



HAL
open science

Sur un ersatz de responsabilité politique : l'élection du président des Etats-Unis

Samy Benzina

► **To cite this version:**

Samy Benzina. Sur un ersatz de responsabilité politique : l'élection du président des Etats-Unis. Jus Politicum : Revue de droit politique, 2022, L'Exemplarité des gouvernants, 28. hal-04444536

HAL Id: hal-04444536

<https://hal.science/hal-04444536v1>

Submitted on 7 Feb 2024

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

Sur un ersatz de responsabilité politique : l'élection du président des États-Unis

La pandémie de Covid-19, que subissent parmi d'autres les grandes démocraties depuis le début de l'année 2020, redonne une grande actualité à la question de la responsabilité des gouvernants¹. Elle s'est par exemple posée en France à la suite de la pénurie de masques dans les premières semaines de la crise qui a conduit à la création d'une commission d'enquête parlementaire pour identifier les responsables². Elle s'est également illustrée par des recours contre l'État devant les juridictions administratives³ et par la multiplication des plaintes pénales visant les membres du Gouvernement accusés de n'avoir pas pris les mesures nécessaires pour gérer la crise de la Covid-19⁴. C'est cependant aux États-Unis que la question de la responsabilité des gouvernants, particulièrement celle de l'ex-président Donald J. Trump, s'est sans

¹ Voir en ce sens : E. BOTTINI, « Juger les responsables politiques en période d'urgence. Retour sur un casse-tête des régimes parlementaires », *RDP*, n° spécial, 2021, p. 291-315.

² Le Sénat a ainsi créé, dès le 1^{er} juillet 2020, une commission d'enquête pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la covid-19 et de sa gestion. Quant à l'Assemblée nationale, elle a choisi de mettre en place une mission d'information, le 17 mars 2020, sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid 19, dont les travaux ont pris fin le 27 janvier 2021.

³ V. en particulier : T.A. de Paris, 28 juin 2022, n° 2012679/6-3. Dans son jugement, la juridiction administrative reconnaît des fautes de l'État dès lors que celui-ci s'est abstenu de constituer un stock suffisant de masques avant l'émergence de la Covid-19 et que le Gouvernement a déclaré, au début de la pandémie, que le port du masque n'était pas utile pour la population générale.

⁴ Si on se fie aux informations de certains journaux (voir par ex : « Covid-19 : la Cour de justice de la République rejette une série de près de 20 000 plaintes contre le gouvernement », *Le Monde*, 24 janvier 2022), la Cour de justice de la République aurait reçu plusieurs milliers de plaintes visant des membres du Gouvernement dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire. Sur ce phénomène, voir O. BEAUD « Le glissement d'une responsabilité politique vers une responsabilité pénale des ministres : regard critique sur un certain exceptionnalisme français, révélé par le cas de l'épidémie du coronavirus », *Revue de droit d'Assas*, 2021, n° 21, p. 151-159.

doute posée avec le plus d'acuité. En effet, le choix de ce dernier de nier l'existence et la gravité de l'épidémie⁵ ou sa décision de refuser d'appeler ses concitoyens à porter un masque pendant une grande partie de l'année 2020 ne sont pas sans lien avec le bilan particulièrement tragique que connaît la première puissance économique mondiale⁶.

Ces agissements ont conduit de nombreuses voix outre-Atlantique à exiger que l'« *accountability* » de l'ancien président américain soit mise en cause⁷. L'« *accountability* » est une notion spécifique à la langue anglaise qui fait la distinction entre l'« *accountability* » et la « *responsibility* ». L'« *accountability* » se définit de manière générale comme « la capacité d'un acteur de pouvoir demander une explication ou une justification d'un autre acteur concernant ses actions et de récompenser ou sanctionner ce second acteur sur la base de ses performances ou de ses explications⁸ ». La « *responsibility* » quant à elle renvoie au fait d'avoir la charge de quelque chose ou de quelqu'un. Ces deux notions relèvent en français d'une seule et même notion, celle de responsabilité. En effet, en français, la responsabilité s'entend d'une part comme le fait d'avoir la charge de quelque chose. L'article 21 de la Constitution énonce en ce sens que le Premier ministre est responsable de la défense nationale, autrement dit il en a en théorie la charge. Mais la responsabilité s'entend, d'autre part, comme l'obligation de rendre compte de ses actes⁹. L'article 20 de la Constitution de 1958 dispose ainsi que le Gouvernement « est responsable devant le Parlement », ce dernier ayant la faculté de forcer la Gouvernement à démissionner en cas de désaccord politique conformément aux articles 49 et 50 de la Constitution. C'est pourquoi, dans le cadre de cette étude, nous avons fait le choix de traduire l'« *accountability* » par la notion française de « responsabilité » qui l'englobe¹⁰. Il ne faut d'ailleurs pas exagérer l'importance de la distinction entre *accountability* et *responsibility*. Si ces deux notions ont des définitions distinctes, il n'en reste pas moins

⁵ Voir par exemple en ce sens : Y. ABUTALEB, A. PARKER, J. DAWSEY, Ph. RUCKER, « The inside story of how Trump's denial, mismanagement and magical thinking led to the pandemic's dark winter », *The Washington Post*, 19 décembre 2020.

⁶ B. MUELLER, E. LUTZ, « U.S. Has Far Higher Covid Death Rate Than Other Wealthy Countries », *The New York Times*, 2 février 2022.

⁷ On pense par exemple aux éditoriaux des *Editorial Boards* de plusieurs grands journaux, voir par ex : « Accountability After Trump », *The New York Times*, 19 décembre 2020 ; « The Constitution doesn't shield Trump from accountability. It demands it », *Boston Globe*, 9 février 2021 ; « Trump's trial has crystallized the horror of Jan. 6. The Senate must convict him », *The Washington Post*, 10 février 2021.

⁸ E. RUBIN, « The Myth of Accountability and the Anti-Administrative Impulse », *Michigan Law Review*, 2005, vol. 103, n° 8, p. 2073-2136, spé. 2073 (notre traduction).

⁹ Voir F. DREYFUS, « Rendre des comptes-Rendre compte : des notions ambiguës », *RFAP*, 2016, n° 160, p. 999-1010.

¹⁰ Pour une perspective différente, voir P. AVRIL, « Responsabilité et *accountability* », in O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et cie, 1999, p. 85-93.

qu'elles sont fréquemment employées de manière synonyme, même dans la littérature juridique anglophone¹¹.

L'idée que les gouvernants doivent rendre des comptes est au moins aussi ancienne que la démocratie¹². C'est une « des règles de base du constitutionnalisme démocratique »¹³ qui implique que les citoyens puissent demander des comptes à leurs représentants concernant la manière dont ils exercent le pouvoir et, le cas échéant, les révoquer. En effet, dans les démocraties représentatives contemporaines, le titulaire de la souveraineté est en général le peuple. Les gouvernants n'exercent alors le pouvoir que temporairement au nom du peuple et sous son contrôle¹⁴. La responsabilité, alors conçue comme politique, vise ainsi, par un ensemble de mécanismes constitutionnels, à s'assurer que les gouvernants disposent toujours du soutien de la majorité des gouvernés. Comme le résume un auteur, la responsabilité politique « est la condition de la validité politique du pouvoir confié au représentant, c'est-à-dire qu'elle est la garantie de ce que son titre à gouverner est conforme au principe de légitimité »¹⁵. La responsabilité politique des gouvernants tient ainsi sa spécificité, par rapport aux responsabilités pénale et civile de nature punitive ou réparatrice, dans le fait qu'elle vise à préserver la volonté du titulaire de la souveraineté et de prévenir une appropriation du pouvoir par les gouvernants¹⁶.

¹¹ Voir par ex. A. S. GREENE, « Discounting Accountability », *Fordham Law Review*, 1997, vol. 65, n° 4, p. 1489-1506 ; N. STEPHANOPOULOS, « Accountability claims in Constitutional Law », *Northwestern University Law Review*, 2018, vol. 112, n° 5, p. 989-1068. En réalité, la confusion entre ces notions est relativement ancienne. Comme le note un auteur : « Les Américains du XVIII^e siècle employaient de nombreuses expressions pour désigner ce qui serait désormais qualifié de gouvernement *accountable*. Les barrières sémantiques entre les expressions comme *accountable*, *responsible*, *answerable*, *punishable* et *amenable* étaient beaucoup plus fluides qu'aujourd'hui. L'expression spécifique "accountability" n'était d'ailleurs que rarement utilisée dans les débats relatifs à la ratification » de la Constitution des États-Unis (C. T. BOROWIAK, « Accountability Debates : The Federalists, The Anti-Federalists, and Democratic Deficits », *The Journal of Politics*, 2007, vol. 69, n° 4, p. 998-1014, spé. p. 999, notre traduction).

¹² B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 2012, p. 25 ; Voir aussi Ch. BIDEGARAY, C. EMER, *La responsabilité politique*, Paris, Dalloz, 1998, p. 7-8. L'auteur rappelle qu'à Athènes au V^e siècle avant J.-C., « les magistrats étaient soumis à la surveillance constante de l'Assemblée et des tribunaux. Non seulement ils devaient rendre des comptes (*euthynai*) à leur sortie de charge, mais pendant la durée de leur mandat n'importe quel citoyen pouvait à tout moment déposer une accusation contre eux et demander leur suspension ».

¹³ O. BEAUD, J.-M. BLANQUER, « Introduction », in *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et cie, 1999, p. 7. Voir aussi P. AVRIL, « Pouvoir et responsabilité », in *Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, p. 9-23 spé. p. 11.

¹⁴ Voir notamment en ce sens : P. AVRIL, « Pouvoir et responsabilité », in *Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le pouvoir*, Paris, LGDJ, 1977, p. 9-23, spé. p. 11.

¹⁵ D. BARANGER, « Responsabilité politique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF, 2003, p. 1356-1360, spé. 1357.

¹⁶ Voir notamment P. AVRIL, art. cité, p. 9. Comme l'observe justement l'auteur à propos de la responsabilité politique : « Son objet n'est pas de punir ni d'assurer la réparation symbolique d'un dommage, il est de consacrer à travers le fonctionnement des pouvoirs publics l'idée que les gouvernants sont au service des gouvernés et leur doivent des comptes ». Voir

La nécessité d'une responsabilité politique dans le régime représentatif était déjà parfaitement perçue par les révolutionnaires américains. Dès 1776, en réaction au modèle britannique perçu comme tyrannique, les constituants des États nouvellement indépendants ont porté à son paroxysme le principe de la responsabilité des gouvernants. Ainsi, pour nombre de ces constituants, « les "gouvernants" (...) devaient être conçus comme des créatures du peuple, à son service, responsables devant lui, et sujets à révocation dès que leurs agissements seraient contraires aux buts pour lesquels ils ont été choisis¹⁷ ». Cette préoccupation a mené les constituants des divers États à introduire des mécanismes censés assurer le maintien par les citoyens d'un contrôle sur leurs représentants par un renouvellement annuel et intégral du parlement¹⁸, en limitant le cumul des mandats dans le temps¹⁹, ou encore en permettant aux citoyens de donner des instructions à leurs représentants²⁰. Les révolutionnaires ont toutefois créé des régimes politiques instables avec des exécutifs faibles et des assemblées toutes puissantes abusant du pouvoir législatif²¹. Nombre d'États américains se sont alors retrouvés dans une situation de crise manifestant les limites des régimes nouvellement institués²². C'est en partie en réaction à ces dérives que l'idée de réformes constitutionnelles va s'imposer²³ et que certains constitutionnalistes vont défendre une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs et de la responsabilité lors de la Convention de Philadelphie puis lors des débats sur la ratification de la Constitution des États-Unis²⁴.

aussi B. DAUGERON, « La responsabilité politique a-t-elle encore un avenir ? », *Revue de droit d'Assas*, 2021, n° 21, p. 140-150, spé. p. 150. L'auteur définit ainsi la responsabilité politique comme visant à « permettre aux gouvernés d'opérer un contrôle sur leurs gouvernants en contraignant les détenteurs de la fonction gouvernementale, et plus largement du pouvoir politique, à être démis de leurs fonctions si leur action n'est pas conforme au vœu de la nation représentée ». Voir également : Ph. SEGUR, *La responsabilité politique*, Paris, PUF, 1998, p. 14 et s.

¹⁷ G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, The University of North Carolina Press, 1998, spé. p. 148-149 (notre traduction).

¹⁸ Voir par exemple l'article 3 de la Constitution du Delaware de 1776 ou la section 9 de la Constitution de Pennsylvanie de 1776.

¹⁹ Voir par exemple l'article 23 de la Constitution de Géorgie de 1777 qui fixe la durée du mandat de gouverneur à un an et interdit que ce mandat puisse être renouvelé avant deux ans.

²⁰ Voir par exemple l'article 18 de la Constitution de Caroline du Nord de 1776 qui habilite le peuple réuni en assemblée à donner des instructions à ses représentants.

²¹ Voir en ce sens G. S. WOOD, *op. cit.*, spé. p. 403 et s. L'auteur, un des meilleurs connaisseurs de l'histoire américaine post-indépendance, explique ainsi que : « Les assemblées législatives dont les lois ou les agissements "violent ces principes fondamentaux qui ont conduit les hommes à faire société" ont ainsi substitué leur "pouvoir au droit" et détruit l'idée d'un gouvernement fondé sur la liberté » (notre traduction).

²² *Ibid.*, p. 391 et s.

²³ *Ibid.* p. 430 et s. L'auteur souligne en ce sens que : « les États américains disposaient "de gouvernements parmi les plus faibles et les plus inefficaces [...] que les nations n'aient jamais connus". [...] La culture des Américains ne semblait pas compatible avec la nature populaire des constitutions révolutionnaires, un changement de structure gouvernementale est alors apparu indispensable » (notre traduction).

²⁴ Voir en ce sens : M. S. FLAHERTY, « The Most Dangerous Branch », *Yale Law Journal*, 1996, vol. 105, n° 7, p. 1725-1840, spé. p. 1767.

En particulier, pour les auteurs fédéralistes, le régime républicain devait être distingué de la démocratie²⁵. Madison opposait ainsi la démocratie, définie comme « une société constituée d'un nombre réduit de citoyens qui s'assemblent et conduisent en personne le gouvernement²⁶ », souffrant de maux tels que l'« instabilité, l'injustice, et la confusion²⁷ », et la République, fondée sur un gouvernement représentatif, qui serait efficace et la solution aux dérives de la démocratie²⁸. Pour les fédéralistes, les États américains avaient choisi des institutions ayant un tropisme démocratique trop marqué au détriment de leur caractère républicain. Selon eux, la République permettrait de maintenir les citoyens à une certaine distance, condition indispensable d'un gouvernement efficace mais aussi d'une responsabilité effective des gouvernants²⁹. En effet, la responsabilité directe des gouvernants devant le peuple était perçue par de nombreux fédéralistes comme ayant conduit les assemblées parlementaires « non à gouverner sur la base de lois fondamentales, mais sur le fondement de la colère populaire, la malice ou la soif de revanche³⁰ ». Surtout, cette responsabilité directe devant le peuple

avait paradoxalement aussi eu pour effet de créer des gouvernements irresponsables. L'expérience avait montré que des assemblées parlementaires pouvaient devenir des proies faciles pour des démagogues, ceux qui défendent des intérêts locaux et, peut-être le plus important, les factions³¹.

A contrario, les anti-fédéralistes se méfiaient de la concentration du pouvoir au sein de l'État fédéral et pensaient que la responsabilité des gouvernants dépendait avant tout de la participation active des citoyens au gouvernement, qui ne devaient donc pas être gardés à distance³².

Ces deux courants, fédéralistes et anti-fédéralistes, ne s'opposaient donc pas sur la nécessité d'une responsabilité politique des gouvernants, celle-ci faisant relativement consensus, mais plutôt sur les formes que devaient prendre cette responsabilité et son imbrication avec la séparation des pouvoirs. Ayant subi ce qu'ils considéraient comme la tyrannie de l'Empire britannique et les dérives des premières Républiques américaines, les constituants de 1787 entendaient trouver un équilibre entre l'octroi d'un pouvoir suffisant au gouvernement fédéral afin qu'il puisse mener ses missions avec efficacité, et l'établissement de

²⁵ Voir notamment C. T. BOROWIAK, « Accountability Debates : The Federalists, The Anti-Federalists, and Democratic Deficits », art. cité, p. 1001 ; Voir aussi : B. MANIN, *op. cit.*, p. 12.

²⁶ J. MADISON, « Federalist 10 : The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection », *The New York Packet*, 1787 (notre traduction).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ C. T. BOROWIAK, « Accountability Debates : The Federalists, The Anti-Federalists, and Democratic Deficits », art. cité, p. 1001.

³⁰ A. BURKE, « An Address to the Freemen of the State of South Carolina » cité par M. S. Flaherty, « The Most Dangerous Branch », art. cité, p. 1767 (nous traduisons).

³¹ *Ibid.*, p. 1767.

³² C. T. BOROWIAK, art. cité, p. 999.

mécanismes de responsabilité préservant les citoyens des abus de pouvoir attentatoires à leur liberté³³.

Les Américains de la fin du XVIII^e siècle avaient donc déjà intégré ce qui deviendra un des principes du constitutionnalisme moderne : il ne peut y avoir de pouvoir sans responsabilité³⁴. L'intensité de l'exigence de responsabilité est alors directement liée à l'importance des pouvoirs. Cette idée est résumée par la formule séminale de la Convention nationale, dans un plan de travail des 7 et 8 mai 1793, selon laquelle les représentants « doivent envisager qu'une grande responsabilité est la suite inséparable d'un grand pouvoir³⁵ », formule qu'on retrouve, sous une autre forme, dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis³⁶. Dit autrement, plus un organe constitutionnel se voit conférer des pouvoirs importants, plus il est impératif que des mécanismes assurent sa pleine responsabilité afin de garantir que l'exercice de ces pouvoirs est conforme à la volonté populaire. *A contrario*, l'absence de pouvoir induit une irresponsabilité. Cela justifie notamment l'irresponsabilité politique de principe des chefs de l'État, pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, dans la plupart des régimes parlementaires contemporains³⁷. Cette logique découle de l'idée même de responsabilité politique : les citoyens ne peuvent demander des comptes qu'à ceux qui exercent effectivement le pouvoir, et en particulier le pouvoir normatif. Sans quoi, les mécanismes de responsabilité pourraient être dirigés contre des personnes ou organes qui n'ont pas la faculté d'agir sur la situation des gouvernés et dont les actes ne peuvent leur avoir fait grief.

Si le principe d'une corrélation entre pouvoir et responsabilité apparaît cardinal en droit constitutionnel, sa mise en œuvre peut se révéler particulièrement ardue. Dans les régimes parlementaires, la responsabilité politique se conçoit historiquement principalement à travers les mécanismes de responsabilité du Gouvernement devant le Parlement³⁸. Le Gouvernement peut être forcé à démissionner si la majorité dans l'une ou les deux chambres, qui représente la majorité des gouvernés, lui retire sa confiance du fait d'un désaccord

³³ M. S. FLAHERTY, « The Most Dangerous Branch », art. cité, p. 1767-1768.

³⁴ P. AVRIL, « Pouvoir et responsabilité », art. cité, p. 13-14. L'auteur estime que le principe de responsabilité « est inhérent au constitutionnalisme démocratique et résulte impérativement des exigences de ce type d'organisation politique : le pouvoir d'un organe implique nécessairement la responsabilité de cet organe ».

³⁵ « Plan de travail, de surveillance et de correspondance », in *Collection générale des décrets rendus par la Convention nationale*, Baudouin imprimeur de la Convention nationale, mai 1793, p. 72.

³⁶ *Kimble et al. voir Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (22 juin 2015). La cour cite le comics Spider-Man qui a sans doute contribué à la grande popularité de la formule selon laquelle : « En ce monde, un grand pouvoir implique de grandes responsabilités » (notre traduction).

³⁷ Voir notamment en ce sens : *La responsabilité du chef de l'État*, Société de législation comparée, 2013, vol. 12, 197 p.

³⁸ Voir notamment, Ph. LAUVAUX, « Aspects historiques de la responsabilité politique », in O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris, Descartes et cie, 1999, p. 19-31 ; Ch. BIDEGARAY, « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du "jardin des délices démocratiques" », *Pouvoirs*, 2000, n° 92, p. 5-16 ; Ph. SÉGUR, *La responsabilité politique*, Paris, PUF, 1998, p. 21 et s.

politique majeur. Toutefois, les membres de la convention de Philadelphie, qui avaient connaissance des premiers développements de la responsabilité ministérielle devant le Parlement en Angleterre³⁹, n'ont pas souhaité importer dans les nouvelles institutions américaines le principe de la responsabilité de l'exécutif devant le Congrès⁴⁰. S'appuyant sur l'expérience britannique, les constituants ont ainsi rejeté la responsabilité parlementaire des collaborateurs du président, ceux qui deviendront ses secrétaires, au regard des risques de les voir corrompre les membres du Congrès pour mener leurs politiques et d'être la source d'une irresponsabilité du président des États-Unis en couvrant ses actes⁴¹. Mais ils ont également rejeté la responsabilité politique générale du président devant le Congrès au regard de la nécessité de lui assurer une certaine indépendance et lui donner les moyens d'exercer ses fonctions de manière efficace sans avoir à rechercher en permanence le soutien d'une majorité de représentants et de sénateurs⁴². Si les membres de la Convention de Philadelphie ne souhaitaient pas rendre le chef de l'exécutif irresponsable à l'instar du monarque britannique, ils n'ont pas pour autant introduit de mécanisme constitutionnel alternatif permettant de révoquer un président qui n'aurait plus le soutien de la majorité des gouvernés. En effet, aux États-Unis, la procédure d'*impeachment*, permettant la destitution du président pour certaines infractions spécifiques n'a pas en pratique, contrairement à l'expérience britannique, débouché sur une responsabilité de type parlementaire⁴³.

Ces éléments pourraient alors laisser penser *prima facie* que le président des États-Unis est politiquement irresponsable en l'absence de mécanisme constitutionnel général permettant la mise en cause de sa responsabilité et sa révocation, sur la base d'un désaccord politique sur l'orientation des actions présidentielles, par une majorité des gouvernés ou de représentants. Toutefois, une telle conclusion reposerait « sur une vision purement parlementaire de la responsabilité politique » qui « ne correspond pas à celle entretenue outre-Atlantique⁴⁴ ». En effet, « lorsque les Américains pensent à la responsabilité politique, ils pensent principalement, sinon exclusivement, aux élections⁴⁵ ». Dans la pensée constitutionnelle américaine, la responsabilité politique du président des États-Unis passe essentiellement par le truchement de l'élection : le chef de

³⁹ C. C. THACH, *The Creation of the Presidency, 1775-1789: A Study in Constitutional History*, The Johns Hopkins Press, 1923, p. 174.

⁴⁰ E. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Paris, Dalloz, 2011, p. 26-31.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Voir M. FARRAND, *The records of the Federal Convention of 1787*, Yale University Press, 1911, vol. 1, p. 65. Les membres de la convention ont ainsi rejeté la proposition de Roger Sherman, délégué du Connecticut, qui souhaitait que « la magistrature exécutive ne soit rien de plus qu'une institution exécutant la volonté de la Législature, que la ou les personnes [devant exercer les fonctions exécutives] soient nommées et responsables devant la seule Législature qui serait la dépositaire de la volonté suprême de la société » (notre traduction).

⁴³ Voir en ce sens, E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 157 et s. ; Voir aussi, Ph. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, , 2015, 4^e éd., p. 247 et s.

⁴⁴ E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁵ M. A. ROGOFF, « La conception américaine de la responsabilité politique », in Ph. SEGUR (dir.), *Gouvernants : quelle responsabilité ?*, Paris, L'Harmattan, , 2000, p. 63-64.

l'exécutif est censé être jugé sur son bilan⁴⁶, les électeurs ayant la possibilité de réélire ou au contraire de refuser un nouveau mandat à un président selon l'appréciation qu'ils portent sur les actions qu'il a poursuivies. L'élection est alors présentée comme le principal mécanisme constitutionnel permettant à une majorité de citoyens de mettre fin aux fonctions du président en cas de désaccord avec la politique qu'il a menée ou qu'il entend poursuivre. Cette idée que l'élection serait le principal débouché de la responsabilité politique du président est devenue d'autant plus ancrée aux États-Unis que l'office du président a pris de l'ampleur. En effet, si les institutions américaines n'ont pas été pensées autour de la figure du président, mais plutôt de celle du Congrès conçu comme le *primus inter pares*⁴⁷, il est aujourd'hui bien établi que l'expansion significative des pouvoirs présidentiels depuis la période du *New Deal* remet en cause ce schéma traditionnel. Le président des États-Unis est progressivement devenu la figure centrale des institutions avec une capacité d'action unilatérale⁴⁸, sur le plan national comme international, d'autant plus accrue que le blocage du Congrès du fait des divisions politiques a rendu la voie législative particulièrement périlleuse et coûteuse politiquement. Face à un chef de l'exécutif devenu particulièrement puissant, il est ainsi difficilement concevable que le président soit politiquement irresponsable. En l'absence de mécanisme constitutionnel spécifique, l'élection apparaît alors comme un moyen permettant de rendre théoriquement compatible l'évolution de l'office présidentiel avec les exigences du constitutionnalisme moderne. Les plateaux de la balance entre pouvoir et responsabilité seraient alors équilibrés : le président a certes des pouvoirs importants, mais en contrepartie il serait susceptible de voir sa responsabilité politique engagée par les citoyens lors des échéances électorales.

Il faut cependant relever que l'assimilation de l'élection à une forme de responsabilité politique n'a rien d'absolument évident dans le cadre des institutions américaines. D'abord, l'élection du chef de l'exécutif n'a pas été pensée comme un mécanisme central de responsabilité politique du président, mais est la conséquence de l'évolution de la pratique des institutions américaines (I). Ensuite, l'affirmation même de l'élection du président des États-Unis comme responsabilité politique est moins la conséquence d'une volonté de responsabiliser politiquement le président que le résultat de la détermination des présidents successifs à légitimer l'expansion de leur pouvoir et à limiter les contrôles dont ils pourraient faire l'objet (II). Enfin, la pratique des élections aux États-

⁴⁶ N. STEPHANOPOULOS, « Accountability claims in Constitutional Law », *Northwestern University Law Review*, 2018, vol. 112, n° 5, p. 989-1068, spé. p. 993.

⁴⁷ Pour une perspective qui défend le Congrès comme branche dominante, voir par ex. : W. VAN ALSTYNE, « The Role of Congress in Determining Incidental Powers of the President and of the Federal Courts : A Comment on the Horizontal Effect of the Sweeping Clause », *Law & Contemporary Problems*, 1976, vol. 40, n° 2, p. 102-134, spé. p. 105 et s. Pour une perspective qui défend au contraire une égalité entre le Congrès et le président, voir par ex. : P. SAIKRISHNA, « Regulating Presidential Powers », *Cornell Law Review*, 2005, vol. 91, n° 1, p. 215-258, spé. p. 239.

⁴⁸ Sur ce phénomène, qu'il nous soit permis de renvoyer à : S. BENZINA, « Les *executive orders* du président des États-Unis comme outil alternatif de législation », *Jus Politicum*, 2018, n° 21, 34 p.

Unis conduit à mettre en doute leur capacité à pleinement jouer le rôle de mécanisme de responsabilité politique tant elles présentent de nombreuses carences et semblent inadaptées à cet office (III).

I. LA CONSTRUCTION OPPORTUNISTE DE L'ÉLECTION COMME MÉCANISME DE RESPONSABILITÉ POLITIQUE DU PRÉSIDENT

Aux États-Unis, l'élection du président n'a pas été pensée par les constituants comme étant un véritable mécanisme de responsabilité politique (A). Ce n'est qu'avec les revendications des présidents successifs et la pratique constitutionnelle que se développera la thèse d'une responsabilité politique du chef de l'exécutif directement devant le peuple par le biais des échéances électorales (B).

A. Le rejet de l'élection comme mécanisme de responsabilité politique par les constituants américains

Lors de la Convention de Philadelphie de 1787, la question du mode de désignation du chef de l'exécutif fédéral a fait l'objet de vifs débats, certains membres de la Convention exigeant que le président soit élu par le Congrès alors que d'autres souhaitaient au contraire une élection directement par le peuple⁴⁹. Pendant une grande partie de l'été 1787, c'est la première option qui avait été retenue⁵⁰. Ce choix était justifié par le fait que le président des États-Unis serait chargé d'exécuter les lois, autrement dit d'exécuter la volonté du Congrès. Il y avait donc, selon les promoteurs de cette option, une logique à ce que ce soit l'organe dont la volonté est exécutée qui choisisse celui qui serait chargé de cette exécution⁵¹. D'autres membres de la Convention arguaient au contraire pour une élection du président directement par le peuple⁵². Selon eux, l'élection du chef de l'exécutif directement par le peuple serait de nature à faire de lui le « grand protecteur de la masse du peuple⁵³ » et de le rendre directement responsable devant ce dernier. On retrouve donc chez les défenseurs de l'élection du président par le peuple, la volonté d'instaurer une responsabilité

⁴⁹ Voir notamment en ce sens : E. S. CORWIN, *The President Office and Power 1787-1957*, New-York University Press, 1957, p. 12 et s. Voir aussi S. SLONIM, « The Electoral College at Philadelphia : The Evolution of an *Ad Hoc* Congress for the Selection of a President », *The Journal of American History*, vol. 73, n° 1, 1986, p. 35-58.

⁵⁰ Voir en ce sens : E. S. CORWIN, *Ibid.* ; M. S. FLAHERTY, « The Most Dangerous Branch », art. cité, p. 1782.

⁵¹ M. FARRAND, *The records of the Federal Convention of 1787*, Yale University Press, 1911, vol. 1, p. 68. Roger Sherman, délégué du Connecticut, était favorable « à la désignation [du président] par la Législature et le rendre absolument dépend de cet organe dans la mesure où c'est la volonté de la législature qui devait être exécutée » (notre traduction).

⁵² *Ibid.*, p. 69. James Wilson, délégué de la Pennsylvanie, a ainsi « renouvelé ses déclarations en faveur d'une désignation [du président] par le peuple. Il souhaite que dérive du peuple non seulement les deux branches de la législature, sans intervention des législatures des États, afin de leur garantir une indépendance à l'égard de l'une de l'autre aussi bien qu'à l'égard des États » (notre traduction).

⁵³ Voir M. FARRAND, *op. cit.*, vol. 2, p. 52. Gouverneur Morris, délégué de la Pennsylvanie, déclarait que « L'Exécutif devrait par conséquent être constitué de manière à être le grand protecteur de la masse du peuple » (notre traduction).

qui conduirait le chef de l'exécutif à défendre les intérêts de ses électeurs. Par ailleurs, les soutiens de ce mode de désignation estimaient que l'élection par le Congrès serait de nature à déséquilibrer le régime en rendant le président dépendant des deux assemblées législatives, alors que l'élection par le peuple lui donnerait une pleine indépendance vis-à-vis du Congrès⁵⁴.

Finalement, aucune de ces deux options ne va être retenue par la Convention⁵⁵. L'élection par le Congrès ne fut pas choisie au regard des risques de déséquilibre du régime et de la nécessité d'un chef de l'exécutif puissant exerçant ses fonctions de manière efficace, c'est-à-dire d'une présidence « vigoureuse et énergique⁵⁶ » et non simplement collaboratrice du Congrès. Toutefois, la majorité des délégués de la Convention n'a pas pour autant souhaité faire élire le président directement par le peuple. L'éminent juriste et juge à la Cour suprême Joseph Story justifiait cette position, dans son important *Commentaire sur la Constitution des États-Unis*, en expliquant qu'« il est également très important de fournir le moins possible des occasions au désordre et à l'émeute ; et ces dangers seraient à craindre, si le premier magistrat était élu directement par le peuple, à cause des vifs débats et des conflits d'intérêts qu'une pareille élection pourrait faire naître⁵⁷ ». Certains délégués de la Convention s'inquiétaient ainsi du risque de vives tensions politiques et des violences auxquelles mènerait l'élection directe du président américain par le peuple. Il y a là la marque de la méfiance de certains délégués à l'égard du peuple considéré comme n'étant « pas suffisamment éclairé pour choisir en connaissance de cause le chef du pouvoir exécutif⁵⁸ ».

Les membres de la Convention vont alors, à la dernière minute, trouver un compromis en choisissant un mode original de désignation du président : l'élection par un collège de grands électeurs désignés dans le cadre de chaque État. Les États demeurent libres de choisir le mode de désignation de leurs grands électeurs⁵⁹. Chacun dispose d'« un nombre d'électeurs égal au nombre total de sénateurs et de représentants auquel [il a] droit au Congrès⁶⁰ ». Ce compromis permit d'assurer une forme de soutien populaire au président, et à son vice-président, gage d'une certaine légitimité démocratique, et une indépendance à

⁵⁴ *Ibid.*, vol. 1, p. 69.

⁵⁵ Voir notamment en ce sens : R. McCORMICK, *The Presidential Game : The Origins of American Presidential Politics*, Oxford University Press, 1982, p. 16 et s.

⁵⁶ M. FARRAND, *op. cit.*, vol. 1, p. 65 et 112. Ces qualités d'énergie, de vigueur ou de célérité de l'office du président faisaient en effet parties des préoccupations centrales des délégués comme James Wilson ou George Mason.

⁵⁷ J. STORY, *Commentaire sur la Constitution des États-Unis*, Paris, Joubert, 1845, t. II, p. 247. Voir dans le même sens A. HAMILTON, « Federalist n° 68 : The Mode of Electing the President », *The Independent Journal*, 12 mars 1788.

⁵⁸ D. DE CHAMBRUN, *Le pouvoir exécutif aux États-Unis, Étude de droit constitutionnel*, 1873, imprimé et publié par John Lovell, p. 18. Voir aussi : J. STORY, *ibid.*, p. 247.

⁵⁹ *Bush voir Gore*, 531 U.S. 98 (12 décembre 2000). La Cour suprême rappelle en ce sens que : « Les citoyens n'ont pas de droit constitutionnel fédéral de voter pour les électeurs qui votent pour le Président des États-Unis à moins et jusqu'à ce que la législature de l'État choisisse une élection populaire comme moyen de mettre en œuvre son pouvoir de désignation des membres du collège électoral » (notre traduction).

⁶⁰ Article II, Section 1 §. 2 de la Constitution des États-Unis.

l'égard du Congrès en lui permettant d'être réélu sans avoir à faire campagne auprès des représentants et des sénateurs⁶¹. Mais surtout cette élection a été pensée comme médiatisée : l'élection du président passe par de grands électeurs présentés comme plus compétents que la masse populaire et moins sujets à corruption du fait notamment du caractère temporaire de ce collège⁶². Les grands électeurs n'étaient par ailleurs pas contraints par un mandat impératif, et pouvaient donc choisir le candidat qui leur apparaissait le plus apte à exercer les fonctions. Ce faisant, l'indépendance du président à l'égard du peuple est favorisée de manière à ce que ses décisions ne soient pas motivées par les moindres fluctuations de l'opinion⁶³.

Dans la pensée de nombre de membres de la Convention de Philadelphie, l'élection constituait avant tout un mécanisme permettant la désignation d'individus dont « la compétence et la vertu seraient prééminentes⁶⁴ » et dont la figure de George Washington, pressenti pour être le premier président, était l'exemple topique⁶⁵. L'office présidentiel avait vocation à être occupé par des hommes d'exception que seul le collège électoral, au regard de sa composition, serait capable de sélectionner. L'élection du président n'était donc pas initialement conçue dans une dimension partisane qui aurait visé à faire élire ou réélire le candidat ayant le programme politique le plus populaire, mais comme un filtre permettant d'identifier les personnalités ayant les compétences et les vertus pour exercer ces fonctions. En conséquence, l'élection ne devait pas constituer à proprement parler un mécanisme général de responsabilité politique dans la mesure où l'élection ou la réélection d'un président ne devait pas être fondée sur des considérations partisanses ou idéologiques, mais sur l'évaluation des compétences et des vertus⁶⁶. C'est ainsi que certains délégués, comme Hamilton ou Madison, souhaitaient éviter que l'élection du président devienne une compétition électorale entre des factions qui seraient de nature à permettre

⁶¹ Voir en ce sens : E. S. CORWIN, *The President Office and Power 1787-1957*, *op. cit.*, p. 13.

⁶² Voir en ce sens : J. STORY, *Commentaire sur la Constitution des États-Unis*, t. II, *op. cit.*, p. 248. L'éminent auteur soulignait en ce sens que l'« on peut présumer que les agents immédiats de l'élection entreront en fonction libres de tous engagements funestes ; leur existence passagère et leur dispersion étant un grand obstacle à toute tentative de corruption ».

⁶³ B. BUCHANAN, *Presidential power and accountability, Toward a Presidential Accountability system*, Routledge, 2013, p. 17.

⁶⁴ A. HAMILTON, « Federalist n° 68 : The Mode of Electing the President », *The Independent Journal*, 12 mars 1788 (notre traduction).

⁶⁵ Voir en ce sens F. McDONALD, « Presidential Character : The Example of George Washington », in P. G. HENDERSON (dir.), *The Presidency Then and Now*, Lahman, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 1-11.

⁶⁶ Voir E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 160. Cette idée apparaît par exemple lors des débats sur l'*impeachment* durant la Convention de Philadelphie. Les opposants à la procédure « pensaient que le mieux était encore de s'en remettre aux processus démocratiques que sont les élections pour se débarrasser d'un mauvais président ». En d'autres termes, la procédure d'*impeachment* apparaissait à certains superflue, car la réélection avait déjà pour objet d'écarter un président corrompu. Toutefois, les membres de la Convention vont être convaincus par les arguments portés notamment par James Madison et George Mason selon lesquels l'élection ne serait pas toujours suffisante en particulier lorsque le chef de l'exécutif mobiliserait son office pour corrompre les électeurs (M. FARRAND, *The records of the Federal Convention of 1787*, Yale University Press, 1911, vol. 2, p. 65).

l'élection d'un démagogue à la présidence⁶⁷. Surtout, il y avait l'idée qu'un président « responsable devant le peuple dans son entièreté ne serait pas responsable devant le peuple du tout, mais répondrait au contraire aux intérêts de factions⁶⁸ ». Cela apparaissait d'autant plus important que les pouvoirs du président des États-Unis étaient largement renforcés par rapport à ceux des chefs des exécutifs des États fédérés⁶⁹. La question de l'élection du président n'a donc pas été conçue par les délégués de la Convention comme étant principalement un moyen de rendre responsable politiquement le chef de l'exécutif : « les constituants ne concevaient pas de manière générale la présidence comme une fonction avant tout représentative, mais comme une récompense pour des hommes relativement apolitiques qui ont fait la démonstration d'une personnalité et de vertus extraordinaires à travers leur engagement désintéressé au service du public⁷⁰ ». Au contraire, la médiatisation de l'élection du président avait pour objet de réduire cette responsabilité directe du président devant le peuple et d'éviter d'en faire une figure politique partisane soutenue par une majorité de gouvernés. D'ailleurs, jusqu'en 1832, certaines législatures d'États choisissaient elles-mêmes leurs grands électeurs sans participation directe des citoyens⁷¹. Au fond, l'élection s'intégrait à un ensemble de dispositifs tels le choix d'un exécutif unitaire plutôt que pluriel, la durée courte du mandat du président, sa rééligibilité, la séparation des pouvoirs ou encore de la procédure d'*impeachment*. Cet ensemble ne visait guère à mettre en place une responsabilité politique à proprement parler, c'est-à-dire une responsabilité visant à s'assurer que le chef de l'exécutif gère les affaires publiques conformément à la volonté de la majorité des gouvernés, mais plutôt à établir un cadre constitutionnel permettant d'évincer un président tyrannique ou n'ayant pas les qualités morales suffisantes pour exercer les fonctions exécutives.

⁶⁷ B. ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers : Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Harvard University Press, 2005, p.18. On rappellera également qu'Alexander Hamilton proposa dès le début des travaux de la convention que le président soit élu à vie aussi longtemps que sa conduite des affaires était jugée satisfaisante, proposition qui eut peu de soutien au sein de la Convention. Voir en ce sens : A. DE CHAMBRUN, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁸ C. T. BOROWIAK, « Accountability Debates : The Federalists, The Anti-Federalists, and Democratic Deficits », art. cité, p. 1001 (notre traduction).

⁶⁹ Voir E. S. CORWIN, *The President Office and Power 1787-1957*, *op. cit.*, p. 5 et s. ; Voir aussi la défense d'Alexander Hamilton quant à l'importance d'un président « énergique » : A. HAMILTON, « Federalist n° 69 : The Real Character of the Executive », *The New-York Packet*, 14 mars 1788.

⁷⁰ M. S. FLAHERTY, « The Most Dangerous Branch », *Yale Law Journal*, 1996, 105, n° 7, p. 1822 (notre traduction).

⁷¹ Voir notamment en ce sens : R. McCORMICK, *The Presidential Game: The Origins of American Presidential Politics*, Oxford University Press, 1982, p. 28 et s. Plusieurs législatures ont pu choisir les grands électeurs durant cette période, puis abandonner ce choix au profit d'un vote populaire : le Connecticut, la Géorgie, le New Hampshire, le New Jersey, la Caroline du Sud. Tous les États avaient abandonné le vote par la législature dès 1832, sauf la Caroline du Sud que ne l'abandonna qu'en 1860.

B. L'assimilation progressive de l'élection à un mécanisme de responsabilité politique

Dès les premières années de la nouvelle République, la conception de l'office du président des États-Unis défendue par une majorité des membres de la Convention sera remise en cause. Ce n'est pas tant l'adoption du XII^e amendement, qui modifie la manière dont le collège électoral fonctionne⁷², qui est à l'origine de cette évolution, mais la pratique constitutionnelle qui va largement dévier du schéma originel pensé par les constituants. Les présidents successifs vont en effet tenter d'établir un lien direct avec le peuple de manière à renforcer leur envergure politique. Dès 1800, Thomas Jefferson, le troisième président des États-Unis, défendit l'idée qu'il disposait d'un mandat populaire⁷³. Comme le relève Bruce Ackerman : « en dépit des intentions des constituants, la présidence était devenue le terrain d'une intense bataille partisane concernant l'avenir du pays ; et en dépit du mécanisme du collège électoral, Jefferson insista que son parti eût gagné l'élection et qu'il s'était par conséquent vu octroyer un mandat du peuple⁷⁴ ». Andrew Jackson, le septième président des États-Unis, alla plus loin en invoquant en 1829 le fait qu'il « était le vrai représentant du peuple américain » et qu'« en tant que président il incarnait le peuple⁷⁵ ». À partir de là, le lien entre le président et les citoyens n'a fait que se renforcer⁷⁶ au point qu'« en tant que principal représentant le président est devenu avant tout responsable devant "le peuple"⁷⁷ ». Il est d'ailleurs fréquent que les présidents revendiquent cette responsabilité directe devant le peuple américain⁷⁸. Aujourd'hui, les grands électeurs du collège électoral ne jouent plus qu'un rôle de relais de la volonté des électeurs de leur État, ils sont d'ailleurs soumis dans un certain nombre d'États fédérés à un mandat impératif dont la constitutionnalité n'a pas été remise en cause par la Cour suprême⁷⁹.

⁷² On rappellera que dans sa version originale, la Constitution prévoyait que le président élu était celui qui obtenait le plus de voix et le vice-président le candidat arrivant en seconde position. Ce système conduisait donc à ce que des opposants politiques puissent se retrouver président et vice-président. Le XII^e amendement, ratifié le 15 juin 1804, modifie la section 1 de l'article 2 en imposant aux grands électeurs de voter séparément pour les candidats à la présidence et les candidats à la vice-présidence ce qui va conduire à la présentation de *ticket* et éviter l'élection de deux candidats opposés politiquement.

⁷³ B. BUCHANAN, *Presidential power and accountability, Toward a Presidential Accountability system, op. cit.*, p. 17.

⁷⁴ B. ACKERMAN, *The Failure of the Founding Fathers, op. cit.*, p. 94-95 (notre traduction).

⁷⁵ B. BUCHANAN, *op. cit.*, p. 17 (notre traduction).

⁷⁶ *Ibid.* p. 18.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Voir par ex. B. OBAMA, « Remarks by the President on National Security », *National Archives*, 21 mai 2009. Dans son discours, le 44^e président des États-Unis indique : « quand cela est possible, mon administration rendra disponibles toutes les informations au peuple américain afin qu'il puisse former des jugements informés et nous tenir responsables » (notre traduction).

⁷⁹ Voir en ce sens : *Chiafalo et al. voir Washington*, 591 U.S. (6 juillet 2020). À l'unanimité Cour juge qu'« un État peut imposer l'exécution d'une promesse d'un électeur qui s'est engagé à soutenir le nommé de son parti – et le choix des électeurs de l'État – à la Présidence » des États-Unis (notre traduction).

Ce lien entre le peuple et le président s'est du reste renforcé depuis l'apparition au XIX^e siècle des grands partis politiques qui vont être les moteurs de la compétition électorale⁸⁰. Les délégués de la Convention de Philadelphie, qui pensaient que la compétition lors de l'élection du président porterait avant tout sur les qualités personnelles des candidats, n'avaient pas anticipé la politisation de la compétition électorale sur des bases partisans⁸¹. Le président n'est donc pas élu exclusivement sur la base de ses qualités individuelles exceptionnelles, mais également sur le fondement d'une appartenance partisane à un parti et d'un programme politique. Surtout, les partis vont s'organiser pour choisir le candidat le mieux à même d'emporter la victoire lors du scrutin présidentiel. Ainsi, se développent dans les États des systèmes de primaires et de *caucus* permettant aux électeurs américains d'intervenir non seulement au moment de l'élection des grands électeurs qui seront chargés d'élire le président, mais également en amont au stade du choix du candidat pour représenter leur parti à l'élection présidentielle⁸². L'élection ne vise alors plus seulement à sélectionner la personnalité la plus à même d'exercer les fonctions, mais à choisir le candidat et le programme politique les plus populaires. L'élection du président tend alors à être présentée comme une responsabilité politique dès lors que la réélection du chef de l'exécutif est dépendante du consentement de la majorité des électeurs fondée notamment sur un jugement rétrospectif des actions présidentielles⁸³. L'élection présidentielle de novembre 2020 est assez topique de cette conception : la défaite de Donald Trump est avant tout interprétée par certains observateurs comme une sanction populaire de sa gestion de la pandémie⁸⁴. Cette défaite pourrait alors être perçue comme une révocation populaire du président dont le bilan était jugé insatisfaisant par les électeurs.

À ce stade, l'observateur français pourrait être surpris de cette assimilation de l'élection du président des États-Unis à une responsabilité de type politique. En effet, tout régime démocratique représentatif suppose l'élection périodique des représentants, pourquoi alors cette responsabilité politico-électorale serait-elle spécifique aux institutions américaines ? En France, en particulier, le président de la République n'est-il pas lui-même élu et soumis, s'il se représente, au jugement des électeurs quant à son bilan ? En d'autres termes, si l'élection du président des États-Unis induit une responsabilité politique, toute élection ne conduit-elle pas à mettre en œuvre la responsabilité politique quelle que soit la nature de la fonction ou du régime constitutionnel ? N'y aurait-il alors pas un risque de confusion entre l'élection comme procédure de désignation

⁸⁰ Voir B. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 30 et s. ; Voir aussi R. McCORMICK, *The Presidential Game: The Origins of American Presidential Politics*, *op. cit.*, p. 117 et s.

⁸¹ B. ACKERMAN, *ibid.*, p. 27 et s.

⁸² Voir notamment sur ce sujet : S. HIRANO, J. M. SNYDER Jr., *Primary Elections in the United States*, Cambridge University Press, 2019, 362 p.

⁸³ Voir E. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel des États-Unis*, Dalloz, 2011, p. 31. L'auteur estime en ce sens que « À date fixe régulière, le président est toujours responsable devant le peuple par le biais des élections qui soit le sanctionnent lui-même soit sanctionnent son parti ».

⁸⁴ Voir par ex. : A. BRODEUR, L. BACCINI, S. WEYMOUTH, « How COVID-19 led to Donald Trump's defeat », *The conversation*, 2021.: [<https://theconversation.com/how-covid-19-led-to-donald-trumps-defeat-150110>].

des gouvernants et la notion de responsabilité politique au point de retirer à cette dernière toute spécificité et donc toute substance ? En réalité, ce qui donnerait à l'élection du président des États-Unis un caractère politique ne serait pas tant le mécanisme lui-même, que le fait qu'elle s'inscrit dans un cadre constitutionnel qui lui donne une portée particulière. En d'autres termes, l'élection n'entraînerait pas nécessairement une responsabilité politique, elle ne l'impliquerait que parce qu'elle s'intègre à un cadre et une pratique constitutionnels spécifiques aux institutions américaines.

En effet, les délégués de la Convention de Philadelphie connaissaient les problèmes des mandats trop longs du régime britannique⁸⁵. Ils ont donc fait le choix de mandats électoraux courts, car comme l'explique James Madison : « dans cette forme de gouvernement, les moyens dont on se sert pour empêcher la corruption de ceux qui gouvernent sont nombreux et variés. Le plus efficace est une limitation de la durée de leur mandat, de façon à maintenir en eux le sentiment qu'ils ont à répondre devant le peuple⁸⁶ ». Le président n'est ainsi élu que pour quatre ans, ce qui en fait un mandat relativement court, d'autant qu'en pratique le chef de l'exécutif ne peut pas pleinement exercer son mandat pendant toute cette durée. En effet, le président sera rapidement confronté à des élections de mi-mandat (*midterms*) : tous les deux ans, la Chambre des Représentants se renouvelle intégralement et le Sénat par tiers. Or, en tant que principale figure politique du régime, les actions du président pendant les deux premières années de son mandat peuvent significativement affecter les résultats des *midterms*. Cela signifie que deux ans seulement après son élection, le président des États-Unis peut soit gagner la majorité au Congrès, soit la perdre selon la situation qui prévalait depuis son élection. Même si le chef de l'exécutif dispose d'un pouvoir d'action unilatérale considérable, celui-ci ne peut pas se substituer entièrement à la Législature pour introduire les réformes pérennes les plus importantes qui relèvent de la compétence exclusive du Congrès⁸⁷. Obtenir ou maintenir une majorité au Congrès est ainsi un enjeu extrêmement stratégique pour un président qui souhaite mettre en application son programme politique. La perte de la majorité dans l'une ou les deux chambres à l'occasion des élections de mi-mandat réduit considérablement la capacité d'action du président et peut rendre caduques ses promesses électorales. D'autant qu'au Sénat, le chef de l'exécutif ne doit pas avoir une simple majorité, mais une super-majorité pour éviter de faire face à l'obstruction (*filibuster*) de l'opposition⁸⁸.

⁸⁵ Voir en ce sens : B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, , op. cit., p. 141.

⁸⁶ J. MADISON, « Federalist 57 : The Alleged Tendency of the New Plan to Elevate the Few at the Expense of the Many Considered in Connection with Representation », *The New York Packet*, 19 février 1788.

⁸⁷ Pour un exemple récent des limites du pouvoir de l'exécutif concernant la régulation des gaz à effet de serre sans habilitation expresse du Congrès, voir : *West Virginia v. Environmental Protection Agency*, 597 U.S. ____ (30 juin 2022).

⁸⁸ On rappellera que le règlement du Sénat permet à n'importe quel sénateur de pouvoir s'exprimer aussi longtemps qu'il le souhaite en séance. La seule manière de clore le débat est, sur le fondement de l'article xxii du règlement intérieur, que 3/5^e des membres du Sénat, soit 60 sénateurs sur 100, votent pour mettre fin aux débats. Cela signifie qu'en l'absence d'une telle super-majorité, 41 sénateurs peuvent empêcher l'adoption de tout texte par le

Ces élections seraient donc un moyen pour les électeurs de manifester leur désaccord ou leur accord avec les actions ou la politique menées par le président durant les deux premières années de son mandat. Ainsi, un président qui souhaiterait maintenir ou gagner la majorité au Congrès devra être, en théorie, très attentif à exercer le pouvoir conformément à la volonté des électeurs qui l'ont élu deux ans auparavant. Cette dynamique a d'ailleurs été intégrée par les partis. Le leader des républicains au Sénat, Mitch McConnell, déclarait par exemple, à la veille des *midterms* en 2010, que : « nous devons traiter cette élection comme la première étape visant à reprendre le gouvernement » et que « la chose la plus importante que nous souhaitons achever est que le président Obama n'effectue qu'un seul mandat⁸⁹ » (« *President Obama to be a one-term president* »). Le président américain serait alors contraint par un cadre constitutionnel qui lui impose, au moins tous les deux ans, d'avoir à rendre des comptes aux électeurs et subir, le cas échéant, une sanction populaire. Ce serait donc avant tout la conjonction d'un cadre constitutionnel spécifique (illustré par une durée courte des mandats, la succession rapide des élections fédérales ou encore l'indépendance et les pouvoirs importants du Congrès), et d'une pratique constitutionnelle (conduisant les présidents à revendiquer une responsabilité directe devant le peuple et à une forte politisation de l'élection présidentielle) qui ferait de l'élection un mécanisme de responsabilité politique aux États-Unis. La responsabilité engendrée par l'élection devrait être qualifiée de politique, car elle serait en mesure de permettre aux gouvernés de contrôler régulièrement les actions du président et d'éventuellement réduire considérablement ses marges d'action en cours de mandat ou de le démettre de ses fonctions à l'issue de son mandat⁹⁰.

A contrario, l'élection présidentielle ne pourrait constituer en France un mécanisme de responsabilité politique car le président de la République française, élu pour un mandat plus long de cinq ans, peut en général s'appuyer sur une majorité absolue à l'Assemblée nationale qu'il conservera pendant l'entièreté de son quinquennat. Pendant la durée de son mandat, le président français ne sera confronté qu'à des élections locales (municipales, départementales et régionales) ou européennes. Or, la spécificité de ces élections conduit souvent les présidents successifs à considérer que les revers éventuels subis par leur parti lors de ces scrutins sont sans lien avec leurs actions et ne sont donc pas de nature à engager leur responsabilité politique. Surtout, les résultats de ces élections n'affectent en rien l'ampleur des pouvoirs du président. Du reste, les présidents ont renoncé à la pratique gaullienne du référendum comme plébiscite pour ou contre le chef de l'État. La paralysie de la responsabilité politique du

Sénat. D'ailleurs, en pratique, la seule menace de l'obstruction suffit à faire abandonner l'examen d'un texte. Il y a cependant deux exceptions pour lesquelles la majorité simple s'applique pour clore les débats : en matière budgétaire (*budget reconciliation procedure*) et pour les nominations par le président des États-Unis. Sur ce sujet, voir notamment : A. BRAUN, « Le filibustering au Sénat des États-Unis », *RDP*, 2016, n° 4, p. 1185-2017.

⁸⁹ Interview de Mitch McCONNELL, *The National Journal*, 23 octobre 2010 (notre traduction).

⁹⁰ Voir E. ZOLLER, *op cit.*, p. 30-31. L'auteure estime en ce sens « qu'à l'inverse de la responsabilité politique en régime parlementaire qui est susceptible de survenir à n'importe quel moment, la responsabilité dans le régime américain se manifeste à intervalles réguliers, au moment des élections, concrètement tous les deux ans selon le rythme électoral des États-Unis ».

Gouvernement par le fait majoritaire et la concordance des majorités conduit à ce qu'il n'existe pas de mécanisme imposant au président français de rendre des comptes sur la politique menée avant l'échéance de son mandat⁹¹. En outre, contrairement à son homologue français, le président américain ne maîtrise pas complètement la majorité au Congrès. La grande hétérogénéité d'idéologies entre les membres d'un même parti, liée à l'histoire, la taille et à la nature fédérale de l'État, contraint le président à devoir faire des concessions importantes auprès de sa majorité, en particulier si celle-ci est réduite. L'exemple de Joe Biden est assez intéressant en ce sens : face à l'opposition de deux sénateurs démocrates modérés, le président a par exemple dû renoncer fin 2021 à un projet de loi social et environnemental très ambitieux constituant l'un des piliers de son programme⁹². Il a également échoué à obtenir le changement des règles du *filibuster* au Sénat qui empêchent en l'état l'application du programme présidentiel⁹³.

Si le raisonnement visant à associer l'élection à un moyen d'engager la responsabilité politique du président des États-Unis peut apparaître séduisant, surtout lorsque la situation du chef de l'exécutif américain est mise en contraste avec l'irresponsabilité politique structurelle du chef de l'État français, il élude cependant le fait que cette assimilation est fondée sur un détournement de la notion même de responsabilité politique. En effet, comme nous l'avons souligné, l'assimilation de l'élection à la responsabilité politique principale du président est largement le résultat des revendications des chefs successifs de l'exécutif américain. Or, ces revendications étaient fondées non pas principalement sur le souhait de rendre davantage de comptes aux gouvernés quant à leurs actions, mais visaient à renforcer leur légitimité démocratique au sein des institutions américaines et justifier l'expansion progressive de leurs pouvoirs en particulier à l'égard du Congrès⁹⁴. Dit autrement, l'émergence de l'élection comme mécanisme de responsabilité politique du président est moins le fruit d'une volonté de renforcer le contrôle démocratique sur le pouvoir présidentiel que la recherche d'une justification à la puissance présidentielle. Cela se traduit d'ailleurs depuis plusieurs décennies, avec l'émergence de la théorie de l'exécutif unitaire, par la prétention des administrations présidentielles américaines à

⁹¹ Il n'est d'ailleurs pas acquis que la simple majorité relative obtenue par le parti présidentiel à l'Assemblée nationale lors des élections législatives de juin 2022 aura pour effet de renforcer significativement la responsabilité politique du président de la République.

⁹² E. COCHRANE, C. EDMONDSON, « Manchin Pulls Support From Biden's Social Policy Bill, Imperiling Its Passage », *The New York Times*, 19 décembre 2021.

⁹³ C. HULSE, « Sinema Rejects Changing Filibuster, Dealing Biden a Setback », *The New York Times*, 13 janvier 2022.

⁹⁴ Voir en ce sens : G. L. GREGG II, « Whiggism and Presidentialism : American ambivalence toward Executive Power », in P. G. HENDERSON (dir.), *The Presidency Then and Now*, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 69-94, spé. p. 71 et s. L'auteur rappelle que ce phénomène a commencé avec Andrew Jackson à la fin des années 1820 qui a été le premier à se revendiquer comme issu d'une élection populaire afin de justifier l'expansion de ses pouvoirs, par exemple le recours beaucoup plus large au pouvoir de veto pour s'opposer à la législation adoptée par le Congrès. Cette prétention du président Jackson a conduit à une concurrence, puis un conflit majeur, avec le Congrès sur la question de quelle institution représente véritablement le peuple. Cette prétention a été reprise par les présidents successifs et s'est même radicalisée au cours du xx^e siècle.

n'être responsable que directement devant le peuple. L'élection devient alors le moyen pour les présidents de revendiquer de ne rendre des comptes qu'au peuple américain en excluant un contrôle des autres organes constitutionnels.

II. LA REVENDICATION DE L'ÉLECTION COMME MÉCANISME CENTRAL DE RESPONSABILITÉ POLITIQUE DU PRÉSIDENT

En tant que fondement de la responsabilité politique du président des États-Unis, l'élection est censée être un des moyens de contrôler et limiter les pouvoirs du chef de l'exécutif : celui-ci doit être attentif à demeurer dans le cadre du mandat qui lui a été confié s'il souhaite obtenir ou conserver sa majorité au Congrès, ou être réélu. Toutefois, cette présentation fait fi du fait que les présidents ont été enclins à assimiler leur élection à une forme de responsabilité politique essentiellement pour revendiquer une expansion de leur pouvoir par un contrôle exclusif de la branche exécutive (A). Ils s'appuient désormais sur leur responsabilité directe devant le peuple pour refuser tout contrôle sur la branche exécutive qui ne serait pas exercé directement par les citoyens lors des échéances électorales (B).

A. L'élection comme justification du contrôle présidentiel exclusif sur la branche exécutive

Depuis plusieurs décennies s'est développée aux États-Unis une approche présidentialiste de l'office du président. Ce mouvement s'appuie aussi bien sur la jurisprudence de la Cour suprême que sur les doctrines défendues par les présidents successifs. Il est fondé sur la théorie de l'exécutif unitaire qui vise à redonner sa place au président au sein des institutions américaines en lui confiant la pleine maîtrise sur la branche exécutive⁹⁵. Cette théorie était initialement liée au mouvement juridique conservateur⁹⁶. Jusqu'aux années 1970, la droite américaine était globalement hostile à l'expansion des pouvoirs présidentiels qu'elle assimilait à l'interventionnisme fédéral et aux actions militaires à l'étranger là où elle défendait une réduction de l'État fédéral et un isolationnisme américain. Toutefois, les républicains ont commencé, au regard des évolutions démographiques, à estimer qu'ils avaient plus de chance d'emporter la présidence que le Congrès. Or, pour que le président puisse agir sans le Congrès, il fallait promouvoir le renforcement de ses pouvoirs. L'administration de Ronald Reagan va alors défendre l'idée d'un exécutif unitaire contre le Congrès, notamment par la voie de *signing statements*⁹⁷ qui sont des déclarations per-

⁹⁵ Voir notamment sur ce sujet : H. KITROSSER, *Reclaiming accountability. Transparency, Executive Power and the U.S. Constitution*, The University of Chicago Press, 2015, p. 67 et s. ; J. CROUCH, M. J. ROZELL, M. A. SOLLENBERGER, *The Unitary Executive Theory. A Danger to Constitutional Government*, University Press of Kansas, 2020, p. 14 et s.

⁹⁶ H. KITROSSER, *ibid.*, p. 19.

⁹⁷ Voir notamment sur ce sujet : C.A. BRADLEY et E. A. POSNER, « Presidential Signing Statements and Executive Power », *Constitutional Commentary*, vol. 23, 2006, p. 307-364.

mettant au président d'interpréter la loi dans un sens favorable aux prérogatives de l'exécutif⁹⁸. Les administrations présidentielles suivantes vont globalement adhérer à cette théorie, selon des interprétations plus ou moins ambiguës. Et bien que la théorie de l'exécutif unitaire soit initialement liée à la pensée juridique conservatrice, la difficulté pour les présidents démocrates à faire adopter des lois face à un Sénat où les républicains sont surreprésentés, les a conduits à retenir une approche similaire des pouvoirs présidentiels, comme l'a montré l'unilatéralisme de Barack Obama⁹⁹.

Si cette théorie est mobilisée par un ensemble d'auteurs aux positions diverses¹⁰⁰, ils partent en général d'un double constat commun. D'une part, pendant l'essentiel de l'histoire américaine, le Congrès aurait respecté les prérogatives du président des États-Unis¹⁰¹. Mais au XX^e siècle, en particulier à partir des années 1970 avec la guerre du Vietnam et l'affaire du Watergate, le Congrès serait intervenu en adoptant des lois qui auraient eu pour effet d'encadrer et limiter le pouvoir exécutif¹⁰². C'est au fond l'idée de *la présidence enchaînée*¹⁰³, selon le titre d'un ouvrage célèbre au sein du mouvement conservateur, qui justifierait, en réaction, la restauration des pouvoirs du président. D'autre part, ces auteurs, s'appuyant sur une interprétation originaliste de la Constitution, estiment que cet affaiblissement supposé de la présidence serait inconstitutionnel.

⁹⁸ Voir par ex. R. NIXON, *Statement on Signing the Federal Debt Limit and Deficit Reduction Bill*, 29 septembre 1987. Dans ce *signing statement*, le président déclare à propos d'une disposition législative qui lui imposait de suivre les recommandations du Bureau de la gestion et du budget (OMB) que « si cette disposition était interprétée [...] de manière à exiger que le président suive les ordres d'un subordonné, cela constituerait manifestement une violation inconstitutionnelle de l'autorité du président en tant que chef de la branche exécutive unitaire » (notre traduction).

⁹⁹ Voir notamment : J. CROUCH, M. J. ROZELL, M. A. SOLLENBERGER, *The Unitary Executive Theory. A Danger to Constitutional Government*, *op. cit.*, p. 3 ; C. S. KELLY, « Rhetoric and Reality ? Unilateralism and the Obama Administration », *Social Science Quarterly*, 2012, vol. 93, n° 5, p. 1146-1160.

¹⁰⁰ Voir notamment : S. G. CALABRESI, K. H. RHODES, « The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary », *Harvard Law Review*, 1992, vol. 105, n° 6, p. 1153-1216 ; S. G. CALABRESI, S. B. PRAKASH, « The president's Power to Execute the Laws », *Yale Law Journal*, 1994, vol. 104, n° 3, p. 541-666 ; S. G. CALABRESI, « Some Normative Arguments for the Unitary Executive », *Arkansas Law Review*, 1995, vol. 48, n° 1, p. 23-104 ; J. YOO, *Crisis and Command: The History of Executive Power from George Washington to George W. Bush*, Kaplan Trade, 2010, 544 p. ; S. G. CALABRESI, C. S. YOO, *The Unitary Executive – Presidential Power from Washington to Bush*, 2012, Yale University Press. 512 p.

¹⁰¹ En réalité, le pouvoir hiérarchique du président sur l'administration est de très longue date contesté, voir en ce sens : M. MICHAUT, *L'État administratif aux États-Unis*, Thèse dactyl., Université Paris Panthéon-Assas, 2021, p. 629 et s.

¹⁰² Ces critiques visaient notamment le *Congressional Budget and Impoundment Control Act* de 1974, qui limite la capacité du président et de son administration à empêcher les dépenses de crédits votés et alloués par le Congrès à certains programmes, ou le *Ethics in Government Act* de 1978 qui imposait notamment la publication de déclarations de situation patrimoniale à un certain nombre d'agents de l'administration présidentielle, et créait l'office du procureur indépendant chargé d'enquêter sur l'administration présidentielle, procureur que le président ne pouvait pas révoquer librement.

¹⁰³ L. GORDON CROVITZ, J. RABKIN, *The Fettered Presidency: Legal Constraints on the Executive Branch*, American Enterprise Institute Press, 1989, 360 p.

Ils jugent en effet que les constituants ont entendu donner au président des États-Unis une pleine maîtrise de la branche exécutive. Ils s'appuient sur le choix des constituants de confier le pouvoir exécutif à un président unique plutôt qu'à un conseil exécutif pluriel. Ils se fondent également sur l'article II de la Constitution (*Vesting Clause*) selon lequel « Le pouvoir exécutif sera confié à un président des États-Unis d'Amérique ». Selon les tenants de la théorie unitaire, cette disposition ne fait pas simplement référence aux pouvoirs qui sont énumérés dans l'article II, mais confie au président l'ensemble des prérogatives que les constituants considéraient comme exécutives. La notion de « pouvoir exécutif » était, selon ces auteurs, « comprise par les personnes éduquées de l'époque comme les prérogatives de la Couronne britannique, incluant le contrôle exclusif sur les affaires étrangères et la sécurité nationale¹⁰⁴ ». Cette interprétation originaliste serait confirmée par le « contraste des termes de l'article II avec ceux de l'article I. L'article I ne confie explicitement au Congrès que « Tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution ». La différence de formule indique, selon les promoteurs de la théorie, que l'article II ne se contente pas de se référer aux pouvoirs énumérés ailleurs dans l'article II¹⁰⁵ ». Cette théorie se fonde également et surtout sur l'élection du président : il doit avoir la maîtrise de l'ensemble des pouvoirs exécutifs, car il est « le seul à être responsable politiquement devant l'ensemble du peuple¹⁰⁶ ».

Il faut souligner que la portée de la théorie de l'exécutif unitaire a sensiblement évolué dans le temps passant d'une version modérée sous la présidence de Ronald Reagan à une version radicale sous la présidence de Georges W. Bush¹⁰⁷. Les tenants de cette théorie au sein de l'administration de Ronald Reagan défendaient seulement l'idée que la Constitution impose que le président ait la maîtrise de l'entièreté de la branche exécutive, en particulier des agences exécutives indépendantes créées par le Congrès. Selon cette conception, le président doit disposer d'un pouvoir hiérarchique sur l'ensemble des agents et agences rattachés à la branche exécutive. Le président serait donc habilité à révoquer n'importe quel agent et à donner des instructions ou substituer sa décision à celle de n'importe quel agent ou agence indépendante, même si la compétence de l'autorité administrative en question est directement fondée sur une habilitation du Congrès. C'est au fond l'idée que le Congrès ne pourrait pas restreindre l'autorité dont dispose le président sur la branche exécutive, en lui interdisant par exemple de révoquer certains agents.

Si les précédents de la Cour suprême sur ce sujet ne permettent guère de valider ou d'invalider dans son ensemble cette conception, ils marquent tout de

¹⁰⁴ H. KITROSSER, « Supremely Opaque: Accountability, Transparency, and Presidential Supremacy », *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, vol. 5, n° 1, 2010, p. 62-113, spé. p. 70 (notre traduction).

¹⁰⁵ *Ibid.* (notre traduction).

¹⁰⁶ H. KITROSSER, *Reclaiming accountability. Transparency, Executive Power and the U.S. Constitution*, The University of Chicago Press, 2015, p. 13.

¹⁰⁷ Voir en ce sens : M. TUSHNET, « A Political Perspective on the Theory of the Unitary Executive », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n° 2, 2010, p. 313-329.

même un tropisme pour la position unitaire. En effet, dès un arrêt *Myers v. United States* de 1926¹⁰⁸, la Cour a jugé inconstitutionnelle une disposition législative qui exigeait le consentement du Sénat pour la révocation d'un directeur des postes en énonçant que les constituants ont entendu donner au seul président le pouvoir de révocation des agents de l'exécutif, qui ne saurait donc être soumis à l'accord du Sénat. Toutefois, la Cour suprême a déjà jugé constitutionnelle la limitation du pouvoir de révocation du président en exigeant que celui-ci justifie sa décision sur le fondement d'un « motif légitime » (*good cause*)¹⁰⁹. La question de la limitation du pouvoir de révocation du président s'est notamment posée à propos de la révocation des procureurs indépendants chargés d'enquêter sur l'administration présidentielle. Si cette limitation a été jugée constitutionnelle, c'est à cette occasion que le juge Antonin Scalia rédigea, dans l'affaire *Morrison v. Olson*¹¹⁰, une de ses plus célèbres opinions dissidentes dans laquelle il défendit la théorie de l'exécutif unitaire en s'appuyant sur une interprétation originaliste de la Constitution. L'opinion de l'éminent juriste se fonda alors sur des préoccupations tirées de la responsabilité politique : le juge Scalia estimant qu'on ne peut pas confier les pouvoirs importants d'un procureur indépendant à un agent qui n'est responsable ni devant les électeurs ni devant aucun élu¹¹¹. Et si la Cour suprême accepte des limitations, elle juge toutefois inconstitutionnelle une loi qui imposerait des restrictions trop importantes au pouvoir de révocation du président. En effet, la Cour estime qu'une limitation excessive du pouvoir de révocation « entrave aussi bien la faculté du président à assurer que la loi est fidèlement exécutée que la capacité du public a porté un jugement sur ses actions¹¹² ». La jurisprudence de la Cour suprême a ainsi pour fil conducteur l'idée que le président « est plus responsable électoralement pour les actions d'une agence quand il a davantage de contrôle sur cette agence¹¹³ ». C'est au fond l'idée que les agences ne peuvent exercer des prérogatives du pouvoir exécutif, sans que les citoyens ne puissent demander des comptes sur la manière dont ces pouvoirs sont employés. Or, le président étant le seul agent élu au sein de la branche exécutive, pour qu'il puisse rendre des comptes sur les actions des agences exécutives, il doit disposer d'un contrôle sur elles. C'est donc l'élection du président, assimilée alors à un mécanisme de responsabilité politique, qui induit la Cour suprême à reconnaître à celui-ci davantage de contrôle sur la branche exécutive et donc de pouvoir. Mais ce raisonnement n'est pas sans risque pour l'équilibre des pouvoirs et l'effectivité de la responsabilité politique car poussé dans ses retranchements, il conduit à réfuter tout contrôle du président en dehors des échéances électorales.

¹⁰⁸ *Myers voir United States*, 272 U.S. 52 (25 octobre 1926).

¹⁰⁹ *Humphrey's Executor voir United States*, 295 U.S. 602 (27 mai 1935).

¹¹⁰ *Morrison voir Olson*, 487 U.S. 654 (27 juin 1988).

¹¹¹ *Ibid.*, 487 U.S. 697.

¹¹² *Free Enterprise Fund voir Public Company Accounting Oversight Board*, 561 U.S. 477 (28 juin 2010) (notre traduction).

¹¹³ N. O. STEPHANOPOULOS, « Accountability Claims in Constitutional Law », *Northwestern University Law Review*, vol. 112, n° 5, 2018, p. 989-1068, spé. p. 1010.

B. L'élection comme justification de la suprématie présidentielle

Avec l'élection de Georges W. Bush et les attentats du 11 septembre 2001, un certain nombre de membres de l'administration présidentielle, en particulier le vice-président Dick Cheney, son conseiller David Addington¹¹⁴, ou encore le juriste du département de la justice John Yoo¹¹⁵, vont défendre la suprématie présidentielle en s'appuyant sur la théorie de l'exécutif unitaire. Il ne s'agit plus simplement d'arguer que le président doit avoir le contrôle sur l'ensemble de la branche exécutive, mais que « les pouvoirs constitutionnels du président interdisent dans de nombreuses hypothèses le Congrès ou les juridictions de limiter, surveiller, ou autrement contrôler les actions présidentielles¹¹⁶ ». Depuis lors, les administrations présidentielles et une partie de la doctrine s'appuient sur la théorie de l'exécutif unitaire pour défendre l'idée que la Constitution des États-Unis institue un régime de séparation formelle des pouvoirs, qu'on qualifierait en France de séparation stricte ou rigide, qui interdirait notamment au Congrès de contrôler l'activité de la branche exécutive¹¹⁷.

Les promoteurs de la suprématie présidentielle tendent à affirmer que le président des États-Unis doit avoir le contrôle exclusif de la branche exécutive ainsi que de toutes les compétences qu'ils considèrent de manière inhérente comme exécutives, ce qui revient à considérer que « toute action gouvernementale qui ne consisterait pas en l'adoption d'une loi ou le jugement d'une affaire » serait exécutive¹¹⁸. Ce domaine inclurait tout particulièrement les affaires étrangères, le domaine militaire ou encore la sécurité nationale¹¹⁹. L'élection du président apparaît alors comme la justification majeure de la position suprémaciste dans la mesure où « avec son lien direct à l'opinion publique que les autres

¹¹⁴ Voir en ce sens : Ch. SAVAGE, *Takeover: The Return of the Imperial Presidency and the Subversion of American Democracy*, Little, Brown and Company, 2007, p. 75 et s.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 78 et s.

¹¹⁶ H. KITROSSER, « Supremely Opaque: Accountability, Transparency, and Presidential Supremacy », *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, vol. 5, n° 1, 2010, p. 62-113, spé. p. 69 (notre traduction).

¹¹⁷ Voir en ce sens : Ch. SAVAGE, *Takeover: The Return of the Imperial Presidency*, *op. cit.*, p. 47-48. L'auteur relève que les promoteurs de cette théorie « rejettent la vision dominante selon laquelle la Constitution crée trois institutions séparées en leur donnant des compétences partagées sur le gouvernement comme moyen de prévenir la tyrannie et la concentration des pouvoirs. Ils pensent au contraire que les constituants ont clairement divisé les pouvoirs du gouvernement en attribuant à chaque branche le contrôle exclusif de son domaine de compétence » (notre traduction) ; Voir aussi : P. M. SHANE, « Political Accountability in a System of Checks and Balances: The Case of Presidential Review of Rulemaking », *Arkansas Law Review*, vol. 48, n° 1, 1995, p. 161-214.

¹¹⁸ M. S. FLAHERTY, « The Most Dangerous Branch », *Yale Law Journal*, 1996, vol. 105, n° 7, p. 1734 (notre traduction).

¹¹⁹ Voir en ce sens : J. C. YOO, « The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations against Terrorists and Nations Supporting Them », 25 septembre 2001, *Memoandum Opinion for the Deputy Counsel to the President, Office of Legal Counsel Memorandum*, p. 214. Le juriste estimait dans ce mémorandum que « dans l'exercice de son pouvoir absolu d'user de la force militaire, les décisions du président ne relèvent que de lui et ne peuvent pas faire l'objet d'aucun contrôle » (notre traduction).

institutions du gouvernement n'ont pas, la présidence est en mesure de dominer le gouvernement au nom de la "nation tout entière"¹²⁰ ». La soumission du président au jugement des électeurs exclurait ainsi le contrôle de l'exécutif par les autres branches. Par conséquent, toute intervention du Congrès qui viserait à contrôler ou limiter le pouvoir du président serait non seulement inconstitutionnelle, mais le président serait en outre en droit de déroger à ces lois, dans certains cas en secret¹²¹. Un exemple topique est celui du programme de surveillance électronique de la NSA (*Terrorist Surveillance Program*), autorisé par l'administration Bush, qui permettait à cette agence de surveiller les communications de millions de citoyens américains, sans contrôle judiciaire et sans en informer le Congrès, en violation directe avec la loi¹²². Cette surveillance était seulement fondée sur des mémorandums du département de la justice, classifiés secret-défense, s'appuyant sur la théorie unitaire pour justifier l'absence de contrôle judiciaire dès lors que serait en cause la sécurité nationale, domaine exclusif du président¹²³. L'administration présidentielle n'a jamais informé le Congrès ou le public de la conduite d'un tel programme initié à la suite des attentats du 11 septembre 2001. L'existence de ce programme de surveillance n'a été révélée qu'en 2005 par le *New York Times*¹²⁴. L'administration Bush a toujours refusé de révéler les détails de cette surveillance en invoquant la doctrine du privilège de l'exécutif (*executive privilege*) dont la violation serait de nature à mettre en péril la sécurité nationale. Cette doctrine¹²⁵, dont la Cour suprême a reconnu la validité dans l'arrêt *United States v. Nixon*¹²⁶, permet au président de refuser de révéler ou transmettre au public, au Congrès ou aux juridictions¹²⁷, des documents ou communications internes à la branche exécutive dès lors que cela aurait notamment pour effet de porter atteinte à la sécurité nationale¹²⁸. Le président bénéficie en la matière d'une présomption : c'est à la partie

¹²⁰ G. L. GREGG II, « Whiggism and Presidentialism : American ambivalence toward Executive Power », *op. cit.*, p. 83-84 (notre traduction).

¹²¹ Voir notamment : H. KITROSSER, *Reclaiming accountability. Transparency, Executive Power and the U.S. Constitution*, The University of Chicago Press, 2015, p. 86 et s.

¹²² Le *Foreign Intelligence Surveillance Act* de 1978 (FISA) impose en effet que les demandes de surveillance électronique sur le territoire américain soient effectuées sous le contrôle de la *Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISC). Or, la NSA n'a, semble-t-il, pas demandé de telles autorisations pour son programme de surveillance de masse.

¹²³ Pour une tentative de justification constitutionnelle de ce programme de surveillance par un de ses plus ardents défenseurs, voir : J. YOO, « The terrorist surveillance program and the Constitution », *George Mason Law Review*, 2007, p. 565-604.

¹²⁴ J. RISEN, E. LICHTBLAU, « Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts », *The New York Times*, 16 décembre 2005.

¹²⁵ Sur son histoire, voir notamment : M. J. ROZELL, « Executive Privilege : From Washington to Clinton », in P. G. HENDERSON (dir.), *The Presidency Then and Now*, Lahman, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 31-45.

¹²⁶ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (24 juillet 1974).

¹²⁷ Les auteurs distinguent parfois, en matière de sécurité nationale, l'*executive privilege* qui pourrait être opposé au Congrès et le *state secrets privilege* qui pourrait être opposé aux juridictions. Voir en ce sens : H. KITROSSER, *Reclaiming accountability. Transparency, Executive Power and the U.S. Constitution*, *op. cit.*, p. 94 et s.

¹²⁸ Sur ce sujet, voir notamment : H. KITROSSER, *ibid.* ; M. J. ROZELL, *Executive privilege, President Power, Secrecy, and accountability*, University Press of Kansas, 2010, 3^e éd., 245 p.

adverse de démontrer la nécessité d'écarter ou de violer un tel privilège. Dans le domaine de la sécurité nationale, la Cour suprême juge que cette présomption est renforcée et doit conduire le juge à une grande déférence¹²⁹.

La combinaison de la possibilité pour le président d'ordonner à l'administration de déroger à une loi qu'il estimerait empiéter sur ses prérogatives et sa capacité à opposer le privilège de l'exécutif pour ne pas avoir à révéler une telle violation conduit à conférer au chef de l'exécutif un pouvoir considérable. Et ce d'autant plus que les révélations de telles actions présidentielles sont souvent poursuivies pénalement sur le fondement de la violation d'informations classifiées¹³⁰. Ce qui a pu expliquer le choix du *New York Times* de ne diffuser qu'en 2005 les informations relatives au programme de surveillance de la NSA alors que les journalistes en disposaient depuis un an¹³¹. Ces assertions suprémacistes d'un pouvoir présidentiel puissant ne pouvant pas être contrôlé ne sont pas demeurées cantonnées à l'administration Bush : cette conception de l'office du président des États-Unis a été largement reprise par les administrations suivantes, que ce soit celle de Barack Obama¹³² ou de Donald Trump¹³³. Cette thèse était encore récemment défendue par les avocats de Donald Trump devant le Sénat durant la première procédure d'impeachment dont il a fait l'objet. Ils arguaient notamment que cette procédure de destitution était inconstitutionnelle en ce qu'elle intervenait lors d'une année électorale, or seuls les électeurs devraient alors pouvoir mettre fin aux fonctions du chef de l'exécutif¹³⁴. En d'autres termes, ils défendaient la thèse selon laquelle l'élection serait le seul moyen de demander des comptes au président des États-Unis sur ses actions. En poussant cette thèse à l'extrême, les tenants de la suprématie présidentielle jettent une lumière crue sur la réalité de l'argument tiré de l'élection du président comme mécanisme de responsabilité électorale : il apparaît avant tout comme un artifice visant à justifier l'expansion des pouvoirs présidentiels

¹²⁹ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 711. La Cour juge ainsi que le président « n'oppose pas son privilège [de l'exécutif] en se fondant sur le fait qu'il s'agit de secrets militaires ou diplomatiques. Dans ces domaines de l'article II, les juridictions ont traditionnellement fait preuve de la plus haute déférence à l'égard des responsabilités du Président » (notre traduction).

¹³⁰ Voir en ce sens : H. KITROSSER, « Supremely Opaque: Accountability, Transparency, and Presidential Supremacy », *University of St. Thomas Journal of Law & Public Policy*, vol. 5, n° 1, 2010, p. 62-113.

¹³¹ Voir en ce sens : H. KITROSSER, *Reclaiming accountability. Transparency, Executive Power and the U.S. Constitution*, op. cit., p. 125.

¹³² Voir notamment : R. J. BARILLEAUX, J. MAXWELL, « Has Barack Obama Embraced the Unitary Executive? », *Political Science & Politics*, vol. 50, n° 1, 2017, p. 31-34 ; A. RUDALEVIGE, « Old Laws, New Meanings: Obama's Brand of Presidential Imperialism », *Syracuse Law Review*, vol. 66, n° 1, 2016, p. 1-40.

¹³³ Voir notamment : J. CROUCH, M. J. ROZELL, M. A. SOLLENBERGER, « The Law : The Unitary Executive Theory and President Donald J. Trump », *Presidential Studies Quarterly*, vol. 47, n° 3, p. 561-573 ; J. CROUCH, M. J. ROZELL, M. A. SOLLENBERGER, *The Unitary Executive Theory. A Danger to Constitutional Government*, University Press of Kansas, 2020, p. 4 et s.

¹³⁴ Voir Proceedings of the United States Senate in the impeachment trial of President Donald John Trump – Volume II : Floor trial proceedings, S. Doc. 116–18, 31 janvier 2020, p. 1346, 1360 et 1366. Voir aussi la réponse d'Adam Schiff représentant la chambre des Représentants, p. 1367.

sans garantir corrélativement un renforcement de la responsabilité politique du chef de l'exécutif. En effet, il nous semble que dans le cadre des institutions américaines, le mécanisme de l'élection présente de nombreuses carences de nature à mettre en doute sa qualification de responsabilité politique.

III. L'INADAPTATION DE L'ELECTION COMME MECANISME DE RESPONSABILITE POLITIQUE DU PRESIDENT

L'élection pourrait être un véritable mécanisme de responsabilité politique si elle permettait aux citoyens de contrôler l'action du président et de lui demander des comptes pour les politiques menées durant son mandat. Les électeurs pourraient alors décider de lui infliger, ou non, une sanction en lui refusant une majorité de soutiens au Congrès ou un nouveau mandat. Mais un tel contrôle populaire n'est possible qu'à la double condition que, d'une part, le cadre constitutionnel et électoral permette effectivement aux citoyens d'engager la responsabilité politique du président et que, d'autre part, les citoyens soient parfaitement informés des actions du président pour pouvoir contrôler son activité et apprécier son bilan. Il nous semble qu'en pratique ces deux conditions sont loin d'être réunies. En effet, l'élection du chef de l'exécutif américain souffre aujourd'hui de nombreuses carences liées aussi bien aux limites du mandat du président (A) qu'à l'évolution du paysage politique et médiatique des États-Unis (B).

A. L'élection comme mécanisme de responsabilité politique mise à mal par le cadre constitutionnel et électoral américain

Il a pu être avancé que l'élection du président des États-Unis est un moyen de mettre en œuvre la responsabilité politique du fait du cadre et de la pratique constitutionnels spécifiques aux institutions américaines. Toutefois, il nous semble qu'un tel argument n'est pas entièrement convaincant tant il fait fi de certaines règles et pratiques qui remettent en cause la faculté des citoyens de sanctionner le président lors des échéances électorales. D'abord, si la responsabilité politique du président se conçoit principalement à travers son élection tous les quatre ans, il faut rappeler que le vingt-deuxième amendement à la Constitution des États-Unis prévoit que « Nul ne pourra être élu à la présidence plus de deux fois, et quiconque aura rempli la fonction de Président, ou agi en tant que Président, pendant plus de deux ans d'un mandat pour lequel quelque autre personne était nommée Président, ne pourra être élu à la fonction de président plus d'une fois ». Cette limitation du nombre de mandats que peut effectuer un président, introduite à la suite des quatre mandats de Franklin Roosevelt, n'est pas de nature à inciter le président à agir dans l'intérêt de la majorité des électeurs dès lors qu'il n'a, en tout état de cause, aucune possibilité d'être réélu. Cela signifie que les électeurs n'ont plus de prise sur l'action présidentielle, hors des élections de mi-mandat. Les délégués de la Convention de Philadelphie avaient largement débattu la question de la durée du mandat et la possibilité pour le président de se représenter. Le compromis retenu était un mandat court avec la possibilité d'une réélection illimitée justement afin de s'assurer que le

président soit incité à demeurer vertueux s'il souhaite être réélu¹³⁵. Il est cependant vrai que dès Georges Washington, la pratique d'une limitation informelle de deux mandats s'est établie et aucun président n'avait exercé plus de deux mandats avant Franklin Roosevelt. Toutefois, cela n'a pas empêché certains présidents de tenter d'obtenir un troisième mandat¹³⁶. Le choix du constituant de 1951 de limiter le nombre de mandats que peut accomplir un président était fondé sur la volonté d'empêcher la réélection perpétuelle d'un président qui pourrait entraîner son emprise sur le régime¹³⁷. Mais ce choix a eu également pour conséquence de considérablement fragiliser l'idée que la responsabilité politique du président est avant tout électorale : elle ne l'est plus véritablement pour son second mandat¹³⁸.

À cela s'ajoute le fait que le président des États-Unis est loin d'être élu par et responsable devant le peuple américain. Comme nous l'avons rappelé, le président est élu au suffrage indirect par un collège de grands électeurs. Or, les grands électeurs sont répartis entre les cinquante États américains sur la base du nombre de représentants et de sénateurs attribués à chaque État, auxquels s'ajoutent trois grands électeurs pour la capitale Washington (*District of Columbia*). Les élections présidentielles américaines ne se conçoivent donc que dans le cadre des États fédérés compétents, sur le fondement notamment des articles 1^{er} et 2nd de la Constitution, pour fixer les règles électorales et le découpage des circonscriptions. Un candidat doit obtenir la majorité de ces grands électeurs pour être élu, soit 270 électeurs. Toutefois, la répartition des 538 grands électeurs est asymétrique : alors que la Californie dispose approximativement d'un grand électeur pour 715 000 habitants, un État comme le Wyoming dispose d'un grand électeur pour 193 000 habitants. Ce phénomène a pour conséquence une surreprésentation des États peu peuplés et ruraux du centre de l'Amérique au détriment des États les plus peuplés des côtes. Or, cela correspond également à la couleur politique des citoyens de ces États, les premiers votant souvent plus pour le parti républicain alors que les seconds votent davantage pour le parti démocrate. Compte tenu de l'inclinaison politique structurelle d'une grande partie des États américains, l'élection présidentielle ne se joue en réalité que dans une poignée d'États, qualifiés de « *swing states* », susceptibles de passer d'un camp à l'autre. À cela s'ajoute la règle du « *winner-takes-all* » en vigueur

¹³⁵ Voir sur ce point : J. STORY, *Commentaire sur la Constitution des États-Unis*, Paris, Joubert, 1845, t. 2, p. 240 *sqq.*

¹³⁶ Trois présidents américains ont tenté et échoué à obtenir un troisième mandat : Ulysses S. Grant (1880), Theodore Roosevelt (1912) et Woodrow Wilson (1920).

¹³⁷ Voir en ce sens : S. W. STATHIS, « The Twenty-Second Amendment : A Practical Remedy or Partisan Maneuver », *Constitutional Commentary*, vol. 7, n° 1, 1990, p. 61-88, spé. p. 169. L'auteur rappelle que pour les soutiens de cet amendement constitutionnel, l'élection perpétuelle risquait de conduire à « l'expansion, la consolidation et même l'usurpation du pouvoir politique par la branche exécutive du gouvernement » (notre traduction).

¹³⁸ Voir E. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2011, p. 30. L'auteur reconnaît dans le même sens qu'« il est certain que l'adoption du vingt-deuxième amendement en 1951 qui interdit à un président d'exercer plus de deux mandats a éliminé l'élection, la sanction des urnes qui est le grand moment de mise en jeu de la responsabilité politique aux États-Unis, à l'issue du deuxième mandat ».

dans la plupart des États selon laquelle le candidat arrivé en tête emporte l'ensemble des grands électeurs attribués à cet État¹³⁹. L'élection présidentielle de novembre de 2020 est assez topique en la matière : elle a été déterminée par les résultats dans quatre États principaux : la Pennsylvanie (20 votes), le Michigan (16 votes), la Géorgie (16 votes) et le Wisconsin (10 votes). Le système de grands électeurs affaiblit par conséquent l'idée que l'élection du président serait un moyen d'engager la responsabilité politique à double égard. D'une part, il conduit à ce que l'élection présidentielle soit surdéterminée par une minorité d'électeurs se trouvant dans certains États stratégiques, l'immense majorité des électeurs se trouvant dans des États ne changeant guère de couleur politique d'une élection à une autre. Et encore, même dans ces *swing-states*, ce ne sont qu'une minorité d'électeurs, ceux qui sont qualifiés « d'indépendants », qui font basculer l'État pour un des deux candidats. Par exemple, en 2016, Donald Trump a emporté l'élection présidentielle grâce aux votes de 80 000 électeurs dans trois États (le Michigan, la Pennsylvanie et le Wisconsin)¹⁴⁰. Ce système tend à ce que le président des États-Unis ne réponde pas de ses actions devant l'ensemble des électeurs américains, mais devant une petite minorité se trouvant dans les États les plus stratégiques. D'autre part, ce système peut mener à ce que le candidat élu, celui ayant obtenu le plus grand nombre de grands électeurs, ait cependant perdu le vote populaire. Autrement dit, le système électoral américain permet qu'un candidat n'ayant pas obtenu la majorité des suffrages exprimés par les citoyens puisse être élu à la présidence. Cette hypothèse n'est pas seulement théorique dans la mesure où elle s'est produite à cinq reprises¹⁴¹. Ainsi en 2016, Donald Trump a emporté l'élection présidentielle avec 304 grands électeurs, bien au-delà des 270 requis, et a pourtant perdu le vote populaire de près de 3 millions de voix. Cette situation met en doute la thèse selon laquelle le président serait véritablement politiquement responsable devant le peuple dans la mesure où la majorité des citoyens n'est en réalité pas en mesure de le révoquer à l'issue de son premier mandat.

Les *midterms* n'apparaissent pas non plus comme un mécanisme de responsabilité politique du président parfaitement convaincant. D'abord, si la capacité d'action du chef de l'exécutif est réduite lorsqu'il ne dispose pas de la majorité au Congrès, il n'en reste pas moins que ses pouvoirs d'action unilatérale demeurent considérables, en particulier depuis leur expansion au cours de ces dernières décennies. L'erreur serait de penser que le président américain se trouverait alors dans la même situation qu'un président de la République française en période de cohabitation. En effet, même en période de gouvernement divisé (*divided government*), le président demeure le chef de l'exécutif et dispose de moyens d'action importants comme l'a encore montré Donald Trump : face à l'opposition de la majorité démocrate à la Chambre des représentants de financer « son » mur à la frontière mexicaine, il a déclaré, par une proclamation

¹³⁹ Seulement deux États n'appliquent pas la règle du *winner-takes-all*: le Nebraska et le Maine.

¹⁴⁰ Voir en ce sens : Ph. BUMP, « Donald Trump will be president thanks to 80,000 people in three states », *The Washington Post*, 1^{er} décembre 2016.

¹⁴¹ On rappellera que cinq présidents ont été élus avec une minorité de suffrages populaires : John Quincy Adams (1824), Rutherford B. Hayes (1876), Benjamin Harrison (1888), Georges W. Bush (2000) et Donald Trump (2016).

du 15 février 2019¹⁴², une urgence nationale à la frontière Sud des États-Unis. Cela lui a permis de saisir plusieurs milliards de dollars qui avaient été affectés par le Congrès au département de la défense pour un tout autre objet. Les *mid-terms* ne sont donc que rarement un moyen efficace d'engager la responsabilité du président qui ne tire pas toujours des conséquences directes de cette défaite sur son action. Du reste, ces élections ne sont pas le meilleur indicateur de l'état de l'opinion compte tenu de la tendance encore forte dans un certain nombre d'États au *gerrymandering*, qui implique un découpage électoral pour les sièges à la Chambre des Représentants favorisant le parti majoritaire au sein de l'État, et à la mise en place des restrictions d'accès des minorités au vote (*voter suppression*)¹⁴³. Un certain nombre de sièges sont donc pré-attribués à un parti sans lien avec l'action du président des États-Unis. La situation au Sénat n'est guère meilleure dans la mesure où l'égalité de représentation entre les États, imposée par la Constitution¹⁴⁴, a pour effet une surreprésentation des États peu peuplés au détriment des plus grands États.

B. L'élection comme mécanisme de responsabilité politique mise à mal par l'information limitée des citoyens

On peut douter de la capacité du régime américain à garantir une parfaite information des citoyens qui leur permettrait d'apprécier le bilan du président des États-Unis lors des échéances électorales. Comme le relève un auteur, « le constat le plus important qui ait été établi ces cinq dernières décennies par la recherche en science politique est le fait que la majorité des citoyens américains n'ont pas les connaissances politiques de base¹⁴⁵ ». Selon les études empiriques menées en la matière, une partie significative des électeurs américains ne discerne pas ce qui relève de l'État fédéral et des États fédérés, ne connaît guère le fonctionnement de la branche exécutive, et ne sait pas discerner ce qui relève de la compétence des différentes agences ou les actions concrètes qu'elles mènent¹⁴⁶. Les électeurs américains ont donc en général une perception très approximative de ce qui a été accompli par le président durant son mandat et de ce qui peut être ou non mis à son crédit. Du reste, il ne faut pas négliger le fait

¹⁴² Proclamation 9844 du 15 février 2019 *Declaring a National Emergency Concerning the Southern Border of the United States*.

¹⁴³ Sur cette question d'actualité, voir en ce sens : G. PARIS, « Aux États-Unis, offensive républicaine pour limiter l'exercice du vote des minorités », *Le Monde*, 29 mars 2021 ; R. FAUSSET, N. CORASANITI, M. LEIBOVICH, « Why the Georgia G.O.P.'s Voting Rollbacks Will Hit Black People Hard », *The New York Times*, 25 mars 2021 ; A. GARDNER, K. RABINOWITZ, H. STEVENS, « How GOP-backed voting measures could create hurdles for tens of millions of voters », *The Washington Post*, 11 mars 2021.

¹⁴⁴ La section 3 de l'article 1^{er} de la Constitution des États-Unis prévoit que « Le Sénat des États-Unis sera composé de deux sénateurs pour chaque État et chaque sénateur disposera d'une voix ». L'article V quant à lui prévoit que « qu'aucun État ne soit, sans son consentement, privé de l'égalité de suffrage au Sénat ».

¹⁴⁵ I. SOMIN, « Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty : A New Perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory », *Iowa Law Review*, 2004, vol. 89, n° 4, p. 1287-1372, spé. p. 1304.

¹⁴⁶ I. SOMIN, *ibid.* Voir aussi : N. STEPHANOPOULOS, « Accountability claims in Constitutional Law », *Northwestern University Law Review*, 2018, vol. 112, n° 5, p. 989-1068.

qu'au-delà du bilan, les électeurs peuvent également déterminer leur vote au regard d'une grande variété de critères étrangers au bilan du président comme sa personnalité, son projet pour le prochain mandat ou la qualité des autres candidats. Le contrôle des électeurs américains s'éloigne ainsi très sensiblement des standards de la responsabilité politique qu'on trouve dans les régimes parlementaires qui impliquent qu'une assemblée puisse exercer un contrôle sur l'activité gouvernementale en s'appuyant sur des procédures (questions, auditions, commissions d'enquête, etc.) lui permettant d'être précisément informée sur l'action du Gouvernement et, le cas échéant, de le sanctionner en cas de désaccord politique.

Cette incapacité de nombre de citoyens à porter un regard informé sur l'action du président est renforcée depuis une trentaine d'années par la polarisation extrême des opinions provoquées par une évolution du paysage médiatique. D'abord, sous l'impulsion de l'administration de Ronald Reagan, l'agence indépendante de régulation des communications, la Commission fédérale des communications (FCC), a abandonné en 1987 la *fairness doctrine* qui imposait aux sociétés disposant d'une licence de diffusion de contenus radiophoniques ou télévisés de consacrer une partie du temps d'antenne à des questions d'intérêt public et de les présenter en respectant le contradictoire et en faisant entendre des points de vue divergents¹⁴⁷. Si cet abandon était justifié par la volonté de préserver la liberté d'expression garantie par le premier amendement, il a eu pour effet de créer des médias d'opinion ne présentant plus qu'un seul point de vue avec un rapport très libre à la réalité. L'exemple de Fox News est aujourd'hui fameux avec ses millions de spectateurs quotidiens et sa ligne éditoriale qui a été largement en soutien de la présidence de Donald Trump¹⁴⁸. L'« information » que reçoit une partie des électeurs sur les actions du président est donc largement tronquée. Ce phénomène est aujourd'hui accentué avec l'émergence des réseaux sociaux, qui s'imposent comme une des sources majeures d'information des Américains¹⁴⁹ : de tels réseaux créent des bulles informationnelles dans lesquelles s'enferment les citoyens, ce qui favorise la diffusion de fausses nouvelles et les théories du complot. Les événements du 6 janvier 2021, des partisans de Donald Trump ayant pris d'assaut le Capitole, sont caractéristiques de ce phénomène : ils découlent de la diffusion d'informations erronées par certains médias et les réseaux sociaux selon lesquelles Joe Biden aurait volé l'élection présidentielle au détriment de son rival républicain.

L'ensemble de ces éléments tendent à remettre en cause la validité de la prémisse de la théorie de l'exécutif unitaire selon laquelle le président doit avoir le contrôle de l'ensemble de la branche exécutive, car il est le seul à rendre des

¹⁴⁷ Sur ce sujet, voir : T. J. BRENNAN, « The Fairness Doctrine as Public Policy », *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, vol. 33, n° 4, 1989, p. 419-440. Voir aussi : J. A. BARRON, « Federal communications commission's fairness doctrine : An evaluation », *George Washington Law Review*, 1961, vol. 30, n° 1, p. 1-41.

¹⁴⁸ Voir en ce sens : M.-C. NAVES, « Donald Trump et les médias », *Pouvoirs*, 2020, n° 172, p. 75-85.

¹⁴⁹ Voir E. SHEARER, « Social media outpaces print newspapers in the U.S. as a news source », Pew Research Center, 10 décembre 2018 : [<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/12/10/social-media-outpaces-print-newspapers-in-the-u-s-as-a-news-source/>].

comptes à l'ensemble du peuple. En effet, le chef de l'exécutif ne rendra en général pas vraiment compte des actions menées par les agences exécutives indépendantes qu'il contrôle dès lors qu'une partie significative des citoyens ignore leur existence ou leurs actions¹⁵⁰. Surtout, le contrôle présidentiel sur ces agences peut avoir pour effet de limiter l'information dont disposent les citoyens pour juger le président. Comme le souligne le professeur Heidi Kitrosser, l'administration de George W. Bush a par exemple empêché l'agence de protection de l'environnement (EPA) de divulguer en 2007 un rapport sur les gaz à effet de serre et d'adopter une série de réglementations visant à encadrer le rejet de tels gaz par les véhicules automobiles¹⁵¹. L'administration ne souhaitant pas introduire de réglementations en la matière, sans avoir à rendre publique sa position, elle a donc empêché la diffusion d'informations sur le sujet. Si l'existence de ces documents a été révélée par la presse, ils n'ont été rendus publics qu'en 2009 par l'administration Obama¹⁵².

Plus généralement, le président et son administration ont la faculté de contrôler l'information en opposant le privilège de l'exécutif au Congrès et aux juridictions ainsi qu'en classifiant les documents de la branche exécutive sous le sceau du secret-défense. En effet, les administrations présidentielles ont tendance à largement abuser de leur pouvoir de classification leur évitant de divulguer des informations qui permettraient de jeter le trouble sur leur action ou celle du président. Ainsi, de nombreux experts de la sécurité nationale et des rapports parlementaires ont pu affirmer qu'il y avait une très large surclassification¹⁵³. Déjà en 1989, un ancien avocat général des États-Unis observait par exemple dans une tribune qu'

il devient rapidement évident pour toute personne qui a une expérience significative avec des documents classifiés qu'il y a une surclassification massive et que la principale préoccupation de ceux qui classifient n'est pas la sécurité nationale, mais plutôt d'éviter au gouvernement un quelconque embarras¹⁵⁴.

Ce phénomène est aujourd'hui largement accentué avec la résurgence de la menace terroriste depuis une vingtaine d'années qui vient appuyer une conception extensive de la sécurité nationale. D'autant que les administrations présidentielles successives sont particulièrement virulentes pour poursuivre tous les auteurs de fuites d'informations ou documents classifiés¹⁵⁵. L'affaire « ukrain-

¹⁵⁰ Voir N. STEPHANOPOULOS, « Accountability claims in Constitutional Law », art. cité, p. 1022 *sqq.*

¹⁵¹ H. KITROSSER, *Reclaiming accountability. Transparency, Executive Power and the U.S. Constitution*, The University of Chicago Press, 2015, p. 185 *sqq.*

¹⁵² Voir N. A. MENDELSON, « Disclosing Political Oversight of Agency Decision Making », *Michigan Law Review*, vol. 108, n° 7, 2010, p. 1127-1178, spé. p. 1154.

¹⁵³ Voir en ce sens : H. KITROSSER, *op. cit.*, p. 63 et s.

¹⁵⁴ E. S. GRISWOLD, « Secrets not worth keeping », *The Washington Post*, 16 février 1989.

¹⁵⁵ Voir notamment en ce sens : D. POZEN, « The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information », *Harvard Law Review*, 2013, vol. 127, n° 2, p. 512-635, spé. p. 586 *sqq.* ; H. KITROSSER, « Classified Information Leaks and Free Speech », *University of Illinois Law Review*, 2008, n° 3, p. 881-932.

nienne » a été un bon exemple de cette surclassification visant à empêcher d'informer le public sur les actions du président. En l'espèce, le 25 juillet 2019, lors d'un échange téléphonique entre Donald Trump et le président ukrainien, Volodymyr Zelensky, le président américain a exigé de son homologue que l'Ukraine annonce publiquement l'ouverture d'une enquête contre Joe Biden, futur candidat démocrate à la présidentielle, en échange de laquelle l'administration débloquerait une aide de plusieurs centaines de millions de dollars¹⁵⁶. Au regard des éléments compromettants de cette conversation, qui conduiront la Chambre des Représentants à lancer une procédure d'*impeachment*, le conseiller juridique sur les affaires de sécurité nationale du président a rapidement transféré la retranscription de l'échange sur un serveur hautement classifié et sécurisé restreignant ainsi l'accès à celui-ci. La révélation du contenu de la conversation entre les deux présidents est le fruit d'une plainte d'un lanceur d'alerte anonyme, un agent de la CIA, auprès de l'inspecteur général de la communauté du renseignement relayée par une série d'articles du *Washington Post*, publiée les 18 et 19 septembre 2019. Sous la pression médiatique, le président n'a pas eu d'autre choix que de publier la retranscription de la conversation en novembre 2019. À la lecture de celle-ci, il est évident que ce n'est pas la sécurité nationale que visait à protéger la classification, mais bien l'embarras que risquaient de causer les demandes de Donald Trump à son homologue ukrainien. De même, Donald Trump avait demandé à l'administration Biden de refuser la transmission de documents à la commission de la chambre des Représentants chargée d'enquêter sur l'attaque du Capitole du 6 janvier 2021, qui fit l'objet d'une seconde procédure d'*impeachment*, en se fondant sur le privilège de l'exécutif. Toutefois, le président Joe Biden a refusé d'opposer de manière générale le privilège de l'exécutif et a autorisé la transmission des documents¹⁵⁷, décision qui n'a pas été remise en cause par la Cour suprême malgré les contestations du 45^e président des États-Unis¹⁵⁸. La diffusion des documents souligne là encore que le privilège de l'exécutif n'était qu'un artifice pour tenter de couvrir des éléments particulièrement gênants pour l'ex-président et son entourage¹⁵⁹. Cet épisode pourrait être le signe d'une évolution vers davantage de transparence concernant l'activité présidentielle, il faudra cependant voir si Joe Biden est aussi prompt à accepter la diffusion de documents lorsque ceux-ci seront relatifs à des dysfonctionnements potentiels de sa propre administration. En tout état de cause, cette capacité du président et de son administration à rendre secrètes les actions présidentielles est de nature à structurellement compromettre l'efficacité de l'élection comme mécanisme de responsabilité politique

¹⁵⁶ Sur les détails de l'affaire, qu'il nous soit permis de renvoyer à : S. BENZINA, « La présidence Trump face à la procédure d'impeachment », *Blog Jus Politicum*, 2 janvier 2020 [<https://blog.juspoliticum.com/2020/01/02/la-presidence-trump-face-a-la-procedure-dimpeachment-par-samy-benzina%e2%80%a8/>]

¹⁵⁷ T. HAMBURGER, J. ALEMANY, J. DAWSEY, « Biden rejects Trump's request to withhold documents from House committee investigating Jan. 6 attack », *The Washington Post*, 8 octobre 2021. Voir aussi : J. ALEMANY, « Biden White House waives executive privilege for more Trump records », *The Washington Post*, 13 avril 2022.

¹⁵⁸ *Trump voir Thomson*, 595 U.S. ____ (19 janvier 2022)

¹⁵⁹ A. D. SORKIN, « What the January 6th Papers Reveal », *The New Yorker*, 6 février 2022 ; N. POPLI, « Jan. 6 Committee Says Trump Violated Several Laws », *Time*, 3 mars 2022.

dès lors que les électeurs ne sont pas en mesure d'avoir une vision complète du bilan du chef de l'exécutif.

La défaite de Donald Trump lors des élections de novembre 2020 pourrait laisser penser que l'élection du président en tant que moyen d'engager la responsabilité politique demeure pertinente malgré tout. Face à la multiplication des scandales et à la gestion très contestée de la crise sanitaire, une majorité de citoyens américains dans les États-clés ont décidé de ne pas reconduire le 45^e président des États-Unis pour un nouveau mandat. Toutefois, il nous semble que la défaite de Donald Trump est un trompe-l'œil. Certes, Joe Biden a emporté, avec plus de 81 millions de voix, près de sept millions de voix de plus que Donald Trump. Il n'en reste pas moins que le président républicain a obtenu un nombre total de votes plus élevé qu'en 2016 et se trouve aujourd'hui à la deuxième place, après Joe Biden, des candidats à la présidentielle ayant obtenu le plus de voix. Surtout, les résultats de l'élection présidentielle de 2020 ne manifestent pas un rejet massif par les électeurs des États-clés du bilan du président : on rappellera que si Joe Biden a gagné plusieurs *swing states*, Donald Trump n'est devancé au total que de 77 000 voix dans quatre États-clés (Arizona, Géorgie, Nevada et Wisconsin). Alors que les sondages prédisaient une large victoire du candidat démocrate, ce n'est qu'une défaite mesurée que subit le candidat républicain¹⁶⁰. En réalité, l'élection de 2020 s'inscrit dans un phénomène connu aux États-Unis : les présidents n'ayant pas été réélus, les « *one-term presidents* », sont l'exception. Les citoyens américains tendent à reconduire très largement les présidents pour un second mandat. Depuis le début du xx^e siècle, seulement six présidents ont perdu leur campagne sur les vingt-deux qui ont exercé le pouvoir¹⁶¹. Cela implique qu'il est très difficile de battre un président-candidat, hors de certaines circonstances exceptionnelles, généralement une crise économique, dont le président sortant n'est d'ailleurs pas nécessairement responsable. Ces éléments montrent que les électeurs sont prompts à reconduire un président quel que soit son bilan, et lorsqu'ils refusent de le réélire, ce n'est pas nécessairement au regard de son bilan dont ils n'ont pas une connaissance précise. Au regard de ces éléments, il apparaît en conséquence délicat d'affirmer que l'élection serait un mécanisme de responsabilité politique tant elle ne permet guère aux citoyens de contrôler l'action du président, faute d'une information suffisante, et qu'il n'y a pas nécessairement de lien de causalité entre la sanction électorale et le bilan présidentiel.



Au terme de cette étude, on ne peut que constater que si les échéances électorales auxquelles est soumis le président des États-Unis sont souvent présentées comme le principal moyen d'engager sa responsabilité politique, l'analyse

¹⁶⁰ Voir M. SCHERER, « “Guesses upon guesses” : Polls fall short again in 2020, raising red flags for future contests », *The Washington Post*, 6 novembre 2020.

¹⁶¹ Ces “*one-term*” présidents sont : William Howard Taft (1909-1913), Herbert Hoover (1929-1933), Gerald Ford (1974-1977), Jimmy Carter (1977-1981), George H.W. Bush (1989-1993), Donald Trump (2016-2020).

de l'histoire constitutionnelle américaine, de son cadre constitutionnel et électoral ou encore de la pratique nous conduisent à sérieusement mettre en doute cette approche. Il nous semble en effet que les arguments qui visent à justifier le fait que l'élection serait, dans le cadre spécifique des institutions américaines, un véritable mécanisme de responsabilité politique peinent à convaincre que ce soit du point de vue théorique ou empirique. Par conséquent, on ne peut souscrire à la thèse selon laquelle ce qui distingue la responsabilité politique du régime parlementaire de celle du régime américain est « le moment où elle est invoquée, non la nature de la responsabilité politique qui change d'un régime à l'autre¹⁶² ». Il nous semble au contraire qu'à partir du moment où l'élection n'apparaît pas comme un véritable mécanisme de responsabilité politique, il faut admettre que le régime américain ne prévoit pas de procédure générale d'engagement de la responsabilité politique du chef de l'exécutif. Doit-on en conclure, pour faire écho à notre introduction, que le président est politiquement irresponsable ? Certains pourraient arguer que la réponse est négative dès lors que le Congrès dispose de l'arme de la procédure d'impeachment permettant de destituer un président qui porterait atteinte à « l'intégrité de la Constitution¹⁶³ » en commettant certaines infractions spécifiques. Toutefois, outre que la qualification de responsabilité proprement politique de la procédure d'impeachment fait débat¹⁶⁴, il faut relever qu'elle met en œuvre une responsabilité nécessairement spéciale et non générale compte tenu de son objet. En effet, comme nous l'avons souligné, la pratique du régime américain n'a jamais permis le développement d'une responsabilité politique générale du président devant le Congrès par le biais de l'*impeachment*¹⁶⁵, la responsabilité induite par cette procédure n'est donc pas de type parlementaire¹⁶⁶. Ainsi, en refusant à l'élection la qualification de mécanisme de responsabilité politique, il faut en conclure qu'en l'absence de procédure alternative le régime « présidentiel » des États-Unis, à supposer qu'une telle qualification ait un sens¹⁶⁷, ne prévoit pas de moyen d'engager de manière générale la responsabilité politique du

¹⁶² E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶³ D. BARANGER, « Les clauses d'impeachment et les différents sens du mot "constitution" aux États-Unis », art. cité, p. 52.

¹⁶⁴ Certains auteurs contestent en effet la nature politique de cette responsabilité, voir par ex. pour des auteurs français : W. MASTOR, « Donald Trump et l'ombre de l'impeachment », *Pouvoirs*, 2020, n° 172, p. 49-60 ; E. ZOLLER, *ibid.* p. 169 *sq.*

¹⁶⁵ E. ZOLLER, *ibid.*, p. 178. L'auteur estime ainsi que « Si l'impeachment n'a jamais connu une évolution "à l'anglaise", s'il n'est jamais devenu un moyen de mettre en cause la responsabilité politique du président, et donc de sanctionner une faute politique, c'est pour des raisons qui tiennent au principe de séparation des pouvoirs. [...] le principe de la séparation des pouvoirs interdit au Congrès de punir les "fautes politiques" ».

¹⁶⁶ Voir D. BARANGER, « Les clauses d'impeachment et les différents sens du mot "constitution" aux États-Unis », in *La responsabilité du chef de l'État*, Société de législation comparée, 2013, vol. 12, p. 23-54, spé. p. 30. Comme le rappelle l'auteur : « la responsabilité politique du régime parlementaire est une mise à l'épreuve de l'identité de vues politiques entre l'exécutif et le parlement. [...] La question est qui gouvernera ?, et comment gouvernera-t-il ? ».

¹⁶⁷ Pour une critique de cette qualification de régime présidentiel, voir notamment : J. BODON, *Le Frein et la balance. Études de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare & Martin, 2010.

chef de l'exécutif. La situation du président américain est donc une manifestation assez claire d'une forme de rupture du lien entre pouvoir et responsabilité tant l'expansion de ses pouvoirs au cours du XX^e siècle n'a pas été accompagnée d'un renforcement de sa responsabilité par l'émergence de véritables mécanismes de responsabilité politique.

Cette absence de véritable responsabilité politique n'est pas sans conséquence, car elle a conduit ces dernières années, en particulier depuis la présidence de Bill Clinton et l'affaire Whitewater¹⁶⁸, à la multiplication des actions visant à engager la responsabilité civile ou pénale du chef de l'exécutif¹⁶⁹. Ce phénomène est bien connu en France et n'apparaît guère comme la panacée. D'abord, si la Constitution des États-Unis ne prévoit pas de régime d'immunité pour le président, la jurisprudence et la pratique tendent à lui octroyer une telle protection aussi bien en termes d'irresponsabilité pour les actes rattachables à ses fonctions que d'inviolabilité pour les autres actes¹⁷⁰. La responsabilité pénale ne peut donc pas être un expédient durant le mandat du président, d'autant que celui-ci dispose du pouvoir de grâce¹⁷¹, qui ne peut être régulé par le Congrès¹⁷², et qui peut lui permettre, comme l'a fait Donald Trump, de gracier des

¹⁶⁸ L'affaire Whitewater concerne des investissements immobiliers de Bill et Hilary Clinton, en 1979, lorsque celui-ci était candidat au poste de gouverneur de l'Arkansas, dans la *Whitewater Development Corporation* qui visait la construction de logements de vacances. Dans les années 1980, les propriétaires de cette entreprise, Jim et Susan McDouglas, ont commis un certain nombre de malversations afin de sauver leur entreprise sur le point de déposer le bilan. Lorsque Bill Clinton s'est présenté à l'élection présidentielle, certains ont accusé le candidat démocrate d'avoir pris part à ces malversations en tant que gouverneur de l'Arkansas. Cette affaire a conduit à la nomination d'un procureur indépendant, Kenneth Starr, pour enquêter sur cette affaire qui ne débouchera sur rien. Toutefois, le procureur va se saisir de l'affaire Monika Lewinski qui conduira à une procédure d'*impeachment* contre Bill Clinton. Sur ce sujet, voir : A. COAN, *Prosecuting the President. How special prosecutors hold Presidents accountable and protect the rule of law*, *op. cit.*, p. 69 *sqq.*

¹⁶⁹ Ce phénomène a encore été illustré récemment par les appels de certains membres de la commission de la chambre des Représentants enquêtant sur l'attaque du Capitole par des manifestants pro-Trump, le 6 janvier 2021, à ce que la commission transmette les preuves collectées au département de la justice afin que des poursuites pénales soient engagées contre l'ex-président. Voir en ce sens : M. S. SCHMIDT, L. BROADWATER, « Jan. 6 Panel Has Evidence for Criminal Referral of Trump, but Splits on Sending », *The New York Times*, 10 avril 2022.

¹⁷⁰ Voir notamment sur ce point : A. COAN, *ibid.*, p. 111 *sqq.*; N. J. MAGGIO, « The Emperor's New Clothes : An Intersection of Presidential, Immunity and Criminal Accountability », *Touro Law Review*, 2019, vol. 35, n° 2, p. 757-790.

¹⁷¹ Voir notamment sur ce sujet : C. E. SMITH, S. P. JOHNSON, « Presidential Pardons and Accountability in the Executive Branch », *Wayne Law Review*, 1989, vol. 35, n° 3, p. 1113-1134; M. STRASSER, « Some Reflections on the President's Pardon Power », *Capital University Law Review*, vol. 31, n° 2, 2003, p. 143-160; A. RAPPAPORT, « An Unappreciated Constraint on the President's Pardon Power », *Connecticut Law Review*, vol. 52, n° 1, 2020, p. 271-318.

¹⁷² *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1866). La Cour suprême juge que « ce pouvoir du Président [de gracier] n'est pas soumis et ne peut être soumis à un contrôle législatif. Le Congrès ne peut ni limiter l'effet d'une grâce ni exclure une catégorie d'individus de son champ d'application » (notre traduction).

proches afin d'éviter des poursuites pénales¹⁷³. En outre, comme l'a parfaitement démontré Olivier Beaud, la responsabilité pénale n'obéit pas à la même logique que la responsabilité politique, l'une et l'autre n'ont pas la même nature ni le même objet¹⁷⁴. En France comme aux États-Unis, la responsabilité pénale ne saurait corriger les défaillances de la responsabilité politique.

Samy Benzina

| Professeur de droit public à l'Université de Poitiers

¹⁷³ On rappellera que Donald Trump a gracié, de manière singulière, la plupart des membres de sa campagne électorale qui ont été poursuivis et parfois condamnés pour des malversations commises dans le cadre de celle-ci : Michael T. Flynn, George Papadopoulos, Roger Joseph Stone Jr., ou encore Paul J. Manafort.

¹⁷⁴ Sur ce sujet, voir : O. BEAUD, *Le Sang contaminé, Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, PUF, , 1999, p. 105 *sqq.*