

# La constitution contre les inégalités

*par Thomas Perroud*

---

**Les puissances économiques aux États-Unis mettent l'État au service de leurs intérêts. Comment s'y opposer ? La constitution peut-elle jouer un rôle dans la lutte contre ces tendances oligarchiques ? Oui, mais à condition d'en retrouver l'inspiration première.**

---

À propos de : Joseph Fishkin & William E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution. Reconstructing the Economic Foundations of American Democracy*, Harvard University Press, 2022, 640 p.

La prise de conscience des ravages causés par les inégalités sur la société et la politique américaine a suscité de nombreuses réactions chez les juristes de ce pays. Joseph Fishkin et William E. Forbath, respectivement professeurs aux universités de UCLA et du Texas, sont tous deux spécialistes de droit constitutionnel, avec une spécialisation marquée, pour le premier, dans l'étude de la démocratie participative — et dont la proposition de Deliberation Day formulée avec Bruce Ackerman est restée célèbre<sup>1</sup> — et, pour le second, dans l'étude du droit du travail.

---

<sup>1</sup> Bruce Ackerman, James S. Fishkin, *Deliberation Day*, Yale University Press, 2005. Ils proposent d'instituer un nouveau jour férié national chaque année d'élection présidentielle. Ce jour férié permettrait aux citoyens américains de tout le pays de se réunir dans des espaces publics et d'engager des débats structurés sur les questions qui divisent les candidats à l'élection présidentielle. Cette proposition s'appuie sur une multitude d'expériences menées par Fishkin qui a pu tester aux États-Unis un système de sondage délibératif, qui rassemble des échantillons aléatoires et représentatifs

L'entreprise de réflexion sur le caractère oligarchique de la constitution américaine croise de nouveaux champs de recherche dont l'influence est grandissante<sup>2</sup>. On peut citer à cet égard le mouvement « Law and Political Economy » (LPE) autour de chercheurs de Yale Law School, comme Amy Kapczynski, David Singh Grewal — maintenant à Berkeley — mais aussi de Jedediah Britton-Purdy (Columbia), membre du comité éditorial de la revue *Dissent*<sup>3</sup>. L'objet de LPE est de remettre les questions redistributives au cœur des préoccupations de la recherche et ce livre en est une illustration, puisque le cœur de sa réflexion porte sur l'économie politique de la constitution américaine. Il faut aussi mentionner, au titre du renouveau des idées, des publications de juristes éminents prônant un retour de l'État<sup>4</sup>.

Cette réflexion est d'autant plus salutaire qu'elle surgit dans un moment très particulier du droit constitutionnel américain. Du point de vue économique, la Cour suprême a développé une jurisprudence très favorable aux intérêts économiques forts depuis les années 2000. L'arrêt emblématique est la décision *Citizens United* de 2010 qui, au nom de la liberté d'expression, interdit d'encadrer la façon dont les entreprises financent les campagnes électorales.

## À la recherche de la tradition constitutionnelle anti-oligarchique

Le questionnement de départ de ces deux auteurs est le suivant : quelles conséquences faut-il tirer de la montée des inégalités en droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel est-il responsable de la montée des inégalités ? Comment le droit constitutionnel permet-il de structurer et encadrer les rapports de pouvoir économique ? L'idée-force du droit constitutionnel depuis le XVIIIe siècle est celle d'une dispersion du pouvoir politique à travers le concept de séparation des pouvoirs. Le lien entre cette idée et le pouvoir économique n'est donc pas évident et c'est

---

d'électeurs pour discuter de questions politiques clés. Lors de ces événements, les participants améliorent considérablement leur compréhension des enjeux et peuvent changer d'avis sur les options politiques souhaitables.

<sup>2</sup> Les auteurs avaient déjà tenu un colloque sur ce thème, à l'Université du Texas, en 2016 et publié à la *Texas Law Review* : <https://texaslawreview.org/archive/volume-094/>.

<sup>3</sup> V. par ex. leur blog : <https://lpeproject.org/about/>.

<sup>4</sup> V. les livres sur la "public option" : Ganesh Sitaraman, Anne L. Alstott, *The Public Option: How to Expand Freedom, Increase Opportunity, and Promote Equality*, Harvard University Press, 2019 ; Ganesh Sitaraman, Anne L. Alstott, *Politics, Policy, and Public Options*, Cambridge University Press, 2021.

pourtant ce nœud que Fishkin et Forbath se proposent d'étudier : la dispersion du pouvoir politique permettrait-elle de prévenir l'utilisation économique du pouvoir politique ? C'est cet enjeu qui est au cœur de l'ouvrage. Le jeu politique a clairement un effet sur la distribution des richesses dans un pays et c'est l'objet même du lobbying que d'orienter l'élaboration des politiques publiques pour capturer des rentes. Le point de départ de la réflexion de Fishkin et Forbath — en ligne avec l'analyse de Beard<sup>5</sup> montrant que la Constitution américaine est l'œuvre d'un petit groupe, représentant certains intérêts commerciaux et souhaitant mettre leurs intérêts à l'abri de la démocratie en consacrant le droit de propriété — est que cet objectif n'a pas été atteint, au contraire, ce qui impose de reprendre une réflexion dont les auteurs montrent qu'elle date de la fondation même des États-Unis au XVIIIe siècle. Alors même que la peur de l'oligarchie est une constante de l'histoire politique américaine, il n'y a pas de réflexion systématique sur la façon dont la constitution favorise ou au contraire limite ce phénomène.

Le but de l'ouvrage est donc de retrouver une tradition de la constitution américaine que les auteurs nomment la tradition de la démocratie des opportunités (*democracy-of-opportunity tradition*<sup>6</sup>), c'est-à-dire un régime politique qui limite la reproduction des inégalités. Ils déclinent ce concept en trois aspects.

D'abord, il s'agit de comprendre comment le pouvoir économique et le pouvoir politique se confondent, s'échangent, se monnayent, se convertissent l'un en l'autre. Ensuite, leur travail vise à expliquer comment les opportunités économiques sont structurées pour la classe moyenne. L'objectif explicite de l'ouvrage est de refonder un système favorable à la classe moyenne américaine, qui a été un soutien de la forme démocratique de gouvernement<sup>7</sup>. Il convient donc de réfléchir à un système de démocratie économique qui profite à cette classe. Enfin, cette démocratie des opportunités ne peut vivre sans inclure les femmes et les minorités qui ont été, depuis le XIXe siècle, les agents essentiels de la remise en cause de la capture du pouvoir par une classe et un genre. La thèse de ce livre est que ces trois aspects, ces trois programmes doivent être défendus dans la constitution.

---

<sup>5</sup> Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of The Constitution of The United States*, The Macmillan Company 1962.

<sup>6</sup> Joseph Fishkin, William E. Forbath, *The Anti-Oligarchy Constitution. Reconstructing the Economic Foundations of American Democracy*, Harvard University Press, 2022, p. 3.

<sup>7</sup> Il se situe ainsi dans la suite du travail de Ganesh Sitaraman, *The Crisis of the Middle-Class Constitution: Why Economic Inequality Threatens Our Republic*, Knopf, 2017.

L'originalité de l'ouvrage tient en outre à sa conception de la Constitution, laquelle n'est pas centrée uniquement sur la mise en œuvre du texte par les tribunaux, mais est considérée comme un texte programmatique dont le législateur se sert pour mettre en place des législations progressistes comme le droit du travail. La constitution n'est pas, pour les auteurs, un texte qui met fin à la politique en posant des interdits, un *conversation stopper* (interdiction de toucher à la propriété par exemple) : c'est un texte vivant, animant la vision politique de ceux qui souhaitent formuler des choix de société. Les victoires remportées par les progressistes devant la Cour suprême depuis les années 1950 et jusqu'à récemment avec le mariage gay ont détourné les activistes du Congrès, alors même que les plus grandes avancées sociales depuis le New Deal jusqu'à l'Obamacare viennent de celui-ci. Par ailleurs, les récentes décisions de la Cour suprême revenant sur de grands acquis comme le droit à l'avortement imposent de réinvestir la voie politique plutôt que la voie judiciaire. L'objectif de ce livre est précisément de mettre l'accent sur le devoir qui incombe au Congrès de mettre en œuvre le programme anti-oligarchique contenu dans la Constitution :

« C'est l'incapacité à parler de la Constitution en politique, l'obstination à la traiter comme une chose en dehors de la politique et fixant les frontières de la politique, qui ont entraîné un transfert du pouvoir aux tribunaux. Or, le plus souvent, sur le long chemin de l'histoire américaine, les tribunaux ont utilisé leur pouvoir pour protéger l'oligarchie économique et politique » (p. 486).

Fishkin et Forbath tentent de remettre au jour les préoccupations redistributives des fondateurs et surtout leur inspiration républicaine — au sens de P. Pettit<sup>8</sup> —, c'est-à-dire tournée davantage vers la non-domination que vers le laisser-faire. Cet esprit, ils le résument par une citation de Noah Webster – dont le nom est attaché au fameux dictionnaire d'anglais américain ayant servi à développer une vision américaine de la langue :

« Le fondement de la forme démocratique et républicaine de gouvernement tient en une loi fondamentale favorisant une distribution égale ou plutôt générale de la propriété (...). L'égalité dans la propriété est l'âme même d'une république — tant que cette égalité perdure, le peuple possède nécessairement pouvoir et liberté ; dès qu'elle est perdue, le pouvoir s'en va, la liberté disparaît, et l'État (*commonwealth*) prendra une autre forme » (p. 33)<sup>9</sup>.

Évidemment, cette tradition républicaine américaine est lestée d'un passif de taille : l'exclusion des femmes, l'esclavage des Noirs et l'extermination des Indiens.

---

<sup>8</sup> P. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, 1999.

<sup>9</sup> N. Webster, *Miscellaneous Remarks on Divisions of Property... in the United States*, in *The Founder's Constitution*, p. 552-553 (P. B. Kurland, R. Lerner, eds., 1987).

Même le New Deal a construit sa politique pour la classe moyenne sur l'exclusion et la sujétion. Historiquement, l'égalité a été bâtie aux États-Unis sur la ségrégation. Pour Aziz Rana, professeur de droit à Cornell, il s'agit même de la tragédie américaine : le mariage des aspirations égalitaristes avec les causes racistes<sup>10</sup>.

Les mouvements de libération des femmes et des minorités ont ainsi porté un discours axé sur une rhétorique anti-oligarchique. Les féministes américaines du XIXe siècle font ainsi clairement un lien entre la condition de la femme et la structure de pouvoir dans la société américaine, allant jusqu'à parler d'une « aristocratie sexuelle » (p. 136) qui exerce un « despotisme plus absolu et cruel que la monarchie » (p. 136)<sup>11</sup>. Les combattantes du suffrage universel dénonçaient aussi les juges, qui furent les alliés objectifs de la classe dominante contre les Noirs et les femmes (p. 136).

La Cour suprême comme rempart, bouclier de la classe dominante est en effet une réalité qui s'est incarnée dans la fameuse ère Lochner, du nom de l'arrêt Lochner v. New York de 1905 portant un coup fatal à la volonté des États de traiter la question sociale. Dans cette décision la Cour suprême juge qu'une loi de l'État de New York fixant des heures de travail maximales pour les boulangers (de 10 heures par jour ou de 60 heures par semaine) violait le droit à la liberté contractuelle. Il a fallu attendre F. D. Roosevelt pour qu'un véritable combat s'engage pour faire plier les juges de la Cour suprême, ces « royalistes économiques » (p. 252) qu'il comparait « aux royalistes du XVIIIe siècle tenant de la Couronne des privilèges spéciaux » (p. 252)<sup>12</sup>. Ce n'est qu'à l'issue de ce bras de fer que la Cour accepta la compétence du Congrès en matière de législations économiques et sociales pour faire face à la Grande Dépression.

La période que l'on appelle en France les Trente Glorieuses se caractérise pour Fishkin et Forbath par un grand oubli de la question de la redistribution, en raison d'une forte croissance qui alimente la prospérité de la classe moyenne américaine et l'inclusion progressive des femmes et des minorités. C'est cet oubli qui a permis, pour eux, une redistribution invisible des cartes du pouvoir avec des réformes importantes comme celui du droit de la concurrence que les économistes de Chicago ont réussi à neutraliser en imposant un nouveau standard. Mais les étapes les plus décisives ont été le fait d'une Cour suprême de plus en plus réactionnaire se servant de la liberté d'expression du Premier amendement comme une arme (« *weaponized first*

---

<sup>10</sup> Aziz Rana, *American Social Democracy and Its Imperial Roots*, Law & Political Economy Blog, 19/4/2022.

<sup>11</sup> National Woman Suffrage Association, Declaration of Rights for Women, July 4, 1876.

<sup>12</sup> F. Delano Roosevelt, Acceptance for the Renomination for the Presidency, 5 Pub. Papers 230, 231-233 (27 juin 1936).

*amendment* », p. 433) pour déréguler par exemple les dépenses de campagne ou affaiblir les syndicats. Il faut aussi noter que même les juges progressistes, comme le juge Breyer – qui vient de prendre sa retraite -, ont toujours refusé l’extension du droit de la concurrence pour remédier aux situations de monopole. Cet exemple montre très clairement que même les progressistes se sont ralliés au laisser-faire en matière de rapport de pouvoir économique.

## Un programme de reconstruction d’une démocratie des opportunités

Le livre contient aussi un programme de reconstruction. C’est une partie intéressante, mais qui n’est pas la plus convaincante, étant donné la réalité actuelle du pouvoir aux États-Unis, qui ne semble pas favorable à un changement radical.

Le problème central que doit résoudre toute Constitution qui se voudrait anti-oligarchique est d’empêcher la conversion du pouvoir économique en pouvoir politique, ce qui impose de revenir sur la façon dont la Cour suprême a construit son autorité depuis les années soixante. À partir de ces années, la Cour suprême a construit sa légitimité sur l’affirmation des droits civiques, faisant passer au second plan les questions redistributives et au contraire prévaloir des solutions anti-redistributives. Fishkin et Forbath expliquent en effet que « les plaideurs qui ont eu le plus de succès devant la Cour depuis le milieu des années 1970 n’ont pas été les militants pour le droit à l’avortement ou les minorités raciales, mais la Chambre de commerce » (p. 404). Le caractère « pro-business » de la justice constitutionnelle a aussi été relevé pour la France<sup>13</sup>.

La première proposition de Fishkin et Forbath est de réformer la Cour suprême. Leur livre documente de façon très précise les différents bras de fer entre le Président et la Cour, et les menaces de nommer de nouveaux juges (*court packing*). Ce n’est pas l’unique stratégie disponible. Le Congrès pourrait aussi modifier leur statut pour

---

<sup>13</sup> Stéphanie Hennette-Vauchez and Laurie Marguet, La QPC et les « droits et libertés que la Constitution garantit » : consécration et façonnage d’une nouvelle catégorie du droit constitutionnel, *La Revue des droits de l’homme*, 20-2021 ; X. Dupré de Boulois, La QPC comme supermarché des droits fondamentaux ou les dérives du contentieux objectif des droits, *RDLF* 2014, chron. n° 2 ; T. Perroud, Un choix de société du Conseil constitutionnel : la liberté contractuelle contre la solidarité, *JP Blog*, 20 février 2017 ; T. Perroud, Le Conseil constitutionnel contre la transparence, *JP Blog*, 16 décembre 2016.

imposer aux juges une rotation vers un rôle secondaire après une certaine période permettant la nomination de nouveaux juges (p. 431).

Les propositions ne concernent pas seulement la Cour. Les auteurs proposent aussi d'amender le Premier amendement (p. 434), afin de restaurer des contre-pouvoirs, et l'encadrement des dépenses de campagnes.

Le second axe est social et porte sur les corps intermédiaires. Il faudrait en effet renforcer les syndicats et les associations, seuls à même de pouvoir défier la domination économique et politique des oligarques. Or, la Cour suprême a été l'agent d'un affaiblissement des syndicats aux États-Unis. Cette faiblesse a un impact sur la répartition de la valeur dans l'entreprise. Les syndicats représentent aujourd'hui aux États-Unis moins de 10 % des travailleurs. En même temps 40 % des Américains vivent sans épargne, et comme ils ont besoin d'un travail ils sont contraints d'accepter des contrats inéquitables (p. 444). Les auteurs identifient en outre la redistribution fiscale comme stratégie pour l'égalité des chances aux États-Unis.

Le troisième axe consiste à repenser la démocratie économique. Le statu quo en droit de la concurrence est aujourd'hui questionné, sans être fondamentalement remis en question. La nomination de Lina Kahn à la Federal Trade Commission est un signe de ce changement, parmi d'autres. Lina Kahn est devenue célèbre pour un article qu'elle a publié dans la revue de droit de Yale en 2017 alors qu'elle était étudiante et dans lequel elle montre comment Amazon profite du statu quo en matière de droit de la concurrence<sup>14</sup>. Les États-Unis ont en effet dédaigné de s'occuper de la structure des marchés depuis les années 1970, si bien qu'aujourd'hui la situation est fortement critiquée et le degré de concurrence sur certains marchés n'est pas suffisant<sup>15</sup>. Les auteurs envisagent aussi une réforme du droit des sociétés pour revenir sur le tournant des années 1980 qui a centré ce droit sur la valeur actionnariale.

Le programme de réforme est donc ambitieux, mais l'intérêt de l'ouvrage nous semble être davantage dans la réflexion sur le type d'économie politique que portent la Constitution américaine et, plus largement, nos constitutions. Il est indéniable qu'aux États-Unis ou en France les droits fondamentaux sont d'abord des protections contre les politiques redistributives. Le travail pour retrouver les racines égalitaristes de la constitution américaine est en cours. Pour la France, il est à commencer !

---

<sup>14</sup> L. Kahn, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 Yale Law Journal 710 (2017)

<sup>15</sup> T. Philippon, *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets*, Belknap Press, 2019.

Publié dans [laviedesidees.fr](http://laviedesidees.fr), le 29 août 2022