

MAUD MICHAUD

Edward S. Corwin, constitutionnaliste américain

Mémoire de droit public approfondi sous la direction du Professeur Olivier Beaud

Sommaire

Introduction	3
Partie I. Corwin et la nature du constitutionnalisme américain	14
Chapitre 1 : La Constitution comme instrument du pouvoir populaire	15
<i>Section 1 : La critique du symbolisme constitutionnel</i>	15
<i>Section 2 : La promotion d'une Constitution instrumentale</i>	26
Chapitre 2 : La Constitution comme limite opposée au pouvoir gouvernemental	34
<i>Section 1 : Constitution américaine et droit supérieur (« higher law »)</i>	34
<i>Section 2 : Le déclin de la Constitution américaine</i>	40
Partie II: Corwin et la structure du gouvernement américain	46
Chapitre 1 : Une théorie nationaliste du gouvernement	47
<i>Section 1 : Une conception extensive des pouvoirs du gouvernement fédéral</i>	48
<i>Section 2 : Les mérites du fédéralisme coopératif</i>	52
Chapitre 2 : Une approche nuancée de la présidence américaine	55
<i>Section 1 : L'exigence moderne d'une présidence agrandie</i>	55
<i>Section 2 : La présidence agrandie, menace pour le gouvernement limité ?</i>	63
Conclusion	70
Bibliographie sélective	72
I. Écrits d'Edward S. Corwin	72
II. Travaux consacrés à Edward S. Corwin	79

Introduction

Qualifié de « titan » du droit constitutionnel américain¹, de « géant » parmi les commentateurs de la Constitution de 1787², reconnu comme « l'une, si ce n'est la principale autorité du vingtième siècle sur la Constitution »³ et comme « le plus influent des critiques du gouvernement américain de son temps »⁴, Edward S. Corwin (1878-1963) est un auteur essentiel de la doctrine publiciste américaine. À sa mort, il est l'un de ceux les plus souvent cités par la Cour suprême, avec un total de onze références⁵. Richard Loss relève que peu de spécialistes ont vu autant de leurs essais publiés dans les cinq volumes des *Selected Essays in Constitutional Law*⁶.

Né le 19 janvier 1878 près de Plymouth dans le Michigan, Corwin a enseigné pendant plus de quarante ans au sein du département de « *Politics* » de l'université de Princeton⁷. Son intérêt pour le droit constitutionnel apparut alors qu'il étudiait l'histoire à l'université du Michigan. Il fut notamment l'étudiant puis, en 1902, l'assistant du professeur Andrew C. McLaughlin, spécialisé dans l'histoire constitutionnelle des États-Unis⁸. Il obtint son doctorat en histoire en 1905 à l'université de Pennsylvanie, après avoir travaillé sous la direction de l'historien John B. McMaster⁹. Sa carrière à l'université de Princeton débuta en 1905, lorsqu'il intégra le programme dit « des précepteurs » (« *preceptor program* »), initié par Woodrow Wilson. Il devint professeur en 1911, puis « *McCormick Professor of Jurisprudence* » en 1918, succédant à cette chaire à Woodrow Wilson et à William F.

¹« *Edward S. Corwin (1878-1963) ranks among the titans of American constitutional law.* » (Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. CORWIN, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, p. x.)

²« *Edward S. Corwin stands among the giants of American constitutional commentators.* » (Alpheus T. MASON et Gerald GARVEY, « Introduction », in Edward S. Corwin, *American Constitutional History : Essays by Edward S. Corwin*, Alpheus T. Mason et Gerald Garvey (ed.), New York, Harper & Row, 1964, p. ix.)

³« *a, perhaps the, foremost twentieth-century authority on the Constitution* » (Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, p. 17.)

⁴« *the most influential critic of the American government in his time* » (Kenneth D. CREWS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin's Constitution : Essays and Insights of Edward S. Corwin*, Kenneth D. Crews (ed.), New York, Greenwood Press, 1986, p. 3.)

⁵Chester A. NEWLAND, « Legal Periodicals and the Supreme Court », *Midwest Journal of Political Science*, vol. 3 (1959), p. 65.

⁶*Selected Essays in Constitutional Law, 1938-1962*, Committee of the Association of American Law Schools (ed.), St. Paul, West Pub. 1963 ; cite par Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 18.

⁷Pour une biographie de Corwin, voir Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution : a bibliographical analysis*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985, pp. 1-48.

⁸Voir, notamment, Andrew C. MCLAUGHLIN, *A Constitutional history of the United States*, New York, Londres, D. Appleton-Century Co., 1935.

⁹Voir, par exemple, John B. McMASTER, *With the Fathers : Studies in the History of the United States*, New York, D. Appleton and Company, 1896.

Willoughby. En 1924, il accéda à la fonction de premier président du département de « *Politics* ». Il y professait en particulier un cours d'interprétation constitutionnelle que les étudiants décrivaient comme « très difficile » (« *most difficult* »), mais de « très grande valeur » (« *most valuable* »)¹⁰. Il enseigna jusqu'à sa retraite, en 1946, dans cette même université.

S'il n'a jamais écrit l'étude exhaustive sur la Constitution américaine qu'il ambitionnait¹¹, il fut malgré tout un auteur particulièrement prolifique. Dans son analyse bibliographique, Kenneth D. Crews dénombre vingt-trois livres, quatre directions d'ouvrage, trente contributions, cinquante-huit « lettres à la rédaction », cent quatre-vingt-cinq articles et cent cinquante recensions d'ouvrages¹². Toute son œuvre fut consacrée à la Constitution des États-Unis, mais il s'est intéressé à tout le spectre de la discipline du droit constitutionnel qu'il concevait de manière particulièrement large. Il traita tant du *judicial review* que de la présidence et du Congrès, du « fédéralisme dual », des origines et du développement de l'idée de « liberté contre le gouvernement ». Même dans ses premiers écrits qui relevaient en apparence du droit international public, il privilégiait l'étude des implications constitutionnelles de la diplomatie, de la guerre et de la participation des États-Unis aux organisations internationales¹³. Il définit lui-même son approche comme historique, analytique et critique (« *partly historical, partly analytical and critical* »)¹⁴. Elle supposait la mobilisation du droit, de l'histoire, de la science politique et de la philosophie qui ne pouvaient être considérés comme des disciplines isolées¹⁵. Dans une recension d'ouvrage, Corwin reprocha à l'auteur son indifférence à l'égard de l'approche historique qu'il jugeait indispensable à l'étude du droit¹⁶. Nombre de ses écrits traitent d'aspects historiques du droit constitutionnel américain : il est l'auteur d'une biographie de John Marshall¹⁷ et ses premiers

¹⁰Alexander LEITCH, « Corwin, Edward S. », in *A Princeton Companion*, Princeton, Princeton University Press, 1978, p. 119.

¹¹Pour la mention de ce projet, voir Alpheus T. MASON et Gerald GARVEY, « Introduction », in Edward S. Corwin, *American Constitutional History*, op. cit., p. x.

¹²Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, op. cit., pp. 49-189.

¹³Robert E. NEWTON, « Edward S. Corwin and American Constitutional Law », *Journal of Public Law*, vol. 14 (1965), p. 199-200.

¹⁴Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, New York, New York University Press, 1957, 4^{ème} éd., p. vii.

¹⁵Robert E. NEWTON, « Edward S. Corwin and American Constitutional Law », *Journal of Public Law*, vol. 14 (1965), pp. 199-200.

¹⁶« *The main criticism to be levelled at Professor Field's collection is the indifference which it often manifests to the historical approach. Aristotle's admonition, " if you would understand anything, observe its beginning and its development ", applies to the study of the law as perhaps to few other subjects ; and a fortiori, in the case of the American student, to the study of constitutional law. » (Edward S. CORWIN, « Review. A Selection of Cases and Authorities on Constitutional Law by Oliver P. Field », *American Politican Science Review*, vol. 25 (1931), p. 460.)*

¹⁷Edward S. CORWIN, *John Marshall and the Constitution : A Chronicle of the Supreme Court*, New Haven, Yale University Press, 1919.

travaux portèrent sur l'histoire de la diplomatie¹⁸, des pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de relations internationales¹⁹, du *judicial review*²⁰ ou de la doctrine du *due process of law*²¹. Certains de ses articles furent publiés dans l'*American Historical Review*²² et il fut membre de l'*American Historical Association*. La science politique joua également un rôle important dans sa manière d'envisager la Constitution, car si « la théorie politique n'est pas le droit constitutionnel », « elle en est souvent la source »²³. Toute sa vie, il fit partie du département de science politique (« *Politics* ») de l'université de Princeton. Il fut membre de l'*American Political Science Association* et exerça un mandat en tant que président. Enfin, son intérêt pour la philosophie s'accrut au cours de sa carrière, comme le montre l'évolution de son approche du *judicial review*²⁴. L'étude du droit constitutionnel interroge la constitutionnalité de tel ou tel acte, mais implique également des questions de philosophie politique, voire morale, à travers les notions de bien commun et de bon gouvernement. Au vu de ces éléments, il faut alors approuver l'appréciation de Kenneth D. Crews :

« La diversité et la spécialisation ont caractérisé la carrière d'Edward Corwin. Il a concentré son énergie sur le droit constitutionnel et l'histoire, mais il a examiné la myriade de sujets et de problématiques qui s'y rattachent. »²⁵

¹⁸Edward S. CORWIN, *French Policy and the American Alliance of 1778*, Princeton, Princeton University Press, 1916.

¹⁹Edward S. CORWIN, *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, New York, H. Holt and Company, 1913 ; Edward S. CORWIN, *The President's Control of Foreign Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1917.

²⁰Edward S. CORWIN, *The Doctrine of Judicial Review : Its Legal and Historical Basis, and Other Essays*, Princeton, Princeton University Press, 1914.

²¹Edward S. CORWIN, « The Doctrine of Due Process of Law before the Civil War », *Harvard Law Review*, vol. 24 (1911) et vol. 24 (1911) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), *op. cit.*, pp. 149-179.

²²Edward S. CORWIN, « The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention », *American Historical Review*, vol. 30 (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, *op. cit.*, pp. 56-78 et Edward S. CORWIN, « The Dred Scott Decision in the Light of Contemporary Legal Doctrines », *American Historical Review*, vol. 17 (1911) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 299-313.

²³« *Political theory is not constitutional law, though often the source of it.* » (Edward S. CORWIN, « The Basic Doctrine of American Constitutional Law », *Michigan Law Review*, vol. 12 (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1988, p. 39.)

²⁴Comparer par exemple Edward S. CORWIN, « *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review* », *Michigan Law Review*, vol. 12 (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, pp. 91-120 et Edward S. CORWIN, « The "Higher Law" Background of American Constitutional Law », *Harvard Law Review*, vol. 42 (1928) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, *op. cit.*, pp. 79-139.

²⁵« *Diversity and specialization characterized Edward Corwin's career. He concentrated his energies on constitutional law and history, but he examined the myriad of topics and issues the fields touched.* » (Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, *op. cit.*, p. 41.)

Quant à la forme, Richard Loss remarque que les essais, dans lesquels il peut sans doute plus aisément se montrer incisif, occupent une place privilégiée dans son œuvre²⁶. Ses articles révèlent l'essentiel de sa pensée et s'y retrouvent souvent les aspects les plus intéressants de sa réflexion. Alpheus T. Mason et Gerald Garvey soulignent son « penchant pour les commentaires frappants et les remarques au vitriol »²⁷. Sous sa plume, la clause de suprématie devient ainsi la « cheville ouvrière de la Constitution » (« *Linch-pin of the Constitution* »), le *judicial review*, le « moyen pour la démocratie américaine d'assurer son pari initial » (« *American democracy's way of covering its bet* ») et le cabinet « un anachronisme administratif » (« *an administrative anachronism* ») qui devrait être remplacé par un conseil législatif « dont le pain quotidien ne viendrait pas de la table du Président » (« *whose daily salt does not come from the Presidential table* »)²⁸. Corwin écrivit avant tout sur et pour son temps. Ses publications répondaient souvent à des événements contemporains. Il étudia le droit constitutionnel à partir d'exemples : c'est qu'« il a semblé préférer l'enthousiasme du commentaire moderne aux mérites d'une œuvre académique majeure »²⁹. Il fut un commentateur qui « [expliquait] les doctrines, [proposait] des interprétations, [systématisait] et [donnait] des clés pour comprendre les décisions judiciaires, [découvrait] leurs relations logiques et [fournissait] aux cours un commentaire minutieux pour les aider à rendre des décisions justes »³⁰. Il eut le souci de toucher un public plus large que celui des spécialistes du droit constitutionnel. La science politique doit être didactique et normative : « [Sa] tâche est la critique et l'enseignement des vraies fins de l'État et de la manière dont elles peuvent être le mieux atteintes »³¹. Son commentaire pédagogique de la Constitution américaine destiné au « citoyen ordinaire » peu familier du droit constitutionnel, qui fit l'objet de douze éditions entre 1920 et 1958³², devait sans doute être appréhendé à la lumière de cette affirmation. Professeur invité à l'université de Yenching en 1928 et 1929, Corwin conseilla les rédacteurs d'une éventuelle Constitution chinoise à partir de l'expérience américaine³³. Il

²⁶Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, *op. cit.*, p. 18.

²⁷« *a penchant for arresting comment and devastating wit* » (Alpheus T. MASON et Gerald GARVEY, « Introduction », in Edward S. Corwin, *American Constitutional History*, *op. cit.*, p. ix.)

²⁸*Ibid.*, p. ix.

²⁹« *He seemed to prefer the excitement of modern commentary to the merits of making a permanent landmark in scholarship.* » (Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, *op. cit.*, p. 48.)

³⁰« *he explains doctrines, makes interpretations, systematizes and gives a key to understanding judicial decisions, discovers their logical relationships and provides the courts with thorough commentary to help them render just decisions* » (Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, *op. cit.*, p. 18.)

³¹« *its task is criticism and education regarding the true ends of the state and how best they may be achieved* » (Edward S. CORWIN, « The Democratic Dogma and the Future of Political Science », *American Political Science Review*, vol. 23 (1929) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, *op. cit.*, p. 156.)

³²Edward S. CORWIN, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton, Princeton University Press, 1920.

³³Edward S. CORWIN, « Some Lessons from the Constitution of 1787 », in Edward S. Corwin, *The Democratic Dogma and the Future of Political Science and Other Essays*, Shanghai, Kelly & Walsh, Limited, 1930 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, *op. cit.*, pp. 157-167.

n'hésita pas à se prononcer sur les controverses constitutionnelles de son temps et fut l'auteur de nombreuses tribunes ou de « lettres à la rédaction » publiées dans la presse généraliste. Cependant, il poursuivait aussi l'objectivité scientifique et critiqua la manière qu'avait Charles A. Beard de subordonner la recherche historique à la défense d'opinions politiques :

« Si le Professeur Beard avait été moins enclin à démontrer la vérité de sa théorie socialiste du déterminisme économique et de la lutte des classes, son propre travail aurait été moins sujet aux critiques. »³⁴

En parallèle de sa carrière universitaire, Corwin manifesta très tôt sa volonté de s'engager dans le débat politique et les affaires publiques. L'un de ses anciens étudiants affirme qu'il « a autant changé les manières de penser des hommes de pouvoir à Washington que celles des hommes de savoir à travers tout le pays »³⁵. Et il ajoute :

« Le droit constitutionnel américain – pas seulement le droit enseigné par les professeurs, mais aussi le droit débattu par les sénateurs et déclaré par les juges – n'est plus tout à fait le même depuis le jour où il s'est saisi pour la première fois de sa plume incisive. »³⁶

Malgré le lien qui l'unissait à Woodrow Wilson, Corwin ne fut jamais invité à rejoindre son administration et ses conseils informels ne furent que rarement suivis. La période du *New Deal* représenta l'acmé de sa vie publique. Ayant adopté des positions très favorables aux politiques réformistes de Roosevelt, il fut appelé en 1935 à travailler comme conseiller de la *Public Works Administration*. L'année suivante, il devint l'assistant spécial (« *Special Assistant* ») de l'*Attorney General* des États-Unis. Il l'était toujours en 1937 lorsque Roosevelt menaçait la Cour suprême d'une « fournée de juges ». On ignore encore si Corwin fut dans le secret de la stratégie visant à faire basculer la majorité de la Cour en augmentant le nombre de ses membres. Il est cependant possible qu'il ait lui-même contribué au projet, au moins indirectement. Au professeur Arthur N. Holcombe de l'université d'Harvard qui suggérait une solution similaire dans une lettre datée du 7 décembre 1936, il répondit :

³⁴ « Had Professor Beard been less bent on demonstrating the truth of the socialistic theory of economic determinism and class struggle, his own performance would be less open to criticism. » (Edward S. CORWIN, « Review. *An Economic Interpretation of the Constitution* by Charles A. Beard », *History Teachers Magazine*, vol. 5 (1914), p. 65.)

³⁵ « changed the minds of men in the seats of power in Washington as in the seats of learning around the country » (Clinton L. ROSSITER, « Biographical Note », in Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1951, p. xii.)

³⁶ « American constitutional law – not just the law taught by professors, but the law debated by senators and proclaimed by judges – has never been quite the same since he first took his incisive pen in hand. » (*Ibid.*, p. xii.)

« Je pense que votre suggestion est des plus diaboliquement ingénieuse. Ce n'est pas non plus tout à fait sans précédent législatif. [...] Je vais faire passer cette idée, et nous verrons ce qu'il en ressort. »³⁷

Un peu plus tôt dans l'année, il avait exprimé sa sympathie pour Abraham Lincoln qui, en 1863, avait augmenté le nombre de juges à la Cour suprême afin d'en faire évoluer la jurisprudence³⁸. Cependant, il semblait personnellement recommander que la solution au conflit vînt de la Cour elle-même : en 1926, il avait écrit que le Congrès ne devait pas « submerger » (« *swamp* ») la Cour pour la faire revenir sur une décision qu'il n'approuvait pas³⁹. Cependant, à partir du moment où le « *Court-packing plan* » fut rendu public, Corwin le défendit avec ferveur, alors même que cette position l'isolait du reste de la doctrine⁴⁰. Il fut auditionné à ce propos par le Comité judiciaire du Sénat le 17 mars 1937⁴¹. Sa prestation ne convainquit pas entièrement. Un sénateur lui fit remarquer qu'il avait affirmé au début de l'année 1936 que la méthode qui consistait à augmenter le nombre de juges pour modifier la majorité était « dans le pouvoir du Congrès », mais « pouvait faire l'objet d'objections sur d'autres fondements »⁴². Corwin aurait alors ajouté :

« La Cour est déjà suffisamment large, et les affaires impliquant des questions constitutionnelles doivent être décidées quelque part ; et quel endroit est plus approprié que la Cour Suprême ? Il ne faut pas oublier la vieille mise en garde de ne pas jeter le bébé avec l'eau du bain. »⁴³

³⁷ « *I think your suggestion is most ingenious, devilishly so. Nor is it altogether without legislative precedent. [...] I'm going to pass the idea along, and we'll see what comes of it.* » (Lettre d'Edward S. CORWIN à Arthur N. HOLCOMBE, 9 décembre 1936 ; citée par Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, op. cit., pp. 28-29.)

³⁸ Edward S. CORWIN, « Sunflower », *Daily Princetonian*, 29 octobre 1936, pp. 1, 6 ; cité par Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, op. cit., p. 27.

³⁹ « *Congress will not, at least in any but the gravest cases, " swamp " the Court in order to overcome an unwelcome decision.* » (Edward S. CORWIN, « Judicial Review in Action », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 74 (1926) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 204.)

⁴⁰ Harold W. Dodds, alors président de l'université de Princeton, en parlait comme de « la preuve la plus saisissante de l'existence d'un tempérament absolutiste à la Maison Blanche » (« *the most stratling evidence to date of the existence of a temper for absolutism in the White House* ») et Andrew C. McLaughlin estimait qu'il y avait là « une méconnaissance choquante des principes constitutionnels élémentaires » (« *a shocking disregard of elementary constitutional principles* »). (Cités par Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, op. cit., p. 30.)

⁴¹ Edward S. CORWIN, « Reorganization of the Federal Judiciary », U.S. Congress, Senate, Committee on the Judiciary, 75th Cong., 1st sess., 1937 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., pp. 218-277.

⁴² « *The first [...] of these methods [one way to curb the Court would be to " pack it " with new members favorable to certain constitutional views], it is generally admitted, would be within the power of Congress, but they are objectionable on other grounds.* » (*Ibid.*, p. 233.)

⁴³ « *The Court is already large enough, and cases involving constitutional questions have to be decided*

Ces affirmations contradictoires jetèrent le doute sur sa crédibilité, d'autant que ce changement de position avait semblé à l'époque essentiellement motivé par des ambitions personnelles. Corwin faisait partie des personnalités pressenties pour rejoindre la Cour suprême lors de la prochaine vacance, et un effectif accru augmentait ses chances d'être nommé. Peu après que le projet de Roosevelt a été rendu public, un ancien étudiant de Corwin travaillant au Département de la Justice lui avait assuré qu'il était dûment considéré pour devenir juge⁴⁴. L'issue de l'affaire est connue : la Cour suprême céda sans que la menace du « *Court-packing plan* » n'ait été mise à exécution. Hugo Black fut nommé en 1937, puis William Douglas et Felix Frankfurter en 1939. Corwin conclut que « l'essentiel [était] que la Cour ait reconsidéré sa position, se plaçant ainsi en ligne avec le reste du gouvernement – de retour dans l'œil du cyclone »⁴⁵. Cependant, les liens qu'il entretenait avec l'administration Roosevelt se rompirent et il se fit de plus en plus critique à l'égard des choix politiques du Président. Il condamna en particulier la décision de Roosevelt de rompre avec la tradition en brigant un troisième mandat et, en 1940, soutint la candidature de Wendell Willkie à la présidence⁴⁶. Son engagement dans les affaires publiques se poursuivit après 1937, bien que de manière moins intense. Entre 1949 et 1952, il travailla pour la bibliothèque du Congrès et y dirigea un projet de recherche duquel résulta l'ouvrage *The Constitution Annotated : Analysis and Interpretation*⁴⁷. Dans les années 1950, il fut à la tête d'un comité de défense des « *Trenton Six* », un groupe de Noirs américains accusés de meurtre et condamnés à mort alors qu'étaient contestées tant les méthodes policières que les « preuves » obtenues grâce à elles. Davantage en lien avec les problématiques constitutionnelles qu'il avait étudiées toute sa vie, il présida en 1954 un comité de défense des pouvoirs du Président en matière de traité dénommé « *The Committee for Defense of the Constitution by Preserving the Treaty Power* » qui s'opposait à l'Amendement Bricker. Cet amendement, qui ne fut finalement pas adopté, visait à interdire tout accord exécutif (« *executive agreement* ») et tout traité violant le pouvoir de police des États. Certains commentateurs ont pu considérer que l'œuvre de Corwin s'expliquait en grande partie par les batailles partisans de l'époque. L'année 1937 paraît en particulier constituer un moment de rupture dans la carrière et la pensée de Corwin. Alors qu'il était pleinement engagé en faveur du *New Deal*, les années 1940 le virent beaucoup plus dubitatif quant à la constitutionnalité de la politique menée par Roosevelt. Ce changement

somewhere ; and where most appropriately than in the Supreme Court ? One should not forget the old warning not to throw out the baby with the bath. » (Ibid., p. 233.)

⁴⁴Lettre d'Abe GLASSER à Edward S. CORWIN, 8 février 1937 ; citée par Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, op. cit., p. 29.

⁴⁵« *The essential thing is that the Court did reconsider its position, thus putting itself in line with the rest of the government – back in the center of the tornado.* » (Edward S. CORWIN, « Statesmanship on the Supreme Court », *The American Scholar*, vol. 9 (1940) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 377.)

⁴⁶Edward S. CORWIN, « E. S. Corwin Comes Out in Support of Willkie Because Of Third Term and Foreign Relations », *Daily Princetonian*, 26 octobre 1940, pp. 1, 3.

⁴⁷*The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation*, Legislative Reference Service (Library of Congress), Edward S. Corwin (ed.), Washington, Government printing office, 1953.

était-il alors l'expression d'une certaine amertume envers le Président et son administration⁴⁸ ? Eu égard à la volonté qu'ils manifestent d'étudier tous les aspects de la Constitution américaine et à la pertinence et l'actualité des analyses qu'ils en proposent, ses travaux ne peuvent cependant pas être considérés comme de simples tracts politiques. Les éventuelles déceptions quant au déroulement de sa carrière publique n'en épuisent certainement pas le sens.

Alpheus T. Mason décrivait Corwin de la manière suivante :

« Généralement reconnu comme le plus savant et le plus clairvoyant de toutes nos autorités modernes sur la Constitution, Corwin était l'érudit parmi les érudits. Les historiens, les spécialistes de science politique, les juristes reconnaissent de manière unanime sa prééminence. Le droit lui-même reflète sa formule acérée : "Si les juges créent du droit, il en est de même des commentateurs." Corwin se situe dans la grande tradition de Cooley et de Kent. Ses contributions sont des sources de connaissance et de compréhension – autant de monuments à imiter et à révéler. »⁴⁹

Pourtant, les travaux de Corwin restent relativement peu étudiés. Richard Loss constate que la reconnaissance de la qualité de ses écrits « contraste avec la rareté relative d'examen sérieux de son œuvre »⁵⁰. L'une des explications de cet état de fait réside selon lui dans l'acuité des réflexions de Corwin qui leur donne le caractère d'évidences incontestables⁵¹. Aux États-Unis, ses articles ont été rassemblés dans plusieurs anthologies et ont fait l'objet de quelques études courtes⁵². Il faut également mentionner l'analyse biographique et bibliographique de Kenneth D. Crews⁵³ et la thèse de doctorat de Gerald Garvey qui n'a cependant jamais été publiée et reste donc inaccessible⁵⁴. À notre connaissance, l'œuvre de Corwin n'a jamais fait l'objet en France d'une étude particulière. Cette rareté de la littérature

⁴⁸Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁹« Generally recognized as the most learned and discriminating of all our modern constitutional authorities, Corwin was a scholar's scholar. Historians, political scientists, and legal practitioners join in proclaiming his preeminence. The law itself reflects his own pointed dictum: " If judges make law, so do commentators." Corwin is in the great tradition of Cooley and Kent. His contributions are sources of learning and understanding – hallmarks to emulate and revere. » (Alpheus T. MASON cité par Alexander LEITCH, « Corwin, Edward S. », *op. cit.*, p. 119.)

⁵⁰« His recognition contrasts with the relative scarcity of serious examination of his work. » (Richard LOSS, « Edward S. Corwin : the Constitution of the Dominant Presidency », *Presidential Studies Quarterly*, vol. 7 (1977), p. 53.)

⁵¹*Ibid.*, p. 53.

⁵²Voir notre bibliographie.

⁵³Kenneth D. CREWS, *Edward S. Corwin and the American Constitution*, *op. cit.*

⁵⁴Gerald GARVEY, *Corwin on The Constitution : The Content and Context of American Constitutional Theory*, thèse de doctorat non publiée, Princeton University, 1962.

secondaire nuit probablement à la connaissance de ses écrits qui mériteraient pourtant d'être étudiés pour eux-mêmes.

L'œuvre de Corwin couvre plus de soixante années d'histoire constitutionnelle américaine. Il la rédigea à une époque de grandes transformations historiques, auxquelles firent écho de profondes ruptures sur un plan doctrinal⁵⁵. Entre 1890 et la Deuxième Guerre mondiale, les États-Unis connurent une crise institutionnelle et idéologique majeure. Le rôle de l'État américain se transforma : d'État-vigile (*watchdog government*), il devint État-social (*service state*). L'historien Richard Hofstadter parle à ce sujet d'un « Âge de Réforme » (« *Age of Reform* ») qui succéderait à l'« Âge doré » (« *Gilded Age* »)⁵⁶. Trois phases peuvent historiquement être distinguées : l'insurrection agraire de la fin du XIXe siècle ; le mouvement progressiste entre 1900 et 1914 ; le *New Deal* dans les années 1930⁵⁷. Le constitutionnalisme américain traditionnel reposait sur la conviction que la soumission du pouvoir gouvernemental à la Constitution écrite était la condition de la réalisation du gouvernement limité. Mais cette idée fut de plus en plus contestée. D'une part, l'influence des doctrines évolutionnistes et pragmatiques entraîna la remise en cause de l'idée qu'il « fallait être fidèle aux arrangements institutionnels mis en place par les Pères fondateurs »⁵⁸. D'autre part, une politique réformiste du gouvernement parut peu à peu nécessaire. Or le constitutionnalisme traditionnel, tel qu'il apparaissait dans une série de décisions de la Cour suprême des États-Unis hostiles à la législation sociale au début du XXe siècle⁵⁹, semblait s'y opposer. Il lui était alors reproché de servir les intérêts d'une certaine classe d'individus. Dans le domaine de la théorie du droit, le mouvement doctrinal de la *sociological jurisprudence*, et celui du réalisme juridique qui lui succéda, furent à l'origine d'une nouvelle compréhension du processus judiciaire et des modes de raisonnement des juges⁶⁰. En matière constitutionnelle, le début du XXe siècle fut marqué par un courant progressiste qui défendait une forme de « réalisme constitutionnel »⁶¹ et auquel appartenait, parmi d'autres, Woodrow Wilson. Ces auteurs promouvaient une nouvelle conception de la Constitution américaine, opposée à celle du constitutionnalisme traditionnel : elle devait être comprise comme une constitution non écrite, démocratique, adaptable, susceptible d'être un instrument du changement social. En 1932

⁵⁵Son premier article, « Democracy and Sophistry » est publié en 1900 (*Inlander* vol. 10 (1900) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin's Constitution, op. cit.*, pp. 17-22). Le dernier, « Bi-State Compact Queried », paraît en 1960 (*New York Times*, 29 mai 1960, p. 6).

⁵⁶Richard HOFSTADTER, *The Age of Reform*, New York, Vintage Books, 1955, p. 3.

⁵⁷Apostolos VLACHOGIANNIS, *Les juges de la Cour Suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante*, thèse non publiée, 2011, p. 92.

⁵⁸*Ibid.*, p. 41.

⁵⁹L'arrêt le plus célèbre en la matière est *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁶⁰Françoise MICHAUT, « États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », p. 661.

⁶¹Maxime TOURBE, « La conception du pouvoir judiciaire chez Woodrow Wilson. Le réalisme juridique à l'épreuve du gouvernement des juges », *Jus Politicum*, N° 4, 2010, p. 6, disponible sur : http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP4_Tourbe.pdf.

débûtèrent les « Cent jours » du président Roosevelt : une législation directive du Congrès devait permettre de remédier à la situation économique difficile dans laquelle était plongé le pays à la suite à la Grande Dépression. Le *New Deal*, porté par une philosophie interventionniste, représenta la consécration par le droit positif de cette nouvelle compréhension de la Constitution et du gouvernement américains. La Cour suprême commença par déclarer inconstitutionnelles les grandes lois réformatrices, ceci à partir d'une interprétation restrictive de la clause de commerce et du pouvoir de délégation du Congrès⁶². Mais elle céda en 1937⁶³, admettant l'intervention du gouvernement fédéral dans de larges domaines et établissant « en tant que doctrine constitutionnelle officielle »⁶⁴ la théorie d'une constitution vivante. Avant cela, une nouvelle génération de constitutionnalistes avait succédé aux progressistes du début du siècle pour défendre la constitutionnalité du *New Deal*.

Les écrits de Corwin ne peuvent être compris qu'à la lumière de ce contexte historique et doctrinal. Corwin se fit le témoin des transformations profondes du droit constitutionnel américain :

« Aujourd'hui, ce produit remarquable du génie politique américain apparaît être l'objet d'une révision fondamentale – et même d'un processus de dissolution. »⁶⁵

En 1934, il affirma la dimension révolutionnaire du *New Deal* et la capacité de la Constitution à « assimiler [cette] révolution »⁶⁶. Quant à sa nature, il estima *a posteriori* qu'elle avait consisté en la transformation d'une « constitution des droits », des individus et des États, en une « constitution des pouvoirs »⁶⁷. De quelle manière apprécia-t-il ces transformations du droit constitutionnel américain ? Il faut s'opposer à l'idée un peu simpliste selon laquelle l'œuvre de Corwin peut être réduite à une défense de la constitutionnalité du *New Deal*. Richard Loss, à propos du traitement par Corwin de l'héritage de John Marshall, se

⁶²Voir notamment les arrêts *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) ; *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) ; *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).

⁶³Voir en particulier la décision *National Labor Relations Board (N.L.R.B.) v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937).

⁶⁴Apostolos VLACHOGIANNIS, *Les juges de la Cour Suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante*, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵« Today this remarkable product of American political genius appears to be undergoing a fundamental revision – even to be in process of dissolution. » (Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law », *Washington Law Review*, vol. 20 (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, *op. cit.*, p. 141.)

⁶⁶« I think the Constitution of the United States can accomodate itself to the revolution which Nira undoubtedly does spell. » (Edward S. CORWIN, « Some Probable Repercussions of " Nira " on Our Constitutional System », in *The Annals of The American Academy of Political and Social Sciences*, vol. 172 (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, *op. cit.*, p. 62.)

⁶⁷Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out », *Pennsylvania Bar Association Quarterly*, vol. 19 (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, *op. cit.*, p. 157.

demandait ce qu'il en avait rejeté, et si c'était quantitativement et qualitativement plus important que ce qu'il en avait conservé⁶⁸. Cette question peut être généralisée à celle de la relation qu'entretiennent ses écrits avec le courant du constitutionnalisme traditionnel et avec les doctrines du réalisme constitutionnel ou de la *living constitution* qui vinrent le remettre en cause. Elle paraît d'autant plus pertinente que Corwin ne fait que très peu référence aux auteurs qui lui sont contemporains, et qu'en dehors de quelques renvois à John Marshall, il ne cite pratiquement pas ses prédécesseurs. De toute évidence, la position de son œuvre dans l'histoire des idées constitutionnelles américaines interroge : certains le considèrent comme « l'un des représentants les plus doués de la position constitutionnaliste durant l'ère progressiste »⁶⁹, d'autres comme « le plus partisan et prolifique » de ceux qui adhèrent aux « idées » et à la « rhétorique » de « la poussée réformatrice de la constitution vivante »⁷⁰. Mais ses écrits méritent aussi d'être étudiés pour eux-mêmes. Tout au long de sa vie, Corwin se demanda dans quelle mesure le droit constitutionnel pouvait légitimement limiter les abus du pouvoir gouvernemental sans toutefois s'opposer à un exercice effectif de celui-ci. On mesure encore aujourd'hui l'actualité et la pertinence de cette question. Sur ce point, son œuvre fut interprétée de manières fort diverses. David Fellman estimait que Corwin était surtout un « constitutionnaliste » selon lequel « sont soumis au droit tous ceux qui, au sein du gouvernement, exercent le pouvoir »⁷¹. Selon Gary L. McDowell, il défendait au contraire un « constitutionnalisme corrosif » ou « aconstitutionnel », « en désaccord avec la Constitution elle-même » et « destructeur de l'idée même de *rule of law* »⁷². Si les réponses que Corwin a apportées n'ont pas toujours été exactement les mêmes, ses hésitations méritent d'être prises au sérieux. Elles présentent sans aucun doute un grand intérêt, même au-delà du contexte américain. C'est ce que nous voudrions essayer de montrer, à travers l'analyse de ses études sur la nature du constitutionnalisme américain (Partie 1) et sur la structure du gouvernement des États-Unis (Partie 2).

⁶⁸Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., pp. 23.

⁶⁹« One of the ablest representatives of the constitutionalist position during the progressive era was Edward S. Corwin. » (Herman BELZ, *A Living Constitution or Fundamental Law ? American Constitutionalism in Historical Perspective*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1998, p. 65.)

⁷⁰Apostolos VLACHOGIANNIS, *Les juges de la Cour Suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante*, op. cit., p. 95-96.

⁷¹« [W]hile Corwin is a constitutional lawyer, he is also a constitutionalist. And I should suppose that that the very heart of the concept of constitutionalism is that all those in the government who exercise power are subject to law, no one being above or beyond the law. » (David FELLMAN, « Review. *The President : Office and Powers* by Edward S. Corwin », *Indiana Law Journal*, vol. 33 (1958), p. 464.)

⁷²« [I]t is a corrosive constitutionalism at odds with the Constitution itself and destructive of the very idea of the rule of law. For in the end, Corwin's is an aconstitutional constitutionalism. » (Gary L. MCDOWELL, « The Corrosive Constitutionalism of Edward S. Corwin », *Law & Social Inquiry*, vol. 14 (1989), p. 605.)

Partie I. Corwin et la nature du constitutionnalisme américain

« La théorie est la partie la plus importante du dogme du droit, tout comme l'architecte est l'homme le plus important pour la construction d'une maison » écrivait Oliver W. Holmes, cité par Corwin en exergue de l'un de ses articles les plus célèbres⁷³. Corwin semble avoir fait sienne cette formule. Ses écrits témoignent du souci de l'analyse théorique : nombre de ses travaux portent sur la relation entre la Constitution, la démocratie et le droit supérieur (« *higher law* »)⁷⁴. Suivant une démarche à la fois descriptive et prescriptive, il s'est intéressé à la question de la nature, des fondements et de la finalité de la Constitution et du régime politique américains. En 1914, il affirme qu'il existe deux théories concurrentes de la nature de la Constitution : la première repose sur l'existence de droits venant limiter l'action gouvernementale, la seconde affirme la souveraineté de la législature⁷⁵. Corwin paraît les défendre l'une et l'autre. Son œuvre scientifique n'est pas dépourvue de tensions, voire d'ambivalences ou de contradictions. Il s'éloigne de la conception traditionnelle de la Constitution et en fait un instrument entre les mains du peuple qui doit évoluer pour s'adapter aux besoins et valeurs changeants de la société (Chapitre 1). Dans le même temps, sa réflexion sur les fondements de la Constitution américaine semble l'entraîner vers des conclusions inverses : le droit constitutionnel américain lui apparaît comme le fruit et l'aboutissement de la tradition qui affirme l'existence d'un « droit supérieur » (« *higher law* »), et il se fait très critique quand il étudie l'influence des théories évolutionnistes qu'il considère comme responsables du déclin du droit constitutionnel américain (Chapitre 2).

⁷³« *Theory is the most important part of the dogma of the law, as the architect is the most important man who takes part in the building of a house.* » (Oliver W. HOLMES ; cité par Edward S. CORWIN, « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law » (1928) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 79.)

⁷⁴Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 20.

⁷⁵Edward S. CORWIN, « The Basic Doctrine of American Constitutional Law » (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 27.

Chapitre 1 : La Constitution comme instrument du pouvoir populaire

En 1936, Corwin oppose deux interprétations de la Constitution américaine : elle peut être comprise comme un symbole qui consacre et protège un ordre établi, ou comme un instrument du pouvoir populaire⁷⁶. La seconde a alors clairement sa préférence. La distinction proposée peut servir de grille d'analyse des premiers écrits de Corwin. La critique du symbolisme constitutionnel (Section 1) s'accompagne de l'apologie d'une conception instrumentale de la Constitution qui se doit d'être adaptée aux besoins modernes du peuple américain (Section 2). Corwin paraît alors s'approprier la rhétorique de la *living constitution*.

Section 1 : La critique du symbolisme constitutionnel

Le constitutionnalisme américain classique conçoit la Constitution américaine comme la traduction immuable des principes du gouvernement républicain et se représente le juge comme son gardien impartial. Corwin déconstruit ces deux « dogmes ». Il procède à la désacralisation de la Constitution et des principes politiques qu'elle exprime (I). Il révèle la nature véritable de la tâche du juge constitutionnel : la création du droit (II).

I. La désacralisation de la Constitution

Corwin se réjouit de la fin de la « vénération » (« *worship* ») pour la Constitution et la science politique des Pères fondateurs (A), et réfute l'idée selon laquelle la Constitution ne devrait être interprétée qu'à partir de l'intention originale des constituants (B).

A) La fin de la vénération pour la Constitution

Dans un article publié en 1920, Corwin étudie de manière critique la façon dont la Constitution a été et est perçue aux États-Unis. Il constate qu'a longtemps perduré une certaine vénération du texte constitutionnel, mais que ce sentiment a aujourd'hui disparu. La vénération pour la Constitution américaine était liée à une certaine perception de sa nature. Parce qu'elle était considérée comme la loi fondamentale du pays et comme le symbole de

⁷⁶Edward S. CORWIN, « The Constitution as Instrument and as Symbol », *American Political Science Review*, vol. 30 (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., pp. 168-179.

l'union des Américains, il était impossible d'en douter. Elle était perçue comme la condition même de la république et constituait le lieu vers lequel convergeaient les aspirations des citoyens⁷⁷. Ensemble de principes légaux d'une valeur supérieure, elle représentait en définitive la vérité ultime et immuable du peuple américain et la révérence à son égard manifestait alors « [sa] prérogative incontestable [...] à recevoir un hommage universel »⁷⁸. Il ne s'agissait pas d'un simple consensus, mais d'une véritable « emprise » de la Constitution sur le peuple (« *hold* »)⁷⁹ qui en interdisait la critique : citant Woodrow Wilson, Corwin estime que cette vénération « manquait de discernement et était même presque aveugle »⁸⁰. La ratification donna lieu à d'importants débats, mais un sentiment d'accord a ensuite dominé, qui s'est approfondi en une admiration pour la Constitution. Preuve en est qu'après son adoption, les débats politiques et constitutionnels aux États-Unis n'ont jamais porté, ni sur le principe même d'une Constitution, ni sur son contenu, mais sur la manière dont ses dispositions devaient être interprétées. Cette attitude à l'égard de la Constitution est apparue selon Corwin dès l'origine de la République américaine. Elle n'a pas été remise en cause ensuite :

« [C]ette prérogative n'a pas été contestée jusqu'à peu [...] ; les autres scepticismes ont fluctué, mais la vénération pour la Constitution s'est poursuivie, toujours aussi intense. »⁸¹

Corwin propose trois explications à cette perception particulière de la Constitution américaine : cette adoration se justifierait par la vague de prospérité qui a accompagné la ratification ; elle serait une conséquence de l'origine « anglaise » des États-Unis ; elle s'expliquerait par l'excellence propre de la science politique des Pères fondateurs du régime. La Convention de Philadelphie, par la Constitution, a cherché et est parvenue à préserver chaque intérêt, économique ou politique, présent ou à venir⁸². La Constitution elle-même a alors été considérée comme la cause de la prospérité qui a accompagné sa ratification⁸³. Mais cette réussite « factuelle » n'explique que « le début de la révérence pour la Constitution », et non « son intensité » et « son caractère continu »⁸⁴. Corwin émet alors l'hypothèse que le principe même d'une vénération trouve son origine dans le système juridique anglais⁸⁵. Le sentiment aurait simplement vu son objet déplacé, du *common law* vers la Constitution

⁷⁷Edward S. CORWIN, « The Worship of the Constitution », *Constitutional Review*, vol. 4 (1920) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 47.

⁷⁸« *the unquestioned prerogative of the Constitution to receive universal homage* » (*Ibid.*, p. 47.)

⁷⁹*Ibid.*, p. 48.

⁸⁰« *Even hostile criticism of its provisions [...] not only ceased, but gave place to an indiscriminating and almost blind worship of its principles.* » (*Ibid.*, p. 47.)

⁸¹« *Nor has this prerogative been seriously challenged till the other day [...] ; other skepticisms have waxed and waned, but the worship of the Constitution has continued unabated.* » (*Ibid.*, p. 47.)

⁸²*Ibid.*, p. 48.

⁸³*Ibid.*, p. 48.

⁸⁴« *the beginning of the worship of the Constitution* » ; « *its intensity* » ; « *its continuance* » (*Ibid.*, pp. 48-49.)

⁸⁵*Ibid.*, p. 49.

américaine, sans que son essence ne varie. Dans les deux cas, l'objet est une loi jugée « fondamentale » qui vient régir, et donc limiter, le gouvernement :

« Le lien entre la vénération pour le *common law* et la vénération pour la Constitution est fourni par l'opinion de Coke qui voit la *Magna Carta* comme une "loi fondamentale", opinion qu'il a construite en réaction à la théorie du droit divin des Stuart. »⁸⁶

Corwin peut alors écrire que, « pour l'essentiel, l'adoration a précédé de longtemps son idole »⁸⁷. Mais si elle trouve son principe dans la tradition anglaise, elle est officiellement justifiée par l'excellence propre de la Constitution américaine. La formule de William E. Gladstone selon laquelle la Constitution est « l'œuvre la plus exceptionnelle » jamais réalisée par l'homme⁸⁸ traduit la manière dont « les Américains eux-mêmes, pendant des générations, ont expliqué leur vénération pour la Constitution »⁸⁹. Elle est indissolublement liée à l'admiration ressentie pour le génie des Pères fondateurs de la République, et en particulier pour leurs idées de la séparation des pouvoirs et de l'instauration de contraintes légales opposables au gouvernement⁹⁰.

Corwin défend la qualité intrinsèque de la Constitution, mais souligne dans le même temps une évolution de l'appréciation qui est portée sur elle :

« La formule de Gladstone est amplement justifiée, mais il est absolument évident que le sentiment qu'elle exprime se rencontre rarement aujourd'hui. La vénération pour la Constitution est terminée ! »⁹¹

La fin de la révérence date selon lui de la guerre civile et surtout de la présidence de Lincoln qui affirma qu'il pouvait être nécessaire, pour sauver l'Union, de violer certains principes constitutionnels⁹². La Constitution n'est alors plus comprise comme la vérité ultime

⁸⁶ « *The connective link between the worship of the common law and worship of the Constitution is supplied by Coke's view of the Magna Carta as a "law fundamental", a view which he erected as a defense against the Stuart theory of divine right.* » (Ibid., p. 49.)

⁸⁷ « *in essential spirit this worship long antedated its idol* » (Ibid., p. 49.)

⁸⁸ « *The American Constitution is, so far as I can see, the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man.* » (Ibid., p. 50.)

⁸⁹ « *Nevertheless Gladstone's words do set forth very adequately the view of the Constitution whereby Americans themselves for generations explained their worship of it – a view which the framers themselves shared.* » (Ibid., p. 50.)

⁹⁰ Ibid., p. 52.

⁹¹ « *Gladstone's dictum is amply vindicated ; yet it is altogether evident that the sentiment which it expresses is one today rarely encountered. The worship of the Constitution is at an end !* » (Ibid., p. 55.)

⁹² « *the Civil War was greatly instrumental in it, when in the estimation of millions of Americans is affixed a*

du régime américain. Elle est relativisée, parce que sa valeur n'est plus qu'instrumentale. La « nation » est considérée comme « supérieure » à la Constitution : cette dernière est simplement « au service » du peuple américain⁹³. Pour Corwin, cette évolution doit être approuvée. Il ne critique pas la Constitution américaine comme en témoigne le fait qu'il affirme partager, dans une large mesure, la conviction de William E. Gladstone⁹⁴. Mais il encourage l'apparition d'une première brèche dans la conception défendue par le constitutionnalisme traditionnel en admettant la désacralisation du texte constitutionnel. Une évolution de la Constitution et des principes politiques qu'elle exprime devient alors non seulement possible, mais également légitime. La Constitution n'a pas à être interprétée conformément à l'intention originaire des constituants, mais elle doit être évaluée au regard de son « aptitude à l'usage » (« *serviceability* »)⁹⁵.

B) *L'inhérente pauvreté des interprétations originalistes de la Constitution*

De même que Corwin critique la vénération pour la Constitution comprise comme la réalisation de la science politique des Pères fondateurs, il remet en cause la référence à l'intention originaire comme canon d'interprétation constitutionnelle. Il ne conteste pas seulement l'usage qu'en a fait la Cour suprême des États-Unis dans certains de ses arrêts, mais affirme la « pauvreté inhérente » de ce canon d'interprétation⁹⁶. Il conteste ainsi l'idée que la Constitution posséderait un sens définitif, donné une fois pour toutes, qui serait trouvé dans l'intention des constituants. La vue selon laquelle le juge doit donner effet à l'intention du législateur provient, selon Corwin, du droit des successions⁹⁷. Elle est largement répandue, si bien que « [le droit constitutionnel] provient en grande partie d'idées spéculatives au sujet de ce que les rédacteurs de la Constitution ou la génération qui l'a adoptée voulaient qu'elle signifiât »⁹⁸. Le droit constitutionnel est directement inspiré de la théorie constitutionnelle, ces « conceptions généralisées et souvent contradictoires de ce que la Constitution est ou devrait être, conceptions qui sont souvent aussi anciennes que la Constitution elle-même »⁹⁹. Le lien

certain interpretation to the Constitution by sheer force of arms. But the archiconoclast was Lincoln. If the demise of the Constitution's divinity is to be given a date, it ought to be that day on which Lincoln announced that if it was necessary to violate certain provisions of the Constitution in order to save the Union he would do that very thing. » (*Ibid.*, p. 55.)

⁹³« For back of this announcement was Lincoln's vision – others had had it before him - of a nation greater than any Constitution. » (*Ibid.*, p. 55.)

⁹⁴*Ibid.*, p. 50.

⁹⁵*Ibid.*, p. 55.

⁹⁶Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, p. 14.

⁹⁷Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation », *American Political Science Review*, vol. 19 (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, p. 190.

⁹⁸« the latter in turn derives in no small part from speculative ideas about what the framers of the Constitution or the generation which adopted it intended it should mean » (*Ibid.*, p. 192.)

⁹⁹« constitutional theory – by which I mean, let me repeat in substance, those generalized, and often conflicting

entre la Constitution et la théorie constitutionnelle est précisément assuré par la référence à l'intention originaire :

« Mais c'est la maxime qui veut que l'intention du législateur gouverne qui a été, pour ainsi dire, le principal, sinon le seul viaduc entre la Constitution et la théorie constitutionnelle. Les théories constitutionnelles les plus contradictoires ont d'abord réclamé l'attention des interprètes officiels de la Constitution sur le fondement qu'elles représentaient l'intention authentique des rédacteurs de la Constitution, ou du moins de ceux qui l'ont adoptée. »¹⁰⁰

Sa critique des interprétations originalistes est double. Sur le plan de la méthode, l'intention originaire est le plus souvent impossible à déterminer. La base historique des arguments qui y font appel est « le plus souvent très précaire » (« *frequently most precarious* »)¹⁰¹. Mais la difficulté apparaît avec une évidence nouvelle lorsque le juge est amené à se prononcer sur des problèmes qui ne pouvaient se poser au moment de la ratification. Il est « de toute évidence impossible en cette année de grâce de savoir quelle était l'intention "de la Constitution", de ceux qui l'ont rédigée ou de ceux qui l'ont ratifiée sur des objets qui n'existaient pas en 1787 »¹⁰². Affirmer l'inverse est absurde :

« Ceci rappelle une vieille énigme. Question : "Ton frère aime-t-il le fromage ?" Réponse : "Je n'ai pas de frère." Question : "Mais si tu avais un frère, aimerait-il le fromage ?" »¹⁰³

Dans son commentaire « *Moratorium over Minnesota* » de la décision *Blaisdell*¹⁰⁴, Corwin reproche au juge Sutherland d'avoir affirmé que la Constitution devait être interprétée conformément à l'intention des constituants, alors même que ceux-ci n'avaient pu imaginer ou

views of what the Constitution is or ought to be, which are often as old as the Constitution itself » (*Ibid.*, p. 189.)

¹⁰⁰ « Yet it is this maxim that the intention of the law-maker governs which has always been the principal, if not the sole viaduct, so to speak, between the Constitution and constitutional theory. Constitutional theories the most contradictory have from the first claimed the attention of the official interpreters of the Constitution on the score of representing the real honest-to-goodness intentions of the framers of the Constitution, or if not of its framers, then of who adopted it. » (*Ibid.*, p. 190.)

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 191.

¹⁰² « it being obviously impossible in this year of grace to know what was intended " by the Constitution ", or by the framers or the ratifiers thereof, with regard to matters which did not exist in 1787 » (Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 150.)

¹⁰³ « One is reminded of an old conundrum. Query : " Does your brother like cheese ? " Answer : " I have no brother. " Query : " But if you had a brother, would he like cheese ? " » (*Ibid.*, p. 150.)

¹⁰⁴ *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

prévoir la réalité de la société américaine en 1933¹⁰⁵ :

« Il s'en suit que le travail d'interprétation de la Constitution par la Cour ne peut jamais prendre la forme seule d'une enquête historique de l'intention supposée des rédacteurs sur des sujets pour lesquels ils ne pouvaient certainement avoir quelque intention – sauf à prétendre à l'omniscience divine. »¹⁰⁶

De même, il commente avec une ironie féroce la solution retenue par le *Chief Justice* Taney dans l'affaire *Dred Scott*¹⁰⁷ :

« La Constitution, déclare le *Chief Justice* Taney, s'exprime toujours “non seulement avec les mêmes mots, mais avec la même intention” que lorsqu'elle venait des constituants. Le miracle est alors que la Constitution de 1787 ait été maintenue et préservée par l'énigme du pouvoir judiciaire, par sa clairvoyance quant aux intentions d'hommes disparus depuis longtemps au sujet de choses qui n'existaient pas au moment où ils vivaient. »¹⁰⁸

Surtout, les principes mêmes qui doivent gouverner l'interprétation en matière constitutionnelle interdisent les arguments originalistes :

« [D]e telles idées, cependant, [...] n'ont rien à voir avec l'affaire principale de l'interprétation constitutionnelle. »¹⁰⁹

En effet, les idées d'« une génération depuis longtemps disparue » ne peuvent être appropriées à la réalisation des « aspirations de la génération actuelle »¹¹⁰. En définitive, ce

¹⁰⁵Edward S. CORWIN, « Moratorium over Minnesota », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 82 (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 333.

¹⁰⁶« It follows that the Court's work of construing the Constitution can never take the form solely of an historical inquiry into the supposed intention of the framers regarding something as to which they could not possibly have had any intention – at least, without pretending to divine omniscience. » (*Ibid.*, pp. 333-334.)

¹⁰⁷*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

¹⁰⁸« The Constitution, Chief Justice Taney there declares, speaks always "not only with the same words, but with the same intent" as when it came from the framers. Thus is the miracle which is the Constitution of 1787 to be maintained and preserved by the mystery which is judicial power – its clairvoyance into the intentions of men long dead as to things which did not exist when they lived. » (Edward S. CORWIN, « The Constitution as Instrument and as Symbol » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 175.)

¹⁰⁹« such ideas, nevertheless, [...] have no application to the main business of constitutional interpretation » (Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 191.)

¹¹⁰« a point of view which is sympathetic with the aspirations of the existing generation of American people,

canon d'interprétation constitutionnelle est néfaste, parce que la référence à l'intention originaire rend « l'instrument écrit rigide et inflexible, bien au-delà de la conséquence raisonnable de ses termes »¹¹¹. En 1926, Corwin reprend cet argument, et propose d'opposer deux méthodes d'interprétation, l'« interprétation historique » (« *historical interpretation* ») et l'« interprétation adaptative » (« *adaptive interpretation* »)¹¹². La seconde méthode a encore une fois clairement sa préférence.

Un souci d'exactitude oblige à préciser que Corwin semble parfois revenir sur la position qu'il avait initialement adoptée. En 1937, il estime par exemple que le droit constitutionnel de John Marshall correspond exactement à l'intention, finalement discernable, des constituants et dérive à ce titre directement du document lui-même¹¹³. Il considère parfois que l'intention originaire est pertinente pour résoudre des problèmes contemporains, par exemple celui de « l'harmonisation de la règle de la majorité avec les droits des minorités ou, plus spécifiquement, l'harmonisation des institutions républicaines avec la sécurité de la propriété, des contrats et du commerce »¹¹⁴. Il lui arrive également d'invoquer l'intention des constituants pour justifier certaines de ses positions, par exemple sur la nature des relations qui unissent le gouvernement fédéral et les États. Il est par ailleurs amusant de constater que, s'il qualifie le *New Deal* de « révolution constitutionnelle », il lui arrive d'en défendre la constitutionnalité sur le fondement de l'intention originaire des constituants : il estime que la Constitution a été faite « par des hommes qui étaient très accueillants à l'égard de l'idée d'une intervention gouvernementale dans le royaume de l'économie »¹¹⁵. Surtout, et ainsi que le soulignait Thomas R. Powell dès 1925, il ne parvient pas réellement à trouver une alternative crédible et pratique en matière d'interprétation constitutionnelle :

rather than that which is furnished by concern for theories as to what was intended by a generation long since dissolved into its native dust » (Ibid., p. 191.)

¹¹¹« *On the contrary, they frequently contribute to rendering the written instrument rigid and inflexible far beyond what is reasonable consequence of its terms. » (Ibid., p. 192.)*

¹¹²Edward S. CORWIN, « *Judicial Review in Action* » (1926) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 208.

¹¹³« *The constitutional law of John Marshall gave embodiment [...] to ascertainable intentions of the framers, and in that sense sprang very immediately from the constitutional document itself. » (Edward S. CORWIN, « Standpoint in Constitutional Law », *Boston University Law Review* vol. 17 (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 286.)*

¹¹⁴« *Furthermore, the doctrine [of vested rights] represented the essential spirit and point of view of the founders of American constitutional law, who saw before them the same problem that had confronted the Convention of 1787, namely, the problem of harmonizing majority rule with minority rights, or more specifically, republican institutions with the security of property, contracts, and commerce. » (Edward S. CORWIN, « The Basic Doctrine of American Constitutional Law » (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 51.)*

¹¹⁵« *by men who were entirely hospitable to the idea of governmental intervention in the realm of economics » (Edward S. CORWIN, « The New Deal in the Light of American Political and Constitutional Ideas », *Edward S. Corwin Papers*, Princeton, Princeton University Library, 27 juin 1936 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 86.)*

« Si [Corwin] apaise les vents d'une doctrine ridicule, il doit nous donner à leur place quelques guides pour rendre avec sagesse une série indéfinie de jugements pratiques. La tâche ne peut être accomplie en substituant une nouvelle doctrine à une ancienne. »¹¹⁶

En définitive, Corwin semble cependant condamner ces théories qui rigidifient la Constitution et qui ne servent qu'à masquer la part d'arbitraire des décisions juridictionnelles, permettant au juge « de légiférer sans assumer les responsabilités des législateurs »¹¹⁷. Il ne critique donc pas seulement la sacralisation de la Constitution et de ses principes, mais également la croyance que le juge en est le gardien impartial. Il entend révéler la nature véritable du travail juridictionnel : le juge crée le droit, au point que la Constitution n'est finalement rien d'autre que sa « version judiciaire », le droit constitutionnel.

I. L'identification de la Constitution et du droit constitutionnel dit par le juge

Corwin distingue les notions de « constitution », de « droit constitutionnel » et de « théorie constitutionnelle ». Il souligne la difficulté qu'il y a à définir exactement le terme de constitution, qualifié d'« ambigu » (« *of ambiguous significance* »)¹¹⁸. La Constitution américaine peut être entendue dans un sens formel et dans un sens matériel. Au sens formel, elle correspond au document de 1787 et aux amendements adoptés selon les procédures constitutionnellement définies¹¹⁹. Mais, comprise dans son sens matériel, elle est « bien plus que cela » (« *much more than this* »)¹²⁰. En effet, son objet est « de présenter les traits généraux d'un système de gouvernement et de définir d'une manière plus ou moins étendue les pouvoirs de ce gouvernement, en relation avec les droits des personnes et en relation avec certaines autres entités politiques qui sont incorporées dans le système »¹²¹. La Constitution

¹¹⁶ « *If he stills the winds of foolish doctrine, he must give us in their place some guides to the way of wisdom in making an indefinite series of practical judgments. The job cannot be done by substituting new doctrine for old.* », (Thomas R. POWELL, « Comment on Mr Corwin's paper », *American Political Science Review*, vol. 19 (1925), p. 305.)

¹¹⁷ « *But furthermore, constitutional theory, by the choice which it frequently offers of contradictory premises, enables the Court often to legislate without assuming the due responsibilities of legislators.* » (Edward S. CORWIN, « The Constitution as Instrument and as Symbol » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 193.

¹¹⁸ Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 183.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 183.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 183.

¹²¹ « *For what is the purpose of a constitution ? Briefly, it is to lay down the general features of a system of government and to define to a greater or less extent the powers of such government, in relation to the rights of persons on the one hand, and on the other – in our system at any rate – in relation to certain other political entities which are incorporated in the system.* » (*Ibid.*, p. 183.)

des États-Unis n'est pas simplement la Constitution formellement écrite¹²². Elle est « un système infiniment étendu de lois, de coutumes et de décisions judiciaires, dont le document constitutionnel, tel qu'il était, n'est que le noyau et dans lequel il tend toujours à être absorbé »¹²³. Le « document constitutionnel » au sens strict est alors complété (« *supplemented* »), voire supplanté (« *supplanted* »)¹²⁴ par les lois, les usages de gouvernement, et surtout par un ensemble de décisions judiciaires¹²⁵. La Constitution s'identifie désormais au droit constitutionnel, c'est-à-dire à l'ensemble des décisions par lesquelles le juge interprète la Constitution. Elle correspond en réalité à l'ensemble des interprétations judiciaires du texte constitutionnel :

« Pour beaucoup de raisons pratiques, la Constitution est [la] version judiciaire [d'elle-même] – le droit constitutionnel. »¹²⁶

En 1914, Corwin écrivait que le *judicial review* aux États-Unis reposait sur l'idée que les juges étaient les seuls interprètes authentiques de la Constitution¹²⁷. Plus tard, il affirma que ce pouvoir d'interprétation était en réalité un pouvoir de création du droit. En 1925, il effectua pourtant une critique mesurée de la théorie réaliste. Il estime en effet que les décisions du juge ne peuvent être purement et simplement qualifiées de partis pris en faveur de certaines politiques, notamment économiques. Il existe une certaine part de vérité dans l'idée que le droit constitutionnel dépend des circonstances économiques et politiques et que les interprétations des juges sont l'expression de leurs préférences personnelles : « Aucun étudiant ne nierait complètement la force de ces vues. »¹²⁸ Cependant, les formes de pensée et les modes de raisonnement historiquement consacrés vont avoir une importance aussi grande pour la théorie constitutionnelle que les préférences personnelles du juge¹²⁹. Sa liberté n'est donc pas absolue, puisqu'elle se trouve limitée par des contraintes rhétoriques. En outre, si Corwin reconnaît que le droit constitutionnel américain n'est pas complètement indépendant

¹²²*Ibid.*, p. 184.

¹²³« " *The Constitution of the United States* " comprises a vastly extended system of legislation, customs and adjudications, of which the constitutional document is, as it were, but the nucleus, and into which it tends ever to be absorbed. » (Edward S. CORWIN, « Standpoint in Constitutional Law » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., pp. 278-279.)

¹²⁴*Ibid.*, p. 279.

¹²⁵Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 184.

¹²⁶« *For many practical purposes the Constitution is the judicial version of it – constitutional law.* » (*Ibid.*, p. 192.)

¹²⁷Edward S. CORWIN, « Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review » (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 103.

¹²⁸« *No student would care to deny altogether the force of these views.* » (Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 188.)

¹²⁹*Ibid.*, p. 190.

des évolutions politiques et économiques du pays¹³⁰, la doctrine réaliste lui semble trop sophistiquée : elle ne correspond pas à la manière dont la majorité des juges se représente le processus judiciaire¹³¹. Dans la plupart des cas, les juges croient sincèrement qu'il existe des « vérités constitutionnelles » qu'il convient de respecter :

« Pour eux, des notions telles que la séparation des pouvoirs, le frein et le contrepoids, l'indépendance judiciaire, la suprématie nationale, les droits des États, la liberté de contracter, les droits acquis, le pouvoir de police, n'expriment pas seulement d'importantes réalités, mais *sont* des réalités – ce sont des formes de pensée qui ont une vitalité et une validité qui leur sont propres. »¹³²

Mieux, le juge estime souvent qu'il est de son devoir de les préserver en les conciliant¹³³.

La pensée de Corwin semble cependant se radicaliser. Il relativise grandement l'importance de ce qu'il appelle la « Constitution documentaire » et apparaît de plus en plus préoccupé par le manque d'objectivité dans le travail du juge¹³⁴. Le document constitutionnel est désormais « à peine plus qu'un point de référence formel »¹³⁵. Corwin souligne la liberté de choix (« *freedom of choice* ») du juge, et en particulier de la Cour suprême des États-Unis¹³⁶. Le juge est « parfaitement libre » de choisir telle ou telle approche des questions constitutionnelles, approche qui en détermine souvent la solution¹³⁷. L'appréciation du juge porte d'abord sur les canons d'interprétation à utiliser dans chaque affaire :

« Dans tous les litiges dans lesquels deux canons opposés de construction constitutionnelle, conduisant à des résultats contraires, se disputent la reconnaissance de la Cour, la Cour possède dès le

¹³⁰*Ibid.*, p. 188.

¹³¹« *The question, however, remains whether the average judge takes quite so sophisticated an attitude toward constitutional theory ; and on that point I venture to express a strong doubt.* » (*Ibid.*, p. 189.)

¹³²« *To them such phrases as the separation of powers, check and balance, judicial independence, national supremacy, states' rights, freedom of contract, vested rights, police power, not only express important realities, they are realities – they are forms of thought with a vitality and a validity of their own.* » (*Ibid.*, p. 189.)

¹³³*Ibid.*, p. 190.

¹³⁴Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, p. 15.

¹³⁵« *hardly more than a formal point of reference* » (Edward S. CORWIN, « Standpoint in Constitutional Law », (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, p. 294.)

¹³⁶Edward S. CORWIN, « Judicial Review in Action » (1926) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, p. 209.

¹³⁷« *most constitutional issues are determined by the Court's approach to them, and [...] the Court is usually a perfectly free agent in choosing its approach* » (Edward S. CORWIN, « Moratorium over Minnesota » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, p. 336.)

début un choix entre un double ensemble de réponses. »¹³⁸

Il peut passer d'un canon d'interprétation à un autre, et dissimuler cette liberté en situant la décision dans une lignée de précédents :

« Dans le cas de la Constitution des États-Unis, ses interprètes officiels sont en mesure de revendiquer une liberté de décision inhabituelle, à la fois grâce à la généralité des termes employés dans cet instrument et grâce à la diversité des règles de construction qui sont apparues en la matière et qui permettent d'aboutir à des résultats opposés. Et si la liberté de décision est parfois entravée par la règle du précédent, elle est quelquefois assistée par elle en raison de la dissimulation que le précédent permet. »¹³⁹

Les conséquences de la liberté du juge sont d'autant plus importantes que ses interprétations ne se déduisent pas de la Constitution écrite, mais « d'idées et de théories extérieures » (« *outside ideas and theories* »)¹⁴⁰. Pour Corwin, il ne fait aucun doute que le juge est créateur de droit : l'idée que l'interprétation du juge ne transforme pas la Constitution n'est qu'« une fiction pieuse » (« *a pious fiction* »)¹⁴¹. Le juge est un corps législatif (« *legislature* »), voire, quand il contrôle la constitutionnalité des lois, un « super-corps législatif » (« *super-legislature* »)¹⁴². Si la Constitution ne répond pas aux exigences modernes, la faute en incombe alors au juge :

« Mais s'étant peu à peu approprié les pouvoirs vastes et indéfinis qu'elle possède aujourd'hui sur la Constitution, la Cour s'est en même temps approprié une responsabilité comparable de veiller à ce que sa lecture de la Constitution permette d'éviter des catastrophes sociales. »¹⁴³

¹³⁸ « *In all cases in which two opposed canons of constitutional construction, leading to contrary results, compete for the Court's recognition, the Court is furnished from the outset with a double set of answers to choose between.* » (Edward S. CORWIN, « *Judicial Review in Action* » (1926) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., pp. 208-209.)

¹³⁹ « *In the case of the Constitution of the United States, its official interpreters are able to claim an unusual freedom of decision, both because of the generality of the language employed in that instrument, and also because of the variety and the contrariety in the rules of construction which have grown up about it. And if freedom of decision is sometimes hampered by precedent, it is sometimes assisted thereby, in consequence of the concealment which precedent can lend it.* » (*Ibid.*, p. 210.)

¹⁴⁰ Edward S. CORWIN, « *Standpoint in Constitutional Law* » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 281.

¹⁴¹ Edward S. CORWIN, « *Judicial Review in Action* » (1926) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 217.

¹⁴² Edward S. CORWIN, « *Standpoint in Constitutional Law* » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 294.

¹⁴³ « *But having gradually appropriated the vast indefinite powers, which it today possesses over the*

Elle doit alors interpréter la Constitution de sorte qu'elle réponde aux besoins du peuple américain. Corwin défend ici une Constitution plus flexible et plus démocratique que celle née de la science politique des constituants.

Section 2 : La promotion d'une Constitution instrumentale

Le juge doit adapter la Constitution aux conditions et aux besoins changeants de la société moderne (I). Il doit en faire un instrument démocratique, ce qui implique que ses interprétations soient conformes à la volonté du peuple telle qu'elle est exprimée par la majorité au Congrès (II).

I. Une Constitution évolutive

La Constitution américaine doit être envisagée de manière évolutive et flexible. Elle n'est pas un code immuable, mais doit s'adapter aux exigences contemporaines. Le rôle de l'interprétation constitutionnelle est alors de « maintenir la Constitution ajustée aux besoins du temps »¹⁴⁴. D'une manière générale, Corwin reproche aux juges de n'avoir pas suffisamment veillé à l'adaptation de l'ordre légal à l'époque contemporaine (« *its relevancy to the times* »)¹⁴⁵. Il leur fait grief d'« être gouvernés par leur représentation des choses du temps où la Constitution était adoptée » quand ils devraient la considérer « comme la source d'un régime politique doté d'une vie propre »¹⁴⁶. Il critique le « rigorisme » constitutionnel, la Constitution devant être « adaptée aux besoins d'une société moderne et complexe »¹⁴⁷. Elle ne doit pas être rendue « rigide » ou « inflexible » par l'interprétation constitutionnelle¹⁴⁸. Elle

Constitution, the Court has at the same time appropriated a commensurate responsibility to see to it that its reading of the Constitution shall avoid social catastrophe. » (Edward S. CORWIN, « Moratorium over Minnesota » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 334.)

¹⁴⁴ « *the main business of constitutional interpretation, which is to keep the Constitution adjusted to the advancing needs of the time* » (Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 192.)

¹⁴⁵ Edward S. CORWIN, « Judicial Review in Action » (1926) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 217.

¹⁴⁶ « *Far too often has it permitted itself to be governed by a picture of things as of the time when the Constitution was adopted, thus elbowing aside the truer conception of the Constitution as the source of a polity endowed with a life of its own.* » (Edward S. CORWIN, « Standpoint in Constitutional Law » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 207.)

¹⁴⁷ « *constitutional « rigorism » still maintains certain outposts from which it must be dislodged, if our system of constitutional limitations is to be adapted to the needs of modern complex society* » (Edward S. CORWIN, « Social Insurance and Constitutional Limitations », *Yale Law Journal*, vol. 26 (1917) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 53.)

¹⁴⁸ Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 192.

doit répondre aux besoins de la société moderne (« *must meet their need* »)¹⁴⁹. Pour cela, elle doit être interprétée « à la lumière des conditions de vie » (« *in the light of living conditions* »)¹⁵⁰ et être évaluée selon son « aptitude à l'usage » (« *serviceability* »)¹⁵¹. Corwin reprend ici des expressions caractéristiques de la rhétorique de la *living constitution* qui apparaît au début du XXe siècle. Comme les autres auteurs de ce courant doctrinal, il utilise la figure de John Marshall et sa formule selon laquelle la Constitution est « appelée à durer pour les âges à venir et [...], par conséquent, doit être adaptée à toutes les crises que traversent les affaires humaines »¹⁵². Il revendique ailleurs cet héritage : « Sur cette question fondamentale [...] de la nature de la Constitution et de sa source, j'ai choisi d'adopter entièrement le point de vue du juge Marshall. »¹⁵³ Mais il va en réalité bien plus loin, puisqu'il affirme que la Constitution doit être considérée comme « une loi vivante, palpitant avec l'objet de l'heure, se jouant à chaque souffle nouveau du peuple américain »¹⁵⁴.

Ces principes généraux sont mis en application dans les commentaires que Corwin fait des décisions de la Cour suprême. Il approuve l'opinion majoritaire dans l'affaire *Blaisdell*¹⁵⁵, rédigée par le *Chief Justice* Hughes qui affirme que « la Constitution est faite pour une société changeante, et qu'elle doit en conséquence être adaptée aux besoins de celle-ci »¹⁵⁶. Corwin souligne que, eu égard aux « faits de la vie quotidienne actuelle » qui n'avaient de toute façon pas pu être prévus par les constituants, « la Constitution [devait] simplement être adaptée, tôt ou tard », et que la seule question était celle de la « méthode » de cette adaptation¹⁵⁷. Les conséquences quant à la nature de la Constitution sont extrêmes :

¹⁴⁹Edward S. CORWIN, « The Worship of the Constitution » (1920) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 55.

¹⁵⁰Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 191.

¹⁵¹Edward S. CORWIN, « The Worship of the Constitution » (1920) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 55.

¹⁵²« *The Constitution [was] intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs.* » (*McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 415 (1819) ; trad. Élisabeth ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, p. 36 ; cité par Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 193)

¹⁵³« *on the fundamental issue [...] of the nature of the Constitution and its source, I have felt free to adopt throughout the point of view of Chief Justice Marshall* » (Edward S. CORWIN, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton, Princeton University Press, 1920, 1ère éd., p. vii.)

¹⁵⁴« *a living statute, palpitating with the purpose of the hour, reenacted with every waking breath of the American people* » (Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 192.)

¹⁵⁵*Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

¹⁵⁶« *the Constitution was made for a changing society, and consequently to be adapted to the needs thereof* » (Edward S. CORWIN, « Moratorium over Minnesota » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 332.)

¹⁵⁷« *It must also involve recognition of the facts of present everyday living. To such facts the Constitution simply must be and will be adapted sooner or later, and the only question is one of method.* » (*Ibid.*, p. 334.)

« La Constitution doit signifier différentes choses à différents moments, si elle doit vouloir dire ce qui est raisonnable, applicable, possible. »¹⁵⁸

L'opinion du *Chief Justice* Hughes est considérée comme le point de départ de la consécration par la Cour suprême de la doctrine de la constitution vivante. Dès 1934, Corwin souligne l'importance de cet arrêt qui, pour la première fois, « traite la Constitution comme [...] contemporaine »¹⁵⁹. Il écrit que « l'invocation du canon de Marshall de la construction adaptative fait de l'opinion du *Chief Justice* quelque chose dont les développements futurs méritent d'être suivis »¹⁶⁰. Inversement, il désapprouve la décision *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*¹⁶¹ : la Constitution y est comprise comme un corps de règles immuable, « statique »¹⁶². Au total, Corwin constate que le droit constitutionnel contemporain est davantage adaptable : il est en effet « flexible » (« *flexible* ») comme il ne l'a jamais été en quarante ans¹⁶³.

En 1934, il pose la question de la nature réellement juridique du droit constitutionnel. La crise du *New Deal* va l'amener à penser de plus en plus la Constitution américaine en termes de pratiques institutionnelles. Ainsi, le *National Industrial Recovery Act* est déclaratif d'un certain nombre de principes qui n'apparaissent pas, ou du moins pas explicitement, dans la Constitution. Si « la Constitution des États-Unis peut s'accommoder de la révolution que le N.I.R.A. annonce indubitablement »¹⁶⁴, le *New Deal* marque cependant « un changement dans le caractère de la Constitution »¹⁶⁵. Pour l'expliquer, Corwin effectue un parallèle entre les constitutionnalismes anglais et américain. En 1400, la *Magna Carta* constituait en grande partie la Constitution de l'Angleterre, mais il constate qu'en 1700, elle a été « absorbée dans

¹⁵⁸ « *The fact of the matter is, however, that the Constitution must mean different things at different times if it is to mean what is sensible, applicable, feasible.* » (*Ibid.*, p. 334.)

¹⁵⁹ « *treats the Constitution as contemporary [...] with today* » (*Ibid.*, p. 336.)

¹⁶⁰ « *the invocation of Marshall's canon of adaptative construction, make the chief justice's opinion something whose future should be worth watching* » (*Ibid.*, p. 336.)

¹⁶¹ 295 U.S. 495 (1935).

¹⁶² « *Champions of the Supreme Court's decision in the Poultry Case (Schechter v. United States) thank God " the Constitution still stands " but others have asked if the decision does not mean rather that the Constitution stands still.* » (Edward S. CORWIN, « The Schechter Case – Landmark, or What ? », *New York University Law Quarterly Review* vol. 13 (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, *op. cit.*, p. 337.)

¹⁶³ Edward S. CORWIN, « Social Planning under the Constitution – A Study in Perspectives », *American Political Science Review*, vol. 26 (1932) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁶⁴ « *I think the Constitution of the United States can accomodate itself to the revolution which the Nira undoubtedly does spell.* » (Edward S. CORWIN, « Some Probable Repercussions of " Nira " on Our Constitutional System » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, *op. cit.*, p. 63.)

¹⁶⁵ « *I think further that this means a change in the character of the Constitution itself.* » (*Ibid.*, pp. 62-63.)

un vaste complexe d'institutions environnantes »¹⁶⁶. Il prédit un avenir semblable pour la Constitution américaine. L'attitude des Américains à l'égard de leur Constitution sera moins juridique (« *legalistic* ») et plus politique (« *political* »)¹⁶⁷. La Constitution est de plus en plus ce qu'en font les acteurs politiques. Corwin va ici très loin, puisqu'il semble penser que l'évolution du constitutionnalisme américain conduira à l'avènement d'une nouvelle constitution, non écrite, comprise de manière politique et non plus normative.

II. Une Constitution démocratique

Pour assurer le caractère démocratique de la Constitution, le juge doit l'interpréter de manière à la rendre conforme à la volonté populaire, telle qu'elle est exprimée par les organes politiques démocratiquement élus. En effet, la Constitution est « la loi du peuple » (« *the people's law* »)¹⁶⁸. Le seul fondement de sa « validité comme loi et comme matrice des lois » du système américain (« *validity as a law and as the matrix of laws* ») est le droit du peuple de déterminer lui-même ses institutions, droit qui doit se rejouer à chaque génération, « à chaque nouveau souffle du peuple américain » (« *every waking breath of the American people* »)¹⁶⁹. Son caractère suprême résulte aujourd'hui du fait qu'elle exprime la volonté du peuple :

« En tant que document, la Constitution provient de ses rédacteurs, et son élaboration a été un événement d'un grand intérêt historique, mais en tant que loi, la Constitution provient et tire toute sa force du peuple des États-Unis de ce jour et de cette heure. »¹⁷⁰

Corwin, pour le démontrer, s'appuie sur un argument grammatical : le préambule de la Constitution utilise le présent, et non un temps passé¹⁷¹. Il est arrivé que cette exigence

¹⁶⁶ « *In the year 1400, Magna Carta was the English Constitution in great part ; in the year 1700, Magna Carta had been absorbed into a vast complexus of environing institutions. And so it may be with the Constitution of the United States.* » (*Ibid.*, p. 63.)

¹⁶⁷ « *The Constitution will accomodate itself to the revolution, will be absorbed into it more or less, and our attitude toward it will consequently become less legalistic and more political. We shall value it for the aid it lends to considered social purpose, not as a lawyers' document.* » (*Ibid.*, p. 63.)

¹⁶⁸ Edward S. CORWIN, « The Worship of the Constitution » (1920) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 154.

¹⁶⁹ « *The proper point of view from which to approach the task of interpreting the Constitution is that of regarding it as a living statute, palpitating with the purpose of the hour, reenacted with, whose primitive right to determine their institutions is its sole claim to under our system.* » (Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 192.)

¹⁷⁰ « *As a document the Constitution came from its framers, and its elaboration was an event of the greatest historical interest, but as a law the Constitution comes from and derives all its force from the people of the United States of this day and hour.* » (*Ibid.*, p. 191.)

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 191.

démocratique soit oubliée. Corwin estime ainsi que si John Marshall défendait l'idée d'une Constitution adaptable, la souveraineté, à son époque, n'était pourtant qu'un principe vide (« *a sovereignty in vacuo, in no small measure* »)¹⁷². La Constitution doit être l'« instrument du pouvoir populaire au service du progrès » (« *instrument of popular power for the achievement of progress* »)¹⁷³. Corwin recommande que le symbole constitutionnel soit révisé afin qu'il soit rendu conforme à la Constitution « envisagé[e] comme l'instrument du gouvernement d'un peuple et d'une nation unifiée qui n'a pas encore perdu foi dans sa destinée politique »¹⁷⁴.

Corwin ne semble pas réellement voir de contradiction entre cette idée démocratique et le principe du *judicial review*. Il ne remet pas en cause le principe d'un contrôle de la constitutionnalité des lois sur le fondement de son caractère antidémocratique comme d'autres auteurs progressistes avaient pu le faire. Il n'a jamais considéré que le *judicial review* était nécessairement « incompatible » avec la règle de la majorité¹⁷⁵. Au contraire, il juge que l'idée de limitations constitutionnelles judiciairement appliquées n'est pas exclusive d'un gouvernement populaire¹⁷⁶, et ce même si « la peur des majorités populaires est à la base de toute l'institution du *judicial review*, et [du] système constitutionnel tout entier »¹⁷⁷. Il insiste cependant sur le fait que la Constitution américaine « n'appartient pas à la Cour suprême » et qu'elle est la « loi du peuple » qui doit seul en pouvoir « déterminer la signification et l'application »¹⁷⁸. La Cour suprême doit adapter son pouvoir « au caractère populaire sous-jacent » des institutions politiques et adopter une attitude « sympathique » à l'égard « des besoins et des opinions contemporains clairement établis »¹⁷⁹. Concrètement, au moment du *New Deal*, cela signifie que la Cour doit cesser de s'opposer à une intervention du gouvernement fédéral en matière de régulation économique et venir le soutenir dans cette

¹⁷²Edward S. CORWIN, « The Constitution as Instrument and as Symbol » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 172.

¹⁷³*Ibid.*, p. 169.

¹⁷⁴« *Revision of the constitutional symbol there must be, I submit, to bring it into conformity with the constitutional instrument, regarded as the instrument of a people's government and of a unified nation which has not yet lost faith in its political destiny.* » (*Ibid.*, p. 179.)

¹⁷⁵Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition », in Stow Persons (ed.), *Evolutionary Thought in America*, Yale University Press, 1950 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 193.

¹⁷⁶Edward S. CORWIN, « The Constitution as Instrument and as Symbol » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 179.

¹⁷⁷« *fear of popular majorities [...] lies at the very basis of the whole system of judicial review, and indeed of our entire constitutional system* » (Edward S. CORWIN, « The Supreme Court and the Fourteenth Amendment », *Michigan Law Review*, vol. 7 (1909) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 136.)

¹⁷⁸« *On the other hand, the Constitution does not belong to the Supreme Court – it does not belong even to the American Bar Association. It is the people's law, and they in the long run are entitled to determine its meaning and application – and the run should not be too long either !* » (Edward S. CORWIN, « Standpoint in Constitutional Law » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 295.)

¹⁷⁹« *If the Court is to retain its power of judicial review, it must adjust that power to the underlying popular character of our political institutions, and hence must adopt a sympathetic attitude toward clearly established contemporary needs and opinion.* » (*Ibid.*, p. 295.)

tâche¹⁸⁰. À propos de l'affaire dite « *Poultry Case* »¹⁸¹, Corwin juge qu'« une opinion plus sévère, ou moins compatissante envers la tâche actuelle du gouvernement avait rarement été émise par la Cour » et que la décision était alors « vraiment regrettable »¹⁸². Cette jurisprudence est contraire à la règle de la majorité : elle signifie pour Corwin la protection des intérêts de certaines minorités contre la majorité populaire¹⁸³. Il semble donc parfois soutenir contre le *judicial review* la règle de la majorité et le principe de la souveraineté de la législature. Il écrit par exemple en 1935 que le *New Deal* « envisage l'autorité législative comme l'autorité suprême du gouvernement »¹⁸⁴ et en 1936 que le pouvoir qu'a le juge de contrôler les actes du Congrès s'oppose à « l'un des principes les plus fondamentaux de la théorie constitutionnelle des rédacteurs de la Constitution », celui de la suprématie législative¹⁸⁵. De manière générale, il recommande au juge d'adopter une attitude d'autolimitation. Il reproche à la Cour suprême d'intervenir en matière politique quand elle devrait s'en tenir à ce qu'il appelle des « principes concrets » afin de respecter la volonté de la majorité :

« Je veux des juges qui se gardent, si possible, d'intervenir dans le champ politique ; et qui s'en tiennent autant que possible à des principes concrets. »¹⁸⁶

Dans son commentaire de la décision *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*¹⁸⁷, il reproche ainsi au *Chief Justice* Hughes de n'avoir pas utilisé un « mode réaliste de raisonnement » et d'avoir ainsi fait preuve d'un « conceptualisme dogmatique »¹⁸⁸. Le juge « peut et doit » trancher des litiges particuliers (« *cases* »), mais ne doit plus décider de

¹⁸⁰Edward S. CORWIN, « The Constitution as Instrument and as Symbol » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 179.

¹⁸¹*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

¹⁸²« *A more astringent opinion, or one less sympathetic toward the actual task of government, has rarely if ever issued from the Court. This is truly unfortunate.* » (Edward S. CORWIN, « The Schechter Case – Landmark, or What ? » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 368.)

¹⁸³Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 177.

¹⁸⁴Edward S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court : A History of Our Constitutional Theory*, New Haven, Yale University Press, 1935, 2ème éd., p. 148.

¹⁸⁵« *Actually, judicial review of acts of Congress [...] can be articulated with the constitutional document only by a course of reasoning, and one which rejects pro tanto one of the most fundamental principles of the constitutional theory of the framers, namely, that of legislative supremacy.* » (Edward S. CORWIN, « Curbing the Court », *Annals of the American of Political and Social Sciences*, vol. 185 (1936), p. 45 ; repr. in Edward S. Corwin, *American Constitutional History*, op. cit., p. 126.)

¹⁸⁶« *I want judges who will keep their sickle out of the political field, if possible ; and as far as possible stick to concrete principles.* » (Edward S. CORWIN, « Reorganization of the Federal Judiciary » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 255.)

¹⁸⁷295 U.S. 495 (1935).

¹⁸⁸Edward S. CORWIN, « The Schechter Case – Landmark, or What ? » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 365.

questions politiques (« *questions* »)¹⁸⁹. Corwin prédit avec perspicacité que la Cour suprême interviendra de moins en moins en matière politique et économique, et de plus en plus pour protéger les droits fondamentaux :

« En résumé, [la Cour] n'interviendra plus, comme elle l'a parfois fait dans le passé, pour façonner la politique gouvernementale, au sens le plus large du terme. D'un autre côté, libérée du soupçon de l'engagement politique ou partisan, elle sera libre comme elle ne l'a pas été depuis des années de soutenir les valeurs humaines de la liberté de pensée, de la liberté d'expression et de la justice. »¹⁹⁰

Dans les années 1920 et 1930, Corwin remet en cause les grands principes du constitutionnalisme traditionnel. La Constitution ne doit plus être un obstacle aux décisions du Président et de la majorité du Congrès. Cette position intellectuelle lui permet de soutenir la constitutionnalité de la politique réformatrice du gouvernement fédéral et de condamner les décisions de la Cour suprême qui s'y opposent. Elle en fait donc l'un des premiers représentants de l'école du *New Deal*. Mais d'autres écrits obligent à nuancer cette appréciation de son œuvre. Dès 1925, il est conscient qu'il faut opposer une certaine résistance au « triomphe trop facile des forces sociales » (« *too easy triumph of social forces* »)¹⁹¹. En 1941, il a la formule suivante :

« Nous émergeons donc sur une scène dominée de plus en plus par le processus et les forces politiques ou – plus concrètement – par les majorités électorales, quelle que soit la manière dont elles sont contraintes, quelle que soit la manière dont elles sont menées. »¹⁹²

Malgré une première appréciation très favorable de la *living constitution*, il ne parvient pas vraiment à la concilier avec l'existence de limitations constitutionnelles du pouvoir politique qu'il juge pourtant nécessaires. Il s'intéresse très tôt aux doctrines philosophiques qui constituent les fondements de la pensée politique et constitutionnelle

¹⁸⁹Edward S. CORWIN, « Curbing the Court » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *American Constitutional History*, op. cit., p. 131.

¹⁹⁰« It will not, in brief, play the role that it has done at times in the past in the shaping of governmental policy in the broader sense of that phrase. On the other hand, released from suspicion of political or partisan entanglement, it will be free as it has not been in many years to support the humane values of free thought, free utterance and fair play. » (Edward S. CORWIN, « Statesmanship on the Supreme Court » (1940) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 378.)

¹⁹¹Edward S. CORWIN, « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 191.

¹⁹²« So we emerge more and more upon a scene dominated by the political process and political forces – or more concretely – by electoral majorities, however contrived, however led. » (Edward S. CORWIN, *Constitutional Revolution, Ltd*, Claremont, Calif., Pomona, Scripps and Claremont Colleges, 1941, p. 116.)

américaine. Dans ces écrits, il renoue avec l'approche traditionnelle de la Constitution comme symbole en insistant sur l'idée que la finalité de limitation du pouvoir gouvernemental fournit toujours l'essentiel de son sens à la Constitution. Est très révélatrice à cet égard l'évolution de son appréciation des grandes figures du constitutionnalisme américain, notamment Oliver W. Holmes et John Marshall. Dans sa défense de la constitution vivante, Corwin se présentait implicitement comme un disciple de Holmes. Au contraire, l'un de ses écrits ultérieurs se donne pour objectif de réfuter la critique que fait Holmes du droit naturel¹⁹³. De la même manière, Marshall lui permet tour à tour de défendre l'adaptabilité de la Constitution¹⁹⁴ et de condamner les valeurs portées par le *New Deal*¹⁹⁵.

¹⁹³Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts », *Notre Dame Lawyer*, vol. 25 (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 212.

¹⁹⁴Edward S. CORWIN, *Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation* » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 193.

¹⁹⁵Edward S. CORWIN, « John Marshall, Revolutionist Malgré Lui », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104 (1955) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 391.

Chapitre 2 : La Constitution comme limite opposée au pouvoir gouvernemental

Les travaux de Corwin sur les fondements de la Constitution américaine conduisent à relativiser la rupture qu'il effectuerait à l'égard du constitutionnalisme traditionnel. Dès les années 1920, il estime que la notion classique d'un gouvernement limité procède de l'existence d'un droit supérieur qui seul peut fonder l'exercice légitime du pouvoir. La tradition du droit naturel est au fondement de cette conception traditionnelle de la Constitution américaine (Section 1). À la fin de sa vie, il souligne l'érosion de ce fondement jusnaturaliste de la Constitution sous l'influence des théories évolutionnistes et, par conséquent, la transformation du type de gouvernement mis en place. Dans les années 1920 et 1930, une telle transformation semblait avoir sa faveur, et il est même possible de se demander s'il n'y a pas lui-même contribué en promouvant une constitution instrumentale. Cependant, sa dernière évaluation en la matière est sans illusion : la transformation, inéluctable, est synonyme de déclin pour le régime américain (Section 2).

Section 1 : Constitution américaine et droit supérieur **(« *higher law* »)**

La Constitution américaine a pour origine intellectuelle et historique l'ensemble de la tradition du droit naturel. Elle constitue alors l'aboutissement de l'idée d'un droit supérieur (« *higher law* ») : elle traduit l'existence de principes objectifs et rationnels supérieurs (I) auxquels est soumis le pouvoir gouvernemental, nécessairement limité (II).

I. Des principes objectifs et rationnels supérieurs

Dès 1925, Corwin écrivait que le droit pouvait être compris « comme le déploiement de l'ordre divin des choses ou comme une expression de la volonté humaine – comme un acte de connaissance (ou de révélation) ou un acte de pouvoir »¹⁹⁶. Il reprend cette distinction dans un article paru en 1928 et l'utilise pour présenter les deux fondements alternatifs de la légalité et de la suprématie de la Constitution : ces deux caractères peuvent s'expliquer par l'origine de la Constitution ou par son contenu. Dans le premier cas est défendue une conception

¹⁹⁶ « *an unfolding of the divine order of things or as an expression of human will – as an act of knowledge (or revelation) or an act of power* » (Edward S. CORWIN, « The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention » (1925) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., pp. 56-78.)

positiviste du droit – Corwin écrit « positive –, perçu comme l'expression de « commandements particuliers d'un législateur humain », comme un « ensemble d'actes de la volonté humaine »¹⁹⁷. La Constitution n'est alors suprême que parce qu'elle est l'expression de la volonté du peuple, « la source suprême de l'autorité », « l'incarnation suprême de la volonté humaine »¹⁹⁸. Mais il s'agit là selon Corwin d'une idée relativement tardive de la doctrine constitutionnelle américaine¹⁹⁹. S'il est vrai que la Constitution est depuis toujours considérée comme fondamentale et comme émanant du peuple souverain, « les deux idées n'avaient pas alors la même relation d'effet et de cause qu'elles entretiennent aujourd'hui »²⁰⁰. La Constitution peut également être jugée suprême du fait de son contenu, parce qu'elle incarne « une justice essentielle et immuable »²⁰¹. La thèse que soutient Corwin est précisément que la suprématie de la Constitution américaine repose historiquement et logiquement sur l'idée qu'elle incorpore des principes objectifs et rationnels supérieurs. « La légalité de la Constitution, sa suprématie et sa prétention à être révérencée » trouvent « un fondement commun » dans « la croyance d'un droit supérieur à la volonté des gouverneurs humains »²⁰². L'enjeu est l'existence de standards immuables susceptibles de guider l'action des gouvernements :

« Peut être découverte, dans les éléments permanents de la nature humaine elle-même, une justice durable qui transcende l'opportunité, et que le droit positif doit incarner s'il veut affirmer son allégeance à la conscience humaine. »²⁰³

L'idée de « droit supérieur » (« *higher law* ») fournit « certains principes de droit et de justice qui sont autorisés à prévaloir en raison de leur propre excellence intrinsèque »²⁰⁴.

¹⁹⁷ « the so-called "positive" conception of law as a general expression merely for the particular commands of a human lawgiver, as a series of acts of human will » (Edward S. CORWIN, « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law » (1928) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 81.)

¹⁹⁸ « the highest possible source of such of such commands, because the highest possible embodiment of human will, is " the people " » (*Ibid.*, p. 81.)

¹⁹⁹ « a comparatively late outgrowth of American constitutional theory » (*Ibid.*, p. 81.)

²⁰⁰ « It is undoubtedly true that from the outset the Constitution was regarded as fundamental, and also as emanating in some sort from the sovereign people, but the two ideas did not stand in the same relation of effect and cause that they do today. » (Edward S. CORWIN, « The Establishment of Judicial Review », *Michigan Law Review*, partie I, vol. 4 (1910) et partie II, vol. 9 (1911) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 46.)

²⁰¹ « essential and unchanging justice » (*Ibid.*, p. 46.)

²⁰² « Thus the legality of the Constitution, its supremacy, and its claim to be worshipped, alike find common standing ground on the belief in a law superior to the will of human governors. » (Edward S. CORWIN, « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law » (1928) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 81.)

²⁰³ « There is [...] discoverable in the permanent elements of human nature itself a durable justice which transcends expediency, and the positive law must embody this if it is to claim the allegiance of the human conscience. » (*Ibid.*, p. 86.)

²⁰⁴ « certain principles of right and justice which are entitled to prevail of their own intrinsic excellence » (*Ibid.*,

Elle affirme l'existence de « valeurs morales et politiques ultimes susceptibles d'être découvertes par la raison »²⁰⁵. Corwin critique alors Oliver W. Holmes qui affirme que toutes les valeurs sont relatives et que le pouvoir est le fait central de la société²⁰⁶.

Il soutient donc que le concept d'un droit supérieur a survécu, s'est transformé et a été introduit aux États-Unis. Pour cela, il cherche des précédents à la théorie et au droit constitutionnels américains chez différents penseurs du droit naturel – principalement Aristote, Cicéron, Coke et Locke. L'objectif que poursuit Corwin est de déterminer l'origine du concept de droit supérieur et de suivre ses transformations dans l'histoire, dans la mesure où ces dernières présentent un intérêt particulier pour la Constitution américaine. L'origine jusnaturaliste de la Constitution permet à Corwin de défendre l'idée qu'il existe des principes et des valeurs transcendants sur lesquels serait basé le régime américain. Corwin reprend cette idée en 1950 et affirme qu'« une très large part du contenu du droit constitutionnel américain avait, et a toujours, une dette à l'égard de sa genèse jusnaturaliste »²⁰⁷. La Constitution écrite intègre des principes supérieurs :

« Comme matrice du droit constitutionnel américain, la Constitution documentaire est toujours, dans une importante mesure, du droit naturel derrière l'enveloppe. »²⁰⁸

Dans la préface qu'il rédige pour l'édition de 1951, Clinton Rossiter écrit que « cette exploration des sources éloignées de la Constitution américaine a été l'un des essais les plus admirés et les plus utilisés en droit constitutionnel et en pensée politique américaine »²⁰⁹. Pourtant, tant la thèse défendue que la méthode utilisée par Corwin ont fait l'objet de sévères critiques. Il lui a notamment été reproché d'être peu rigoureux dans la présentation qu'il faisait des théories des différents auteurs, et d'assimiler des traditions d'un « droit supérieur » fort différentes les unes des autres. Sa démonstration en elle-même n'est pas toujours d'une extrême limpidité et d'une très grande cohérence. Elle semble être la « combinaison quelque

p. 82.)

²⁰⁵ « *final moral and political values which were the discovery of reason* » (Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 192.)

²⁰⁶ Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 212.

²⁰⁷ « *the purpose of this discourse [...] is to demonstrate how very large a part of its content American constitutional law has always owed, and still owes, to its natural law genesis* » (*Ibid.*, p. 195.)

²⁰⁸ « *As the matrix of American constitutional law, the documentary Constitution is still, in important measure, natural law under the skin.* » (*Ibid.*, p. 195.)

²⁰⁹ « *this exploration of the remote sources of the American Constitution has been one of the most universally admired and heavily used essays in constitutional law and American political thought* » (Clinton L. ROSSITER, « Preface », in Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, op. cit., p. vi.)

peu déroutante de la défense et de la critique du droit supérieur »²¹⁰. Par exemple, dans « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law », il commence par distinguer le droit supérieur et le droit positif, mais conclut en affirmant que la Constitution, qui était du droit supérieur, s'est transformée en droit positif. Il distingue deux fondements à la suprématie de la Constitution, la souveraineté populaire et l'excellence de ses principes propres, mais démontre ailleurs que « la souveraineté populaire est en dernière analyse elle-même dérivée d' [un] postulat de droit naturel »²¹¹. Il en arrive à soutenir des positions opposées quand il se prononce sur la nécessité d'une distinction entre les règles juridiques et les considérations éthiques : il la recherche et l'affirme²¹² ou juge que cette séparation est la « faiblesse » (« *weakness* ») du positivisme moderne²¹³. Enfin, son argumentation insiste sur la dépendance de la notion de droit supérieur à l'égard de son milieu historique, ce qui paraît être en contradiction avec l'idée même de principes d'une justice immuable²¹⁴.

II. Un pouvoir gouvernemental limité

Corwin critique la doctrine continentale médiévale qui veut que le droit supérieur soit premier et que le droit positif, dans un second temps, s'y conforme. Il préfère la version anglaise du droit naturel qui considère que le droit est positif avant d'être reconnu comme supérieur. La question est alors de savoir comment ce droit positif devient supérieur, autrement dit, comment les cours de *common law* soumettent les autorités politiques à leur pouvoir. En réalité, le droit naturel découvert par la raison donne un guide au juge pour la sélection et l'utilisation de la coutume en vue de la résolution de chaque cas. La version anglaise justifie donc une justice actuelle et effective. Le droit naturel est « un défi posé à la notion d'autorité humaine illimitée » et c'est sous cet angle que doit être envisagée la dette de la pensée constitutionnelle américaine à l'égard de la tradition du droit naturel²¹⁵.

Les principes supérieurs du droit naturel vont être traduits par l'idée des droits individuels, venus limiter le pouvoir du gouvernement :

²¹⁰« a somewhat confusing combination of a defense and a criticism of higher law » (Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution, vol. 1 : The Foundations...*, op. cit., p. 26.)

²¹¹Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution, vol. 1 : The Foundations...*, op. cit., p. 211.

²¹²Edward S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court : A History of Our Constitutional Theory*, op. cit., p. 56.

²¹³Edward S. CORWIN, « Review. *The Declaration of Independence and What It Means Today* by Edward Dumbauld », *Cornell Law Quarterly*, vol. 37 (1952), p. 345.

²¹⁴Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution, vol. 1 : The Foundations...*, op. cit., pp. 26-27.

²¹⁵Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution, vol. 1 : The Foundations...*, op. cit., p. 212.

« La relation de tels droits au pouvoir gouvernemental est la même que celle des principes desquels ils proviennent et qu'ils reflètent. »²¹⁶

La tradition du droit naturel a exercé une influence fondamentale sur la reconnaissance de droits et de libertés de l'individu :

« La dette du contenu du droit constitutionnel américain à l'égard du droit naturel, des concepts de droits naturels, dans le domaine des droits individuels, a été vitale et pratiquement exhaustive de toute autre influence. »²¹⁷

Les déclarations des droits (« *bills of rights* ») ont été le premier biais d'introduction de ces droits naturels²¹⁸. Le Neuvième Amendement de la Constitution rend manifeste la traduction par les droits individuels des principes de justice éternelle²¹⁹. Ainsi, les droits « n'étaient pas fondamentaux parce qu'ils étaient mentionnés dans le *Bill of Rights*, mais ils étaient mentionnés dans ce *Bill of Rights* du fait de leur propre nature fondamentale »²²⁰. Surtout, le *judicial review* a permis l'intégration des droits naturels dans le droit constitutionnel américain²²¹. Corwin défend l'idée que la doctrine découle de la formule de Coke dans l'arrêt *Dr. Bonham* qui en appelle « au bien commun et à la raison » (« *common right and reason* »). Depuis la décision *Marbury v. Madison*²²², le caractère écrit de la Constitution américaine permet de fonder le *judicial review*. Mais Corwin estime que cette

²¹⁶ « *The relation of such rights, nevertheless, to governmental power is the same as that of the principles from which they spring and which they reflect.* » (Edward S. CORWIN, « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law » (1928) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 82.)

²¹⁷ « *And the indebtedness of American constitutional law to natural law, natural rights concepts for its content in the field of private rights is vital and well-nigh all-comprehensive.* » (Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 211.)

²¹⁸ « *It is a commonplace that the doctrine of natural rights was conveyed into the American written Constitution by bills of rights, the earliest example of which was the Virginia Declaration of Rights of June 12, 1776.* » (*Ibid.*, p. 203.)

²¹⁹ Edward S. CORWIN, « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law » (1928) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., pp. 81-82.

²²⁰ « *Rights, in other words, were not fundamental because they found mention in the Bill of Rights, but they found mention in such Bill of Rights because they were of their own nature fundamental.* » (Edward S. CORWIN, « The Establishment of Judicial Review » (1910-1911) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 81.) Voir également Edward S. CORWIN, « The Basic Doctrine of American Constitutional Law » (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 14.

²²¹ « *As has been indicated, the type of judicial review which stemmed from Coke's dictum supplied a second avenue for natural rights concepts into the constitutional document.* » (Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 203.)

²²² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

interprétation n'a pas toujours prévalu. Initialement, le *judicial review* n'avait « rien à voir » (« *nothing to do* ») avec le caractère écrit de la Constitution²²³. Logiquement, il concrétise l'« idée d'opposer au gouvernement des contraintes légales dans l'intérêt des droits individuels »²²⁴. Historiquement, il a précédé la première constitution écrite de plus de deux décennies²²⁵. Même par la suite, il a longtemps été exercé en référence au droit naturel :

« Le *judicial review* a continué, de plus, dans une relation de semi-indépendance avec la Constitution écrite sur la base “du bien commun et de la raison”, du droit naturel, des droits naturels et des postulats apparentés pendant le premier tiers du XIXe siècle. »²²⁶

La Constitution américaine est alors présentée par Corwin comme l'aboutissement de la tradition du droit naturel, parce que, selon lui, l'idée d'un droit supérieur est d'autant plus influente qu'elle trouve une expression institutionnelle avec le *judicial review* :

« Investi dans une forme légale et mis en œuvre par le *judicial review*, le droit naturel entre dans l'une des plus grandes périodes de son histoire. »²²⁷

Le *judicial review* n'est pas un accident, mais constitue la version américaine de l'idée de droit supérieur, et son succès peut être attribué à ses fondations philosophiques et historiques. Il garantit que le droit constitutionnel américain a comme finalité première « non la commodité de l'État, mais la préservation des droits individuels »²²⁸. Cette idée est apparue très tôt dans l'œuvre de Corwin. En 1914, il affirmait déjà que la finalité principale du droit constitutionnel était de « limiter le pouvoir législatif »²²⁹. Dans l'ensemble, il juge que le droit constitutionnel a effectivement garanti l'existence de limitations effectives du pouvoir

²²³Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 201.

²²⁴*Ibid.*, p. 201.

²²⁵*Ibid.*, pp. 200-201.

²²⁶« *Judicial review continued, moreover, in a relationship of semi-independence of the written constitution on the basis of " common right and reason " , natural law, natural rights, and kindred postulates throughout the first third of the nineteenth century. » (Ibid., pp. 200-201.)*

²²⁷« *invested with statutory form and implemented by judicial review, higher law entered upon one of the great periods of its history. » (Edward S. CORWIN, « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law » (1928) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 139.*

²²⁸« *constitutional law has for its primary purpose not the convenience of the state but the preservation of individual rights » (Edward S. CORWIN, « The Establishment of Judicial Review » (1910-1911) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 90.)*

²²⁹« *if constitutional law be regarded from the point of view of its main purpose, namely, that of setting metes and bounds to legislative power » (Edward S. CORWIN, « The Basic Doctrine of American Constitutional Law », *Michigan Law Review*, vol. 12 (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 27.)*

gouvernemental :

« Notre intérêt actuel, cependant, a été dans le droit naturel entendu comme un défi posé à la notion d'autorité humaine illimitée. Le droit constitutionnel américain est le registre de la tentative de répondre concrètement à ce défi. Ce registre est quelque peu mitigé, mais il est clair que, dans le jugement du peuple américain, il a été dans l'ensemble un succès. Puisse-t-il continuer à l'être ! »²³⁰

Section 2 : Le déclin de la Constitution américaine

Dans les années 1950, Corwin interroge à nouveau les fondements de la Constitution américaine. Il constate l'érosion des fondements jusnaturalistes sous l'effet des théories évolutionnistes, et la transformation subséquente du régime américain. Alors qu'une telle évolution semblait la conséquence nécessaire de la conception de la Constitution qu'il défendait dans ses écrits antérieurs, sa dernière appréciation est résolument critique et pessimiste. Aux valeurs transcendantes s'est substitué un certain relativisme, en partie masqué par la notion de progrès (I). S'en déduit une conception activiste du gouvernement qui remet en cause l'idée de gouvernement limité : l'évolution des institutions américaines correspond en réalité à leur déclin (II).

I. La transformation des valeurs fondatrices du régime

Dans un article paru en 1950, Corwin présente les théories évolutionnistes comme le fondement alternatif, et désormais dominant, de la pensée politique américaine²³¹. Les fondements traditionnels de la Constitution américaine sont contestés : les idées jusnaturalistes ne permettent plus de comprendre l'évolution de la Constitution, et leur influence est de fait de plus en plus remise en cause. Les théories évolutionnistes récusent l'essentiel de l'idée d'un « droit supérieur » : elles nient l'existence de principes rationnels supérieurs et objectifs, de valeurs politiques et morales ultimes qui s'exprimeraient dans la Constitution et fonderaient le régime américain. Cependant, elles le font sans rompre

²³⁰« *Our present interest, however, has been in natural law as a challenge to the notion of unlimited human authority. American constitutional law is the record of an attempt to implement that challenge. The record is a somewhat mixed one, but it is clear that in the judgment of the American people, it has been on the whole a record of success. May it continue to be !* » (Edward S. CORWIN, « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 212.)

²³¹Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 180.

complètement avec la pensée politique et constitutionnelle américaine classique. Elles se sont appuyées sur un élément traditionnel pour exercer leur influence. Corwin affirme en effet qu'elles n'ont pu agir qu'à partir de la notion traditionnelle de « frontière » (« *frontier* ») qui symbolise, dans la science politique américaine, la rupture avec le monde ancien²³². Cette rupture est indissolublement liée à l'idée d'une « amélioration » (« *positive betterment* ») : elle devient alors un progrès (« *progress* »)²³³. Dès l'origine de la science politique américaine, un défi était ainsi lancé aux « prémisses statiques » (« *static premises* ») de la pensée politique²³⁴. L'idée de frontière offre « une prise » (« *a handle* ») à partir de laquelle se développent « les présuppositions dynamiques de la conception de l'évolution » (« *the dynamic presuppositions of the conception of evolution* »)²³⁵. Les doctrines évolutionnistes ont donc exercé leur influence sur la pensée politique américaine à partir de l'existant et ont contribué à sa légitimation :

« Finalement, bien que la doctrine de l'évolution au sens scientifique soit réputée indifférente à la qualité des changements qu'elle cherche à expliquer, quand elle a été mise en relation avec les présupposés utopiques de la tradition politique américaine, elle les a renforcés en prêtant le vocabulaire de la philosophie à la foi naïve de la frontière. »²³⁶

Les théories évolutionnistes et le droit constitutionnel américain se sont mutuellement renforcés. Corwin remarque que l'évolutionnisme de Spencer a offert une justification théorique aux arrêts de la Cour suprême de la fin du XIXe siècle, ceux-là mêmes qui prétendaient réaliser la perception originaire du constitutionnalisme américain :

« Spencer a conspiré pour réconcilier la doctrine de l'évolution avec celle des droits naturels et le caractère utopique qui sous-tend cette dernière. »²³⁷

La référence à Spencer permettait de donner une garantie de modernité et de scientificité aux opinions de la Cour :

²³²*Ibid.*, p. 182.

²³³*Ibid.*, p. 182.

²³⁴*Ibid.*, p. 182.

²³⁵*Ibid.*, p. 182.

²³⁶ « Finally, although the doctrine of evolution as a natural science construct is professedly indifferent to the quality of the changes which it purports to explain, yet when it has been brought into contact with the utopian presuppositions of American political tradition it has strengthened these by lending to the naive faith of the frontier the vocabulary of philosophy. » (*Ibid.*, p. 194.)

²³⁷ « Spencer contrived to reconcile the doctrine of evolution with that of natural rights and the utopianism which underlies the latter. » (*Ibid.*, p. 193.)

« Ainsi, la boucle était bouclée. Les vérités de l'évolution et les vérités éternelles du système constitutionnel américain s'avéraient n'être que les différentes facettes d'une même chose. »²³⁸

En définitive, la théorie darwinienne et la philosophie pragmatique de John Dewey ont cependant eu une plus grande influence. Elles sont, elles, en opposition avec les traits originaires du droit constitutionnel américain et ne peuvent donc exercer leur influence qu'aux dépens de l'idée d'un droit supérieur :

« La pensée évolutionniste défie quelques-uns des éléments les plus fondamentaux de la pensée politique américaine classique. »²³⁹

Le droit naturel affirme qu'il existe des valeurs politiques et morales pouvant être découvertes par la raison. Les théories évolutionnistes défendent au contraire une conception relativiste des questions éthiques et politiques. Les vérités scientifiques sont indépendantes des valeurs morales et indifférentes à elles. Il n'existe « aucune vérité ultime » (« *no final truths* ») dans ces matières²⁴⁰. Ainsi, sous l'influence des théories évolutionnistes, « les vérités éternelles deviennent d'abord des vérités relatives, puis des demi-vérités, moins que des demi-vérités, et même des mensonges délibérés »²⁴¹. Aux principes immuables d'un droit supérieur s'est alors substitué « un système organisé pour répondre aux demandes changeantes d'un environnement changeant »²⁴². La vérité est « un schéma d'action qui réussit » (« *a plan of action which is operationally successful* »)²⁴³ ; elle est « relative et variable » (« *relative and variable* »), un « instrument malléable » (« *pliable instrument* ») au service de la spécificité des situations et « un outil de lutte pour la satisfaction » (« *a tool in the struggle for satisfaction* ») des besoins de l'homme²⁴⁴.

En réalité, Corwin n'identifie que tardivement cette transformation des fondements de la Constitution américaine. Durant le *New Deal*, il avait affirmé que la révolution constitutionnelle était l'aboutissement de la pensée politique et constitutionnelle classique : les transformations provoquées lui paraissaient « entièrement défendables, et même louables du

²³⁸ « Thus was the circle rounded out. The truths of evolution and the eternal verities of the American constitutional system were, it turned out, just different facets of the same thing [...]. » (*Ibid.*, p. 184.)

²³⁹ « [E]volutionary thought challenges some of the more fundamental elements of classical American political thought. » (*Ibid.*, p. 192.)

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 192.

²⁴¹ « The eternal verities become, first, relative truths, then half-truths, or less than half-truths, even deliberate falsehood. » (*Ibid.*, p. 192.)

²⁴² « a planning device for meeting the shifting demands of an ever changing environment » (*Ibid.*, p. 182.)

²⁴³ *Ibid.*, pp. 192-193.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 193.

point de vue de l'histoire de la pensée et de l'action politiques américaines »²⁴⁵, « en harmonie avec les idées politiques et constitutionnelles »²⁴⁶. Le *New Deal* concrétisait en définitive la conception lockienne du droit de propriété dont avaient hérité les Pères fondateurs de la République²⁴⁷. Dans un second temps, cependant, son analyse se fait plus désenchantée. Sa dernière évaluation de la transformation des fondements de la Constitution est extrêmement négative. En 1950, il juge désormais que les théories évolutionnistes s'opposent frontalement aux vérités éternelles du régime américain que sont la justice et la liberté :

« Dans le domaine de l'effort économique, tout particulièrement, la "liberté" qui était autrefois la plus haute des valeurs constitutionnelles a été supplantée par l'égalité. Dans les termes de la théorie évolutionniste, la "survie du plus adapté" a cédé devant le droit de tous à survivre dans l'aisance, autant que cela est rendu possible par l'action gouvernementale. »²⁴⁸

Les valeurs essentielles du régime sont désormais celles de l'égalité et de la sécurité matérielle et le concept de la liberté, comprise comme une limite opposée à l'action du gouvernement disparaît inexorablement :

« Il est aisé d'imaginer à la lumière des idéologies actuelles que les demandes faites au pouvoir législatif, national et étatique, pourraient tant se multiplier au bénéfice du "*common man*", dont il est dit que nous vivons son siècle, que la notion de liberté contre le gouvernement et son application, le *judicial review*, seraient progressivement, mais inexorablement étouffées. »²⁴⁹

²⁴⁵ « entirely defensible, even commendable from the point of view of the history of American political thought and action » (Edward S. CORWIN, « The New Deal in the Light of American Political and Constitutional Ideas » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 91.)

²⁴⁶ « in harmony with American political and constitutional ideas » (*Ibid.*, p. 95.)

²⁴⁷ « Giving such considerations their due weight, it seems to that the general purpose of the New Deal legislation is much more fairly represented as an effort to realize the Lockean and early American conception of property, as individual possession of the comforts and decencies of life, than as an attempt to overthrow it. » (*Ibid.*, p. 93.)

²⁴⁸ « In the field of economic endeavor especially, "liberty" which once stood at the head of the column of constitutional values, has been supplanted by "equality". In terms of evolutionary theory, "survival of the fittest" has given way to the right of all to survive in comfort so far as this can be contrived by governmental action. » (Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 194.)

²⁴⁹ « It is easy to imagine in the light shed by current ideologies that the demands upon the legislative power, national and State, might so multiply in behalf of "the common man", whose century this is said to be, that the notion of Liberty against Government and its implement, judicial review, would be gradually but inexorably crowded to the wall. » (Edward S. CORWIN, *Liberty against Government : the Rise, Flowering and Decline of*

Au nom de la philosophie de John Marshall, il condamne cette évolution : « La liberté, la vaste liberté d'une nation en développement, et non l'égalité sociale, était le guide de sa philosophie politique. »²⁵⁰ L'enjeu, pour Corwin, est important : ce n'est rien de moins que le maintien de la civilisation américaine dans sa forme actuelle²⁵¹.

II. La remise en cause du gouvernement limité

Les théories évolutionnistes, en particulier la théorie darwinienne, introduisent l'idée d'une lutte, non plus entre les créatures, mais avec l'environnement, sur lequel l'homme est désormais encouragé à agir. Le gouvernement est perçu comme un « agent d'amélioration de la société »²⁵² par le biais de l'augmentation des richesses et de leur redistribution équitable : « L'évolutionnisme darwinien, traduit en termes sociaux, est devenu réformisme »²⁵³. L'amélioration de l'environnement n'est donc concevable qu'au prix d'importantes politiques de réforme menées par le gouvernement²⁵⁴. Le darwinisme social, pour Corwin, est le nouveau fondement théorique de la conception interventionniste de l'État. Il remarque cependant qu'il s'agit là d'un renversement de la logique de la théorie scientifique de l'évolution de Darwin : c'est bien l'environnement qui doit désormais être adapté à la créature par le biais de l'État et d'une politique interventionniste²⁵⁵. Les concepts des théories évolutionnistes, appliqués en matière sociale et politique, ont eu pour conséquence de transformer la perception du pouvoir gouvernemental. À une conception essentiellement négative d'un pouvoir gouvernemental devant avant tout être limité s'est substituée une conception positive, interventionniste du pouvoir politique qui doit contribuer à réaliser l'égalité des citoyens et à assurer leur sécurité matérielle²⁵⁶. Pour Corwin, cette transformation des institutions politiques doit être interprétée comme un déclin.

Jusque dans les années 1940, il plaidait en faveur d'une conception instrumentale de la Constitution. Il soutenait la politique de réforme du *New Deal* et condamnait les décisions de la Cour suprême qui s'y opposaient. En 1936, il affirmait que « la condition même de la

a Famous Juridical Concept, op. cit., p. 182.)

²⁵⁰ « *Liberty, the spacious liberty of an expanding nation, not social equality, was the lode-star of his political philosophy.* » (Edward S. CORWIN, « John Marshall, Revolutionist Malgré Lui » (1955) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary, op. cit., p. 391.*)

²⁵¹ Edward S. CORWIN, *Liberty against Government : the Rise, Flowering and Decline of a Famous Juridical Concept, op. cit., pp. 182-183.*

²⁵² « *agent of social improvement* » (Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations..., op. cit., p. 192.*)

²⁵³ « *Darwinian evolutionism, translated into social terms, became reformism.* » (*Ibid.*, p. 186.)

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 192.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 188.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 193.

survie est le changement et l'adaptation »²⁵⁷ et que « l'homme et son bonheur sont les points de référence fixes – tout le reste est relatif, et donc sujet à altération, amendement, rejet, comme les circonstances le requièrent »²⁵⁸. Précisément, le gouvernement était l'institution qui devait assurer cette adaptation²⁵⁹. Les dernières années marquent au contraire une révision complète de sa position : les transformations du régime auxquelles il avait lui-même contribué lui apparaissent désormais comme la preuve de son déclin. Cette transformation du rôle du gouvernement américain signifie « la fin du gouvernement constitutionnel aux États-Unis »²⁶⁰. L'évolution se caractérise en effet par la disparition, au moins partielle, des limitations constitutionnelles. Si le pouvoir de la Cour de contrôler la constitutionnalité des actes du Congrès demeure, il risque de n'être désormais qu'« un spectacle superflu » (« *a superfluous pageant* »)²⁶¹.

Les écrits de Corwin constituent une réflexion sur la nature et les fondements de la Constitution américaine et, en conséquence, sur l'essence et la finalité du régime politique qu'elle met en œuvre. Ils ne sont cependant pas dénués d'une certaine ambivalence. Corwin semble d'abord promouvoir une Constitution instrumentale, évolutive et démocratique. Mais ses travaux sur les fondements de la Constitution américaine le conduisent à défendre l'idée d'un gouvernement limité par des principes politiques et moraux supérieurs et immuables, et à interpréter les transformations des institutions américaines comme un déclin. Ce n'est qu'à la lumière de ces difficultés théoriques que peuvent être comprises les recherches de Corwin sur la structure du gouvernement des États-Unis.

²⁵⁷ « *change and adaptation are the very condition of survival* » (Edward S. CORWIN, « The New Deal in the Light of American Political and Constitutional Ideas » (1936) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 83.)

²⁵⁸ « *Man and his happiness are the fixed points of reference – all else is relative, and hence subject to alteration, amendment, or rejection, as circumstances may requires.* » (*Ibid.*, p. 84.)

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 84.

²⁶⁰ « *the be-all and end-all of constitutional government in the United States* » (Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 193.)

²⁶¹ *Ibid.*, p. 193.

Partie II: Corwin et la structure du gouvernement américain

Corwin définit le fédéralisme et la séparation des pouvoirs comme « les deux principaux éléments structurels » du gouvernement des États-Unis²⁶². Les travaux qu'il consacre à ces questions manifestent à nouveau son souci tant de l'effectivité du pouvoir gouvernemental que de sa limitation. Ils sont intéressants, parce que les tensions qui apparaissaient dans les études dédiées à la nature du constitutionnalisme vont en partie s'y retrouver. Corwin privilégie dans un premier temps l'exigence d'efficacité du gouvernement et n'envisage pas que le pouvoir puisse être exercé au détriment des droits des individus ou des États :

« Comme nous l'avons souligné dans le précédent chapitre à propos des *Wagner Act Cases*, ce que nous appelons liberté nécessite souvent d'être protégé par, plutôt que contre, le gouvernement et, lorsque c'est le cas, nous ne pouvons considérer que l'extension nécessaire de l'autorité gouvernementale se fait aux dépens de la liberté. Et il en est de même pour les droits des États. Pourquoi devrait-on pleurer sur le sort [de ces droits] quand les faits montrent que les États ne sont absolument pas en mesure de les exercer efficacement ? Et pourtant les droits des États qui ont cédé devant les extensions récentes du pouvoir national dans le domaine industriel ont été presque exclusivement de cette sorte. »²⁶³

Corwin a fait preuve d'une grande constance dans son interprétation du système fédéral américain : il n'a jamais renoncé à défendre une théorie nationaliste du gouvernement, même s'il reconnaît à terme qu'elle conduit dans une certaine mesure à remettre en cause l'existence des États (Chapitre 1). Ses études sur la nature de l'office présidentiel sont plus nuancées : s'il défend l'agrandissement de la présidence américaine, il s'inquiète dans ses

²⁶²Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945), p. 185 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 149.

²⁶³« As was pointed out in the preceding chapter, apropos of the *Wagner Act Cases*, liberty is something which often needs to be protected by government rather than against it, and when this is so the necessary extension of governmental authority cannot be deemed to be at the expense of liberty. And it is much the same with States Rights. Why should one shed tears over these when the facts show that the states are really in no position to exercise them at all effectively? And yet the States Rights which have yielded to recent extensions of national power in the industrial field have been almost exclusively of this type. » (Edward S. Corwin, *Court Over Constitution : A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, Princeton, Princeton University Press, 1938, p. 169.)

derniers écrits de ce qu'elle a atteint une « position peu saine de domination dans le système » (« *a position of unhealthy dominance in the system* »)²⁶⁴ (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une théorie nationaliste du gouvernement

Il faut souligner la constance dont fait preuve Corwin dans son interprétation du système fédéral américain. Depuis ses premiers travaux²⁶⁵ jusqu'à ses écrits contre l'Amendement Bricker²⁶⁶, il s'oppose à une interprétation « duale » du fédéralisme. Il entend par « fédéralisme dual » (« *dual federalism* ») ou « équilibre fédéral » (« *federal equilibrium* ») l'interprétation du système fédéral développée par la Cour suprême durant la présidence de Roger Taney, entre 1837 et 1864. Le terme signifie selon lui que « la distribution des pouvoirs entre le gouvernement national et les États qui existe à un moment donné doit être traitée comme quelque chose de permanent et que le rôle principal du *judicial review* est d'assurer cette permanence »²⁶⁷. Corwin défend au contraire un « fédéralisme national » (« *national federalism* »)²⁶⁸. Preuve en est qu'il privilégie l'expression de « gouvernement national » à celle de « gouvernement fédéral ». Il adopte une conception extensive – bien que fondée sur la Constitution – des pouvoirs du gouvernement fédéral et estime que la clause de suprématie est toujours la disposition pertinente pour résoudre les conflits résultant de l'édiction d'une loi fédérale qui empiéterait sur les pouvoirs des États (Section 1). Il vante les mérites d'un fédéralisme coopératif qui opère cependant au détriment des États et va même jusqu'à poser la question de l'intérêt de leur existence (Section 2). L'évolution du fédéralisme américain après 1937 s'est faite exactement dans le sens que prescrivait Corwin et les solutions retenues par la Cour suprême en la matière ont été en définitive conformes aux mesures qu'il recommandait.

²⁶⁴Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 176.

²⁶⁵Edward S. CORWIN, *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, op. cit..

²⁶⁶Edward S. CORWIN, « Case Against Bricker Amendment », *New York Herald Tribune*, 23 mai 1955, p. 14 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin's Constitution*, op. cit., pp. 219-222.

²⁶⁷« The central idea here is, obviously, that of federal equilibrium or dual federalism, which signifies in practical effect that the distribution of powers between the national government and the states which exists at any particular moment ought to be treated as something permanent ; and that the main reason for judicial review is to secure this permanency. » (Edward S. CORWIN, « Standpoint in Constitutional Law » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 285.)

²⁶⁸Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 144.

Section 1 : Une conception extensive des pouvoirs du gouvernement fédéral

Corwin interprète de manière extensive les pouvoirs qui sont dévolus par la Constitution au gouvernement fédéral (I) et refuse d'admettre que les pouvoirs réservés des États puissent constituer une limite aux pouvoirs du gouvernement fédéral (II).

I. L'interprétation large des pouvoirs dévolus au Congrès

Corwin ne fait pas exception à la doctrine américaine classique puisqu'il estime que le gouvernement fédéral ne détient que les pouvoirs qui lui sont dévolus par la Constitution²⁶⁹. Il est cependant favorable à une interprétation du texte constitutionnel peu contraignante pour le gouvernement fédéral.

La Constitution procède à l'énumération des pouvoirs conférés au Congrès. Les pouvoirs non énumérés sont par principe réservés aux États. Corwin ne conteste pas le principe traditionnel du fédéralisme américain selon lequel la Constitution américaine est la source de tous les pouvoirs du gouvernement fédéral. Ceux-ci peuvent être expressément délégués ou simplement impliqués, mais ils dérivent toujours de la Constitution : il n'existe pas de pouvoirs qui seraient inhérents au gouvernement fédéral. Ainsi, bien que le pouvoir de conclure des traités n'entre pas dans le champ du Dixième Amendement, il s'agit bien d'un pouvoir qui a été conféré par la Constitution au gouvernement fédéral²⁷⁰. L'arrêt de la Cour suprême *Curtiss-Wright*²⁷¹ proposa une nouvelle interprétation de ce pouvoir : il en fit un pouvoir inhérent, possédé par le gouvernement des États-Unis depuis le traité de 1783 par lequel la Grande-Bretagne céda à l'Union la souveraineté internationale qu'elle exerçait avant l'indépendance des États-Unis. La position de Corwin sur cette nouvelle interprétation n'est pas très claire, mais il ne paraît pas réellement l'approuver : il cite cette conception comme un exemple de modification structurelle conduisant à la transformation de la constitution des droits en une constitution des pouvoirs²⁷². Il a parfois été proche d'affirmer l'existence de pouvoirs inhérents au gouvernement fédéral. Dans un commentaire de 1916, il écrit que « les États-Unis sont une communauté politique » et qu'ils ont « en tant que tels » des intérêts que le gouvernement fédéral « peut constitutionnellement affirmer et

²⁶⁹Robert E. NEWTON, « Edward S. Corwin and American Constitutional Law », *op. cit.*, p. 205.

²⁷⁰« No one from 1789 to the present moment, save Senator Rayner himself in this speech, has, so far as I have been able to discover, ever suggested that the treaty power of the United States was derived from any source other than the Constitution. » (Edward S. CORWIN, *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, *op. cit.*, p. 225.)

²⁷¹*United States v. Curtiss-Wright Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

²⁷²Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, *op. cit.*, p. 173.

protéger »²⁷³. Cette affirmation semble cependant isolée : dans l'ensemble, il n'a pas remis en cause la conception traditionnelle selon laquelle les pouvoirs du Congrès sont dévolus par la Constitution.

S'il se prononce en faveur d'un renforcement du gouvernement fédéral, il estime qu'il n'est pas nécessaire pour cela de méconnaître la Constitution. Il suffit d'en avoir une interprétation « flexible »²⁷⁴. « Aucune raison » n'empêche que « l'égide de la Constitution ne soit pas accordée à toute mesure raisonnable de réforme sociale pour lui donner une stabilité légale »²⁷⁵. Une interprétation modifiée de la clause de commerce suffit par exemple pour promouvoir une conception vigoureuse des pouvoirs du gouvernement fédéral, et pour permettre à ce dernier de participer largement à la reconstruction économique et sociale du pays²⁷⁶. En particulier, une « planification sociale » peut être mise en place par le gouvernement fédéral sur le fondement de la clause de commerce²⁷⁷. De la même manière, la notion de « bien-être général » peut servir de fondement à de nombreuses mesures : Corwin estime ainsi que la loi dite « *Maternity Act* » n'excède pas le pouvoir dévolu par la Constitution au Congrès, puisque le bien-être général est en définitive « ce que le Congrès considère tel »²⁷⁸. Il recommande, pour interpréter la Constitution, d'en revenir à l'intention originaire des constituants. Le livre qu'il consacre à la clause de commerce est sous-titré « *Back to the Constitution* »²⁷⁹. La Cour suprême, durant le *New Deal*, peut valider la législation controversée et éviter la crise constitutionnelle en renonçant aux interprétations développées par la Cour Taney et en revenant aux conceptions de la Cour Marshall²⁸⁰.

²⁷³ « [T]he United States is a political community and as such has community interests which the national government, in virtue of its quality as such, may constitutionally assert and protect. » (Edward S. CORWIN, « Game Protection and the Constitution », *Michigan Law Review*, vol. 14 (1916) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 322.)

²⁷⁴ Edward S. CORWIN, « Social Planning under the Constitution – A Study in Perspectives » (1932) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 82.

²⁷⁵ « Granting judges due wisdom, there is today no good reason why the aegis of the constitution may not be thrown about almost any sensible measure of social reform, to give it legal stability. » (Edward S. CORWIN, « Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review » (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 120.)

²⁷⁶ Edward S. CORWIN, « Congress' Power to Prohibit Commerce, a Crucial Constitutional Issue », *Cornell Law Quarterly*, vol. 18 (1933) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 290.

²⁷⁷ Edward S. CORWIN, « Social Planning under the Constitution – A Study in Perspectives » (1932) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 73.

²⁷⁸ « the " general welfare " is what Congress finds it to be » (Edward S. CORWIN, « The Spending Power of Congress, apropos the Maternity Act », *Harvard Law Review*, vol. 36 (1923), p. 548 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 270.)

²⁷⁹ Edward S. CORWIN, *The Commerce Power Versus States Rights : « Back to the Constitution »*, Princeton, Princeton University Press, 1936.

²⁸⁰ « " Back to the Constitution " is the motto of this small volume, and by " Constitution " is meant the Constitution of George Washington, Alexander Hamilton, James Madison (the Madison of 1787, not of 1798, nor of 1829), and of John Marshall ; not the " interested sophistication " of those later foster fathers of the Constitution, certain distinguished counsel who about 1890 began, with the two frequent aid of a sympathetic Court, to enmesh the powers of the National Government in " a network of juridical niceties ". » (Ibid., p. i.)

Ses recommandations seront suivies. Après le *New Deal*, Corwin peut constater que les pouvoirs énumérés sont compris plus souples et plus largement, au point que ce concept fonctionne de moins en moins comme une restriction des pouvoirs du gouvernement fédéral. L'existence même de la notion de « pouvoirs énumérés » n'a pas été affectée, mais « [son] fonctionnement comme canon d'interprétation constitutionnelle a été entravé de tous les côtés »²⁸¹ : elle n'est plus un instrument de limitation des pouvoirs du Congrès²⁸². La Cour suprême a explicitement rejeté cette interprétation pour les pouvoirs du Congrès dans le domaine des relations internationales. Mais, même en matière domestique, Corwin juge que la notion de « pouvoirs énumérés » n'est plus, en pratique, une source de limitation des pouvoirs du gouvernement fédéral²⁸³. Il en va désormais de même des objets susceptibles d'être poursuivis par le Congrès : la Cour, dans l'arrêt *United States v. Butler*²⁸⁴ finit par adopter la compréhension large du pouvoir de dépenser qu'avait défendue Hamilton²⁸⁵.

II. La réaffirmation du principe de la suprématie de l'Union

La question est celle de la manière dont il convient de résoudre les conflits surgissant entre une loi fédérale, dont il est admis qu'elle entre dans le champ des pouvoirs dévolus au gouvernement fédéral, et les pouvoirs réservés des États. Quelle disposition, de la clause de suprématie ou du Dixième amendement qui posent les deux principes opposés de la suprématie de l'Union et de l'autonomie et de la souveraineté des États, est alors pertinente pour résoudre le litige ? Depuis 1913, Corwin n'a pas varié dans sa réponse : le Dixième amendement a pour unique objet de reconnaître que les États possèdent certains pouvoirs législatifs²⁸⁶ ; quand l'exercice de ces pouvoirs législatifs par les États entre en contradiction avec une loi fédérale, l'Article VI, section 2 de la Constitution est la seule disposition applicable²⁸⁷. Corwin s'oppose ainsi à la solution retenue par la Cour suprême avant le *New Deal* qui faisait des pouvoirs réservés des États une limite « indépendante » des pouvoirs du gouvernement fédéral²⁸⁸. Les pouvoirs des États ne constituent pas en eux-mêmes une

²⁸¹ « *the operation of the " enumerated powers " concept as a canon of constitutional interpretation has been curtailed on all sides* » (Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism », *Virginia Law Review*, vol. 36 (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 243.)

²⁸² *Ibid.*, p. 246.

²⁸³ *Ibid.*, p. 246.

²⁸⁴ 297 U.S. 1 (1936).

²⁸⁵ Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 249.

²⁸⁶ « *In other words, all that the Tenth Amendment signifies is a specific recognition of the fact implied by Article VI itself, that the States possess certain legislative powers.* » (Edward S. CORWIN, *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, op. cit., p. 6.)

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 6.

²⁸⁸ Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S.

limitation des pouvoirs du gouvernement fédéral : à propos du pouvoir de conclure des traités, Corwin écrit que « bien que le pouvoir national soit un pouvoir limité, les pouvoirs réservés des États ne constituent pas l'une de ces limitations »²⁸⁹. En vertu de la clause de suprématie, peu importe que l'exercice des pouvoirs du Congrès empiète sur les pouvoirs réservés des États²⁹⁰.

Les arguments de Corwin en faveur d'une telle interprétation sont encore originalistes²⁹¹. Dans la conception des constituants, les lois nationales devaient toujours prévaloir sur celles des États. Le Dixième amendement ne remettait pas en cause le principe de la suprématie de l'Union, mais était pensé comme simplement « déclaratoire »²⁹². Selon la formule de Madison, citée par Corwin, le pouvoir de l'État ne devait pas être « un ingrédient du pouvoir national » (« *no ingredient of national power* »)²⁹³. Si le Congrès est compétent pour édicter une loi particulière, le fait que cette loi intervienne dans un domaine relevant traditionnellement de l'État n'est d'aucune importance²⁹⁴. Corwin explore l'histoire de la thèse adverse qui privilégie le Dixième amendement et qui constitue l'un des principes constitutionnels essentiels de la Cour Taney²⁹⁵. Il trouve son origine dans les Résolutions du Kentucky et de la Virginie de 1798, dans lesquelles la Constitution était décrite comme un traité entre États souverains. De cette affirmation, il était facile de déduire l'égalité des États et de l'Union²⁹⁶. La Cour Taney en a conclu que le Dixième amendement devait être interprété comme affirmant que les pouvoirs réservés des États étaient autant de limitations des pouvoirs du gouvernement fédéral²⁹⁷. Corwin note à cet égard que cette interprétation s'explique notamment par la volonté de la Cour suprême de considérer l'esclavage comme un objet réservé exclusivement aux États²⁹⁸.

Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, *op. cit.*, p. 143.

²⁸⁹Edward S. CORWIN, « The Treaty-Making Power : A Rejoinder », *North American Review*, vol. 199 (1914) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, *op. cit.*, p. 239.

²⁹⁰Edward S. CORWIN, *The Commerce Power Versus States Rights : « Back to the Constitution »*, *op. cit.*, p. 172.

²⁹¹À propos du pouvoir des États de conclure des traités : Edward S. CORWIN, *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, *op. cit.*, p. 6. D'une manière plus générale : Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, *op. cit.*, p. 250.

²⁹²Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, *op. cit.*, p. 250.

²⁹³*Ibid.*, p. 250.

²⁹⁴*Ibid.*, p. 143.

²⁹⁵*Ibid.*, pp. 143-144.

²⁹⁶Edward S. CORWIN, *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, *op. cit.*, pp. 102-106 ; Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, *op. cit.*, p. 251.

²⁹⁷Edward S. CORWIN, *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, *op. cit.*, pp. 248-268.

²⁹⁸Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, *op. cit.*, p. 144 ; Edward S. Corwin, *The Commerce Power Versus States Rights : « Back to the Constitution »*, *op. cit.*, p. 257.

Corwin est extrêmement critique à l'égard de cette interprétation qui a conduit la Cour suprême à se placer « à l'extérieur et au-dessus des deux gouvernements, national et des États »²⁹⁹ et à se juger « investie de l'autorité de répartir de manière impartiale entre chaque centre ses propres pouvoirs en conformité avec l'intention exprimée dans la Constitution »³⁰⁰. Or, elle n'a pas « à superviser les objets pour lesquels le Congrès peut exercer ses pouvoirs constitutionnels »³⁰¹ : il s'agirait là d'une « intrusion anachronique » (« *a piece of grandmotherly meddling* »)³⁰². Corwin se félicite alors que cette ligne d'interprétation a été abandonnée par la Cour, notamment dans ses décisions *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corporation*³⁰³ et *United States v. Darby*³⁰⁴. Il conclut que, conformément à ce qu'il recommandait, ni le pouvoir de police de l'État, ni le concept d'équilibre fédéral ne sont plus après le *New Deal* des « ingrédients du pouvoir législatif national », tant en ce qui concerne la matière que les objectifs ou les moyens de son exercice³⁰⁵. Corwin recommande de substituer à la conception « duale » du fédéralisme une interprétation « coopérative », dont il n'ignore cependant pas les conséquences sur l'existence même des États.

Section 2 : Les mérites du fédéralisme coopératif

Corwin estime que le fédéralisme dual a été remplacé par un fédéralisme coopératif et il approuve cette évolution. Il n'ignore cependant pas qu'elle signifie avant tout l'agrandissement du pouvoir national, et qu'elle peut conduire, en tant que telle, à remettre en cause la nature fédérale du gouvernement américain. Il interprète les transformations du *New Deal* à partir de la notion de fédéralisme coopératif. Une logique de coopération s'est substituée à la logique de compétition qui prévalait entre les États et l'Union³⁰⁶. Désormais, le gouvernement fédéral et les États « sont mutuellement et de façon complémentaire les parties d'un seul mécanisme gouvernemental dont tous les pouvoirs visent à la réalisation des objets courants du gouvernement, selon leur pertinence pour le problème en question »³⁰⁷. Les deux centres de gouvernement peuvent être vus comme des « agencements de gouvernement qui se

²⁹⁹ « *outside of and over both the national government and the states* » (Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 251.)

³⁰⁰ « *vested with authority to apportion impartially to each center its proper powers in accordance with the Constitution's intention* » (*Ibid.*, p. 251.)

³⁰¹ Edward S. CORWIN, « The Child Labor Decision », *The New Republic*, 12 juillet 1922 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 328.

³⁰² *Ibid.*, p. 330.

³⁰³ 301 U.S. 1 (1937).

³⁰⁴ 312 U.S. 100 (1941).

³⁰⁵ Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 253.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 253.

³⁰⁷ « *According to this conception, the national government and the states are mutually complementary parts of a single governmental mechanism all of whose powers are intended to realize the current purposes of government according to their applicability to the problem in hand.* » (*Ibid.*, p. 254.)

complètent l'un l'autre » (« *mutually supplementing agencies of government* »)³⁰⁸. Concrètement, cette coopération prend essentiellement deux formes³⁰⁹. D'une part, le gouvernement fédéral vient soutenir par ses pouvoirs certaines des politiques locales mises en place par les États dans l'exercice de leurs pouvoirs réservés. La question est alors de savoir si le pouvoir exercé par le gouvernement fédéral lui est effectivement dévolu par la Constitution³¹⁰. D'autre part, le gouvernement national peut fournir des aides, principalement financières, aux États afin qu'ils utilisent leurs pouvoirs réservés pour défendre certaines politiques nationales. La constitutionnalité de ce second type de coopération dépend cette fois de l'interprétation par la Cour suprême de la notion de « bien-être général »³¹¹. Corwin interprète cette transformation comme un « retour à la Constitution » et à l'intention des constituants³¹². L'histoire constitutionnelle américaine a été selon lui marquée par la prévalence d'un tel fédéralisme coopératif³¹³. Les décisions de la Cour qui sont désormais empruntées de cette conception correspondent à « des solutions de repli [...] loin des difficultés créées par des précédents embarrassants »³¹⁴.

Cependant, Corwin est obligé de constater qu'il s'agit là, dans le même temps, d'une véritable révolution constitutionnelle³¹⁵. La coopération ne signifie pas l'égalité des États et de l'Union, mais est au contraire la marque de la supériorité de l'Union. Si Corwin juge que le fédéralisme coopératif ne provoque pas à proprement parler l'abdication par les États de leurs pouvoirs, ni n'affaiblit leur droit d'initiative, il admet cependant qu'il conduit à un agrandissement du pouvoir fédéral :

« Le “fédéralisme coopératif” entraîne un agrandissement toujours plus important du pouvoir national. C'est incontestablement le cas, car lorsque deux personnes coopèrent, le membre le plus fort de la combinaison en bénéficie. Reposant en tout premier lieu comme il le fait sur les ressources fiscales supérieures du gouvernement national, le fédéralisme coopératif a été, à ce jour, la traduction d'une concentration croissante des pouvoirs à Washington dans l'instigation

³⁰⁸Edward S. CORWIN, « National-State Cooperation – Its Present Possibilities », *Yale Law Journal*, vol. 46 (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 221.

³⁰⁹*Ibid.*, p. 229.

³¹⁰*Ibid.*, p. 239.

³¹¹*Ibid.*, p. 239.

³¹²Edward S. CORWIN, « National-State Cooperation – Its Present Possibilities » (1937) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 228.

³¹³*Ibid.*, p. 221.

³¹⁴« *the idea of national-state cooperation as a way of retreat in certain instances from the difficulties created by embarrassing precedents* » (*Ibid.*, p. 230.)

³¹⁵Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 241.

et la supervision des politiques locales. »³¹⁶

Le système fédéral américain a été bouleversé de façon radicale (« *overwhelmed* »)³¹⁷. « Submergé » (« *submerged* »)³¹⁸, c'est désormais son existence même qui est en jeu. Selon Corwin, le rôle des États va devenir « un problème vital » (« *a vital problem* »)³¹⁹ :

« Aujourd'hui, la question à laquelle nous faisons face est celle de savoir si les États composant le système peuvent être sauvés pour n'importe quel objet utile, et ainsi sauvés comme les cellules vitales du sentiment démocratique, de l'impulsion et de l'action qu'ils ont été jusqu'ici. »³²⁰

Mais le problème est de fait avant d'être de droit : le gouvernement et la Cour suprême n'ont pas provoqué cette révolution, mais ont simplement « reconn[u] et donn[é] effet à une théorie constitutionnelle qui [était] la contrepartie d'une condition établie depuis longtemps dans les faits de [la] vie quotidienne économique »³²¹. En somme, le développement économique du pays avait conduit à la nationalisation de la société américaine, et les politiques nationales et leur validation par la Cour suprême n'étaient que la consécration tardive de ces changements.

Dans son traitement du fédéralisme américain, Corwin apparaît donc comme profondément nationaliste. Si un transfert de pouvoir est intervenu depuis les États vers le gouvernement fédéral, un second déplacement au sein de ce dernier a bénéficié au Président. L'appréciation de Corwin sur cette évolution de la présidence se fait plus nuancée que celle qu'il portait sur la transformation du fédéralisme américain.

³¹⁶ « "[C]ooperative federalism " spells further aggrandizement of national power. Unquestionably it does, for when two cooperate it is the stronger member of the combination who calls the tunes. Resting as it does primarily on the superior fiscal resources of the national government, cooperative federalism has been, to date, a short expression for a constantly increasing concentration of power at Washington in the instigation and supervision of local policies. » (Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 256.)

³¹⁷ *Ibid.*, p. 257.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 257.

³¹⁹ Edward S. CORWIN, « Some Probable Repercussions of " Nira " on Our Constitutional System » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 61.

³²⁰ « In the process of remolding the federal system for these purposes, however, the instrument has been in the objectives sought, so that today the question faces us whether the constituent states of the system can be saved for any useful purpose, and thereby saved as the vital cells that they have been heretofore of democratic sentiment, impulse, and action. » (Edward S. CORWIN, « The Passing of Dual Federalism » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, op. cit., p. 257.)

³²¹ « recognizes and gives effect to a constitutional theory which is the counterpart of a condition already long established in the facts of our everyday economic life » (Edward S. CORWIN, « Some Probable Repercussions of " Nira " on Our Constitutional System » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 58.)

Chapitre 2 : Une approche nuancée de la présidence américaine

Corwin identifie dans la présidence un enjeu politique et constitutionnel majeur. Après le *New Deal*, il s'intéresse à de nouvelles thématiques de recherche : il délaisse l'étude du pouvoir judiciaire pour s'intéresser davantage au Président des États-Unis. Il publie en 1940 *The President : Office and Powers*³²², l'un de ses ouvrages le plus connu et le plus souvent cité par la Cour suprême³²³. Il s'y donne pour objectif d'analyser « le développement et le statut contemporain du pouvoir présidentiel et de l'office présidentiel sous la Constitution »³²⁴. Il y explique que, si l'office présidentiel est très différent de ce qu'il a été, cette évolution s'inscrit dans une transformation plus générale du droit constitutionnel américain de la constitution des droits vers la constitution des pouvoirs. Le sens général de cette évolution est, selon Corwin, celui d'un « agrandissement de l'office présidentiel »³²⁵ (Section 1). Mais ce processus, inéluctable, et dont le résultat est permanent, interroge la notion de gouvernement limité. Celui-ci est-il encore souhaitable, sinon possible, sous cette présidence ascendante ? (Section 2).

Section 1 : L'exigence moderne d'une présidence agrandie

Le principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il était traditionnellement compris est désormais « assez incertain, si ce n'est tout simplement obsolète »³²⁶. Prédomine une nouvelle conception de l'Exécutif qui insiste sur son autonomie vis-à-vis du Congrès et sur sa fonction de direction du gouvernement. La Constitution, selon Corwin, reflète la lutte (« *the struggle* ») entre deux conceptions du pouvoir exécutif³²⁷. Selon la première, le peuple est représenté par le Congrès et le pouvoir exécutif « doit toujours être subordonné au pouvoir législatif suprême ». Selon la seconde, le peuple est incarné par l'Exécutif qui est

³²²Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit.

³²³Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 12.

³²⁴« *The central theme is the development and contemporary status of presidential power and of the presidential office under the Constitution.* » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. vii.)

³²⁵« *the aggrandizement of the national government has meant the aggrandizement of the presidential office* » (Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 170.)

³²⁶« *pretty shaky if it not altogether defunct* » (Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 149.)

³²⁷« *that it ought always to be subordinate to the supreme legislative power, and that it ought to be, within generous limits, autonomous and self-directing ; or, in other terms, the idea that the people are represented in the Legislature versus the idea that they are embodied in the Executive* » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 307.)

« autonome » et « se dirige lui-même ». Corwin souligne son « contenu incertain » (« *uncertain content* »)³²⁸. Il est un « reste indéfini » (« *indefinite residuum* »), ce qui ne relève ni du pouvoir législatif, ni du pouvoir judiciaire³²⁹. La fonction exécutive est une fonction indéfinie (« *indefinite function* ») qui se caractérise par sa plasticité (« *plasticity* »)³³⁰. Ceci vient du fait que, au sein du gouvernement, l'Exécutif est le pouvoir le plus adapté pour répondre aux situations d'urgence (« *the most spontaneously responsive to emergency conditions* ») qui, par définition, ne sont ni stables, ni régulières³³¹. La seconde interprétation du pouvoir exécutif prévaut aujourd'hui. Corwin estime que l'évolution générale du pouvoir exécutif aux États-Unis a consisté en un agrandissement (« *aggrandizement* ») de celui-ci, même si cela s'est fait de manière « fortement discontinue » (« *highly discontinuous* »)³³². L'Article II de la Constitution est l'un des plus vagues (« *the most loosely drawn* »), ce qui a assuré « une marge de manœuvre considérable aux forces politiques »³³³. En particulier, la situation de la présidence à un moment précis dépend beaucoup de la personne qui est au pouvoir³³⁴. En effet, la présidence « dévoile le drame quotidien du jeu réciproque du caractère de l'homme et des concepts légaux comme aucun autre office sur terre ne peut le faire »³³⁵. Sa transformation résulte alors tout à la fois de la personnalité du Président, de la manière dont il réagit aux événements qui marquent son mandat (I), et de certains mécanismes juridiques (II).

I. « Le caractère de l'homme »

Un président sur trois a été à l'origine d'une augmentation du pouvoir présidentiel³³⁶. Ainsi le Congrès a été l'institution prépondérante entre 1809 et 1829 et entre 1865 et 1885. Il a continué à l'être jusqu'en 1900, mais avec davantage d'interruptions. Au XXe siècle, Theodore Roosevelt, Woodrow Wilson et surtout Franklin Roosevelt ont contribué à cette expansion des pouvoirs de la présidence.

Theodore Roosevelt est le premier représentant de la présidence moderne³³⁷. Corwin

³²⁸*Ibid.*, p. 3.

³²⁹*Ibid.*, p. 3.

³³⁰*Ibid.*, p. 3.

³³¹*Ibid.*, p. 3.

³³²*Ibid.*, p. 30.

³³³« *by the same token, to those who think that constitution makers ought to leave considerable leeway for the future play of political forces, it should be a vision realized.* » (*Ibid.*, pp. 3-4.)

³³⁴« *What the Presidency is at any particular moment depends in important measure on who is President.* » (*Ibid.*, p. 30.)

³³⁵« *For the presidency unfolds a daily drama of the reciprocal interplay of human character and legal concepts that no other office on earth can quite emulate.* » (*Ibid.*, p. viii.)

³³⁶*Ibid.*, p. 30.

³³⁷Edward S. CORWIN, « Woodrow Wilson and the Presidency », *Virginia Law Review*, vol. 42 (1956) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 36.

estime qu'il ouvre la succession des présidents « forts »³³⁸. Cependant, c'est avec Wilson que le Président devient réellement « un instrument de réforme sociale », parce qu'il participe désormais activement au processus législatif national³³⁹ et en devient même le « leader »³⁴⁰. Corwin estime que la pratique du pouvoir de Wilson emprunte à la fois au Premier ministre anglais et au Président américain :

« M. Wilson a rejeté son idée précoce de remplacer la présidence par un gouvernement de cabinet selon le modèle britannique. Il a substitué à cette idée un amalgame du Premier ministre britannique et de la présidence. »³⁴¹

La première innovation de Wilson réside dans la forme et le contenu de ses messages : il reste bref et cherche à concentrer l'attention du pays et du Congrès sur une seule question à la fois³⁴². Ceci va dans le sens du « *leadership* » du Président pour la réalisation de telle ou telle réforme³⁴³. En matière d'affaires étrangères, Corwin estime que Wilson s'inspire tour à tour, et de manière parfaitement libre, de la figure anglaise du Premier ministre et de la figure américaine traditionnelle du Président autonome :

« La vérité en la matière est que M. Wilson a toujours deux cordes à son arc officiel – le concept du premier ministre et les traditions historiques de la présidence américaine – et il conserve jusqu'à la fin une complète liberté de choix entre les deux. »³⁴⁴

Ainsi, durant la guerre, il se comporte fréquemment comme un Premier ministre et menace de démissionner dans le cas où le Congrès ne se conformerait pas à sa volonté exprimée³⁴⁵, mais revendique dans le même temps un monopole présidentiel dans le domaine

³³⁸Edward S. CORWIN, « The Steel Seizure Case : A Judicial Brick Without Straw », *Columbia Law Review*, vol. 53 (1953) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 123.

³³⁹« What was his impact on the office ; and first of all, by what procedures did he convert the Presidency into an instrument of social reform ? The answer is, by making the President an active participant in the national legislative process far beyond any of his predecessors, even T.R. » (Edward S. CORWIN, « Woodrow Wilson and the Presidency » (1956) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., pp. 39-40.)

³⁴⁰*Ibid.*, p. 53.

³⁴¹« Mr. Wilson has dismissed his early idea of superseding the Presidency with a cabinet government after the British model. He now substituted for that idea an amalgamation, as it were, of the British prime ministership and the Presidency. » (*Ibid.*, pp. 39-40.)

³⁴²*Ibid.*, p. 41.

³⁴³*Ibid.*, p. 41.

³⁴⁴« The truth of the matter is that Mr. Wilson had always two strings to his official bow – the prime minister concept and the historic traditions of the American Presidency – and he retained to the end complete liberty of choice between them. » (*Ibid.*, p. 45.)

³⁴⁵*Ibid.*, p. 44.

des affaires étrangères³⁴⁶.

La première guerre mondiale a été la principale cause de l'expansion des pouvoirs présidentiels. En période de guerre, le Président détient d'importants pouvoirs en vertu de la clause de la Constitution qui en fait le commandant en chef des armées, disposition que Corwin décrit comme « le bloc élastique dans le cercle fermé du constitutionnalisme »³⁴⁷. La guerre a également entraîné l'utilisation par le Président de « sanctions indirectes » ou « administratives » comme celles prises par Wilson contre les grévistes de Bridgeport³⁴⁸. Corwin juge que Wilson a ainsi « établi des précédents pour une dictature présidentielle en temps de guerre ou de graves crises internationales »³⁴⁹. Surtout, le Congrès, par délégation, a permis au Président de réguler l'économie afin de répondre aux nécessités du moment³⁵⁰. Les pouvoirs conférés au Président en temps de guerre sont souvent considérables, mais ils reviennent habituellement à leur taille normale une fois la crise surmontée³⁵¹. Pourtant, Corwin estime que les changements constitutionnels provoqués par la première guerre mondiale risquent fort d'être définitifs³⁵² : les mesures prises conduisent à « un remodelage permanent [des] systèmes gouvernemental et industriel » et Corwin prédit que les pouvoirs qui ont permis de telles transformations ne se relâcheront qu'en partie une fois la guerre terminée³⁵³. Enfin, l'implication de Wilson dans la création de la Société des Nations, malgré le refus qu'a opposé le Sénat à la ratification du traité, ajoute une nouvelle dimension à la présidence américaine : celle-ci est transformée en une « institution internationale globale » dotée d'« une circonscription non électorale de taille mondiale »³⁵⁴.

Mais la présidence agrandie est encore davantage le fait de Franklin Roosevelt, tant en raison de sa personnalité (« *personality* ») que des crises (« *crisis* »), nationales et internationales, qui ont marqué ses mandats³⁵⁵. La Dépression, puis la Deuxième Guerre mondiale exigent un Président aux pouvoirs étendus. À nouveau, les délégations de pouvoir

³⁴⁶*Ibid.*, p. 45.

³⁴⁷ « *the elastic block in the closed circle of constitutionalism* » (Edward S. CORWIN, « War, the Constitution Moulder », *The New Republic*, 9 juin 1917 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 23.)

³⁴⁸ Edward S. CORWIN, « Woodrow Wilson and the Presidency », (1956) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 47.

³⁴⁹ « *he established the precedents for presidential dictatorship in time of war or of grave international crisis* » (Edward S. CORWIN, « Woodrow Wilson and the Presidency » (1956) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 53.)

³⁵⁰ Edward S. CORWIN, « War, the Constitution Moulder », *The New Republic*, 9 juin 1917 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 25.

³⁵¹*Ibid.*, p. 23.

³⁵²*Ibid.*, p. 24.

³⁵³ « *the permanent reshaping of both our governmental and our industrial systems* » (*Ibid.*, p. 24.)

³⁵⁴ « *an international, a global institution – into an office with a world-wide, non voting constituency* » (Edward S. CORWIN, « Woodrow Wilson and the Presidency » (1956) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 53.)

³⁵⁵ Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 311.

du Congrès au Président se multiplient. Par exemple, la loi de redressement industriel national (« *National Industrial Recovery Act* ») reconnaît au Président un rôle considérable : elle a été conçue par l'Exécutif et lui délègue de vastes pouvoirs³⁵⁶. Les pouvoirs que le Président détient en sa qualité de commandant en chef des armées sont encore une fois très largement compris : se développent tant les aspects civils que martiaux de ses pouvoirs de commandant en chef. D'une part, Roosevelt s'autorise sur ce fondement à ajouter ou à revenir sur ce qui a été édicté par le Congrès. Ainsi Corwin interprète la déclaration de Roosevelt du 2 février 1942 sur l'*Emergency Price Control Act* comme signifiant que, même si le Congrès refuse d'abroger certaines dispositions, le Président les traitera *de facto* comme telles³⁵⁷. D'autre part, la dimension martiale du pouvoir de commandant en chef est également entendue extensivement. Corwin mentionne ainsi, même s'il se montre particulièrement dubitatif quant à leur constitutionnalité, les deux décrets présidentiels des 19 février et 2 juillet 1943 qui visaient respectivement à prévenir le danger d'un sabotage japonais et à établir une commission militaire de jugement des saboteurs³⁵⁸. Ainsi, Franklin Roosevelt bénéficie de la guerre pour étendre les pouvoirs du Président, parfois contre la Constitution :

« La principale leçon de la guerre pour l'interprétation constitutionnelle est que la Constitution est un élément que notre effort de guerre peut facilement négliger – on pourrait dire un élément dont il peut très bien se passer. »³⁵⁹

Ces changements ont certainement vocation à être permanents³⁶⁰.

³⁵⁶Edward S. CORWIN, « Some Probable Repercussions of "Nira" on Our Constitutional System » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 60.

³⁵⁷Edward S. CORWIN, « The War and the Constitution : President and Congress », *American Political Science Review*, vol. 37 (1943) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 113.

³⁵⁸*Ibid.*, p. 114.

³⁵⁹« *The chief lesson of the war to date for constitutional interpretation is that the Constitution is an easily dispensable factor of our war effort – perhaps one might say an " expendable " factor.* » (Edward S. CORWIN, « The War and the Constitution : President and Congress » (1943) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 112.)

³⁶⁰Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 155.

II. « Les concepts légaux »

Corwin constate donc « une vaste expansion durant ces dernières décennies du rôle du Président dans tous les départements du pouvoir national »³⁶¹. Sur un plan juridique, cette évolution est principalement due à une pratique accrue de la législation déléguée, en temps de guerre comme en temps de paix :

« Quand les gens parlent de “l'autocratie présidentielle”, ils ont tendance, particulièrement en temps de guerre, à penser principalement à ces pouvoirs que le Président détient directement de la Constitution. En réalité, une proportion importante des pouvoirs considérables que le Président exerce provient directement du Congrès, même en temps de guerre. »³⁶²

Corwin constate l'apparition d'une législation issue de l'Exécutif (« *executive lawmaking* ») qui prend des formes extrêmement diverses et qui vient compléter et préciser les lois du Congrès³⁶³. De ces délégations du Congrès résulte la disparation de la « barrière qui prévenait la fusion des pouvoirs présidentiel et congressionnel »³⁶⁴. Le Président intervient de manière importante dans le domaine législatif du fait des délégations de plus en plus nombreuses du Congrès, le phénomène étant également accentué par son rôle croissant en matière d'initiative législative. Cette situation est de plus renforcée par le déclin du *judicial review* : après 1935, la Cour suprême n'a plus jamais censuré de telles délégations³⁶⁵, revenant sur l'idée qu'il existait une maxime traditionnelle selon laquelle « la législature ne [pouvait] déléguer son pouvoir »³⁶⁶. Le *judicial review* est alors devenu, selon Corwin, « un facteur secondaire et subordonné du pouvoir national, que celui-ci soit exercé par le Président ou par le Congrès »³⁶⁷. Pour Corwin, après avoir fait longtemps débat, le problème de la

³⁶¹ « a vast expansion in recent decades of the President's role in all the departments of national power » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 291.)

³⁶² « When people talk about « presidential autocracy » they are apt, especially under war conditions, to be thinking chiefly of those powers which the President gets directly from the Constitution. Actually, a vast proportion of the great powers which the President exercises even in wartime are the immediate donation of Congress. » (Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 149.)

³⁶³ Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 122.

³⁶⁴ « barrier preventing the fusion of presidential and congressional power » (Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 149.)

³⁶⁵ L'arrêt *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935) est le dernier censurant une telle délégation.

³⁶⁶ « We are thus brought face to face with the maxim [...] that " the legislature may not delegate its power. " » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 122.)

³⁶⁷ « a secondary and subordinate factor of national power, whether wielded by President or by Congress » (Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S.

constitutionnalité des délégations a été résolu de la manière suivante : il faut et il suffit que le Congrès ait la possibilité de revenir sur sa délégation par une « résolution concurrente »³⁶⁸. La résolution, qui n'est pas déposée devant le Président, n'est pas assujettie à son pouvoir de veto³⁶⁹. L'interdiction faite à la législature de déléguer ses pouvoirs a pris un sens nouveau, fondé sur la distinction entre délégation et abdication : la législature peut déléguer, mais non lier ses successeurs ou abdiquer ses pouvoirs³⁷⁰.

L'agrandissement de l'office présidentiel intervient donc aux dépens du Congrès et résulte de concessions faites par le Congrès lui-même. En réalité, le Congrès délègue au Président ce qu'il n'est plus capable de faire. La pratique de la législation déléguée est « inévitable », car « directement liée à l'idée de l'intervention gouvernementale dans le domaine économique » caractérisé par sa complexité et son instabilité³⁷¹. Corwin note qu'il y a toujours une tendance, « même dans les démocraties », à ce que « l'urgent devienne l'habituel »³⁷². Le Congrès n'est plus en mesure de répondre aux exigences d'une société qui se complexifie et évolue rapidement³⁷³. La finalité du gouvernement a changé, et le Président semble tout simplement plus efficace que le Congrès. Pour cette raison, ces changements seront vraisemblablement permanents :

« La question apparaît naturellement de savoir si ces changements dans la structure de notre droit constitutionnel ont vocation à durer. Au regard de leur portée et de leur étendue, la réponse semble *de facto* devoir être affirmative ; mais il y a une raison encore plus irrésistible de soutenir qu'ils perdureront et seront même encore plus importants dans le futur. C'est qu'ils proviennent d'une cause commune sous-jacente, une cause qui, de plus, transcende les concepts juridiques et imprègne la perception populaire elle-même. Je veux parler, bien sûr, du changement dans la conception de la

Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 153.)

³⁶⁸Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 130.

³⁶⁹ Il faut souligner que c'est notamment parce qu'ils n'étaient pas soumis à la signature du Président que la Cour suprême a affirmé en 1983 que de tels veto législatifs étaient inconstitutionnels comme contraires à la séparation des pouvoirs (*Immigration and Naturalization Service (I.N.S.) v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983)).

³⁷⁰Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 130.

³⁷¹« For the truth is that the practice of delegated legislation is inevitably and inextricably involved with the whole idea of governmental intervention in the economic field, where the conditions to be regulated are of infinite complexity and are constantly undergoing change. » (Edward S. Corwin, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., pp. 148-149.)

³⁷²« There is always a tendency, even in democracies, for the emergency to become the normal. » Edward S. Corwin, « The War and the Constitution : President and Congress » (1943), p. 18 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 120.

³⁷³Edward S. Corwin, « Some Probable Repercussions of " Nira " on Our Constitutional System » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 60.

fonction gouvernementale auquel j'ai déjà fait référence. Le droit constitutionnel américain est arrivé à maturité et a reçu les traits caractéristiques que j'ai esquissés en se construisant à partir de l'idée qu'un gouvernement existe simplement pour compléter et renforcer les contrôles non politiques de la société, en particulier ceux qui reposent sur la supériorité sociale et le pouvoir économique. La théorie à laquelle notre droit constitutionnel actuel se réfère de plus en plus consiste à dire que le gouvernement devrait corriger ces contrôles non politiques à partir de la théorie de l'égalité des hommes. La fusion des fonctions gouvernementales se traduit dans une mesure toujours plus grande par une politique d'égalisation sociale. »³⁷⁴

Corwin est favorable à la multiplication des délégations de pouvoir à l'Exécutif. Il y voit la condition d'une plus grande efficacité de la politique gouvernementale, mais également le moyen, peut-être paradoxal, de revaloriser le Congrès et de renforcer son action : « Le Congrès des États-Unis a perdu du pouvoir en essayant d'en exercer trop »³⁷⁵. Pour Corwin, il est particulièrement significatif que l'opinion publique ait pris le parti du Président :

« À moins que le Congrès ne puisse se transformer en une agence publique plus constante et efficace en améliorant son organisation et en réformant certaines de ses procédures, il paraît probable qu'il soit progressivement réduit à être un anachronisme sérieusement terni, et rien de plus. »³⁷⁶

³⁷⁴ « *The question naturally arises whether these changes in the structure of our constitutional law are likely to persist. Considering their reach and scope, the answer would seem, on the face of things, to be yes; but there is an even more compelling reason for holding that they will endure and even be enlarged in the future. This is that they spring from a common underlying cause, one moreover which transcends juridical concepts and permeates popular outlook itself. I mean, of course, that altered conception of governmental function to which I have previously referred. American constitutional law came to maturity under, and received those characteristic features which I have been sketching, from the notion that government exists simply for the purpose of supplementing and reinforcing the non-political controls of society, and especially those which rest on social superiority and economic power. The theory to which our present constitutional law testifies increasingly is that government should correct these non-political controls from the point of view of the theory of the equality of man. Fusion of governmental functions translates to an increasing extent into a policy of social levelling.* » (Edward S. Corwin, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 141.)

³⁷⁵ « *The Congress of the United States has lost power by trying to exercise too much power.* » (Edward S. Corwin, « Some Probable Repercussions of " Nira " on Our Constitutional System » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 61.)

³⁷⁶ « *Unless Congress can, by improving its organization and reforming some of its procedures, render itself a more consistently useful public agency, it seems likely to be gradually reduced to the level of a badly tarnished pageant, and little more.* » (Edward S. CORWIN, « The War and the Constitution : President and Congress » (1943), p. 18 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 120.)

Corwin estime que le débat au Congrès sera d'autant plus efficace qu'il portera sur des questions de principe et de politique générale et qu'il évitera les discussions stériles sur les détails techniques des lois³⁷⁷. Surtout, les délégations, en particulier en matière tarifaire, peuvent éviter au Congrès de devoir se comporter comme « une législature au service des intérêts locaux »³⁷⁸ et renforcer ainsi son rôle sur la scène nationale.

Section 2 : La présidence agrandie, menace pour le gouvernement limité ?

L'analyse de Corwin le conduit à conclure à une évolution de l'office présidentiel : l'organisation du gouvernement fédéral est désormais marquée par la prévalence du Président des États-Unis. L'appréciation que porte Corwin sur cette transformation est nuancée et, d'une certaine manière, on retrouve dans son analyse les ambivalences qui marquaient sa conception de la Constitution américaine. Plusieurs commentateurs insistent cependant sur l'orientation *whig* de Corwin³⁷⁹. En effet, il semble en définitive regretter que la présidence ait ainsi atteint « une position de prédominance malsaine dans le système »³⁸⁰ (I). L'évolution constatée étant inéluctable, il ne s'agit alors pas tant de revenir sur la révolution constitutionnelle que d'essayer d'en « arrondir les angles » (« *to round it out* »)³⁸¹. La question des limites pouvant être opposées au pouvoir présidentiel permet à Corwin de penser dans le concret la dialectique des exigences de limitation et d'efficacité du pouvoir gouvernemental. Il ne trouve pas de solution dans les classiques limitations constitutionnelles. Les nécessaires limitations doivent être établies sur une nouvelle base, cette fois politique (II).

I. Une appréciation mesurée des transformations de la présidence

Jusqu'en 1937, Corwin semble favorable à l'élargissement des pouvoirs présidentiels et n'envisage pas d'éventuels abus de la part du Président des États-Unis. Le « pouvoir » (« *power* ») et le « prestige » (« *prestige* ») de la présidence constituent « l'atout politique le

³⁷⁷« *a legislature for local interests* » (Edward S. Corwin, « Some Probable Repercussions of "Nira" on Our Constitutional System » (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 61.)

³⁷⁸*Ibid.*, p. 61.

³⁷⁹Voir par exemple David FELLMAN, « Review. *The President : Office and Powers*, by Edward S. Corwin », op. cit., p. 460 ; Robert E. NEWTON, « Edward S. Corwin and American Constitutional Law », op. cit., p. 207 ; Richard LOSS, « Dissolving Concepts of the Presidency », *Political Science Reviewer*, vol. 4 (1974), p. 146.

³⁸⁰Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 176.

³⁸¹*Ibid.*, p. 157.

plus précieux du peuple américain » (« *the most valuable asset of the American people* »)³⁸². En 1917, il juge ainsi que la Première Guerre mondiale a surpris les Américains à un « moment particulièrement favorable » pour « effectuer des changements constitutionnels durables » afin d'améliorer la « vieille Constitution »³⁸³. Il ne s'agit là, cependant, que d'une tendance générale de sa pensée qui connaît quelques exceptions. Dès 1919, il note que l'enjeu du désaccord qui oppose le Sénat américain et le président Wilson au sujet de la ratification du traité de Versailles n'est rien d'autre que « la préservation du gouvernement constitutionnel face à la tendance mondiale en faveur du pouvoir d'un seul »³⁸⁴. En 1927, il conteste l'argument du *Chief Justice* Taft selon lequel les pouvoirs du Congrès de déterminer la fonction des officiers ne peuvent venir limiter le pouvoir présidentiel de révocation³⁸⁵. En 1940, il estime que, contrairement à ce qu'affirmait l'*Attorney General*, le Président ne peut déroger à une situation de neutralité imposée par le Congrès sans l'approbation de ce dernier : le *Destroyers for Bases Agreement* de Roosevelt ne constitue alors rien de moins que « l'affirmation d'une autocratie sans limite dans le domaine [des] relations internationales »³⁸⁶. Il identifie désormais deux dangers liés au développement des pouvoirs présidentiels : l'« antagonisme entre le Président et le Congrès » (« *antagonism between president and Congress* ») et l'« autocratie » (« *autocracy* »)³⁸⁷. En 1957, dans la quatrième édition de *The President : Office and Powers*, une formulation légèrement différente est retenue : l'accroissement des pouvoirs présidentiels menace de conduire à « l'autocratie » et au « ralentissement du processus législatif dans une mesure qui ne conviendrait pas »³⁸⁸. Il n'est pas tout à fait faux de dire que la présidence américaine constitue désormais une « matrice potentielle de la dictature » (« *potential matrix of dictatorship* »)³⁸⁹. En effet, le concept d'un « gouvernement des lois, et non des hommes », le principe de la *rule of law* sont les premiers

³⁸²Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 299.

³⁸³« *Thus war has overtaken us at a peculiarly favorable moment for effecting lasting constitutional changes. For several years forces have been accumulating behind the barriers of the old Constitution, straining and weakening them at many points, yet without finding adequate enlargement.* » (Edward S. CORWIN, « War, the Constitution Moulder » (1917) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 27.)

³⁸⁴« *the preservation of constitutional government in face of an almost world-wide tendency towards one-man power* » (Edward S. CORWIN, « Wilson and the Senate », *The Weekly Review*, 26 juillet 1919 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., pp. 28-29.)

³⁸⁵Edward S. CORWIN, *The President's Removal Power Under the Constitution*, New York, National Municipal League, 1927 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 371.

³⁸⁶« *an endorsement of unrestrained autocracy in the field of our foreign relations* » (Edward S. CORWIN, « Executive Authority Held Exceeded in Destroyer Deal », *New York Times*, 13 octobre 1940, p. 6.)

³⁸⁷Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, New York, New York University Press, 1940, 1ère éd., p. 281.

³⁸⁸« *But centering as they do in a single individual who is free to advise, or to refrain from advising, with whomsoever he chooses, this power and this prestige are apt to become unduly personalized, thus inviting two dangers : the slowing down of the legislative process to an extent that unfits it for a crisis-ridden world in which time is often of the essence, and – in consequence – autocracy.* » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 299.)

³⁸⁹*Ibid.*, p. 291.

menacés par une extension trop importante des pouvoirs présidentiels³⁹⁰.

Corwin se refuse cependant à défendre purement et simplement le Congrès américain. Il nuance et justifie l'affaiblissement de son influence. Le Congrès, qui autorise les délégations, est autant à blâmer que le Président³⁹¹. De plus, dire que certains pouvoirs du Congrès ont été affaiblis ou remis en cause est sans doute vrai, mais une telle version de la situation est « indubitablement noyée dans quelques-uns de ses détails »³⁹². Ainsi, l'*impeachment* n'est plus une arme efficace, mais c'est d'abord parce que les présidents n'ont pas adopté de comportements à ce point condamnables³⁹³. Corwin souligne également que les subordonnés du Président ne partagent pas son immunité judiciaire, qu'ils peuvent être interrogés par les commissions d'investigation du Congrès et que la validité des ordres du Président peut toujours être contestée devant un juge³⁹⁴. Sans le justifier davantage, il affirme que les pouvoirs budgétaires du Congrès sont encore une limite efficace³⁹⁵. Il n'aborde pas la remise en cause du pouvoir de veto du Sénat en matière de traité et le développement des accords de l'Exécutif, et ignore le pouvoir du Congrès de déclarer la guerre, estimant ailleurs que « les quatre grandes guerres – toutes grandes par leurs résultats, trois d'entre elles grandes par les efforts qu'elles ont requis du pays – sont l'aboutissement de politiques présidentielles dans lesquelles le Congrès a joué un rôle typiquement secondaire »³⁹⁶. D'une manière générale, il juge que la défense du Congrès contre le Président n'est permise qu'au prix de certaines « exagérations et omissions »³⁹⁷.

Le rôle du Président dans le processus législatif est essentiel : « Le *leadership* présidentiel en matière législative est un facteur de plus en plus indispensable au fonctionnement adéquat du processus législatif, et donc à sa survie. »³⁹⁸ La direction présidentielle du processus législatif ne peut être condamnée en soi parce qu'elle résulte des exigences du monde actuel, et est nécessaire à l'effectivité du gouvernement³⁹⁹. Le Président occupe une position supérieure depuis laquelle il lui est plus aisé de résoudre les crises,

³⁹⁰Edward S. CORWIN, « The Steel Seizure Case : A Judicial Brick Without Straw » (1953) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 122.

³⁹¹Edward S. CORWIN, « The War and the Constitution : President and Congress » (1943), p. 18 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 120.

³⁹²« unquestionably overdrawn in some of its details » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 293.)

³⁹³*Ibid.*, p. 293.

³⁹⁴*Ibid.*, pp. 293-294.

³⁹⁵*Ibid.*, p. 294.

³⁹⁶« But our four great wars – all great for their results, three of them great for the effort they required of the country – were the outcome of presidential policies in the making of which Congress plays a distinctly secondary role. » (*Ibid.*, p. 204.)

³⁹⁷« exaggerations or omissions » (*Ibid.*, p. 294.)

³⁹⁸« presidential leadership is a factor of ever increasing indispensability to the adequate functioning of the legislative process, and so of its survival. » (*Ibid.*, p. 486, note 76.)

³⁹⁹*Ibid.*, p. 293.

notamment internationales. La gestion du temps est un enjeu essentiel, et le Président est mieux armé que le Congrès pour agir vite. Un Président aux pouvoirs étendus est plus à même de soutenir efficacement les mesures les plus urgentes. Grâce à ses pouvoirs renforcés en matière d'initiative législative, il peut par exemple organiser les votes nécessaires à l'adoption de telle mesure particulière. En outre, l'institution présidentielle présente un caractère fondamentalement démocratique, et son agrandissement doit se comprendre comme la réponse faite à une demande de l'opinion publique⁴⁰⁰. L'enjeu est donc l'articulation des deux exigences parfois contradictoires de l'efficacité de l'action, en particulier en temps de crise, et de la préservation des valeurs démocratiques incarnées par le Congrès et des droits et libertés des individus⁴⁰¹.

Il n'en reste pas moins vrai que la présidence « a atteint une position peu saine de domination dans le système, une position qui, plutôt que de faciliter la formation d'une politique nationale, l'empêche »⁴⁰². Corwin critique ceux qui défendent l'attribution de pouvoirs importants au Président sans prévoir d'autorités devant lesquelles il serait tenu d'en répondre⁴⁰³. Dans ce contexte, la question se pose alors de savoir sur quelle base il serait possible de concevoir des limites aux pouvoirs présidentiels⁴⁰⁴.

II. La recherche de limitations des pouvoirs présidentiels

Corwin ne croit plus à l'efficacité des limitations constitutionnelles, et les estime par ailleurs peu souhaitables : « Je ne pense pas que le *judicial review* doive être pris en compte. »⁴⁰⁵, écrit-il dès 1948. Sa réponse est complexe : il recherche à la fois l'efficacité des politiques et la limitation du gouvernement, mais veut éviter que les limites opposables à l'Exécutif soient le fait d'un juge. En effet, le pouvoir judiciaire lui semble de moins en moins susceptible de jouer le rôle d'un contre-pouvoir. En 1950, après la remise en cause des doctrines du fédéralisme dual et de la séparation des pouvoirs, le pouvoir de la Cour suprême

⁴⁰⁰ « *Why, in the face of our democratic institutions, has presidential domination attained its present proportions ? Must not this development be considered as a fulfillment in a measure of those institutions, and as an answer to some demand from public opinion, on which by hypothesis they are grounded ? Without doubt, such is the fact, and especially as regards presidential leadership on legislation.* » (*Ibid.*, p. 294.)

⁴⁰¹ Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 176.

⁴⁰² « *But I am saying that the Presidency has reached a position of unhealthy dominance in the system, one which instead of expediting the formation of national policy stands often in the way of it.* » (*Ibid.*, p. 176.)

⁴⁰³ Edward S. CORWIN, « The President's Power », *The New Republic*, 29 janvier 1951 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 137.

⁴⁰⁴ « *This is the question whether the presidency is a potential matrix of dictatorship ; and, if it is, whether there is a remedy.* » Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 291.

⁴⁰⁵ « *I do not think that judicial review need to be taken into account.* » Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 170.

de contrôler la constitutionnalité des lois lui paraît de plus en plus contesté⁴⁰⁶. Il prédit qu'elle n'interviendra plus dans l'important domaine de la politique économique et qu'elle se contentera du domaine limité du Premier amendement⁴⁰⁷. Une telle évolution est inéluctable, mais également désirable. Les limitations constitutionnelles ne sont pas réalistes en temps de guerre ou de grande urgence⁴⁰⁸. Dans de telles circonstances, le juge adopte spontanément une attitude d'autolimitation afin d'éviter de déclarer invalides des lois absolument indispensables à la bonne marche du pays⁴⁰⁹. Corwin en veut pour preuve l'arrêt *Yakus v. United States*⁴¹⁰ dans lequel la Cour suprême confirme que les personnes poursuivies pour la violation de l'*Emergency Price Control Act* peuvent être privées de leur droit de plaider son inconstitutionnalité⁴¹¹. Corwin affirme qu'il n'est pas possible de demander à l'Exécutif d'être toujours prêt à agir, même dans l'urgence, et de l'enchaîner dans le droit prévu pour les temps ordinaires⁴¹².

Les remèdes que propose Corwin au problème de la présidence sont alors politiques plutôt que constitutionnels :

« L'échappatoire à "l'autocratie présidentielle" doit être trouvée en recourant, non au pouvoir judiciaire, mais au pouvoir législatif – en d'autres termes, en recourant à l'action opportune du Congrès et à des procédures pour les situations d'urgence dans la mesure où celles-ci peuvent être intelligemment anticipées. »⁴¹³

Les limitations du pouvoir présidentiel ne peuvent alors être fondées que sur le consensus, le compromis et la modération. Concrètement, les solutions que Corwin propose visent d'abord la construction d'« une sorte de relation améliorée entre le Président et le Congrès »⁴¹⁴. Elles doivent permettre une plus grande coopération, et non une compétition

⁴⁰⁶Edward S. CORWIN, « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition » (1950) ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 193.

⁴⁰⁷Edward S. CORWIN, *Constitutional Revolution*, op. cit., p. 46.

⁴⁰⁸Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 170.

⁴⁰⁹*Ibid.*, p. 170.

⁴¹⁰321 U.S. 414 (1944).

⁴¹¹Edward S. CORWIN, *Total War and the Constitution*, New York, Alfred A. Knopf, 1947, p. 178.

⁴¹²Edward S. CORWIN, *The Twilight of the Supreme Court : A History of Our Constitutional Theory*, op. cit., p. 133.

⁴¹³Edward S. CORWIN, « The Steel Seizure Case : A Judicial Brick Without Straw » (1953) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 137.

⁴¹⁴« At least, so far as they do it is evident what form the solution must take : the provision, namely, of some kind of improved relationship between President and Congress. » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 295.)

politique⁴¹⁵, et garantir que la législature soit maintenue active en temps de crise⁴¹⁶. Corwin recommande ainsi d'utiliser les pouvoirs du Congrès en matière budgétaire et surtout de mettre en place un cabinet qui comprendrait des membres du Congrès. Dès 1940, il préconisait la création de ce nouveau type de cabinet, plus à même de soutenir et de contrôler le Président⁴¹⁷. Il développe cette idée dans un article publié en 1948⁴¹⁸. Le cabinet devrait être construit « à partir d'un conseil législatif joint créé par les deux chambres du Congrès et comprenant ses membres dirigeants »⁴¹⁹. Il se composerait de membres du Congrès et des secrétaires d'État ne pouvant être élus au Congrès. L'institution présenterait un double avantage⁴²⁰. Les membres du cabinet, également membres des chambres, n'auraient aucune obligation envers le Président et pourraient alors exercer un important contrôle. Dans le même temps, la validation par le cabinet des propositions présidentielles faciliterait tant l'édiction des lois que l'action présidentielle. Même dans le cas où le Président et la majorité du Congrès relèveraient de partis politiques différents, un tel cabinet contribuerait à favoriser tant l'action du Président que le contrôle exercé sur lui⁴²¹. Corwin recommande en réalité la neutralisation politique du Président. L'action gouvernementale doit être comprise comme une activité faite de « petites tâches d'entretien » de la nation (« *housekeeping* »)⁴²². Ceci explique qu'il défende également l'adoption d'un amendement limitant le nombre de mandats successifs :

« Le Président ne devrait pas avoir à penser à son avenir politique, parce que, s'il devait le faire, son parti demanderait qu'il le fît dans la mesure où son avenir politique est également l'avenir de son parti. »⁴²³

⁴¹⁵Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 173.

⁴¹⁶Edward S. CORWIN, *A Constitution of Powers in a Secular State*, Charlottesville, The Michie Company, 1951, p. 87.

⁴¹⁷Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., pp. 295 et suivantes.

⁴¹⁸Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., pp. 157-176.

⁴¹⁹« We come now to a more radical proposal : simply that the President should construct his Cabinet from a joint Legislative Council to be created by the two houses of Congress and to contain its leading members. » (Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, op. cit., p. 297.)

⁴²⁰Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 172.

⁴²¹*Ibid.*, p. 173.

⁴²²*Ibid.*, p. 173.

⁴²³« [T]he President of the United States ought not have to think about his political future, because when he has to think about his political future, his party demands that he do so inasmuch as his political future is the party's. » (*Ibid.*, p. 174.)

Cependant, Corwin conclut que l'office dépend beaucoup de la personne du Président :

« Ce n'est pas une “institution” qui a reçu en novembre dernier six millions de votes de plus que son concurrent. Le Président, *ce* président du moins [Eisenhower], est encore pour beaucoup une personne. »⁴²⁴

Corwin s'en remet alors en dernière instance à la personnalité du Président – Eisenhower semble ici représenter sa figure présidentielle idéale⁴²⁵ –, ainsi qu'à la « compréhension » et la « demande populaire » (« *popular understanding and demand* »)⁴²⁶.

⁴²⁴Edward S. CORWIN, *The President : Office and Powers*, *op. cit.*, p. 305.

⁴²⁵*Ibid.*, p. 305.

⁴²⁶Edward S. CORWIN, « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out » (1948) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, *op. cit.*, p. 176.

Conclusion

Les écrits de Corwin couvrent plus de soixante années d'histoire constitutionnelle américaine. Ils sont indubitablement marqués par les transformations profondes qu'a connues le droit constitutionnel américain durant la première moitié du XXe siècle, transformations que Corwin a cherché à expliquer, à critiquer et qu'il a parfois lui-même provoquées. À cet égard, ses études sur la structure du gouvernement ne se comprennent qu'à la lumière de ses observations, plus générales, sur la nature et les fondements de la Constitution américaine. Il n'y aurait guère de sens à envisager sa conception du fédéralisme et de la présidence isolément de ses réflexions sur la nature du constitutionnalisme américain et la finalité du régime mis en place.

Tant la position de Corwin au sein de la doctrine constitutionnelle que la solution qu'il apporte à l'aporie d'un gouvernement limité, mais effectif ont fait l'objet d'interprétations diverses. En réalité, il semble qu'il faille ici se rallier à la lecture que propose Richard Loss et affirmer que la pensée de Corwin possède deux dimensions, irréductibles l'une à l'autre, et potentiellement contradictoires⁴²⁷. Certains de ses écrits promeuvent une conception instrumentale de la Constitution qui, respectueuse de la règle de la majorité, justifie l'extension des pouvoirs du gouvernement fédéral et la prédominance du Président. D'autres défendent une Constitution qui, intégrant des principes objectifs et rationnels supérieurs, notamment les droits de l'individu, constitue d'abord une limite au pouvoir gouvernemental. Corwin est alors tout à la fois le fondateur de l'école de pensée du *New Deal* et son exception⁴²⁸. Une question qu'il conviendrait à présent d'explorer est celle de la manière dont son œuvre est aujourd'hui reçue et perçue par la doctrine constitutionnelle américaine.

Si Corwin fait l'apologie d'une Constitution évolutive et démocratique qui serait source de pouvoirs pour le gouvernement fédéral, ses recherches sur les fondements de la Constitution américaine le conduisent dans le même temps à identifier le droit constitutionnel américain à un droit supérieur (« *higher law* ») et à insister sur l'idée corrélée de gouvernement limité. Dans ses derniers écrits, il critique sévèrement l'avènement des théories pragmatiques et évolutionnistes et l'apparition subséquente d'une conception « positive » du gouvernement qu'il assimile au déclin du régime politique des États-Unis et, plus largement, de la civilisation américaine. L'interprétation qu'il fait du fédéralisme et de la présidence manifeste à nouveau une priorité donnée à l'exigence d'efficacité de l'action gouvernementale,

⁴²⁷Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. CORWIN, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. X.

⁴²⁸Richard LOSS, « Introduction », in Edward S. CORWIN, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations...*, op. cit., p. 18.

même lorsque c'est au détriment des conceptions traditionnelles des droits des États et des individus. Pourtant l'idée d'un droit qui viendrait limiter le pouvoir réapparaît d'une certaine manière dans ses dernières évaluations des transformations qu'a connues l'office présidentiel aux États-Unis. Corwin est sans illusion : la présidence agrandie menace les prérogatives du Congrès et les droits individuels, mais la disparition des limitations constitutionnelles reste inéluctable. Les remèdes que Corwin envisage sont alors politiques et moraux, et non plus juridiques. Il ne s'agit pas de revenir sur la révolution constitutionnelle, mais simplement de tenter d'en atténuer les conséquences : « Selon les mots poignants de Thomas Wolfe, "Nous ne pouvons plus rentrer chez nous" – si nous devons effectivement le souhaiter. »⁴²⁹

Maud Michaud

Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas Paris II

⁴²⁹ « *In Thomas Wolfe's poignant words, "We can't go home again" – if indeed we should wish to.* » (Edward S. CORWIN, « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law » (1945) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution*, op. cit., p. 157.)

Bibliographie sélective

I. Écrits d'Edward S. Corwin

A) Ouvrages

CORWIN (Edward S.), *National Supremacy : Treaty Power vs. State Power*, New York, H. Holt and Company, 1913, viii-321 p.

CORWIN (Edward S.), *The Constitution and What It Means Today* (1920), Princeton, Princeton University Press, 1958, 12^{ème} éd., xiv-344 p.

CORWIN (Edward S.), *The President's Removal Power Under the Constitution*, New York, National Municipal League, 1927, xv-70 p.

repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 317-371.

CORWIN (Edward S.), *The Democratic Dogma and the Future of Political Science and other essays*, Shanghai, Kelly & Walsh, Limited, 1930, viii-84 p.

CORWIN (Edward S.), *The Twilight of the Supreme Court : A History of Our Constitutional Theory*, New Haven, Yale University Press, 1935, 2^{ème} éd., xxviii-237 p.

CORWIN (Edward S.), *The Commerce Power Versus States Rights : « Back to the Constitution »*, Princeton, Princeton University Press, 1936, xiv-276 p.

CORWIN (Edward S.), *Court Over Constitution : A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, Princeton, Princeton University Press, 1938, 273 p.

CORWIN (Edward S.), *Total War and the Constitution*, New York, Alfred A. Knopf, 1947, vi-182 p.

CORWIN (Edward S.), *The President : Office and Powers* (1940), New York, New York University Press, 1957, 4^{ème} éd., xiii-519 p.

CORWIN (Edward S.), *Constitutional Revolution*, Ltd, Claremont, Calif., Pomona, Scripps

and Claremont Colleges, 1941, xiii-121 p.

CORWIN (Edward S.), *Liberty against Government : the Rise, Flowering and Decline of a Famous Juridical Concept*, Baton Rouge, Louisiana State University Press, 1948, xv-210 p.

CORWIN (Edward S.), *A Constitution of Powers in a Secular State*, Charlottesville, The Michie Company, 1951, viii-126 p.

The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation, Legislative reference service (Library of Congress), Edward S. Corwin (ed.), Washington, Government printing office, 1953, xxxiv-1362 p.

B) Anthologies

CORWIN (Edward S.), *American Constitutional History : Essays by Edward S. Corwin*, Alpheus T. Mason et Gerald Garvey (ed.), New York, Harper & Row, 1964, xxiii-234 p.

CORWIN (Edward S.), *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, 185 p.

CORWIN (Edward S.), *Corwin on the Constitution*, Richard Loss (ed.), 3 vols. :

- *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Ithaca, Cornell University Press, 1981, 392 p.

- *The Judiciary*, Ithaca, Cornell University Press, 1987, 399 p.

- *On Liberty Against Government*, Ithaca, Cornell University Press, 1988, 392 p.

CORWIN (Edward S.), *Corwin's Constitution : Essays and Insights of Edward S. Corwin*, Kenneth D. Crews (ed.), New York, Greenwood Press, 1986, ix-276 p.

C) Articles et contributions

CORWIN (Edward S.), « The Supreme Court and the Fourteenth Amendment », *Michigan Law Review*, vol. 7 (1909), p. 643 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 123-148.

CORWIN (Edward S.), « The Establishment of Judicial Review », *Michigan Law Review*, partie I, vol. 4 (1910), p. 102 et partie II, vol. 9 (1911), p. 283 ; repr. in Edward S. Corwin,

Corwin on the Constitution, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 41-90.

CORWIN (Edward S.), « The Doctrine of Due Process of Law before the Civil War », *Harvard Law Review*, vol. 24 (1911), p. 366 et vol. 24 (1911), p. 460 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 149-179.

CORWIN (Edward S.), « The Dred Scott Decision in the Light of Contemporary Legal Doctrines », *American Historical Review*, vol. 17 (1911), p. 52 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 299-313.

CORWIN (Edward S.), « Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review », *Michigan Law Review*, vol. 12 (1914), p. 538 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 91-120.

CORWIN (Edward S.), « The Basic Doctrine of American Constitutional Law », *Michigan Law Review*, vol. 12 (1914), p. 247 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 27-51.

CORWIN (Edward S.), « The Treaty-Making Power : A Rejoinder », *North American Review*, vol. 199 (1914), p. 893 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 233-239.

CORWIN (Edward S.), « Game Protection and the Constitution », *Michigan Law Review*, vol. 14 (1916), p. 613 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, op. cit., p. 322.)

CORWIN (Edward S.), « War, the Constitution Moulder », *The New Republic*, 9 juin 1917, p. 153 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 23-27.

CORWIN (Edward S.), « Social Insurance and Constitutional Limitations », *Yale Law Journal* vol. 26 (1917), p. 431 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On*

Liberty Against Government, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 52-61.

CORWIN (Edward S.), « Wilson and the Senate », *The Weekly Review*, 26 juillet 1919, p. 228 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 28-31.

CORWIN (Edward S.), « The Worship of the Constitution », *Constitutional Review*, vol. 4 (1920), p. 3 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 47-55.

CORWIN (Edward S.), « The Child Labor Decision », *The New Republic*, 12 juillet 1922, p. 177 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 325-330.

CORWIN (Edward S.), « The Spending Power of Congress, apropos the Maternity Act », *Harvard Law Review*, vol. 36 (1923), p. 548 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 246-271.

CORWIN (Edward S.), « The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention », *American Historical Review*, vol. 30 (1925), p. 511 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 56-78.

CORWIN (Edward S.), « Constitution v. Constitutional Theory : the Question of the States v. the Nation », *American Political Science Review*, vol. 19 (1925), p. 290 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 183-193.

CORWIN (Edward S.), « Judicial Review in Action », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 74 (1926), p. 639 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 194-217.

CORWIN (Edward S.), « The " Higher Law " Background of American Constitutional Law », *Harvard Law Review*, vol. 42 (1928), sections I et II, p. 149, sections III, IV et V, p. 365 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 79-139.

- repr. in Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, Clinton L. Rossiter (ed.), Ithaca, New York, Cornell University Press, 1951, 102 p.

CORWIN (Edward S.), « The Democratic Dogma and the Future of Political Science », *American Political Science Review*, vol. 23 (1929), p. 569 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 140-156.

CORWIN (Edward S.), « Some Lessons from the Constitution of 1787 », in Edward S. Corwin, *The Democratic Dogma and the Future of Political Science and Other Essays* (1930), p. 67 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 157-167.

CORWIN (Edward S.), « Social Planning under the Constitution – A Study in Perspectives », *American Political Science Review*, vol. 26 (1932), p. 1 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 62-82.

CORWIN (Edward S.), « Congress' Power to Prohibit Commerce, a Crucial Constitutional Issue », *Cornell Law Quarterly*, vol. 18 (1933), p. 477 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 290-314.

CORWIN (Edward S.), « Moratorium over Minnesota », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 82 (1934), p. 311 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 331-336.

CORWIN (Edward S.), « Some Probable Repercussions of " Nira " on Our Constitutional

System », in *The Annals of The American Academy of Political and Social Sciences*, vol. 172 (1934) ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 55-63.

CORWIN (Edward S.), « The Schechter Case – Landmark, or What ? », *New York University Law Quarterly Review*, vol. 13 (1936), p. 151 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 337-368.

CORWIN (Edward S.), « The New Deal in the Light of American Political and Constitutional Ideas », in *Edward S. Corwin Papers*, Princeton University Library, 27 juin 1936 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 83-95.

CORWIN (Edward S.), « The Constitution as Instrument and as Symbol », *American Political Science Review*, vol. 30 (1936), p. 1071 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 168-179.

CORWIN (Edward S.), « Curbing the Court », *Annals of the American of Political and Social Sciences*, vol. 185 (1936), p. 45 ; repr. in Edward S. Corwin, *American Constitutional History : Essays by Edward S. Corwin*, Alpheus T. Mason et Gerald Garvey (ed.), New York, Harper & Row, 1964, pp. 126-133.

CORWIN (Edward S.), « National-State Cooperation – Its Present Possibilities », *Yale Law Journal*, vol. 46 (1937), p. 599 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 219-239.

CORWIN (Edward S.), « Reorganization of the Federal Judiciary », U.S. Congress, Senate, Committee on the Judiciary, 75th Cong., 1st sess., 17 mars 1937 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 218-277.

CORWIN (Edward S.), « Standpoint in Constitutional Law », *Boston University Law Review*, vol. 17 (1937), p. 513 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 278-295.

CORWIN (Edward S.), « Statesmanship on the Supreme Court », *The American Scholar*, vol. 9 (1940), p. 159 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 375-378.

CORWIN (Edward S.), « The War and the Constitution : President and Congress », *American Political Science Review*, vol. 37 (1943), p. 18 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 112-120.

CORWIN (Edward S.), « The Dissolving Structure of Our Constitutional Law », *Washington Law Review*, vol. 20 (1945), p. 185 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 141-157.

CORWIN (Edward S.), « Our Constitutional Revolution and How to Round It Out », *Pennsylvania Bar Association Quarterly*, vol. 19 (1948), p. 261 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, p. 157-176.

CORWIN (Edward S.), « The Passing of Dual Federalism », *Virginia Law Review*, vol. 36 (1950), p. 1 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 3 : *On Liberty Against Government*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1988, pp. 240-258.

CORWIN (Edward S.), « The Debt of American Constitutional Law to Natural Law Concepts », *Notre Dame Lawyer*, vol. 25 (1950), p. 258 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 195-212.

CORWIN (Edward S.), « The Impact of the Idea of Evolution on the American Political and Constitutional Tradition », in Stow Persons (ed.), *Evolutionary Thought in America*, Yale University Press, 1950, pp. 182-199 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 1 : *The Foundations of American Constitutional and Political Thought, the Powers of Congress, and the President's Power or Removal*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1981, pp. 180-194.

CORWIN (Edward S.), « The President's Power », *The New Republic*, 29 janvier 1951, p. 15 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 137-140.

CORWIN (Edward S.), « The Steel Seizure Case : A Judicial Brick Without Straw », *Columbia Law Review*, vol. 53 (1953), p. 53 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 121-137.

CORWIN (Edward S.), « Case Against Bricker Amendment », *New York Herald Tribune*, 23 mai 1955, p. 14 ; repr. in CORWIN (Edward S.), *Corwin's Constitution : Essays and Insights of Edward S. Corwin*, Kenneth D. Crews (ed.), New York, Greenwood Press, 1986, pp. 219-222.

CORWIN (Edward S.), « John Marshall, Revolutionnist Malgré Lui », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104 (1955), p. 9 ; repr. in Edward S. Corwin, *Corwin on the Constitution*, vol. 2 : *The Judiciary*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1987, pp. 379-391.

CORWIN (Edward S.), « Woodrow Wilson and the Presidency », *Virginia Law Review*, vol. 42 (1956), p. 761 ; repr. in Edward S. Corwin, *Presidential Power and the Constitution : Essays*, Richard Loss (ed.), Ithaca, Cornell University Press, 1976, pp. 32-53.

II. Travaux consacrés à Edward S. Corwin

A) Ouvrages

CREWS (Kenneth D.), *Edward S. Corwin and the American Constitution : a bibliographical analysis*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985, xiv-226 p.

LOSS (Richard), *The Modern Theory of Presidential Power : Alexander Hamilton and the Corwin Thesis*, New York, Greenwood Press, 1990, xv-172 p.

B) Articles et contributions

GARVEY (Gerald), « Edward S. Corwin in the Campaign of History : The Struggle for National Power in the 1930s », *George Washington Law Review*, vol. 34 (1965), pp. 219-231.

FELLMAN (David), « Review. *The President : Office and Powers*, by Edward S. Corwin », *Indiana Law Journal*, vol. 33 (1958), p. 458-464.

KONEFSKY (Alfred S.), « Men of Great and Little Faith : Generations of Constitutional

Scolars », *Buffalo Law Review*, vol. 30 (1981), pp. 365-384.

LEITCH (Alexander), « Corwin, Edward S. », in *A Princeton Companion*, Princeton, Princeton University Press, 1978, pp. 118-120.

LOSS (Richard), « Dissolving Concepts of the Presidency », *Political Science Reviewer*, vol. 4 (1974), pp. 133-168.

LOSS (Richard), « Edward S. Corwin : the Constitution of the Dominant Presidency », *Presidential Studies Quaterly*, vol. 7 (1977), pp. 53-65.

MCDOWELL (Gary L.), « The Corrosive Constitutionalism of Edward S. Corwin », *Law & Social Inquiry*, vol. 14 (1989), pp. 603-614.

MCDOWELL (Gary L.), « Coke, Corwin and the Constitution : The " Higher Law Background " Reconsidered », *The Review of Politics*, vol. 55 (1993), pp. 393-420.

NEWTON (Robert E.), « Edward S. Corwin and American Constitutional Law », *Journal of Public Law*, vol. 14 (1965), p. 198-212.

POWELL (Thomas Reed), « Comment on Mr. Corwin's paper », *American Political Science Review*, vol. 19 (1925), pp. 305-308.

STEVENS (Richard G.), « The Constitution and What It Meant to Corwin », *Political Science Reviewer*, vol. 10 (1980), pp. 1-53.