



L'EXÉCUTIF UNITAIRE

Théorie et pratique de la présidence administrative, 1789-2000

Renaud PACOUD

ATER Université Lyon III – Doctorant Université Lyon II

Introduction

Cet article se propose de revenir sur la genèse historique et politique des théories constitutionnelles de l'exécutif unitaire (*unitary executive*) développées pour légitimer l'accrétion vers la présidence de l'ensemble des pouvoirs de supervision et de contrôle de l'appareil d'État américain. Après avoir présenté les principaux tenants de la théorie constitutionnelle de l'exécutif unitaire et les difficultés intrinsèques que celle-ci recèlent, on mettra en évidence le rôle historique du pouvoir législatif dans l'organisation de l'État américain au début de la république et la conception du pouvoir exécutif dont celui-ci témoigne. On pourra alors à la lumière de ces éléments de contexte cerner plus précisément la nature des mutations opérées par le *New Deal* et la présidence de Roosevelt et observer ensuite les différentes expressions de la présidence administrative de Nixon à Clinton et ainsi saisir la contingence politique des théories de l'exécutif unitaire, manifestée par les succès inégaux des présidents unitaristes devant la Cour suprême.

La théorie constitutionnelle de l'exécutif unitaire

La théorie constitutionnelle de l'exécutif unitaire procède d'une lecture textualiste de la Constitution des États-Unis et d'une recherche dans ses différents articles d'une source constitutionnelle claire et identifiable du pouvoir exécutif. En d'autres termes elle s'attache à identifier dans le texte constitutionnel uniquement les provisions qui donnent vie et consistance au pouvoir exécutif. Presque tous les juristes unitaristes refusent d'appuyer leur théorie sur les intentions originelles des constituants déduites de

sources externes à la Constitution telles que les minutes des débats à la convention ou encore les articles traitant du pouvoir exécutif dans le *Fédéraliste* au premier rang desquels se trouve le *Fédéraliste* 70, où l'on trouve l'expression « exécutif unitaire » pour la première fois.

Dans son acception la plus courante, la théorie pose que le pouvoir exécutif découle entièrement de deux provisions de la Constitution. La première, la plus importante se trouve dans la première phrase de la clause 1 de l'article II, article consacré entièrement au pouvoir présidentiel, qui dit la chose suivante : « *The Executive power shall be vested in a President of the United States of America* ». Selon les unitaristes [Calabresi 1995, Lawson 1998] le pouvoir conféré par la *Vesting Clause* doit être considéré comme unitaire dans la mesure où le texte stipule d'une part qu'il est mis entre les mains d'un officier unique (le Président) et d'autre part comme univoque et indifférencié, dans la mesure où aucune énumération précise dans la suite de l'article ne vient le qualifier, comme c'est le cas pour les pouvoirs législatifs conférés au Congrès dans l'article I. La seconde, la clause trois de l'article II, stipule que le président « *shall take care that the laws be faithfully executed* » et prouverait que la Constitution donne bien au président et à lui seul le pouvoir de faire appliquer la loi positive c'est à dire le droit législatif.

En somme, le président exerce un contrôle hiérarchique sur tous les fonctionnaires de l'exécutif, y compris ceux qui sont investis d'un pouvoir discrétionnaire par la loi sur lesquels le président conserve alors un plein pouvoir de révocation ainsi que le pouvoir souverain d'annuler ses décisions, et même de se substituer à lui si besoin. D'après cette lecture du texte constitutionnel, toute tentative du législateur pour structurer le pouvoir exécutif doit tenir compte de ce principe sous peine d'être frappée d'inconstitutionnalité. Ainsi, les commissions indépendantes qui administrent depuis plus de 100 ans des grands programmes de régulation mises en place par le Congrès sont-elles selon les théoriciens de l'exécutif unitaire des anomalies constitutionnelles puisque d'une part les commissaires qui y siègent ne sont pas tous nommés par le président et d'autre part sont largement protégés de son pouvoir de contrôle et de supervision dans la mesure où ils siègent pour des mandats de quatre, cinq ou six ans selon les cas.

La théorie de l'exécutif unitaire a donc des implications suffisamment radicales pour inviter à une relecture du texte constitutionnel. Il faut évidemment s'attarder sur les autres dispositions de l'article II pour voir dans quelle mesure elles peuvent amender le pouvoir général conféré *Vesting Clause*. Premier problème à la relecture, on trouve dans l'article une provision stipulant que la Président « *may require the Opinion of the principal officer in each of the executive departments, upon any subject related to the duties of their offices* ». Aucune provision de ce type n'existe dans l'article I, mais le Congrès s'est arrogé naturellement ce pouvoir dès sa première session. Si le constituant a pris soin d'inclure ce pouvoir dans l'article II sans le sous

entendre comme dans l'article I, on peut alors supposer qu'il n'est pas inhérent au pouvoir exécutif lui-même comme le laisse entendre les unitaristes. D'autre part, l'autre *Vesting Clause*, celle de l'article III, ressemble à s'y méprendre à celle de l'article II, et diffère donc nettement de celle de l'article I : « *The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish.* » Si la différence entre l'article I et II fonde l'univocité du pouvoir présidentiel, alors, le pouvoir remis à la Cour suprême doit être considéré également comme unitaire et indifférencié. Or, il est tout à fait admis que la juridiction de la Cour suprême reste soumise au moins en principe au bon vouloir du législateur. En d'autres termes, la théorie de l'exécutif unitaire obligerait à lire l'article II indépendamment des articles I et II, et de ce fait à dénier au texte constitutionnel toute cohérence structurelle dans l'exposition des trois pouvoirs.

Le Congrès et les formes de l'État au XIX^e siècle

Si l'analyse constitutionnelle met en doute la validité intrinsèque de la théorie, la manière dont furent créés les premiers départements de l'exécutif interdit de penser que les premiers constituants et les père fondateurs envisageaient un pouvoir exécutif sous contrôle présidentiel absolu. D'une part, les législateurs, même s'ils donnèrent au Président le pouvoir unilatéral de révoquer le *Secretary of State*, restèrent silencieux ou à tout le moins ambigus sur la source de cette autorité. Comme l'a montré le juriste David Currie [1999 : 55], il n'y avait aucun consensus en 1789 sur la question de savoir si le pouvoir de révocation découlait du texte constitutionnel ou de la simple loi positive. Cette réalité a été durablement obscurcie par l'opinion du juge Taft dans l'arrêt *Myers c. United States*¹ de 1926, dont l'analyse est restée célèbre pour avoir posé que la source constitutionnelle du contrôle présidentiel sur l'administration interdisait au Congrès d'encadrer le pouvoir de révocation du président. D'autre part, les travaux du premier Congrès suggèrent que les législateurs n'envisageaient pas une forme unique pour tous les départements de l'exécutif. Ainsi, le *Department of the Treasury* n'était pas qualifié officiellement d'*executive department* comme le *Department of Foreign Affairs and Wars* et voyait au contraire de ce dernier son organigramme interne très largement précisé par la loi, avec des protections contre le contrôle présidentiel offertes à certains fonctionnaires tels que le *Comptroller General* en échange d'une limitation de leur pouvoir discrétionnaire. De toute évidence, les structures internes et l'organisation des responsabilités dans ces ministères variaient en fonction de la nature des fonctions administrative envisagées, sans qu'un principe strictement

¹ 272 U.S. 52

unitariste ne préside aux travaux des législateurs. Dans certains cas (*Department of Foreign Affairs, Department of the Navy*), le Congrès attribuait au Président un pouvoir de supervision et de contrôle sur les administrateurs presque complet. Dans d'autres (*Department of the Treasury, Post Office*), il limitait l'autorité du Président et précisait en assez grands détails les fonctions des principaux administrateurs. Selon Cass Sunstein et Lawrence Lessig [1994 : 46-52], ces différences de traitements reflètent une distinction plus large entre le pouvoir exécutif politique (*executive power*) et le pouvoir exécutif administratif (*administrative power*). Le premier est la prérogative essentielle des présidents et donc aisément constitutionnalisable, le second demande une répartition plus équilibrée entre le Président et le Congrès, et nécessite donc une régulation statutaire plus attentive.

Si les formes juridiques choisies rendaient compte de la distinction entre la politique étrangère et la guerre comme domaines presque réservés du Président et l'administration publique comme domaine partagé avec le Congrès, elles n'en épuisaient pas le sens. En effet, la pensée constitutionnelle et administrative américaine du XIX^e siècle devait progressivement surimposer à cette vision duale de l'exécutif une théorie des pouvoirs exécutifs non énumérés propre à déposséder un peu plus le Président de sa souveraineté sur l'exécutif. L'argument est entièrement constitutionnel dans son principe, mais ne se limite pas à l'article II. Selon cette théorie, le pouvoir et la responsabilité présidentielle de faire exécuter la loi recouvrent en réalité deux situations différentes selon que les lois en question sont nécessaires pour donner consistance aux pouvoirs décrits dans l'article II ou dans l'article I. La fonction exécutive étant en partie de rendre possible l'exercice du pouvoir législatif délégué par le Congrès les limites imposées au législateur dans l'organisation de l'exécutif sont alors celles du périmètre de la *Necessary and Proper Clause* de l'article I, et non de l'article II, que l'on considère ses dispositions comme unitaires ou non. C'est donc *in fine* au Congrès, à travers et dans les limites de la *Necessary and Proper Clause* que revient le pouvoir de définir les moyens à mettre en œuvre pour réaliser tous les pouvoirs du gouvernement fédéral, ce qui signifie que les pouvoirs exécutifs non énumérés sont le domaine du Congrès et non de la présidence.

C'est cette latitude donnée au Congrès qui permet le développement à la fin du XIX^e siècle d'une forme administrative nouvelle, la commission indépendante, dont les membres cumulent des fonctions législatives, exécutives et parfois adjudicatives, et sont nommés à la fois par le Président et le Congrès, sans la possibilité pour l'un et l'autre de les révoquer. La distinction constitutionnelle entre fonction exécutive politique et administrative se double alors d'une différence de valeur entre la politisation liée à la tutelle présidentielle sur l'administration et la neutralité de l'expertise bureaucratique. Néanmoins, cette neutralité bureaucratique fut très rapidement mise en doute tant l'expansion des prérogatives de l'exécutif changea la nature du travail des agences fédérales, rendant de fait

caduque la distinction entre fonction exécutive politique et administrative sur laquelle s'était appuyée explicitement ou non le Congrès pour créer de nouvelles structures bureaucratiques. C'est bien la prise de conscience de l'artificialité de cette distinction qui informe *sub silentio* l'arrêt du juge Taft dans l'affaire *Myers c. United States*, nonobstant son argumentaire sur les intentions des constituants quant au pouvoir de révocation unilatéral dont disposerait le Président sur tous ses subordonnés.

Le New Deal et au-delà

Avec la présidence de Franklin Roosevelt s'écroule semble-t-il définitivement l'idée qu'il existerait un pouvoir exécutif d'ordre strictement administratif qui pourrait échapper à l'influence du Président. Pour autant la revendication par Roosevelt du pouvoir de révoquer à sa guise un Commissaire de la Federal Trade Commission échoue devant la Cour suprême dans l'arrêt *Humphrey's Executor c. United States* en 1935 et son plan de réorganisation de l'administration fédérale est bloqué au Congrès l'année suivante. Mais ces deux échecs ne sont que de surface. D'une part le Congrès autorise en 1939 Roosevelt à réorganiser l'exécutif par décret (*executive order*) ce qui permet à Roosevelt de créer l'*Executive Office of the Presidency* (EOP). D'autre part, l'arrêt *Humphrey's Executor c. United States* eut surtout pour conséquence de renvoyer la question du contrôle de l'administration devant le Congrès et donc sur le terrain du politique, avec cet avantage pour les présidents unitaristes de pouvoir se placer du côté du bon sens constitutionnel et administratif tant la théorie selon laquelle les Commissions indépendantes existeraient en dehors du pouvoir exécutif semblait excessive et la simple augmentation du nombre de lois à administrer par l'exécutif faisait du Président le rouage central du gouvernement fédéral.

À partir de la présidence de Richard Nixon l'intégration de la variable administrative dans les stratégies politiques présidentielles fait du contrôle de la bureaucratie un facteur important de tensions entre la Maison-Blanche et le Congrès, alors même que l'État fédéral continue de croître. La stratégie de Nixon pour asseoir son autorité sur l'appareil d'État est simple : il s'efforce à la fois de centraliser les ressources institutionnelles à la Maison Blanche en élargissant le périmètre de l'EOP et de politiser les échelons inférieurs de l'administration fédérale. Sur le plan constitutionnel, Nixon affirme pour la première fois explicitement que l'article II garantit au Président que la manière avec laquelle il exerce son pouvoir exécutif n'est pas sujette au contrôle des autres pouvoirs. Ainsi Nixon s'arroge le droit de

refuser de dépenser les sommes allouées par le Congrès pour certains programmes fédéraux, ce qui contraint le Congrès à légiférer en 1974 pour interdire cette pratique.

La présidence administrative devient alors le lieu de tous les conflits mais aussi de tous les paradoxes institutionnels : comment, pour la Maison-Blanche, justifier son entreprise d'absorption de l'appareil d'État qui reste, en théorie comme en pratique, une création du Congrès ? Comment, pour chaque président, utiliser au mieux les ressources institutionnelles dont il dispose tout en évitant les risques d'augmentation de sa responsabilité politique qui pourrait en découler ? De ce point de vue, la fin des années 70 et le début des années 80 marque le retour d'un certain formalisme de la part de la Cour suprême sur la question de la séparation des pouvoirs, globalement au détriment du Congrès. Dans l'arrêt *Buckley c. Valeo* (1976)², la Cour suprême limite le pouvoir du législateur de faire des commissaires de la Federal Election Commission des agents du Congrès. En 1983, l'arrêt *INS c. Chadha*³ rappelle que toutes les actions administratives prise en application de la loi sont de nature exécutive, ce qui encourage l'exécutif Reagan à plaider contre la constitutionnalité des commissions indépendantes en 1986, dans la procédure *Bowsher c. Synar*⁴. La victoire de l'exécutif fut partielle, puisque si la Cour invalida effectivement la disposition litigieuse du Balanced Budget Act, le juge Burger prit soin dans ses attendus de limiter son raisonnement à ce cas précis pour que la constitutionnalité des commissions indépendantes reste acquise.

Cette tendance au formalisme constitutionnel s'accordait bien avec les revendications unitaristes de l'administration Reagan, qui par ailleurs continuait de peaufiner les méthodes de contrôle sur la bureaucratie développées par Nixon après avoir promulgué un décret qui permettait à la Maison Blanche de superviser dans le détail toutes les décisions réglementaires des agences exécutives. Néanmoins la Cour suprême devait refuser les objections de l'exécutif quant à la constitutionnalité du procureur indépendant dans la décision *Morrison c. Olson*⁵ en 1988 ouvrant de ce fait une brèche importante dans l'exécutif unitaire. La présidence Clinton en subit les conséquences les plus handicapantes mais ne renonça en aucun cas à contrôler l'appareil d'État autant qu'il lui était possible de le faire, en élaborant elle aussi une stratégie administrative fondée sur une intervention constante du Président dans le travail des agences fédérales, avec cette particularité pour Clinton d'en avoir fait une stratégie politique beaucoup plus ouverte que ses prédécesseurs et surtout de s'être gardé de proposer une théorie constitutionnelle de l'exécutif pour défendre ses initiatives. Tout

² 424 U.S. 1

³ 462 U.S. 919

⁴ 478 U.S. 714

⁵ 487 U.S. 654

au contraire, Clinton prétendit simplement agir en agent du Congrès selon une vision très appliquée de la *Take Care Clause* que la Cour suprême encadra assez strictement dans la décision *FDA c. Brown Williamson Tobacco Corp.*⁶ de 2000 au nom des intentions du législateur, que Clinton avait, selon les juges, outrepassées.

Conclusion

La théorie de l'exécutif unitaire est trop sujette à caution historiquement pour justifier toutes les stratégies présidentielles de contrôle de la bureaucratie. Elle fournit cependant le fondement d'une aspiration plus large à la souveraineté présidentielle sur l'exécutif que la Cour suprême ne dément que dans les cas les plus problématiques, et lorsque l'exécutif cherche à lui imposer une vision unitaire de l'exécutif de manière trop exorbitante. Les différentes stratégies administratives employées par les Présidents modernes ne peuvent pour l'instant conduire à ce que l'exécutif unitaire ne devienne l'exécutif unilatéral.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

BRUFF, Harold. *Balance of Forces: Separation of Powers Law in the Administrative State*. Durham: Carolina Academic Press, 2006.

CURRIE, David P. *The Constitution in Congress: The Federalist Period, 1789-1805*. Chicago: University Of Chicago Press, 1999.

NATHAN, Richard P. *The Administrative Presidency* New York: Prentice Hall, 1983.

RUDALEVIDGE, Andrew. *The New Imperial Presidency*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004.

Articles

CALABRESI, Stevens. "Some Normative Arguments for the Unitary Executive." *Arkansas Law Review* 48 (1995): 23-104.

⁶ 529 U.S. 120

Cercles / 8

— — — —, & Kevin RHODES. "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary." *Harvard Law Review* 105 (1992): 1153-216.

— — — —, & Sakrishna B. PRAKASH. "The President's Power to Execute the Laws." *Yale Law Journal* 104 (1994): 541-665.

KAGAN, Elena. "Presidential Administration." *Harvard Law Review* 114 (2001): 2245-385.

SUNSTEIN, Cass, & Lawrence LESSIG. "The President and the Administration." *Columbia Law Review* 94 (1994): 1-123.