plus efficacement la tâche que s'est assignée une association qu'on ne saurait soupçonner de vues exagérément conservatrices, la Ligue des droits de l'homme, et qu'elle vise à transformer le credo politique, dont se recommande cette ligue, en partie intégrante de notre droit positif.

La garde de la Déclaration de 1789-1791 fournira à notre magistrature les mêmes ressources que les *due process clauses* des constitutions américaines ont fournies aux juridictions des Etats-Unis pour l'établissement d'un contrôle sur la rationalité et l'opportunité des lois. Pour en faire sortir, contre la législation ouvrière ou sociale de l'avenir, un faisceau de condamnations constitutionnelles pour cause de violation des garanties promises à la liberté individuelle tout aussi imposant que celui que contient le *case law* constitutionnel américain, elle n'aura même pas besoin de faire subir au mot liberté le travail d'interprétation fécondante auquel ont dû se livrer les juges des Etats-Unis. Car ce travail a été accompli d'avance par l'article 4 de notre Déclaration des droits qui proclame que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et en tire cette conclusion que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a d'autres bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits ». Pour proscrire des réglementations législatives du travail au nom de la protection conférée à la propriété individuelle par les articles 2 et 17 de cette même Déclaration, il lui suffira de s'approprier la signification donnée par les juges américains au terme *property* dans la section 5 du *Bill of Rights*.



et dans les autres *due process clauses*. Pour combattre, en tant que législation de classe, des mesures législatives de protection ouvrière, elle trouvera dans l'article 6 de la Déclaration de 1789-1791 l'exact équivalent de l'argument que les juridictions des Etats-Unis ont tiré de la disposition finale de la section 1 du 14^e amendement à la constitution fédérale sur l'égalité de protection des lois. Et la formule, si générale et si élastique, de l'article 2 de notre Déclaration des droits, qui affirme que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme », permettra à nos juges de glisser, plus aisément encore que ne l'ont fait leurs collègues américains, sous le couvert de la constitution, la défense de la conception individualiste du droit, qui domine nos codes comme elle domine le *common law* anglo-américain, et la proclamation d'un droit naturel supérieur aux prescriptions des législateurs et à l'abri de leurs atteintes.

Le jour où la juridiction française aurait conquis à son tour le contrôle de la constitutionnalité des lois, elle retrouverait donc dans notre Déclaration des droits toutes les pièces constitutives de l'instrument à quatre cordes que j'ai décrit sous le nom de *due process of law* et qui a servi aux juridictions américaines à plier les législatures sous leur suprématie. Le même jeu subreptice et patient des décisions constitutionnelles, qui a permis à la jurisprudence américaine entre 1883 et 1900 d'enserrer la législation dans un réseau chaque jour plus dense de limitations constitutionnelles, permettrait sans doute à la nôtre d'arriver dans le même délai à ligotter aussi solidement le législateur français. Les masses ouvrières, d'abord indifférentes à ce travail d'apparence trop technique de l'in-



interprétation constitutionnelle et rassurées d'ailleurs sur sa destination par les étiquettes flamboyantes, — constitution, déclaration des droits, droits individuels, droit naturel, loi fondamentale du pays —, collées sur le mur de clôture du chantier judiciaire, ne commenceraient sans doute, comme en Amérique, à s'émouvoir sérieusement de la gêne apportée à leur propagande réformatrice par le barrage constitutionnel édifié derrière la palissade de droit naturel, qu'à un moment où ce barrage serait déjà arrivé à un degré de consolidation assez avancé pour résister même à une poussée semblable à celle qui s'est exercée aux Etats-Unis, pendant la seconde décade du *xx^e* siècle, sous la forme de l'agitation en faveur du *recall*.

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est encore plus ténu et qu'insinuant. On peut avec quelque vigilance, — nos législateurs français l'ont montré depuis la Révolution jusqu'à ces temps derniers, — l'empêcher de se glisser dans les constitutions. Mais, quand il y a pénétré, on ne saurait, ni l'y maintenir dans un rôle limité, ni l'en extirper par des voies pacifiques et constitutionnelles. L'exemple américain nous prouve que, dès que ce contrôle cesse d'être un simple ronage de l'organisation fédérale pour devenir un organe de surveillance du judiciaire sur le législatif et l'exécutif, il transforme radicalement la nature même de la constitution qui l'accueille. Aux constitutions rigides bâties par les conventions ou les assemblées constituantes, il substitue des constitutions judiciaires, d'une extrême souplesse, qui s'enrichissent constamment d'éléments nouveaux par le jeu de la litigation constitutionnelle. Ou, pour serrer les faits de plus près, il greffe sur l'antique constitution populaire une constitution judiciaire, plus neuve et plus vivante,



qui peu à peu recouvre et étouffe sous ses frondaisons luxuriantes l'œuvre primitive des constituants.

En donnant aux cours de justice le droit de parler au nom de la Constitution, et par conséquent de la développer et de la compléter, il leur fournit le moyen de surveiller la résistance de chacun des chaînons de la suprématie judiciaire et, dans le cas où l'un d'eux viendrait à céder, de le remplacer par des mailles nouvelles et plus solides. Il les met en état de résister même aux entreprises qui pourraient être tentées pour ébranler la suprématie judiciaire par l'organe officiel de révision de la Constitution. Car il leur confie l'interprétation des lois constitutionnelles élaborées par cet organe d'amendement aussi bien que celle des lois ordinaires et, au contact du contrôle de constitutionnalité, l'interprétation judiciaire prend une telle liberté d'allures qu'elle comporte un véritable pouvoir de destruction et de reconstruction. Nous avons constaté, en effet, qu'avant de servir à métamorphoser les lois votées contre les trusts en armes de combat contre les unions du travail, la construction judiciaire a servi à changer la destination d'un acte constitutionnel, qui avait été adopté dans le but d'élargir les pouvoirs du congrès fédéral au détriment de ceux des législatures d'états, — le 14^e amendement à la constitution fédérale, — et à le transformer en un instrument de soumission des législatures d'états à la tutelle de leurs judicatures respectives et de la judicature fédérale. Et, si la construction judiciaire des lois constitutionnelles, malgré son extraordinaire plasticité, se révélait, dans un cas exceptionnel, impuissante à défendre le pouvoir judiciaire contre les attaques de l'organe officiel d'amendement à la constitution, les cours auraient encore l'ultime ressource de faire sortir de leur



contrôle de constitutionnalité ce dernier corollaire que nous avons vu poindre dans la jurisprudence américaine de ces dernières années, le contrôle de la constitutionnalité des amendements à la constitution.

Mais l'examen des faits historiques que j'ai rassemblés dans cette étude conduira, sans doute, à des conclusions exactement inverses ceux des lecteurs qui considèrent comme dangereux pour un régime d'organisation sociale de n'ouvrir qu'avec trop de discrétion ces soupapes de sûreté que sont les réformes économiques et surtout d'en confier le réglage à ceux des membres de la communauté politique qui, à raison de leur éducation professionnelle et de la nature essentiellement statique de leurs fonctions, sont les moins portés à tolérer des innovations. Ils pourront mettre en doute que la sérénité imperturbable d'attitude et la confiance en l'inviolabilité de ses forces que donne à une aristocratie dirigeante la fermeture automatique de toutes les voies constitutionnelles, que ses adversaires pourraient songer à emprunter pour la combattre ou la contredire, soit vraiment une garantie de stabilité indéfinie pour le régime de gouvernement que cette aristocratie tient en mains. Ils constateront que, si le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois a pu, aux Etats-Unis, résister victorieusement à la tempête de 1911 et des années suivantes, c'est, qu'en dehors de son rôle critiqué et critiquable de frein à la législation sociale, il y remplit des fonctions dont personne ne peut contester l'utilité, soit comme régulateur du régime fédéral, soit pour suppléer à l'absence des protections assurées chez nous aux droits individuels par la théorie de la responsabilité de la puissance publique et par le jeu de notre jurisprudence du contentieux admi-



nistratif (1). Ils feront remarquer que cette institution s'est implantée en Amérique au moment même où s'y manifestaient les premiers développements sérieux de la réglementation législative du travail et de l'industrie et que, l'entrave apportée par elle à la marche de la législation sociale s'étant fait sentir dès le début, les organisations ouvrières elles-mêmes ont dû s'habituer à la considérer comme l'un des résultats normaux du fonctionnement traditionnel de la constitution nationale, tandis que la brusque introduction du veto judiciaire, au moment où la législation ouvrière arrive à sa pleine floraison, dans une constitution, telle que la nôtre, qui jusqu'ici a laissé toute liberté de mouvements à cette branche de la législation comme aux autres, apparaîtrait aux parties organisées du monde ouvrier comme un geste de défi et risquerait d'entraîner de leur part des réactions qui ne resteraient peut-être pas aussi pacifiques que l'a été l'agitation américaine pour le *recall* (2).

(1) Le contrôle constitutionnel des juges apporte plus d'ostentation et plus d'intransigeance que la doctrine française de la responsabilité de la puissance publique à la défense des droits individuels. Mais l'assure-t-il aussi efficacement ? Un expert particulièrement autorisé, le professeur FRANK J. GOODNOW, *Private rights and administrative discretion*, 41 *Amer. Bar Ass. Reports*, 1916, 408-423, se prononce pour la négative : « Une étude, écrit-il, du développement récent de la loi administrative en Europe révélerait ce fait que nous avons beaucoup à apprendre, quant à la protection des droits privés, de pays, comme la France et l'Allemagne, que nous sommes habitués à considérer comme n'ayant pas une sollicitude particulière pour la liberté individuelle. La loi de ces pays n'a pas soumis, il est vrai, d'une manière générale la discrétion législative au contrôle judiciaire. Elle a, en revanche, donné à l'individu une protection contre l'exercice arbitraire de la discrétion administrative que nous cherchons en vain dans notre loi », p. 422-423.

(2) Les difficultés d'une transplantation par voie législative hors



Et, ajouteront-ils, les résultats économiques et moraux qu'on peut attendre du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois sont-ils vraiment tels qu'ils puissent

du sol des Etats-Unis de la méthode originale de défense des situations économiques acquises, qui s'y est implantée par la voie contumière, n'échappent point même aux juristes américains. Elles ont été signalées notamment par M. ORRIS M. CARTER dans un discours qu'il prononçait en 1915 en qualité de président de la section judiciaire de l'*American Bar Association*. Après avoir rappelé l'appréciation, si souvent reproduite de RUFUS CHOATE qui, en 1845 (*The position and functions of the american bar as element of conservatism in the state*, dans *Address and orationes of Rufus Choate*, 5^e édition, p. 433) déclarait que l'établissement par les juges de leur pouvoir d'annuler les lois inconstitutionnelles « constituait un chef-d'œuvre de l'art de l'homme d'état dont un millier d'années ne suffirait pas à épuiser ni révéler tous les bienfaits », M. CARTER remarque : « Et pourtant la doctrine de la *suprématie judiciaire* dans les questions de cette espèce ne s'est pas recommandée aux autres nations. L'Allemagne et la Suisse ont copié divers traits de notre système fédéral, mais n'ont jamais jugé opportun de donner à leurs tribunaux une telle autorité. Au cours de la discussion récente dans le parlement anglais sur le *Home Rule* pour l'Irlande, on a suggéré qu'on pourrait insérer quelque chose comme notre *bill of rights* dans cette législation ; mais cette suggestion s'est heurtée à une forte opposition. On a dit, dans les débats parlementaires et dans la presse, que cette introduction du système américain dans leur gouvernement étoufferait les cours sous la litigation, que les juristes attaqueraient constamment les actes législatifs pour des motifs constitutionnels, que les cours d'Irlande deviendraient, comme celles des Etats-Unis, *les législatures suprêmes pour tout le champ de la vie sociale et économique* : que les juges n'étaient pas préparés pour cette tâche et que quiconque sait comment cette fonction a été exercée aux Etats-Unis conviendra qu'une telle mesure constitutionnelle érigerait la plus irritante des tyrannies » (40 *Am. Bar Ass. Reports*, 872. Cf. COHEN, *International Journal of Ethics*, 1915, p. 489).

La constitution australienne de 1900-1901 qui, sur tant de points, a calqué l'œuvre de la convention de Philadelphie (WISSE, *The Making of the Commonwealth of Australia*, 74-76), s'est préoccupée, elle aussi, d'éviter que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des

faire oublier les risques politiques que comporterait en France l'engagement de pareille aventure? Qu'a-t-il donc donné aux capitalistes américains? Les a-t-il mis définitivement à l'abri des sacrifices pécuniaires et des limitations à leur liberté de régler leurs rapports avec leurs employés que les législations continentales ont imposés aux capitalistes européens? Non. Les nombreuses déclarations judiciaires d'inconstitutionnalité lancées contre les lois sur les accidents du travail n'ont pu que retarder, en moyenne d'une quinzaine d'années, la réalisation de la réforme accomplie chez nous à la fin du XIX^e siècle;

lois, — qui apparaissait comme une conséquence nécessaire de la préférence donnée au fédéralisme du type des États-Unis sur le fédéralisme du type canadien, — ne sortit de son rôle d'arbitrage fédéral pour dégénérer en un instrument d'antiparlementarisme. Elle a, dans ce but, écarté systématiquement de son texte tout ce qui eut pu rappeler les *Déclarations de droits* ou les *Due process clauses* du modèle américain et fournir prétexte aux tribunaux à s'ingérer dans l'examen de la rationalité ou de l'opportunité des lois: W. HAMMONS MOORE, *The constitution of the commonwealth of Australia*, Melbourne, 2^e édition, 1910, p. 68-71; CHARLES GROVE HAINES, *Judicial interpretation of constitution Act of common-wealth of Australia*, 30 *Harv. Law Rev.*, 599-600. De là la liberté, souvent audacieuse, avec laquelle s'est opéré en Australie le développement de la législation ouvrière et sociale. Le *British North America Act* de 1867 a également rejeté de la constitution canadienne toute déclaration des droits, et a ainsi empêché que, sous l'empire de cette constitution, les cours puissent exercer leur contrôle sur la législation dans un autre but que la défense des délimitations de compétence entre la législature fédérale et les législatures provinciales, tracées dans les sections 91 et 92 dudit acte (LEFROY, *Canada's Federal System*, Toronto, 1913, 75-85, 210-223 et *Law of legislative power in Canada*, 1898-1899, 272-288). La forme nouvelle de vérification judiciaire des statuts, qui s'est développée entre 1883 et 1900 dans l'Union nord-américaine, n'a pas réussi à se propager dans les autres rameaux du *common-law*, pas même dans ceux qui ont subi le plus fortement l'attraction de la constitution des États-Unis.

elles n'ont pas réussi à l'empêcher. Il n'y a plus guère aujourd'hui dans l'Union qu'une demi-douzaine d'états qui ne possèdent pas de *Workmen's Compensation Laws*. Encore n'ont-ils échappé au mouvement général qu'à raison de leur faible développement industriel et n'y échapperont-ils pas longtemps (1).

Pour assurer au capitalisme national ce maigre répit d'une quinzaine d'années — et souvent un répit beaucoup plus court, — avant qu'il doive se résigner à subir des sacrifices que l'organisation internationale de la production et du travail rendra tôt ou tard inévitables, va-t-on jeter dans la bataille économique ces trois grandes forces qui conservent encore tout leur prestige et tout leur crédit dans la masse de l'opinion française : la constitution, la loi et l'administration de la justice ? En invitant les juges à glisser dans la constitution, par le canal des *due process clauses* françaises, la doctrine du laisser-faire économique ou les vues de morale sociale prédominantes dans leur milieu, ne risquerait-on pas d'abrégier la vie de cette constitution et de la lier aux destinées d'un parti politique ? En transformant, toujours par le moyen des formules gène-

(1) Qu'il en ait été de même pour la plupart des autres branches de la législation du travail, c'est ce qu'attestaient dès 1911 les chapitres du livre de GEORGE G. GROAT, *Attitude of American courts in labor cases*, 261-340, consacrés à l'étude et au classement des arrêts relatifs à la constitutionnalité des principales catégories de lois ouvrières, qui nous font généralement suivre, au travers de la multiplication croissante des divergences de vues entre juridictions d'états et des *dissents* entre membres d'une même cour, le passage progressif du judiciaire américain d'une attitude primitive d'opposition contre chacune des innovations de la législation sociale à une attitude de tolérance plus ou moins complète. Et ces sacrifices à la pression prolongée de l'opinion populaire ont singulièrement crû en nombre depuis l'époque, déjà lointaine, où M. GROAT procédait à son enquête.

rales de la déclaration de 1789-1791, les conceptions individualistes de nos codes en lois fondamentales et inabrogeables, et en les dressant contre notre législation sociale, notre magistrature n'exposerait-elle pas ces codes à une impopularité plus grande encore que celle qui se dessine à l'heure actuelle dans l'opinion ouvrière américaine contre le *common law*? Ne voit-on pas, enfin, qu'en investissant les cours de justice de la direction supérieure de la politique sociale, et surtout de la politique économique du pays, — ce qui constitue le but et la raison d'être du contrôle judiciaire de constitutionnalité dès qu'il sort du domaine de l'arbitrage fédéral —, on mêlerait inévitablement les juges aux querelles et aux passions de la lutte électorale? Et la croyance des justiciables à l'impartialité des tribunaux dans l'administration courante de la justice ne serait-elle pas fortement ébranlée le jour où les partis, afin d'assurer la réalisation de leurs programmes, devraient travailler à conquérir la prédominance au sein de la cour suprême et où les membres de notre cour de cassation seraient divisés par des conflits d'opinion constitutionnelle ou politique aussi accusés et aussi persistants que ceux qui se sont élevés dans ces dernières années entre les membres de la cour suprême des Etats-Unis?

Même quand on se place sur le terrain de la défense intégrale du régime politique existant, le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois apparaît comme un instrument, d'une incomparable puissance sans doute, mais inquiétant à raison même de son excès de force ou de son automatisme, et d'un fonctionnement dangereux. A plus forte raison, la connaissance des applications pratiques qu'il a reçues dans son pays d'origine fournira-t-elle des motifs décisifs de suspicion à ceux qui pensent que



les transformations produites par la guerre dans l'infrastructure économique de notre société nécessitent des réfections ou des assouplissements correspondants dans l'édifice de nos institutions légales. En ce qui me concerne, j'ai entendu me borner à décrire aussi objectivement que je le pouvais les faits sociaux concrets que recouvre la théorie juridique américaine du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Je me garderai de faire suivre ce dépouillement de textes de conclusions fermes, qui seraient nécessairement subjectives, soit sur la valeur sociale, soit sur l'aptitude ou l'inaptitude à l'exportation de la méthode américaine de gouvernement dont j'ai retracé l'histoire. Ce n'est pas d'ailleurs pour me faire une opinion personnelle sur ce sujet, mais dans un tout autre but que j'ai entrepris l'enquête dont je consigne ici les résultats. Elle ne m'intéresse que comme l'un des préliminaires nécessaires à l'étude d'ensemble des sources du droit américain.

SECTION II

La valeur d'information des statuts américains. — Législation comparée et jurisprudence comparative

Le comparatiste qui, après avoir assisté au dégagement et aux transformations sur le sol anglais du *common law* d'origine normande ou française (1), veut en suivre les ramifications modernes en Angleterre, aux États-Unis et dans les dominions anglais, est arrêté au seuil de ces chapitres contemporains de son étude par cette question

(1) Cf. LAMBERT, *L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, p. 41-44 (*Annales de l'Université de Lyon*, II, 32).



initiale : quelle est la valeur exacte d'information juridique des documents qui se présentent les premiers sous sa main, les statuts ? Les statuts sont, en effet, les seules sources authentiques des droits filiaux du *common law* qui aient trouvé, jusqu'ici, une représentation, je ne dirai pas suffisante, mais du moins d'une relative abondance, dans nos dépôts de livres spécialisés. Nos entreprises collectives de documentation juridique internationale ont été guidées et limitées par la croyance à la toute puissance et à l'aptitude à tout régler d'avance de la législation écrite. Croyance, dégagée par la philosophie sociale de l'époque révolutionnaire et fortifiée par l'ivresse de la codification, qui a dominé tout le xix^e siècle et reste encore aujourd'hui prépondérante chez nous, en dépit de la critique si pénétrante à laquelle l'a soumise François Gény (1). Modelant instinctivement tous les droits étrangers sur l'image que nous nous faisons du nôtre, nous pensions que, pour pénétrer dans l'intimité de ces droits, il suffisait de grouper et d'étudier leurs textes législatifs ou leurs statuts. C'est cette conception du droit comparé, envisagé comme la comparaison des législations écrites actuellement en force officielle, qui nous a valu les précieux *Annuaire de législation étrangère et de législation française* publiés par notre *Société de législation comparée*. C'est elle qui a provoqué la création en 1876 d'un service de la « *Collection des lois étrangères* » au ministère de la justice, sa transformation en 1908 en un *Office de législation étrangère et de droit international* et la fixation de

(1) *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, §§ 35-84 de l'édition de 1899 et les additions de l'édition de 1919, I, p. 193 et s.



ses attributions dans le décret du 22 août 1912 (1). C'est elle qui a dicté le plan primitif d'organisation et le programme de développement de la bibliothèque de cet office (2). Et c'est enfin sous son influence que se sont glissés, dans la partie facultative des programmes de doc-

(1) JOSEPH DUBOIS. *Rapport sur l'organisation et les travaux de l'office de législation étrangère*. Imprimerie nationale, 1920, 14-19.

(2) La comparaison de la seconde édition du catalogue de cette bibliothèque, parue en 1889, et du supplément publié en 1902 affirme la tendance à cantonner de plus en plus étroitement le droit comparé sur le terrain de la pure documentation législative. Le catalogue de 1889 mentionnait dans la bibliographie légale des Etats-Unis, p. 321-372, à côté de textes du *statute law* et d'ouvrages de seconde main — traités, encyclopédies, digests — quelques collections de *law reports* américains, toutes il est vrai un peu trop vénérables et présentant dans leur ensemble l'allure d'un fond de magasin d'antiquariat : collections de reports officiels de la Cour suprême *U. S.* depuis le début de *Dallas* jusqu'à la fin de la 3^e année d'*Howard* (1789-1845) ; doublées par la collection privée de *Curtis* (1790-1854) ; des reports des cours fédérales inférieures s'échelonnant de 1802 à 1845 et quelques rares reports des Cours d'Etat, tous de la première moitié du xix^e siècle, sauf un, pour la Louisiane, descendant jusqu'à 1874. Dans le supplément de 1902, p. 344-369, il n'est plus question de reports, ni des Cours fédérales, ni des Cours d'Etat et l'on y cherche en vain la mention de l'un quelconque des éléments du *National Reporter System*. On enregistre la même constatation en parcourant les chapitres consacrés dans le catalogue de 1889 (p. 390 et s., 470-475, 482-486) et le supplément de 1902 (p. 390-407, 414 et s., 427-430) à l'Angleterre, au Canada et à l'Australie, ou, d'une manière plus générale, à ces pays de *common law* où la jurisprudence des Cours constitue le fond commun du droit, la loi par excellence, la loi sans épithètes. Ni dans l'un ni dans l'autre de ces volumes il n'est même fait allusion à la collection semi-officielle du *Council of law reporting* commencée pourtant dès 1865. Les renseignements donnés dans le rapport précité de M. JOSEPH DUBOIS, p. 21, montrent que la bibliothèque de l'office de législation étrangère s'est notablement enrichie depuis 1902. Mais, ne pratiquant pas le prêt, elle est difficilement utilisable pour la majorité des membres de l'enseignement, pour tous ceux qui professent en province.

torat de quelques-unes de nos facultés, des enseignements de *législation civile comparée*.

L'insuffisance de cette documentation exclusivement législative est déjà apparente, même quand on cantonne le droit comparé dans le cadre vraiment trop restreint que le *Journal de la société de législation comparée* de Londres a si souvent décrit, tout en en signalant l'étroitesse, sous le nom d'*Intelligent Legislation*, c'est-à-dire quand on l'envisage uniquement comme un moyen d'élargir le cercle des suggestions qui s'offrent au législateur national, en lui faisant connaître les solutions que les législations étrangères ont données aux problèmes qui se posent à son étude. Pour renseigner le législateur sur la signification et la valeur des mesures législatives qu'on lui signale, il conviendrait qu'on les lui présentât dans l'encadrement d'institutions nationales qui seul peut permettre de voir si elles sont conditionnées ou non par les particularités économiques ou les traditions légales du milieu où elles sont destinées à s'appliquer. Il faudrait surtout qu'on lui décrivit les expérimentations légales instituées au dehors, non pas sous la forme théorique que le législateur étranger a rêvé de leur donner, mais sous la forme où elles ont été effectivement poursuivies dans la pratique.

L'information purement législative devient encore plus dangereuse et décevante quand on l'applique à l'étude du droit comparé, envisagé soit dans sa fonction commerciale, soit dans sa fonction scientifique.

Dans sa fonction commerciale. Si la société juridique des nations est encore à l'état d'embryon, et d'embryon malheureusement peu vivace, il y a beau temps que la société économique des nations est entrée en pleine adolescence. Les opérations commerciales de grande envergure s'éta-



blissent pour une large part entre gens appartenant à des nationalités différentes. Ceux de nos compatriotes qui s'engagent dans ces transactions internationales auraient grand intérêt à être reuségnés, non seulement sur la solvabilité financière de leurs cocontractants, mais aussi sur leur *solvabilité juridique*, c'est-à-dire sur le traitement que les droits auxquels sont soumis ces cocontractants donneront aux transactions projetées. Une bonne organisation nationale de l'information juridique étrangère devrait permettre aux conseillers légaux de nos commerçants et de nos industriels de leur fournir sur chacun de leurs clients cette *fiche de solvabilité juridique*. J'ai traité jadis trop légèrement cette façon de concevoir l'étude des droits étrangers comme l'accessoire et le prolongement du droit international privé (1). Depuis, je me suis rendu compte que j'en avais sous-estimé la force et je ne me dissimule plus aujourd'hui que, sans ce levier commercial, nous n'aurions aucune chance en France d'obtenir jamais les instruments de travail indispensables à l'étude scientifique du droit comparé.

Sa fonction scientifique. Je l'ai longuement, trop longuement décrite, il y a une vingtaine d'années, dans ma *Fonction du droit civil comparé* (2). Sur ce point, je reste fidèle aux idées que je développais en ces temps lointains. Je suis plus que jamais convaincu que la mission essentielle du droit comparé est une mission de pacification économique et d'entente commerciale internationale; que sa tâche est de combattre, dans la mesure du possible, la diversité des droits qui m'apparaît, en tant qu'elle porte

(1) *Fonction du droit civil comparé*, p. 8-15.

(2) P. 913-927.



sur leurs chapitres commerciaux (1), comme un mal social, comme l'une des forces obscures qui s'opposent à la substitution dans les rapports internationaux de la paix du droit à la paix armée. Je persiste à croire que l'étude comparative des systèmes de droit et des cultures juridiques, qui se partagent la communauté internationale, n'est pas seulement destinée à éclairer par le contraste leurs génies propres, mais a pour but principal de préparer, en les dénonçant, l'élimination des survivances qui fourmillent dans chacun de ces corps de droit et qui, en même temps qu'elles entravent l'adaptation de ces corps de droit aux besoins du temps présent, contribuent à les isoler dans un nationalisme boudeur et aveugle (2).

Je sais bien que c'est là une conception de combat. Mais il y a des formes — et des formes permanentes — du combat social à l'égard desquelles le juriste ne peut pas rester neutre. Ce sont celles qui, de tous temps, ont mis aux prises les avocats du particularisme juridique, particularisme de paroisse ou de clocher, de manoir ou de chatellenie, de comté ou de baillage, puis particularisme provincial ou particularisme d'état, et ceux qui

(1) Il va de soi que c'est par le chapitre des relations commerciales, et non par celui des relations domestiques, que le rapprochement entre les droits a le plus de chances de s'opérer. Et c'est aussi sur ce terrain qu'il est le plus désirable. La méconnaissance de cette donnée élémentaire, si nettement mise en relief par le doyen Wigmore dans la troisième et dernière lecture de son nouveau livre : *Problems of Law*, New York, 1920, peut seule expliquer que l'étude comparative du droit privé n'ait conquis jusqu'ici l'accès, très limité d'ailleurs et quelque peu théorique, de nos programmes universitaires que sous la forme de la législation civile comparée, au lieu d'y pénétrer d'abord, comme il eût été logique, par la voie du droit commercial comparé.

(2) Cf. dans le même sens, R. W. LEE, *Looking forward*, dans 30, *Harvard Law Review*, 1916-1917, 792-800.



travaillaient à fondre ou à unir ces coutumes locales dans des coutumes générales, puis dans des droits à cercle d'application de plus en plus large. Les défenseurs du provincialisme ou du nationalisme juridique font preuve de prudence et de perspicacité quand ils se refusent à sortir de l'horizon borné de leur droit local. Ceux d'entre eux qui se laisseraient entraîner à l'étude comparative des droits, se feraient les complices inconscients de l'entreprise de rapprochement et d'interpénétration entre les droits nationaux que la majorité des comparatistes poursuit volontairement et systématiquement.

À côté de cette œuvre à longue échéance et d'ordre international, le droit comparé a à remplir un rôle moins discuté et plus immédiat de documentation nationale. Les problèmes qui surgissent aujourd'hui dans les branches les plus vivantes du droit, — ceux que soulèvent les transformations dans le mécanisme de la production, de la circulation et la consommation des richesses ou les conditions nouvelles de fonctionnement du travail, de l'industrie et du commerce, — prennent désormais une amplitude mondiale et se présentent sous des formes presque identiques dans tout l'ensemble de la communauté des peuples civilisés (1). Il y a là un faisceau de plus en plus complexe de matières neuves de politique juridique, que le législateur n'aborde d'ordinaire que quand le terrain a déjà été déblayé par l'effort combiné des représentants des classes intéressées et des membres de la profession légale, et sur lesquelles d'ailleurs il ne peut tracer que des directives générales à la pratique. On faciliterait aux

(1) STIRLING TAYLOR, *A new basis for industrial corporations*, dans *Journal of Comparative Legislation*, 3^e série, II, 206-207.



juristes de notre pays l'accomplissement de la tâche qui leur incombe dans l'étude et la solution de ces problèmes juridiques à structure économique internationale, en les tenant au courant du travail poursuivi parallèlement au leur par les juristes des autres nations. Et en présence des conditions économiques où se trouve notre pays depuis la guerre, et par le fait de la guerre, l'expérience juridique américaine est peut-être celle dont la connaissance pourrait leur être le plus profitable.

Les États-Unis d'Amérique ont connu, pendant la douzaine ou quinzaine d'années qui suit la guerre de Sécession, toutes les crises de déséquilibre économique qui sont les lendemains habituels des guerres d'usure et que nous traversons à notre tour : dépréciation d'un papier-monnaie multiplié sans mesure, fuite des espèces monnayées, fléchissement du crédit public sous le poids de la dette de guerre et des pensions militaires, raréfaction de la main-d'œuvre et ralentissement de la production consécutifs à l'énorme destruction d'hommes et de richesses pendant la guerre, crises de vie chère accentuées par l'acaparement et la spéculation qui entraînent à leur tour des resserrements spontanés de la consommation se traduisant en crises passagères de chômage. La patiente description qu'un écrivain qui a vécu, et vécu activement ces heures difficiles, James Ford Rhodes (1), a laissée de la vie sociale américaine pendant cette période, évoque à chaque instant les phénomènes économiques et financiers avec lesquels nous sommes aux prises depuis l'armistice de 1918. Les états ravagés par la guerre et l'Union elle-même ont

(1) *History of the United States from the compromise of 1850 to the final restoration of home rule at the South in 1877*, 7 vol., 1892-1906.



dû procéder, pendant ces années troublées et laborieuses, en même temps qu'à la reconstruction de leur ordre social et économique, à la liquidation difficile, et souvent brutale, de leurs charges de guerre. Ces pages de l'histoire juridique, financière et industrielle américaine, — qui ont été de nos jours minutieusement fouillées par le professeur Dunning (1) ou ses élèves (2) et par nombre de jeunes docteurs de l'université Johns Hopkins (3), — reprennent malheureusement un étrange regain d'actualité pour nous qui avons à notre tour à faire face aux mêmes problèmes (4).

Pendant l'avant-dernière décade du XIX^e siècle, s'est développée progressivement aux Etats-Unis cette concentration des capitaux entre les mains d'un petit nombre de magnats ou de rois de l'industrie, en état d'imposer leur contrôle à une branche du commerce national, qui n'a pu se dessiner chez nous que sous l'influence de l'industrialisme de guerre. Dès 1890, on a vu passer au premier plan de l'actualité législative et judiciaire américaines ce problème

(1) *Reconstruction political and economic, 1865-1877*, tome XXII de *The American Nation*, 1907.

(2) Ces travaux inspirés par le professeur DUNNING, sont rassemblés dans les tomes VII-1, XIII-3, XXXVI-1, LIII, LVIII, LXIV-1 des *Studies in history, economics and public law*, publiés par la faculté des sciences politiques de *Columbia University*.

(3) *Johns Hopkins University Studies in historical and political science*, tomes XXII, XXIII, XXVII, XXVIII, etc.

(4) Les problèmes de reconstruction économique soulevés par la guerre mondiale, quoique se présentant avec moins d'acuité aux Etats-Unis, que chez nous, y sont, aussi bien qu'en Europe, passés au premier plan des préoccupations de l'opinion publique, comme le montrait déjà la bibliographie rassemblée en décembre 1919 par Gordon G. WATKINS, *Labor problems and labor administration in the U. S. during the world war*, t. VIII, 3 et 4 des *University of Illinois studies in social sciences*, 241-244.



de la réglementation des trusts que commence à imposer à l'attention de notre opinion publique l'activité des consortiums commerciaux, dont notre gouvernement a été amené, par les nécessités économiques de la poursuite de la guerre, à encourager, et parfois à provoquer la formation. La bourrasque de 1914-1918, en effritant le crépissage d'autorité de notre vieil édifice administratif, a mis à nu l'armature de bureaucratie incompétente et irresponsable qu'il reconstruit. Au travers des jours de la muraille en ruines on voit s'agiter, tumultueuses et incoordonnées, ces forces vives de restauration que sont les groupements corporatifs : syndicats ouvriers et patronaux, associations de producteurs ou de consommateurs, groupements de techniciens, de fonctionnaires, d'intellectuels. Le bouleversement social causé par la guerre, en remettant en question toutes les situations acquises, a obligé ceux des éléments de la masse populaire ou des classes moyennes, qui étaient restés jusque-là les plus réfractaires au solidarisme, à se serrer, pour résister à l'écrasement économique, autour des associations professionnelles. La substitution des groupes corporatifs aux individus comme cellules de l'organisation économique nationale est déjà devenue un fait assez patent pour que notre législateur ait été amené à en tenir compte, quoique bien timidement encore, dans la loi du 26 avril 1918 sur les sociétés anonymes à participation ouvrière ou dans la loi du 26 mars 1919 sur le contrat collectif de travail. Nos civilistes eux-mêmes commencent à entrevoir que cette transformation de la vie économique va ébranler quelques-uns de leurs dogmes traditionnels et en nécessiter l'abandon ou l'assouplissement.

L'un d'eux, le professeur Gaston Morin, dans une étude



d'une courageuse perspicacité (1), relevait récemment l'impuissance des traditions individualistes du droit civil français à résister à l'évolution naturelle des mœurs qui, dans tous les domaines de l'activité industrielle et commerciale, tend à placer les relations entre individus, seules prévues par nos codes, sous le contrôle de relations juridiques supérieures s'établissant entre groupes corporatifs.

Tous les phénomènes que Gaston Morin rassemble sous ce titre significatif : *La révolte des faits contre le code*, et qu'il signale comme venant d'entrer, ou étant sur le point d'entrer, dans le cercle de vision du juriste français, sont déjà de très vieilles connaissances pour la jurisprudence américaine. Il y a longtemps qu'elle étudie la valeur légale des armes employées, soit par les Unions du travail pour généraliser le syndicalisme et l'imposer à tous les travailleurs, soit par les industriels pour combattre l'Unionisme et lui opposer des mesures de défense patronale collective. Il y a longtemps qu'elle suit et règle le jeu, soit des instruments juridiques inventés par les fabricants et les grossistes pour relever le cours de leurs marchandises et par les ligues de consommateurs pour réagir contre ces causes artificielles de cherté de la vie (2),

(1) *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920.

(2) E. S. ROGERS, *Predatory price cutting as unfair trade*, 27 *Harv. Law. Rev.*, 439 ; W. J. SHRODER, *Price restriction on the resale of chattels*, 23 *H. L. R.*, 59, et les notes anonymes de jurisprudence dans cette même revue, XXX, 68-71 ; XXXI, 298-302 ; XXXIII, 966-968 ; KALES, *Contracts and combinations in restraint of trade*, ch. IV et 31 *H. L. R.*, 493-209 ; R. G. BROWN, *The right to refuse to sell*, 25 *Yale Law Journal*, 49 ; L. MILLER, *The maintenance of uniform resale prices*, 54 *University of Pennsylvania Law Review*, 22 ; G. H. MONTAGUE, *Should the manufacturers have the right to fix selling prices ?* 63 *Annals of american academy of political and social science*, 55 ; TAUSSIG, *Price maintenance*, *American econom.*



soit des formes nouvelles d'organisation, et surtout de réorganisation (1) et de combinaison des sociétés et des ententes industrielles. Il y a longtemps qu'elle examine les conséquences légales d'une transformation du régime capitaliste, qui s'est échelonnée aux Etats-Unis sur une quarantaine d'années, et que la guerre vient de transporter chez nous par une brusque révolution économique. Il n'est pas un seul des problèmes juridico-économiques, qui sont nés ou vont naître de notre organisation sociale d'après guerre, sur lequel l'expérience américaine n'ait constitué, depuis un quart de siècle, un matériel déjà riche de documentation juridique. Documentation qui, si

Review, 1916, 470. H. R. TOSDAL, *Price-maintenance in the Book-trade*, 30 *Quarterly Journal of Economics*, 86-109. Cette jurisprudence apparaît déjà très fouillée et très nuancée quand on la rapproche de notre jurisprudence rudimentaire d'avant-guerre, résumée dans les excellentes notes de PERCEROU, D. 1903. 2. 297; 1912. 4. 33; 1916. 2. 95. L'importance pratique de son rôle est attestée par la place réservée à son exposé dans un livre élémentaire de droit public comme celui du professeur YOUNG *The new american government and its work*, 451-462. Sur la lutte législative et administrative contre la hausse artificielle des cours pendant la guerre et l'après-guerre : F. W. TAUSSIG, *Price-fixing seen by a price-fixer*, 33 *Quar Jour. of Econ.*, 203-241, les articles de GERHARD et de DITTMER dans ce même *Journal*, XXXII, 620-634, XXXIII, 4-70 et la communication de l'avocat-général JOHN C. PRICE, *Living problems*, dans XLIV *American Bar Ass. Reports*, 1919, 474-479.

(1) SAMUEL SPRING, *Upset prices in corporate reorganization*, 32, *Harv. Law. Rev.*, 489, constate que cinquante pour cent des corporations privées américaines sont passées par la réorganisation dans ces vingt dernières années. Aussi le problème de la réorganisation et de sa procédure, ainsi que celui de la surveillance et de la réglementation de l'Etat, sont-ils de ceux qui tiennent le plus de place dans la littérature juridique américaine d'aujourd'hui. Cf. la publication collective : *Some legal phases of corporate financing, reorganization and regulation*, par STETSON, BYRNE, etc. Baker-Voorhis, New-York, 1916.



elle lui était rendue plus accessible, fournirait au juriste français un précieux point de départ pour la poursuite de ses propres investigations sur des terres juridiques restées chez nous à peu près vierges, ou qui n'y ont été que très insuffisamment reconnues et jalonnées.

Les textes législatifs, qui constituent le fond principal de nos collections et de nos bibliothèques, peuvent-ils fournir au droit comparé les moyens de s'acquitter de cette double tâche, commerciale et scientifique? Telle est la question que je désirais élucider dans son application concrète au *statute-law* des États-Unis. Sur ce point ma religion est éclairée et je puis retenir de mon enquête une conclusion ferme, qui s'en dégage sans le secours du raisonnement, ni d'aucune opération subjective de jugement. Le statut américain n'est qu'une expression toujours incomplète, et souvent infidèle ou mensongère, des réalités juridiques.

Tout d'abord, il est destiné à rester à l'état de velléité législative, et de velléité absolument inopérante, quand la censure constitutionnelle des juges l'arrête au passage. Sans doute, ce n'est encore là qu'un accident exceptionnel, et qui ne se produit avec quelque fréquence que dans le domaine de la législation sociale. Mais celles-là même des dispositions législatives qui se cantonnent dans les sphères en apparence les plus techniques et les plus pacifiques du droit privé, n'échappent pas complètement à cette menace. Les deux premiers actes, qui aient cherché à introduire dans la pratique d'états de l'Union les principes généraux du système Torrens, — un statut de l'Illinois de 1895 et un statut de l'Ohio de 1896 — se sont heurtés aux protestations des compagnies faisant le commerce de l'assurance des titres de propriété contre les risques d'in-



validité et des *chercheurs professionnels*, menacés dans leur industrie par un système de publicité des transferts assurant la sécurité et la certitude de la propriété et des droits réels immobiliers. L'un et l'autre ont été déclarés inconstitutionnels (1). Et ceux qui les ont suivis, en assez grand nombre d'ailleurs (2), ont dû, pour conquérir l'entrée en force effective, faire subir des retouches au modèle australien. En 1915, dans le rapport du comité spécial (3) qui avait rédigé le *draft*, bâti sur le type australien, qui est devenu l'*Uniform land registration Act*, adopté par les *Commissioners on uniform state laws*, en août 1916 (4) et proposé par eux, sans grand succès d'ailleurs (5), à l'adoption des états, on signalait encore la crainte des obs-

(1) L'*Illinois Registration Act* de 1895 fut déclaré inconstitutionnel en 1896 dans *People v. Chase*, 165 *Illinois*, 527. La législature de cet Etat s'empressa d'ailleurs de voter en 1897 un nouvel acte tenant compte des objections constitutionnelles des juges. Cet acte a lui-même été, dans quelques-unes de ses dispositions, l'objet d'une série d'attaques constitutionnelles, mais toutes ont été finalement repoussées par la judicature de l'Illinois. L'*Ohio Registration Act* de 1896 s'est heurté au même veto judiciaire dans *State v. Guilbert*, 56 *Ohio St.*, 573. On trouvera une soigneuse analyse des arrêts constitutionnels sur la matière dans l'*American Bar Association Journal*, 1, 3 et s. Cf. CAMERON, *The Torrens-System*, 64, 65, 102 et la note : *The Torrens-System of land title registration* dans *Journal Soc. Comp. Leg.*, N. S., XXXIX, 282.

(2) Dans le numéro d'avril 1917 de *Columbia Law Review*, une note énumérait déjà 14 Etats et deux territoires ayant consacré dans leurs statuts le système Torrens. Ce nombre s'est accru depuis : JOSEPH WARREN, dans 32 *Harv. Law Rev.*, 297.

(3) *American Bar Association Journal*, 1, 1915, p. 3-24.

(4) Texte publié dans *XLI Amer. Bar Ass. Reports*, 428-451.

(5) Le tableau statistique contenu dans le rapport du secrétaire de la Commission pour 1920 (XLV, *Am. Bar Ass. Reports*, 560) — le dernier paru — ne mentionnait encore que trois Etats qui eussent accepté l'*Uniform Land Registration Act*.

tacles constitutionnels comme la principale cause qui avait empêché une plus rapide propagation du système Torrens aux Etats-Unis et le comité s'efforçait de conjurer cette crainte en multipliant les citations d'autorités favorables (1). La première mesure législative prise dans un état à circulation automobile exceptionnellement intense, le Michigan, pour rendre le propriétaire responsable du maniement imprudent de son automobile, même entre les mains de tiers, se heurta aussi à une proclamation d'inconstitutionnalité émise en 1913 à l'unanimité des juges (2). Et un nouveau statut, voté dans le même but en 1915 (3), n'a forcé cette résistance judiciaire qu'en limitant la responsabilité du propriétaire au cas où sa voiture est conduite par l'un des membres immédiats de sa famille, et encore n'a-t-il été validé que par une cour divisée (4).

Beaucoup plus fréquente d'ailleurs que l'échouage sur l'écueil du contrôle de constitutionnalité est l'élimination ou la transformation du statut par le jeu moins bruyant de la construction judiciaire. Et plus nombreux peut-être

(1) L'acceptation du système Torrens par un nombre de plus en plus grand d'Etats ne crée pas entre eux l'uniformité pratique du droit sur ce point, chaque législature en pliant l'application à ses vues particulières et prenant ses dispositions propres pour se garantir contre la critique constitutionnelle de sa judicature. Mais, sous cette réserve, on peut dire que la méthode Torrens tend de plus en plus à devenir un fond de droit commun aux Etats de l'Union nord-américaine et aux dominions anglais. Ce ne sont plus aujourd'hui des motifs d'ordre constitutionnel, mais des préoccupations d'ordre financier; qui arrêtent sa complète généralisation. J. WARREN, 32 *Harv. L. Rev.*, 297.

(2) *Daugherty v. Thomas*, 140 *Northwestern Reporter*, 615.

(3) 1915 *Michigan Public Acts*, n° 302, § 29.

(4) *Hawkins v. Ermatinger*, 179 *Northwestern Reporter*, 249. Cf. la note dans 34 *Harv. Law Review*, 434.



que les statuts paralysés ou limités par une construction consciente et méthodique sont ceux qui glissent d'eux-mêmes sur la surface unie de la jurisprudence et disparaissent sans y laisser de traces. Ce phénomène est particulièrement apparent pour les législations statutaires d'états et s'explique, en partie, par leur verbosité et leur imprécision, par l'entrecroisement anarchique de leurs dispositions, par leur dédain ou leur ignorance de toute technique suivie (1), en partie aussi et surtout par la répercussion des méthodes dominantes de l'éducation légale. Mais le *statute-law* fédéral n'y échappe pas lui-même. Je n'en veux d'autre preuve que les constatations faites par les auteurs de la première édition des *Compiled Statutes of United States* au cours du travail de rassemblement des matériaux contenus dans les trois volumes publiés en 1901. Ils ont rencontré le long de leur route, et à maintes reprises, des statuts fédéraux votés pour compléter ou développer des lois antérieurement abrogées, ou apporter au *common law* des modifications déjà prévues, mais en vain, par des textes antérieurs, ou pour édicter à nouveau des lois existantes, mais oubliées (2). Ce sont là phénomènes de duplication qui rappellent les interminables redites par lesquelles nos capitulaires carolingiens attestaient eux-mêmes leur impuissance à vaincre l'inattention et la force d'inertie des droits populaires (3).

Sans doute, il y a une catégorie particulière de statuts qui échappe d'ordinaire à ces risques d'insuccès ou de

(1) ELMU ROOT. *The layman's criticism of the lawyer*, 39 Am. Bar. Ass. Reports, 392.

(2) Cf. *Brief Making*, 3^e édition, I, p. 21.

(3) Cf. ROSCOE POUND, *The limits of effective legal action*, 3 American Bar Ass. Journal, 55-57.



perversion, parce qu'elle est l'œuvre de l'élite de la profession légale et se borne le plus souvent à préciser les aspirations ou à mettre en œuvre les directives dominantes de la jurisprudence antérieure des cours de justice. Ce sont les statuts qui adoptent les modèles d'actes passe-partout établis par la *Commission on Uniform State Laws*. Les *Uniform Acts* américains (1) sont des documents d'autant plus haute valeur comparative que, par leurs relations avec les actes anglais antérieurs qui se sont propagés dans les dominions et dans le domaine colonial britannique (2), et par l'attraction qu'ils exercent sur le travail des *Commissioners on Uniformity of Legislation* canadiens (3), ils coopèrent souvent à préparer sur certains points l'uniformité de législation, non seulement à l'intérieur des Etats-Unis, mais dans l'ensemble du groupe Anglo-Saxon (4). Mais ceux-là même de ces actes qui se sont imposés à la presque unanimité de l'Union nord-américaine, comme le *Negotiable Instruments Act* et le *Warehouse Receipts Act*, ou à une bonne moitié de cette communauté, comme

(1) Ils ont été rassemblés dans l'édition de CHARLES THADDEUS TERRY, *Uniform Laws in the United States*, New-York, Baker-Voorhis, 1920.

(2) Sir JOHN MACDONELL, *The codification of commercial law of the empire*, *Journal Soc. Comp. Leg.*, N. S., XXXVI, 265-282 et divers articles de la même revue ; N. S., XXXVI, 363 ; 3^e série, I, 255, II, 77, 144-152.

(3) Notes dans *Journal Soc. Comp. Leg.*, 3^e série, I, 143, II, 156.

(4) C'est le résultat qui a été presque complètement atteint, comme le constate notre éminent maître M. LYON-CAEN (48 *Bulletin de la société de législation comparée*, 246-247) par l'*Uniform Negotiable Instruments Law*, calquée sur le *Bill of exchange Act* anglais de 1882. Cf. sir MACKENZIE CHALMERS, *The Hague Conference on bills of exchange*, *Journ. Soc. Comp. Leg.*, N. S., XXIV, 278-284 et XXIX, 570-573.

l'*Uniform Sales Act* ou l'*Uniform Bills of Lading Act* (1), ne sauraient nous dispenser, même pour les états qu'ils régissent et pour les matières qu'ils embrassent, de recourir à des sources d'information complémentaires. Car quelques-uns de leurs textes ont été retouchés par un certain nombre de législatures (2) et surtout soumis à des interprétations variées par les juridictions d'états (3). Et, pour la plupart de ces *Uniform Acts*, nous chercherions

(1) Arrêtés, l'un en 1906, l'autre en 1909, ces deux derniers actes avaient été adoptés l'un et l'autre en 1920 par 23 juridictions législatives sur 53 (XLIV, *Am. Bar Ass. Reports*, 562).

(2) La table placée en tête de la troisième édition du livre de J. D. BRANNAN montre que, sur 52 statuts consacrant le *Negotiable Instruments Act*, 35 y ont apporté des changements. Rares sont ceux, toutefois, qui lui ont fait subir d'aussi nombreuses modifications que les statuts de l'Illinois et du Wisconsin, dont l'un a pratiqué 34 retouches et l'autre 25. La plupart ne lui ont apporté que deux ou trois remaniements, et sur des points de détail.

(3) La tendance de juridictions également souveraines à interpréter les mêmes textes chacune à la lumière de leurs traditions antérieures constitue un très grave obstacle à la réalisation effective de l'uniformité du droit entre Etats ayant adopté sans retouches le même acte modèle. Cet obstacle s'est fait sentir de façon très apparente même en ce qui concerne le *Negotiable Instrument Act*. Et c'est l'influence qu'il a eue sur l'application de cet acte qui a amené l'*American Bar Association* à créer un comité spécial pour chercher les moyens de réagir contre la diversité des interprétations données aux *Uniform Acts* par les décisions judiciaires. Cf. le rapport de cette commission en 1915, 4 *Amer. Bar Ass. Journal*, 24-49, le discours du président CH. THADDEUS TERRY au meeting de 1915, 40 *Am. Bar Ass. Rep.*, 919-948, l'étude de JACOB SIEHERMAN, *Construction of clause in uniform state laws providing for uniformity of interpretation*, 2, *Am. Bar Ass. Journal*, 60-79 et l'article de ANAN RAYMOND, *Suretyship in merchant law*, 30 *Harv. Law Rev.*, 141-158. La question posée dans ces travaux paraît insoluble. Le mal dont ils se préoccupent est la conséquence nécessaire de l'expédient employé pour remédier à l'incompétence du Congrès fédéral.



en vain un tableau d'ensemble de ces variantes législatives et judiciaires, comme celui que nous offre J. Dodge Brannan (1) pour le droit de la lettre de change et du billet à ordre ou, d'une façon déjà beaucoup moins complète, Samuel Willinston (2) pour le droit de la vente commerciale ou Francis Burdick (3) pour le droit des sociétés. En dehors des quatre actes précités, la commission d'uniformité de législation n'a obtenu d'ailleurs qu'un succès très relatif, même sur le terrain du droit commercial (4), et ses efforts, déjà bien peu efficaces dans le domaine des relations domestiques et du droit de la propriété (5), ont franchement échoué quand elle s'est aventurée sur le terrain de l'économie sociale (6). Sauf cette exception pour les quelques chapitres du droit commercial où les *Uniform Acts* ont réussi à se propager, le statut américain n'offre au juriste, qui cherche à se renseigner sur le droit effectivement appliqué aux États-Unis, qu'un instrument fort insuffisant et qui, manié isolément, risquerait dans un grand nombre de cas de le conduire à des

(1) *The negotiable instruments law annotated...*, 3^e édition, Cincinnati, Anderson, 1919.

(2) *The law governing sales of goods... under the uniform sales act*, New-York, Baker-Voorhis, 1909.

(3) *The law of partnership*, 3^e édition, 1917, Boston, Little Brown.

(4) En 1920 son *Stock Transfer Act* avait obtenu 14 adhésions, son *Partnership Act* 12, et son *Limited Partnership Act* 11.

(5) Le plus favorisé de ces actes, le *Family Desertion Act*, qui touche pourtant à une matière sur laquelle il existe un courant accentué de réforme commun à la fois aux États-Unis et aux dominions anglais, n'avait encore été consacré en 1920 que par 12 législatures.

(6) C'est ce que constatait le président de la commission WILLIAM A. BLOUNT au meeting de 1919 (44 *Am. Bar Ass. Reports*, 560), pour les *drafts* de *Child Labor Act* et de *Workmen's Compensation Act*, qui n'avaient été accueillis l'un et l'autre que par quatre États.

conclusions absolument erronées. La méditation des textes du *statute-law* ne nous révélera pas plus les réalités actuelles de la loi américaine que la méditation des Évangiles ou du Qorân ne nous dévoilerait les secrets de la théologie catholique ou les mystères du droit musulman.

L'inaptitude des textes législatifs à exprimer intégralement et fidèlement les réalités du droit est accentuée aux États-Unis par le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Cette institution américaine nous fournit une sorte de miroir grossissant qui nous rend plus sensible l'opération de toute une série de phénomènes qui ne sont pas son œuvre, mais celle de la construction judiciaire. Et la construction, quoique procédant avec moins de franchise et de brutalité là où elle ne peut pas s'appuyer sur le contrôle de constitutionnalité conçu à la mode américaine, se traduit finalement par des effets similaires, quoique d'intensité moindre, soit dans les autres branches du *common law* anglais, soit dans cette législation jumelle du *common law* qu'est le droit écossais. Là aussi il y a des chapitres étendus de la loi coutumière sur lesquels le statut n'a pas même cherché à mordre, et, dans ceux qu'il a entamés ou même recouverts, ses dispositions ont été transformées par le contact et la combinaison avec les règles traditionnelles du *case-law* judiciaire. L'étude de la construction anglo-américaine ne devient-elle pas à son tour une véritable loupe dont le grossissement nous permet d'observer le travail créateur, et souvent aussi déformateur, de notre interprétation judiciaire? Et avons-nous besoin de réfléchir longuement pour comprendre que, même dans nos pays à législations codifiées, la loi qu'appliquent les tribunaux n'est pas écrite toute entière dans les codes ou dans leurs compléments, et qu'elle n'y est



jamais écrite assez lisiblement pour pouvoir être entendue sans le secours de la glose judiciaire ?

La loi du moindre effort, qui domine la science comme toutes les autres branches de l'activité humaine, exigeait que nous passions d'abord par le stade de la législation comparée. Nous avons pu y demeurer tant que notre idéal se bornait à confronter des droits codifiés marqués au coin commun de la culture juridique romaine. L'orientation nouvelle que la guerre a imprimée à nos rapports économiques internationaux nous force à évoluer maintenant vers un stade supérieur des études comparatives pour établir le contact entre notre législation française et ces droits à formation principalement judiciaire que sont tous les rameaux du *common law* anglais. L'heure est venue chez nous où la législation comparée doit faire place à la jurisprudence comparative. Il ne s'agit pas, bien entendu, de substituer à la comparaison des textes législatifs une aussi sèche comparaison des textes judiciaires. Car, pas plus dans les pays de *common law* que chez nous, la jurisprudence des cours n'est la source unique du droit. Elle constitue seulement la pièce d'assemblage qui coordonne le jeu de toutes les autres pièces du mécanisme d'élaboration du droit, l'instrument central qui mélange et dose les éléments apportés, d'une part, par la législation, et, de l'autre, par la pratique extrajudiciaire sous toutes ses formes : la pratique administrative —, dont M. Pound a marqué, quoique avec une pointe d'exagération, le rôle chaque jour croissant —, le *conveyancing* ou la pratique notariale qui exerce sur la jurisprudence en Angleterre et aussi, quoique à un moindre degré, aux États-Unis, une influence plus tyrannique que chez nous, les usages du commerce et des affaires, les statuts et les règles de disci-



pline des groupes sociaux en antagonisme et l'ensemble d'observances économiques ou morales qui constituent en quelque sorte le cordon ombilical par lequel le droit reste constamment uni au milieu social qui l'alimente. C'est en se plaçant à ce point central, à l'endroit où les matériaux, dégrossis par la législation et par la pratique extrajudiciaire, subissent le dernier travail de triage et d'affinage qu'on peut prendre une vue d'ensemble exacte de la physionomie actuelle d'un droit.

Mais la tâche nouvelle, qui s'impose ainsi aux comparatistes français, leur fait sentir le besoin d'une documentation un peu plus variée que celle qu'ils ont pour l'instant à leur disposition. Il est de toute évidence qu'ils ne peuvent être utilement renseignés sur le contenu des jurisprudences étrangères que par la consultation des recueils qui tiennent dans les littératures juridiques du dehors la place correspondante à celle qu'occupent chez nous le *Dalloz*, le *Sirey* et les autres publications qui nous fournissent la connaissance de la jurisprudence nationale. Collections qui, par leur masse et leur allure désordonnée, peuvent au premier abord effrayer le juriste habitué à la clarté et à la légèreté des codes. Mais un peu de persévérance dissipe vite cette impression première d'impénétrabilité. Au bout de quelques semaines de vie au Palais, les étudiants français ont appris à trouver dans nos recueils de jurisprudence les renseignements dont ils ont besoin pour la défense des premières causes qui leur sont confiées. Pour la jurisprudence américaine, ce travail d'initiation au maniement des sources judiciaires semble, à première vue, devoir, à raison de la complexité de ces sources, être beaucoup plus long et beaucoup plus malaisé. Mais il est guidé et abrégé par la mise à la disposition des



débutants de livres, conçus dans un esprit essentiellement pratique, qui leur ménagent la transition de l'enseignement de l'école à l'enseignement de la barre et les habituent à trouver, sans perte de temps, la loi actuellement applicable aux relations juridiques ou aux litiges à l'occasion desquels leurs conseils techniques sont sollicités (1). Tel est l'objet du volume publié en 1909 par l'éditeur de l'*American Law School Review*, Alfred Mason et les professeurs Lile, Redfield, Wambaugh, Sunderland et Cooley sous le titre : *Brief Making and the use of lawbooks* (2). Ce livre, qui comblait une lacune vivement sentie de la littérature de l'éducation légale et qui est arrivé dès 1914 à sa troisième édition, ne fournit pas, sans doute, au comparatiste européen toutes les directions premières qu'il souhaiterait trouver en abordant le sol juridique américain. Il ne lui épargnera pas les tâtonnements dans le rassemblement de sa bibliographie, soit du *statute law*, — surtout des statuts d'états (3) —, soit des monuments.

(1) Le désir de transformer la *chasse aux précédents* en un travail mécanique de manœuvre est devenu la préoccupation dominante de tous les auteurs de répertoires de jurisprudence. Dans des réclames qui s'étalent sur les pages de publicité de diverses revues juridiques, notamment de *Minnesota Law Review*, les éditeurs de *Ruling Case Law* expriment cet idéal en une formule qui pourrait être reprise par tous leurs concurrents : « La loi aussi aisée à trouver qu'un mot dans un dictionnaire ».

(2) Edité par la West Publishing Co, St-Paul, Minnesota.

(3) Le rassemblement des lois fédérales ou d'états sur un chapitre du droit, quelque restreint qu'il soit, constitue une tâche difficile même pour un juriste américain. La difficulté ne tient pas seulement au grand nombre des juridictions législatives existantes. Elle est due avant tout à l'abondance et au décousu de leurs productions. Dans un discours fait au meeting de l'*American Bar Association* en 1914 (39 Reports, 391) le sénateur Elmer Roor constatait que, d'après une statistique établie par la *Library* du Congrès, les législatures fédé-



de la pratique extrajudiciaire. En revanche, il rendra au juriste français, qui veut seulement s'enquérir du dernier état des jurisprudences américaines sur tel ou tel point de droit, exactement les mêmes services qu'un jeune légiste

rale et d'états avaient émis, pendant les cinq années qui vont du début de 1909 à la fin de 1913, 62014 statuts et qu'aucun effort efficace n'avait été fait pour introduire l'ordre et la lumière dans cette masse de textes prolixes, confus et discordants. Il réclamait la généralisation d'une mesure déjà prise dans quelques états, l'établissement près de chaque corps législatif d'une *Reference Library* dotée d'un personnel de bibliothécaires aptes à renseigner le législateur d'état sur le contenu, non seulement des législations voisines, mais aussi de son propre *statute law*, de façon à lui éviter les redites et les contradictions. Plus significatif encore que le témoignage de l'illustre homme d'état américain est celui que fournissait en 1912 M. WILLIAM F. OGBURN dans les pages où il inventoriait les matériaux de sa dissertation : *Progress and uniformity of child labor legislation*, XLVIII, 2 *Columbia Studies in history*, 25. L'auteur déclare s'être efforcé de retrouver toutes les lois d'états sur le travail des enfants qui ont été émises de 1879 à 1910. Il espère que le nombre des omissions sera faible. Mais il n'en peut être sûr. Car il lui a fallu dépouiller 800 à 1.000 volumes de 500 à 600 pages chacun. Et il n'a pu contrôler son propre inventaire qu'à l'aide, d'une part, de la publication annuelle de la *New-York State Library (Comparative summary and index of legislation)* qui ne commence qu'en 1890, et, d'autre part, des compilations de *Labor Laws* publiées de temps à autres par le Bureau du travail du gouvernement fédéral ou ses prédécesseurs qui ne remontent pas au delà de 1892. La seconde de ces catégories de publications n'intéresse que le champ de la législation ouvrière. L'*Index* de la *New-York State Library* a une portée plus générale. Mais les spécialistes compétents lui reprochent des imperfections et surtout des lacunes. (Cf. la note : *Index to American Statutes*, dans *Journal Soc. Comp. Legislation*, N. S. XXXV, 74). Et les documents auxquels il renvoie nous sont pour la plupart inaccessibles. Mais cette difficulté de pénétration du *statute law*, qui existe aussi dans une large mesure pour le juriste américain et à laquelle il se résigne si volontiers, est, — je l'ai suffisamment montré au cours de cette étude, — beaucoup moins regrettable pour nous que l'inaccessibilité actuelle du *Case law* judiciaire.

américain qui s'apprête à faire ses premiers pas dans la pratique. Les compilations de *law reports* et les instruments auxiliaires de consultation de ces recueils, signalés par les auteurs de *Brief Making* comme vraiment fondamentaux, constituent les seules sources où nous puissions puiser une complète compréhension des réalités actuelles de la jurisprudence américaine.

Mais, jusqu'à ces derniers temps, il n'existait en France aucune bibliothèque publique où l'on pût trouver même les plus usuels et les plus récents de ces monuments du droit judiciaire anglo-américain (1). Nous étions dans l'impossibilité de suivre autrement qu'au travers d'ouvrages de seconde main, et par conséquent d'une façon beaucoup trop décousue et surtout beaucoup trop lente, la marche de ces jurisprudences qui évoluent tout aussi vite et aussi profondément que la nôtre, parce qu'elles se trouvent en face des mêmes initiatives législatives et ont à répondre aux mêmes nécessités d'adaptation à des conditions rapidement changeantes de la vie économique et sociale. Nous n'osions même pas essayer de réagir contre cette lacune de notre documentation, parce que nous étions découragés par les statistiques effarantes sur le nombre des *law reports* existants que le petit livre d'introduction à l'étude du droit anglais de Pollock (2) et les *lectures* de John Dillon (3) avaient mises en circulation en France et

(1) Cf. LEVY-ULLMANN dans 48 *Bulletin de la société de législation comparée*, 83.

(2) *First book of jurisprudence*, 1896, p. 295, n° 1.

(3) *Law and jurisprudence of England and America*, 1894, p. 265-266. Les statistiques postérieures sont encore plus terrifiantes que les calculs présentés dans ces livres déjà anciens. JOHN W. DAVIS, *The Case for the case-lawyer* dans 41 *Am. Bar Ass. Reports*, 761, comptait, par exemple, un total de 41.650 volumes de reports américains



qui les chiffraient par de nombreux milliers de volumes. Mais ces statistiques, qui concernent les *law reports* du xix^e siècle ou des temps antérieurs, perdent leur puissance d'intimidation quand on songe que, même en ce qui concerne nos collections de jurisprudence nationale, ce n'est qu'exceptionnellement que nous avons à nous reporter aux volumes qui remontent à plus de vingt ou vingt-cinq ans (1), et quand on se rappelle que les années, pendant lesquelles la possession du texte même des opinions judiciaires est réellement indispensable pour nous tenir au courant de l'état présent du *common law* anglais et de ses filiales, coïncident avec la période où le reportage de loi est arrivé à son organisation la plus méthodique.

Le temps n'est plus où le juriste anglo-américain, pour prendre une vue d'ensemble de la loi judiciaire, devait encombrer son cabinet d'une série de collections de reports sans lien entre elles et se recoupant les unes les autres. Dès 1865 l'Angleterre est arrivée à une concentration du reportage de loi plus grande qu'en France, grâce à l'ins-

à la date de 1916. Cf. NERINCX, *Organisation judiciaire des Etats-Unis*, p. 481-483.

(1) Tout ce qui reste réellement vivant dans la production ancienne de la jurisprudence est analysé et fondu dans les livres de référence et les ouvrages de seconde main. C'est encore plus vrai pour le monde Anglo-Saxon où les dissertations juridiques étendues que sont les *opinions* des juges s'attachent à citer toutes les autorités antérieures et à en reproduire les principaux passages, de sorte que les parties récentes de la jurisprudence renferment le résumé, ou plutôt une série de résumés, de la jurisprudence antérieure. Un spécialiste du reportage de loi, qui a été longtemps l'éditeur en chef des collections du *National Reporter System*, H. E. RANDALL constate dans 5 *Am. Bar Ass. Journal*, 666, qu'il est extrêmement rare qu'on ait à rechercher des cas de loi au delà du début de ces collections, vieilles aujourd'hui d'une quarantaine d'années.



titution du *Council of law reporting* (1). Les *law reports* publiés par cet organe de la profession légale, s'ils paraissent parfois un peu lentement, sont en revanche assez complets, — d'aucuns pensent qu'ils le sont trop — pour satisfaire les curiosités de la moyenne des praticiens du pays, et à plus forte raison les nôtres (2). L'initiative d'une puissante entreprise privée a rendu au juriste américain, — quoique dans des conditions infiniment plus dispendieuses faute de sélectionnément —, les mêmes services de concentration documentaire, en créant de 1879 à 1888 le *National Reporter System* (3) qui, par la combinaison de ses dix collections constitutives, fournit chaque année, sans doubles emplois, la série complète, — beaucoup trop complète, hélas (4) — des décisions écrites des cours fédé-

(1) JOSIAH ODDY, *The public jubilee of law reports* dans *Journal Soc. Comp. Leg.*, N. S., XXXIII, 208-218; POLLOCK, *English law reporting*, XXIX, *Law Quarterly Review*, 451-460.

(2) Pour combattre les vœux de quelques uns de ses compatriotes en faveur de la transplantation aux Etats-Unis de la méthode de sélectionnément des *law reports* pratiquée en Angleterre depuis 1865, E. H. RANDALL, 5 *Am. Bar Ass. Journal*, 673, invoque que la limitation du nombre des cas reportés par l'*Incorporated Council of law reporting* a entraîné la persistance, à côté de son recueil, de trois collections privées. Mais, si ces publications concurrentes se sont maintenues, c'est plutôt à raison de la rapidité de leur information que pour répondre à un besoin d'élargissement du cercle final de cette information.

(3) Sur l'histoire et le mécanisme du *National Reporter System*: cf. *Brief Making*, I, 33-41, 441-447.

(4) C'est sans doute au large rôle que le reportage officiel de loi a tenu, et tient encore, aux Etats-Unis qu'est due l'absence de toute sélection dans les matériaux reportés. Un reporter, qui travaille sous la tutelle de la Cour, ne peut pas faire un choix entre les sentences de celle-ci et rejeter celles qui ne font que reproduire des solutions devenues banales. L'attachement aveugle du reportage privé aux traditions du reportage officiel contribue, tout autant que la verbosité



rales et des diverses judicatures d'états. L'usage s'est de plus en plus généralisé dans la doctrine américaine de citer les arrêts au travers de cet ensemble de collections ou, tout au moins, de faire suivre la citation du report officiel de l'indication du volume et de la page du *National Reporter System* où le report est reproduit. M. Brannan a pu donner un commentaire absolument exhaustif du *Negotiable Instruments Act* (1) et le doyen Wigmore a pu écrire le chef-d'œuvre de la littérature contemporaine du droit privé américain, dans ses cinq puissants volumes sur la théorie de la preuve (2), sans aller chercher l'expression de la jurisprudence actuelle des Etats-Unis en dehors des textes du *National Reporter System* (3). Pour être en état de se renseigner sur des points de loi américaine, il suffirait donc au juriste français d'avoir accès à ce faisceau des collections du *National Reporter System*, ne fût-ce qu'au travers de celles de leurs parties qui couvrent le xx^e siècle, et d'être guidé dans leur utilisation

des opinions judiciaires et la diversité des jurisprudences d'Etats, à expliquer les proportions excessives que conservent encore les *law reports* américains même sous la forme concentrée du *National reporter system*. Des tentatives ont bien été faites par des statuts du Kentucky et du Nebraska pour écartier des reports de leurs Etats la masse terriblement encombrante des *opinions* judiciaires données d'intérêt réel. Mais ces tentatives ne paraissent pas avoir été couronnées de succès. Cf. E. H. RANDALL, 5 *Am. Bar Ass. Journal*, 670-674.

(1) Cf. la préface de la troisième édition son *Negotiable instruments law annotated*.

(2) *A treatise of the system of evidence in trials at common law*, tome I, p. LV ; tome V, préface, p. 45.

(3) Sauf, bien entendu, pour les territoires non convertis par ces collections. E. H. RANDALL, *l. c.*, 666, constate que, si le juriste américain a dans sa bibliothèque les reports officiels de son propre Etat, il ne connaît d'ordinaire la jurisprudence des Etats voisins que par l'intermédiaire du *National Reporter System*.

par les éléments les plus récents de l'*American Digest System* (1).

Dans une brochure publiée dans les premiers jours de 1919 et où j'exposais, au nom de la faculté de droit de Lyon, les raisons qui lui faisaient souhaiter l'organisation, au profit de ses étudiants, d'un enseignement de l'histoire comparative du droit et de la législation comparée adapté à l'état nouveau de nos relations économiques internationales, je signalais comme le préliminaire indispensable à toute entreprise de ce genre la constitution d'une bibliothèque d'études qui put mettre sous la main des professeurs et des élèves, en même temps que les textes essentiels de l'histoire du droit anglais, les monuments les plus récents et les plus usuels des jurisprudences issues du *common law* et, en particulier, des deux principales d'entre elles : la jurisprudence anglaise et la jurisprudence des Etats-Unis (2). Nous avons pu amorcer cette partie initiale de notre programme de création d'un institut universitaire Lyonnais de droit comparé, grâce à l'aide posthume d'une des plus héroïques victimes de la guerre de 1914-1918, M^e Félix Balaÿ qui, engagé volontaire à cinquante ans passés, est tombé, après une admirable carrière de soldat, sous les balles allemandes et qui, dans son testament, a laissé à la faculté de droit de Lyon un legs destiné à commémorer le souvenir de son fils Pierre Balaÿ, mort lui aussi pour la défense de la France. Ce legs,

(1) Sur la constitution de cette collection d'instruments de dépouillement des *law reports* : cf. *Brief Making*, I, 74-75.

(2) *L'enseignement du droit comparé. Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine* (dans *Annales de l'Université de Lyon*, II, 32), p. 97-113.



augmenté des quelques menus crédits que nous avons pu nous procurer en frappant à diverses portes, nous a permis de créer, dans la bibliothèque de notre *salle de travail de jurisprudence comparative*, l'embryon d'un rayon anglo-américain. Le degré relativement avancé de concentration et de sélection, atteint par la jurisprudence anglaise, nous donne lieu de penser que nous arriverons assez vite, en combinant les ressources de cette bibliothèque d'études et celles de notre bibliothèque universitaire générale, à rassembler les textes essentiels de la loi anglaise contemporaine et leurs instruments auxiliaires de consultation et de dépouillement.

Mais je ne me dissimule plus que si, pour atteindre nos fins, nous ne devons compter que sur le seul concours de nos administrations publiques qui sont aux prises avec une trop rude crise financière pour faire face aux besoins de nos laboratoires et de nos bibliothèques, je risquerais fort de ne pouvoir jamais aborder, ni faire aborder par mes étudiants, l'étude de la jurisprudence américaine sous une forme moins superficielle que celle dont j'ai dû me contenter dans le présent travail, c'est-à-dire autrement que par l'intermédiaire des livres de seconde main mis à notre portée par les hasards de la diffusion dans l'Europe latine de la littérature doctrinale du droit américain. La représentation de cette littérature doctrinale, au moins dans l'une de ses branches, la plus accessible, mais la moins riche, — la littérature des traités de droit, — est déjà à peu près assurée dans nos bibliothèques lyonnaises, grâce à l'apport initial fourni par la distribution entre les universités françaises des volumes du service de guerre de l'*American Library Association*, et surtout grâce au développement méthodique que nous avons pu donner,



par l'emploi du legs Balay, à ce premier fond, rudimentaire et insuffisamment sélectionné. Mais ces *Law Treatises* américains ressemblent beaucoup plus aux travaux extraits de nos répertoires de jurisprudence qu'à ceux de nos livres de droit qui reflètent les tendances généralisatrices de l'enseignement universitaire (1). Ce sont de simples

(1) En 1917, dans un compte rendu bibliographique d'*Harvard Law Review*, XXX, 300, le professeur ZECHARIAH CHAFFEE notait en termes malicieusement caractéristiques cette caractéristique générale de la littérature doctrinale du droit privé Américain. « Si la loi, disait-il, est une science, les *lawbooks* doivent être écrits comme les traités consacrés aux autres sciences, à l'économie, à la politique, à l'éducation, et non comme le *magnum opus* du clergyman dans « *The way of all flesh* » : « Après le déjeuner il se retire dans son étude. Il découpe des petits morceaux de la Bible et les colle avec une propreté esquisse côte à côte. Nous avons une théorie atomique similaire des *lawbooks*, sauf que l'atome, au lieu d'être un verset de l'écriture, est un sommaire d'arrêt. Des sommaires d'arrêts arrangés verticalement font un *digest*. Des sommaires d'arrêts arrangés horizontalement font un *textbook*. Des *textbooks* arrangés alphabétiquement font une encyclopédie. De temps à autre, quelque investigateur désintègre l'une de ces œuvres en ses atomes constitutifs et ajoute quelques sommaires de décisions récentes, agite le tout et nous donne le dernier livre sur la matière. Ainsi se développent nos bibliothèques de droit ». Le tour spirituel donné à cette critique ne saurait nous en dissimuler l'injustice. Il est inévitable que, dans chaque pays, la doctrine juridique s'adapte au tempérament du droit national et à ses méthodes traditionnelles d'élaboration. Un droit d'origine principalement judiciaire et fait, comme le droit anglo-américain, d'une agrégation de cas ou de précédents, ne saurait être présenté, sans qu'on risque d'en dénaturer quelque peu le contenu, sous la forme dogmatique et synthétique qui convient à l'exposition d'un droit de provenance législative, comme le nôtre, et se développant par la mise en œuvre d'un jeu de règles et de principes. Cette allure de recueils d'analyses de cas méthodiquement classés n'est pas d'ailleurs particulière aux travaux consacrés au droit privé américain ; elle se retrouve à un aussi haut degré dans la littérature des chapitres constitutionnels de la jurisprudence des Etats-Unis. Cf. REED POWELL, 33 *Political Science Quarterly*, 1918, 134.



guides dans l'étude du *case-law* qui restent incontrôlables, et souvent incompréhensibles, pour quiconque n'a pas accès aux textes jurisprudentiels qu'ils citent ou analysent. Et les collections du *National Reporter System*, où ces textes se trouvent éparpillés, ainsi que les *Digestes* qui les complètent, représentent une masse encore beaucoup trop volumineuse pour que nos ressources puissent nous permettre, en présence surtout des conditions actuelles du change, de nous en procurer même les parties les plus récentes (1).

(1) Les prospectus de la *West Publishing Co* comptaient pour l'ensemble des collections du *National Reporter System*, 1368 volumes à la fin de décembre 1918. Leur production totale est d'environ 41 volumes par an. Même limité à la partie qui couvre le *xx^e* siècle, le *National Reporter System* représente donc encore une bibliothèque de plus de 800 volumes. Les éléments constitutifs de l'*American Digest System* sont eux-mêmes des répertoires de jurisprudence qui ne conservent plus les proportions inodérées de leurs premiers ancêtres, les *Abridgements* des *Year Books*. La masse ancienne, et déjà désuète, du *Century Digest*, qui analysait toute la jurisprudence antérieure à 1897, s'étendait sur cinquante volumes. Chacun des deux *Digestes décennaux* (1897-1906 et 1907-1916) se répartissent en vingt-cinq volumes et, en annonçant le début de la publication du second, les éditeurs ne garantissaient pas que ce chiffre ne serait pas dépassé. Les *Digestes annuels* (*American Digest: Key number series*) se composent eux-mêmes environ de deux volumes chacun. La marée montante de la masse des *law reports* et des *digests* a de bonne heure préoccupé l'élite de la profession légale. C'est un des premiers problèmes qu'ait abordé l'*American Bar Association* et elle ne l'a jamais perdu de vue. Les travaux annuels de son *Committee on reports and digests* montrent, toutefois, qu'elle n'a obtenu aucun résultat appréciable dans cette direction, et qu'elle n'entrevoit même pas les moyens efficaces d'aboutir. Car, dans ses plus récents rapports, (*Amer. Bar Ass. Journal*, III, 1917, 515-520; V, 1919, 462-467), le Comité n'assigne encore d'autre but à l'action de l'association que la continuation d'une infructueuse propagande près des juges pour les amener à mettre d'eux mêmes un frein à l'abondance de leurs déve-

Seule, l'intensification de l'appui que nous ont déjà spontanément donné d'éminents juristes américains pourrait assurer dans notre bibliothèque d'études une représentation de la loi américaine en correspondance avec le rôle de premier plan que le droit des Etats-Unis est appelé à prendre dans le mouvement général de la jurisprudence comparative. Il y a quelques mois la *Carnegie Foundation* faisait don à la Sorbonne d'une imposante collection de livres rayonnant sur tous les compartiments de la littérature et de la science générales et créait ainsi

loppements oratoires et de leurs citations de précédents. On sent généralement percer dans ses publications la note de résignation que donnent E. H. RANDALL dans le numéro d'octobre 1919 du *Journal* de l'association (V. 663-676) ou JOHN W. DAVIS, *The case for the case-lawyer*, dans les *Reports* de 1916 (XLI, 757 et s.). Ce dernier place sur la bouche d'un juge expérimenté cette description critique de l'influence exercée par la multiplication excessive de ces reports sur la formation professionnelle du barreau : « Il dépeignait, dit-il, le légiste moderne comme un castor légal qui coupe tout le bois, branche ou brindille, qu'il peut découvrir et l'empile sans souci d'ordre d'arrangement ou de résultat architectural, dans le seul espoir que quelque heureuse chance pourra rendre son barrage imperméable au flux juridique ». M. DAVIS déclare ensuite que ce n'est pas par inclination personnelle, mais sous la contrainte de l'environnement et des circonstances, que les juristes américains sont devenus des *case lawyers*, n'envisageant le droit que sous la forme de précédents, et non de principes. Tant que la loi, conclut-il, sera basée sur les précédents, que les juges les multiplieront et que la presse les imprimera, le *case lawyer* devra passer son temps à les collectionner (p. 764). Cette façon mécanique de *trouver la loi* par la simple consultation des *digests* et des *reports* est accessible même aux débutants formés dans les écoles de nuit ou les écoles par correspondance et les plus démunis de culture générale. Mais elle exige la disposition d'un capital de premier établissement. Nous devons nous résigner, pour le moment, à n'entrevoir que fugitivement la jurisprudence américaine au travers de recueils de *Select Cases* et de la dernière série (*A. L. R.*) des textes choisis des *Lawyer's Reports Annotated*.

à Paris un premier foyer permanent d'attraction de la pensée américaine. La jurisprudence des Etats-Unis, déjà si fortement nationalisée sous la diversité apparente de ses quarante-huit rameaux, si passionnante à suivre dans ses efforts tourmentés vers l'uniformité, si riche en expériences hautement éducatives pour les peuples européens, est l'un des produits de la vie intellectuelle nationale qui pourraient le plus puissamment contribuer, par leur diffusion, à maintenir l'expansion scientifique de l'Union au niveau de son expansion économique. Elle mériterait être comprise après-coup dans le travail de propagande éclairée qui vient d'être entrepris au profit de la littérature générale des Etats-Unis. La grande association qui est la gardienne naturelle des intérêts de la science juridique américaine, l'*American Bar Association*, travaille depuis longtemps, de concert avec l'*American Law Schools Association*, à établir la liaison entre le droit anglo saxon et les jurisprudences continentales, en répandant aux Etats-Unis la connaissance des principaux monuments de ces jurisprudences. Elle ne saurait se désintéresser de la seconde partie de cette tâche de rapprochement : l'effort à faire pour propager le rayonnement de la culture juridique américaine au travers des jurisprudences formées à l'école du droit romain (1). Depuis deux ans, elle nous assure le

(1) En 1917 un des meilleurs représentants de la science du droit anglais au Canada conviait ses collègues des Etats-Unis à cette tâche dans un manifeste d'*Harvard Law Review* (XXX, 790 et 800), où je détache les phrases suivantes : « Sur ce continent le *common-law* est trop absorbé dans la contemplation de lui-même. Comme une femme qui s'admire dans la glace, qu'il prenne garde de subir le destin de Narcisse et de mourir d'amour pour lui-même... Notre loi est une des choses que nous avons en commun. C'est une des meilleures choses que nous ayons. Nous l'avons gardée pour nous-mêmes alors



service de ses publications. Tout récemment elle a donné à notre bibliothèque universitaire les très précieuses séries

que nous aurions dû la donner au monde. Est-il trop tard pour changer de voie ? « L'idée a fait son chemin. Elle a été reprise avec plus de précision, mais sous un angle plus étroit, au dernier meeting de l'*American Bar Association* par PH. J. EDER (*Pan-Americanism and the Bar*, 45 *Reports*, 341). « Le légiste américain, disait cet orateur, négligerait son devoir professionnel envers ses clients en ne se préparant pas à s'adapter à l'expansion de notre commerce et à sa position dans le monde... L'horizon du juriste américain doit s'étendre hors de son pays en même temps que les affaires de ses clients. Notre loi américaine doit être une constante source d'inspiration pour les latins d'Amérique et sa diffusion servira notablement la cause du pan-américanisme ». Ces dernières lignes méritent être rapprochées des suggestifs renseignements que les *Reports* de cette même année 1920 donnent sur la pénétration de l'influence des *actes commerciaux* de la *Commission on Uniform State Laws* dans les républiques Sud-américaines. Est-ce au moment où les jurisprudences jusque là restées les plus insulaires sentent elles-mêmes le besoin de s'extérioriser pour suivre l'expansion commerciale de leur pays, que notre enseignement juridique français va se replier sur lui-même ? Et l'heure présente serait-elle bien opportune pour donner suite aux suggestions de la Faculté de droit de Paris (GEORGES RIPERT, *La réforme des études dans les Facultés de droit*, Paris, Renouard, 1921), qui, pour pouvoir modeler en série, et même en une série unique, les esprits de tous les candidats à la licence, quelle que soit la diversité des carrières auxquelles ils se préparent, — propose de débarrasser notre cycle normal d'études d'une bonne part des enseignements de science sociale que la volonté tenace de Liard y avait fait pénétrer, et range parmi les enseignements destinés à être éliminés ou réduits à la portion congrue la plupart des disciplines comparatives : les principes du droit public qui disparaîtraient de la licence, le droit constitutionnel comparé dont le nom est omis, peut-être par mégarde, dans les programmes proposés pour le doctorat, et enfin le droit comparé proprement dit, qui serait réduit à un rôle encore beaucoup plus effacé qu'aujourd'hui et continuerait à n'être toléré que sous la forme anti-que et inoffensive de la *législation civile comparée*. Ce régime de licence rigide serait peut-être approprié aux besoins d'une faculté qui peut sans inconvénients ne se préoccuper, dans la fixation de ses programmes normaux et élémentaires, que de la préparation au barreau



de ses *Reports* et de son *Journal*. Peut-être pourrait-on trouver parmi les onze mille membres de cette puissante société quelques juristes qui, arrivés à l'heure du repos, soient disposés à consacrer les reports et digestes qui ont été leurs instruments de travail à une destination de propagande scientifique américaine. L'*American Bar Association* mettrait enfin le sceau aux services qu'elle nous a déjà rendus en nous prêtant son haut patronage pour obtenir des administrations compétentes l'envoi des *Sessions Laws*

et à la magistrature, parce que ceux de ses étudiants qui s'orientent vers d'autres destinations sont déjà habitués à doubler son enseignement par celui de l'Ecole des sciences politiques. Il ne saurait convenir à la clientèle de nos universités provinciales qui ne bénéficie pas de la même division du travail entre l'enseignement universitaire et l'enseignement supérieur libre. Le maintien du système des cours à option peut seul assurer à la partie de cette clientèle qui se destine aux carrières commerciales ou industrielles, administratives ou coloniales, la culture juridique appropriée aux exigences de ces carrières, qu'elle ne saurait trouver sur place hors de l'Université. Ce système demanderait même à être assoupli encore pour laisser aux facultés, comme celle de Lyon, qui fonctionnent dans des places de commerce international, la possibilité de s'adapter aux besoins du commerce extérieur. Prolifera-t-on de la prochaine refonte de nos programmes pour permettre enfin à une faculté qui souhaiterait le faire, et trouverait le personnel nécessaire pour le faire, de glisser l'histoire comparative du droit comme enseignement à option avec le droit romain et l'histoire du droit français, au gré de l'étudiant, dans la première année de licence ; de mettre en concurrence dans le programme de la seconde année l'enseignement de la théorie des obligations en droit comparé et celui de la théorie romaine des obligations ; et de faire pénétrer cette branche fertile et vivante de la jurisprudence comparative qu'est le droit commercial comparé dans le cadre de la troisième année par la voie d'un cours semestriel à option ? Ou nos habitudes de centralisation à outrance vont-elles, une fois de plus, imposer à toutes les universités de France le régime souhaité par une grande maison d'éducation légale que le voisinage de toute une série d'écoles spécialisées décharge d'une partie des tâches qui incombent aux facultés de province ?



et autres textes du *Statute-Law* et des reports de ces grands organismes fédéraux qui, comme l'*Interstate Commerce Commission*, préparent, par leur jurisprudence administrative, l'extension progressive du droit fédéral.

Les filons d'or juridique et les matériaux d'une valeur d'exemplarité mondiale, que recèlent en si grand nombre les textes complexes et touffus de la loi américaine, y sont enfouis sous une telle masse d'éléments de pur remplissage, que nous risquerions de passer souvent à côté d'eux sans les apercevoir, si nous n'étions guidés par le travail de sélection et de vérification critique que leur ont fait subir les experts nationaux. Mais la majeure partie de cette œuvre de synthèse jurisprudentielle de la science américaine est elle-même éparpillée dans un grand nombre de *Law Magazines*, de publications de sociétés savantes ou de bureaux administratifs, de *transactions* des associations des barreaux d'états et, en particulier, dans ces excellentes revues universitaires de droit dont la multiplication est l'une des conséquences les plus heureuses de la féconde rivalité scientifique et éducative que le régime de la liberté d'enseignement a fait naître entre les grandes facultés de droit américaines. La recommandation du doyen Wigmore près du bureau éditorial nous a fait obtenir une collection à peu près complète d'une des plus considérables, par la valeur de son contenu, de ces revues de facultés, l'*Illinois Law Review*. Grâce au doyen Pound nous avons pu bénéficier aussi, depuis le début de l'année scolaire 1918-1919, du service d'*Harvard Law Review*. Les 31 premières années de cet incomparable recueil nous manquent. Mais, tout au moins, figurent-elles dans deux de nos bibliothèques universitaires provinciales, Aix et Montpellier, où nous pouvons nous les



procurer tome par tome. Nous n'avons même plus cette ressource en ce qui concerne les autres organes des grandes maisons d'éducation légale. En dehors de *Michigan Law Review*, qui se trouve à la bibliothèque universitaire de Toulouse, c'est en vain que nous les chercherions dans l'un quelconque des dépôts de livres avec lesquels nous pratiquons l'échange des prêts. Il en est, comme *Columbia Law Review*, *Yale Law Journal* ou *Minnesota Law Review* que nous n'entrevoyons qu'au travers de rares fascicules ou de tirages à part expédiés par quelques-uns de leurs collaborateurs, et beaucoup d'autres ne nous sont connus que par les renvois faits à leurs travaux dans des recueils plus répandus. Ces revues, à circulation trop étroitement limitée au monde anglo-saxon, ou même américain, contiennent pourtant, à en juger par les extraits ou spécimens qui parviennent jusqu'à nous, des études dont l'intérêt s'étend au delà du cercle du *Common law*. Nous y puiserions certainement bien des matériaux précieux pour la préparation de nos travaux et celle des thèses de doctorat de nos étudiants si leurs éditeurs pouvaient suivre l'exemple de l'*Illinois Law Review* ou d'*Harvard Law Review* en nous consentant, soit le don de leurs collections, soit le service de leurs publications courantes.

Un des maîtres de l'enseignement universitaire Canadien qui, par de nombreux travaux antérieurs, s'est taillé une large place dans la littérature anglaise de la jurisprudence comparative, R. W. Lee conseillait en 1917, dans un éloquent article d'*Harvard Law Review* (1), à chaque

(1) *Looking forward*, tome XXX, p. 798. Dans ce vigoureux plaidoyer en faveur d'un élargissement, dans le sens comparatif et sociologique, des méthodes d'enseignement des écoles de droit américaines, M. LEE développe une conception du droit comparé qui, à beau-



école de droit du continent américain, de chercher une affiliation spéciale avec une ou plusieurs facultés correspondantes des universités européennes, en vue de travailler avec elles au rapprochement scientifique du *Common law* et des législations des pays de droit civil, et de susciter entre les groupes associés une amicale rivalité dans l'adaptation de leurs méthodes respectives d'enseignement tant à leur tâche locale d'éducation civique qu'à leur mission internationale d'organes de développement de la coopération et de la solidarité entre les deux grandes cultures juridiques qui se partagent la direction du monde civilisé : la culture romano-française et la culture anglo-américaine. Si quelque une des grandes universités du nouveau continent songeait un jour à réaliser le vœu du doyen Lee et voulait se créer en pays latin des comptoirs d'échange de la pensée et de l'information juridiques, elle trouverait le terrain déblayé et préparé à Lyon par l'effort d'une organisation, encore embryonnaire, mais qui n'attend pour se développer que d'être moins parcimonieusement alimentée en produits authentiques de la législation et de la jurisprudence américaines (1).

coup d'égards, s'accorde avec celle que j'ai défendue en 1903 dans ma *Fonction du droit civil comparé* et que j'ai reprise depuis dans : *L'enseignement du droit comparé. La coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, p. 82-96.

(1) La stabilité de cette organisation semble garantie par la loi de finances de 1921, où la persévérance du rapporteur du budget de l'I. P., M. Edouard Herriot, a fait inscrire les crédits nécessaires à la création d'une chaire de droit comparé, qui en formera le premier support.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION. — Le réveil des pouvoirs politiques de nos Cours.	4
CHAPITRE PREMIER. — Gouvernement par les juges et gouvernement parlementaire. — Les fondements américains du gouvernement par le judiciaire.	8
CHAPITRE II. — Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois avant 1883	30
CHAPITRE III. — Le développement du contrôle judiciaire sous le couvert des « <i>déclarations des droits</i> »	38
CHAPITRE IV. — Les instruments de la suprématie judiciaire. — <i>Due process clauses</i> . — Jugement de la <i>rationalité</i> et de l'opportunité des lois.	51
CHAPITRE V. — La politique judiciaire et la politique législative.	60
CHAPITRE VI. — La lutte des tribunaux contre la législation sociale	67
<i>Section I.</i> — L'opposition des Cours d'Etat à la législation du travail.	69
<i>Section II.</i> — Une tentative infructueuse pour brider les judicatures d'Etats	76
<i>Section III.</i> — L'attitude de la Cour suprême fédérale à l'égard du contrat collectif de travail. — Les conflits d'opinions constitutionnelles entre ses membres . . .	80
CHAPITRE VII. — La réaction populaire pendant la seconde décade du xxe siècle	92
<i>Section I.</i> — La révocation des juges par le suffrage universel	94



	Pages
<i>Section II.</i> — L'appel au peuple contre les jugements d'inconstitutionnalité	97
CHAPITRE VIII. — La consolidation du gouvernement des juges. — Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des amendements à la constitution	109
CHAPITRE IX. — Un substitut du contrôle de constitutionnalité. — La construction des statuts	130
<i>Section I.</i> — La construction américaine et l'interprétation française.	130
<i>Section II.</i> — L'élimination par construction des lois contre les trusts	138
Paragraphe 1. — La construction de la loi Sherman. — Les étapes de son abrogation judiciaire en tant qu'arme contre les trusts.	140
Paragraphe 2. — Comment la jurisprudence a retourné contre les coalitions ouvrières l'arme forgée contre les coalitions du capital	160
Paragraphe 3. — L'élimination judiciaire des sections 6 et 20 du <i>Clayton Act</i>	166
CHAPITRE X. — Les palliatifs au contrôle judiciaire des lois.	177
<i>Section I.</i> — <i>Advisory opinions</i>	178
<i>Section II.</i> — Les jugements déclaratoires	182
<i>Section III.</i> — L'application administrative et l'application judiciaire du droit	196
CHAPITRE XI. — Les leçons de l'expérience américaine :	220
<i>Section I.</i> — Les vertus et les dangers du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois	220
<i>Section II.</i> — La valeur d'information des statuts américains. — Législation comparée et jurisprudence comparative	236





