

La Convention Fédérale

- Jon.Elster@college-de-france.fr

QUELQUES SITES UTILES

- http://oll.libertyfund.org/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=109&Itemid=332 . Contient le texte complet des cinq volumes de *The Founders' Constitution*, avec des histoires très complètes de chacune des clauses de la constitution et de la déclaration des droits.
- http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/18th.asp. Vaste collection de documents relatifs à l'histoire politique américaine au 18^{ème} siècle, y compris les constitutions des états et les Articles de Confédération
- <http://www.constitution.org/liberlib.htm>. Vaste collection de textes constitutionnels, du Code de Hammourabi au présent, y compris le texte des débats sur la ratification de la Constitution par les assemblées des états.
- http://www.aidh.org/Biblio/Text_fondat/US_04.htm
Contient le texte français de la constitution.

Plan du cours

- Le 14 janvier: *Introduction*. L'idée de constitution
-
- *L'arrière-fonds des débats*
- Le 28 janvier : Le Congrès Continental et les Articles de la Confédération (1776-1787)
- Le 4 février : La convocation de la Convention (1785-1787)
- Le 11 février : Les états et les délégués
- Le 18 février : L'organisation de la Convention
-
- *Les débats et les décisions*
- Le 11 mars : La création du Sénat
- Le 18 mars : Le pouvoir du Congrès et des états
- Le 25 mars : La représentation et le vote
- Le 1er avril : La création de la présidence
- Le 8 avril : La création du judiciaire
-
- Le 6 mai : *Conclusion*. Amendements, droits de l'homme, ratification

DEUX PAS EN AVANT, UN PAS EN ARRIERE

- Statu quo Deux pas en avant Un pas en arrière
- Angleterre 1640 1649 1660
- Etats-Unis Avant 1776 1776 **1787**
- France Avant 1789 **1789** 1814

DIFFERENCES ENTRE LA CONSTITUTION ET LA LOI

- 1. La constitution détermine *les principes fondamentaux* du système politique, dont les lois règlent ensuite le détail.
- 2. La constitution détermine *les procédures par lesquelles on établit les lois* (Kelsen)
- 3. En cas de conflit entre la constitution et une loi, *la première l'emporte* sur la deuxième.
- 4. Il est *plus difficile* de faire adopter un amendement à la constitution que de passer une loi.
- 5. La constitution est adoptée par *une assemblée constituante* élue uniquement pour accomplir cette tâche et qui, en effet, n'exerce aucune activité législative.

- Arnaud le Pillouer, *Les fonctions non constituantes des assemblées constituantes*, Paris : Dalloz 2005

DEUX ASSEMBLEES?

- Il est impossible qu'une convention existe en même temps qu'un corps législatif, sans produire des secousses. Un peuple qui a deux espèces de représentants cesse d'être un peuple unique. Une double représentation est le germe du fédéralisme et de la guerre civile. (Robespierre à la Convention le 18 juin 1793, in *L'Ancien Moniteur* t.16, p. 687)
- Une convention ne sera sans doute appelée que pour *corriger des abus commis par le corps législatif* ; or, si vous laissez exister celui-ci, qui probablement se serait formé en un parti puissant, vous verriez éclater la scission et naître la guerre civile. (Billaud-Varennes à la Convention le 18 juin 1793, in *L'Ancien Moniteur* t. 16, p. 687 ; c'est moi qui souligne)

- Staughton Lynd, “The compromise of 1787”,
Political Science Quarterly 81 (1966)

ESCLAVES FUGITIFS

- Une personne qui, tenue à un service ou travail dans un Etat en vertu des lois y existant, s'échapperait dans un autre, ne sera libérée de ce service ou travail en vertu d'aucune loi ou réglementation de cet autre Etat, mais sera livrée sur la revendication de la partie à laquelle le service ou travail pourra être dû. (Constitution des Etats-Unis Art. IV.2.2.)

LA CONVENTION ET LE CONGRES

- This brings to my recollection what I was told by Mr. Madison, and which I do not remember ever to have seen in print. The Old Congress held its sessions in 1787 in New York while at the same time the convention which made the constitution of the United States held its sessions at Philadelphia. *Many individuals were members of both bodies*, and thus were enabled to know what was passing in each, both sitting with closed doors and in secret sessions. The distracting question of slavery was agitating and retarding the labors of both, and led to conferences and inter-communications of the members, which resulted in a *compromise by which the northern or anti-slavery portion of the country agreed to incorporate into the Ordinance and Constitution the provision to restore fugitive slaves; and this mutual and concurrent action was the cause of the similarity of the provision contained in both*, and had its influence in creating the great unanimity by which the Ordinance passed, and also *making the constitution the more acceptable to slaveholders*. (Edward Coles, *History of the Ordinance of 1787*, téléchargeable à :
- http://books.google.com/books?id=mS9CAAAAIAAJ&dq=%22History+of+the+Ordinance+of+1787%22&printsec=frontcover&source=bl&ots=ooHbHitK0Y&sig=r7InOu3Dz13_jvomHUGMQ88J-UA&hl=en&ei=kfNJS6SUBJDT-Qbx1cBM&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAcQ6AEwAA#v=onepage&q=&f=false

ADMISSION DES ETATS FUTURS

- De nouveaux Etats peuvent être admis par le Congrès dans l'Union; mais aucun nouvel Etat ne sera formé ou érigé sur le territoire soumis à la juridiction d'un autre Etat, ni aucun Etat formé; par la jonction de deux ou de plusieurs Etats, ou parties d'Etat, sans le consentement des législatures des Etats intéressés, aussi bien que du Congrès. (Constitution des Etats-Unis Art. IV.2.3.)

CIMENTER LE POUVOIR DES ETATS ORIGINAIRES

- He thought the rule of representation ought to be so fixed as to *secure to the Atlantic States a prevalence in the National Councils*. The new States will *know less* of the public interest than these, will have *an interest in many respects different*, in particular will be little scrupulous of involving the Community in wars the burdens & operations of which would fall chiefly on the maritime States. Provision ought therefore to be made to *prevent the maritime States from being hereafter outvoted by them*. He thought this might be easily done by *irrevocably fixing the number of representatives which the Atlantic States should respectively have, and the number which each new State will have*. (Gouverneur Morris, à la Convention le 5 juillet; souligné par moi.)

CIMENTER LE POUVOIR (BIS)

- that in order to secure the liberties of the States already confederated, the number of Representatives in the 1st. branch, of the States which shall hereafter be established, shall never exceed in number, the Representatives from the States already confederated (proposition de Gerry le 14 juillet).

- 1. La constitution détermine les principes fondamentaux du système politique, dont les lois règlent ensuite le détail.
- 2. La constitution détermine les procédures par lesquelles on établit les lois (Kelsen)
- 3. En cas de conflit entre la constitution et une loi, la première l'emporte sur la deuxième.
- 4. Il est plus difficile de faire adopter un amendement à la constitution que de faire passer une loi.

- (1*) La constitution doit régler (a) *tous* les principes fondamentaux de la politique, et (b) *uniquement* les principes fondamentaux.

- William Eskridge et Sanford Levinson (éds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, New York University Press 1998.

- Larry Sager, *The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press 2004

CRITIQUE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Depuis que le [Conseil constitutionnel] peut s'appuyer sur le préambule de la Constitution de 1946, il peut justifier des choses contradictoires en raison du caractère très général du texte. (Patrick Devedjian, *Le Monde* du 12.1. 2010.)

PACTE DE SUICIDE OU DISPOSITIF ANTI-SUICIDAIRE?

- « The Bill of Rights is not a suicide pact »
(Robert Jackson, juge de la Cour Suprême des Etats-Unis, 1949).
- « Constitutions are chains with which men bind themselves in their sane moments that they may not die by a suicidal hand in the day of their frenzy » (John Potter Stockton, sénateur américain, 1871).

RISQUE DU SCRUTIN MAJORITAIRE EN 1945

- En [19]45, les communistes représentaient un électeur sur trois et les deux autres tiers étaient dispersés entre de nombreuses formations. Si j'avais adopté le scrutin majoritaire, automatiquement, la Chambre aurait été composée aux trois quarts de communistes. On ne pouvait l'éviter que par le scrutin proportionnel. (Alain Peyrefitte, *C'était de Gaulle*, t. I., p. 462.)

Ne pas se lier les mains

- Non. Debré a raison de dire que le scrutin majoritaire est le meilleur moyen d'assurer la stabilité des institutions. Mais on ne sait jamais ce qui peut arriver. Il pourrait y avoir un jour, à nouveau, des raisons de revenir à la proportionnelle dans l'intérêt national, comme en 45. Il ne faut pas se lier les mains. (De Gaulle à Peyrefitte.)

- 1. La machinerie ou la mécanique du gouvernement (séparation des pouvoirs, poids et contrepoids).
- 2. La déclaration des droits
- 3. Les procédures d'amendement de la constitution
- 4. Les procédures de suspension de la constitution

LES DROITS DANS LA CONSTITUTION

- *Le droit au jury* : « Tous les crimes, sauf dans les cas d'« impeachment », seront jugés par un jury. Le procès aura lieu dans l'Etat où lesdits crimes auront été commis, et, quand ils ne l'auront été dans aucun, en tel lieu ou place que le Congrès aura fixé par une loi. » (Constitution des Etats-Unis Art. III.2.3.)
- *Le droit de habeas corpus* : « Le privilège de l'ordonnance d'habeas corpus ne pourra être suspendu, sauf dans les cas de rébellion ou d'invasion, où la sécurité publique pourrait l'exiger. » (Constitution des Etats-Unis Art. I.9.2.)

LINCOLN CONTRE LE PACTE DE SUICIDE

- "Are all the laws but one to go unexecuted and the government itself go to pieces, lest that one be violated?" (« Faut-il que toutes les lois sauf une restent sans exécution, et que le gouvernement s'effondre, afin que celle-ci soit inviolée ? »)

(Abraham Lincoln au Congrès le 4 juillet 1861)

- C'est une maxime politique juste, qu'on doit tenir tout homme pour un fripon (*knave*) et ne supposer d'autre motif à ses actions que son intérêt privé [...], même s'il apparaîtrait étrange qu'une maxime serait vraie *en politique* qui est fausse *en fait*. (David Hume, "On the independence of Parliament").

EMPECHER LES TENANTS DU POUVOIR DE S'EN SERVIR POUR L'AUGMENTER

- The greater the difficulty we find in fixing a proper rule of Representation, the more unwilling ought we to be, to throw the task from ourselves, on the General Legislature. He did not object to the conjectural ratio which was to prevail in the outset; but considered a Revision from time to time according to some permanent & precise standard as essential to the fair representation required in the 1st. branch. According to the present population of America, the Northern Part of it had a right to preponderate, and he could not deny it. But he wished it not to preponderate hereafter when the reason no longer continued. From the nature of man we may be sure, that *those who have power in their hands will not give it up while they can retain it. On the contrary we know they will always when they can rather increase it.* (George Mason, le 11 juillet.)

LA CONSTITUTION DE LA MEFIANCE

- 1. Afin de *faire obstacle à une justice politisée*, la constitution doit ou bien établir des jurys pour les affaires criminelles ou bien stipuler que l'affectation des juges aux cas se fait par le tirage au sort ou par une autre procédure mécanique. En l'absence de telles précautions, le gouvernement pourrait faire condamner ses adversaires par des juges triés sur le volet.
- 2. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler les élections*, la loi électorale doit être inscrite dans la constitution de façon très détaillée. Les réajustements électoraux (*redistricting*) doivent se faire soit par une procédure mécanique soit par une commission indépendante. L'histoire récente tant française qu'américaine offre beaucoup d'exemples de manipulations intéressées de la loi électorale et du découpage des votants.
- 3. Afin d'*empêcher le gouvernement de contrôler les informations*, la constitution doit créer un conseil d'administration indépendant pour la radiotélévision publique (le modèle BBC) plutôt qu'un conseil soumis aux directives du gouvernement (le modèle de Gaulle). Elle doit aussi interdire au gouvernement de rationner des matériaux essentiels aux médias privés (par exemple l'encre d'imprimerie). Si un responsable politique tente d'agir contre l'intérêt public sait que ses actions seront exposées aux électeurs qui pourraient le punir dans les urnes, il est moins probable qu'il le fasse.
- 4. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler la politique monétaire* afin d'être réélu, la constitution doit assigner cette tâche à une banque centrale indépendante.
- 5. Afin de *se protéger contre un gouverneur de la banque centrale dogmatique ou idéologique*, la constitution doit permettre à l'Assemblée Nationale de le révoquer par un vote à majorité qualifiée.
- 6. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler les statistiques officielles*, il faut inscrire l'indépendance des agences responsables dans la constitution. La crise actuelle en Grèce provient en partie de ce que le gouvernement précédent a pu fausser les statistiques.
- 7. Afin d'*empêcher le gouvernement d'affamer l'opposition*, la constitution doit assurer aux principaux partis politiques des subventions en fonction du pourcentage de votes et de sièges.
- 8. Afin d'*empêcher le gouvernement de faire passer des lois qui le favorisent*, la constitution pourrait imposer, dans certains domaines, un délai de x ans entre l'adoption d'une loi et sa mise en fonction, afin de créer un voile d'ignorance artificiel.
- 9. Afin d'*empêcher le gouvernement de contourner les principes précédents* par amendements à la constitution, il faut rendre ceux-ci plus difficiles que l'adoption des lois ordinaires. La clause définissant le degré de difficulté doit être elle-même impossible à amender.
- 10. Afin d'*empêcher le gouvernement d'ignorer le principe précédent*, la constitution doit créer une cour de contrôle de constitutionnalité.
- 11. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler cette cour* par la nomination de juges additionnels, le nombre de juges doit être fixé dans la constitution.
- 12. Afin de *se protéger contre des juges constitutionnels dogmatiques ou idéologiques*, qui casseraient des lois adoptées à une grande majorité, la constitution doit permettre à l'Assemblée Nationale de les révoquer par un vote à majorité qualifiée.

- 1. Afin de *faire obstacle à une justice politisée*, la constitution doit ou bien établir des jurys pour les affaires criminelles ou bien stipuler que l'affectation des juges aux cas se fait par le tirage au sort ou par une autre procédure mécanique. En l'absence de telles précautions, le gouvernement pourrait faire condamner ses adversaires par des juges triés sur le volet.
- 2. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler les élections*, la loi électorale doit être inscrite dans la constitution de façon très détaillée. Les réajustements électoraux (*redistricting*) doivent se faire soit par une procédure mécanique soit par une commission indépendante. L'histoire récente tant française qu'américaine offre beaucoup d'exemples de manipulations intéressées de la loi électorale et du découpage des votants.
- 3. Afin d'*empêcher le gouvernement de contrôler les informations*, la constitution doit créer un conseil d'administration indépendant pour la radiotélévision publique (le modèle BBC) plutôt qu'un conseil soumis aux directives du gouvernement (le modèle de Gaulle). Elle doit aussi interdire au gouvernement de rationner des matériaux essentiels aux médias privés (par exemple l'encre d'imprimerie). Si un responsable politique tenté d'agir contre l'intérêt public sait que ses actions seront exposées aux électeurs qui pourraient le punir dans les urnes, il est moins probable qu'il le fasse.
- 4. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler la politique monétaire* afin d'être réélu, la constitution doit assigner cette tâche à une banque centrale indépendante.
- 5. Afin de *se protéger contre un gouverneur de la banque centrale dogmatique ou idéologique*, la constitution doit permettre à l'Assemblée Nationale de le révoquer par un vote à majorité qualifiée.

- 6. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler les statistiques officielles*, il faut inscrire l'indépendance des agences responsables dans la constitution. La crise actuelle en Grèce provient en partie de ce que le gouvernement précédent a pu fausser les statistiques.
- 7. Afin d'*empêcher le gouvernement d'affamer l'opposition*, la constitution doit assurer aux principaux partis politiques des subventions en fonction du pourcentage de votes et de sièges.
- 8. Afin d'*empêcher le gouvernement de faire passer des lois qui le favorisent*, la constitution pourrait imposer, dans certains domaines, un délai de x ans entre l'adoption d'une loi et sa mise en fonction, afin de créer un voile d'ignorance artificiel.
- 9. Afin d'*empêcher le gouvernement de contourner les principes précédents* par amendements à la constitution, il faut rendre ceux-ci plus difficiles que l'adoption des lois ordinaires. La clause définissant le degré de difficulté doit être elle-même impossible à amender.
- 10. Afin d'*empêcher le gouvernement d'ignorer le principe précédent*, la constitution doit créer une cour de contrôle de constitutionnalité.
- 11. Afin d'*empêcher le gouvernement de manipuler cette cour* par la nomination de juges additionnels, le nombre de juges doit être fixé dans la constitution.
- 12. Afin de *se protéger contre des juges constitutionnels dogmatiques ou idéologiques*, qui casseraient des lois adoptées à une grande majorité, la constitution doit permettre à l'Assemblée Nationale de les révoquer par un vote à majorité qualifiée.

- *Axiome de monotonie* : Supposons réalisés, parmi les principes d'une bonne constitution C^* , un sous-ensemble de principes $P_1, P_2 \dots P_n$, produisant la constitution C . Alors la constitution C' correspondant à la réalisation des principes $P_1, P_2 \dots P_n, P_{n+1}$ sera toujours supérieure à C (monotonie forte) ou ne sera jamais inférieure à C (monotonie faible).

TOCQUEVILLE SUR LE PLAN B

- Le gouvernement, dans son désir de faire de l'argent de tout, ayant mis en vente la plupart des fonctions publiques, s'était ôté ainsi à lui-même la faculté de les donner et de les retirer à son arbitraire. L'une de ses passions avait ainsi grandement nui au succès de l'autre : *son avidité avait fait contrepoids à son ambition*. [...] Cette constitution bizarre et vicieuse des fonctions publiques tenait lieu d'une sorte de garantie politique contre l'omnipotence du pouvoir central. C'était comme une sorte de digue irrégulière et mal construite qui divisait sa force et ralentissait son choc. (Tocqueville, *L'ancien régime*, éd. Pléiade, p. 144 ; c'est moi qui souligne.)
- Il est vrai que le pouvoir royal avait réussi à dérober aux tribunaux ordinaires la connaissance de presque toutes les affaires où l'autorité publique était intéressée ; mais il les redoutait encore en les dépouillant. [...] L'intervention irrégulière des cours dans le gouvernement, qui troublait souvent la bonne administration des affaires, servait ainsi parfois de sauvegarde à la liberté des hommes *c'était un grand mal qui en limitait un plus grand*. (Tocqueville, *L'ancien régime*, éd. Pléiade, p. 150 ; souligné par moi)

- Adrian Vermeule, « System effects and the constitution », *Harvard Law Review*
Novembre 2009

COMMENT DE DEUX MATIERES INERTES FAIRE UN EXPLOSIF

- *Article 25* : Le Président de la Reich a le droit dissoudre le Reichstag, mais une fois seulement pour une même raison. De nouvelles élections doivent se tenir au plus tard 60 jours après la dissolution.
- *Article 48* : Lorsque la sécurité publique et l'ordre sont gravement troublés ou compromis, le Président du Reich peut prendre les mesures nécessaires au rétablissement de la sécurité publique et de l'ordre, en intervenant, si besoin, avec le concours de la force armée.

LA NON-INDEPENDANCE DE LA COUR SUPREME

- Dans tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls, et ceux auxquels un Etat sera partie, la Cour suprême aura juridiction de première instance sur la date de leur ajournement, elle aura juridiction d'appel, et pour le droit et pour le fait, *sauf telles exceptions et conformément à tels règlements que le Congrès aura établis.* (Constitution des Etats-Unis Art. III. 2 ; c'est moi qui souligne.)