

**LES CLAUSES D'IMPEACHMENT
ET LES DIFFÉRENTS SENS DU MOT
« CONSTITUTION » AUX ÉTATS-UNIS**

Denis BARANGER*

Je ne vais pas chercher à identifier toutes les formes que peut prendre la responsabilité du chef de l'État aux États-Unis. Je vais plutôt entreprendre de faire quelques pas en direction d'une meilleure compréhension de la procédure de destitution applicable, entre autres, au Président des États-Unis et que l'on appelle couramment l'*impeachment*. Au demeurant, cette institution de l'*impeachment* présente un caractère tellement central qu'il me semble qu'on pourrait montrer la manière dont elle commande l'interprétation d'ensemble de la responsabilité du Président américain. L'*impeachment* exerce de ce point de vue un effet tout à la fois attractif et inhibiteur. *Attractif* parce que la volonté politique d'engager la responsabilité d'un Président doit en général se couler dans le moule de l'*impeachment*. *Inhibiteur*, parce que l'*impeachment* possède une solennité, une gravité telles que ce n'est pas un outil d'usage quotidien, et que les tentatives d'infliger au Président des sanctions ou des désapprobations de moindre ampleur sont arrêtées par cette solennité et cette gravité. D'un point de vue dogmatique, tout cela se retranscrit dans le fait que l'*impeachment*, dans les raisonnements tenus par les juristes, *fait exception*¹.

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II, membre de l'Institut Universitaire de France.

¹ Cela est souvent remarqué par la Cour suprême. Ainsi dans *Bowsher v. Synar* (478 U.S. 714 ; 1986) : « Congress cannot reserve for itself the power of removal of an officer charged with the execution of the laws *except by impeachment* ». Ou dans *Morrison v. Olson* (487 U.S. 654 ; 1988) : « Indeed, *with the exception of the power of impeachment* – which applies to all officers of the United States – Congress retained for itself no powers of control or supervision over an independent counsel ».

I. UNE RESPONSABILITÉ CONSTITUTIONNELLE : L'*IMPEACHMENT* ET LA GARANTIE DE LA CONSTITUTION

A. - *Les difficultés d'interprétation des clauses d'impeachment*

Les juristes identifient dans la Constitution de 1787 une série de dispositions connues sous le nom de « clauses d'*impeachment* ». Parmi ces clauses se trouve la section 4 de l'article II de la constitution par laquelle il est habituel de commencer.

Ce texte dispose que :

« Le Président, le vice-Président, et tous les officiers civils des États-Unis seront destitués de leur office sur mise en accusation et condamnation pour trahison, corruption, hauts crimes et délits ».

La position de départ la plus appropriée consiste ici dans le fait de remarquer que la Constitution crée une procédure de destitution sans spécifier si celle-ci est « pénale », ou « politique », ou quoi que ce soit d'autre. Tel est le point de départ, celui du silence de la Constitution à ce sujet. Ce silence est même encore plus profond. Le fait même de singulariser au sein de la Constitution un ensemble appelé « clauses d'*impeachment* » est une opération synthétique assez élémentaire, mais déjà un pas en avant par rapport à cette neutralité première de la constitution. La Constitution ne s'interprète pas elle-même. Point de départ du raisonnement, le silence des dispositions constitutionnelles ne peut pas être aussi son point d'arrivée. De la règle de droit, il n'est pas possible de ne rien dire. Elle participe du « devoir être » en ce sens au moins qu'elle ne saurait demeurer dans ce non-être où la condamnerait un silence définitif. La loi n'est pas à proprement parler comme « un homme présomptueux et ignorant, qui ne laisse personne rien faire en dehors de ce qu'il a lui-même décidé, personne non plus lui poser aucune question », selon la métaphore platonicienne (*Lois*, 294). Elle est plus exactement un silence qui n'est transformé en parole qu'à travers la voix de l'interprète. Devenue loi, la parole de l'auteur de la constitution est retournée au silence. Lorsque le relais sera pris par la parole de l'interprète, ce silence sera rompu. Il ne le sera pas de manière arbitraire, dans un espace de totale indétermination. Ainsi pour revenir à la question qui est la nôtre, prétendre que toute prise de position quant à la désignation que l'on se propose d'attribuer à la procédure en question, relève seulement d'une caractérisation arbitraire, purement « terminologique », n'est pas non plus satisfaisant. Il n'y a pas de cloison entre ce qui est dans la règle, sa signification intrinsèque en quelque sorte, et ce qui est incorporé, « ajouté » par l'interprète. Dans un cas comme celui qui nous occupe, on voit bien que tout ce que l'on peut dire, et que l'on dit habituellement, repose sur l'adjonction de termes, de qualifications, de manières de penser extérieures

au texte même de la loi constitutionnelle de 1787. Si on prétendait s'en tenir à un matériau qui serait exclusivement de « droit positif », on ne pourrait même pas dire que la Constitution américaine contient des « clauses d'*impeachment* » ou « une procédure de destitution connue sous le nom d'*impeachment* ». Une fois que l'on admet qu'il importe de dire de quoi il s'agit, de trouver une dénomination pourvue de sens, même s'il s'agit de la sorte assez abrupte d'attribution de sens qui est opérée lorsque l'on range un objet dans une catégorie abstraite, la difficulté vient du fait que les options couramment retenues ne sont guère satisfaisantes. Peut-on parler de « responsabilité » ? La réponse est probablement positive, du fait que la notion de responsabilité est si vaste qu'elle peut recouvrir toute opération par laquelle une autorité compétente fait peser sur un sujet de droit des conséquences juridiquement identifiables. La procédure en question ressortit-elle à la catégorie des responsabilités pénales ou criminelles, ou à celle des responsabilités dites politiques ? La question est ouverte. Il va d'ailleurs de soi que l'on n'est pas lié par ces options, dont les implications respectives ne sont au demeurant pas nettes.

S'agissant d'interpréter les clauses d'*impeachment*, deux observations d'ordre plus général, relatives au problème de l'interprétation constitutionnelle, méritent d'être faites. La première est la plus générale des deux. Il est particulièrement intéressant de ne pas traiter le problème de l'interprétation *ex ante*, c'est-à-dire dans la position d'un interprète abstrait se trouvant au seuil de son acte d'interprétation. Il semble plus fécond de raisonner *ex post*, en envisageant les interprétations qui ont effectivement été opérées. Je tenterai de donner un peu de plausibilité à cette proposition en analysant les articles d'*impeachment* comme des échantillons de telles interprétations concrètement effectuées. Ces articles sont des textes qu'il est utile d'appréhender comme un tout, ne serait-ce que pour en remarquer la nature cumulative, la propension à l'empilement et à la combinaison des affirmations. La seconde remarque est une application de la première. Dans les échantillons d'interprétation des articles d'*impeachment* dont nous disposons, nous sommes conduits à détecter différents langages, c'est-à-dire différents modes de présentation du droit qui s'expriment chacun avec un vocabulaire propre, et qui correspondent à des registres argumentatifs assez distincts. Ainsi, dans le cas de l'*impeachment*, on rencontrera le registre de la séparation des pouvoirs (l'*impeachment* comme mécanisme de *checks and balances*), le registre de la lecture juridictionnelle de la Constitution (l'*impeachment* comme compétence congressionnelle dans le contexte d'une « Constitution de pouvoirs énumérés ») ou bien encore des manières de parler qui sont distinctes de ces premières formes. Ces registres se combinent parfois, ce qui nous reconduit à ma première observation. Partant de là, je me bornerai ici à cerner trois séries de problèmes d'interprétation

posés par les clauses d'*impeachment* : qui est visé (1) ? En quelle mesure et de quelle manière la Constitution détermine-t-elle le comportement de ceux qui ont l'intention de porter une accusation (2) ? Et quel est le sens du terme « destitution » (3) ? J'aurai ainsi cheminé jusqu'au point où il faudra élargir le regard au delà des « *clauses d'impeachment* » et s'interroger sur le sens qu'il faut donner à l'idée de la Constitution en vue de comprendre ces clauses.

1) Je ferai ultérieurement certaines remarques sur ce que dit la section 4 de l'article II au sujet des personnes pouvant être visées par la procédure de destitution. Remarquons seulement ici que, du point de vue des destinataires, il ne concerne pas le seul Président mais encore le vice-Président et tous les titulaires d'offices civils. La délimitation de ce champ d'application est en elle-même assez mystérieuse. C'est un halo de mystère plutôt qu'une ligne nettement délimitée. En particulier, il est admis que les juges fédéraux, y compris ceux de la Cour suprême, sont inclus dans le champ. Il est aussi admis que seuls certains détenteurs d'offices supérieurs de l'État fédéral sont visés. Pourquoi ? Cela ne se déduit pas du texte des clauses d'*impeachment*. Cela résulte d'une sorte de convention interprétative. De telles conventions interprétatives sont très courantes dans le droit de l'*impeachment*. On pourrait presque dire que ce droit est pavé exclusivement soit de questions dépourvues de réponses, soit de réponses consistant en de telles conventions interprétatives. Sur à peu près toutes les questions possibles, une controverse a pu voir le jour, dans laquelle chaque partie pouvait faire valoir des arguments raisonnables.

2) Le droit de l'*impeachment* contient une série de termes caractérisant ce qui peut être reproché, disons (en termes neutres) les infractions pouvant relever de la procédure de « *removal* ». Ces termes sont ceux de « *Treason, Bribery* » et « *other high Crimes and Misdemeanours* ». S'y ajoutent, si l'on cherche à étendre la palette des références, les formules encore plus diverses contenues dans les constitutions des États concernant des procédures de destitution comparables. S'y ajoute encore ce qui est fait de ces formulations dans les articles d'*impeachment* adoptés par la Chambre des représentants, sans parler de l'impact sur leur interprétation des votes coupables ou non coupables du Sénat. On voit par là que, selon le point auquel on se place, les liens enserrant le processus interprétatif peuvent tout aussi bien apparaître comme des fenêtres par lesquelles l'interprète peut s'évader. En d'autres termes : essayer de définir l'acte d'interprétation comme une liberté totale pose autant de problèmes que de le définir comme une absence totale de liberté. Essayer d'appliquer un coefficient de liberté (y compris l'infini) à

celui qui est en position d'interprète est une tâche dont on peut sérieusement penser qu'elle aboutit à une impasse.

Que faire de ces termes ? Il semble peu discuté que les faits susceptibles d'*impeachment* ne se limitent pas aux qualifications du droit pénal, en tout cas, pour ce qui concerne les « *high Crimes and Misdemeanors* ». Hormis pour la « trahison », qui est définie ailleurs dans la constitution², et peut-être pour l'infraction de « corruption » (pour laquelle, ici également une sorte de convention interprétative renvoie à la loi sur la corruption de 1790)³ : il n'y a pas de principe de légalité des infractions⁴. On doit d'ailleurs remarquer que tous les articles d'*impeachment* dirigés contre un Président des États-Unis visaient à constater la commission de hauts crimes et délits. Jamais les qualifications de trahison ou de corruption n'ont été employées contre un Président dans des articles d'*impeachment* votés par la Chambre des représentants.

À certains égards, les termes employés par la Constitution ont le même effet de détermination que les éléments légaux constitutifs d'une infraction pénale. Ainsi, le rédacteur d'un article d'*impeachment* n'a pas le pouvoir de créer de nouveaux labels, par exemple en ajoutant « *Robbery* » à *Treason, Bribery, High Crimes and Misdemeanors*. Cette restriction quant aux faits générateurs de l'*impeachment* vient du dehors. Elle provient d'une maxime d'interprétation de la Constitution dans son ensemble. Celle-ci étant dite une « Constitution de pouvoirs limités », cela se reporte sur la clause en question : à travers elle, « les pères fondateurs n'ont pas conféré un pouvoir illimité d'empêcher et de condamner, mais un pouvoir limité »⁵. Cette manière de voir va commander la lecture couramment faite des travaux de la convention de Philadelphie. Ainsi, on citera les propos par lesquels Madison a critiqué la proposition de Mason tendant à élargir la destitution aux faits de « maladministration ». « Un terme aussi vague, déclara Madison, serait équivalent à un office exercé selon le plaisir du Sénat ». Cela a été bien résumé par un spécialiste américain de l'*impeachment* qui a dit que les interprètes en la matière « n'étaient pas limités *par* les mots de la

² Dans la section 3 de l'article III : « La trahison envers les États-Unis ne consistera que dans l'acte de s'armer contre eux, ou celui de s'allier à leurs ennemis en leur donnant aide et facilités. Nul ne sera convaincu de trahison, à moins de la déposition de deux témoins sur le même acte patent, ou de son propre aveu en audience publique. – Le Congrès aura le pouvoir de fixer la peine de la trahison, mais aucune condamnation de ce chef ne pourra frapper la postérité du coupable [*work corruption of blood*], ni emporter confiscation de biens [*forfeiture*], sauf pendant la vie du condamné ».

³ Cf. M. J. GERHARDT, *The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis*, University of Chicago Press, 2000, p. 103.

⁴ Cf. E. ZOLLER, *De Nixon à Clinton, malentendus juridiques transatlantiques*, coll. « Béhémoth », Paris, PUF, 1999, p. 28 et s.

⁵ R. BERGER, *Impeachment : the constitutional Problems*, Harvard University Press, 1974, p. 86-87.

constitution, mais devaient s'en tenir *aux* mots de la Constitution »⁶. L'élément de détermination prend ici la forme d'une obligation d'employer certains mots, à l'exclusion de tous les autres. Ce qui n'est pas au pouvoir des organes compétents – autrement dit : ce qui détermine les hommes impliqués dans cette action du moment qu'ils entendent agir comme des « agents » ou des « officiers » de la Constitution – c'est d'employer un autre vocabulaire que celui de la constitution. Dans l'étape suivante de la même séquence (celle dans laquelle se trouve engagé le rédacteur d'un article d'*impeachment*), c'est un autre problème qui se pose. La Constitution n'est pas son propre dictionnaire. En déterminant l'emploi de certains termes pour déclencher une destitution, elle ne détermine pas le sens qui doit être donné à ces mots.

En 1970, Gerald Ford déclara qu'était passible d'*impeachment* « tout ce qui sera considéré comme tel par une majorité de la Chambre [des représentants] à un moment donné de l'histoire » et susceptible d'un jugement de culpabilité par le Sénat « n'importe quelle infraction » que ledit Sénat « considère être suffisamment sérieuse pour justifier la destitution »⁷. On ne se trouve pourtant pas dans un contexte de total arbitraire. Le processus de décision est créé par la loi constitutionnelle, et elle contient à son sujet un certain nombre de déterminations. La présence des qualifications constitutionnelles, aussi floues soient elles, a par exemple pour résultat de prévenir que l'*impeachment* s'apparente à un *act of attainder* par lequel le Congrès créerait de toute pièce une infraction, en vue de la réprimer immédiatement dans le chef de la personne poursuivie⁸. Pour qu'il y ait un *act of attainder*, il faut qu'il y ait un élément de législation combiné avec un élément simultané de juridiction. Avec les qualifications constitutionnelles s'appliquant à l'*impeachment*, cet élément de législation est nécessairement antérieur à l'exercice d'une sorte de pouvoir juridictionnel dans le cadre du « procès » de destitution. L'*impeachment* mobilise lesdites qualifications constitutionnelles et ne les crée pas. Cela ne supprime pas tous les inconvénients, car si la section 4 de l'article II impose toujours la matrice, la racine de l'opération de qualification, elle est loin d'en déterminer intégralement la teneur. Ainsi, le moindre problème de l'opération de qualification en cours dans une procédure d'*impeachment* n'est pas que l'élément de rétroactivité, celui là même qui a conduit la Constitution à proscrire les lois d'*attainder*, est difficile à éviter. Plus les

⁶ « Readers may not be confined by particular constitutional language, but they are confined to the language », M. J. GERHARDT, *op. cit.*, p. 67.

⁷ *Ibid.*, p. 103.

⁸ L. H. TRIBE, cependant, considère l'*impeachment* comme une exception à la prohibition des *acts of attainder*. Cf. *American constitutional Law*, vol.1, 3th ed., Foundation Press, 2000, p. 158.

qualifications constitutionnelles sont lâches, plus il est possible de les appliquer rétroactivement à des faits qu'on juge répréhensibles.

À d'autres égards, les mêmes termes impliquent, non pas une limitation mais une liberté. Plus exactement, elles sont de nature permissive. C'est ainsi que l'on pourrait interpréter le fait, remarqué par Hamilton, qu'il ne doive « pas y avoir de règle stricte de délimitation de l'infraction (*delineation of the offence*) » par le Sénat⁹. Les clauses *d'impeachment* ouvrent une sorte d'habilitation aux autorités visées par la section 2 et par la section 3 de l'article I. Elles autorisent la Chambre des représentants à les « remplir » librement de significations nouvelles. Librement n'est pas le mot exact, parce que l'on n'est pas libre avec le langage. Mais chacun sait que le langage a une propriété qui est l'équivocité, le fait que, lorsque l'on dit quelque chose, on ne dit pas une seule chose, et l'on n'est pas maître de tout ce qui est dit. Les clauses *d'impeachment* autorisent le Sénat, non pas à prendre l'initiative d'une telle création, mais à dire par « coupable » ou « non coupable » sur chaque article *d'impeachment*, si le travail créatif opéré par la Chambre des représentants correspond ou non aux labels contenus dans le texte de la constitution. Cette habilitation a une propriété remarquable qui est d'être exclusive : « la Chambre des représentants aura le pouvoir exclusif *d'impeachment* » tandis que le Sénat aura « le pouvoir exclusif » de juger sur cette base.

3) Ce qui résulte de la section 4 de l'article II, c'est que lorsqu'une des personnes visées aura commis un des faits répréhensibles définis par cette clause, il faudra tirer de la commission de ces faits une conséquence consistant dans ce que la Constitution appelle « *removal* ». « Destitution » est un terme français qui ne saisit pas exactement le sens de « *removal* » : un terme encore plus neutre, mais moins parlant dans la langue des juristes, comme « déplacement » pourrait mieux s'en rapprocher. Le texte ne vise pas des condamnations couramment considérées comme pénales, telles que la prison ou l'amende. La destitution rompt le lien entre la personne individuelle et l'office constitutionnel qui lui était attribué. La section 3 de l'article I précise que « la sentence (...) ne pourra excéder la destitution ou l'incapacité de tenir et de bénéficier de toute fonction honorifique, de confiance, ou rémunérée ». Il est intéressant de relever que, tout à la fois, on se trouve dans une hypothèse où une qualification doit être effectuée et on estime que des preuves peuvent et doivent être rapportées quant à établir la matérialité des faits qualifiés. La question se pose d'ailleurs, récurrente dans les études dogmatiques savantes sur *l'impeachment*, du « *standard of*

⁹ Cf. Lettre n° 65 du *Fédéraliste*.

proof» applicable à la procédure. Mais ce qui ne fait pas de doute, c'est qu'il faut des preuves.

B. - Une responsabilité constitutionnelle

1) *Impeachment et « higher lawmaking »*. L'absence de définition légale des infractions n'est pas une donnée contingente : elle ne résulte pas d'un silence du législateur que ce dernier pourrait rompre s'il s'y décidait. Un accord semble se faire sur l'idée que les infractions en question ne se prêtent pas à une définition légale. C'est le sens des propos de Joseph Story sur ce sujet : « Les infractions politiques sont d'une nature si variée et si complexe, si intrinsèquement incapables d'être définies, ou classifiées, que la tâche de la législation positive serait impraticable, s'il n'était pas même presque absurde de l'entreprendre »¹⁰. La nature « politique » de l'infraction semble être telle qu'elle fait obstacle à l'identification légale de ses éléments constitutifs.

Dans le régime parlementaire, la responsabilité politique des ministres devant le parlement échappe de la même manière à toute définition *a priori*. Les tentatives pour définir à l'avance des cas de responsabilité se sont soldées par des échecs. Mais la raison n'est pas la même : la responsabilité politique du régime parlementaire est une mise à l'épreuve de l'identité de vues politiques entre l'exécutif et le parlement. C'est fondamentalement une responsabilité gouvernementale par son objet. La question est *qui gouvernera ?*, et *comment gouvernera-t-il ?* La matrice logique et les formes discursives dans lesquelles doivent entrer les manifestations de défiance parlementaires ne consistent pas dans l'identification de faits correspondant à des éléments légaux abstraitement déterminés par un législateur. En un mot : la responsabilité politique de type parlementaire ne repose pas sur une opération de qualification. Elle échappe de ce fait un peu plus à l'art des juristes. Ce qui fait que les termes de la Constitution échappent pour l'essentiel à une définition préalable ne peut résider dans l'impossibilité, caractéristique du régime parlementaire, de saisir à l'avance ce qui fait l'objet ou non d'un consensus entre un gouvernement et une majorité parlementaire. Lorsqu'on dit que c'est la nature politique de l'infraction qui interdit sa qualification légale, on veut dire autre chose. On peut sérieusement douter que Story ait voulu dire que tout crime contre l'État échappe par définition à une définition légale. Les contre-exemples abondaient déjà en droit anglais et dans le droit de la jeune république américaine.

¹⁰ Cité par M. J. GERHARDT, *op. cit.*, p. 106.

Ici, je pense plutôt qu'on doit interpréter le terme d'infraction « politique » de la manière suivante : la question posée est celle de la conduite d'un gouvernant, et la réponse peut consister dans sa destitution. Le mal et son remède sont donc indiscutablement du ressort du politique, situés sur son territoire. Il ne s'agit pas de remédier à un mal individuel (punir le coupable, ou l'aider à se racheter) ni même à un mal social au sens large du terme (défendre la société), mais plus exactement à un mal touchant le gouvernement. Toutefois, dans le même temps, il s'agit là d'un gouvernement composé d'hommes de chair et de sang. Il y a un niveau d'analyse où le droit constitutionnel américain reconnaît l'existence d'un « gouvernement des hommes ». Il s'agit là aussi d'un gouvernement ayant des rapports étroits avec la société. La politique connaît des niveaux différents de sédimentation. Cela est particulièrement vrai de la politique dans les États constitutionnels modernes. Dans ces États, tout est construit de manière à distinguer ce qui est fondamental, ce qui sert de socle, et qui est appelé constitutionnel, et ce qui est de l'ordre d'une action politique immédiate, en relation avec la réalité immédiate, et soumis à ce droit fondamental. Le domaine du constitutionnel représente donc un espace de forte sédimentation du politique, une zone faiblement mouvante. Pour autant, la politique immédiate, disons gouvernementale, et la politique constitutionnelle ne sont pas entièrement dissociées. C'est une propriété centrale du constitutionnalisme moderne, notamment en Amérique et qui est affirmée dès les premières lignes des lettres du *Fédéraliste* : les arrangements politiques sont affaire de choix, ils relèvent de la liberté humaine. La Constitution est la manifestation même de cette liberté. Il y a donc là une contradiction qui est au cœur même de la question constitutionnelle au sens le plus large du terme : d'un côté, le constitutionnel est séparé du politique et le surplombe. De l'autre, le constitutionnel n'est pas autre chose que du politique, et il résulte de part en part de l'activité politique des hommes.

Cela étant dit, la manière dont l'action gouvernementale et la sphère constitutionnelle sont mis en rapport dépend de l'interprétation que l'on donne à l'idée de « violation de la Constitution ». Qu'il soit aussi difficile de donner un sens à cette expression tient beaucoup à l'écran que représente pour la pensée la proposition selon laquelle la Constitution est une sorte de loi, ayant le caractère de la suprématie. Cette idée de la Constitution comme loi suprême a une importance considérable dans le constitutionnalisme moderne, mais cette importance tient très largement à son caractère de proposition dogmatique. Dans le cadre de raisonnements de type normatif, elle rend possible l'appréhension d'une contradiction logique entre un énoncé de la Constitution et un énoncé qu'on trouve ailleurs dans le droit existant. Si l'on accorde à la Constitution le statut d'une loi de rang

supérieur, on peut appréhender cette contradiction comme un conflit de lois. Les juristes sont mentalement équipés pour appréhender les conflits de lois. Dire de la Constitution qu'elle est une loi ramène donc pour eux l'inconnu au connu. Que la Constitution puisse être traitée comme une loi dans bien des contextes, cela ne fait pas de doute. Mais dans d'autres contextes, raisonner ainsi revient à obscurcir la signification de propositions qui ne sont pas moins présentes dans le droit existant. Ainsi en est-il de la violation de la constitution. La Constitution contient nombre d'énoncés au sujet desquels il n'est pas très facile de voir en quoi consisterait leur violation. Mais si on veut bien lever l'écran de la définition législative de la constitution, on peut admettre que la Constitution se comprend aussi comme un ensemble : non pas une succession de normes, mais la légalité elle-même au sens de la validité générale du droit. Elle peut aussi recouvrir une certaine compréhension de l'agir politique requis des hommes à qui est donné un fragment du pouvoir constitutionnel. Dans ce cas, « violer la Constitution » revêt un sens tout à fait intelligible.

Il va de soi que cette interprétation dépend à son tour de ce que l'on veut dire par « Constitution », et de la manière dont on envisage les rapports entre les individus et cette constitution. Cette question se pose au sujet de diverses règles et régimes constitutionnels dans chaque État. Elle est aussi fortement en cause dans l'usage privilégié d'un certain vocabulaire constitutionnel, par le recours, autrement dit, à un certain système de dénominations. L'emploi du terme « *office* » est corrélé avec l'emploi du terme « *duties* » pour caractériser les pouvoirs constitutionnels du président. On parle de ses « *duties of office* », ce qui n'exclut d'ailleurs pas l'emploi du mot « *powers* » au même sujet, mais en vue d'orienter le raisonnement dans des directions potentiellement différentes. Si des « pouvoirs », au sens de compétences, de facultés d'action ouvertes par le droit, peuvent aussi être appelés « devoirs », il faudrait réfléchir à un terme qui englobe ces deux facettes. Peut-être faudrait-il parler des « attributions » constitutionnelles, plutôt, par exemple, qu'employer le terme d'habilitation. Lorsqu'une telle « attribution » est opérée, l'autorité est non seulement habilitée à intervenir, mais elle est également soumise à une responsabilité.

La plupart des difficultés interprétatives qu'on rencontre avec l'*impeachment*, et en particulier la manière dont il faut comprendre les qualifications constitutionnelles des faits répréhensibles, tiennent au fait que l'*impeachment* ouvre une fenêtre, un point de communication entre la sphère de la politique quotidienne, gouvernementale, et la sphère de la politique constitutionnelle. Chaque *impeachment* touche à la strate constitutionnelle : ce n'est pas la légalité ordinaire qui est en cause ; c'est me semble-t-il la raison centrale pour laquelle il n'est pas possible de se retourner vers le droit ordinaire, le « droit du pays » pour appréhender d'éventuels éléments

constitutifs des infractions de « haut crimes et délits ». Telle serait la raison pour laquelle l'*impeachment* ferait exception au principe de légalité des infractions.

C'est ici que l'*impeachment* présidentiel prend un relief que n'ont pas les *impeachments* de juges fédéraux. Du fait de la mission constitutionnelle centrale du président, du fait qu'il prête serment de respecter et d'exécuter la constitution, les accusations susceptibles d'entraîner sa destitution doivent faire apparaître la nature de son rapport avec ladite constitution. Elles doivent énoncer ce que doit ou ne doit pas faire le titulaire de l'office présidentiel. Procéder ainsi est une forme de ce que Bruce Ackerman a appelé le « *higher lawmaking* ». Chaque *impeachment* est une nouvelle occasion de dire la constitution. Inversement, le recours même à l'*impeachment* est un danger pour l'État et sa stabilité : la destitution du Président « doit provoquer des ondes de choc qui peuvent bousculer les fondations mêmes du gouvernement »¹¹. On prend un risque, et cela suppose discernement, prudence et maturité morale. James Wilson fit le pari devant la convention de Pennsylvanie que les *impeachments* « se produiraient rarement ». Ils ont quelque chose de commun avec le pouvoir constituant : comme lui, ils touchent le socle même de l'ordre constitutionnel. Comme lui, ils mobilisent, pour reprendre la formule bien connue de Marshall, une « grande débauche d'énergie ».

L'*impeachment* crée une situation qui s'apparente à la situation d'exception. L'incertitude sur les motifs d'une mise en accusation, le contexte politique qui est l'accessoire nécessaire de celle-ci (puisque les organes d'instruction et de jugement sont des organes politiques) font qu'on ne sait jamais très bien si cette situation existe avant l'*impeachment*, si l'*impeachment* va la créer, s'il va y mettre fin. On sait simplement qu'on se trouve alors dans la zone des turbulences. On remarquera au demeurant que l'impact de l'*impeachment* est une question distincte de celle consistant à savoir si le Président poursuivi est ou non acquitté. L'acquiescement, ou l'avortement de la procédure, n'a pas une importance décisive. Les conséquences de la procédure dépassent tout de suite la personne qui en est l'objet. Ce qui compte avant tout est ceci : les turbulences de la vie politique atteignent le territoire de la Constitution et le déstabilisent. N'est-ce pas là une des implications de l'idée de procès : un désaccord intervient au sujet du droit. Celui-ci, qui est en général regardé comme ce qui est stable, ce qui ne doit pas changer, est alors mis en mouvement, ou plus exactement montré comme fondamentalement incertain. Ce qu'il comporte d'indétermination est rendu apparent.

¹¹ R. BERGER, *op.cit.*, p.91.

2) On peut maintenant proposer au sujet de la procédure de destitution une terminologie qui est celle de responsabilité constitutionnelle, celle encourue pour la remise en cause de l'équilibre constitutionnel tout entier. Cela fait d'ailleurs partie du raisonnement conduit dans tous les articles d'*impeachment* votés à la Chambre des représentants contre Johnson, Nixon, et Clinton.

Dans tous ces cas, il fut reproché au chef de l'État de violer la Constitution : en méconnaissant les obligations qu'elle lui impose (en particulier, « qu'il veille à ce que les lois soient fidèlement exécutées »¹²) ; en méconnaissant son serment d'entrée en fonction par lequel il s'engage à appliquer la Constitution ; ou par une formule plus générale constatant qu'il a agi « en violation de la Constitution et des lois »¹³. Le point commun entre les responsabilités de type constitutionnel et la responsabilité politique gouvernementale, c'est que l'exercice du pouvoir politique est en cause. Au Président seul est confié par la Constitution le pouvoir exécutif. Il n'est pas un chef d'État sur le modèle, par exemple, du Président fédéral allemand, sur qui l'article 61 de la loi fondamentale fait peser une forme de responsabilité assez proche de l'*impeachment* mais qui est armé de peu de prérogatives par ladite loi fondamentale.

Que signifie dans ce contexte « violer la Constitution » et en quoi l'*impeachment* se présente-t-il comme une procédure de garantie de la constitution, de mise en cause d'une « responsabilité constitutionnelle » ? Pour mieux le comprendre, il faut essayer d'appréhender quelles sont les significations de la Constitution que l'*impeachment* peut nous révéler. Dans le cas de l'*impeachment*, interpréter la Constitution suppose de comprendre ce que l'on veut dire par « Constitution ».

II. L'IMPEACHMENT ET LES DÉFINITIONS DE LA CONSTITUTION

L'arrière-plan de ces dispositions relatives à l'*impeachment* consiste dans une certaine compréhension de l'idée de constitution. Michel Troper a rendu populaire une distinction entre deux définitions possibles de la Constitution : comme norme (ou comme ensemble de normes) et comme mécanisme¹⁴. La Constitution peut aussi être entendue comme un certain aménagement des autorités politiques, ou, selon la phrase bien connue de Montesquieu, une « disposition des choses » par laquelle « le pouvoir arrête

¹² Cf. le Premier article d'*impeachment* contre Andrew Johnson.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ « La machine et la norme. Deux modèles de constitution » in *La Théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, P.U.F., 2001, p. 147 s.

le pouvoir ». Dans le cas américain, il y a des éléments qui vont dans les deux sens : d'un côté la Constitution se déclare elle-même comme étant la « loi suprême » du pays. Cette position a été consolidée par le développement du contrôle de constitutionnalité des lois par la Cour suprême. La Constitution américaine est aussi un certain aménagement des « branches » ou « départements » constitutionnels. Ce double visage a été assez bien exprimé dans un discours célèbre de Gerald Ford, lorsque, à la suite, justement, d'une tentative d'*impeachment* de Richard Nixon, il avait été désigné comme Président des États-Unis. Il avait alors déclaré : « Notre Constitution fonctionne ; notre grand gouvernement est un gouvernement des lois et non pas des hommes »¹⁵.

Pour autant, la Constitution américaine est aussi bien autre chose que cela : elle ne se réduit ni à une loi suprême gouvernant les hommes ni à un mécanisme susceptible d'un « fonctionnement » approprié. Assez singulièrement, ce que nous dit l'*impeachment* au sujet de la Constitution nous reconduit en direction de définitions anciennes, archaïques même, de la constitution. L'une conduit à envisager la Constitution comme l'ensemble des lois (comme le droit dans son ensemble). L'autre conduit à viser par ce terme un ensemble de magistratures.

On peut peut-être s'interroger sur ce que je veux dire ici par « définition » de la constitution. Les définitions en question sont présentes dans notre matériau de travail, les articles d'*impeachment* et les formes de discours politique qui s'y apparentent. Elles y occupent le statut d'autant de langages employés dans ces textes. Ainsi, on va rencontrer une certaine tendance à parler de la Constitution comme de l'ensemble des lois, ou du droit dans son ensemble. Cela aura pour implication certaines figures de discours qui, à leur tour, recouvriront certains schémas logiques. Il en ira de même en ce qui concerne une autre manière centrale de parler de la Constitution américaine, à savoir comme d'un ensemble d'offices. Ce langage lui-même, qui déclenche le recours à un certain vocabulaire (qui dit « office », par exemple, dit aussi « pouvoirs et devoirs » de son titulaire) trouve très régulièrement pour écho un autre registre qui est celui du langage moral de la constitution. Là où il y a office, droits et devoirs, il y a aussi mission de confiance (*trust*), censure, blâme ou reproche, etc. Les raisonnements dans lesquels ce langage est employé ont leur spécificité, comme on sera conduit à le constater, de sorte qu'il est pertinent de distinguer ce registre des autres.

¹⁵ « Our Constitution works; our great Republic is a government of laws and not of men. Here the people rule. But there is a higher Power, by whatever name we honor Him, who ordains not only righteousness but love, not only justice but mercy ». *Remarks on Taking the Oath of Office as President*, August 9, 1974 (<http://www.ford.utexas.edu/LIBRARY/speeches/740001.htm>).

A. - *La Constitution comme l'ensemble des lois (comme le droit dans son ensemble)*

La procédure d'*impeachment* nous renvoie à une définition extensive de la constitution. Il ne s'agit pas ici d'appliquer un raisonnement de type normatif, dans lequel ce qui importe est d'assigner à telle ou telle « norme » son juste coefficient de valeur normative. La question ici est de prendre en compte le droit comme un tout. Il s'agit d'envisager le problème, non pas de violations particulières, mais d'une remise en cause d'ensemble du droit. Un tel raisonnement déjoue toute analyse en termes de hiérarchie des normes. « Protéger la Constitution » n'a pas le même sens que « donner une sanction appropriée à la norme constitutionnelle ». Il ne serait pas inutile d'adopter cette directive d'interprétation lorsque nous analysons l'article 5 de notre propre Constitution de 1958, en tant qu'il invite le Président de la République à « veiller au respect de la Constitution ».

Une procédure de responsabilité « constitutionnelle » du type de l'*impeachment* appréhende le droit comme un ensemble et réprime les atteintes, non pas à telle ou telle partie du droit, mais au droit pris comme un tout. Dans le langage constitutionnel, on rencontre alors des standards tels que « le droit du pays » (*law of the land*) ou « la Constitution et l'ensemble des lois ». La finalité de ces standards est de faire apparaître l'unité du système juridique et le fait qu'il est question ici de protéger cette unité.

Un tel standard se trouve dans la formule de la clause dite de suprématie de la section 2 de l'article VI de la Constitution :

« *This constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land* ». Je pourrais aussi citer ici, à titre d'analogie, les dispositions de l'article 61 de la loi fondamentale allemande : la mise en accusation du Président « pour violation délibérée de la loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale ». Au sein de ce type de standard réside la possibilité, soit d'une distinction, soit d'une indistinction entre « la Constitution et les lois ». Il est certain qu'en tant que règle du fédéralisme, la clause de suprématie opère une distinction claire entre la Constitution et les lois, même s'il s'agit de les unir dans la même supériorité par rapport aux droits des États fédérés. Mais dans d'autres cas, il apparaît que ce standard invite à comprendre ensemble, avec le moins de distinctions possibles, la « Constitution » et « les lois ». L'emploi même du pluriel au sujet des « lois », plus fréquent, semble-t-il à l'époque des fondateurs que de nos jours, va dans cette direction. James Wilson, devant la convention de Pennsylvanie, déclara que « bien que le Président soit placé [à un rang] élevé (...) pas un seul privilège n'est annexé à son caractère ; loin d'être au dessus des lois (*above the laws*), il peut être

présenté devant elles (*amenable to them*) en son caractère privé comme un citoyen, et en son caractère public par l'*impeachment* »¹⁶. Le langage de Wilson (*amenable to the laws*) inspire une analogie entre l'*impeachment* et une sorte de prosopopée comparable à celle du *Criton*, dans laquelle le Président fautif serait mis en présence des lois de sa cité. Par l'*impeachment*, et aussi par d'autres voies de droit ordinaires, le Président est comme convoqué devant les lois en personne.

Ce standard, on le retrouve aussi de façon frappante dans plusieurs articles d'*impeachment* contre des présidents américains. Il peut être présent directement : ainsi, on trouve dans le premier article d'*impeachment* contre Andrew Johnson l'accusation d'avoir agi « en violation de la Constitution et des lois des États-Unis » (« *in violation of the Constitution and laws of the United States* »). Je rapproche des articles d'*impeachment* la pseudo-motion de censure votée contre Jackson en 1834 par le Sénat. Le mot « censure » n'y était pas prononcé : « Est résolu, que le président, dans les récentes actions conduites en relation avec les finances publiques, s'est investi lui-même d'une autorité et de pouvoirs qui ne lui sont pas conférés *par la Constitution et les lois*, mais [qui sont] en dérogation de l'une et des autres »¹⁷.

On peut aussi retrouver la même idée d'unité de la Constitution et des lois du pays accomplie de manière plus indirecte : une chose très frappante que nous montrent pratiquement tous les articles d'*impeachment* rédigés dans l'enceinte de la Chambre des représentants à l'encontre des présidents des États-Unis, c'est la référence à la violation de telle ou telle loi individuelle. Pourtant, un point semble clair : il n'y a pas besoin d'une telle violation ponctuelle d'une règle en vigueur pour justifier un *impeachment*. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de rapport entre l'*impeachment* et le droit positif : l'*impeachment* est un procédé global de garantie du droit. Ce qui est sanctionné n'est pas la violation de la loi, mais le fait que celle-ci emporte des conséquences qui dépassent l'illégalité prise en elle-même. Le point final de la démonstration dans un article d'*impeachment* ne consiste pas dans le fait qu'une violation de la loi serait établie, mais dans le fait que

¹⁶ P. KURLAND et R. LERNER, *The Founders' constitution*, vol. 3, art. 2, Section 1, Clause 1, Document 8 ; http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a2_1_1s8.html. The University of Chicago Press.

¹⁷ « Resolved that the President, in the late executive proceedings in relation to the public revenue, has assumed upon himself authority and power not conferred by the Constitution and laws, but in derogation of both », (Résolution du 28 mars 1834). Un membre de la Chambre des représentants en fit à l'époque l'analyse suivante : « Vous remarquerez que dans cette résolution il n'y a pas de déclaration directe de censure, ni d'*impeachment* des motifs du Président. C'était simplement une déclaration selon laquelle sa mesure n'était pas en conformité avec la Constitution et les lois du pays (« the Constitution and the laws of the land »). Rep. BOBOCK, cité par J. MASKELL, *Censure of the President by the Congress*, (8 déc. 1998), CRS 98-843-A.

cette violation de la loi entraîne une violation de la constitution. Et plus exactement, il faut s'arrêter sur ce qu'il faut entendre par violation de la constitution. Savoir si Clinton s'est placé « au dessus des lois » suppose en réalité de remettre en question la constitutionnalité de son comportement. La violation des lois par un Président chargé de les exécuter est le modèle de l'infraction à la constitution, de même que, pour les Anglais de la Glorieuse révolution, le Roi bafouait la Constitution en suspendant les mesures législatives par un acte de sa prérogative. L'*impeachment* est un moyen de faire face au péril de la tyrannie, à ce mal politique absolu qu'est le despotisme dans la doctrine libérale. Il s'agit, dans la variante héroïque (et républicanisante, si l'on me pardonne ce terme) de cette doctrine, de faire face à une situation où le droit a été rejeté en bloc, violé dans son ensemble par le tyran (qui se définit par ce geste même) et donc où le « gouvernement » est déstabilisé. Une certaine ambiance de lockianisme politique semble planer sur tout cela. L'*impeachment* est une arme donnée à la société contre ses gouvernants. Dans le jeu de rôles constitutionnels, la société est figurée par le Congrès, et le gouvernant par excellence est le titulaire de l'office exécutif¹⁸.

Le propre du lockianisme politique était de mettre au centre la question : « qui sera juge ? » Cette question est en partie mise de côté dans la responsabilité politique de type parlementaire¹⁹. Celle-ci ne connaît pas de tiers impartial appelé à trancher entre deux parties. Elle ne l'est pas dans l'*impeachment*. Il y a un procès (*impeachment trial*) un organe d'accusation, et un organe de jugement, des garanties procédurales s'apparentant à celles d'un procès criminel, des infractions. Mais dans le même temps, le « juge » approprié est le représentant du peuple, celui qui est chargé par ailleurs de la fonction législative. Il y a donc un accusateur et un juge, mais en même temps, cet accusateur et ce juge sont deux représentants, selon des modalités différentes, du peuple américain. L'impartialité attendue des sénateurs dans leur jugement n'est pas de la même nature que celle attendue d'un magistrat exerçant une parcelle de la fonction juridictionnelle. Il est bien évident que ces sénateurs sont « juges en leur propre cause ». L'impartialité qui est attendue d'eux consiste dans la mise de côté, au moment du vote, de leurs dépendances et de leurs préjugés partisans. Ils doivent en quelque sorte convoquer en eux-mêmes le spectateur impartial.

¹⁸ Cette tonalité lockienne est présente par exemple dans les propos d'Hamilton dans la lettre n° 65 du *Fédéraliste* : « [impeachable] offenses relate chiefly to injuries done immediately to the society itself ».

¹⁹ Elle ne l'est pas en totalité, parce que la censure reste une forme de jugement politique, et également parce que la majorité qui la vote n'échappe pas à l'ambiguïté consistant dans le fait d'être tout à la fois juge et partie.

Dans tous les cas, ce que vise à protéger l'*impeachment*, c'est le règne du droit. Laurence Tribe résume les choses de la manière suivante : « malgré le fait de base qui était que toutes les accusations contre le Président se ramènent au fait qu'il avait cherché à dissimuler une aventure sexuelle inappropriée, la « *rule of law* » devint une phrase souvent utilisée et en vérité la principale justification pour l'*impeachment* » à en croire les débats de la commission judiciaire de la Chambre des représentants et de la « chambre tout entière »²⁰.

Mais la *rule of law*, c'est, on le sait, un peu autre chose que notre État de droit, et cela est ici visible à deux caractéristiques. Tout d'abord, cela inclut un contenu matériel. On le voit en examinant certaines des formules synthétisant les accusations contre Clinton ; par exemple : « *In doing this, William Jefferson Clinton has undermined the integrity of his office, has brought disrepute on the Presidency, has betrayed his trust as President and has acted in a manner subversive of the rule of law and justice, to the manifest injury of the people of the United States* »²¹.

L'accusation porte ici sur la violation d'un principe substantiel, qui est celui du « *due process of law* ». Les accusations d'entrave à la justice, *etc.* montrent que l'*impeachment* est une des modalités de garantie du principe de *due process* créées par la constitution. L'*impeachment*, de ce point de vue, s'apparente, en ce qui concerne le Congrès, au « devoir manifeste » que s'impose la Cour suprême de « rendre effectives les garanties » du cinquième et du sixième amendement à la constitution²². Inversement, l'une des questions légales les plus aigües du régime de l'*impeachment* consiste dans le fait de savoir si la procédure d'accusation et de destitution respecte pour sa part les exigences du « *due process* ».

Ensuite, la question ici n'est pas d'apporter une sanction efficace à tel ou tel niveau de la hiérarchie des normes. Il s'agit d'une protection d'ensemble contre une remise en cause elle-même globale. Il y a un aspect quelque peu grandiloquent dans les articles d'*impeachment* : chacun semble dire que le Président accusé aurait, par tel ou tel comportement, remis en cause dans son ensemble, dans sa globalité, le règne du droit. La rhétorique judiciaire rejoint pour l'occasion la rhétorique constitutionnaliste.

On peut conclure ce point par une remarque. L'un des langages utilisables dans le contexte de l'*impeachment* est celui qui gravite autour de « l'État ». Le droit anglais connaissait les crimes contre l'État. Dans un certain nombre d'interprétations des clauses d'*impeachment*, on croise l'État ou des termes approchants. On peut multiplier les citations donnant à voir

²⁰ Cf. L. TRIBE, *op. cit.*, p. 187.

²¹ Premier article d'*impeachment* contre W. J. Clinton.

²² *US v. Nixon*, 418 US 683, 711.

que l'*impeachment* sert à protéger l'État. On parle aussi couramment de « *great injury to the community* » ; de « *great misdemeanours against the public* »²³, ce qui n'est pas très éloigné.

La référence à l'État possède une vertu englobante à bien des égards plus efficace, plus « couvrante » en quelque sorte, que la référence au droit. Le terme « État » définit en termes concrets la victime des faits répréhensibles. Elle rapproche de l'idée républicaine d'un péril collectif, d'une menace pour la collectivité politique. Ce faisant, elle repousse la nécessité d'établir des comportements précis, ou de faire la preuve de la commission d'infractions déterminées. Après avoir énuméré toute une série de méfaits attribués à Johnson, le représentant Boutwell avait conclu que « lorsque vous considérez tout cela, peut-il y avoir un doute quant à ses motifs, ou quant à la nature criminelle de ses motifs et sa responsabilité sous l'empire de la Constitution ? Il se peut bien qu'il ne soit pas possible, par des accusations spécifiques, de le faire passer en justice [*to arraign him*] pour ce grand crime, mais doit-il pour autant être à l'abri ? Les infractions que j'ai énumérées sont les actes, les actes individuels, les crimes subordonnés, les infractions accessoires à l'accomplissement de ce grand dessein, et si vous êtes persuadés que ces infractions accessoires ont été commises comme les moyens de lui permettre d'accomplir son grand crime, hésitez-vous à le juger et à le condamner (...) même s'ils vous paraissent d'une importance inférieure, sachant (...) que de cette manière, et de cette manière seulement, vous pouvez protéger l'État ? »²⁴.

B. - *La Constitution comme ensemble d'offices*

L'analyse de l'*impeachment* nous oriente en second lieu vers une autre signification de la constitution, moins normative cette fois qu'institutionnelle.

1) Je pars d'un élément saillant pour qui analyse l'*impeachment* comme une procédure d'engagement de la responsabilité du chef de l'État aux États-Unis : la particularité de l'*impeachment* dans la Constitution de 1787 est que ce régime de responsabilité n'est pas spécifique au chef de l'État, mais s'étend à une catégorie large de titulaires d'offices civils.

On fait certes remarquer que c'est le Président qui a été surtout discuté lors de la convention de Philadelphie et que « le vice-président et les autres

²³ R. BERGER, *op. cit.*, p. 88.

²⁴ M. L. BENEDICT, *The Impeachment and Trial of Andrew Johnson*, Norton, New York, 1973, p. 76. (séance du 5 déc. 1867).

« officiers civils » furent ajoutés (...) presque après coup, peu de temps avant de s'ajourner »²⁵. Le traitement du Président se comprend néanmoins comme un cas, éminent certes²⁶, mais tout de même un cas parmi d'autres de destinataire d'un régime de droit plus global. Ce caractère s'est accru avec le temps. On peut certes concéder que dans « le dessein d'ensemble des pères fondateurs (...) l'*impeachment* des juges était décidément périphérique »²⁷. Mais le profil de la procédure a été dessiné beaucoup plus en détail par les *impeachments*, relativement nombreux, de juges fédéraux que par ceux de présidents.

2) Du point de vue de l'*impeachment*, l'interprète est donc conduit à saisir le Président comme un office, certes de premier plan, mais tout de même un office de la Constitution parmi d'autres. Les indications selon lesquelles on peut qualifier le Président des États-Unis d'officier au sens de la Constitution ne manquent pas. On trouve ce terme (« *officer of the executive branch* »²⁸ ; « *the office of the President of the United States* »²⁹) dans la jurisprudence de la Cour suprême. On le rencontre aussi dans la littérature doctrinale³⁰. Je n'entends pas faire état ici d'une discussion technique importante relative à la question de savoir quel est le champ d'application de la formule « officier des États-Unis » dans la constitution³¹. Mais je voudrais utiliser ce terme comme concept explicatif en ce qui concerne les institutions issues de la constitution. En France, les institutions politiques supérieures sont des organes de la nation. Cette idée d'organe est assez peu opérationnelle aux États-Unis, parce que la théorie de la représentation y est différente. Certes, on trouve par exemple dans la lettre 14 du *Fédéraliste*, une affirmation qui aurait pu convenir à un Sieyès :

« *In a democracy, the people meet and exercise the government in person; in a republic, they assemble and administer it by their representatives and agents* ». Mais l'idée sous-jacente qui va s'imposer de ce que c'est qu'être un « représentant », et, par contraste un « agent », est différente aux États-Unis et en France.

Je recherche là la trace d'un fait qui est de portée générale : le modèle de l'office est un des principaux modèles d'intelligibilité des institutions politiques américaines. La Constitution américaine est en même temps un

²⁵ A. M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, Houghton Mifflin, Boston, 2004, p.10.

²⁶ L'*impeachment* d'un juge « est loin d'avoir le même impact » que celui d'un président. V. R. BERGER, *op. cit.*, p. 92.

²⁷ R. BERGER, *op. cit.*, p. 4.

²⁸ *Nixon v. US*, 418 U.S. 696 à 697 *in fine* (1993).

²⁹ *Clinton v. Jones*, opinion du juge STEVENS, *in limine*. 520 US 681 (1997)

³⁰ Par ex. in E. S. CORWIN, *The President, Office and Powers*, New York University Press, 1957.

³¹ V. sur ce point, M. J. GERHARDT, *op. cit.*, p. 76 et s.

gouvernement, au sens large qui est donné à ce terme par la langue anglaise. La Cour suprême ne l'ignore pas. Par exemple, pour écarter l'argument selon lequel le privilège de l'exécutif n'est pas explicitement accordé par la constitution, elle relève que « le privilège est *fondamental pour l'action gouvernementale, et inextricablement enraciné dans la séparation des pouvoirs sous l'empire de la Constitution* »³².

Une interprétation du concept de Constitution qui s'en tiendrait à l'idée de « loi suprême » serait incomplète, fortement incomplète même. Cette dimension normative n'est qu'un aspect de la chose. Ne voir que cette dimension, ou lui accorder une priorité indiscutée dans l'analyse, c'est céder à un préjugé normativiste. Ce que montre la jurisprudence de la Cour suprême, c'est que cet aspect normatif est en réalité indissociable de l'aspect gouvernemental. Il y a entrelacement de la dimension normative et de la dimension institutionnelle (la Constitution comme gouvernement). La Constitution crée un pouvoir limité, procédant du peuple, mais elle crée aussi un pouvoir « fort » (comme cela est impliqué par son préambule, et explicité s'agissant du Président dans la lettre 70 du *Fédéraliste*) et un pouvoir vivant. C'est aussi à ce titre qu'elle est une « Constitution vivante ». Ce fait est pris en compte dans les lettres du *Fédéraliste* : une république, dit Madison dans la lettre 39, est « un gouvernement qui tire ses pouvoirs (...) du peuple et est administré par des personnes tenant leurs offices à la discrétion [d'une autre autorité] (*during pleasure*), pendant une durée limitée, ou tant qu'elles auront un bon comportement (*during good behaviour*) ».

3) Quelles sont les implications du fait de caractériser les positions individuelles de pouvoir créées par la Constitution comme des offices ? La Cour suprême a conduit le travail consistant à mettre en rapport, dans le système des dénominations constitutionnelles, ce terme d'office avec d'autres termes. Le terme d'office « embrasse les idées de mandat (*tenure*), durée, émoluments, et devoirs »³³. Les articles d'*impeachments* nous aident également à comprendre ce que c'est qu'un office de la Constitution aux États-Unis. De tels offices sont créés par la Constitution (et non pas immémoriaux). Les articles d'*impeachment* rappellent presque systématiquement que l'office du Président est un office « de la Constitution ». Du fait de ce statut de créatures de la constitution, ils agissent toujours sur délégation (donc jamais de manière initiale) et les pouvoirs qui leurs sont attachés sont toujours limités. Les dispositions

³² *US v. Nixon* 418 US 707. (1974).

³³ « The term [officer] embraces the ideas of tenure, duration, emolument, and duties ». *United States v. Germaine*, 99 U. S. 508 - 511 (1879).

relatives à l'*impeachment* sont manifestement des moyens d'exprimer de telles limites. La pratique anglaise était de permettre l'*impeachment* de personnes particulières, dépourvues de toute charge publique³⁴. Au contraire, l'*impeachment* américain est limité à des titulaires d'offices.

4) Parler en termes d'office a d'autres implications juridiques. Lorsque la question est celle de la délimitation respective des pouvoirs, la Constitution est décrite comme étant divisée en « branches » ou en « départements ». Mais précisément, l'*impeachment* n'est pas une procédure tendant à la garantie de la répartition des compétences. On ne reproche pas au président, ou à un autre titulaire d'office civil, d'avoir outrepassé les limites de sa compétence. Justement, le raisonnement en termes d'office s'impose ici parce que ce qui est reproché est d'une autre nature. L'implication centrale du raisonnement en termes d'offices est que tous les individus investis par la Constitution d'une parcelle de pouvoir constitutionnel sont appréhendés comme des agents moraux, dont l'action est gouvernée par leur conscience.

Dans un premier sens du terme « conscience », ce qui est visé est une capacité individuelle pour chaque agent ou institution de définir l'étendue de ses pouvoirs. Il s'agit de la reconnaissance à chacun d'un pouvoir d'appréhension personnelle de l'étendue de sa fonction et des exigences que cela implique. Rien ne saurait la remplacer. Dans une précédente étude, j'avais tenté de montrer comment les juges de la période fondatrice de la république américaine avaient défini en de tels termes leur propre office constitutionnel, et comment cela s'articulait avec des raisonnements touchant à leur serment³⁵. Cette obligation, qui est indistinctement une liberté, de délimiter soi-même les limites et les implications de son propre pouvoir, n'est pas le fait du seul juge. Elle s'étend aux autres offices de la constitution. Le terme d'office convient de manière assez exacte à la position du président, des « officiers civils » visés par les clauses d'*impeachment*. Elle convient aussi aux juges. Le terme d'office a certes été récusé s'agissant des membres du Congrès. Pourtant, s'agissant de comprendre la manière dont leur statut et leurs fonctions sont envisagés en droit constitutionnel américain, il reste une approximation très utile. L'appel à sa propre conscience en vue de délimiter les pouvoirs que l'on détient, et la manière dont on doit les exercer, n'est pas moins fréquent chez les

³⁴ M. J. GERHARDT, *op.cit.*, p. 80-81.

³⁵ « Le Serment des juges dans *Marbury v. Madison* – ou : qu'est-ce qu'obéir à une Constitution écrite ? », in E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003 – Un dialogue Franco-Américain*, Dalloz, 2003, pp. 51-71.

membres du Congrès que dans la branche exécutive ou juridictionnelle³⁶. De tels raisonnements ne sont pas seulement des justifications morales plus ou moins floues planant au dessus du droit strict, du droit le plus positif qu'on puisse concevoir. Ils sont une composante du raisonnement juridique effectué sur la base de la constitution. Ils sont donc partie prenante du travail dogmatique d'interprétation et de mise en œuvre de la constitution.

On le voit en relisant les propos bien connus de Jackson dans son discours sur la Banque des États-Unis :

« *...If the opinion of the Supreme Court covered the whole ground of this act, it ought not to control the coordinate authorities of this Government. The Congress, the Executive, and the Court must each for itself be guided by its own opinion of the constitution. Each public officer who takes an oath to support the Constitution swears that he will support it as he understands it, and not as it is understood by others* ».

Exprimée dans un contexte de conflit, cette formule n'est cependant pas seulement l'expression outrée d'un point de vue polémique. Elle dit au sujet du concept de Constitution quelque chose qui fait l'objet d'un certain consensus. Saisie par un juge qui avait fait l'objet d'un *impeachment*, la Cour suprême a déclaré en 1973 que « dans l'exercice des devoirs constitutionnels qui lui sont assignés (*its assigned constitutional duties*) chaque branche du gouvernement doit en premier lieu interpréter la constitution, et l'interprétation de ses pouvoirs par toute branche mérite le plus grand respect de la part des autres [branches] »³⁷.

Les trois branches de la Constitution sont autant de foyers indépendants d'interprétation de celle-ci. Les démocrates qui prirent la défense de Johnson au moment où il révoqua Stanton en méconnaissance du *Tenure of Office Act* insistèrent sur le fait que « le Président des États-Unis a un droit originaire (*primary right*) de juger de la Constitution des États-Unis et des lois passées en vertu [de cette constitution], sous réserve de toutes les sanctions qu'il encourt s'il viole une loi dès lors que cette loi est jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême ». Il suffirait, s'il en allait autrement, au Congrès d'adopter une loi inconstitutionnelle pour ensuite « empêcher le Président parce qu'il veut mettre la constitutionnalité de (ladite) règle à l'épreuve »³⁸.

³⁶ Il y a seulement quelques semaines, lorsqu'il a quitté les rangs du parti républicain pour rejoindre la majorité démocrate du Sénat, le sénateur Arlen SPECTER a déclaré : « Whatever my party affiliation, I will continue to be guided by President Kennedy's statement that sometimes party asks too much (...)When it does, I will continue my independent voting and follow my conscience on what I think is best for Pennsylvania and America », *New York Times*, 28 avril 2009.

³⁷ *Nixon v. US 703*. 506 US 224.

³⁸ M. L. BENEDICT, *op. cit.*, p. 106.

Assez significativement, les radicaux républicains qui prirent parti dès 1867 en faveur de l'*impeachment* de Johnson réclamèrent un pouvoir équivalent pour les chambres du Congrès. Ils dirent de leur côté, comme le fit George Boutwell, que le pouvoir d'*impeachment* donné au Congrès par la Constitution « n'est sujet à aucune révision ni contrôle, et que son exercice doit être guidé seulement *par la conscience de cette chambre* ». Mais s'agissant de l'office présidentiel, ils répondirent significativement par la bouche de James Wilson que lorsque le Président accepte son office, « son individualité se confond avec cette créature officielle qui se lie par un serment comme un officier exécutif de faire ce que, en tant que simple individu, il peut bien ne pas croire juste ou constitutionnel »³⁹. La thèse républicaine en 1867-1868 était que l'office présidentiel américain était subordonné au Congrès. C'était le seul fondement pour condamner Johnson en raison d'une violation du *Tenure of office act*. Autrement, était-il affirmé, la conséquence serait que le Président détient un pouvoir absolu de décider quelles lois il exécute ou refuse d'exécuter. Ce raisonnement était parfaitement acceptable. Dans d'autres circonstances, il aurait pu constituer un utile rempart contre certaines prétentions exécutives. Il n'est pas invalide de manière absolue, ne serait-ce que parce que le point de vue absolu depuis lequel on pourrait le déclarer invalide n'existe pas. Mais il semble légitime de dire qu'il n'était pas compatible avec une autre manière de parler de la constitution. Par « manière de parler », je veux dire tout à la fois des matériaux de base (un certain vocabulaire, notamment) et des raisonnements dans lesquels ces matériaux viennent s'insérer. Selon cette autre manière de parler de la constitution, le Président est armé d'un pouvoir de veto qui lui permet de s'opposer à une mesure qu'il juge inconstitutionnelle. Même lorsqu'il a donné son assentiment à une loi, il utilise encore des *signing statements* adressés à l'administration pour neutraliser des interprétations de ladite loi qu'il juge inconstitutionnelle. L'interprétation des adversaires républicains de Johnson convertissait le Président des États-Unis en un exécutif à la française. Cela ne veut pas seulement dire une certaine délimitation de ses pouvoirs, mais aussi la manière dont on conçoit l'institution. Pour eux, il était en somme un agent de rang supérieur, en qui les caractères de la personne humaine sont aussi peu apparents que possible, et qui est placé dans une relation de subordination et d'exécution vis-à-vis de l'organe législatif et des mesures qu'il adopte. Cela revenait presque à prétendre qu'il y avait en Amérique une sorte de volonté générale, exprimée par le Congrès, et devant être mise en œuvre par l'exécutif. Cette interprétation de la Constitution ne s'est pas imposée en 1868 ni par la suite.

³⁹ La phrase en anglais utilise deux termes qu'on est obligé de ramener à un seul (« juste ») en français : « just, right, or constitutional ». *Ibid.*, p. 109.

Il n'est pas possible de la maintenir et de considérer en même temps, comme le veut l'orthodoxie, que la Constitution crée des pouvoirs égaux (*coordinate*). Il est difficile de la maintenir quand on aperçoit par ailleurs que certains des pouvoirs du Président ne peuvent aucunement se comprendre comme des pouvoirs subordonnés⁴⁰. En fait, toute la difficulté qui conduira en 1952 à l'arrêt *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* (343 U.S. 579) et à la typologie – utile mais en un sens exagérément didactique – élaborée par le juge Jackson est que le Président est à la fois un office constitutionnel et une institution à laquelle le Congrès, par ses lois, peut attribuer des pouvoirs ou soumettre à des sujétions. La Constitution américaine est organique au sens que Kant donne à ce mot : la branche exécutive est, selon les cas, celle qui détermine les fins à poursuivre, ou bien encore un moyen pour l'accomplissement de fins déterminées par une autre branche. Le Président peut être le bras du Congrès ou un office de la Constitution qui tient les rênes de l'État. Dans le précédent de 1868, l'interprétation faite par les radicaux républicains de la position constitutionnelle du Président aurait été plus solide si l'un des griefs centraux formulés contre Johnson, la violation du *Tenure of Office Act*, ne portait pas sur une loi par laquelle le Congrès avait tenté de recouvrir une prérogative constitutionnelle du Président (la nomination des officiers exécutifs) par une réglementation législative qui en modifiait très significativement l'économie. Plus peut-être que dans d'autres cas, on pouvait relever que le Président était indiscutablement qualifié pour interpréter l'étendue d'un pouvoir que lui attribuait la Constitution et que le Congrès entreprenait de restreindre. La position des défenseurs de Johnson à ce sujet était qu'il avait été fondé à persister dans l'usage intégral de sa prérogative constitutionnelle de révocation⁴¹. Elle s'appuyait sur une interprétation d'ensemble aux termes de laquelle « le Président a un droit indépendant du Congrès et de la Cour suprême de décider de la constitutionnalité des lois »⁴².

La prétention de la Cour suprême à être l'interprète ultime de la Constitution ne fait pas obstacle à cet état de choses. D'abord, cette

⁴⁰ Ainsi de la fonction de *commander in chief*.

⁴¹ Cf. M. BENEDICT, *op. cit.* p. 165. Cet argument principal était cependant fragilisé par le fait que le Congrès avait renversé le veto opposé par Johnson au *Tenure of office Act* et que donc, la question de la constitutionnalité était résolue dans un sens positif. La défense était donc contrainte de se rabattre sur des moyens de défense subsidiaires beaucoup moins solides. Toutefois, encore faut-il admettre que le renversement d'un veto met fin au pouvoir d'interprétation constitutionnelle du Président sur la loi concernée. La pratique des *signing statements* donne, au contraire, à penser que la conception des présidents successifs a été qu'ils conservaient une faculté de neutraliser une disposition qu'ils jugent inconstitutionnelle dans une loi en vigueur.

⁴² *Ibid.*, p. 153. Toutefois, la position de Johnson n'était pas consolidée par le fait qu'en plus d'avoir révoqué Stanton, il lui avait désigné un successeur par intérim sans avoir sollicité la confirmation du Sénat.

prétention porte sur le pouvoir de la Cour suprême de dire le droit en vue de protéger les droits des individus. C'est lorsque ces droits sont en question que son pouvoir d'interprétation a lieu d'être et s'impose comme souverain. D'autre part, la Cour suprême elle-même est respectueuse du pouvoir d'interprétation des autres institutions constitutionnelles supérieures. Tel est le sens de sa jurisprudence sur les questions politiques. Les deux critères principaux énoncés en 1962 par l'arrêt *Baker v. Carr* (369 U.S. 186) se ramènent, de ce point de vue, à un seul. Là où la Constitution opère une « assignation démontrable textuellement d'une question » à l'une des branches de la Constitution (« *Textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department* »), la résultante est que le langage employé par la Constitution cesse d'être le langage au sujet duquel la branche juridictionnelle de la Constitution possède un pouvoir authentique d'interprétation. On se trouve donc alors dans un cas où les juridictions doivent reconnaître l'absence de standards identifiables et exploitables par elles (« *A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it* »). Une illustration éminente de cette faculté que détient chaque « branche coordonnée » de la Constitution d'interpréter cette dernière se trouve dans le pouvoir présidentiel d'opposer son veto à la législation congressionnelle. La Cour suprême rappelle ainsi que le veto du Président « reflète aussi les efforts et les précautions des constituants pour entraver les éventuelles propensions du Congrès à adopter des mesures oppressives, imprévoyantes, ou inopportunes »⁴³.

C. - *La Constitution comme système de valeurs morales positives*

1) Dans un second sens du terme « conscience », non séparable du premier, le détenteur d'un office de la Constitution est aussi saisi comme le siège d'une conscience morale individuelle. Il est un être de chair et de sang, un être de passions et de raison. La Constitution l'appréhende comme tel, et ne cherche pas à le réduire à l'organe d'une volonté supérieure, qui le dépasserait, et qui effacerait en lui les caractères d'un agent moral ordinaire. Plusieurs aspects de la manière dont la Constitution met en rapport l'office constitutionnel avec son détenteur vont dans ce sens. Le serment n'est pas le moindre. Il rappelle qu'un office est une forme institutionnelle dans laquelle l'homme et la fonction ne sont pas intégralement dissociables. On peut en revenir au discours d'investiture de Gerald Ford :

⁴³ *I.N.S. v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

« *In all my public and private acts as your President, I expect to follow my instincts of openness and candor with full confidence that honesty is always the best policy in the end* ».

L'*impeachment*, et la manière dont son régime est organisé par la constitution, est aussi un indice du même phénomène. On peut le voir en faisant un contraste entre le droit de l'immunité présidentielle et le régime de l'*impeachment*. Ainsi, lorsque c'est la question de l'immunité du Président des États-Unis qui est en cause devant les juridictions, celles-ci, aux termes d'une jurisprudence extrêmement nuancée, opèrent une distinction en fonction du caractère « officiel » ou non des actes : ont-ils été exercés, dirait-on en Français, dans le cadre des fonctions ou en dehors (sans rapport avec..., de manière détachable de...) desdites fonctions ? Dans l'affaire *Nixon v. Fitzgerald* (457 U.S. 731, 1982), qui concernait l'immunité civile, la Cour suprême jugea que l'immunité en matière civile devait être reconnue au Président pour « tous les actes qui entrent dans le périmètre de son ressort d'action » (*within the outer perimeter of his official responsibility*). Au contraire, dans *Clinton v. Jones* (520 U.S. 681, 1997) l'immunité civile fut refusée au motif que la conduite litigieuse ne rentrait pas dans le cadre des fonctions officielles du président. La Cour a soutenu que le précédent *Nixon v. Fitzgerald* n'était pas invocable à l'appui d'une « immunité pour une conduite non-officielle » (*unofficial conduct*). « Nous n'avons jamais voulu dire que le Président ou tout autre responsable jouit d'une immunité qui s'étende au-delà du domaine des actions entreprises dans le cadre de la fonction officielle » (*that extends beyond the scope of any action taken in an official capacity*)⁴⁴.

Or il se trouve que cette distinction entre l'officiel et l'extra-officiel n'a pas lieu d'être s'agissant de l'*impeachment*. Dans la procédure de destitution, l'homme est saisi en qualité d'agent moral en rapport avec d'autres agents moraux : d'où le vocabulaire du « *trust* ». Il faudrait ici entreprendre – ce qui ne sera pas fait dans le cadre de la présente étude – d'explorer les liaisons entre l'*impeachment* et tout ce que les pères fondateurs, ou du moins les interprètes dotés d'autorité de la Constitution dans ses débuts ont à dire au sujet de la loi morale. Le fait est que, dans un contexte de droit écrit, et de républicanisme, la Constitution américaine a été traitée comme un dépôt de légitimité et de raison : elle a donc occupé une partie du statut fonctionnel de la loi naturelle. Le domaine constitutionnel était un terrain d'élection pour la transposition d'une éthique prompte à concevoir les conditions individuelles assignées par la loi de nature comme

⁴⁴ 520 US 681, 694 n. 19, cité par L. TRIBE, *op. cit.*, p. 765.

des « offices » qui déterminent à la fois, et corrélativement, les droits et les devoirs de leur détenteur.⁴⁵

2) On en parvient donc au constat que les lectures en termes de norme ou de mécanisme disent certaines choses sur la Constitution américaine, mais ne disent pas tout. Elles expriment des vérités qui devraient être entrelacées avec d'autres vérités pour ne pas être des sortes de mensonges par omission. Pour en rester à notre sujet, il est facile de voir que se représenter la Constitution comme un ensemble d'offices a un impact direct sur la définition des faits susceptibles d'*impeachment*. Les labels posés par la section 4 de l'article II renvoient à la violation d'un système de valeurs morales « positives ». Ce sont des valeurs morales, car ce qui est en cause est le jugement d'une autorité définie en termes moraux. Chaque article d'*impeachment* énonce ces valeurs comme dans un miroir : il dit en négatif en quoi tel ou tel Président a violé les valeurs en question.

Les *articles of charge* rédigés dans les *impeachments* anglais ne sont pas le seul antécédent de cette manière de procéder. Puisque ce qui est en question aujourd'hui est la responsabilité des chefs d'État, il n'est pas inutile de remarquer une proximité entre les articles d'*impeachment* contre Johnson, Nixon et Clinton et les paragraphes des grandes déclarations anglaises de liberté, en particulier la pétition du droit de 1628 et le *bill of rights* de 1689 qui récapitulent les actes illégaux et liberticides reprochés d'abord à Charles I^{er} et ensuite à Jacques II Stuart. Dans les deux cas, les griefs énoncés se concluent par le constat que le monarque a mis en péril le droit dans son ensemble, compris comme une « loi fondamentale ». Le rétablissement de cette légalité principielle et supposée préexistante est jugé être la condition nécessaire et suffisante de la protection des libertés. De ce point de vue, il est un peu insuffisant de remarquer, comme on le fait souvent, que le monarque britannique « ne peut mal faire » tandis que le Président des États-Unis est pour sa part exposé à une responsabilité pour les actes de son office. Cela est exact du point de vue du droit strict, et la maxime « que le roi ne peut mal faire » est éminemment une maxime du droit strict. D'un autre côté, la culture politique britannique est aussi porteuse de formes assez récurrentes de réactions à la tyrannie, réelle ou supposée, des monarques. Les déclarations de droit anglaises sont une illustration de ce type de réactions.

Les valeurs morales auxquelles renvoient les clauses d'*impeachment* sont des valeurs et non pas des règles morales. Ce qui est en cause est une

⁴⁵ K. HAAKONSEN, « From natural law to the rights of man : a European perspective on american debates », in M. J. LACEY and K. HAAKONSEN (ed.), *A culture of rights - The Bill of Rights in philosophy, politics, and law - 1791 and 1991*, Cambridge U.P., 1991, p. 35-36.

« inconduite », un mauvais comportement. Ce comportement n'est pas mauvais en tant qu'il constitue la violation d'une règle, mais en tant qu'il constitue une défaillance par rapport à une excellence morale, qui se trouve en même temps être une excellence politique, celle du bon gouvernant. La formule approchante la plus appropriée est peut-être celle de « bon comportement » (*good behaviour*). Ce standard est employé explicitement dans la Constitution à propos de l'office des juges. Il ne s'agit pas ici de rentrer dans une autre discussion d'interprétation technique de la constitution, relative cette fois à la question de savoir si le terme de « *good behaviour* » constitue une infraction supplémentaire, concernant les seuls juges fédéraux, dans le cas des procès en destitution, et s'ajoutant au groupe « *Treason, Bribery, high Crimes and Misdemeanours* » applicable aux autres « officiers » civils soumis à la même procédure de destitution.

L'opinion la plus convaincante à ce sujet est que ce n'est pas le cas : pour qu'un juge fédéral soit condamné sur la base d'un *impeachment*, il faut quoi qu'il arrive que son comportement rentre sous les seules qualifications de « *Treason, Bribery, high Crimes and Misdemeanours* ». C'est dire que le standard de « bon comportement » n'est probablement pas une qualification supplémentaire⁴⁶. Mais qu'il le soit ou non, il n'est pas pour autant lettre morte. Il me semble plus approprié de le comprendre comme un principe d'interprétation du sens des qualifications constitutionnelles (« *Treason, Bribery, high Crimes and Misdemeanours* »). Si cela est le cas, il est tout aussi bien applicable au président. Or cela me semble tout à fait compatible avec la manière dont les auteurs du *Fédéraliste* ont utilisé cette formule de « bon comportement ». Elle est employée tout aussi bien dans la lettre n° 65 à propos des juges soumis à l'*impeachment* (« *they are liable to be impeached for mal-conduct* ») que dans la lettre n° 71 à propos de l'office du Président (« *inducements to good behaviour* »). On ne retombe pas pour autant dans la difficulté qui avait conduit la convention de Philadelphie à rejeter la proposition de George Mason visant à inscrire le terme « maladministration » parmi les infractions passibles de destitution. Cela a été bien aperçu par Raoul Berger. Bien qu'il ne faille pas, dit ce dernier, importer les standards de « bon comportement » dans « hauts crimes et délits » (« *import the standards of good behaviour into 'high Crimes and Misdemeanours'* ») toutefois des infractions au « bon comportement » peuvent constituer de tels « hauts crimes et délits » (« *may amount to high crimes and misdemeanours* »)⁴⁷.

En quoi cette idée du « bon comportement » est-elle une idée régulatrice de l'interprétation des clauses d'*impeachment* ? Dans le sens où,

⁴⁶ M. J. GERHARDT, *op. cit.*, p. 83 et s.

⁴⁷ Cf. R. BERGER, *op. cit.*, p. 91.

pour tout office de la constitution, ce qui est en cause n'est pas une moralité de la règle, mais une morale vertueuse, celle du comportement approprié. Cela fait partie du « régime » constitutionnel des offices politiques. Et cela couvre bien la plupart des griefs formulés dans les articles d'*impeachment*. Ainsi dans l'article 10 de l'*impeachment* de Johnson (*in fine*), le successeur de Lincoln se voit-il accusé de paroles « hautement dignes d'être censurées chez tout un chacun, mais particulièrement indécentes et inappropriées de la part du principal magistrat des États-Unis » lequel a donc « fait tomber l'office du Président (...) dans le mépris, le ridicule et la disgrâce, au grand scandale de tous les bons citoyens ». D'où la qualification de hauts crimes et délits⁴⁸. Ici, la différence n'est pas très grande entre le Président et un autre officier civil. Lorsque fut envisagé un *impeachment* du juge English en 1926, la Chambre des représentants releva que :

« *A civil officer may have behaved in public so as to bring disgrace upon himself and shame upon the country and he would continue to do this until his name became a public stench and yet might not be subject to indictment under any law of the United States, but he certainly could be impeached. Otherwise the public would in this and kindred cases be beyond the protection intended by the Constitution...* »⁴⁹.

Dans ce texte, comme plus largement dans la Constitution américaine, le terme de « censure » prend une coloration morale particulière. Plus exactement, il se rapproche de son sens traditionnel : une institution sociale, employant des moyens de droit, protège les valeurs morales d'une communauté. C'est dans ce contexte qu'il faut tenter d'appréhender les tentatives de faire voter contre certains présidents, notamment contre Clinton, des votes de « censure ». Le fait est que, dans les régimes parlementaires, le terme « censure » a perdu la quasi-totalité de sa charge morale. La censure est un acte politique, non un jugement moral sur une personne ou sur un acte. Au contraire, ce sens a été conservé aux États-Unis. Le Congrès, même après 1834, a régulièrement eu l'occasion de censurer des agents publics de différent niveau (le Président Buchanan en 1860 ; un *attorney general* en 1886, le secrétaire à la marine en 1924, etc.). Mais ces censures ne sont pas devenues des formes normales de remise en cause de la légitimité politique du chef de l'État, en raison principalement de l'effet tout

⁴⁸ « Which said utterances, declarations, threats and harangues, highly censurable in any, are peculiarly indecent and unbecoming in the Chief Magistrate of the United States, by means whereof the said Andrew Johnson has brought the high office of the President of the United States into contempt, ridicule and disgrace, to the great scandal of all good citizens, whereby said Andrew Johnson, President of the United States, did commit, and was then and there guilty of a high misdemeanor in office ».

⁴⁹ J. TURLEY, « Senate Trials and Factional Disputes : Impeachment as a Madisonian Device », *Duke Law Journal*, vol. 49, oct. 1999, p. 74.

à la fois attractif (les efforts se concentrant sur les tentatives de destitution) et inhibiteur (vis-à-vis de l'usage d'autres instruments) de l'*impeachment*.

Ce sont, enfin, des valeurs morales *positives*, en ce sens que la Constitution prévoit une procédure qui vise à en garantir l'effectivité. Il y a bien une responsabilité constitutionnelle, non pas ici parce que c'est l'intégrité de la Constitution qui est préservée, mais parce que la Constitution a créé une procédure particulière de garantie de certaines valeurs morales. C'est le sens du mot procès (« *trial* ») employé à propos de l'*impeachment*. Dans son arrêt *Nixon v. United States* (506 U.S. 224, 1993) la Cour suprême avait insisté sur le fait que le mot « juger » (« *try* ») employé par la constitution⁵⁰ ne constituait pas une qualification « appréhendable par les juridictions ».

On trouve là une justification de l'octroi de la compétence d'instruction et de jugement aux deux chambres du Congrès. Cela a été dit de manière très juste par Hamilton : « serait-il approprié que les personnes qui ont disposé de sa réputation (*fame*) et de ses droits les plus élevés (*most valuable rights*) comme citoyen lors d'un procès (*trial*), dussent, dans un autre procès, pour la même infraction (*offence*) être ceux qui disposent de sa vie et de sa fortune ? »⁵¹.

3) Le propre de l'idée américaine d'office constitutionnel est donc de ne pas séparer moralité personnelle et détention d'un fragment d'autorité publique. L'*impeachment* n'a de sens que dans ce contexte. La nature « constitutionnelle » de la responsabilité ainsi créée, à laquelle s'ajoute l'inévitable imprécision des termes de la section 4 de l'article II, a pour résultat que chaque *impeachment* d'un Président est un moment de création constitutionnelle. Puisque la Constitution est un système de lois unies par un principe de suprématie du droit, et puisque la Constitution est également un ensemble d'offices, chaque *impeachment* est également un moment de redéfinition de la moralité publique. Celle-ci est nouvellement exprimée et manifestée. La Constitution est une loi suprême en ce sens également qu'elle est une loi *morale* suprême. Un conflit moral incessant est en cours dans toute société moderne. Un caractère marquant de la Constitution américaine réside dans le fait qu'il existe un « bien commun constitutionnel » dont la Constitution est tenue pour l'expression et le dépôt. Il s'agit là d'une solution brillante, historiquement marquante, au problème de la désorientation morale qui est le propre de la condition moderne de l'homme. Au-delà même du « bien commun », la Constitution exprime une forme du

⁵⁰ « *The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments* » (section 1 de l'art. III).

⁵¹ Lettre 65 du *Fédéraliste*.

« souverain bien ». On attend d'elle qu'elle reprenne les caractères d'objectivité et de fixité du « souverain bien » des classiques, tout en étant d'un autre côté le produit de la volonté des individus qui composent la société politique et donc qu'elle soit aussi « bonne pour chacun d'eux ». Toute l'œuvre morale du constitutionnalisme américain réside dans l'étonnant succès d'une entreprise apparemment aussi idéaliste. Mais la désorientation morale, voire même le risque moral, qui font aussi partie de la condition de l'homme moderne ne sont pas pour autant absents ici. Il y a peut-être même un danger supplémentaire à attendre de la Constitution qu'elle soit le sanctuaire des choix touchant au bien et au mal, une sorte d'équivalent juridique du royaume des fins de la philosophie kantienne.

Les *impeachments* présidentiels correspondent toujours à des moments où le conflit moral, constamment en cours dans la société, a trouvé un débouché sur le terrain constitutionnel. En qualifiant de violations de la Constitution les comportements supposés immoraux du chef de l'État, un camp tente de réclamer pour son avantage l'autorité de la loi morale suprême qu'est la constitution. À la fois, il prétend qu'un gouvernant auquel il était politiquement hostile était également digne d'être blâmé du point de vue moral. Il faut comprendre par là : digne de blâme de manière absolue, et non d'un point de vue subjectif. Lorsque l'on dit « ce que vous avez fait là est mal », on pense rarement « est mal pour moi ». Le reproche moral absolutise son objet. Dans le cas de l'*impeachment*, le reproche moral est absolutisé par sa conversion en une accusation de violation de la constitution, c'est-à-dire de la loi morale suprême de la communauté politique. Dans une société où les choix de vie sont fondamentalement abandonnés à l'appréciation subjective des uns et des autres, avoir une relation adultérine avec une stagiaire de la maison blanche peut être diversement apprécié. Même si rares seront ceux qui pensent que cela mérite l'éloge, beaucoup penseront que cela ne se prête pas nécessairement au blâme, du fait en particulier que le blâme en question est public, et exprimé d'une manière qui en accroît singulièrement la solennité et les conséquences. Mais le camp qui prend l'initiative de l'*impeachment* pense être en mesure d'établir que la Constitution a été violée du fait de ce comportement. On doit donc sortir de la zone où prévaut la neutralité morale de l'État, son indifférence aux choix de vie des uns et des autres, et le principe du pluralisme des orientations morales au sein de la société. Il devient alors difficile de s'en tenir à la consigne formulée par Holmes dans son opinion dissidente de l'arrêt *Lochner v. New York*⁵², et rappelée significativement dès les premiers paragraphes de l'opinion de la Cour dans l'arrêt *Roe v. Wade*. « La constitution, avait dit Holmes dans *Lochner*, est

⁵² 198 U.S. 45, 76 (1905).

faite pour des gens aux vues fondamentalement divergentes » (*[The constitution] is made for people of fundamentally differing views*). Avec l'*impeachment*, on ne peut en rester à ce constat pluraliste. Il faut se prononcer, au contraire, selon une figure binaire du jugement moral inspirée des formes du droit criminel (coupable, non coupable), sur les comportements d'un homme investi de fonctions officielles de la plus haute importance. L'*impeachment* de Johnson faisait suite à la crise morale majeure que fut la guerre de sécession. Elle était l'illustration du fait qu'un mal moral profond était tapi au sein du « souverain bien » exprimé en 1776 (dans la déclaration d'indépendance) puis en 1787 et 1790 (dans la Constitution puis dans ses dix premiers amendements). L'*impeachment* de Clinton illustre comment la question de la moralité individuelle et celle de la moralité publique ne pouvaient pas être dissociées aux États-Unis. Le vrai clivage partisan des trente dernières années s'est situé sur ce terrain moral : il a opposé deux conceptions différentes de la « bonne vie », de la vie terrestre juste et exempte de blâme. Chacun appréciera s'il se rallie aux conceptions morales qui ont animé les républicains qui ont entrepris de faire destituer Clinton. Mais, en admettant qu'un des ressorts importants de toute cette affaire était une désapprobation de la conduite de Bill Clinton, il est difficile de reprocher à ses accusateurs d'avoir détourné une procédure constitutionnelle pour parvenir à leurs fins. Le fait est que l'*impeachment*, et à travers lui l'idée américaine d'office constitutionnel, établit un rapport entre moralité individuelle et fonctions politiques. La sorte de « jugement » qui est attendue des membres du Congrès dans le cadre d'un *impeachment* consiste précisément à effectuer ou à refuser d'effectuer une telle liaison dans un cas concret. De la boîte de Pandore ainsi ouverte peut sortir le pire comme le meilleur. Et, pis encore, dans une société moderne et pluraliste, l'accord ne se fera pas sur la question de savoir si le pire ou le meilleur est sorti de la boîte.