



HAL
open science

Les executive orders du président des États-Unis comme outil alternatif de législation

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. Les executive orders du président des États-Unis comme outil alternatif de législation. Jus Politicum : Revue de droit politique, 2018, 21. hal-02900076

HAL Id: hal-02900076

<https://hal.science/hal-02900076>

Submitted on 15 Jul 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Samy Benzina

Les *executive orders* du président des États-Unis comme outil alternatif de législation

Les premiers mois d'exercice du pouvoir par le président Donald Trump ont été marqués par la personnalité et le style atypiques du 45^e président des États-Unis, ainsi que par sa pratique inhabituelle de la communication par le truchement des réseaux sociaux qui apparaît en rupture avec les usages des précédents titulaires de la fonction. Toutefois, au-delà de ces singularités, le nouveau président américain a su immédiatement s'approprier, dans une grande continuité avec les pratiques antérieures, les outils du pouvoir du chef de l'exécutif américain. En effet, comme Ronald Reagan¹, George H. Bush², Bill Clinton³, George W. Bush⁴ ou Barack Obama⁵ avant lui, le Président Trump a pris dans les jours suivants son investiture des *executive orders*⁶. Parmi ceux-ci se trouvent les très contestés *executive orders* visant à interdire aux ressortissants de certains États étrangers, à majorité musulmane, l'entrée sur le territoire des États-Unis⁷. Plus récemment, les décisions du 8 mars 2018 visant à augmenter les droits de

* Article publié dans *Jus Politicum*, 2018, n° 20.

¹ Voir par ex. E.O. n° 12287 du 28 janvier 1981 relatif à la dérèglementation des produits du pétrole brut et raffiné.

² Voir par ex. E.O. n° 12668 du 25 janvier 1989 instituant une commission présidentielle sur la réforme des règles fédérales en matière d'éthique.

³ Voir par ex. E.O. n° 12834 du 20 janvier 1993 relatif aux engagements au respect des règles d'éthique par les personnes nommées par le pouvoir exécutif.

⁴ Voir par ex. E.O. n° 13198 du 29 janvier 2001 relatif aux responsabilités des agences au regard des initiatives religieuses et communautaires.

⁵ Voir par ex. E.O. n° 13489 du 21 janvier 2009 relatif aux archives présidentielles ; Voir aussi E.O. n° 13490 du 21 janvier 2009 relatif aux engagements au respect des règles d'éthique par les agents du pouvoir exécutif.

⁶ Voir par ex. E.O. n° 13765 du 20 janvier 2017 visant à réduire l'impact économique de la loi relative à la protection des patients et à l'accessibilité des soins en attendant son abrogation. Voir aussi E.O. n° 13768 du 25 janvier 2017 visant à améliorer la sécurité publique au sein des États-Unis.

⁷ E.O. n° 13769 du 27 janvier 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis ; E.O. n° 13780 du 6 mars 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis ; D. TRUMP, *Presidential Proclamation* n° 9645 maintenant des capacités accrues de contrôle pour détecter les tentatives d'entrée sur le territoire des États-Unis par des terroristes et autres personnes troublant la sécurité publique.

douane perçus sur les importations d'acier et d'aluminium⁸ aux États-Unis ont créé de vives tensions entre la première puissance mondiale et ses partenaires économiques. Les débats entourant ces actes ont conduit à mettre au centre de l'actualité un aspect des pouvoirs du président des États-Unis qui a longtemps peu intéressé la doctrine américaine⁹ : son pouvoir d'énoncer unilatéralement des prescriptions générales et impersonnelles qui se rapprochent matériellement de la loi et qui s'appliqueront sur l'ensemble du territoire des États-Unis en dehors de tout processus législatif.

En effet, la doctrine américaine a pendant longtemps été influencée par la pensée de Richard Neustadt, exposée dans son ouvrage de référence de 1960 : *Presidential Power*¹⁰. Selon cet auteur, le pouvoir du président des États-Unis ne résiderait pas tant dans les pouvoirs formels qui lui sont conférés par la Constitution que dans ses qualités personnelles en matière de *leadership* et de stratégie politique face aux autres pouvoirs. Richard Neustadt résume cela dans une formule célèbre selon laquelle le pouvoir du président « est le pouvoir de persuader¹¹ ». Selon cette conception, l'utilisation par le président des États-Unis de ses prérogatives, comme le pouvoir de veto ou celui d'émettre des *executive orders*, n'est pas une marque de puissance, mais au contraire un signe de faiblesse dans la mesure où cela signifie qu'il a été incapable d'emporter la conviction des autres pouvoirs¹². Cela a conduit une partie de la doctrine à se désintéresser de l'approche juridique dès lors qu'il s'agissait d'étudier les pouvoirs du président¹³.

⁸ Voir D. TRUMP, *Presidential Proclamation* visant à ajuster les importations d'aluminium aux États-Unis ; *Presidential Proclamation* visant à ajuster les importations d'acier aux États-Unis.

⁹ Voir notamment Ph.J. COOPER, *By order of the President. The Use and Abuse of Executive Direct Action*, Lawrence, University Press of Kansas, 2002, p. 2. L'auteur remarque que « Curieusement, la littérature relative à la présidence ignore largement les outils de l'action présidentielle directe, comme si la façon dont le président utilise ses pouvoirs n'avait que peu d'importance. L'accent est mis presque exclusivement sur ce que la nouvelle administration souhaite achever et comment elle peut organiser son équipe pour se positionner à l'égard d'alliés politiques potentiels afin de réaliser son programme » (notre traduction).

¹⁰ R.E. NEUSTADT, *Presidential Power*, New York, John Wiley & Sons, 1960, 224 p.

¹¹ « *Presidential power is the power to persuade* » (R.E. NEUSTADT, *Presidential Power and the Modern Presidents: The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, New York, The Free Press, 1991, p. 11, notre traduction).

¹² *Ibid.*, p. 24. L'auteur observe que l'utilisation de ces pouvoirs constitutionnels est un « dernier recours douloureux, une réponse forcée à l'épuisement des autres solutions, suggestif moins d'une maîtrise que d'un échec – l'échec d'une tentative de réaliser un but par des moyens moins contraignants » (notre traduction).

¹³ Certains auteurs ont toutefois continué à retenir une approche juridique de la question, Voir par ex. en ce sens R.B. CASH, « Presidential Power: Use and Enforcement of Executive Orders », *Notre Dame Law Review*, 1963, vol. 39, p. 44-55 ; W. NEIGHBORS, « Presidential Legislation by Executive Order », *University of Colorado Law Review*, vol. 37, 1964, p. 105-118 ; J.L. FLEISHMAN et A.H. AUFSES, « Law and Orders: The Problem of Presidential Legislation », *Law and Contemporary Problems*, vol. 40, 1976, p. 1-45 ; J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », *Texas Law Review*, vol. 59, 1981, p. 837-878.

Cependant, malgré l'influence considérable de la pensée de Neustadt¹⁴, la doctrine contemporaine tend depuis quelques années à renouer avec les études juridiques des pouvoirs du président des États-Unis qui avaient cours dans la première partie du XX^e siècle¹⁵. Cette tendance s'explique par les limites de l'approche purement politique de Neustadt. Si cet auteur peut « éclairer les fluctuations à court terme des frontières de l'influence présidentielle [...] il ne peut pas expliquer l'expansion généralisée du pouvoir présidentiel¹⁶ ». Effectivement, depuis des décennies les pouvoirs du président américain se sont structurellement renforcés¹⁷, et ce, indépendamment du titulaire de la fonction présidentielle. Ainsi, ce n'est pas tant la personnalité des différents présidents qui semble favoriser cette tendance, mais plutôt la structure constitutionnelle. Or, s'intéresser à l'influence de la structure constitutionnelle sur les pouvoirs du président suppose nécessairement de porter son attention sur les *executive orders*.

Les *executive orders* ont en effet toujours été le support traditionnel de l'expression de la volonté présidentielle¹⁸, cela explique que leur histoire soit intimement liée à celle du président des États-Unis¹⁹. Georges Washington fut ainsi, en 1789, l'auteur du premier acte qui s'apparente à un *executive order*²⁰, même si celui-ci ne porte pas le numéro 1²¹. Comme le note une étude, les premiers *executive orders*

¹⁴ Voir K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen, Executive Orders and Presidential Power*, Princeton, Princeton University Press, 2001, p. 12. Comme l'observe l'auteur, « la perspective "Neustadtian" des pouvoirs présidentiels [...] a dominé le champ des études sur la présidence américaine comme peu d'ouvrages ont dominé d'autres champs doctrinaux » (notre traduction).

¹⁵ Voir l'un des auteurs majeurs de la période : E.S. CORWIN, *The President: Office and Powers 1787-1957*, 4^e éd., New York, New York University Press, 1957.

¹⁶ W.G. HOWELL, *Power Without Persuasion. The Politics of Direct Presidential Action*, Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 10.

¹⁷ A.S. MILLER, *Presidential Power in a Nutshell*, St. Paul, West Publishing Co., 1977, p. 23. L'auteur observait déjà en ce sens en 1977 que « Le pouvoir dans l'ordre constitutionnel américain a toujours coulé, et continuera de couler, vers l'exécutif. La façade de la séparation des pouvoirs demeurera mais ne devrait jamais être confondue avec la réalité » (notre traduction).

¹⁸ Report of the Special Committee on National Emergencies and Delegated Powers, *Executive Orders in Times of War and National Emergency*, 93rd Cong., 2^d sess., U.S. Senate, 1974, p. 2. Les auteurs du rapport soulignent que « Depuis la naissance de la Nation, la direction quotidienne des affaires gouvernementales exige, par nécessité, l'édition d'ordres présidentiels et de décisions orientant les politiques publiques afin d'exécuter les dispositions de la Constitution qui disposent que le Président "veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées" » (notre traduction).

¹⁹ J.C. DUNCAN, « A Critical Consideration of Executive Orders: Glimmerings of Autopoiesis in the Executive Role », *Vermont Law Review*, vol. 35, 2010, p. 333-411, en part. p. 339.

²⁰ W. HEBE, « Executive Orders and the Development of Presidential Power », *Villanova Law Review*, vol. 17, 1972, p. 688-712, en part. p. 689 *sqq.*

²¹ L'*executive order* n° 1 fut en effet pris par le président Abraham Lincoln en 1862. Cela s'explique par le fait que les agents du Département d'État n'ont commencé la numérotation de ces actes qu'à partir de 1907 en commençant par ceux qu'ils avaient dans leurs registres, excluant ainsi les 15 premiers Présidents des États-Unis dont les archives en la matière ne leur avaient jamais été transmises. Du reste, en l'absence d'exigence de publication des *executive orders* et *proclamations* avant 1935, il pourrait exister plusieurs milliers d'actes n'ayant jamais été retrouvés, et donc qui n'ont pu voir de numéro leur être assigné.

prenaient parfois la forme d'approbation présidentielle gribouillée hâtivement sur des documents légaux ou sur les marges de cartes. Les présidents écrivaient « Approuvée », « Qu'il en advienne », ou d'autres courts commentaires et ces notes suffisaient à donner à ces propositions l'autorité de l'*imprimatur* présidentielle²².

Il fallut attendre un *executive order* du président Ulysses Grant en 1873 pour que soient imposées certaines règles visant à uniformiser le style et la structure de ces actes, sans d'ailleurs que ces règles soient toujours respectées²³.

L'importance des *executive orders* dans l'histoire des États-Unis est considérable. Certaines des plus grandes controverses politiques et constitutionnelles ont pour origine de tels actes. Ainsi, la *Neutrality Proclamation* de 1793 de Georges Washington²⁴, qui déclare que les États-Unis demeureront neutres dans le conflit entre les puissances européennes et qui interdit aux ressortissants américains de prendre part à cette guerre, a mené à une controverse constitutionnelle importante entre James Madison et Thomas Jefferson sur les pouvoirs constitutionnels respectifs du président et du Congrès en matière de déclaration de guerre et de neutralité. De même, c'est par un *executive order* que, le 1^{er} janvier 1863, Abraham Lincoln déclara l'émancipation des Noirs dans les États du sud de l'Amérique. C'est encore par un *executive order*, daté du 19 février 1942²⁵, que Franklin Roosevelt ordonna l'internement dans des camps de plus de 117 000 Américains d'origine japonaise durant la Seconde Guerre mondiale. Sur le plan juridique, l'une des décisions les plus célèbres de la Cour suprême, *Marbury v. Madison*²⁶, avait pour origine la contestation de la validité d'un *executive order* du président Jefferson adressé à son secrétaire d'État, James Madison, lui ordonnant de ne pas notifier sa nomination aux fonctions de juge fédéral à William Marbury. De même, les affaires les plus importantes de la Cour suprême relatives à la séparation des pouvoirs ont souvent eu pour origine la contestation d'un *executive order*²⁷.

L'importance juridique et politique des *executive orders* s'est nettement accrue au cours du XX^e siècle, au point de devenir l'un des facteurs principaux de la puissance présidentielle. Cette tendance peut s'expliquer par un double phénomène. Cette importance est tout d'abord la conséquence de la place centrale qu'occupent les normes issues des *executive orders* dans l'ordre juridique fédéral américain. D'un point de vue quantitatif, le nombre d'*executive orders* édictés par le président des États-Unis a fortement augmenté. Ainsi, les vingt-cinq premiers

²² Report of the Special Committee..., précité.

²³ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, op. cit., p. 17.

²⁴ L. FISHER, *The Law of the Executive Branch. Presidential Power*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 103.

²⁵ E.O. n° 9066 du 19 février 1942 autorisant le secrétaire à la guerre à prescrire des zones militaires.

²⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (24 février 1803). Voir E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 1 sqq.

²⁷ Voir par ex. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (21 décembre 1936) ; *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (2 juin 1952) ; *Cole v. Young*, 351 U.S. 536 (11 juin 1956) ; *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (2 juillet 1981).

présidents des États-Unis ont pris de manière cumulée 1166 *executive orders*²⁸. Mais le président Théodore Roosevelt (1901-1909) en a pris à lui seul près de 1081²⁹. C'est toutefois Franklin Roosevelt (1933-1945) qui à ce jour détient le record avec 3721 *executive orders* durant ses mandats³⁰. Les présidents prennent aujourd'hui en moyenne entre 300 et 400 *executive orders* pour deux mandats. Ne sont pris en compte ici que les *executive orders stricto sensu* auxquels il faudrait théoriquement ajouter, notamment, les *proclamations* et les *memoranda*³¹, ce qui gonflerait encore considérablement les chiffres. Mais c'est surtout du point de vue qualitatif que les *executive orders* ont pris une ampleur considérable³². Assurément, cet outil s'est imposé aux yeux des présidents américains comme un véritable instrument de législation autonome permettant de contourner le Congrès³³. Franklin Roosevelt, dans un message au Congrès, déclara par exemple :

Je demande que le Congrès prenne les mesures nécessaires avant le 1^{er} octobre. Votre inaction à cette date me laissera avec la responsabilité incontournable devant le peuple de ce pays de m'assurer que l'effort de guerre n'est mis en péril par la menace d'un chaos économique³⁴.

Dans le même sens, Bill Clinton assumait clairement de passer par des *executive orders* dans l'hypothèse où des propositions de loi qu'il soutenait seraient bloquées par le Congrès³⁵. C'est pourquoi de nombreux auteurs affirment que les *executive orders* s'apparentent souvent à de la législation³⁶. Un auteur juge en ce sens que, parmi les milliers d'*executive orders* pris par le président, beaucoup « créent clairement des "lois" dans tous les sens du terme³⁷ ».

²⁸ Voir les données sur ce site : http://www.presidency.ucsb.edu/executive_orders.php

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Sur ces deux notions, voir *infra*.

³² Voir Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 13. L'auteur remarque que « Le cœur de beaucoup de commentaires est fondé sur le présupposé que les présidents utilisent davantage [les *executive orders*] qu'auparavant ». Toutefois, l'auteur souligne que « la question est davantage celle du contenu que de la quantité » des *executive orders*. (Nos traductions)

³³ *Ibid.*, p. 55 *sqq.*

³⁴ F.D. ROOSEVELT, *Message to Congress on Stabilizing the Economy*, 7 septembre 1942 (notre traduction).

³⁵ T.D. GAZIANO, « The Use and Abuse of Executive Orders and Other Presidential Directives », *Texas Review of Law and Politics*, n° 2, 2001, p. 267-316, en part. p. 272.

³⁶ Voir par ex. K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 5. L'auteur souligne que « Même dans le confinement de leur pouvoir exécutif, les présidents ont été capables de "légiférer" dans le sens de mettre en place des politiques qui vont bien au-delà de la simple activité administrative » (notre traduction) ; L. FISHER, « Laws Congress Never Made », *Constitution*, 1993, p. 59-66, en part. p. 59, l'auteur remarque que « Bien que la Constitution place le pouvoir législatif dans les mains du Congrès, le rôle de législateur du Président est considérable, persistant et dans de nombreux cas troublants » (notre traduction). Voir aussi J.L. HIRSEN, « Government by Decree. Presidential Legislation Through Executive Orders », *Trinity Law Review*, 1999, n° 9, p. 32-56.

³⁷ E.D. ELIOTT, « Why Our Separation of Powers Jurisprudence Is So Abysmal », *George Washington Law Review*, n° 3, 1989, p. 506-532, en part. p. 525, (notre traduction).

Cette tendance à l'usage des *executive orders* comme instrument alternatif de législation est par ailleurs favorisée par les attentes des citoyens américains qui ont, spécialement depuis le *New Deal*, intériorisé le rôle du gouvernement fédéral en général, et du président en particulier, en matière économique, sociale ou de sécurité. Dès lors, il n'est pas surprenant que « le public attende désormais des présidents qu'ils accomplissent bien plus que ce que leur permettent leurs seuls pouvoirs formels³⁸ » et pousse ainsi les titulaires de la fonction exécutive à faire un usage de plus en plus large de leurs prérogatives. Ces éléments expliquent la position d'une partie de la doctrine américaine qui estime que les *executive orders* sont l'un des facteurs principaux à l'origine de ce phénomène d'expansion des pouvoirs présidentiels³⁹.

L'étude des *executive orders* est donc indispensable à une meilleure compréhension des pouvoirs du président des États-Unis et à l'appréhension des dynamiques entre les trois branches du pouvoir fédéral américain. Toutefois, un écueil apparaît immédiatement lorsqu'est entreprise une telle recherche : la difficulté d'identifier l'objet « *executive order* ». Cette difficulté est tout d'abord liée au fait que la catégorie des *executive orders stricto sensu*, c'est-à-dire les mesures qualifiées comme telles par le président, n'est pas la seule catégorie d'actes normatifs permettant au président des États-Unis d'agir unilatéralement. Pour reprendre une typologie traditionnelle, notamment élaborée par Philipp J. Cooper⁴⁰, à côté de la catégorie des *executive orders* se trouvent celles des *presidential proclamations*, des *presidential memoranda* et des *national security directives*. Certains auteurs y ajoutent même la catégorie des *signing statements*⁴¹. Or, comme le rappelle un auteur, « il n'existe pas de définition constitutionnelle ou légale des notions de “*proclamation*”, “*executive order*,” ou des autres formes de directives présidentielles⁴² ». Autrement dit, « l'absence de définition consensuelle signifie que, par essence, un *executive order* est ce que le président choisit de qualifier ainsi⁴³ ».

Dans une étude de 1957⁴⁴, une commission de la Chambre des Représentants du Congrès avait tenté d'identifier et de distinguer les *executive orders* et les *proclamations*. Cette étude, après avoir défini les *executive orders* et *proclamations* comme « des directives ou actions par le président », énonçait que

³⁸ K. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 8, (notre traduction).

³⁹ Voir par ex., en ce sens, T.D. GAZIANO, « The Use and Abuse of Executive Orders and Other Presidential Directives », *Texas Review of Law and Politics*, n° 2, 2001, p. 267-316 ; T.L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », *Journal of Legislation*, vol. 28, 2002, p. 1-86.

⁴⁰ Ph.J. COOPER, *By Order of the President. The Use and Abuse of Executive Direct Action*, *op. cit.*

⁴¹ Voir C.A. BRADLEY et E.A. POSNER, « Presidential Signing Statements and Executive Power », *Constitutional Commentary*, vol. 23, 2006, p. 307-364.

⁴² W.J. OLSON et A. WOLL, « Executive Orders and National Emergencies. How Presidents Have Come to “Run the Country” by Usurping Legislative Power », *Policy Analysis*, n° 358, 1999, p. 1-29, en part. p. 8, (notre traduction).

⁴³ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁴ Committee on Government operations, *Executive Orders and Proclamations: A Study of a Use of Presidential Powers*, 85th Cong., 1st sess., U.S. House of Representatives, 1957, 214 p.

les *executive orders* sont généralement dirigés vers, et gouvernent l'action des agents du Gouvernement et des agences. Ils n'affectent habituellement qu'indirectement les personnes privées. Les proclamations affectent dans la plupart des cas principalement les activités des personnes privées⁴⁵.

Toutefois cette distinction fondée sur les destinataires de l'acte est en pratique assez peu opérante dans la mesure où, comme l'ont montré les mesures prises par Donald Trump, le président des États-Unis peut prendre des *executive orders* qui affectent principalement les activités des personnes privées⁴⁶. En outre, pour les juridictions américaines, il n'existe pas de différence entre ces deux types d'actes. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis a pu juger que le fait pour le président de prendre un *executive order* en exécution d'une loi alors même que celle-ci prévoyait spécifiquement une proclamation n'est pas de nature à remettre en cause la validité d'un tel acte⁴⁷.

La distinction entre *executive order* et *presidential memorandum* n'est pas plus aisée. En l'absence de définition légale ou constitutionnelle, la doctrine s'accorde sur la définition selon laquelle un *presidential memorandum* est « une déclaration par le chef de l'exécutif directement adressée aux agents du pouvoir exécutif qu'elle désigne nommément et qualifiée de *memorandum* par la Maison-Blanche⁴⁸ ». Compte tenu de la proximité de définitions entre *executive order* et *memorandum*, il n'est pas surprenant que « le *memorandum* soit utilisé comme l'équivalent d'un *executive order*⁴⁹ », mais sans qu'il soit nécessaire de respecter l'obligation légale de publication propre à la catégorie des *executive orders*⁵⁰. Il arrive d'ailleurs que les deux instruments soient utilisés concomitamment par le président des États-Unis pour mettre en place une politique déterminée⁵¹. La proximité entre ces outils est telle, qu'elle peut conduire à des confusions au sein même de la Maison-Blanche. Ainsi, dans un discours tenu dans un lycée de Californie en 1994, Bill Clinton, pourtant juriste de formation, avait annoncé qu'il signerait un *executive order* visant à retenir les fonds des États américains qui n'appliqueraient pas une politique de « tolérance zéro » à l'égard de la présence d'armes dans les écoles⁵².

⁴⁵ *Ibid.*, p. 1 (notre traduction).

⁴⁶ Voir sur ce sujet M. BELCO et B. ROTTINGHAUS, *The Dual Executive. Unilateral Orders in a Separated and Shared Power System*, Palo Alto, Stanford University Press, 2017, 239 p., en part. p. 34 *sqq.*

⁴⁷ *Wolsey v. Chapman*, 101 U.S. 755 (1879).

⁴⁸ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 83, (notre traduction).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Voir M. WOODWARD, « Executive Orders: A Journey », *Legal Reference Services Quarterly*, 1990, p. 125-134. Voir aussi *infra*.

⁵¹ Voir par ex., E.O. n° 13492 du 22 janvier 2009 relatif à l'examen et la disposition des individus détenus à la base navale de Guantanamo Bay et la fermeture des installations de détention et *Presidential Memorandum* du 15 décembre 2009 relatif à la fermeture des installations de détention de la base navale de Guantanamo Bay.

⁵² W.J. CLINTON, *Remarks to Students at Carlmont High School in Belmont*, Californie, 22 octobre 1994.

Pourtant, c'est bien un *memorandum* qui sera pris par le président des États-Unis pour mettre en œuvre cette politique⁵³. Du reste, ici aussi les juridictions fédérales américaines ne semblent pas accorder de véritable importance à la dénomination de l'acte. Par exemple, le fait pour le président de déléguer certains pouvoirs à un service de la Maison-Blanche par *memorandum* et non par *executive order* est sans incidence sur la validité d'une telle délégation⁵⁴.

Enfin, la *national security directive* s'apparente, pour reprendre la définition énoncée par le Président Lyndon Johnson, à

une notification formelle adressée au chef d'une administration fédérale ou d'une autre agence gouvernementale l'informant d'une décision présidentielle dans le champ des affaires de sécurité nationale et exigeant généralement des mesures d'exécution de l'administration ou de l'agence concernée⁵⁵.

Ici encore, d'un point de vue matériel, la différence entre les *national security directives* et les *executive orders* est souvent malaisée dans la mesure où ces deux types d'actes peuvent avoir le même objet et les mêmes effets⁵⁶. La seule différence fondamentale réside dans le fait que les *national security directives* sont généralement classifiées secret-défense et qu'elles ne sont donc pas publiées ou même consultables⁵⁷. Le public n'a de ce fait que rarement connaissance de l'existence même de telles *national security directives*.

Ainsi, en dehors des hypothèses où l'un de ces outils évoqués est rendu spécifiquement nécessaire par la loi, avec les limites évoquées ci-dessus, ou par l'usage, comme la fameuse *Thanksgiving proclamation*⁵⁸, le président dispose d'une entière discrétion dans le choix du support de sa politique. Les raisons pour lesquelles il choisit tel ou tel instrument au détriment d'un autre sont généralement

⁵³ Voir W.J. CLINTON, *Memorandum on Implementation of Safe Schools Legislation*, 22 octobre 1994.

⁵⁴ Voir par ex. *Meyer v. Bush*, 981 F.2d 1288 (D.C. Cir. 1993). La cour souligne que « Nous ne pensons pas qu'est pertinente la question de savoir si le président délègue son autorité à un service de la Maison-Blanche par *memorandum* ou par *executive order* » (notre traduction).

⁵⁵ B.K. SMITH, *Organizational History of the National Security Council During the Kennedy and Johnson Administration*, Washington D.C., National security council, 1988, p. 23, cité par Ph.J. COOPER, *By order of the President*, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁶ Ph.J. COOPER, *By order of the President*, *op. cit.*, p. 145. L'auteur observe notamment en ce sens que « Les *national security directives* ont clairement de nombreux effets identiques aux *executive orders* [...] ». Il observe ensuite que « Bien que la plupart des *national security directives* aient clairement pour objet la politique étrangère et les affaires militaires, les études limitées sur le sujet à ce jour indiquent que certains de ces actes ont eu un impact significatif sur le plan national » (notre traduction).

⁵⁷ On remarquera qu'il arrive cependant fréquemment que des *executive orders* interviennent dans le domaine de la sécurité nationale. Cf. R. ALFORD, *Permanent State of Emergency. Unchecked Executive Power and the Demise of the Rule of Law*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2017, p. 140 *sqq.*

⁵⁸ Il s'agit d'une tradition qui remonte au premier président des États-Unis, Georges Washington, qui prit une telle proclamation le 3 octobre 1789. Pour un exemple récent, voir D. TRUMP, *Presidential Proclamation - Thanksgiving Day*, 23 novembre 2017.

liées à des considérations politiques et d'opportunité⁵⁹. Si ces différents types d'actes sont clairement interchangeable pour atteindre l'objectif fixé par le président, leur régime juridique n'est pas exactement identique. Il existe par exemple une obligation légale qui impose au président des États-Unis de publier l'ensemble des *executive orders* et des *proclamations* au *Federal Register*⁶⁰. Cette obligation a été instituée à la suite d'une affaire qui avait conduit deux compagnies pétrolières à demander la suspension de certaines dispositions d'un *executive order* jusque devant la Cour suprême sans que cette dernière, ni les avocats de l'administration, ni les juridictions fédérales du fond saisies ne s'aperçoivent que les dispositions litigieuses de l'*executive order* avaient été en réalité abrogées par un autre *executive order*⁶¹. Le président peut donc être tenté de passer par la voie d'un *memorandum* de manière à éviter une telle publication et ainsi de réduire les risques contentieux. De même, les règles en matière d'élaboration ne sont pas les mêmes : l'édition des *executive orders* est plus encadrée que les autres actes depuis un *executive order*, pris par le président John Kennedy en 1962⁶² et modifié par ses successeurs, qui prévoit une procédure spécifique⁶³. Il arrive enfin fréquemment que le président utilise une combinaison de plusieurs de ces instruments pour mettre en place une politique publique déterminée⁶⁴.

L'absence de véritable critère de distinction entre ces actes et leur identité matérielle justifie que la notion d'« *executive order* » soit entendue au sens large dans le cadre de cette étude, sans considération de la qualification donnée par le président à ses actes⁶⁵. Ainsi, *lato sensu*, les *executive orders* sont toutes les directives du président des États-Unis adressées aux agents et administrations du pouvoir exécutif, qu'elles aient ou non *in fine* pour objet d'affecter les personnes privées, et qui leur imposent de prendre (ou de s'abstenir de prendre) certaines mesures, de modifier leur pratique, d'appliquer une politique publique déterminée par lui ou d'exécuter la loi selon l'interprétation qu'il en retient. Ces éléments expliquent

⁵⁹ Voir, sur ce point, Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 39 *sqq.*

⁶⁰ *Federal Register Act*, 26 juillet 1935, 49 Stat. 500, 44 U.S.C.

⁶¹ Voir *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388, 412 (7 janvier 1935). La Cour observe notamment que « Quelle que soit la cause de l'absence d'information publique quant à la modification [de l'*executive order*], avec comme résultat que les personnes affectées, les autorités de poursuite, les juridictions, étaient toutes ignorantes de cette altération, le fait est que le recours était dans cette perspective formé à l'encontre de dispositions qui n'existaient pas » (notre traduction).

⁶² E.O. n° 11030 du 15 juin 1962 relatif à la préparation, présentation, classement, et publication des *executive orders* et *proclamations*.

⁶³ Ainsi, un *executive order* avant de pouvoir être signé par le président doit avoir été examiné par le directeur de l'*Office of Management and Budget* (OMB). Si le directeur de ce service l'approuve, alors l'acte est transmis au secrétaire à la Justice qui en apprécie la légalité puis aux services du *Federal Register* qui devra en examiner la forme avant de l'envoyer aux services du président pour signature. Toutefois, cette procédure découlant elle-même d'un *executive order*, elle n'est pas opposable au président, ce qui signifie qu'il peut s'en écarter sans remettre en cause la légalité de sa mesure. Voir K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 60 *sqq.*

⁶⁴ Voir Ph.J. COOPER, *By Order of the president*, *op. cit.*, p. 137.

⁶⁵ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 34. Comme le note dans le même sens l'auteur, « Ces distinctions, bien que justes en moyenne, sont fausses suffisamment souvent pour les rendre inutiles dans l'établissement d'une classification systématique » (notre traduction).

également le choix qui a été fait dans cet article de conserver la locution originale « *executive order* » plutôt que de la traduire par « décret présidentiel » comme le fait une partie de la doctrine francophone ou de la presse généraliste française. En effet, il nous semble que la locution « décret présidentiel » crée une perception faussée impliquant que l'*executive order* serait l'équivalent américain d'un décret pris par le président de la République française. Or, les *executive orders* se distinguent des décrets présidentiels français aussi bien sur la forme – en ce qu'ils ne renvoient pas à une catégorie formelle d'actes du président mais à un ensemble de mesures aux dénominations variées⁶⁶ – que sur le fond, dans la mesure où ils ont une portée qui dépasse largement celle des décrets du président de la République française⁶⁷.

L'ensemble de ces éléments conduit à constater que si les *executive orders* sont formellement des actes du pouvoir exécutif et se distinguent clairement de la loi du Congrès, une approche matérielle de ces actes mène à grandement relativiser cette distinction. En effet, par leur objet, qui ne se limite en général pas au seul ordre intérieur de la branche exécutive, et leurs effets importants sur les personnes privées, les *executive orders* se rapprochent très significativement de la loi au point d'intervenir souvent dans le champ de compétence du Congrès. Les *executive orders* semblent ainsi permettre au président des États-Unis d'accaparer une partie du pouvoir législatif. Or, l'article 1^{er} de la Constitution des États-Unis dispose notamment que « tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis ». Dès lors, comment les *executive orders* peuvent-ils être utilisés par le président des États-Unis comme un outil de législation dans un certain nombre de domaines, alors même que la Constitution n'habilite que le Congrès à prendre des normes législatives et que la séparation des pouvoirs est supposée être stricte aux États-Unis ? On peut identifier deux grands facteurs expliquant ce phénomène : d'une part, les fondements juridiques des *executive orders* sont relativement incertains ; or cette incertitude profite largement au président des États-Unis (I) ; d'autre part, les *executive orders* ne font l'objet d'aucun véritable contrôle, ce qui leur donne une portée considérable (II).

I. DES EXECUTIVE ORDERS AUX FONDEMENTS JURIDIQUES INCERTAINS

Il faut souligner que les *executive orders* ne sont pas expressément prévus par la Constitution des États-Unis. La section 1 de l'article 2 de la Constitution se limite à énoncer que « le pouvoir exécutif sera confié à un président des États-Unis d'Amérique » et la section 3 du même article dispose notamment qu'« il veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées, et commissionnera tous les fonctionnaires des États-Unis ». Ainsi, en l'absence de définition de la nature et de la portée du pouvoir exécutif du président américain, la seule lecture de la Constitution ne permet pas de déterminer sur quel fondement et dans quel

⁶⁶ On notera d'ailleurs que La locution « *executive order* » est également employée pour qualifier les actes des gouverneurs des États fédérés et des maires américains.

⁶⁷ Voir *infra.*, pp. 24-25

contexte un président peut prendre des *executive orders*. Ce flou autour de la signification de l'article 2 de la Constitution n'est aujourd'hui que partiellement résolu. En effet, plus de deux siècles après l'entrée en vigueur de la Constitution des États-Unis, les fondements des pouvoirs du président américain font toujours l'objet de « désaccords très considérables⁶⁸ ». Cela est parfaitement résumé par le *Justice* Robert Jackson dans son opinion concordante sur l'arrêt *Youngstown* de 1952⁶⁹. Après avoir remarqué qu'aucune des conceptions discutées de l'autorité du président des États-Unis ne s'avère utile et claire pour trancher des questions concrètes soulevées par les pouvoirs de l'exécutif, il ajoute qu'

[u]n siècle et demi de débats partisans et de spéculations doctrinales n'ont débouché sur aucun résultat mais ont seulement produit des citations plus ou moins pertinentes de sources respectées [...]. Elles se contredisent largement les unes les autres⁷⁰.

L'absence de théorie générale unanimement acceptée ne laisse d'autre choix que de définir ces pouvoirs « implicitement, à travers une série de décisions *ad hoc* concernant des pratiques déterminées⁷¹ ».

Appréhender ces pouvoirs présidentiels suppose, tout d'abord, de rappeler que le constitutionnalisme est fondé sur l'idée de limitation du pouvoir des gouvernants par la Constitution⁷². Cela implique que les titulaires du pouvoir ne peuvent en principe agir sans avoir été préalablement habilités par celle-ci à le faire. Les dispositions habilitant les gouvernants permettent donc de limiter l'action de ceux-ci dans un cadre prédéterminé. Toutefois, paradoxalement, le fait que la Constitution n'habilite pas spécifiquement le président à prendre des *executive orders* n'a pas joué au détriment de la capacité d'action du président, mais l'a au contraire largement favorisée. Deux auteurs notent en ce sens que

les pouvoirs d'action unilatérale du président des États-Unis sont une force dans la politique américaine précisément parce qu'ils ne sont pas prévus dans la Constitution. Par fort contraste au veto, au pouvoir de nomination, et aux autres pouvoirs énumérés, ils tirent leur force et résilience de leur ambiguïté⁷³.

Historiquement, certains auteurs ont pu tenter d'identifier une filiation directe entre le pouvoir exécutif du président des États-Unis et les prérogatives royales du monarque britannique⁷⁴. Comme le souverain britannique, le président des États-Unis pourrait prendre des mesures fondées sur son pouvoir exécutif sans

⁶⁸ H.P. MONAGHAN, « The Protective Power of the Presidency », *Columbia Law Review*, vol. 93, 1993, p. 1-74, en part. p. 6.

⁶⁹ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (2 juin 1952).

⁷⁰ *Justice* Jackson, opinion concordante, *op. cit.*, 343 U. S. 634.

⁷¹ B. LEDEWITZ, « The Uncertain Power of the President to Execute the Laws », *Tennessee Law Review*, vol. 46, 1979, p. 757-806, en part. p. 762 (notre traduction).

⁷² Voir Ph. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 140.

⁷³ Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 15, 1999, p. 132-179, en part. p. 134 (notre traduction).

⁷⁴ Voir sur ce sujet Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 4 *sqq.*

que celles-ci soient directement conditionnées par une habilitation expresse de la Constitution ou de la loi⁷⁵. Toutefois, une telle approche a été largement déconstruite⁷⁶ dans la mesure où les constituants américains ont manifestement refusé de façonner la fonction présidentielle à l'image de celle du roi britannique⁷⁷ et que « l'article II confie "le pouvoir exécutif" au président, mais seulement après que l'article I a donné la plupart des "prérogatives royales traditionnelles" au Congrès⁷⁸ ».

Des présidents américains ont également pu tenter de justifier certains *executive orders* en se référant à l'idée de pouvoirs inhérents à l'office du président, en particulier en situation d'urgence, qui supposeraient que le président puisse agir afin de résoudre des crises même lorsqu'il n'est pas expressément habilité en ce sens⁷⁹. Toutefois, cette thèse est largement contestée par une partie de la doctrine qui l'estime notamment « incompatible avec l'objet même d'une constitution limitée et écrite⁸⁰ ». Surtout, dans l'arrêt *Youngstown* précité, la Cour suprême des États-Unis s'est clairement opposée à une telle conception des pouvoirs du président des États-Unis. En l'espèce, en avril 1952, le président Harry Truman avait édicté un *executive order*⁸¹ ordonnant au secrétaire au Commerce de saisir et de faire fonctionner la plupart des aciéries du pays afin d'empêcher une grève générale des ouvriers qui aurait pu, selon le président, mettre en péril la défense nationale. Pour prendre cet *executive order*, le président ne s'était pas fondé sur un texte législatif déterminé, mais avait fait référence à l'ensemble des pouvoirs confiés au président par la Constitution et les lois des États-Unis ainsi qu'à sa fonction de commandant en chef des forces armées. Les entreprises propriétaires des aciéries saisies ont introduit un recours devant une juridiction fédérale de premier degré afin, notamment, que l'*executive order* soit suspendu, ce qu'elles ont obtenu en première instance puis en appel. L'affaire a donc été portée devant la Cour suprême. Pour déterminer si l'*executive order* en cause était ou non constitutionnel, la juridiction fédérale suprême s'attache à déterminer si le président des États-Unis était habilité par la Constitution ou une loi fédérale à saisir les aciéries. Sous la plume du *Justice* Hugo Black, la Cour établit en définitive que « l'*executive order* n'était pas autorisé par la Constitution et les lois des États-Unis, et [qu']il

⁷⁵ Pour une conception actualisée de cette thèse, voir J. GOLDSMITH et J.F. MANNING, « The President Completion Power », *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 2280-2312.

⁷⁶ Voir sur point E. ZOLLER, « Le Président des États-Unis dans la jurisprudence de la Cour suprême », *NCCC*, 2016, n° 50, p. 51-61, en part. p. 55. L'auteur souligne que « le Président n'exerce en aucune manière la "Prérogative" du monarque britannique qui était le pouvoir inhérent par excellence et qui lui permettait de faire face à l'urgence ». Voir aussi R.J. REINSTEIN, « The Limits of Executive Power », *American University Law Review*, vol. 59, 2009, p. 259-336, en part. p. 271 *sqq.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ T.L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », art. cité, p. 18 (notre traduction).

⁷⁹ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 50 *sqq.*

⁸⁰ B. LEDEWITZ, « The Uncertain Power of the President to Execute the Laws », art. cité, p. 770.

⁸¹ E.O. n° 10378 du 8 avril 1952 ordonnant au secrétaire au commerce de prendre possession et de faire fonctionner les usines et instances de certaines aciéries.

n'est donc pas constitutionnel⁸² ». D'autant plus que, « lors de l'élaboration du *Taft-Hartley Act* de 1947, le Congrès avait refusé au Président le pouvoir de procéder à une saisie en cas de conflit du travail⁸³ ». Ainsi, pour la première fois, la Cour suprême des États-Unis affirme clairement que le président des États-Unis ne peut prendre un *executive order* sans avoir été habilité en ce sens soit par la Constitution, soit par une loi fédérale⁸⁴.

C'est cependant surtout l'opinion concordante du *Justice Jackson* dans cette décision qui est aujourd'hui considérée comme la grille d'analyse de référence pour l'appréciation de la validité d'un *executive order*. Celui-ci distingue trois grandes hypothèses :

1° lorsque le président agit en conformité avec une autorisation expresse ou implicite du Congrès, son pouvoir est à son maximum dans la mesure où il dispose non seulement de son autorité constitutionnelle, mais également de tout ce qui lui a été délégué par le Congrès. Si un tel *executive order* est jugé inconstitutionnel, c'est qu'en réalité l'État fédéral n'était pas compétent pour agir ;

2° lorsque le président agit sans qu'un tel acte ait été autorisé ou rejeté par le Congrès, il ne peut compter que sur ses pouvoirs propres. Toutefois, le *Justice Jackson* ajoute qu'

il y a une zone de flou dans laquelle le président et le Congrès peuvent avoir une autorité concurrente, ou dans laquelle la répartition est incertaine. Par conséquent, l'inertie du Congrès, son indifférence, ou sa passivité peuvent parfois, au moins en pratique, permettre, si ce n'est impliquer, des mesures prises sous la responsabilité exclusive du président⁸⁵.

3° lorsque le président prend des mesures incompatibles avec la volonté expresse ou implicite du Congrès, son pouvoir est à son point le plus faible dans la mesure où il ne peut compter que sur ses pouvoirs constitutionnels, à l'exclusion des pouvoirs dont le Congrès dispose en la matière.

De cette systématisation du *Justice Jackson*, il est possible de tirer deux grandes sources qui fondent le président des États-Unis à prendre des *executive orders*. D'une part, l'article II de la Constitution autorise le président à prendre de tels actes lorsqu'il agit dans le cadre de ses pouvoirs propres visés à cet article. L'article II habilite également le président à prendre des *executive orders* dans les domaines concurrents avec le Congrès à condition que de tels actes ne

⁸² *Justice* Hugo Black, opinion majoritaire, *Youngstown* art. cité, 343 U. S. 585-589 (notre traduction).

⁸³ A. TUNC, « Les pouvoirs du Président des États-Unis et l'arrêt de la Cour suprême relatif à la saisie des aciéries », *RIDC*, n° 4, 1952, p. 735-751, en part. p. 737. Pour une analyse approfondie plus récente de l'arrêt, voir notamment P.L. BELLIA, « Executive Power in *Youngstown's* Shadows », *Constitutionnal Commentary*, vol. 19, 2002, p. 87-154 ; H.J. POWELL, *The President as Commander in Chief. An Essay in Constitutionnal Vision*, Durham, Carolina Academic Press, 2014, p. 53 *sqq.*

⁸⁴ A. TUNC, « Les pouvoirs du Président des États-Unis et l'arrêt de la Cour suprême relatif à la saisie des aciéries », art. cité.

⁸⁵ *Justice* Robert Jackson, 343 U. S. 637 (notre traduction).

contrevennent pas à la volonté implicite ou explicite de ce dernier (A). D'autre part, le président peut être habilité à prendre des *executive orders* par la loi fédérale, il ne s'agit donc ni plus ni moins que d'une délégation de pouvoirs (B). Toutefois, cette systématisation est en pratique assez peu opérante dans la mesure où le président agrège souvent plusieurs fondements sans qu'il soit possible de véritablement les distinguer (C).

A. Les *executive orders* fondés sur l'article II de la Constitution

Contrairement à l'article I de la Constitution qui dispose que « tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis » et qui énumère expressément l'ensemble des pouvoirs du Congrès, l'article II est beaucoup plus ambigu. En effet, les dispositions de l'article II ne font pas référence à « tous les pouvoirs », mais seulement « au pouvoir exécutif ». La question a donc pu se poser de savoir si le président était ou non le seul titulaire du pouvoir exécutif fédéral⁸⁶, ce à quoi la Cour suprême a répondu par l'affirmative, notamment dans une décision de 1926⁸⁷. Surtout, le problème central est de déterminer à quoi fait référence ce pouvoir exécutif : faut-il se limiter seulement aux pouvoirs expressément évoqués par l'article II ? La théorie des pouvoirs implicites est-elle applicable au pouvoir exécutif ? Autrement dit, le pouvoir exécutif du président s'étend-il à des hypothèses non directement prévues par la Constitution ?

L'article II vise certains pouvoirs qui sont à la disposition du président des États-Unis et pour lesquels il pourra prendre des *executive orders* sur ce seul fondement. Le président américain est tout d'abord le commandant en chef des armées⁸⁸ et, à ce titre, il peut prendre l'ensemble des mesures nécessaires à l'accomplissement de cette mission⁸⁹. Par exemple, George W. Bush ne s'est fondé que sur sa qualité de commandant en chef pour édicter, le 28 mars 2003⁹⁰, un *executive order* qui vise à modifier les règles d'attribution de la médaille du service de la défense nationale. Dans le même sens, le juge fédéral américain estime qu'un *executive order* fondé exclusivement sur la qualité de commandant en chef est valide. Par exemple, dans une décision *Dooley v. United States*⁹¹, la Cour suprême a jugé que le président des États-Unis peut se fonder sur cette seule qualité pour prendre des *executive orders*, en période de guerre, imposant des taxes sur les

⁸⁶ R.J. REINSTEIN, « The Limits of Executive Power », art. cité, p. 307.

⁸⁷ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, (25 octobre 1926). La Cour juge notamment que « l'article 2 de la Constitution a manifestement entendu confier le pouvoir exécutif général au seul président » (notre traduction). Voir aussi A. SCALIA, *Opinion dissidente in Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (29 juin 1988) dans laquelle il rappelle que l'article II ne confère pas au président « certains pouvoirs exécutifs, mais tout le pouvoir exécutif » (notre traduction).

⁸⁸ Sur ce point, voir notamment H.J. POWELL, *The President as Commander in Chief. An Essay in Constitutional Vision*, Durham, Carolina Academic Press, 2014.

⁸⁹ Voir L. FISHER, *The Law of the Executive Branch. Presidential Power*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 308 *sqq.*

⁹⁰ E.O. n° 13293 du 28 mars 2003 amendant l'*executive order* n° 10448 établissant la médaille du service de la défense nationale.

⁹¹ *Dooley v. United States*, 183 U.S. 151 (27 mai 1901).

produits importés à Porto Rico depuis les États-Unis. Toutefois, « l'autorité du président en tant que commandant en chef d'imposer des taxes douanières cesse avec la ratification du traité de paix⁹² ». De même, c'est en qualité de commandant en chef que Franklin D. Roosevelt a créé un certain nombre d'agences exécutives fédérales⁹³. Ce pouvoir est d'autant plus considérable que le président dispose des forces armées. C'est par exemple sur ce fondement que Donald Trump a pu, par exemple, ordonner des frappes en Syrie sans autorisation du Congrès⁹⁴.

Sur le fondement de l'article II⁹⁵, le président est aussi le chef de l'État. Il a en cette qualité l'exclusivité des pouvoirs de direction de la politique étrangère des États-Unis et de négociation des traités⁹⁶ et peut donc dans ce cadre prendre des *executive orders*⁹⁷. Si, en la matière, des *executive orders* sont fréquemment édictés par le président, ils sont généralement combinés avec des *executive agreements* et des lois⁹⁸. De plus, les fondements de commandant en chef des armées et de chef de l'État se confondent souvent sans qu'il soit toujours possible, en pratique, de les distinguer. L'article II de la Constitution donne également au président des États-Unis un pouvoir discrétionnaire de grâce. Ce pouvoir est habituellement exercé par le truchement des *proclamations*⁹⁹. Ainsi, la Cour suprême estime l'article II section 2 de la Constitution autorise, sur ce seul fondement, le président à prendre de tels actes¹⁰⁰.

C'est cependant au titre de l'article II section 3 – qui dispose que le président « veillera à ce que les lois soient fidèlement exécutées, et commissionnera tous les fonctionnaires des États-Unis » – que les pouvoirs du président sont les plus étendus. C'est en effet sur ce fondement que le président américain peut prendre des *executive orders* afin de donner des directives et instructions aux

⁹² *Ibid.*, (notre traduction).

⁹³ Voir E.S. CORWIN, *The President: Office and Powers 1787-1957*, *op. cit.*, p. 242. Voir aussi W. HEBE, « Executive Orders and the Development of Presidential Power », art. cité, p. 696.

⁹⁴ Pour une critique sévère d'un tel pouvoir, voir B. ACKERMAN, « Trump Must Get Congress's O.K. on Syria », *The New York Times*, 7 avril 2017. Voir plus généralement sur ce sujet B. ACKERMAN, *Before The Next Attack. Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2007, 240 p.

⁹⁵ L'article II dispose notamment que le président « aura le pouvoir, sur l'avis et avec le consentement du Sénat, de conclure des traités, sous réserve de l'approbation des deux tiers des sénateurs présents »

⁹⁶ On notera qu'à ce titre le président des États-Unis est également garant de l'exécution du droit international non seulement par l'État fédéral, mais également par les États fédérés. Voir en ce sens C. SANTULLI, *Introduction au droit international*, Paris, Pedone, 2013, p. 227.

⁹⁷ *United States v. Curtis-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, (21 décembre 1936). La Cour juge qu'en l'espèce est en cause « le très délicat pouvoir exclusif et plénier du président comme seul organe du gouvernement fédéral dans le domaine des relations internationales – un pouvoir qui ne nécessite pas comme fondement une loi du Congrès, mais qui doit être exercé en conformité avec les dispositions applicables de la Constitution » (notre traduction).

⁹⁸ Voir Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 33 *sqq.*

⁹⁹ Voir *ibid.*, p. 133.

¹⁰⁰ Voir *Armstrong v. United States*, 80 U.S. 154 (1871).

administrations fédérales et à leurs agents, qui sont soumis à son autorité, afin de garantir l'exécution fidèle de la loi. Surtout, c'est dans le cadre de cette habilitation qu'a été développée la théorie des pouvoirs implicites du président. En effet, la Cour suprême a admis dès la fin du XIX^e siècle que la Constitution des États-Unis donnait au président l'ensemble des pouvoirs implicites nécessaires à la réalisation de son obligation d'exécuter fidèlement les lois¹⁰¹. Dès lors, le président américain peut prendre des *executive orders* afin de faire exécuter les lois même si aucune loi ne l'a expressément autorisé à prendre de telles mesures. Par exemple, bien qu'aucune loi n'habilite expressément le président des États-Unis à nommer un *marshal* afin de protéger un juge de la Cour suprême lorsqu'il voyage, l'obligation constitutionnelle qui pèse sur le président d'exécuter la loi fidèlement l'autorise à prendre une telle mesure¹⁰². Le président américain dispose donc du « pouvoir d'édicter des règles qui peuvent constituer des formes de législation aussi longtemps que ces règles ne violent aucun des pouvoirs législatifs accordés spécifiquement au Congrès¹⁰³ ».

Cette possibilité pour le chef de l'exécutif de prendre des *executive orders* dans tous domaines dès lors qu'il vise à permettre la pleine exécution de la loi fédérale peut le conduire à intervenir dans la « zone de flou » évoquée par le *Justice* Jackson dans l'affaire *Youngstown*, c'est-à-dire les domaines dans lesquels la frontière de partage entre les compétences du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif est poreuse ou indéterminée. Ainsi, par la théorie des pouvoirs implicites le président des États-Unis n'est pas confiné à un champ déterminé. Les *executive orders* peuvent donc réglementer l'ensemble des domaines relevant de la compétence de l'État fédéral dès lors que de telles mesures ne violent aucune disposition législative et sont prises afin de remplir l'obligation générale d'exécuter fidèlement les lois des États-Unis¹⁰⁴. Du reste, c'est au président qu'il revient de déterminer en premier lieu en quoi consiste cette exécution fidèle de la loi et par quel moyen il peut l'atteindre¹⁰⁵.

Si l'article II, y compris la théorie des pouvoirs implicites, est un fondement important des *executive orders*, il n'est pas, statistiquement, le plus invoqué par le chef de l'exécutif¹⁰⁶. Le président des États-Unis se prévaut effectivement le plus souvent d'une habilitation législative du Congrès l'autorisant à prendre des *executive orders*.

¹⁰¹ Voir en ce sens : *In re Neagle* 135 U.S. 1 (14 avril 1890) ; *In re Debs* 158 U.S. 564 (27 mai 1895).

¹⁰² *In re Neagle* 135 U.S. 1 (14 avril 1890).

¹⁰³ J.C. DUNCAN, « A Critical Consideration of Executive Orders: Glimmerings of Autopoiesis in the Executive Role », art. cité, en part. p. 372 (notre traduction).

¹⁰⁴ Voir en ce sens R.J. REINSTEIN, « The Limits of Executive Power », art. cité, p. 312 *sqq.*

¹⁰⁵ S.G. CALABRESI, « The President's Power to Execute the Laws », *Yale Law Journal*, vol. 104, 1994, p. 541-665, en part. p. 593 *sqq.*

¹⁰⁶ Voir E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », *Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, p. 2026-2099, en part. p. 2040.

B. Les *executive orders* fondés sur une habilitation du Congrès

Il existe dans la jurisprudence de la Cour suprême une doctrine judiciaire ancienne¹⁰⁷ de non-délégation du pouvoir législatif¹⁰⁸, fondée sur la séparation des pouvoirs, selon laquelle « le Congrès ne peut pas déléguer le pouvoir législatif au Président afin qu'il puisse édicter en toute discrétion toute loi qu'il estime nécessaire¹⁰⁹ ». Il serait dès lors surprenant d'admettre que le Congrès puisse déléguer son pouvoir au président des États-Unis afin que celui-ci prenne, par la voie d'*executive orders*, des mesures qui devraient relever de la seule législation. En réalité, une telle délégation de pouvoirs au président américain est possible du fait de la conjonction de deux phénomènes. D'une part, la doctrine de non-délégation n'interdit pas au Congrès d'habiliter le président à prendre des mesures qui relèvent exclusivement de la loi fédérale dès lors que le pouvoir législatif encadre une telle habilitation par des « principes intelligibles¹¹⁰ » qui doivent permettre de guider le pouvoir exécutif et que ce dernier respecte son titre d'habilitation. D'autre part, cette doctrine n'est plus vraiment utilisée par les juges fédéraux depuis le *New Deal* pour censurer des lois fédérales ; les juges ont progressivement autorisé des délégations de pouvoir de plus en plus importantes au président au point de retirer toute substance à cette doctrine¹¹¹. Il ne fait donc aucun doute que le Congrès peut déléguer certains de ses pouvoirs au chef de l'exécutif afin de l'habiliter à prendre des *executive orders* qui interviendront dans le domaine exclusif du pouvoir législatif. Ainsi, dans un tel contexte, c'est la loi qui habilite le président à agir et non l'article II de la Constitution. Ce fondement juridique est d'autant plus fondamental que, comme le notent deux auteurs,

parmi les traits les plus saillants de la politique américaine moderne est l'inclination du Congrès à déléguer largement son autorité sur de larges domaines des politiques publiques à l'exécutif, permettant au président et ses administrations d'édicter de manière hautement discrétionnaire des législations¹¹².

Cette habilitation du président par délégation du pouvoir législatif par le Congrès peut prendre trois formes.

La première hypothèse est l'habilitation *ex ante* du président à la prise d'un *executive order*. Il s'agit de l'hypothèse la plus simple : le Congrès a adopté une

¹⁰⁷ Voir *Wayman v. Southard* 23 U.S. 1 (1825).

¹⁰⁸ Voir L. FISHER, *The Law of the Executive Branch*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁹ *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (27 mai 1935) (notre traduction). Voir aussi *Panama Refining v. Ryan*, 293 U.S. 388 (7 janvier 1935).

¹¹⁰ *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (9 avril 1928).

¹¹¹ Voir notamment sur ce sujet : P.H. ARANSON, E. GELLHORN et G.O. ROBINSON, « A Theory of Legislative Delegation », *Cornell Law Review*, vol. 68, 1982-1983, p. 2-67 ; D. SCHOENBORD, *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation*, New Haven, Yale University Press, 1995, 276 p. ; G.I. LOVELL, « That Sick Chicken Won't Hunt: The Limits of a Judicially Enforced Non-Delegation Doctrine », *Constitutional comment*, vol. 17, 2000, p. 79-118.

¹¹² Voir Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 15, 1999, p. 132-179, en part. p. 158 (notre traduction).

disposition législative qui habilite le président des États-Unis à prendre certaines mesures qui, sans cela, seraient illégales. Par exemple, une loi peut explicitement habiliter le président à prendre un *executive order* afin de déclencher l'application de dispositions législatives déterminées s'il estime discrétionnairement que telles ou telles circonstances sont réunies¹¹³. La loi peut également prévoir que le président puisse prendre des mesures afin de stabiliser les prix, les loyers et les salaires¹¹⁴. La loi peut être plus vague et autoriser plus généralement le chef de l'exécutif à prendre toutes les mesures « que le président considère nécessaire à l'exécution¹¹⁵ » de la loi. Une habilitation explicite n'est cependant pas obligatoire pour permettre au président d'agir sur le fondement d'une délégation du pouvoir législatif. En effet, les juridictions fédérales admettent également que le Congrès puisse autoriser implicitement le président à prendre des mesures relevant du pouvoir législatif. En général, la question se pose lorsque les textes habilite le président à prendre certaines mesures, mais demeurent équivoques sur les limites de cette habilitation. Le président aura donc tendance à invoquer de manière stratégique de telles dispositions législatives pour prendre des *executive orders* alors même que ceux-ci ne sont pas explicitement prévus. Le juge fédéral devra donc déterminer si la mesure prise par le président peut être raisonnablement inférée du texte législatif sur lequel elle est fondée¹¹⁶.

La seconde hypothèse est celle de l'habilitation *ex post* à la prise d'un *executive order*. Autrement dit, le président des États-Unis a édicté un *executive order* qui intervient dans le domaine de compétence exclusif du pouvoir législatif, toutefois l'illégalité d'un tel acte est purgée par le Congrès qui prend une disposition législative qui habilite rétroactivement le président à prendre une telle mesure. Le juge fédéral américain s'attache donc à vérifier que l'*executive order* « a été autorisé, ou, s'il n'avait pas été originellement autorisé, qu'il a été confirmé par le Congrès¹¹⁷ ». Ainsi, la Cour suprême admet sans difficulté de telles ratifications d'*executive orders* par le Congrès¹¹⁸. Un exemple topique est celui de l'*executive order* n° 9066 du 19 février 1942 par lequel le président F. Roosevelt avait autorisé l'internement des Américains d'origine japonaise dans des « zones militaires ». La question de la constitutionnalité de cet *executive order* s'est posée lorsqu'un commandant militaire avait imposé un couvre-feu pour les Américains d'origine japonaise. Le requérant avait été condamné pénalement par une juridiction fédérale pour avoir violé ce couvre-feu. La Cour suprême devait donc déterminer si le président des États-Unis pouvait édicter un tel *executive order* qui avait permis *in fine* la condamnation du requérant. La juridiction suprême jugea qu'un tel acte

¹¹³ Voir par ex. *Consolidated Appropriations Act*, 2012, (26 U.S. Code § 168).

¹¹⁴ Voir par ex. *Economic Stabilization Act*, 1970 (12 U.S. Code § 1904).

¹¹⁵ Voir par ex. *Procurement Act*, 2012 (40 U.S. Code § 121).

¹¹⁶ Voir en ce sens Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁷ *Hamilton v. Dillin*, 88 U.S. 73, 88 (1874) (notre traduction).

¹¹⁸ Voir par ex., *United States v. Alaska*, 521 U.S. 1, 44 (19 juin 1997). La Cour juge que « Nous concluons que le Congrès a ratifié les termes de l'*executive order* de 1923 dans le § 11 (b) de la loi sur le statut des États ». Pour un autre exemple, voir notamment *Propper v. Clark*, 337 U.S. 472 (20 juin 1949).

est bien constitutionnel dès lors que « par une loi du 21 mars 1942, le Congrès a ratifié et confirmé l'*executive order* n° 9066¹¹⁹ ».

La dernière hypothèse est beaucoup plus singulière : il s'agit de la théorie de l'acquiescement du Congrès. Cette théorie recouvre les cas où le Congrès n'a jamais expressément ou implicitement habilité par une loi le président à prendre un *executive order* dans un domaine relevant du pouvoir législatif. Dans de telles hypothèses, l'*executive order* en cause n'est pas nécessairement inconstitutionnel si le juge peut établir que le Congrès a entendu autoriser une telle intrusion dans son pouvoir. Il s'agit pour le juge d'identifier l'intention du Congrès dans des éléments autres que la loi. Cette doctrine a été pour la première fois formulée dans un arrêt *U.S. v. Midwest Oil Co.* de 1915 de la Cour suprême¹²⁰. En l'espèce, le Congrès avait déclaré en 1897 que toutes les parcelles publiques contenant du pétrole pourraient faire l'objet d'occupation libre et gratuite, d'exploration voire être achetées par les citoyens américains. Toutefois, à la suite d'une diminution drastique des réserves de pétrole dans l'État de Californie, le président William Taft prit une *proclamation* visant à retirer temporairement un grand nombre de parcelles de toute exploitation pétrolière. La société Midwest Oil qui avait acheté certains de ces terrains introduisit un recours devant les juridictions fédérales américaines. La Cour suprême dut donc déterminer si le président pouvait retirer des parcelles de l'exploitation pétrolière alors même que le Congrès avait semblé autoriser de manière générale, et sans exception, une telle exploitation. Pour établir la constitutionnalité de l'acte, la Cour suprême se fonda sur le constat que le Congrès ne s'était jamais opposé à ce que le président des États-Unis retire certaines parcelles de l'exploitation pétrolière alors même que le pouvoir législatif en avait autorisé l'exploitation. Elle en déduisit qu'une

longue pratique consistant à retirer des terrains de toute occupation bien qu'une telle occupation ait été autorisée par le Congrès, connue et acquiescée par le Congrès, crée une présomption qu'un tel pouvoir est exercé sur le fondement d'un consentement du Congrès¹²¹.

En d'autres termes, partant du présupposé que le Congrès peut toujours invalider un *executive order* qui interviendrait dans son domaine de compétence, la Cour suprême estime que le fait que le Congrès ne se soit pas opposé à un empiètement du président sur son pouvoir, dont il avait connaissance, est constitutif d'une forme habilitation. Les éléments centraux de l'acquiescement semblent donc être à la fois la connaissance par le Congrès de l'empiètement du président et son inaction à sanctionner une telle intrusion. Toutefois, cette théorie de l'acquiescement n'est pas absolue¹²². En effet, comme le note un auteur,

¹¹⁹ *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, 91-92 (21 juin 1943) (notre traduction).

¹²⁰ *United States v. Midwest Oil Co.* 236 U.S. 459 (23 février 1915).

¹²¹ *Ibid.* (notre traduction).

¹²² Voir par ex., *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1^{er} juin 1976). Cette décision n'est pas relative à un *executive order* mais à une mesure de l'administration interdisant aux non-citoyens américains d'être employés dans la fonction publique. Le juge exige que pour une telle mesure, l'administration soit explicitement habilitée par le Congrès.

plus la privation de libertés individuelles par un *executive order* est potentiellement importante, moins les juridictions auront tendance à découvrir une habilitation *ex post* dans autre chose qu'une loi explicite¹²³.

On notera que la distinction entre les hypothèses de « ratification *ex post* » et d'« acquiescement » n'est pas claire ou aisée. D'ailleurs, le juge n'est pas toujours très rigoureux dans le vocabulaire utilisé¹²⁴. Tout d'abord, il existe des cas où le Congrès s'est référé dans des textes législatifs ultérieurs à un *executive order* sans pour autant le ratifier expressément. Pourtant, dans une telle situation, le juge estime que le seul fait que le Congrès reconnaisse l'existence d'un tel *executive order*, et qu'il ne l'infirmes pas, est constitutif d'une habilitation rétroactive du président¹²⁵. Le juge semble donc se fonder sur la théorie de l'habilitation *ex post*, c'est-à-dire qu'il se fonde sur un texte spécifique habilitant le président, mais avec la méthode utilisée pour l'acquiescement en l'absence de véritable autorisation de la mesure par le Congrès. On retrouve le même raisonnement lorsque le Congrès affecte des fonds nécessaires à l'exécution d'un *executive order* sans pour autant autoriser expressément une telle mesure. Dans une telle hypothèse, le juge aura tendance à estimer que le Congrès a habilité *ex post* le président en ce que le financement de la mesure présidentielle manifesterait nécessairement l'accord du Congrès¹²⁶.

Si l'article II de la Constitution et l'habilitation législative (*ex ante*, *ex post* et par acquiescement) sont en principe deux fondements distincts et autonomes des *executive orders*, en pratique ces fondements sont agrégés par le président américain. Cela favorise largement le flou autour de la légalité de ses actes et leur rattachement à un titre de compétence déterminé.

C. L'agrégation des fondements juridiques des *executive orders*

Lorsque le président des États-Unis édicte un *executive order*, ce dernier est généralement précédé d'une formule qui indique le fondement juridique qui habilite le chef de l'exécutif à prendre un tel acte¹²⁷. Toutefois, pour s'assurer de la constitutionnalité de leurs actes, les présidents successifs ont eu tendance à utiliser des formules très générales : « Par l'autorité qui m'a été confiée en tant que

¹²³ E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2058 (notre traduction).

¹²⁴ *Ibid.* L'auteur observe en ce sens que les « lois de ratification et d'acquiescement peuvent être difficiles à distinguer les unes des autres et les juridictions utilisent parfois ces termes de manière interchangeable » (notre traduction).

¹²⁵ Voir par ex. *Muller Optical Co. v. EEOC*, 574 F. Sup. 946 (U.S. District Court for the Western District of Tennessee, 10 novembre 1983). La cour juge que « Quand le président, par *executive order*, a pris une mesure qu'il n'était pas autorisé à prendre, le Congrès, dans certains cas, a le pouvoir de ratifier la mesure du président et ainsi légitimer toute irrégularité. Une telle ratification du Congrès peut intervenir quand les deux chambres du Congrès ont soit adopté une législation affectant des fonds afin de permettre la mise en œuvre de l'*executive order*, soit ont fait référence à un tel *executive order* dans des législations ultérieures » (notre traduction).

¹²⁶ Voir en ce sens *Isbrandtsen-Moller Co. v. United States* 300 U.S. 139 (1^{er} février 1937) ; *Swayne & Hoyt, Ltd. v. United States* 300 U.S. 297 (1^{er} mars 1937).

¹²⁷ Voir sur ce sujet M. BELCO et B. ROTTINGHAUS, *The Dual Executive. Unilateral orders in a separated and shared power system*, Palo Alto, Stanford University Press, 2017, p. 59 sqq.

président par la Constitution et les lois des États-Unis d'Amérique¹²⁸ » ou « Par l'autorité qui m'a été confiée en tant que président et commandant en chef des forces armées par la Constitution et les lois des États-Unis d'Amérique¹²⁹ ». Certains *executive orders* mentionnent parfois la loi spécifique qui autoriserait la mesure prise¹³⁰, sans que cela soit une règle générale¹³¹, ou que la référence soit toujours précise¹³².

L'agrégation peut prendre deux formes : d'une part, le juge fédéral américain peut avoir des difficultés à déterminer si un *executive order* est fondé sur l'article II de la Constitution ou une habilitation législative, il peut donc choisir de ne pas trancher la question au profit du président ; d'autre part, lorsque le président invoque plusieurs dispositions législatives comme fondement sans qu'aucune ne l'habilite expressément, le juge peut être tenté de rechercher dans cette agrégation une forme d'habilitation implicite du Congrès.

La première hypothèse est illustrée par l'arrêt du 25 juin 1974 *Old Dominion Branch v. Austin*¹³³ de la Cour suprême des États-Unis. En l'espèce, un syndicat était poursuivi en diffamation par des individus ayant été qualifiés, dans une lettre d'information dudit syndicat, de « traîtres ». L'une des normes applicables dans le cadre de ce contentieux était un *executive order*¹³⁴, ayant pour objet de régler les relations de travail pour les employés fédéraux, qui donnait une grande liberté d'expression aux syndicats. La Cour s'est penchée sur la question du fondement d'un tel *executive order* qui invoquait non seulement l'article II de la Constitution, mais également certaines dispositions législatives. La difficulté pour la Cour suprême était de déterminer si un tel *executive order* pouvait être raisonnablement inféré des titres de compétences prévus par l'article II de la Constitution ou s'il découlait d'une habilitation législative. Compte tenu de la difficulté à identifier un fondement unique en l'espèce, la juridiction suprême fera le choix de ne pas trancher la question. Elle jugera ainsi que « [l']*executive order* est manifestement un exercice raisonnable du pouvoir du président de s'assurer de l'efficacité des opérations du pouvoir exécutif¹³⁵ ». En d'autres termes, un tel *executive order* pourrait être rattaché à l'article II de la Constitution. Elle ajoute cependant que « l'*executive*

¹²⁸ Voir par ex. E.O. n° 13766 du 24 janvier 2017 accélérant les études environnementales et les autorisations pour les projets d'infrastructure hautement prioritaire.

¹²⁹ Voir par ex. E.O. n° 13758 du 12 janvier 2017 modifiant l'*executive order* n° 11016 afin de mettre à jour les critères d'éligibilité à l'attribution du *Purple Heart*.

¹³⁰ Voir par ex. E.O. n° 13768 du 25 janvier 2017 visant à améliorer la sécurité publique sur le territoire des États-Unis.

¹³¹ Voir en ce sens T.L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », art. cité, en part. p. 34. L'auteur note que « des *executive orders* qui étaient auparavant fondés sur une norme législative ou constitutionnelle spécifique sont désormais fondés sur des allégations générales d'autorité » de la part du Président.

¹³² Voir E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité., p. 2052 *sqq.*

¹³³ *Old Dominion Branch v. Austin*, 418 U.S. 264 (25 juin 1974).

¹³⁴ E.O. n° 11491 du 29 octobre 1969 relatif à la gestion des relations de travail dans les administrations fédérales.

¹³⁵ *Old Dominion Branch v. Austin*, *op. cit.* (notre traduction).

order trouve un fondement légal expresse¹³⁶ » dans certaines dispositions législatives. Ainsi, l'agrégation des fondements évoqués dissipe tout doute que la juridiction aurait pu avoir sur la constitutionnalité de la mesure prise par le président.

La seconde hypothèse est parfaitement représentée par l'arrêt du 2 juillet 1981 *Dames & Moore v. Regan*¹³⁷ de la Cour suprême. En l'espèce, à la suite de la prise en otage du personnel de l'ambassade américaine de Téhéran soutenue par l'État iranien, le Président Carter avait ordonné, par *executive order*¹³⁸, le gel de tous les avoirs et le blocage du retrait ou du transfert de toutes les propriétés de l'État iranien qui étaient soumises à la souveraineté des États-Unis. Par ailleurs, sauf autorisation donnée par le chef de l'exécutif, ces biens ne pouvaient faire l'objet d'aucune décision administrative ou jugement, ce qui interdisait en principe tous recours impliquant de tels biens. Toutefois, le président américain accorda un certain nombre d'autorisations permettant à des justiciables de réclamer des sommes d'argent à l'Iran devant les juridictions américaines. Après la libération des otages, le Président Ronald Reagan prit, en application d'accords avec l'Iran, un *executive order*¹³⁹ visant à retirer toutes les autorisations permettant aux justiciables de saisir les juridictions américaines d'un recours contre l'Iran, mettant ainsi fin aux procédures déjà engagées et interdisant aux décisions déjà rendues d'être exécutées. Un certain nombre de justiciables ayant introduit de telles actions ont donc demandé la suspension de cet *executive order*. L'une des affaires remonta jusqu'à la Cour suprême qui dut trancher la question de savoir si la mesure prise par le président Reagan allait au-delà de l'habilitation législative accordée par le Congrès. En effet, l'*executive order* du président se fondait sur deux lois¹⁴⁰. Or, la Cour suprême souligna dans sa décision qu'aucune des deux lois n'habilitait spécifiquement le président à prendre un tel acte. La Cour jugea que ces dispositions législatives n'étaient pas pour autant dépourvues de pertinence dans la détermination de la constitutionnalité de l'*executive order*. En effet, elle estima que si aucun des deux textes visés par l'*executive order*

ne donne d'habilitation spécifique au président pour suspendre les recours, ces lois sont hautement pertinentes en tant qu'indication de l'acceptation par le Congrès d'un large champ d'action de l'exécutif dans les circonstances telles que celles présentées dans cette affaire¹⁴¹.

En d'autres termes, « la Cour s'en tient à la “teneur générale” de la législation dans un domaine déterminé comme base afin d'en tirer une acceptation par le

¹³⁶ *Ibid.* (notre traduction).

¹³⁷ *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (2 juillet 1981).

¹³⁸ E.O. n° 12170 du 14 novembre 1979 bloquant les propriétés du gouvernement iranien.

¹³⁹ E.O. n° 12294 du 24 février 1981 relatif à la suspension des contentieux contre l'Iran.

¹⁴⁰ *Ibid.* L'*executive order* dispose : « Par l'autorité qui m'est confiée en tant que Président par la Constitution et les lois des États-Unis, incluant la Section 203 de la loi relative aux pouvoirs en cas de crise économique internationale (50 U.S.C. 1702) [...] et la section 301 de la loi sur les états d'urgence (50 U.S.C. 1631) ».

¹⁴¹ *Dames & Moore v. Regan*, précité.

Congrès de la mesure présidentielle¹⁴² ». Cette doctrine revient donc à qualifier « des indications de l’acceptation probable du Congrès en autorisation législative¹⁴³ ». L’agrégation par le président de sources législatives diverses lui permet donc, même en l’absence d’habilitation spécifique, de fonder un *executive order* dès lors qu’il peut être tiré de cette agrégation une forme d’habilitation implicite du Congrès à prendre un tel acte. Les hypothèses d’agrégation risquent d’ailleurs de se multiplier dans la mesure où « un siècle de délégations par le Congrès a emmêlé l’entière de l’ordre social et économique dans un vaste ensemble d’interdépendances¹⁴⁴ ».

L’agrégation des fondements juridiques favorise ainsi particulièrement l’extension du pouvoir du président et un usage assez libre des *executive orders*. En effet, en l’absence de dispositions habilitant précisément et explicitement le président, le juge en est souvent réduit à s’assurer que le président pouvait agir sans pouvoir vérifier que son action est bien conforme au titre d’habilitation. Autrement dit, le contrôle du juge se limite davantage à contrôler la capacité d’action du président dans un domaine et un contexte déterminés que la validité sur le fond des mesures prises en l’absence de normes de référence précises permettant un tel contrôle.

Il ressort de l’ensemble des développements précédents qu’il existe un grand flou autour des fondements du pouvoir du président des États-Unis à prendre des *executive orders*. Mais ce flou est loin de jouer au détriment du président américain, il favorise au contraire largement l’expansion de son pouvoir et de sa capacité d’action. Le juge fédéral américain a en effet une jurisprudence très permissive qui le conduit, au fil des affaires, à découvrir de nouvelles façons de fonder juridiquement *a priori* ou *a posteriori* les *executive orders* du président des États-Unis. Cela est d’autant plus vrai que le juge a tendance à s’intéresser essentiellement à l’intention du Congrès et se préoccupe assez peu de savoir si, au moment où il a pris sa mesure, le président pensait qu’il était habilité à agir¹⁴⁵. Dans le même sens, lorsque le juge doit interpréter un *executive order* pris en application d’une loi, il s’intéresse généralement exclusivement à l’interprétation que donne le président de sa mesure, sans référence à la loi qui est censée être exécutée¹⁴⁶. Ces pratiques conduisent à une conséquence importante : sauf rejet explicite de la compétence présidentielle par le Congrès, le président est présumé être habilité à prendre un *executive order*. Ainsi, il apparaît que le président dispose en pratique, au même titre que le Congrès, d’une capacité générale à légiférer. La force des *executive orders* s’explique aussi par le fait que leur portée n’est en pratique que peu limitée.

¹⁴² K.M. STACK, « The statutory President », *Iowa Law Review*, n° 90, 2005, p. 540-600, en part. p. 567 (notre traduction).

¹⁴³ *Ibid.*, p. 568 (notre traduction).

¹⁴⁴ C.S. DIVER, « Presidential Powers », *American University Law Review*, n° 36, 1987, p. 519-533, en part. p. 531 (notre traduction).

¹⁴⁵ Voir E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2058 *sqq.*

¹⁴⁶ Voir sur ce sujet J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », *Texas Law Review*, vol. 59, 1981, p. 837-878.

II. LA REMARQUABLE PORTEE DES *EXECUTIVE ORDERS*

Les *executive orders* constituent des instruments puissants à la disposition du président pour mener des politiques sans passer par la voie longue et difficile de la procédure législative. Cela s'explique notamment par le fait que les *executive orders* ne souffrent que très rarement de limitation par les deux autres pouvoirs. Cette portée considérable des *executive orders* découle à la fois de la nature particulière des mesures prises qui rend très difficile leur limitation par le pouvoir législatif (A) et de leur injusticiabilité qui empêche souvent le juge américain de pouvoir en apprécier la constitutionnalité, laissant ainsi les précédents présidentiels façonner la portée de ces instruments (B).

A. L'incidence de la nature particulière des *executive orders*

La portée étendue des *executive orders* s'explique en premier lieu par le fait que l'objet même de ces mesures n'est pas limité. Le juriste français pourrait avoir du mal à apprécier l'importance de ce facteur dans la portée des décisions du président des États-Unis. En effet, en France, sous la V^e République, il est censé exister une séparation stricte entre le champ matériel de la loi visé à l'article 34 de Constitution et celui du règlement prévu à l'article 37. Le règlement ne peut intervenir dans le domaine législatif et, en théorie, la loi devrait se limiter au domaine législatif¹⁴⁷. La Constitution de 1958 laisse donc, en principe¹⁴⁸, une place à des règlements autonomes, c'est-à-dire des mesures qui n'interviendraient pas en application d'une loi mais dans le champ de compétence du seul pouvoir réglementaire. Ce n'est cependant pas cette conception qui préside aux rapports entre la loi et les *executive orders* aux États-Unis. Comme nous l'avons déjà souligné, les *executive orders* ne sont pas formellement prévus par la Constitution. Cela s'explique par le fait que les constituants américains ne concevaient pas le pouvoir normatif du président comme autonome par rapport à celui du Congrès : son rôle devait se limiter à « exécuter fidèlement la loi » dans la mesure où le Congrès dispose de « tous les pouvoirs législatifs ». En d'autres termes, la Constitution n'avait pas besoin de déterminer les champs de compétence respectifs de la loi et des « règlements » du président américain en ce que seule la loi fédérale était chargée d'énoncer les règles générales dans l'ensemble des domaines d'attribution de l'État fédéral.

Nous avons démontré, dans la première partie, que le chef de l'exécutif fédéral avait acquis un véritable pouvoir normatif autonome sur le fondement de l'article II de la Constitution américaine, pouvoir qui a été largement étendu par des habilitations législatives plus ou moins explicites et précises. Or, une telle expansion du pouvoir présidentiel par le truchement des *executive orders* n'a pas été accompagnée d'une limitation du champ matériel dans le cadre duquel le président peut intervenir. Ainsi, le président peut, en principe, prendre un

¹⁴⁷ En pratique, le Conseil constitutionnel ne censure pas les incursions du pouvoir législatif dans le domaine réglementaire. Voir Conseil constitutionnel, déc. n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, Loi sur les prix et les revenus, notamment ses articles 1, 3 et 4 (Cons. 11).

¹⁴⁸ L'existence même des règlements autonomes a été largement contestée, Voir par ex. L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, p. 871.

executive order dans n'importe quel domaine de compétence de l'État fédéral dès lors qu'il est habilité en ce sens. Il n'existe donc pas de répartition des compétences déterminée entre loi et *executive order*. Cela conduit deux auteurs à observer que,

empiriquement, il est clair que les présidents ont souvent eu une formidable marge de manœuvre pour prendre des mesures unilatérales, et ainsi ils sont ceux qui prennent effectivement les décisions clés pour déterminer les contours des politiques nationales dans de nombreux domaines¹⁴⁹.

Ainsi, relativement à la France, les *executive orders* s'apparentent davantage, *mutatis mutandis*, aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution qu'à des règlements autonomes de l'article 37.

L'absence de champ matériel circonscrivant l'objet des *executive orders* pourrait être compensé par la possibilité pour le Congrès de limiter la portée de ces actes soit en étant plus restrictif dans l'habilitation qu'il donne au président, soit en adoptant une disposition législative visant à nier toute base légale aux *executive orders* intervenant dans un domaine, soit en retirant tout financement à une mesure prise par le président la rendant ainsi inapplicable¹⁵⁰. Toutefois, les lois refusant explicitement toute compétence du président dans un domaine déterminé sont relativement rares au regard du nombre d'*executive orders*¹⁵¹. Pour l'essentiel, cela semble s'expliquer par la combinaison de deux phénomènes. Tout d'abord, il peut être confortable au pouvoir législatif de laisser le président prendre la responsabilité de certaines politiques publiques sur lesquelles les membres du Congrès n'arrivent pas à se mettre d'accord¹⁵². Ensuite et surtout, le président des États-Unis pourrait d'autant plus aisément opposer son veto à une loi fédérale qui contiendrait une telle disposition législative que très rares sont les vetos renversés par le Congrès¹⁵³. Il semble donc exister une forme d'intériorisation, par les parlementaires américains, des contraintes entourant l'opposition à une intervention présidentielle qu'ils estimeraient illégitime ou inconstitutionnelle. Il est donc très difficile de tirer de la législation, ou plus généralement de l'attitude du Congrès, une forme de doctrine délimitant les contours d'un champ matériel au sein duquel les *executive orders* seraient cantonnés.

La portée considérable des *executive orders* s'explique, en second lieu, par le fait qu'ils s'apparentent à la loi. La Cour suprême a ainsi pu juger qu'un *executive order*

¹⁴⁹ Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », art. cité, p. 158, (notre traduction).

¹⁵⁰ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵¹ Voir en ce sens L. BRANUM, « President or King? The Use and Abuse of Executive Orders in Modern-Day America », art. cité, p. 79 *sqq.* ; Th.M. MOE et W.G. HOWELL, « The Presidential Power of Unilateral Action », art. cité, p. 141 *sqq.*

¹⁵² *Ibid.* p. 141.

¹⁵³ Historiquement, seuls 7% des vetos semblent avoir été renversés par le Congrès. Voir Th. CRONIN et M. GENOVESE, *The Paradoxes of the American Presidency*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 169.

« avait la force d'une loi¹⁵⁴ ». Dans le même sens, les juridictions fédérales jugent traditionnellement que les *executive orders* « ont la force et l'effet de la loi¹⁵⁵ ». Cette extension du régime juridique, applicable aux lois, aux *executive orders* a une conséquence importante : ces actes doivent être exécutés, dès lors que leur fondement juridique est valide, de la même manière que les lois du Congrès. En effet, il est acquis depuis un arrêt *Armstrong v. United States*¹⁵⁶ de la Cour suprême que les *executive orders* « doivent être pris en compte par l'ensemble des juridictions, et l'ensemble des juridictions doivent leur donner un effet ». Il en résulte que, du point de vue des destinataires des *executive orders*, ceux-ci ne se distinguent de la loi qu'au regard de l'autorité d'édition. Il n'est donc pas surprenant que les présidents puissent concevoir l'*executive order* et la loi comme interchangeables selon les nécessités du contexte politique¹⁵⁷.

La portée large des *executive orders* s'explique ensuite par la tendance qu'ont les juridictions américaines à remettre en cause la hiérarchie des normes par la mise en place de techniques visant à éviter tous conflits entre *executive orders* et lois. Si, en cas de conflit, les *executive orders* prévalent sur les lois des États fédérés¹⁵⁸, ils doivent cependant se conformer aux lois fédérales¹⁵⁹. Il existe donc en théorie une hiérarchie formelle très nette entre les lois du Congrès et les *executive orders* du président des États-Unis. Cependant, une telle hiérarchie ne prévaut que s'il existe une contradiction entre les termes de la loi et de l'*executive order*. Or, les juridictions américaines utilisent des techniques qui visent à désamorcer toutes contradictions entre ces normes.

Les juridictions américaines ont ainsi globalement transposé les règles de conflits entre lois aux conflits entre *executive orders* et lois. Selon une jurisprudence ancienne et constante de la Cour suprême,

les juridictions n'ont pas la liberté de choisir parmi les actes du Congrès, et quand deux lois peuvent coexister, il est du devoir des cours, en l'absence d'une intention claire et expresse contraire du Congrès, de regarder les deux comme effectives¹⁶⁰.

La Cour suprême estime effectivement que seule une intention claire et manifeste du Congrès d'abroger une loi doit conduire à faire prévaloir les règles de

¹⁵⁴ *Jenkins v. Collard*, 145 U.S. 546 (16 mai 1892), (notre traduction).

¹⁵⁵ Voir par ex. *Farkas v. Texas Instrument Inc.*, 375 F.2d 629 (5th Circuit 1967) ; *Farmer v. Philadelphia Electric Co.*, 329 F.2d 3 (3^d Circuit 1964) ; *United States v. Trucking Mgmt., Inc.*, 662 F.2d 36 (D.C. Cir. 1981), (notre traduction).

¹⁵⁶ *Armstrong v. United States*, 80 U.S. 154 (1871) (notre traduction).

¹⁵⁷ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 55 *sqq.*

¹⁵⁸ *Old Dominion Branch v. Austin*, 418 U.S. 264 (25 juin 1974). L'opinion majoritaire de la Cour énonce que « Nous n'avons pas de difficulté à conclure que l'*executive order* est valide et qu'il peut créer des droits protégés, sur le fondement de la clause de suprématie, contre des lois d'États [fédérés] contraires ».

¹⁵⁹ *Little v. Barreme*, 6 U.S. 170 (1804).

¹⁶⁰ *Morton v. Mancari*, 417 U.S. 535 (17 juin 1974). Voir aussi *Watt v. Alaska*, 451 U.S. 259 (21 avril 1981).

conflits de lois dans le temps¹⁶¹. Le juge fédéral américain peut donc être tenté, en cas de contradiction potentielle entre un *executive order* et une loi, d'interpréter strictement l'un ou l'autre de manière à faire disparaître le conflit et à permettre l'application des deux normes.

Par exemple, dans un arrêt *Knauff v. Shaughnessy*¹⁶², la Cour suprême devait trancher la question de savoir si le président des États-Unis pouvait sans audition préalable retenir à la frontière puis interdire l'accès au territoire américain aux épouses étrangères des citoyens américains ayant servi honorablement dans les forces armées pendant la Seconde Guerre mondiale. Pourtant, une loi de 1945¹⁶³ exonérait spécifiquement ces femmes des exigences habituelles auxquelles sont soumis les candidats à l'immigration sur le territoire américain afin de faciliter leur rapprochement avec leur conjoint. Pour juger qu'une telle mesure du président était compatible avec la loi de 1945, la Cour suprême retint une interprétation très stricte de la loi de 1945 en ne la jugeant applicable qu'aux femmes qui étaient par ailleurs admissibles à l'immigration sur le fondement des lois en vigueur, ce qui excluait nécessairement les femmes interdites d'entrée sur le territoire américain par application de la mesure présidentielle. Ainsi, l'interprétation très restrictive du champ d'application de la loi fédérale permit d'éviter tout conflit avec la mesure présidentielle¹⁶⁴, comme si le juge avait en présence deux normes de valeur équivalente et non deux normes hiérarchisées.

Le juge américain peut aller parfois plus loin en se servant d'un *executive order* pour déterminer la signification de la loi et ainsi désamorcer tout conflit potentiel. Un auteur considère en ce sens que

même si les *executive orders* ne sont pas au sommet de la liste des outils interprétatifs du pouvoir judiciaire, ils conservent clairement le pouvoir de façonner l'interprétation par le juge de la signification d'une loi¹⁶⁵.

Comme le souligne cet auteur, un exemple topique de cette interprétation de la loi par le truchement d'un *executive order* s'est rencontré dans l'arrêt de la Cour suprême *Fleming v. Mohawk Wrecking & Lumber Co.*¹⁶⁶ En l'espèce, était contesté un *executive order*¹⁶⁷ du président des États-Unis qui avait transféré la fonction d'administrateur des prix à une agence fédérale nouvellement créée afin de faire la transition entre une économie de guerre et une économie de paix. Les requérants estimaient qu'une telle mesure était contraire à une loi¹⁶⁸ qui avait confié

¹⁶¹ *Ibid.*, la Cour rappelle que « Lorsque deux lois portent sur le même domaine, la règle est de donner si possible effet à ces deux lois... L'intention du législateur d'abroger [une loi] doit être claire et manifeste ».

¹⁶² *Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537 (16 janvier 1950).

¹⁶³ *War Brides Act* du 28 décembre 1945, 8 U.S.C. § 252.

¹⁶⁴ Pour un autre exemple, voir *Rattigan v. Holder*, 643 F. 3d 975 (D.C. Cir. 2011). Voir plus généralement sur ce point E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2065 *sqq.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 2072.

¹⁶⁶ *Fleming v. Mohawk Wrecking & Lumber Co.*, 331 U.S. 111 (28 avril 1947).

¹⁶⁷ E.O. n° 9809 du 12 décembre 1946 relatif à la réorganisation de certaines agences de guerre.

¹⁶⁸ *First War Powers Act* du 18 décembre 1941, 55 Stat. 838, 50 U.S.C.

les fonctions d'administrateur des prix seulement et spécifiquement à une personne nommée par le président américain avec le consentement du Sénat. Pour résoudre une telle contradiction, la Cour observe tout d'abord que la loi en cause « n'autorise pas la création d'une nouvelle agence afin de consolider les fonctions et pouvoirs précédemment exercés par une ou plusieurs autres agences ». Toutefois, elle ajoute que

la loi a été interprétée de manière répétée par le président comme lui conférant une telle autorité. Une telle interprétation par le chef de l'exécutif, qui est à la fois contemporaine et cohérente, a une valeur très importante¹⁶⁹.

Une telle interprétation de la loi à la lumière d'un *executive order* conduit donc à ce que ce soit l'autorité d'application, le président des États-Unis, qui donne une signification à la loi que le Congrès n'avait peut-être pas entendu lui donner.

Les hypothèses évoquées ci-dessus de contradiction entre un *executive order* et une loi fédérale supposent que le juge ait accepté d'examiner la validité d'une telle mesure présidentielle. Cependant, le plus souvent, les recours dirigés par des particuliers contre ces actes sont jugés irrecevables, réduisant ainsi encore davantage les possibilités de limitation de la portée de ces mesures.

B. La difficile contestation des *executive orders*

La multiplication des références à la jurisprudence dans les développements précédents pourrait laisser penser que le juge américain se trouve fréquemment dans la situation de contrôler la validité d'un *executive order* ou d'imposer à l'administration d'exécuter un *executive order* à la demande d'un administré. En réalité, rares sont les affaires qui passent le stade de la recevabilité, le juge estimant le plus souvent que le particulier n'a pas d'intérêt à agir contre ou sur le fondement d'un *executive order*. Pour comprendre cette position du juge américain, il faut commencer par distinguer la question de l'opposabilité d'un tel acte à l'administration et aux personnes privées de la question de la contestation de la validité même d'un *executive order*.

Quant à la question de l'opposabilité des *executive orders*, il faut séparer ceux pris sur le fondement de l'article II de la Constitution et ceux pris en application de la loi. Pour la première catégorie, les juridictions américaines estiment en général que les personnes privées ne sont pas recevables à demander l'exécution d'un *executive order* à l'encontre du président, d'une administration ou d'une autre personne privée. Si les juridictions fédérales ont pu se fonder sur diverses justifications¹⁷⁰, il nous semble que deux raisons principales justifient l'impossibilité pour un particulier de fonder un recours sur les *executive orders* relevant de l'article II de la Constitution.

D'une part, ces actes ont normalement pour objet essentiel la gestion interne de la seule administration. Sur le fondement de la séparation des pouvoirs, le

¹⁶⁹ *Fleming v. Mohawk Wrecking & Lumber Co.*, *op. cit.*

¹⁷⁰ Voir sur ce sujet : J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », art. cité, p. 858 *sqq.* ; E. NEWLAND, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 2075 *sqq.*

juge n'a pas à s'immiscer dans la gestion interne de la branche exécutive. Ainsi, les juridictions fédérales américaines refusent d'examiner la conformité d'une décision administrative à un *executive order* qu'elle est supposée exécuter. Le juge considère que le justiciable doit, s'il estime qu'il y a mauvaise exécution de l'*executive order*, s'adresser directement au président des États-Unis puisque l'organisation de la branche exécutive est en cause¹⁷¹.

D'autre part, les juridictions fédérales jugent qu'elles ne sont pas habilitées à statuer sur des affaires nées de l'application d'un *executive order*¹⁷². En effet, la compétence des juridictions fédérales est fixée par la loi qui dispose que les « cours fédérales de district auront compétence pour connaître des actions civiles nées de l'application de la Constitution, des lois et des traités des États-Unis¹⁷³ ». Or, le juge fédéral estime que les *executive orders* ne rentrent dans aucune de ces trois catégories et qu'il ne peut donc se prononcer sans habilitation expresse du Congrès sur les contentieux nés à la suite de leur application¹⁷⁴. Ces deux fondements sont relativement fragiles et n'apparaissent pas être des obstacles véritablement insurmontables au contrôle du juge. En premier lieu, il serait assez aisé de démontrer que les effets d'un *executive order* débordent très souvent la simple sphère administrative pour s'étendre sur les personnes privées. En second lieu, si les *executive orders* sont parfois subsumés dans la catégorie générique des lois par les juridictions afin de résoudre certains litiges¹⁷⁵, il ne serait donc pas difficile d'admettre qu'ils appartiennent également à la catégorie des « lois » qui peuvent faire naître des contentieux civils dont ces juridictions peuvent connaître¹⁷⁶. Mais, compte tenu de l'agrégation des fondements constitutionnels et législatifs par les *executive orders*, c'est en général à l'opposabilité de la seconde catégorie d'actes que sont confrontés les justiciables, c'est-à-dire ceux pris en application d'une loi.

La seconde catégorie d'*executive orders* n'exclut pas en principe leur opposabilité par les personnes privées dans la mesure où leur objet dépasse souvent celui de la seule gestion interne de l'administration. Toutefois, les juridictions soumettent la recevabilité d'un tel recours à deux conditions cumulatives :

¹⁷¹ *Manhattan-Bronx Postal Union v. Gronowski*, 350 F.2d 451 (D.C. Cit. 29 juillet 1965) : « Si les appelants sont en désaccord avec la décision du secrétaire aux postes et télécommunications quant à [un] aspect de sa politique relative au personnel, et pense qu'elle est contraire aux souhaits du président, il apparaît évident à qui cette requête aurait dû être adressée. Ce n'était pas à la branche judiciaire », (notre traduction). Voir aussi : *Zhang v. Slattery*, 55 F.3d 732, 747 (2nd Cir. 1995).

¹⁷² J.E. NOYES, « Executive Orders in Court », art. cité, p. 858.

¹⁷³ 28 U.S. Code § 1331, *Federal question*, (notre traduction).

¹⁷⁴ *Sweet v. B.F. Goodrich Co.*, 68 F. Sup. 782 (N.D. Ohio 1946) : « La cour de district a une compétence juridictionnelle limitée que le Congrès peut accorder ou retirer. La compétence juridictionnelle ne peut souffrir d'aucun doute. Si le Congrès l'accorde, cela doit apparaître par des dispositions claires et non ambiguës. Aucune habilitation qu'elle soit directe ou déléguée ne permet [à la cour] d'examiner en l'espèce l'*executive order* », (notre traduction).

¹⁷⁵ Voir par ex., *In re Neagle* 135 U.S. 1 (14 avril 1890) ; *Old Dominion Branch v. Austin*, 418 U.S. 264 (25 juin 1974).

¹⁷⁶ P. RAVEN-HANSEN, « Making Agencies Follow Orders: Judicial Review of Agency Violations of Executive Order 12,291 », *Duke Law Journal*, vol. 32, 1983, p. 285-353, en part. p. 322.

le requérant doit démontrer (1) que le président a édicté l'*executive order* sur le fondement d'un mandat ou d'une délégation d'autorité du Congrès, et (2) que les termes de l'*executive order* et son objet manifestent l'intention que soit créé un droit au recours pour les personnes privées¹⁷⁷.

La difficulté que pose cette jurisprudence est de savoir comment le juge va déterminer s'il y avait ou non l'intention de créer un droit au recours pour les personnes privées. Pour apprécier un tel droit au recours, le juge ne va pas se tourner vers la loi qu'applique l'*executive order*, mais sur les termes de la mesure présidentielle elle-même¹⁷⁸. Autrement dit, le juge ne se préoccupe pas de savoir si le Congrès avait entendu créer un droit au recours, mais se préoccupe exclusivement de l'intention du président des États-Unis. Or, les *executive orders* sont systématiquement conclus par une formule standard selon laquelle

cet ordre n'entend donner, et ne crée, aucun droit ou bénéfice, substantiel ou procédural, exécutoire par la loi ou en équité à aucune partie contre les États-Unis, ses départements, agences ou entités, ses officiers, ses employés ou ses agents, ou aucune autre personne¹⁷⁹.

Les juges excluent donc en général toute possibilité pour les personnes privées de se fonder sur un *executive order* pour introduire un recours, notamment à l'égard de l'administration qui ne l'aurait pas respectée. Il faut souligner ici un paradoxe : un *executive order* est opposable par l'administration américaine aux personnes privées, mais ces dernières ne peuvent pas les opposer à l'administration devant les juridictions américaines.

Cette difficulté s'étend à la question de la contestation de la validité d'un *executive order* par la voie du *judicial review*. En effet, pour qu'un tel acte soit susceptible de faire l'objet d'un recours, encore faut-il qu'il crée des droits ou obligations à l'égard des personnes privées. Ainsi, comme le rappelle une cour d'appel fédérale,

un *executive order* ayant pour objet exclusif la gestion interne de la branche exécutive – lorsqu'un tel acte ne crée pas de droits pour les personnes privées – n'est, par exemple, pas susceptible de faire l'objet d'un *judicial review*¹⁸⁰.

Comme souligné ci-dessus, les *executive orders* excluent généralement la création de tout droit procédural ou substantiel créant ainsi une présomption que les administrés auront beaucoup de mal à renverser. Il est en effet très rare que les

¹⁷⁷ *Centolla v. Potter*, 183 F. Supp.2d 403, 413 (D. Mass. 2002), (notre traduction). Voir aussi *Acevedo v. Nassau County*, 500 F.2d 1078, 1083-84 (2d Cir. 1974) ; *Indep. Meat Packers Association*, Voir Butz, 526 F.2d 228, 234-35 (8th Cir. 1975) ; *Utah Associations of Counties v. Bush*, 316 F. Sup. 2d 1172, 1200 (D. Utah 2004).

¹⁷⁸ J.E. NOYES, « Executive Orders, Presidential Intent, and Private Rights of Action », art. cité, p. 862 *sqq.*

¹⁷⁹ Voir par ex., E.O. n° 13771 du 3 février 2017 réduisant la régulation et contrôlant les coûts de régulation.

¹⁸⁰ *Meyer v. Bush* 81 F.2d 1288, 1296 (D.C. Cir. 8 janvier 1993) (notre traduction).

executive orders violent grossièrement et directement les droits individuels. Le plus souvent, les requérants auront du mal à démontrer que la mesure atteint directement et effectivement leurs droits. Il est ainsi très fréquent que les juridictions américaines jugent que le requérant n'a pas d'intérêt à agir contre l'*executive order*¹⁸¹. Cette absence d'intérêt à agir s'étend également aux membres du Congrès qui ne peuvent en principe, en cette seule qualité, introduire un recours contre une mesure présidentielle¹⁸². C'est pourquoi la Chambre des représentants du Congrès avait dû habiliter par une résolution du 30 juillet 2014 son président, John Boehner, afin qu'il puisse introduire un recours contre les mesures prises par l'administration afin d'appliquer la réforme de la santé dite « Obamacare¹⁸³ ».

Du reste, même lorsque le requérant arrive à passer le stade de la recevabilité du recours, ses chances d'obtenir l'invalidation de l'*executive order* sont minimales. L'examen des actes présidentiels est mené avec une certaine déférence par les juridictions américaines, ce qui les conduit à estimer que, au même titre que pour les lois, il y a une présomption de validité de l'*executive order*. Cette position est justifiée par le fait que

quand il est allégué devant une cour fédérale [...] qu'un acte du Congrès ou des *executive orders* pris en application sont inconstitutionnels, la cour doit apprécier un tel conflit avec un scepticisme prudent, car dans un tel cas elle ne fait pas face à des faits bruts, mais à des décisions réfléchies qui sont le produit de membres des autres branches du Gouvernement, qui ont juré, comme les cours, de soutenir et défendre la Constitution¹⁸⁴.

Ici encore, le cas des *executive orders* interdisant l'accès au territoire américain à des ressortissants de certains États étrangers est topique de ce phénomène. Le 27 janvier 2017, Donald Trump, qui vient d'entrer en fonction, édicte un *executive order* qualifié de « *muslim ban* » en ce qu'il vise essentiellement les ressortissants d'États à majorité musulmane¹⁸⁵. Le débat très vif entourant ce dernier quant à sa constitutionnalité, ou même à son opportunité, mènera à sa suspension par plusieurs juridictions fédérales¹⁸⁶. Cela n'empêchera pas le Président Trump de prendre un *executive order* réitérant ces dispositions (« *muslim ban 2.0* »), un peu modifiées, quelques semaines plus tard¹⁸⁷ qui sera également suspendu

¹⁸¹ Ph.J. COOPER, *By Order of the President*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁸² *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (26 juin 1997).

¹⁸³ Voir *United States House of Representatives v. Burnell*, 130 F.Supp.3d 53 (U.S.D.C., District of Columbia, 9 septembre 2015).

¹⁸⁴ *Campbell v. Chase Nat. Bank of City of New York*, 5 F. Sup. 156 (S.D.N.Y. 1933) (notre traduction).

¹⁸⁵ E.O. n° 13769 du 27 janvier 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis.

¹⁸⁶ Voir par ex., *Darweesh v. Trump*, 28 janvier 2017, U.S. District Court, E.D. of New York; *Louhghalam v. Trump*, 3 février 2017, U.S. District Court, D. of Massachusetts; *State of Washington v. Trump*, 9 février 2017, United States Court of Appeals, Ninth Circuit.

¹⁸⁷ E.O. n° 13780 du 6 mars 2017 visant à protéger la nation de l'entrée de terroristes étrangers aux États-Unis.

par des juges fédéraux¹⁸⁸. Cela conduira le président à prendre un « *muslim ban 3.0* » par la voie d'une *proclamation* le 24 septembre 2017¹⁸⁹ qui sera elle-même suspendue avant son entrée en vigueur¹⁹⁰. Toutefois, la Cour suprême des États-Unis a par la suite infirmé cette suspension en faisant droit à la demande de l'administration fédérale visant à ce que le « *muslim ban 3.0* » soit remis en application en attendant que l'affaire soit jugée au fond¹⁹¹. Puis, dans une décision du 26 juin 2018¹⁹², la Cour suprême a jugé que cette *proclamation* n'était pas inconstitutionnelle en ce que le Congrès a attribué au président d'« amples pouvoirs »¹⁹³ en matière d'immigration et de sécurité nationale. Ainsi, la « proclamation entre aisément dans le champ de la large délégation »¹⁹⁴ législative conférée au président des États-Unis.

La Cour suprême retient effectivement, lorsqu'il s'agit d'un *executive order* du président des États-Unis, une conception bien plus stricte de la balance des intérêts¹⁹⁵ qui permet la suspension d'un tel acte ou d'en déclarer l'invalidité. En effet, pour que le juge estime un *executive order* invalide, ou susceptible de l'être pour ordonner sa suspension, le requérant doit renverser la présomption de validité en démontrant soit que le président n'était pas habilité à agir, soit qu'un tel acte viole la loi et/ou la Constitution. Or, comme nous l'avons vu précédemment, le juge retient une interprétation très souple des titres de compétence du président américain, au point que le Congrès n'a pas besoin d'adopter un texte habilitant expressément le président pour que celui-ci soit considéré comme agissant sur le fondement d'une habilitation législative. Dans le même sens, le juge désamorce le plus souvent tous conflits potentiels entre un *executive order* et une norme supérieure en retenant une interprétation compatible des deux normes ou en lisant la seconde à la lumière du premier.

Il n'est donc pas surprenant que dans l'histoire des États-Unis seulement deux *executive orders* aient été intégralement invalidés par les juridictions fédérales : le premier fut pris par le président Harry Truman et jugé inconstitutionnel par la Cour suprême¹⁹⁶, le second fut édicté par le président Bill Clinton et jugé invalide

¹⁸⁸ Voir *State of Hawaii v. Trump*, 15 mars 2017, United States District Court, D. of Hawaii ; *International refugee assistance project v. Trump*, 17 mars 2017, United States District Court, D. of Maryland.

¹⁸⁹ D. TRUMP, *Presidential Proclamation* n° 9645 maintenant des capacités accrues de contrôle pour détecter les tentatives d'entrée sur le territoire des États-Unis par des terroristes et autres personnes troublant la sécurité publique.

¹⁹⁰ Voir *State of Hawaii v. Trump*, 17 octobre 2017, United States District Court, D. of Hawaii.

¹⁹¹ *International refugee assistance project v. Trump*, 583 US (4 décembre 2017). On notera qu'un arrêt au fond de la Cour suprême sur la légalité de ce « *muslim ban 3.0* » est attendu pour la fin du printemps 2018.

¹⁹² *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. _ (26 juin 2018). On notera que l'arrêt a été adopté à une majorité conservatrice de 5 contre 4 et que deux juges progressistes, *Justice* Breyer et *Justice* Sotomayor, ont rédigé des opinions dissidentes contestant, avec une certaine virulence pour la seconde, l'opinion majoritaire.

¹⁹³ *Ibid.* (notre traduction).

¹⁹⁴ *Ibid.* (notre traduction).

¹⁹⁵ Voir *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 555 U. S. 7, 20, 24 (12 novembre 2008).

¹⁹⁶ *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (2 juin 1952).

par une cour d'appel fédérale¹⁹⁷. S'il arrive – très rarement – que le juge américain invalide partiellement un *executive order* ou en suspende l'application, il demeure globalement extrêmement réticent à admettre qu'une mesure du président américain puisse être contraire à une loi ou à la Constitution. L'arrêt du 26 juin 2018, relatif au « *muslim ban 3.0* », n'est ainsi pas une véritable surprise en ce qu'il s'insère dans cette ligne jurisprudentielle ancienne de la Cour suprême. Cette réserve du juge américain n'est pas sans conséquence. Deux auteurs constatent en ce sens que

bien que la Cour suprême ait occasionnellement stoppé une action présidentielle ou déclaré un acte présidentiel inconstitutionnel, la Cour a plus fréquemment travaillé à approuver ou légitimer la croissance du pouvoir présidentiel¹⁹⁸.

Il en résulte que « presque tous les analystes de la relation Cour suprême-président soulignent le rôle de la Cour dans l'expansion des pouvoirs présidentiels¹⁹⁹ ».

Cette absence de véritable contrôle juridictionnel sur les mesures présidentielles a eu pour résultat de donner à la pratique et à l'interprétation que retient chaque président de ses pouvoirs une importance considérable dans l'appréhension des *executive orders*. La déférence des juridictions américaines et l'inertie du Congrès ont effectivement donné aux précédents présidentiels un rôle central dans la détermination des limites du pouvoir présidentiel. Ainsi, comme le résume Kenneth Mayer, « à chaque fois qu'un président se fonde sur les prérogatives de l'exécutif pour agir, cela rend plus facile pour un futur président de prendre une mesure identique (ou similaire)²⁰⁰ ». L'absence de réaction du Congrès sera souvent un élément central qui va justifier aux yeux du juge la validité de la mesure. La pratique des *executive orders* manifeste donc la place importante que conserve le président des États-Unis dans l'interprétation de la Constitution et de la séparation des pouvoirs.

Toutefois, cela ne signifie pas que les *executive orders* peuvent tout. Ils restent un instrument généralement tributaire du contexte politique. Si l'action unilatérale du président peut ne jamais être sanctionnée par le juge ou expressément remise en cause par le Congrès, le président a cependant souvent besoin des autres pouvoirs constitutionnels pour en assurer l'effectivité. Une mesure présidentielle qui ne serait pas soutenue, notamment par le Congrès, peut rapidement se trouver privée de tout effet. Un tel cas s'est par exemple présenté lorsque le président Obama a souhaité fermer la prison de Guantanamo Bay par *executive order*²⁰¹. Or, plus d'une décennie après, la prison est toujours ouverte et des individus y sont toujours détenus. Une telle mesure n'a jamais trouvé application du

¹⁹⁷ *Chamber of Commerce v. Reich*, 74 F.3d 1322 (D.C.C. 2 février 1996).

¹⁹⁸ Th. CRONIN et M. GENOVESE, *The Paradoxes of the American Presidency*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 225.

¹⁹⁹ *Ibid.* p. 254.

²⁰⁰ K.R. MAYER, *With the Stroke of a Pen*, *op. cit.*, p. 56.

²⁰¹ E.O. n° 13492 du 22 janvier 2009, art. cité.

fait des vives critiques et réticences d'une partie du Congrès et de l'opinion à voir ces détenus transférés sur le territoire américain. Cela démontre que si l'*executive order* est un instrument puissant, il n'est pas nécessairement l'outil le plus adapté aux véritables réformes²⁰². En outre, ces mesures peuvent être relativement précaires et tributaires des alternances politiques. En effet, un nouveau président élu peut vouloir abroger une partie des *executive orders* pris par son prédécesseur, en particulier s'il n'appartient pas à la même tendance politique. Cela est d'autant plus facile pour le nouveau président qu'il n'a qu'à signer un *executive order* sans avoir à passer par une procédure longue et incertaine comme celle de l'abrogation de la loi, qui a récemment mis en échec le président Trump dans sa tentative de réformer la loi sur la santé adoptée sous l'impulsion du Président Obama²⁰³. Ainsi, ce ne sont pas tant des limites juridiques ou constitutionnelles qui enferment l'action du président des États-Unis par le biais des *executive orders* que des limites d'ordre politique.

²⁰² E.B. CORCORAN, « Obama's Failed Attempt to Close Gitmo: Why Executive Orders Can't Bring About Systemic Change », *University of New Hampshire Law Review*, no 9, 2010-2011, p. 207-235.

²⁰³ Voir sur ce sujet : R. PEAR, Th. KAPLAN et M. HABERMAN, « In Major Defeat for Trump, Push to Repeal Health Law Fails », *The New York Times*, 24 mars 2017.