

## POUR UNE « HÂTE MÛREMENT RÉFLÉCHIE »

« *A deliberate haste* ». Sans doute l'actuel Président-élu a-t-il trouvé la formule la plus heureuse pour décrire l'état d'esprit prévalant lors d'une période de transition présidentielle. Cet entre-deux au cours duquel se succèdent, aussi immanquablement que l'automne charrie son lot de feuilles mortes, les appels au « recomptage des voix » – les onze électeurs du Missouri n'étant d'ailleurs toujours pas attribués à ce jour –, et leur corollaire qu'est la suppression, ou à tout le moins la réforme, du caractère indirect de l'élection présidentielle et du collège électoral. Une touche d'originalité a cependant été apportée en cette année 2008, puisque d'aucuns militent également en faveur d'une démission immédiate et simultanée des actuels Président et Vice-Président, dont le mandat court jusqu'au 20 janvier 2009. À cela s'ajouterait, dans l'idéal, l'adoption d'un amendement tendant à modifier en profondeur le mécanisme mis en place par le XX<sup>e</sup> Amendement en 1933. Une telle surenchère pourrait laisser à penser que la démocratie américaine est au bord du chaos suite aux élections du 4 novembre. Cette hypothèse ne résistant que difficilement à un examen des faits, il est probable que certains de ses observateurs, si l'on nous autorise ce pléonasme, se soient hâtés un peu trop précipitamment.

« Que Bush démissionne », en premier lieu, ne changerait rien à l'affaire. Si l'actuel Président démissionnait demain, et quant bien même le Vice-Président démissionnerait simultanément, l'on aurait en effet peine à trouver dans l'ordre de succession le sénateur *junior* de l'Illinois. En première analyse, d'un strict point de vue constitutionnel, le Président Bush a été investi le 20 janvier 2005 et, son mandat courant pour quatre années complètes, rien ne peut le contraindre à renoncer prématurément à ses fonctions et aux pouvoirs qui demeurent les siens. L'impopularité, difficilement contestable, de l'Administration sortante n'a pas ici à entrer en ligne de compte, même si la période de transition ne se verrait probablement pas remise en cause dans l'hypothèse où le Président en fin de mandat n'était pas le susnommé.

À cette objection pourrait-on rétorquer que, précisément, le second mandat de M. Bush aurait dû débiter en novembre 2004, soit immédiatement après sa réélection. En remontant ainsi de loin en loin, l'on parvient jusqu'en 1933, date de ratification du XX<sup>e</sup> Amendement. Un Amendement qui a pourtant amputé la période de transition présidentielle de six semaines, et avancé de deux semaines supplémentaires la première réunion du Congrès renouvelé, dissociant ainsi les deux événements pour des raisons qui seront évoquées plus loin. Le seul fait qu'en ce siècle « tout aille très vite » ne justifie pas que la Constitution fédérale soit le réceptacle des passions du temps présent. Bien au contraire, un certain nombre d'éléments plaident aujourd'hui en faveur du maintien de la période de transition présidentielle et, plus encore, du caractère indirect de l'élection. Les deux questions sont en réalité indissociables, puisque les nombreuses étapes du processus électoral requièrent une période de transition relativement longue. Mais ce n'est pas là sa seule justification : plus généralement, c'est l'ambition de « freiner le pouvoir » qui l'imposait et l'impose encore.

Sans doute est-il possible, d'un revers de main, de balayer l'existence d'un collège électoral souvent qualifié d'« archaïque », en arguant du « caractère symboliquement fédéral de l'élection présidentielle ». Encore faut-il savoir exactement qu'entendre par là : que l'élection ne revêt qu'une apparence fédérale, ou bien que son caractère réellement fédéral ne constitue qu'un élément somme toute négligeable ? Si la première hypothèse est aisément réfutable, la seconde relève quant à elle de la plus pure vision stato-centrée et donne difficilement prise à l'argumentation.

Les arguments en faveur du maintien du collège électoral sont classiques. Éculés, diront certains. Mais ils ont la force, pour céder à la terminologie du moment, de la « résilience ». Certes ce système n'est-il pas parfait. Le compromis qui lui a donné naissance a permis à la Virginie esclavagiste de conserver la Maison-Blanche, presque sans discontinuité, pendant près de quatre décennies. Mais l'origine du collège électoral ne doit pas servir à en disqualifier le principe, plus de deux siècles après son institution. Ses détracteurs avancent également le fait que, à trois reprises, un Président minoritaire en suffrages exprimés a obtenu une majorité au sein du collège électoral. En réalité, dans les deux premiers cas, ce dernier a joué un rôle correcteur, en atténuant cette fois le poids des anciens États confédérés, les démocrates sudistes ayant massivement « favorisé » Samuel Tilden en 1876, puis Grover Cleveland en 1888. S'agissant de l'élection de 2000, il faut souligner d'une part que George W. Bush l'avait emporté dans 78,3% des comtés, et d'autre part que sa stratégie de campagne aurait probablement été différente si l'élection avait reposé uniquement sur le suffrage populaire.

Mais au-delà de ces considérations factuelles, le collège électoral, précisément, a été conçu *dans le but* de ne pas être un simple reflet de la majorité populaire : il implique une majorité et une légitimité fédérales distinctes. Une absence de convergence ne doit à cet égard pas être considérée comme un symptôme de la défectuosité du système, mais au contraire comme une preuve de son efficacité.

Certains délégués, parmi lesquels James Wilson de Pennsylvanie, avaient milité à la Convention de Philadelphie en faveur de l'élection du Président au suffrage direct, mais s'étaient heurtés aux intérêts des petits États du Nord et à ceux du Sud, grands et petits. Depuis lors, des centaines de propositions ont été déposées en vue d'amender ou d'abolir le système actuel, la plus célèbre étant la proposition Bayh-Celler, qui échoua de peu devant le Sénat en 1970. La dernière en date a été introduite devant la Chambre des représentants en 2007 par le Représentant du Texas Gene Green. En réalité, les chances d'adoption d'un amendement en vue de modifier l'article II, section 1 de la Constitution fédérale, pour des raisons sur lesquelles il serait superflu de s'étendre, sont à peu près nulles.

Pour surmonter cet obstacle est né un projet de pacte interétatique, inspiré des propositions des frères et Professeurs Amar. Le *National Popular Vote Interstate Compact* prévoit ainsi non pas de supprimer le collège électoral, mais d'en vider la substance, non par la voie d'un amendement à la Constitution fédérale, mais par l'adoption de législations adéquates au sein même des États, l'article II, section 1, disposant que chaque État peut désigner, « *de la manière prescrite par sa législature* », les électeurs qui lui reviennent en fonction de sa représentation au Congrès. De sorte que, de la même manière que les États sont libres de répartir les électeurs selon un mode proportionnel ou dans le cadre des districts congressionnels, ils sont également libres de confier à la législature le soin de les désigner. Ainsi, le projet de pacte interétatique prévoit que chaque État puisse attribuer ses électeurs non au candidat ayant obtenu la majorité des suffrages exprimés en son sein, mais au candidat majoritaire au niveau national. Et ce quand bien même celui-ci serait minoritaire dans l'État concerné. Serait ainsi écarté le « risque » allégué d'une divergence de majorités populaire et électorale. Toutefois, dans l'hypothèse – certes fort improbable – d'une stricte égalité des voix, le système traditionnel prévaudrait à nouveau, chaque État attribuant ses électeurs au candidat arrivé en tête en son sein. Quatre États ont jusqu'ici adhéré à ce pacte – le Maryland, le New Jersey, l'Illinois et Hawaï. Il est néanmoins prévu que celui-ci ne prendra effet que lorsqu'une combinaison d'États attribuant un total de 270 électeurs au sein du collège électoral y aura adhéré.

Ce projet a certes l'avantage de maintenir, au moins formellement, le collège électoral. Mais il n'en bouleverse pas moins l'économie du fédéralisme américain. Sans évoquer le problème de la constitutionnalité au regard de l'article I, section 10 de la Constitution d'un tel accord entre États qui, n'étant pas entré en vigueur, n'a pas été soumis au consentement du Congrès, le *Compact* revêt une force attractive qui, à n'en pas douter, contraindrait les États ne souhaitant pas y adhérer à s'y soumettre *in fine*, le vote de leurs électeurs étant dans le cas contraire dépourvu de tout intérêt. En outre, l'on peut s'interroger sur le fait de savoir si ce suffrage universel direct déguisé n'impliquerait pas l'adoption par le Congrès d'une nouvelle législation fédérale en matière électorale, domaine dans lequel s'exercent traditionnellement, en vertu du X<sup>e</sup> Amendement, les prérogatives étatiques, qu'il s'agisse du mode de votation ou du contentieux électoral. La compétence fédérée en la matière est ainsi reconnue par l'*Electoral Count Act* du 3 février 1887, faisant suite à l'élection litigieuse de Rutherford B. Hayes. Les contestations relatives à la désignation des électeurs sont réglées au niveau de l'État, à condition que la querelle soit vidée six jours avant la date fixée pour la réunion conjointe des chambres du Congrès. Dans le cas contraire, ce sont les deux chambres du Congrès qui sont chargées de déterminer séparément quels votes sont valides. En cas de désaccord entre les chambres, ce sont alors les mandats certifiés par le Gouverneur qui seront considérés comme tels. Difficile par conséquent de soutenir que l'élection présidentielle, dans sa forme actuelle, ne revêt qu'un caractère « symboliquement fédéral ». L'illustration la plus marquante de son caractère *réellement* fédéral reste l'élection de 2000, au cours de laquelle les autorités étatiques exécutives et judiciaires de Floride ont joué le rôle décisif que l'on connaît. Mais qu'advierait-il, dans l'hypothèse où le *Compact* prendrait effet, si l'un des États adhérents ne respectait finalement pas son engagement, en attribuant ses électeurs au candidat majoritaire en son sein mais minoritaire au niveau fédéral, et était de ce fait traduit en justice par un autre État partie au pacte ? Il est probable que l'issue de l'élection serait alors déterminée devant une Cour fédérale. Le paradoxe ne manque pas de saveur, dans la mesure où les promoteurs de l'*Interstate Compact* sont les mêmes que ceux qui dénonçaient jadis l'arrêt *Bush v. Gore*.

Au-delà de ces hypothèses dont on conviendra qu'elles sont relativement alambiquées, en tout état de cause, la suppression du collège électoral affaiblirait l'influence des États sur la détermination des plates-formes électorales et diminuerait encore le poids des États peu peuplés – qu'il s'agisse de *swing states* ou non. Mais les États les plus peuplés y perdraient également, dans la mesure où il n'importerait plus tant de savoir quel candidat a obtenu la majorité des suffrages en leur sein que l'avance dont il y bénéficie. En réalité, le raisonnement même en termes de victoire dans tel ou tel État n'aurait plus que valeur d'anecdote, dans l'hypothèse de l'adoption d'un amendement constitutionnel comme de l'*Interstate Compact*. Le territoire américain se verrait en fait recouvert d'une vague monochrome que les frontières étatiques seraient dans l'incapacité d'endiguer. Mais incontestablement ces arguments ne sont-ils que de peu de poids si l'on tient le fédéralisme et le X<sup>e</sup> Amendement pour quantités négligeables.

Au demeurant, sans doute ne faut-il pas céder au catastrophisme. Le système actuel va encore se pérenniser avec l'adoption par le Nebraska de la règle du *winner-take-all* au niveau étatique, et non plus au sein de chaque district congressionnel comme c'était le cas jusqu'à présent. Par ailleurs, si la clé de l'élection présidentielle est effectivement « entre les mains des citoyens », les États ont encore la main haute sur le verrou constitutionnel qui garantit leurs prérogatives. Et la dimension fédérale de ce scrutin perdurera encore longtemps après que l'illusion de l'efficacité au prix de l'uniformité se sera dissipée.

L'élection présidentielle telle qu'elle se déroule actuellement, dans le cadre des États, implique un processus relativement long et indéniablement complexe. Le Congrès laisse ainsi s'écouler, depuis la loi fédérale du 5 juin 1934 tirant les conséquences du XX<sup>e</sup> Amendement adopté l'année précédente, un délai de six semaines entre le jour de l'élection des « grands » électeurs, et l'élection du Président par ces derniers. Là encore, c'est la forme politique fédérale qui justifie un tel délai, lequel permet de vider – sans que ce laps de temps soit toujours suffisant, comme l'a montré l'élection de 2000 – d'éventuelles contestations. Les « grands » électeurs se réunissent dans la capitale de chaque État – c'est d'ailleurs à cet égard que d'aucuns ont considéré comme impropre l'expression de « collège » électoral –, les bulletins étant acheminés vers Washington et dépouillés le 6 janvier – date résultant également de la loi de 1934 – par le président du Sénat devant le *nouveau* Congrès réuni. L'investiture du Président était jusqu'en 1933 fixée au 4 mars suivant – date butoir initialement retenue par le XII<sup>e</sup> Amendement –, jusqu'à ce que le XX<sup>e</sup> Amendement la ramène au 20 janvier. Ce même Amendement, il en a déjà été question, a dissocié l'investiture du Président et la réunion du nouveau Congrès issu des urnes en novembre, celle-ci étant jusqu'en 1933 également fixée au 4 mars. En sorte qu'en cas d'absence de majorité absolue au sein du collège électoral, c'était à la Chambre des représentants dont le mandat arrivait à expiration qu'il revenait d'élire le Président, en vertu du XII<sup>e</sup> Amendement. En fixant la date de réunion du nouveau Congrès trois jours avant le dépouillement des votes des électeurs – soit le 3 janvier –, le constituant s'est assuré que ce serait le Congrès dont la légitimité est la plus récente qui aurait à connaître d'un éventuel litige.

Eu égard à cette fragmentation du processus, il apparaît très difficile de réduire encore les délais entre l'élection des électeurs et l'élection du Président, puis entre l'élection du Président et son investiture. Certes l'élection de 2008 s'est-elle déroulée, notamment de par l'ampleur de la victoire du candidat démocrate, dans des conditions optimales. Mais en 2000, certains avaient précisément déploré le délai *trop bref* laissé aux États avant de réunir leurs électeurs – la Cour suprême ayant alors invoqué l'obligation de clôturer les opérations électorales avant le lundi suivant le second mercredi du mois de décembre. L'on voit donc bien que si l'on opte pour le maintien du système indirect actuel, d'un point de vue constitutionnel, la date du 20 janvier retenue par le constituant non seulement se justifie mais revêt un caractère de nécessité.

Cependant, même en admettant l'hypothèse d'une élection au suffrage universel direct du Président, d'un point de vue purement politique, la période de transition s'impose encore. L'argument selon lequel le « désenchantement dans l'opinion » risque d'être proportionnel, l'impatience allant grandissante, à l'attente prescrite par la Constitution avant l'investiture du nouveau Président est aisément réversible. Il n'est pas sûr en effet qu'un Président certes investi au plus tôt après son élection, mais mal préparé et entouré d'une équipe bancale, sera en mesure de susciter un désenchantement moindre.

Par ailleurs, il ne faut pas surestimer la « confusion » qu'est en apparence susceptible d'engendrer une telle période, au cours de laquelle semblent coexister deux Présidents et deux Administrations. « Il n'y a qu'un seul Président », n'a de cesse de répéter l'actuel Président-élu, visiblement peu désireux de bousculer l'ordonnancement constitutionnel. Ce qui n'empêche pas une collaboration étroite, dépassant les clivages partisans, entre l'exécutif en fin de mandat et l'exécutif « en devenir ». Il est ainsi de tradition, contrairement à ce qui prévaut en France, que le premier assiste à la prestation de serment du second. Le consensus prévaut donc généralement – même si d'aucuns pourront évoquer en contrepoint la transition difficile entre Calvin Coolidge et Herbert Hoover en 1929 ou, plus encore, entre John Adams et Thomas Jefferson au début du siècle précédent –, et ce alors que la Constitution est peu loquace sur ce point. L'on peut néanmoins y déceler une forme de contrainte pesant sur le Président en fin de mandat. Outre celle de quitter, quoi qu'il arrive, ses fonctions le 20 janvier à midi, une autre obligation pourrait résider dans le serment que prête le Président lors de son investiture, conformément à l'article II, section 1, alinéa 8 du texte de 1787, de « préserver, protéger et défendre » (« *preserve, protect and*

*defend*») la Constitution des États-Unis. Or, l'emploi du terme « préserver » implique une action à long terme qui ne se limite aux seules quatre années du mandat. « Préserver, protéger et défendre » la Constitution semble requérir du Président « *lame-duck* » une forme de coopération à l'égard du Président-élu, notamment face aux dangers extérieurs et intérieurs pouvant survenir pendant la transition. Reste cependant à déterminer comment contraindre le Président dont le mandat arrive à expiration à ne pas pratiquer une obstruction systématique, la menace d'*impeachment* n'étant alors plus que d'une faible portée.

Il n'est cependant nul besoin d'en arriver à de telles extrémités. Le quasi-mutisme de la Constitution n'a en effet pas empêché la plupart des transitions de se dérouler dans un climat serein. Ainsi, conformément aux dispositions du *Presidential Transition Act* de 1963, substantiellement modifié en 2000, le Président Bush a signé cette année, près d'un mois avant l'élection du 4 novembre, un décret instituant un Conseil de coordination de la transition présidentielle, composé de responsables de la sécurité nationale et du territoire et de l'économie, qui ont quotidiennement informé les équipes des deux candidats. La même loi met d'ailleurs à la disposition du Président-élu des fonds fédéraux en vue d'établir son équipe de transition et de mener à bien le processus de recrutement, soit 5,27 millions de dollars pour George W. Bush en 2000-2001.

Les quatre-vingt jours, en moyenne, de transition sont généralement mis à profit, est-il besoin de le rappeler, par le Président-élu, pour mettre sur pied son équipe de gouvernement – Cabinet et Administration au sens large – et prendre connaissance des dossiers en cours. Mais ces quelques semaines se révèlent en réalité souvent encore insuffisantes, le *spoils system* hérité de l'ère jacksonienne laissant à la charge du Président nouvellement élu le soin de nommer plus de 3.000 fonctionnaires, dont près d'un tiers – un peu moins de 1.200 – doit recevoir l'approbation du Sénat, auxquels s'ajoutent plusieurs milliers de membres de commissions, conseils et comités. La lourdeur de la machine administrative est telle qu'en septembre 2001, soit huit mois après son investiture, un tiers à peine des futurs conseillers du Président Bush en matière de sécurité nationale étaient installés. Quatre-vingt jours ne sont donc pas de trop pour préparer l'ensemble de ces candidatures et les soumettre au plus tôt à l'*advise and consent* sénatorial.

« *A deliberate haste* ». Dans la juxtaposition de ces deux termes, certains pourraient déceler un oxymore. Elle ne fait pourtant que refléter à la fois la détermination et la pondération que requiert la Constitution fédérale. À ses critiques parfois excessivement focalisés sur le court terme, elle n'a eu de cesse d'opposer, dans la durée, sa robuste souplesse. Et à n'en pas douter, elle demeurera intacte longtemps après que Barack Obama aura pris ses fonctions – et même, au risque de paraître présomptueux, après qu'il les aura quittées.

Le 15.XI.2008