

## Les périls de l'assignation d'une doctrine économique à une juridiction constitutionnelle : la Cour suprême américaine pendant « l'ère Lochner »

1. Est-il raisonnable d'évoquer la « doctrine économique » d'une juridiction constitutionnelle ? Ambiguë de prime abord, la formule désigne au moins trois concepts qui méritent d'être distingués.

Le premier renvoie aux sensibilités personnelles, en matière économique, des membres de la juridiction : c'est la doctrine économique comme ensemble de *préférences personnelles* (a.). Il désigne le point de rencontre minimal des représentations partagées en son sein en matière économique – dans l'ordre, par exemple, d'un rejet de l'intervention de l'État dans les affaires économiques, d'une préférence pour une moindre pression fiscale sur les individus et les entreprises, ou, à l'inverse, d'un attachement à une conception extensive de l'État-providence. Ainsi conçue, la « doctrine économique » d'une juridiction constitutionnelle pourrait être identifiée lorsque, par le hasard de sa composition ou au terme de stratégies de nomination bien menées<sup>18</sup>, il existerait une unanimité en son sein – ou, en un sens plus faible, lorsqu'une majorité de ses membres partagerait ces préférences.

Un deuxième concept renvoie à la manière dont sont conçues, au sein de la juridiction, les compétences de cette dernière en matière de contrôle de lois économiques : c'est la doctrine

économique comme manière de faire évoluer ses *compétences institutionnelles* (b.). Se trouve ici désigné un cadre intellectuel commun auquel les juges se réfèrent pour établir, consolider ou modifier les contours de leurs propres pouvoirs lorsqu'ils les exercent en matière économique – ainsi lorsque se trouve théorisée la nécessité pour le juge constitutionnel de s'en remettre aux choix du législateur en matière économique, ou à l'inverse, d'exercer un contrôle plus ou moins approfondi de lois de finances ou de lois tendant à nationaliser ou à privatiser des entreprises. Les rapports préparés par Georges Vedel, au Conseil constitutionnel, à propos de lois de nationalisation en 1982<sup>19</sup>, puis de privatisation en 1986<sup>20</sup>, auxquels l'ouverture des archives du Conseil constitutionnel donne aujourd'hui accès, incarnent par exemple l'effort de doter l'institution de ce type de doctrine.

Un troisième concept renvoie aux fins assignées à la juridiction par ses membres en matière de politique économique : c'est la doctrine économique comme ensemble d'*objectifs politiques* (c.). Le concept désigne l'hypothèse selon laquelle la juridiction se donnerait une ambition précise – contribuer à la croissance économique ou à la réduction du déficit, par exemple –, que pourraient concrétiser des injonctions adressées au législateur. Lorsque Georges Vedel affirme, en 1982, en accord avec ses collègues, que le Conseil constitutionnel devra « indiquer que l'on ne peut nationaliser à jet continu et sans limite »<sup>21</sup>, tout en concédant la difficulté de trouver dans le texte constitutionnel le fondement d'une telle prohibition, il exprime une semblable doctrine.

Quoique ces concepts gagnent à être distingués, les phénomènes auxquels ils renvoient ne sont pas imperméables les uns aux autres. Les préférences personnelles des membres de la juridiction (a.) peuvent peser sur la manière dont ils déterminent les compétences qui lui sont reconnues (b.), ainsi que sur les objectifs de politique économique plus larges qu'ils assignent plus ou moins explicitement à son action (c.). En outre, ces objectifs politiques (c.) peuvent contribuer à expliquer certains mouvements dans les compétences de la juridiction – pour ce qui touche à la matière économique (b.).

2. Ces trois types de « doctrines économiques » étant précisés, il devient possible de scruter leurs manifestations au sein d'une juridiction constitutionnelle déterminée. À cette fin, pour éprouver l'utilité et les limites de ces concepts, il est de bonne méthode de se concentrer sur une juridiction marquée, à un moment précis de son histoire, par une relative homogénéité intellectuelle et idéologique de ses membres en matière économique. Dans les représentations collectives des juristes, une référence s'impose à cet égard : les quatre décennies de « l'ère Lochner » de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, entre 1897 et 1937, du nom d'une décision topique rendue en 1905<sup>22</sup>. Rarement juridiction a été autant assimilée, dans les représentations collectives, à des choix de politique économique. Au nom d'une défense intraitable de la liberté contractuelle, du droit de

(16) H. Butler, « The Manne Programs in Economics for Federal Judges », *Case Western Reserve Law Review*, vol. 50, 1999, p. 351-420, p. 352 pour la statistique.

(17) Ce qui n'a pas empêché Ruth Bader Ginsburg, considérée depuis comme une des juges progressistes, de participer à un de ces programmes de formation des juges fédéraux à l'économie.

(18) V., J. Jeanneney, *Une fièvre américaine. Choisir les juges de la Cour suprême, XVIII<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, CNRS Édition, 2024.

(19) Cons. const. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*.

(20) Cons. const. 26 juin 1986, n° 86-2078 DC, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*.

(21) Cons. const. 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, préc., délibération, séance du 12 déc. 1981, p. 4.

(22) Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

propriété et d'une interprétation restrictive des compétences du Congrès, la Cour a alors invalidé nombre de lois qui, à hauteur des États ou de l'Union fédérale, réglementaient les activités économiques et les relations de travail – jusque pendant le premier mandat de Franklin D. Roosevelt. En raison, notamment, de cette apparente cohérence, le juriste lyonnais Édouard Lambert y a vu la marque, funeste à ses yeux, d'un « gouvernement des juges »<sup>23</sup>.

Même dans une telle configuration, pourtant, l'affirmation selon laquelle la Cour suprême aurait alors eu une « doctrine économique » pose divers problèmes – dans l'ordre de l'existence même d'une telle doctrine et de la possibilité, le cas échéant, de la connaître.

### **L'existence douteuse d'une « doctrine économique »**

3. L'existence même de telles doctrines économiques pendant la période considérée est loin d'être une évidence.

4. Premièrement, l'hypothèse d'une doctrine économique comme ensemble de préférences personnelles des juges (a.) soulève plusieurs difficultés. À la Cour suprême comme dans toute institution composée d'une collectivité d'individus, il est douteux que puisse exister une doctrine unifiée. L'hypothèse d'une vision commune, ou d'un noyau de préférences suffisamment partagées – qui renvoie à l'image d'un « agent collectif »<sup>24</sup> formé par des agents ayant l'intention conjointe d'atteindre un objectif donné – soulève des difficultés bien connues des philosophes et des juristes, du côté du recours, notamment, à une hypothétique « intention » du législateur ou du constituant<sup>25</sup>. La structure des décisions de la Cour suprême, où les dissensus peuvent ne pas être tus, les rapproche sous ce rapport des « travaux préparatoires ». La difficulté frappe particulièrement lorsque la Cour comprend des rédacteurs éloquents d'opinions dissidentes, à l'instar de John Marshall Harlan jusqu'en 1911, souvent qualifié de *great dissenter*, ou d'Oliver Wendell Holmes de 1902 à 1932. Le paradoxe, au moins de prime abord, veut que la période où l'on perçoit rétrospectivement la plus grande cohérence idéologique au sein de la Cour suprême en matière économique ait été l'une de celles où les voix dissonantes aient été les plus brillantes.

La difficulté s'accroît encore si l'on songe à l'existence incertaine de « doctrines économiques » individuelles à la Cour suprême. Il est peu probable en effet que les membres de la Cour suprême aient tous les idées claires en matière économique. Certes, à la faveur de la tendance, inaugurée par l'avocat Louis Brandeis en 1908, consistant à enrichir les mémoires présentés

à la Cour de données empiriques diverses<sup>26</sup>, ils ne sauraient en rester à la seule analyse du droit positif, dans l'ignorance de considérations économiques et sociales plus larges. Néanmoins, les juges ne font guère référence, dans leurs opinions, aux écrits d'économistes. Sans doute sont-ils régulièrement confrontés à des questions de politique économique. De prime abord, leurs décisions manifestent un éventail de préférences susceptibles d'être ramenées schématiquement à une opposition classique entre deux pôles : d'un côté, le libéralisme – souvent qualifié, pendant cette période, de « laissez-faire », en français dans le texte –, ou prescription d'une moindre intervention de l'État, fédéral ou fédéré, dans le marché ; de l'autre, l'interventionnisme, conçu comme l'ambition pour l'État de surplomber le marché, afin de corriger les effets néfastes de son libre jeu – les lois « interventionnistes » ne visant pas, là-bas, à confier à l'État la propriété ou la gestion de moyens industriels et commerciaux, mais à lui permettre d'influencer l'économie afin d'éviter l'écrasement des individus et des opérateurs les plus faibles par les plus puissants d'entre eux, ce qui revient à une « défense administrative d'une économie libérale »<sup>27</sup>, selon une formule d'André et Suzanne Tunc. Il est cependant contestable que ces préférences méritent le titre de « doctrines ».

5. Deuxièmement, l'hypothèse d'une doctrine économique comme manière de faire évoluer ses compétences institutionnelles (b.) provoque elle aussi des débats. Lorsque ces juges font référence – ce qui est rare – à des théories économiques, il s'agit plutôt de critiquer l'adhésion de certains de leurs collègues aux théories économiques libérales de leur temps, au soutien d'une certaine vision des compétences de la Cour en matière économique. Dans l'opinion dissidente qu'il adjoint à l'arrêt *Lochner*, le 17 avril 1905, Oliver Wendell Holmes fustige ainsi l'adhésion de la Cour à « une théorie économique qu'une large partie du pays ne partage pas » ; il juge que le Quatorzième amendement « ne donne pas force de loi à la théorie des équilibres sociaux de M. Herbert Spencer » – au « darwinisme social » ; il considère que nulle constitution n'est « conçue pour incorporer une théorie économique plutôt qu'une autre, qu'il s'agisse du paternalisme, de l'organicisme politique ou du "laissez-faire" »<sup>28</sup>. En 1923, le président de la Cour, Howard Taft, estime qu'il ne revient pas aux juges de la Cour « de déclarer invalides les lois du Congrès simplement parce qu'elles auraient été adoptées pour concrétiser des choix économiques que la Cour jugerait déraisonnables ou hasardeux »<sup>29</sup>.

Sous ce rapport, les prises de position des juges sont généralement comprises à la lumière des compétences évolutives de la Cour. Les pouvoirs de la Cour suprême ont varié au cours du temps, tout comme la représentation que se font ses membres de ces pouvoirs. À supposer même que les juges aient eu une doctrine unifiée et pérenne pendant toute cette période, il est loin d'être certain que les conséquences qu'ils en ont tirées, dans l'exercice du contrôle de la constitutionnalité de lois, aient été cohérentes. L'exemple du grand juge Felix Frankfurter suffit à illustrer cette tendance un peu après la période ici considérée :

(23) É. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921.

(24) V., Ch. List, Ph. Pettit, *Group Agency. The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 33. V. également, Ph. Pettit, « Collective Persons and Powers », *Legal Theory*, vol. 8, 2002, p. 443-470 ; P. Weirich, *Collective Rationality : Équilibre in Cooperative Games*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 135-138.

(25) V., J. Jeanneney, « Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus », *Droit & Philosophie*, vol. 9, 2018, p. 79-119.

(26) Sur le « mémoire Brandeis » présenté dans l'affaire *Muller v. Oregon* (Cour suprême des États-Unis, 208 U.S. 412 [1908]), v. M. E. Doro, « The Brandeis Brief », *Vanderbilt Law Review*, vol. 11, n° 3, 1958, p. 783-799 ; D. E. Bernstein, « Brandeis Brief Myths », *The Green Bag*, vol. 15, n° 1, 2011, p. 9-15 ; N. Morag-Levine, « Facts, Formalism, and the Brandeis Brief : The Origins of a Myth », *Illinois Law Review*, vol. 59, n° 1, 2013, p. 59-101.

(27) A. Tunc, S. Tunc, *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Domat-Montchrestien, 1954, t. 1, « Histoire constitutionnelle », p. 258.

(28) Cour suprême des États-Unis, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), trad. fr. in E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, p. 141-151.

(29) Cour suprême des États-Unis, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

sa défense constante de la retenue juridictionnelle le place à la gauche de la Cour suprême lors de sa nomination, en 1939, près de deux ans après la fin de l'ère *Lochner*, avant de le déporter sur sa droite deux décennies plus tard, pendant « l'ère Warren », parce que l'intervention active – fustigée par certains comme « activiste » – de la Cour a changé de camp<sup>30</sup>. Si l'apparente constance de la Cour suprême pendant l'ère *Lochner* limite la portée de cet argument à l'échelle de l'institution, ce dernier mérite d'être pris en considération à l'échelle de chaque juge.

6. Troisièmement, la doctrine économique comme ensemble d'objectifs politiques (c.) – à quoi se trouvent bien souvent réduites les représentations de « l'ère *Lochner* » – soulève à son tour des difficultés.

D'une part, il faut compter sur l'évolution du contexte économique : en dépit d'une communauté apparente de caractéristiques entre les décisions de la Cour suprême pendant toute la période, dans l'opposition prolongée à toute législation sociale, la question de l'existence d'une doctrine économique de cette institution ne se pose pas de la même manière à la fin des années 1890 – période marquée notamment par l'essor de monopoles dans le rail et par la création d'un droit de la concurrence – et au milieu des années 1930 – moment caractérisé par une croissance substantielle de l'État fédéral en réaction à la crise de 1929. La doctrine économique comme ensemble d'objectifs politiques de ses membres ne peut qu'évoluer pendant la période – si bien qu'il y aurait eu tout au plus *des* doctrines économiques successives à la Cour suprême.

D'autre part, les conditions concrètes d'exercice de la fonction juridictionnelle permettent d'expliquer une évolution profonde dans l'image que se font les juges de leur rôle en matière de politique économique. L'ère *Lochner* s'ouvre quatre ans après l'adoption d'une loi<sup>31</sup> mettant fin à la pratique ancienne qui voulait que les membres de la Cour suprême, dont l'essentiel du temps était consacré à l'exercice de la fonction juridictionnelle fédérale à l'échelle locale, ne rendissent, chaque année, qu'un faible nombre de décisions en son nom. Les juges, qui siègent alors dans une salle du Congrès, ne conçoivent pas leur institution comme un véritable pouvoir – au-delà de l'exercice de leurs strictes compétences. À la fin de la période, à l'inverse, les membres de la Cour, qui disposent désormais d'un immeuble qui leur est propre, où ils siègent à plein temps, sont conscients de la portée pleinement politique de leurs décisions – notamment en matière économique. Le cadre d'expression de tels objectifs politiques s'en trouve modifié.

Pour ces différentes raisons, l'existence d'une doctrine économique de la Cour suprême peut être mise en doute.

### **La connaissance incertaine de la « doctrine économique »**

7. À supposer qu'une telle doctrine existe, il n'est pas certain, en tout état de cause, qu'elle puisse être appréhendée. Certes, la structure des décisions de la Cour suprême, où une place est laissée à l'expression de divergences, en fait, de prime abord, un objet d'analyse de choix. Pourtant, même s'il existait quelque

chose comme une doctrine économique de cette institution – qu'il s'agisse des préférences personnelles de ses membres (a.), des choix qu'ils opèrent quant à ses compétences (b.) ou de leurs objectifs politiques (c.) –, il ne serait pas aisé de l'identifier pour au moins quatre raisons.

8. En premier lieu, on ne saurait ignorer la tendance des juges à occulter leurs opinions en matière économique. Il est certes possible de scruter les opinions individuelles d'un juge en particulier, en se fondant sur les opinions qu'il a rédigées et signées, sur d'éventuelles interventions extrajuridictionnelles, sur des archives personnelles. Ses préférences s'y expriment parfois. En porte trace l'opinion rendue, au nom de la Cour, par Rufus Peckham dans l'arrêt *Lochner* : il y révèle sa sensibilité libérale, son opposition à l'encadrement du travail, sa préférence pour la liberté contractuelle, pour « le droit d'acheter et de vendre le travail »<sup>32</sup>, au détriment d'autres normes constitutionnelles, et rejette l'idée selon laquelle les salariés – en l'occurrence, des boulangers – seraient des « pupilles de l'État » qui auraient besoin d'une loi pour les protéger.

Tous les juges cependant ne sont pas aussi explicites. En effet, même ceux qui ont les idées les plus claires en la matière peuvent avoir tendance, notamment pour des raisons stratégiques, à les garder par-devers eux. Ainsi, les doctrines tendent à être dissimulées. Les juges préfèrent généralement en effet fonder sur des arguments strictement juridiques ceux de leurs choix dont ils savent qu'ils auront des conséquences économiques.

9. En deuxième lieu, la généralisation a toujours ses limites. Une approche possible consiste à rechercher un socle minimal de représentations partagées au sein de l'institution à un instant donné, en imputant au groupe dans son ensemble des préférences apparemment exprimées dans les décisions. Il s'agit alors de restituer une cohérence plus globale – ainsi en qualifiant d'« ère *Lochner* » ou de « *Lochnerisme* » quatre décennies de la Cour suprême. Cela permet de restituer de larges tendances, quoiqu'on perçoive d'emblée les limites scientifiques d'une telle qualification, pour les raisons précédemment identifiées – dans l'ordre, notamment, de la possible évolution des membres, de l'existence de voix divergentes, d'une appréhension plus ou moins fine par les juges des grands enjeux de la théorie économique. Aussi est-ce la voie généralement privilégiée.

Là encore, pourtant, des difficultés apparaissent. Du simple fait que cette opinion ait été majoritaire, peut-on inférer qu'il s'agissait alors des préférences de l'institution dans son ensemble ? Même parmi les juges qui n'ont pas rédigé d'opinion séparée, fût-elle « concordante », certains ont pu voter en faveur de cette solution sans se fonder sur cette même représentation des rapports entre l'État et l'économie. En outre, les opinions des juges étant souvent la seule porte d'entrée vers leur raisonnement, l'observateur risque, en prenant pour argent comptant ce qu'ils y disent, de confondre ce que les juges expriment et ce qu'ils pensent (a.) : si les membres d'une juridiction abstraitement considérée partageaient une sensibilité interventionniste mais qu'ils rendaient une décision conçue comme libérale, ou comme ayant une portée libérale, seule compterait l'impression qu'elle penche du côté libéral (c.).

(30) V., B. Snyder, *Democratic Justice. Felix Frankfurter, the Supreme Court, and the Making of the Liberal Establishment*, New York, Norton & Co., 2022.

(31) *Judiciary Act of 1891* (26 Stat. 826), également appelé « *Everts Act of 1891* ».

(32) Cour suprême des États-Unis, *Lochner v. New York*, préc.

10. En troisième lieu, la connaissance se mue alors bien souvent en création : la quête d'une « doctrine économique » de la Cour suprême correspond tout au plus, dans cette perspective, à la formulation d'une hypothèse raisonnable à propos des préférences abstraites en matière économique que ses membres sont supposés avoir partagées, au moins dans leur majorité, à un instant donné – de quoi peuvent être inférés des objectifs politiques prêtés à l'institution dans son ensemble (c.).

Faut-il abandonner, dans ces conditions, toute prétention à restituer les préférences ou doctrines « réelles » des différents membres de l'institution ? Cela ne conduirait-il pas à modifier les propriétés du concept de « doctrine économique » de la Cour suprême ? Faudrait-il n'y voir qu'une convention, un objet dont l'existence est stipulée, de sorte qu'il n'aurait pas vocation à renvoyer à des données intellectuelles individuelles ou collectives ? Il ne s'agirait alors plus de rendre compte du réel – sinon en des termes fort généraux –, mais de constituer un point de référence auquel seraient attachées des qualités à certaines fins argumentatives. Cela reviendrait à prendre part à une fiction qui contribue à justifier et à légitimer la représentation courante de l'institution juridictionnelle et de ses compétences (b.), celle des normes de référence de son contrôle, qui sont interprétées par elle, ainsi que celle des objectifs politiques que l'on suppose être ceux de l'institution dans son ensemble (c.). Ainsi conçu, un tel concept de « doctrine économique » ne saurait être évalué à l'aune d'une confrontation avec les représentations « réelles » des juges.

11. En dernier lieu, il convient de toujours se prémunir contre le risque que l'appréhension d'une éventuelle doctrine

économique de la Cour suprême soit marquée par certains biais. En effet, cette opération, surtout lorsque s'accroît la distance temporelle, risque d'être partiellement marquée par le contexte dans lequel cette opération est menée. Aussi convient-il de se garder – toujours – d'un risque d'anachronisme. La période actuelle est marquée, aux États-Unis comme en France, par une plus grande sensibilité aux inégalités de revenus et de richesse et par une plus grande défiance à l'encontre du rôle qu'y jouent les juristes. Différents ouvrages récents permettent d'en prendre la mesure – qu'ils défendent que le système juridique dans son ensemble tend à accroître les inégalités<sup>33</sup>, ou que les juridictions constitutionnelles contribuent structurellement à accroître les inégalités<sup>34</sup>, même lorsque les normes constitutionnelles tendraient à réduire les inégalités économiques – à l'instar de la Constitution fédérale de 1787 qui imposerait une redistribution des richesses et la nécessité de lutter contre la concentration des richesses, aux côtés de celle, mieux connue, de lutter contre la concentration des pouvoirs<sup>35</sup>.

12. Quoique se comprenne la tendance habituelle à assigner à la Cour suprême une doctrine économique pendant « l'ère Lochner », des précautions s'imposent donc – au risque sinon, de paraître aller trop vite en besogne. Ces observations, dont beaucoup valent *a fortiori* à propos de juridictions constitutionnelles marquées par une moindre cohérence apparente en matière économique, invitent, en définitive, à ne pas exagérer la portée reconnue au concept de « doctrine économique des juges ».

**Julien JEANNENEY**

(33) V., K. Pistor, *Le code du capital. Comment la loi crée la richesse capitaliste et les inégalités*, trad. fr. B. Mylondo, Le Seuil, 2023.

(34) V., Th. Piketty, *Capital et idéologie*, Le Seuil, 2019.

(35) V., J. Fishkin, W. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution. Reconstructing the Economic Foundations of American Democracy*, Cambridge, Harvard University Press, 2022.