

Conférence préparation agrégation droit public

2025-2026

Sujet de de droit constitutionnel donné par Thibault Guilluy

Commentaire de texte :

Publius (J. Madison), *Federalist Papers (Le Fédéraliste)*, lettre n°39, 1788, trad. fr G. Jèze (1902).

Pour le Journal Indépendant.

LE FÉDÉRALISTE, N° XXXIX

(MADISON)

Au peuple de l'Etat de New York :

Dans l'article précédent, nous avons achevé d'exposer les observations que nous croyions nécessaires pour préparer à l'examen impartial du système de gouvernement proposé par la Convention ; nous allons maintenant procéder à l'exécution de cette partie de notre tâche.

La première question qui s'offre à nous est celle de savoir si la forme générale et l'aspect du gouvernement sont strictement républicains. Il est évident que toute autre forme serait incompatible avec le génie du peuple d'Amérique, avec les principes fondamentaux de la Révolution ou avec cette honorable détermination qui anime tous les amis de la liberté de faire reposer toutes nos expériences politiques sur la capacité des hommes pour le *self-government*. Si donc nous trouvons que le système élaboré par la Convention n'a pas le caractère républicain,

ses partisans doivent l'abandonner comme une cause qui ne peut être plus longtemps défendue.

Quels sont donc les caractères distinctifs de la forme républicaine ? S'il fallait chercher à répondre à cette question, non pas en recourant aux principes, mais en nous préoccupant de l'emploi de ce terme par les divers publicistes dans les Constitutions des différents Etats, nous n'arriverions jamais à une solution satisfaisante. La Hollande, où aucune parcelle de l'autorité suprême ne dérive du peuple, a été considérée presque universellement comme une république. Le même titre a été donné à Venise, où un petit corps de nobles héréditaires exerce de la manière la plus absolue sur la grande masse du peuple un pouvoir absolu. La Pologne, qui est un mélange d'aristocratie et de monarchie dans leurs plus mauvaises formes, a été honorée du même titre. Le gouvernement anglais, qui ne possède qu'une branche républicaine combinée avec une aristocratie et une monarchie héréditaires, a, tout aussi improprement, été placé sur la liste des républiques. Ces exemples, qui sont presque aussi différents les uns des autres qu'ils le sont d'une véritable république, prouvent l'extrême inexactitude avec laquelle le terme a été employé dans les discussions politiques.

Si nous recourons, pour trouver un critérium, aux différents principes d'après lesquels ont été établies les différentes formes de gouvernement, nous définirons une république, ou du moins ce qu'on peut appeler de ce nom, un gouvernement qui tire tous ses pouvoirs directement ou indirectement de la grande masse du peuple, et qui est administré par des personnes qui tiennent leurs fonctions d'une manière précaire pour un temps limité, ou tant qu'elles se conduisent bien. Il est *essentiel* à cette forme de gouvernement qu'elle dérive de la grande masse de la so-

ciété, et non pas seulement d'une portion peu considérable ou d'une classe favorisée; autrement, une poignée de nobles tyranniques exerçant leur autorité oppressive par une délégation de pouvoirs, pourrait aspirer au rang de républicains et réclamer pour leur gouvernement le titre honorable de république.

Il *suffit*, pour cette forme de gouvernement, que les personnes qui l'administrent soient nommées, soit directement, soit indirectement par le peuple et qu'elles tiennent leur nomination de l'une des manières que nous venons de spécifier; sans cela, tout gouvernement, aux Etats-Unis, aussi bien que tout autre gouvernement populaire qui a été ou qui sera bien organisé ou bien exécuté, serait dépouillé du caractère républicain. D'après la Constitution de chacun des Etats de l'Union, l'un ou l'autre des fonctionnaires du gouvernement ne sont qu'indirectement nommés par le peuple. D'après la plupart de ces Constitutions, le Magistrat suprême lui-même est ainsi nommé. Il en est une où ce mode de nomination s'étend à l'une des branches coordonnées de la législature. De même, dans toutes les Constitutions, les plus hautes fonctions sont conférées pour un temps déterminé, et souvent même, à la fois pour les fonctions législatives et pour les fonctions exécutives, pour une période annuelle. Suivant les dispositions de la plupart des Constitutions encore, aussi bien que d'après les opinions les plus sages et les plus accréditées, les membres du département judiciaire doivent conserver leurs fonctions aussi longtemps qu'ils se conduisent bien.

Si nous comparons la Constitution proposée par la Convention avec le modèle que nous venons de tracer, nous apercevons tout de suite qu'elle y est conforme, au sens le plus strict. La Chambre des représentants, comme cela a lieu pour une branche

au moins de toutes les législatures d'Etat, est élue immédiatement par la grande masse du peuple. Le Sénat, comme le Congrès actuel et comme le Sénat du Maryland, tire sa nomination indirectement du peuple. Le Président est indirectement nommé par le choix du peuple suivant l'exemple de la plupart des Etats. Les juges eux-mêmes, ainsi que tous les autres fonctionnaires de l'Union seront, comme dans les divers Etats, choisis, quoique indirectement, par le peuple lui-même. La durée des nominations est également conforme au principe républicain et au modèle des Constitutions des Etats. La Chambre des représentants est élue périodiquement, comme cela a lieu dans tous les Etats; elle l'est pour une période de deux ans, comme dans l'Etat de la Caroline du Sud. Le Sénat est électif pour une période de six ans, ce qui n'est qu'une année de plus que la durée des pouvoirs du Sénat du Maryland, et que deux années de plus que celle des Sénats de New York et de Virginie. Le Président doit rester en place pendant quatre années, de même que dans les Etats de New York et de Delaware le Magistrat suprême est élu pour trois ans, et pour deux ans dans la Caroline du Sud. Dans les autres Etats, l'élection est annuelle. Dans plusieurs des Etats, toutefois, on ne trouve aucune disposition constitutionnelle relative à la mise en accusation du premier Magistrat. Et dans le Delaware et dans la Virginie, il ne peut être mis en accusation qu'après qu'il a quitté ses fonctions. Le Président des Etats-Unis peut être mis en accusation à un moment quelconque pendant son séjour au pouvoir. La manière dont les juges doivent occuper leurs fonctions est, — comme incontestablement cela devait être, — tant qu'ils se conduisent bien. La façon dont les fonctions ministérielles en général seront occu-

pées, doit être réglementée par la loi, suivant les cas et suivant l'exemple des Constitutions d'Etats.

Si on exigeait d'autres preuves de la nature républicaine de ce système, la plus décisive serait la prohibition absolue de tous titres de noblesse, aussi bien dans le gouvernement fédéral que dans les gouvernements des Etats, et aussi la garantie expresse donnée à chaque Etat de la forme républicaine.

« Mais ce n'est pas assez », disent les adversaires de la Constitution proposée, « que la Convention ait adhéré à la forme républicaine. Il faut qu'elle ait conservé, avec un soin égal, la forme *fédérale*, qui considère l'Union comme une *confédération* d'Etats souverains ; au lieu de cela, elle a établi un gouvernement *national* qui considère l'Union comme une consolidation des Etats ». Et l'on demande en vertu de quelle autorité on a entrepris cette grave et radicale innovation. L'emploi qui a été fait de cette objection exige que nous l'examinions avec quelque détail.

Sans rechercher jusqu'à quel point est exacte la distinction sur laquelle l'objection repose, il sera nécessaire, pour juger de sa force, de déterminer, premièrement, le caractère réel du gouvernement en question ; secondement, de rechercher dans quelle mesure la Convention était autorisée à proposer ce gouvernement, et troisièmement jusqu'à quel point le devoir auquel elle était tenue vis-à-vis de la Nation pouvait suppléer au défaut d'autorité régulière.

1° Pour déterminer le véritable caractère du gouvernement, il faut le considérer relativement au fondement sur lequel il doit reposer, aux sources dont sont tirés ses pouvoirs ordinaires, au fonctionnement de ces pouvoirs, à leur étendue, et aux moyens par lesquels des modifications futures dans le gouvernement seront introduites. Sous le premier rapport, il

apparaît, d'un côté, que la Constitution reposera sur l'assentiment et la ratification du peuple d'Amérique, donnés par des députés élus pour cet objet spécial; mais, d'un autre côté, que cet assentiment et cette ratification seront donnés par le peuple non en tant qu'individus composant une seule Nation, mais comme formant les Etats distincts et indépendants auxquels il se rattache. Ce seront l'assentiment et la ratification des divers Etats, découlant de l'autorité suprême dans chaque Etat, à savoir l'autorité du peuple lui-même. Dès lors, l'acte établissant la Constitution ne sera point un acte *national*, ce sera un acte *fédéral*.

Que ce soit un acte fédéral et non un acte national, au sens que donnent à ces termes les adversaires de la Constitution, que ce soit l'acte du peuple, en tant que formant autant d'Etats indépendants, et non en tant que formant une nation agglomérée, c'est ce qui résulte avec évidence de cette seule considération que l'assentiment ne découlera ni de la décision d'une *majorité* du peuple de l'Union, ni de celle d'une *majorité* des Etats. Cet assentiment doit résulter de l'accord *unanime* des divers Etats qui en font partie, ne différant de leur assentiment ordinaire qu'en ce qu'il est exprimé non par l'autorité législative, mais par celle du peuple lui-même. Si, dans cette affaire, l'on considérait le peuple comme formant une seule Nation, la volonté de la majorité du peuple entier des Etats-Unis lierait la minorité, de même que, dans chaque Etat, la majorité lie la minorité; et la volonté de la majorité doit être déterminée soit par une comparaison des votes individuels, soit en considérant la volonté de la majorité des Etats, comme la preuve de la volonté d'une majorité du peuple des Etats-Unis. Aucune de ces règles n'a été adoptée. Chaque Etat, en ratifiant la Constitu-

tion, est considéré comme un corps souverain, indépendant de tous les autres, et lié uniquement par sa seule volonté. A cet égard, donc, la nouvelle Constitution sera, si elle est établie, une Constitution *fédérale* et non une Constitution *nationale*.

Il nous faut maintenant étudier les sources d'où dérivent les pouvoirs ordinaires du gouvernement. La Chambre des représentants tirera ses pouvoirs du peuple d'Amérique ; et le peuple sera représenté dans la même proportion et d'après le même principe qu'il l'est dans la législature d'un Etat particulier. En ceci, le gouvernement est *national* et non *fédéral*. D'un autre côté, le Sénat tirera ses pouvoirs des Etats, en tant que sociétés politiques et égales, et ces derniers seront représentés sur le principe de l'égalité dans le Sénat, comme cela a lieu maintenant dans le Congrès actuel. En ceci, le gouvernement est *fédéral* et non pas *national*. Le pouvoir exécutif doit tirer son origine d'une source très composée. L'élection immédiate du Président sera faite par les Etats considérés comme corps politiques. Les votes qui leur sont alloués sont calculés de manière à les considérer partie comme sociétés distinctes et égales, partie comme membres inégaux de la même société. De même, l'élection éventuelle sera faite par cette branche de la législature qui comprend les représentants de la nation ; mais dans ce cas particulier, la Chambre s'exprimera dans la forme de délégation individuelle, émanant d'autant de corps politiques distincts et égaux. A ce point de vue, le gouvernement apparaît comme ayant un caractère mixte, présentant pour le moins autant de traits *fédéraux* que de traits *nationaux*.

La différence entre un gouvernement fédéral et un gouvernement national, en ce qui concerne le fonctionnement du gouvernement, consiste dit-on, en ceci,

que, dans le premier, l'autorité s'exerce sur les corps politiques composant la Confédération, tandis que, dans le second, elle s'exerce individuellement sur les citoyens qui composent la nation, considérés en leur capacité individuelle. En jugeant la Constitution d'après ce critérium, le gouvernement est *national* et non pas *fédéral* ; bien que peut-être il n'en soit pas tout à fait ainsi autant qu'on semble le croire. Dans plusieurs cas, et en particulier dans le jugement des discussions auxquelles les Etats peuvent être parties, ils devront être envisagés et poursuivis comme des corps collectifs politiques. En ceci, l'aspect national du gouvernement, à ce point de vue, semble être défiguré par quelques traits fédéraux. Mais ce défaut est peut-être inévitable dans quelque plan que ce soit, et l'action du gouvernement sur le peuple en sa capacité individuelle, en son cours ordinaire et le plus essentiel, peut, en somme, le désigner, à cet égard, comme un gouvernement *national*.

Mais si le gouvernement de l'Union est national en ce qui concerne l'exercice de ses pouvoirs, nous le voyons changer d'aspect, si nous considérons l'*étendue* de ses pouvoirs. L'idée d'un gouvernement national implique non seulement une autorité sur les citoyens pris individuellement, mais encore une suprématie illimitée sur toutes les personnes et sur toutes les choses pour autant qu'elles sont objets de gouvernement légal. Chez un peuple constitué en une seule nation, cette suprématie est entièrement confiée à la Législature nationale. Dans les communautés réunies pour des objets particuliers, elle est remise en partie à la Législature générale et en partie aux législatures municipales. Dans le premier cas, toutes les autorités locales sont subordonnées à l'autorité suprême, et peuvent être contrôlées, dirigées ou abo-

lies par elle à volonté. Dans le second cas, les autorités locales ou municipales forment des parties distinctes ou indépendantes de la suprématie, et ne sont pas plus soumises, dans leurs sphères respectives, à l'autorité générale, que l'autorité générale, dans sa propre sphère, ne leur est soumise. A cet égard, donc, le gouvernement proposé ne peut être appelé *national*, puisque sa juridiction ne s'étend qu'à un certain nombre d'objets déterminés et laisse aux différents Etats une souveraineté résiduaire et inviolable sur tous autres objets. Il est vrai que, dans les discussions relatives aux limites entre deux juridictions, le tribunal qui doit juger en dernier ressort doit être subordonné au gouvernement général. Mais ceci ne change rien au principe de la matière. La décision devra être impartiale et conforme aux règles de la Constitution, et les précautions ordinaires et les plus efficaces sont prises pour assurer cette impartialité. Un tribunal de ce genre est évidemment essentiel pour prévenir un appel aux armes et une dissolution du pacte. Qu'il doive être subordonné au gouvernement général plutôt qu'aux gouvernements locaux, ou pour mieux dire qu'il ne puisse être subordonné qu'au premier, c'est là une proposition qui ne paraît pas contestable.

Si nous jugeons la Constitution en considérant enfin l'autorité qui fera les amendements, nous constatons qu'elle n'est ni entièrement *nationale*, ni entièrement *fédérale*. Si elle était entièrement nationale, l'autorité suprême et dernière résiderait dans la *majorité* du peuple de l'Union et cette autorité aurait, en tous temps, comme la majorité de toute société nationale, le droit de modifier ou d'abolir son gouvernement établi. Si elle était entièrement fédérale, au contraire, le concours de chaque Etat de l'Union serait essentiel pour que l'altération fût obli-

gatoire pour tous. Le mode prévu dans le projet de la Convention ne repose ni sur l'un ni sur l'autre de ces principes. En exigeant plus que la majorité, et surtout en calculant la proportion par *Etats* et non par *citoyens*, il écarte le caractère *national* et s'avance vers le caractère *fédéral*; en se contentant du concours de moins que de la totalité des Etats, il écarte le caractère *fédéral* et prend le caractère *national*.

Ainsi, la Constitution proposée n'est, strictement, ni une Constitution nationale ni une Constitution fédérale; c'est un composé des deux. Dans ses bases, elle est fédérale et non pas nationale; dans les sources d'où sont tirés les pouvoirs ordinaires du gouvernement, elle est en partie fédérale et en partie nationale; dans l'exercice de ces pouvoirs, elle est nationale et non pas fédérale. Dans l'étendue de ces mêmes pouvoirs, elle est fédérale, et non pas nationale. Enfin, dans la méthode organisée pour introduire des amendements, elle n'est ni tout à fait fédérale, ni tout à fait nationale.

PUBLIUS.