

Patrick Weil

Préface à : Bruce Ackerman, *Au nom du peuple, les fondements de la démocratie américaine*, Paris, Calmann-Lévy, 1998, traduit de l'américain par Jean-Fabien Spitz, pp. 9-25.

Tocqueville s'en était allé aux Etats-Unis, pour y rechercher l'avenir de l'Europe et de la France en particulier, convaincu qu'il était que l'égalité était leur avenir commun (¹). Il en revint avec une description des Etats-Unis, qui eut peu de portée concrète en France, mais qui en fait l'un des rares analystes politiques étrangers respecté encore aujourd'hui outre-Atlantique.

Bruce Ackerman est lui professeur de droit et de science politique dans la plus prestigieuse des *Law Schools* américaines, celle de *Yale*. Il est resté aux Etats-Unis et s'est contenté d'analyser avec son regard d'Américain le système politique de son pays. Ce faisant il y a révolutionné l'histoire et le droit constitutionnels. Pour ce seul motif, son travail se devait d'être porté à la connaissance de tous ceux qui, en France, s'intéressent aux Etats-Unis et se demandent encore par exemple, par quels mécanismes le peuple américain a pu traverser deux siècles en conservant la même Constitution tandis que le peuple français en usait, dans le même temps, quinze. La maestria intellectuelle avec laquelle Ackerman mêle histoire, droit, philosophie et science politique pour fondre un ensemble de matériaux disparates en une approche totalement renouvelée de l'histoire constitutionnelle américaine vaut en elle même le détour.

Mais sa réflexion résonne au delà des rivages transatlantiques. En progressant tout au long de l'ouvrage, le lecteur français sera étonné de retrouver dans les événements contés, dans les pratiques juridiques et les pensées politiques qui les animent, comme autant d'échos de l'histoire constitutionnelle française. Le livre refermé, il ne laisse plus de doute : il contient des idées et des analyses à même d'éclairer notre propre histoire constitutionnelle, à la réinterpréter dans ses détails comme dans sa généralité.

Oh certes chacun sait bien les influences réciproques qui se sont exercées dans les moments clefs de l'histoire des deux pays : quand parallèlement, les deux révolutions ont marqué l'entrée dans l'ère moderne de la politique et instauré le droit du peuple citoyen et souverain de prendre en mains ses propres affaires, elles ont influé l'une sur l'autre, par les

¹) Cf. François Furet, *Le système conceptuel de la "Démocratie en Amérique"*, préface à l'édition de 1980, Garnier-Flammarion, Tome 1, p. 7-46.

idées et par les hommes ⁽²⁾ ; quand il a fallu reconstruire après la guerre civile aux Etats-Unis et après la défaite face à la Prusse en France, chacune des deux républiques a encore été tentée de prendre modèle sur l'autre : les liens intellectuels entre les radicaux républicains américains et leurs successeurs français sont souvent méconnus et méritent d'être soulignés ⁽³⁾.

Plus tard enfin les présidences modernes américaines de Théodore puis de Franklin D. Roosevelt inspirèrent les réformateurs de la IIIème république - André Tardieu à droite ou Léon Blum à gauche ⁽⁴⁾, de la IVème - de Gaulle était tenté par l'élection du président de la république au suffrage universel, et de la Vème - en 1961, le Club Jean Moulin prenait partie en faveur du régime présidentiel américain ⁽⁵⁾.

Mais aujourd'hui tout paraît dit : l'exceptionnalisme américain ne souffre pas comparaison et l'avenir de la France apparaît en Europe dans la convergence et l'harmonisation, et dans l'abandon progressif de tout particularisme.

Eh bien, cet ouvrage remet tout en cause. Riche en lui même d'une nouvelle intelligence de l'histoire américaine, il interroge notre propre expérience constitutionnelle. Voici pourquoi.

Une nouvelle approche de l'histoire américaine

Ackerman distingue dans la tradition constitutionnelle américaine, deux approches venues de notre continent qu'il remet en cause, le "monisme" et le "fondationnalisme".

La conception moniste, c'est celle qui attribue aux élus du peuple - le pouvoir absolu de le représenter et par là même le pouvoir souverain de faire la Loi et de la défaire, dans la tradition britannique ou républicaine française.

²⁾ Cf. Denis Lacorne, *L'invention de la république, le modèle américain*, Paris, Hachette, 1991 et Claude Fohlen, *Les pères de la révolution américaine*, Paris, Albin Michel, 1989.

³⁾ Le leader des anti-esclavagistes républicains du Sénat, le sénateur du Massachusetts Charles Sumner combattit par exemple tout au long des années 1860 pour introduire dans la Constitution américaine du concept d'égalité devant la loi, directement inspiré de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen. David H. Donald, *Charles Sumner and the Rights of Man*, New York, Alfred A. Knopf, 1970, pp.149-151. On oublie souvent la période américaine de Clemenceau formatrice de nombreux de ses jugements politiques. Durant trois années Clemenceau publia des articles pour *Le Temps*. Ils ont été retrouvés, traduits et édités aux Etats-Unis avec l'autorisation de Georges Clemenceau, mais n'ont jamais fait l'objet d'une publication en France : Georges Clemenceau, *American Reconstruction 1865-1870 and the impeachment of President Johnson*, édité par, avec une introduction de Fernand Baldensperger, trad. Margaret Mac Veagh, New York, Lincoln Mac Veagh-The Dial Press, 1928. Sur la comparaison des deux périodes voir Françoise Michaut et Philippe Woodland, *L'équilibre et le changement des systèmes politiques, sur deux crises significatives de la fin du XIXème siècle*, Paris Presses Universitaires de France, Paris, 1977 ainsi que la préface de Michel Troper.

⁴⁾ André Tardieu, *Notes sur les Etats-Unis, société, politique, diplomatie*, Paris, Calmann-Lévy, 1908.

⁵⁾ "Le régime présidentiel", *Bulletin du club Jean Moulin*, n°21, mars-avril 1961.

La conception fondationnaliste défend, à l'opposé, une limitation du pouvoir des représentants du peuple. Elle considère nécessaire de protéger contre toute atteinte par le pouvoir politique un certain nombre de droits fondamentaux, le plus souvent inscrits dans les Constitutions ou dans des déclarations des droits qui leur sont annexées.

Contre les monistes, pour qui les représentants élus du peuple doivent pouvoir tout, et contre les fondationnalistes, qui considèrent nécessaire de leur interdire toute atteinte à des droits fondamentaux, Bruce Ackerman considère que les institutions américaines ont développé une voie originale, celle du dualisme.

Ces institutions apparaissent pourtant de prime abord comme fondationnalistes, car les lois votées par le Congrès, composé de la Chambre des Représentants et du Sénat, puis approuvées par le Président des Etats-Unis peuvent être soumises au contrôle d'une Cour suprême qui vérifie alors leur conformité à la Constitution et aux droits fondamentaux qu'elle garantit.

Mais elles sont aussi monistes, car à certains moments de son histoire, dans des périodes de haute mobilisation politique, des moments révolutionnaires, le peuple américain a pu, par l'intermédiaire de ses représentants, non seulement modifier la Constitution ou les droits fondamentaux garantis par elle, mais le faire sans respecter les procédures prévues à cet effet.

Aux Etats-Unis, le débat et la décision politique s'organisent donc selon deux chemins différents : le premier c'est celui des périodes de politique ordinaire, pendant lesquelles le peuple, peu mobilisé par les affaires publiques, laisse les élus et les forces politiques aux prises avec eux mêmes et avec les intérêts, privés ou publics.

Le second est celui des moments révolutionnaires, moments exceptionnels où le peuple directement mobilisé tranche lui même, de façon réfléchie, un débat d'une haute intensité, sans égard excessif pour le respect des règles formelles.

Quand le peuple n'est pas directement impliqué, c'est à dire dans les moments de politique ordinaire, les fondateurs de la République américaine ont considéré, par méfiance à l'égard de tout pouvoir politique, qu'aucun organe ne devait pouvoir le représenter ou parler en son nom. Ils ont donc prévu que le pouvoir de faire la loi nécessiterait la coopération de trois instances élues selon des modes différents, le Sénat, la Chambre des Représentants et le Président.

Ces trois instances ne jouent plus le même rôle que dans la république des origines - au départ seule élue du suffrage populaire, renouvelée tous les deux ans la chambre était

censée représenter la Nation et ses impulsions du moment, sur le modèle de la Chambre des communes ; aujourd'hui elle est le rassemblement d'intérêts plutôt locaux ; le Sénat qui était censé représenter les intérêts locaux des Etats est devenue de plus en plus une instance de réflexion nationale; et le président qui devait être l'arbitre entre les deux chambres du Congrès est devenu le vecteur des impulsions et des mobilisations nationales - ; mais l'idée reste la même : trois approches éclatées de la représentation politique permettent d'approcher la volonté du peuple quand ces organes se mettent d'accord : surtout elles permettent de ne pas lui nuire en cas de désaccord, car alors le veto de l'un peut bloquer les initiatives des autres.

En outre, même quand ces instances parviennent à un accord, la Cour Suprême vérifie la conformité de la loi votée à la Constitution, dont le texte et les principes ont été approuvés directement par le peuple à un des moments rares de l'histoire américaine où il s'est mobilisé.

Dans la foulée de la révolution et de l'indépendance, la Constitution originelle de 1787 est née de ce type d'engagement direct du peuple que Ackerman analyse. Les membres de la convention rassemblés à Philadelphie cette année là pour amender la Constitution n'avaient reçu de leurs différents Etats qu'un mandat fort restreint : Il s'agissait de corriger le schéma de la confédération qui les unissait depuis 1781 trop lâche, trop faible à imposer des règles homogènes entre les Etats ; celles-ci étaient devenues pourtant indispensables face à la menace anglaise toujours présente. Très vite les partisans d'un pouvoir national relativement fort, les "fédéralistes" ⁽⁶⁾ outrepassèrent ce mandat et se mirent à rédiger une nouvelle constitution. Les rédacteurs, les pères fondateurs de la Constitution ne savaient pas si le Congrès qui les avait mandatés transmettrait aux Etats leur projet de texte. Il le fit et le débat de ratification qui suivit fut très vif ⁽⁷⁾. A la fin du processus, l'approbation par le peuple et l'entrée en vigueur de la Constitution valut légitimation du contenu de leurs propositions constitutionnelles comme de la procédure extraordinaire qu'ils avaient suivie pour les élaborer.

Plus tard dans l'histoire américaine, parce que le souvenir et l'idée de révolution restent populaires, non pas comme processus de transformation sociale, mais au sens où Hannah Arendt l'entend - une oeuvre de transformation de la conscience politique, un moment de redécouverte de la citoyenneté, où le peuple prend en mains son destin pour changer les choses -, il arrive que des mouvements se produisent, que des citoyens mécontents voire

⁶⁾ Très habilement, sachant l'attachement toujours puissant à l'autonomie des Etats, les nationalistes ne s'affichent pas comme tels et empruntent même à leurs adversaires le titre de "fédéralistes" leur imposant celui péjoratif d'"anti-fédéralistes". Denis Lacorne, *idem*, p.109.

⁷⁾ Cf. Marie-France Toinet, *Le système politique des Etats-Unis*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, Chapitre Premier.

exaspérés de ce qui se passait à Washington, se mobilisent, décidés à changer profondément les institutions dans leur fonctionnement ou dans leur esprit.

Que se passe-t-il alors? Ces citoyens mobilisés réussissent parfois à faire élire un Président ou une majorité à la Chambre, bien décidés à appliquer leur programme de changement. Mais en raison de la division des pouvoirs, le camp des réformateurs ne prend le contrôle que d'une partie du pouvoir national ou fédéral. Les non réformateurs résistent au nom des principes anciens dans l'une ou l'autre partie du pouvoir par exemple à la Présidence, au Sénat ou à la Cour Suprême et la bataille s'engage dans laquelle le mouvement de réforme se consume le plus souvent, faute de soutien suffisant. S'il triomphe, ce sera donc après qu'une mobilisation des camps adverses ait permis l'exposé de différents points de vue au cours d'une nouvelle campagne électorale et après que le peuple ait reconfirmé ses premiers engagements réformateurs. Le changement peut alors être profond et affecter des principes au coeur de la démocratie américaine. Dans l'histoire constitutionnelle américaine, de tels changements ne se sont produits après la révolution fondatrice que deux fois, au moment de la Reconstruction et du *New Deal*.

Après la guerre de sécession, le Congrès républicain avait repris le flambeau de la réforme pour la fin de l'esclavage allumé par Abraham Lincoln. Mais après son assassinat la bataille faisait rage entre ceux qui voulaient le retour des Etats du sud dans l'Union, sans condition et ceux qui désiraient leur imposer la fin de l'esclavage et des discriminations raciales. Le successeur de Lincoln à la présidence, Andrew Johnson exigeait que le Quatorzième Amendement à la Constitution déjà soutenu par les deux tiers exigés des membres du Congrès, mais qui devait recueillir aussi, pour être ratifié conformément à l'article 5 de la Constitution américaine, l'approbation de trois quarts des législatures d'Etat, fut également soumis à la ratification des législatures reconstituées des Etats du sud. Le Congrès réagit en exigeant comme condition préalable à la réintégration des Etats du sud dans l'Union, leur acceptation du Quatorzième Amendement. Johnson tenta de mobiliser le peuple contre le Congrès, échoua aux élections de 1866. Il fut forcé d'entériner et le Quatorzième amendement et la procédure imposée par le Congrès pour son adoption, qui excluait le Sud pour obtenir la majorité des 3/4 avec le seul Nord, la permit au mépris du respect formel de la Constitution, mais avec le soutien du peuple.

Au milieu des années 1930, au moment du *New Deal*, Franklin D. Roosevelt dut faire face à la Cour Suprême dont les décisions annulèrent ses réformes économiques et finit par la vaincre en la menaçant d'augmenter, avec la complicité du Sénat, le nombre de ses juges et obtint en son sein un renversement de majorité et une transformation de sa jurisprudence.

Dans les deux cas c'est le soutien populaire, non pas soudain et irréfléchi mais confirmé sur la longue durée, à l'occasion de deux élections critiques en 1866 et en 1936, intervenues après deux veto - celui de Johnson sur le *Civil Right Act* et celui de la Cour suprême sur le *National Industrial Recovery Act* de 1933 en 1936 - qui trancha le débat entre réformateurs et les conservateurs. A chaque fois ce soutien renouvelé fait que la réforme est entérinée par les pouvoirs qui au plan fédéral y faisaient jusque là obstacle et est inscrite, soit formellement dans la Constitution, soit dans une jurisprudence qui en modifie profondément l'interprétation.

L'organisation du pouvoir politique en période ordinaire a donc une influence directe sur l'aboutissement d'une mobilisation "révolutionnaire". La division du pouvoir politique entre trois branches élues selon des modalités et à des moments différents permet, en période de politique ordinaire, d'empêcher la concentration du pouvoir. En période de mobilisation révolutionnaire, elle permet que le changement ne puisse avoir lieu par surprise parce qu'une partie du peuple se serait mobilisé pour une élection, tandis qu'une autre ne l'était pas. Une première victoire a pu intervenir ainsi, mais elle trouve alors dans l'un des autres pouvoirs une forte opposition qui donne lieu à l'occasion de l'élection qui suit à une mobilisation politique des camps adverses et à une seconde délibération du peuple qui tranche lui même après avoir eu le temps de réfléchir.

Pour que le mouvement de mobilisation révolutionnaire se transforme en tournant constitutionnel, il doit durer - au moins le temps de deux élections - et obtenir la répétition informée de l'engagement direct du peuple. S'il l'obtient, le respect strict des règles formelles n'importe alors plus guère car le camp des opposants accepte la force constitutionnelle du verdict populaire.

Dans ce système dualiste, la Cour suprême joue aujourd'hui un triple rôle essentiel, au point de rencontre et d'intégration des moments de politique ordinaire et de politique constitutionnelle :

Elle joue d'abord le rôle qu'on lui attribue habituellement : elle préserve la Constitution, en invalidant les lois qui lui paraissent incompatibles avec les solutions constitutionnelles choisies par le peuple lui même dans le passé. Elle est alors l'auxiliaire du peuple dans la préservation de ses droits contre toute atteinte à ses prérogatives par les élus et la loi qu'ils votent.

Elle est ensuite le lieu de la résistance au changement à la suite de la première offensive du mouvement réformateur ; ce faisant elle avertit la masse des citoyens que quelque chose est en train de se passer dans les allées du pouvoir, que certains tentent de légiférer à un niveau qui nécessite une mobilisation adéquate du peuple.

Enfin si le mouvement de réforme a puisé dans la reconfirmation par le peuple sa légitimité, elle devient un lieu d'intégration du changement. Elle modifie sa jurisprudence, en mesurant la portée et l'étendue de l'amendement adopté ou des transformations de principes

approuvées par le peuple au regard des autres dispositions de la Constitution ou de la jurisprudence interprétative de la période précédente. Elle effectue ainsi un travail de synthèse décisif.

L'équilibre des pouvoirs est souvent invoqué pour expliquer la longévité des institutions américaines ; Ackerman nous démontre qu'elles doivent surtout leur légitimité et leur stabilité à leur capacité d'assurer la primauté du peuple et de la traduire au plan institutionnel : pour limiter le pouvoir des élus en période ordinaire ; pour permettre sa réintervention constitutionnelle en période révolutionnaire sans respect excessif des règles formelles. Celles-ci ont donc montré une souplesse d'adaptation qui a le plus souvent manqué en France.

Le dualisme qui a permis cette souplesse n'est pas déclaré explicitement dans la Constitution américaine : il a été pratiqué par les pères fondateurs, les hommes politiques américains des générations suivantes et par les juges de la Cour Suprême. Et Ackerman l'a retrouvé et dégagé de leurs écrits, et de leurs actes et de leurs décisions juridictionnelles et nous le fait découvrir.

Une nouvelle lecture des institutions françaises

La France a donc, au contraire, connu depuis la révolution deux siècles d'instabilité et d'affrontements entre partisans de solutions constitutionnelles opposées et tour à tour triomphantes ; différents régimes s'y sont imposés et succédés, monarchique, impérial ou républicain. Avec la Constitution de 1958, c'est une synthèse qui a été tentée et pour l'instant réussie entre la république et un exécutif fort. Le régime est stable et accepté et le débat constitutionnel d'aujourd'hui apparaît aussi comme un duel entre monistes et fondationnalistes, qui tournerait incontestablement à l'avantage des derniers.

La conception moniste, qui considère que les élus du peuple sont les seuls à pouvoir le représenter et parler en son nom a longtemps été celle de la gauche républicaine, partisane du régime ou plutôt de la souveraineté parlementaire, dans la tradition de la révolution française. Cette tradition moniste qui défend le pouvoir souverain des élus est encore aujourd'hui invoquée par ceux qui parfois s'insurgent contre certaines des décisions du Conseil constitutionnel.

Mais la conception fondationnaliste qui vise à préserver la Constitution de toute transgression a, depuis quelques années, gagné un large terrain, justement grâce à la création de ce Conseil et à l'extension progressive du champ de ses interventions. Ce faisant, aux yeux de la majeure partie des juristes, la France aurait depuis 1958 bâti un régime politique analogue à celui des autres grandes démocraties européennes : on désigne par le suffrage universel un grand responsable national appuyé par une équipe et une

majorité parlementaire tant bien que mal cohérentes et en tout cas disciplinées ; la donne est remise en cause périodiquement ; les droits de l'opposition sont garantis, de même que l'Etat de droit⁽⁸⁾.

Mais pour assurer définitivement la convergence européenne et parfaire l'approche fondationnaliste, trois réformes s'imposeraient encore, qui permettraient de libérer la Vème république des dernières imperfections dont elle souffrirait :

- il conviendrait d'abord d'établir définitivement par quelle voie la Constitution peut être modifiée : pour instaurer en 1962 l'élection du président de la république au suffrage universel, le général de Gaulle a utilisé l'article 11 de la Constitution, qui lui a permis de contourner la procédure normale de l'article 89 et le veto du parlement, en consultant directement le peuple. Cette réforme s'est définitivement imposée après l'approbation des citoyens, mais il s'agit d'éviter que l'expérience de 1962 ne se reproduise. Or la tentation existant toujours ⁽⁹⁾, on propose de faire de l'article 89 la seule et unique voie de réforme constitutionnelle ⁽¹⁰⁾.

il faut ensuite renforcer le Conseil constitutionnel : même si son rôle est reconnu par tous, sa jurisprudence intégrée dans le processus de décision politique ⁽¹¹⁾, il arrive encore qu'après une de ses décisions, les parties désavouées mettent en cause son autorité ou l'étendue de ses compétences. Pour les constitutionnalistes, c'est inacceptable et il convient donc de renforcer la légitimité et les pouvoirs du Conseil constitutionnel ⁽¹²⁾.

- enfin et surtout, il leur paraît nécessaire de mettre fin au désordre causé par la division du pouvoir exécutif en période de cohabitation. Celle-ci est perçue comme "une malfaçon ou tout au moins un *modus vivendi* provisoire rendu supportable par l'attente du prochain moment de vérité" ⁽¹³⁾. Pour l'éviter, il suffirait de réduire la durée du mandat présidentiel à cinq années afin de le faire coïncider avec la durée du mandat des députés ⁽¹⁴⁾.

⁸) Cf. Georges Vedel, "Réformer les institutions....Regard rétrospectif sur deux Commissions", *Revue française de science politique*, vol.47, n°3-4, juin-août 1997, pp. 325-326.

⁹) François Mitterrand défendait son usage dans un entretien accordé à la revue *Pouvoirs* en 1988, n°45. Pour une défense de la constitutionnalité de la réforme de 1962 Cf. François Goguel, "De la conformité du référendum du 28 octobre 1962 à la Constitution", dans *Droit, institutions et systèmes politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*, Paris, PUF, 1987, pp.115-125.

¹⁰) Cf. Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Georges Vedel, *Rapport au Président de la République, Propositions pour une révision de la Constitution*, 15 février 1993, Paris, La Documentation Française, 1993.

¹¹) Cf. Alec Stone, *The birth of Judicial politics in France*, Oxford University Press, New York, 1992 et Bastien François, "Le Conseil Constitutionnel et la cinquième république", *revue française de science politique*, vol.47, n°3-4, juin-août 1997, pp.377-403.

¹²) Cf. Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, 1997, Descartes et Cie, pp.75-81.

¹³) Cf. Georges Vedel, "Réformer les institutions....Regard rétrospectif sur deux Commissions", *Revue française de science politique*, vol.47, n°3-4, juin-août 1997, pp. 325-326.

¹⁴) Cf. Guy Carcassonne, Olivier Duhamel, Yves Mény, Hugues Portelli et Georges Vedel, "Changer la République" *Le Monde*, 7 mai 1997, pp.16et 17, Georges Vedel, "Réformer les institutions....Regard rétrospectif sur deux Commissions", *Revue française de science politique*, vol.47, n°3-4, juin-août 1997, Georges Vedel, "le régime présidentiel? La moutarde après dîner", *Le Monde*, 31 octobre 1997, p.15.

Ces trois propositions de réformes visent à mettre fin à trois incertitudes : celle du pouvoir présidentiel, de la légitimité du Conseil Constitutionnel, celle enfin de la procédure de révision constitutionnelle. Mais ces trois incertitudes posent-elles vraiment problème? La cohabitation est populaire : les électeurs ne semblent voir rien d'anormal à ce que les pouvoirs du président, jugés parfois excessifs ou trop peu démocratiques puissent être remis en cause et que le jeu électoral puisse donner alternativement un avantage au président appuyé sur une majorité présidentielle ou à un Premier ministre chef d'une majorité parlementaire. La majeure partie de nos concitoyens ne s'est pas formalisé des modalités d'approbation de la réforme de 1962 ne se formalise pas non plus de ce que le Conseil constitutionnel soit de temps à autre critiqué.

Peut être perçoit-on ces éléments de notre histoire constitutionnelle autrement que comme des malfaçons, mais comme des signes d'identité, certes apparus sans avoir été prévus, mais qui sont devenus comme les indicateurs d'un système dont on sent bien la particularité ; on ne sait pas très bien comment en expliquer ni en justifier la logique interne, mais on mesure bien qu'y toucher sans précaution pourrait le déséquilibrer.

Or à l'aune du dualisme, dont Ackerman a décrit outre-Atlantique le fonctionnement, cette logique interne s'éclaire et ces trois "dysfonctionnements" apparaissent sous un jour nouveau.

Car, au regard de l'expérience américaine, qu'est ce que la réforme de 1962, sinon un de ces moments révolutionnaires décrits par Ackerman, où le peuple s'est trouvé appelé à trancher un conflit entre plusieurs instances politiques. En France il s'est produit entre le président et le parlement et le peuple a tranché en faveur du premier. Comme aux Etats-Unis, l'approbation s'est produite à plusieurs reprises : une première fois directement à l'occasion du référendum d'octobre 1962, une deuxième fois en novembre de la même année lorsque les citoyens ont accordé à de Gaulle une majorité à l'Assemblée Nationale après que celle-ci ait été dissoute ; une troisième validation a eu lieu à l'occasion de l'élection présidentielle de 1965, ou plutôt de 1969 lorsque les acteurs politiques qui s'étaient opposés à la réforme ont soutenu la candidature d'Alain Poher, échoué, et progressivement quitté la scène ⁽¹⁵⁾.

¹⁵⁾ C'est ainsi qu'il faut interpréter l'alliance qui se noue en 1971 au Congrès d'Epinay du parti socialiste entre l'aile gauche du PS - le CERES, Gaston Defferre, maire de Marseille, Pierre Mauroy, patron de la puissante fédération du Nord et François Mitterrand ; elle aboutit à l'accession de ce dernier à la direction du parti. Loin d'être une alliance de circonstances, elle repose sur un point d'accord fondamental : l'acceptation de l'élection du président de la république au suffrage universel : Jean-Pierre Chevènement avait voté en faveur de la Constitution en 1958. François Mitterrand et Gaston Defferre en avaient implicitement accepté les règles du jeu en étant candidats à la présidence en 1965 et 1969. Cf. Olivier Duhamel, *La gauche et la Vème République*, Paris, PUF, 1980.

S'il arrive ensuite au Conseil Constitutionnel d'être contesté, n'est ce pas qu'il joue de plus en plus, à sa façon, le triple rôle que la Cour Suprême a été progressivement amené à jouer aux Etats Unis?

- D'abord il préserve la Constitution considérant que "la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de [celle-ci]"⁽¹⁶⁾. Il exerce un contrôle presque systématique sur les lois, depuis que la réforme de 1974 a étendu le pouvoir de saisine du Conseil aux parlementaires de l'opposition.

- Ensuite, en étendant au préambule de la Constitution son champ d'intervention, il a inséré le contrôle de constitutionnalité dans le temps long et intégré ainsi les moments constitutionnels du passé. Le premier d'entre eux est celui de la Révolution française symbolisé par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ⁽¹⁷⁾. Le second est celui des débuts de la Troisième république. C'est ainsi en référence aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la république élaborés en cette période que fut prise la décision du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel censurant des atteintes à la liberté d'association ⁽¹⁸⁾. Ce travail de sélection, d'intégration et d'interprétation des moments révolutionnaires exerce une influence décisive sur certaines législations : en déclarant la liberté d'association, principe fondamental, le Conseil la protège contre une modification législative ; en décidant à l'inverse que le double droit du sol ne l'est pas même si, pour se faire, il se fonde sur une interprétation erronée de l'histoire législative, il permet à l'avenir sa mise en cause par une simple majorité parlementaire ⁽¹⁹⁾.

La contestation de ses décisions n'a dès lors rien en soi illégitime ; dans un pays où le peuple veut continuer à pouvoir dire son mot, elle est le signe qu'aucune autorité ne peut s'arroger le droit de parler en son nom définitivement ; cette contestation intermittente a le plus souvent fait long feu. Une fois, en 1993, sur le droit d'asile, elle a abouti à une révision immédiate et excessivement rapide de la Constitution ; un jour elle sera peut-être l'amorce d'un mouvement de réforme révolutionnaire, d'une remise en cause d'une interprétation ou du texte lui-même de la Constitution validée par le peuple.

¹⁶⁾ décision du 23 août 1985, à propos de l'évolution de la Nouvelle Calédonie.

¹⁷⁾ Odile Rudelle, "Le légicentrisme républicain", in François Furet & Mona Ozouf (dir.), *Le siècle de l'avènement républicain*, pp. 441-471.

¹⁸⁾ cf. le très intéressant article de Peter L. Lindseth, "Law, History and Memory: "Republican moments" and the legitimacy of constitutional review in France", *Columbia Journal of European Law*, Vol.3, 1996/97, pp.49-83.

¹⁹⁾ Sur le danger de l'usage de faits historiques par le Conseil Constitutionnel, Cf. Georges Vedel, "Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif", *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°2, 1997, p. 87. Sur les circonstances de cette décision voir Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel, la doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes et Cie, p.117 ; sur l'erreur d'interprétation historique commise à cette occasion par le Conseil cf. Rogers Brubaker, *Citoyenneté et nationalité en France et en Allemagne*, traduit de l'anglais par Jean Pierre Bardos, Belin, Paris, 1997, et Patrick Weil, *Des conditions d'application des principes du droit du sol pour l'attribution de la nationalité française*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1997.

3. Enfin, si la cohabitation est devenue si populaire, n'est ce pas parce qu'elle a établi de façon pragmatique un rééquilibrage du pouvoir présidentiel, organisant une coopération forcée entre les responsables politiques de bords opposés, plus proche du système américain que des modèles européens qui garantissent des droits à l'opposition sans jamais la contraindre à partager le pouvoir. Tout se passe en France aujourd'hui comme si, de la même façon qu'aux Etats Unis, les citoyens, n'ayant plus confiance dans leurs représentants élus, appréciaient le fait qu'ils doivent parfois coopérer pour décider et puissent alors se surveiller mutuellement. Cette coopération ne s'organise pas entre le parlement et le président comme aux Etats-Unis mais entre les deux branches du pouvoir exécutif ce qui dans un pays comme la France qui accorde tant à l'Etat est le meilleur moyen de permettre la coopération relativement équilibrée.

Une convergence franco-américaine s'est donc développée dans la pratique sans avoir été pensée au départ. Cette constatation ne devrait pas nous étonner. Car deux points essentiels rapprochent les Etats-Unis de la France et la distingue de ses voisins européens. Le premier est qu'aux Etats-Unis comme en France, la révolution est et reste populaire ; non pas comme processus de transformation sociale ou comme étape vers la libération prolétarienne mais, à l'instar des Etats-Unis, comme un moment où le peuple prend en mains son destin et investit son énergie et son identité pour changer les choses ; un moment qui est aussi comme l'avait vu Tocqueville de transformation sociale ⁽²⁰⁾ mais qui la place au second rang car il est avant tout, de redécouverte de la citoyenneté, de redéfinition politique.

Le second est que en France comme aux Etats-Unis le chef du pouvoir exécutif, le président de la république est élu au suffrage universel direct. En période de politique ordinaire, cette élection est propice à la concentration du pouvoir et sous la Vème république, le système est d'ailleurs entièrement organisé en vue de la conquête puis de l'exercice du pouvoir présidentiel ; ministres, partis, majorité et minorité parlementaires, tous sont soumis à la réalisation de cet objectif. En période révolutionnaire, quand le peuple est mobilisé pour intervenir directement dans les affaires publiques, de courtes mobilisations peuvent être alors l'occasion de changements constitutionnels trop rapides. Or "Le principe de la démocratie est que *rien ne puisse se faire malgré le peuple et hors du peuple*, mais non pas que le peuple puisse *réaliser immédiatement chacun de ses désirs*"⁽²¹⁾.

²⁰⁾ Alexis de Tocqueville, *Oeuvres complètes, Tome III, Ecrits et Discours politiques*,*** Paris, Gallimard, 1990 p. 197 : "Il est impossible de distinguer absolument une révolution politique d'une révolution sociale".

²¹⁾—) Tocqueville, *ibid*, p.207.

Accepter cette double convergence, c'est d'abord assumer la popularité de la révolution et les moments révolutionnaires qui représentent son héritage institutionnel, plutôt que de chercher à les museler ou à croire possible leur élimination ; c'est les organiser, les canaliser afin d'éviter à la fois que de courtes mobilisations puissent entraîner des changements fondamentaux trop rapides ou qu'à l'inverse des engagements reconfirmés plusieurs fois par le peuple en faveur de réformes profondes ne puissent pas trouver leur traduction, pour des raisons de procédure, au plan constitutionnel. Il s'agit donc d'éviter les deux écueils que notre histoire constitutionnelle nous a permis d'expérimenter et qui ont emportés deux républiques : la révision trop rapide sans mandat du peuple et la révision impossible malgré la volonté du peuple.

Le premier s'est par exemple produit à l'occasion de la révision constitutionnelle de juin 1940 qui transféra le pouvoir exécutif au Maréchal Pétain et mit fin à la III^{ème} république. Cette "révision hâtive" de la Constitution n'avait pas comme le proclama la France Libre le "caractère de liberté, de cohérence et de sérénité sans lequel un acte essentiel pour l'Etat et pour la Nation, ne peut avoir de réelle valeur constitutionnelle"⁽²²⁾.

Le second s'est produit en 1851, à l'approche de la fin du mandat de président de Louis-Napoléon Bonaparte. La mobilisation se développait pour l'autoriser à se représenter pour un nouveau mandat de quatre ans, ce que la Constitution ne permettait pas. La chambre des députés vota cependant la révision à une majorité de 60% (quatre cent quarante six voix contre deux cent soixante dix-huit) mais il en eut fallu 75% pour que celle-ci fut formellement approuvée. Dans les semaines qui suivirent soixante dix neuf des quatre-vingt-quatre conseils généraux se réunirent émis des vœux dans le même sens ⁽²³⁾. Rien n'y fit. Tocqueville conscient de cette situation de blocage et pour surtout éviter le coup d'Etat, se résignait à la candidature illégale du président que lui même souhaitait et qui aurait sans aucun doute été approuvée par le peuple ⁽²⁴⁾. Ce débouché à l'américaine à ce moment révolutionnaire français ne put se produire en raison du formalisme des parlementaires et du coup d'Etat de Bonaparte qui mit fin à la II^{ème} république. En 1962, c'est en fait grâce à l'article 11 qui permit au peuple d'être saisi et d'arbitrer directement le conflit entre le parlement et le président, que la V^{ème} république survécut à une crise institutionnelle de même nature.

Assumer le dualisme, c'est aussi mieux tirer les conséquences de l'élection du président de la république au suffrage universel. Elle rend nécessaire, plutôt que de renforcer le pouvoir du président, de le contrebalancer, en période de politique ordinaire comme en période révolutionnaire, afin de le rendre plus démocratique, mieux contrôlé, aléatoire, relatif à son

²²⁾ Déclaration organique complétant le Manifeste du 27 octobre 1940, *Journal officiel de la France Libre*, Première année. N°1. Lundi 20 janvier 1941, p.3.

²³⁾ André Jardin, *Alexis de Tocqueville, 1805-1859*, Paris, Hachette, pp. 434-436.

²⁴⁾ Cf. le compte rendu que fait Tocqueville de son entretien du 15 mai 1851, avec le prince-président Alexis de Tocqueville, *Oeuvres complètes, Tome III, Ecrits et Discours politiques*,*** Paris, Gallimard, 1990 pp. 420-422.

talent de gérer des situations différentes, à sa capacité de gagner et de garder le soutien des électeurs et des parlementaires, jusqu'à le forcer à coopérer avec l'opposition comme en période de cohabitation, quand il y échoue.

C'est aller à l'inverse de la principale proposition de la pensée constitutionnelle dominante, la réduction du mandat présidentiel à cinq ans, qui aurait pour résultat de renforcer la principale tare du système actuel. Réduire à cinq ans la durée du mandat présidentiel ce ne serait pas nous rapprocher des régimes allemands ou britanniques ; car c'est oublier que le premier ministre britannique et le chancelier allemand, parlementaires élus comme leur pairs dans une circonscription, sont redevables devant eux durant toute la durée de leur mandat. Cette responsabilité a des effets permanents sur la collégialité du pouvoir et sur sa responsabilité. Margaret Thatcher en 1990 et Helmut Schmidt en 1982 en ont fait la démocratique expérience.

Fort éloigné serait le système proposé pour la France ; avec un chef du pouvoir exécutif élu en même temps que l'assemblée et pour la même durée, mais au suffrage universel direct et sans responsabilité devant elle, il ne serait ni britannique, ni allemand ; mais bien plutôt proche du nouveau système israélien, dont on voit avec Nétanyahou les effets et les résultats. En liant à un président irresponsable, un Parlement élu avec lui et rééligible avec lui, on accentuerait encore la tare du système : sa soumission au Président.

Une fois au moins en cours d'un mandat de sept ans, à l'occasion de l'élection législative, le président de la Vème république est encore soumis au verdict des citoyens, au risque de la défaite et de la cohabitation. Avec un mandat aligné sur la durée du mandat parlementaire, ses pouvoirs ne seraient remis en cause que lorsqu'il serait lui même candidat à sa réélection : et nul doute que pour s'y préparer il userait pendant cinq ans des multiples ressources que la Vème république lui offre à volonté.

La popularité de la révolution et l'élection du président de la République au suffrage universel nous rapprochent donc beaucoup plus, qu'on le veuille ou non, du système américain, que des régimes politiques allemand, britannique ou italien. Intégrer ensemble ces deux éléments essentiels de notre système politique, passe par une refonte des procédures de modification de la Constitution ⁽²⁵⁾ et par le découplage des fonctions

²⁵⁾ - imposer un délai - par exemple de six mois - entre le vote d'une réforme constitutionnelle par les deux chambres et leur ratification par le Congrès ; le passage par la procédure du référendum serait en outre obligatoire à la demande de par exemple 25% des membres de l'une ou l'autre assemblée ou de 10% des électeurs ; tandis que le président de la république pourrait soumettre au référendum un projet ou une proposition de révision constitutionnelle si celle-ci recueillait à deux reprises, après l'écoulement d'un délai d'un an entre les deux votes, le soutien de 3/5 des membres d'une des deux chambres, un peu comme le proposait en 1993 le Comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel.

présidentielles et parlementaires ⁽²⁶⁾. Aux Etats-Unis, c'est la pluralité des pouvoirs élus selon des modalités différentes qui tout à la fois évite la concentration des pouvoirs, favorise ainsi la création d'un espace de débat propres à attirer et à mettre en valeur les talents dans des fonctions gouvernementales ou parlementaires aujourd'hui asphyxiées en France et permet l'intervention décisive mais réfléchie du peuple dans les moments fondamentaux. Or l'évolution des institutions de la Vème république a développé la fusion des pouvoirs et les réformes qui sont proposées contribueraient à l'accentuer.

Ackerman nous offre de choisir un autre chemin. J'invite maintenant le lecteur à le découvrir.

²⁶⁾ Pour atteindre ces objectifs, différentes réformes sont envisageables : - maintenir la durée du mandat présidentiel à sept ans, mais rendre ce dernier non renouvelable : la constitution américaine prévoit un mandat de quatre ans renouvelable une seule fois, soit un maximum de huit ans. Cette règle aboutit à rendre les membres du parti du président plus autonome à l'égard de ce dernier, lorsque son deuxième mandat est entamé. - Réduire le mandat parlementaire à quatre ans comme en Allemagne, afin que la durée du pouvoir sans partage du président ne soit pas assurée plus de quatre ans. Elire le sénat au suffrage direct, à la proportionnelle intégrale, afin que les minorités y soient représentées. Rendre la dissolution de l'Assemblée nationale impossible dans l'année qui suit une élection législative ; - en finir avec l'irresponsabilité présidentielle comme le propose Olivier Beaud, *L'Express*, 1er mai 1997.