



Échos

Le juge Stephen Breyer et la justice.

Personnalité exceptionnelle du monde judiciaire, Stephen Breyer, ancien professeur à Harvard et juge à la Cour suprême des États-Unis, a marqué les esprits bien au-delà des frontières américaines. Défenseur d'une interprétation dynamique de la Constitution à la lumière des impératifs de notre temps, il incarne aux yeux de nombreux juristes ce que la culture américaine peut offrir de plus remarquable : une

conscience exigeante, nourrie par un savoir étendu, au service d'une conception élevée de la justice. On se souvient ainsi qu'il a notamment publié *Pour une démocratie active* (O. Jacob, 2007, préface de Robert Badinter), réflexion lumineuse sur la participation des citoyens, sans laquelle il n'y a pas de vraie démocratie.

Au moment de prendre sa retraite, il continue de tracer son sillon en publiant *The Authority of the Court and the Perils of Politics*. Dans un entretien avec David F. Levi, président de l'Améri-

can Law Institute (ALI), M. Breyer revient sur les 27 années qu'il a passées à la Cour et discute des racines de l'autorité de la Cour suprême et de sa relation avec le pouvoir exécutif. Voici l'essentiel de cette conversation figurant sur le site de l'ALI.

Le pouvoir de la Cour, dit-il, réside dans le peuple — dans sa foi en l'institution, dans sa croyance en la primauté du droit et dans sa compréhension du fait que la Cour opère en dehors du domaine politique. Le péril de la politique est que, si les gens commencent à considérer les juges comme rien de plus que des « politiciens de second rang » — ou comme prenant des décisions afin de soutenir un parti politique ou de faire avancer un programme politique —, le pouvoir de la Cour s'érodera, ainsi que l'État de droit.

M. Breyer se souvient que le président de la Cour suprême du

Ghana lui a demandé un jour d'où venait le pouvoir de la Cour et pourquoi les Américains acceptent et respectent ses décisions. Après tout, comme l'a fait remarquer Alexander Hamilton¹, la Cour ne dispose d'aucune contrainte militaire ou économique pour faire appliquer ses décisions. Pour répondre à cette question, le juge donne des exemples de décisions de la Cour qui n'ont pas été appliquées — ou qui ont été activement subverties — par le gouvernement. Ainsi, dans sa décision de 1832 dans l'affaire *Worcester v. Georgia*, la Cour a estimé que la loi de l'État de Géorgie ne s'appliquait pas aux terres de la nation Cherokee ; le refus du président Andrew Jackson d'appliquer cette décision a fait que ces gens ont été jetés sur la *Piste des Larmes*². De même, plusieurs États ont refusé d'appliquer les arrêts *Brown v. Board of Education*³, et la ségrégation dans les

(1) Juriste constitutionnaliste, Alexander Hamilton a notamment été délégué à la Convention constitu-

tionnelle américaine en 1787. Son ouvrage *The Federalist Papers* constitue une des interprétations faisant au-

torité de la Constitution.

(2) *Trail of Tears*, nom donné au déplacement forcé de plusieurs peuples

indiens par les États-Unis entre 1831 et 1838.

(3) Il s'agit des arrêts des 17 mai



Parallèlement

Nicolas Thirion : Le confinement par les nuls¹

Attention aux pièges ! Le lecteur pressé qui aime à croire qu'il peut faire illusion dans nombre de domaines en glanant quelques informations dans la collection « Pour les nuls » en sera pour ses frais : Nicolas Thirion a la plume acerbe et si les plus attentifs auront noté que le sous-titre de cet opuscule de 236 pages est « Démocratie, État de droit et crise sanitaire », rares seront ceux qui dès le titre auront compris que l'auteur se livre à une analyse fouillée, documentée et argumentée à charge des trois pouvoirs, plus branquignoles à son estime les uns que les autres qu'il qualifie de « nuls », car tel est bien le but de sa démonstration : cette syndémie a malheureusement été gérée par des incapables qui n'ont fait qu'amplifier une pandémie.

Attention, l'auteur n'est ni un antivax, ni un plaisantin, même si certains excès de langage ou certains propos virulents pourraient le donner à penser : Nicolas Thirion n'est pas qu'un mélomane averti, amoureux de Rossini ou un pamphlétaire. Très sérieux professeur de droit à l'Université de Liège où il enseigne la philosophie du droit, sa connaissance encyclopédique touche à de nombreux domaines du droit, comme le droit commercial, le droit des sociétés, le droit économique ou le droit des faillites. Sa curiosité et son esprit critique ne met per-

sonne à l'abri de ses analyses toujours rigoureuses et pointues et spécialement durant l'année écoulée, on l'aura vu sur la brèche pour s'inquiéter de dérives antidémocratiques, commenter une décision — telle celle refusant de sanctionner un artiste donnant un concert dans une église — multiplier ses contributions, qu'il s'agisse d'articles ou de cartes blanches destinées à un plus large public que le cénacle de ses disciples.

C'est ainsi qu'après le brûlot qu'il avait publié dès 2020², sans doute encouragé par diverses contributions allant dans le même sens que celui qui l'avait guidé³, il ressentit l'impérieux besoin de livrer un « essai intempestif » qui allait au-delà de ce que son introduction laissait entendre, à savoir démontrer les signes de l'effritement de notre démocratie et de l'État de droit. Sa remarquable préface dans la réédition de l'ouvrage de Lucien François⁴ démontre, si besoin en était, sa redoutable précision dans sa démonstration, qui commence par un retour aux antennes pour s'assurer que le lecteur part des mêmes prémisses que l'auteur, revenant sur le concept de démocratie libérale ou d'État de droit démocratique, rappelant ainsi au profane que ces idéaux n'existent que dans notre imaginaire et recouvrent l'infinie variété des phénomènes qui nous entourent, s'excusant presque de devoir rappeler l'imperfection de la nature humaine et les limites naturelles de nos pensées.

Ne croyez pas que l'ouvrage, dont les codes ont ainsi été décryptés, va devenir de plus en plus abscons : l'auteur est un chat et le lecteur sa souris. Il joue avec. Nous étions partis dans les sphères éthérées de l'origine et de la définition de l'État de droit pour revenir soudain au concret : la première phase de confinement du 13 mars 2020, avec des notes infrapaginales pour réfuter par avance les critiques de ceux qui auraient cru pouvoir déceler d'autres phases de confinements et de déconfinements que celles citées. Rien n'échappe à la moulinette du juriste qui n'épargnera au lecteur aucun des soubresauts gouvernementaux en citant les décisions du CNS — aussitôt lui-même redéfini dans

(1) Presses universitaires de Louvain, collection Petites empreintes (2021).
(2) N. THIRION, « La gestion juridique de la crise sanitaire en Belgique. De

l'État de droit à l'état d'exception », *R.D.C.B.*, 2020, pp. 1297 et s.

(3) Notamment l'opuscule de F. OST, de l'Académie royale de Belgique,

De quoi le Covid est-il le nom ?, www.academie-edition.be, coll.

« L'académie en poche », 2021.

(4) L. FRANÇOIS, *Le problème de la*

définition du droit, PUL, 2021.

écoles a persisté pendant des années malgré les efforts du gouvernement fédéral pour forcer l'intégration.

« Je voulais que le président de la Cour suprême du Ghana sache qu'il n'est pas donné par Dieu que les gens suivent ce que dit la Cour », explique M. Breyer. « Si vous voulez un État de droit, si vous le voulez dans la réalité et non sur le papier, vous ne pouvez pas simplement parler aux juges et vous ne pouvez pas simplement parler aux avocats. Ils plaident tous pour un État de droit. C'est ainsi qu'ils gagnent leur vie. Mais ce sont les gens dans les villes et les villages qui importent. Contrairement à la croyance populaire, sur 331 millions d'habitants, 330 millions ne sont pas des avocats. Et ce sont eux qu'il faut convaincre qu'il est dans leur intérêt de respecter les décisions, même lorsque ces décisions les affectent d'une manière qui ne leur plaît pas, et lorsque ces déci-

sions sont mauvaises — parce que si, après tout, c'est cinq contre quatre, quelqu'un a tort ».

Mais en Amérique aujourd'hui, dit M. Breyer, des décisions très controversées sont acceptées. Prenez une décision aussi contestée que *Bush v. Gore*⁴, dit-il. Il n'y a pas eu de coups de feu lorsque l'arrêt a été rendu, note-t-il, parce que « les Américains ont atteint un point où ils ne pensent même pas aux décisions de la Cour, ne les suivent pas. Ils pensent que c'est comme l'air que nous respirons. C'est ce que font les gens. Et cela ne se produit pas par magie. Cela arrive grâce aux gens qui comprennent le pays, qui vivent une histoire, qui ont des exemples ».

Cette confiance dans la Cour est toutefois menacée si le public commence à considérer la Cour comme un acteur politique — une perception que le pouvoir judiciaire doit contrer, dit le juge Breyer. Il aborde alors les diffé-

rences entre la prise de décision politique et la prise de décision judiciaire, en faisant valoir que si les philosophies juridiques et les expériences personnelles peuvent influencer les opinions d'un juge individuel, les juges doivent être guidés par la loi, et non par les électeurs. Cela ne signifie pas pour autant que les juges n'aient pas d'opinions différentes sur la signification de la Constitution.

« Après un certain temps, j'ai commencé à comprendre que c'est un grand pays et que les gens pensent toutes sortes de choses différentes. Et ce n'est pas une chose si terrible que d'avoir une Cour suprême de neuf membres où différents présidents nomment des juges différents », dit M. Breyer. « En fin de compte, le pays doit souffrir, ou se réjouir parfois, ou en tout cas vivre avec les décisions et les interprétations de la Cour. Ce que le juge Scalia, le juge Breyer ou le juge O'Connor pensent de la Consti-

tution est d'un grand intérêt pour de nombreux professeurs de droit, mais pas pour la plupart des citoyens des États-Unis. C'est la Constitution telle qu'elle est interprétée par la Cour qui importe ».

M. Breyer évoque également le pouvoir de la délibération et du compromis comme moyen pour la Cour de susciter la confiance du public et comme moyen de développer et de renforcer les valeurs communes qui peuvent unir le pays en période de division : « Se souvenir que la Constitution a pour principe de base — l'une des choses les plus importantes à mes yeux — le principe qu'elle fonctionne. Le principe selon lequel cette société tient ensemble, le principe selon lequel cette société a certaines valeurs fondamentales, et que celles-ci sont effectives... C'est notre société. Nous nous rassemblons guidés par ces idées constitutionnelles fondamentales ».

1954 et 31 mai 1955 qui ont déclaré la ségrégation raciale inconstitution-

nelle dans les écoles publiques.
(4) Arrêt du 12 décembre 2000 met-

tant fin au litige qui avait fait suite à la victoire discutée de George

W. Bush sur Al Gore lors de l'élection à la présidence des États-Unis.

la note 23 — ne permettant à quiconque de pouvoir soustraire son analyse à la logique implacable du déroulement d'événements que la plupart d'entre nous avons vécus comme une triste pagaille justifiée par l'angoisse qui nous étreignait en voyant aux actualités de malheureux Chinois atteints de la tremblante avant de s'effondrer sur le trottoir tandis que les passants s'écartaient pour permettre aux services de désinfection d'emporter courageusement la victime présumée du pangolin infecté ou de la chauve-souris porteuse d'un des variants du Covid, ces « Delicatessen » ayant été achetées dans le marché du coin dont l'insalubrité ne semble sauter aux yeux que des occidentaux mangeurs d'escargots, d'huîtres ou autres fruits de mer.

Phases de déconfinement et de reconfinement, suivies de « redéconfinement », voici que l'auteur commence ses critiques. Notre très libérale première ministre « cracha ingénument le morceau » à l'issue du CNS du 30 avril 2020 en expliquant qu'en raison de la situation d'urgence, les normes de la démocratie deviennent que « tout ce qui n'est pas autorisé n'est pas permis », soit une liberté digne de l'Ancien Régime.

Comme rappelé plus haut, à aucun moment le professeur ne conteste la gravité de la situation et les difficultés de prendre les mesures qui semblent — dans le brouillard total dans lequel le monde entier se trouve — les moins mauvaises pour endiguer ce début de fin de l'espèce humaine. La démonstration consiste à analyser la manière dont toutes les autorités ont failli quant à la manière de respecter nos lois et mécanismes parlementaires ou juridiques pour ne serait-ce que faire approuver les mesures qui étaient prises dans un premier temps sous l'empire d'une panique croissante, et dans un second d'une joyeuse démission au profit d'experts qui n'échapperont pas aux lazzis de l'analyste.

Vous l'aurez compris, impossible de faire une recension de cet ouvrage dense et admirable de courage et de lucidité dans des temps où les passions semblent dominer les actions et les sentiments de chacun. Il ne semble pas que les opposants aux vaccins soient susceptibles d'acheter ce précis, dont les thuriféraires tireraient pourtant nombre d'enseignements qui apporteraient de l'eau à leur moulin. Mais les juristes seront intéressés par cette analyse rigoureuse qui devait amener son auteur à des conclusions radicales qu'ils partageront sans doute moins.

À l'instar d'un Jean-Paul Sartre descendu dans la rue pour manifester aux côtés des ouvriers qui ne comprenaient rien à l'engouement des jeunes bourgeois pour leur lutte des classes, l'auteur, après avoir rappelé que l'effritement des mécanismes de l'État de droit remonte sans doute au 11 septembre 2001, mais n'a cessé de se développer depuis lors, déduit qu'il est urgent de réagir. Il propose pour cette contestation citoyenne diverses pistes, certaines immédiates, d'autres à moyen ou long terme. Parmi les premières, tout en rejetant le « droit à la désobéissance », il préconise « la décision politique de ne plus obéir », mais également encourage les actions collectives comme celles spontanées de cafetiers, aidés par des campagnes de critiques, appelant juristes, philosophes, sociologues et « politistes » à apporter leur expertise à ce mouvement de contestation populaire destiné à remettre le train de l'État malade sur les rails du droit et de la démocratie. À moyen terme, ce droit, ou plutôt ce devoir de critiquer doit se prolonger dans les actes, tels le droit d'user d'un « activisme judiciaire comme substitut à l'absence de délibération démocratique », invitant par exemple aux verbalisés sur la base des arrêtés « pandémie » à refuser les transactions pénales pour porter le débat devant les juridictions ordinaires, parfois ouvertes à cette contestation, mais en tous cas déjà débordées, actions doublées d'introduction de procédures en responsabilité contre certains acteurs de cette gabegie, en ce compris bien sûr l'État lui-même, voire de plaintes au pénal.

Il semble que ce message corresponde à l'esprit d'un certain nombre de citoyens, tant il est peu vraisemblable que ce livre, plus petit que le petit livre rouge qui a connu à l'époque un certain succès, n'ait pas déjà eu la diffusion qui expliquerait les diverses actions ou réactions de nombre d'entre eux. La démocratie en sortira-t-elle grandie ? Chacun y apportera son point de vue. Nul doute que Nicolas Thirion n'ait pris la peine d'écrire ce brûlot que dans l'intention de la guérir. J'oubliais : l'auteur manie à merveille la dérision. Lire l'ouvrage ne contaminera pas les personnes vaccinées, mais elles y trouveront non seulement des réflexions intéressantes, mais des trouvailles qui les feront tout autant frémir que sourire.