

Préface

Comment rendre compte au peuple des États-Unis et, au-delà, devant l'opinion mondiale des décisions emblématiques rendues par la Cour suprême des États-Unis, entre 2004 et 2008, à propos des lois d'exception prises par l'administration Bush, après les attentats du 11 septembre 2001 ? Ont en effet, et sur plusieurs points, été jugées, par la Cour, contraires à la Constitution ces lois qui ont permis, durant plusieurs années, sans limites, sans chef d'accusation ni jugement, de détenir, à Cuba, sur la base navale américaine de Guantanamo, plusieurs centaines de personnes de nationalités diverses, y compris des ressortissants américains, qualifiés « combattants ennemis », parce que supposées appartenir à des organisations terroristes de la mouvance Al-Qaida, la plupart capturées durant la guerre d'Afghanistan contre les talibans, à partir du mois d'octobre 2001.

Si, pour l'essentiel, ces décisions de la Cour reposent sur le droit fondamental d'*habeas corpus*, en vertu duquel quiconque, privé de sa liberté, a la possibilité de se faire conduire devant un juge pour faire contrôler la régularité de sa détention, les processus juridictionnels complexes engendrés par ces multiples affaires ne peuvent toutefois être compris hors du contexte historique, politique, de droit interne et international dans lequel ils se sont déployés. Recherche dans la

profondeur de l'histoire et de la tradition juridique des États-Unis, l'explication de ces affaires, bien qu'elle n'en soit pas le seul sujet, est au cœur du présent livre, le troisième publié en France par le juge Stephen Breyer, pour donner à voir, à partir d'éclairages successifs différents, le rôle de la Cour suprême des États-Unis.

Le premier, *Pour une démocratie active*, était destiné à montrer que le principe de base de la Constitution des États-Unis est de promouvoir un régime de liberté « dans lequel les citoyens partagent l'autorité de l'État et participent à l'élaboration de la politique publique », et que, telle que voulue par les « Pères fondateurs » de la Constitution, la mission de la Cour suprême est de réaliser cet objectif en fonction de l'évolution culturelle, économique et sociale du pays. Le peuple des États-Unis, source de légitimité du pouvoir fédéral, qui s'est donné cette Constitution est alors compris, non comme une entité abstraite, mais dans sa consistance, celle d'aujourd'hui, en toutes ses composantes, ethniques, religieuses et sociales. S'adressant à ce peuple bien réel, Stephen Breyer y est parvenu à la manière concrète des grands juges de *common law*, tout en exposant comment, dans cette perspective dynamique, à travers divers exemples tirés des grandes questions soumises à la Cour en matière de protection des libertés ou d'organisation des pouvoirs, il assume la fonction d'interprète de la Constitution. Ce qui lui a donné l'occasion de défendre la méthode « réaliste » imposant au juge de s'appuyer sur les objectifs de la loi, dans le contexte où elle s'applique, et de tenir compte des conséquences de ses décisions. Cette doctrine progressiste s'oppose à celle, conservatrice, dite littérale et « originaliste », pratiquée par une autre partie de la Cour, consistant à lire la loi selon son texte strictement compris et la Constitution en référence à la seule intention des « Pères fondateurs ».

Cette réflexion à valeur universelle sur la place de la Constitution et le rôle du juge dans la démocratie s'est poursuivie dans un deuxième ouvrage, *La Cour suprême de l'Amérique et son histoire*, illustrant par les décisions marquant les étapes importantes de l'histoire des États-Unis, des guerres indiennes à la guerre de Sécession, la lutte pour l'égalité des droits et finalement aux attentats du 11 septembre 2001, comment, depuis sa création en 1789, la Cour suprême s'est acquittée de son rôle et comment, en dépit d'erreurs historiques, par exemple sur l'esclavage et la ségrégation, et sans disposer du moindre pouvoir de coercition, elle a finalement conquis une légitimité lui permettant de trancher des questions les plus sensibles

dans les périodes de crises les plus graves par des décisions exécutées par les autres pouvoirs et respectées par la communauté des citoyens. Au fil de cette chronologie, Stephen Breyer suggère que le génie de la Cour fut d'entretenir la confiance du peuple afin de conquérir l'autorité propre à assumer la responsabilité de garantir la pérennité des institutions.

C'est précisément de cette responsabilité institutionnelle (au sens d'*accountability*, pris comme l'obligation de rendre compte publiquement de l'accomplissement de sa mission) qu'il nous entretient dans son troisième livre. Non seulement une responsabilité à l'égard du peuple américain auquel s'adresse la justice constitutionnelle, mais aussi une responsabilité, envers le monde entier, de la justice d'un pays qui, par sa puissance militaire, politique, diplomatique et économique, détient un pouvoir mondial déterminant ; une responsabilité qui est aussi à la mesure du prestige que confèrent à ce même pays des institutions politiques fondatrices d'une tradition constitutionnelle stable permettant « à une société multiraciale, pluriethnique et pluri religieuse de se gouverner démocratiquement » tout en protégeant les droits humains fondamentaux et en respectant les principes de l'État de droit.

À partir des affaires aujourd'hui jugées par sa Cour, Stephen Breyer constate en effet que beaucoup des décisions qu'elle rend ne se limitent pas aux frontières de l'État mais prennent une dimension planétaire, tant par les parties et intérêts en cause, les données débattues devant elle que par les effets produits. Échanges économiques, relations interétatiques, influences culturelles, déplacements de populations, développement du droit international, lutte contre le terrorisme contribuent en effet à créer un espace mondialisé soumis à des systèmes de droit et de justice « interdépendants ».

Le propos de l'auteur est alors de révéler concrètement en quoi cette « interdépendance » modifie la responsabilité de la Cour, l'obligeant à revoir progressivement l'interprétation de la Constitution pour s'y adapter. Afin de régler les questions nouvelles que posent ces interférences dans chacun des domaines où elles s'exercent : état de guerre et de troubles internationaux de toute nature, prolifération des traités et des organisations internationales, globalisation des circuits économiques, développement des entreprises multinationales et des investissements internationaux, régulation économique et financière, circulation des personnes et internationalisation des liens familiaux, protection des droits fondamentaux, etc., la Cour doit

en effet faire évoluer les règles de droit élaborées au fil du temps. Sont ainsi reconsidérés les principes du fédéralisme et de l'équilibre des pouvoirs, la déclaration des droits, les règles de conflit de loi, de l'arbitrage international, celles d'application des traités et même celles de l'interprétation de la Constitution par la prise en compte des décisions des autres cours.

Avec vigueur, le propos s'ouvre sur les questions constitutionnelles liées aux menaces étrangères qui pèsent sur la sécurité nationale des États-Unis. À travers la succession des décisions rendues dans le contexte de la guerre de Sécession, des Première et Seconde Guerres mondiales et des différents conflits armés dans lesquels ont été impliqués les États-Unis, la Cour a élaboré une doctrine de la répartition des pouvoirs abandonnant, sans pratiquement aucun contrôle, au Congrès et au Président la protection des Américains contre les attaques provenant de l'étranger dans la mesure où la Constitution délègue aux branches élues et non au pouvoir judiciaire la responsabilité de la sécurité de l'Amérique. Selon la formule de Cicéron, la Cour a finalement admis que : « Les lois se taisent au milieu des armes », au point de justifier, par une décision (*Korematsu*, 1944) aujourd'hui unanimement critiquée, qu'aient pu, durant la Seconde Guerre mondiale, être cantonnés dans des camps des milliers de personnes d'origine japonaise, même citoyens des États-Unis, résidant sur la côte Ouest, en raison de l'éventuelle implication de ces populations dans une invasion du territoire par les troupes ennemies. C'est de ces précédents, faisant de la sécurité du territoire une « question politique » échappant à la juridiction de la Cour, que s'est inspirée l'administration Bush pour instaurer un régime largement attentatoire aux libertés publiques concernant la détention et la soumission à des tribunaux militaires spéciaux des « combattants ennemis ». Et c'est tout autant en raison de la gravité de ces atteintes, de l'émoi international qu'elles ont provoqué et de l'évolution des mentalités américaines sur la garantie des droits que la Cour a finalement soumis le pouvoir présidentiel à un contrôle effectif en jugeant que, même lorsque la sécurité est concernée, la Constitution ne donne pas au Président un « chèque en blanc » pour restreindre les libertés publiques.

Passionnant est le récit *in vivo* de cette discussion pour l'élaboration des décisions dans les affaires *Rasul* et *Hamdi* en 2004, *Hamdan* en 2006 et *Boumedienne* en 2008, à l'issue de laquelle, par une interprétation élargie du privilège d'*habeas corpus* et l'application

de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, la Cour a modifié sa jurisprudence en direction de la doctrine exprimée par lord Atkin, juge (*law lord*) à la House of Lords, en 1941 : « Les lois parlent le même langage dans la guerre et dans la paix. » Tant le raisonnement que les solutions prennent aujourd'hui valeur de référence pour les États qui, confrontés à l'aggravation des menaces terroristes, entendent renforcer leur sécurité par des mesures de surveillance intrusives.

Ce débat intense, mettant en balance la nécessité de la sécurité et la protection des droits, est le point central de la démonstration. L'auteur décrit la dialectique du « balancing » que les développements suivants reprennent en abordant successivement les interactions juridictionnelles en matière de régulation du commerce international, d'ouverture des tribunaux américains aux actions en réparation des atteintes aux droits de l'homme, de traitement des conflits familiaux internationaux, d'arbitrage international et d'interprétation des traités.

Dans l'application du droit de la concurrence aux marchés mondiaux, du droit de la régulation financière ou de la protection de la propriété intellectuelle, la mise en balance des intérêts en présence a conduit la Cour à adopter des positions prenant en compte l'effet de ses décisions dans l'application extraterritoriale du droit américain, en s'efforçant non seulement d'éviter les conflits avec les autres États, mais, au-delà, d'harmoniser le droit américain avec les droits étrangers afin que, pris ensemble, ils puissent atteindre leurs buts communs. Ce que la Cour recherche est finalement une mise en œuvre coordonnée du droit national avec les lois étrangères et les traités afin de réguler efficacement les marchés internationaux.

La même coordination s'imposerait dans la protection des droits fondamentaux. À propos de l'*Alien Tort Statute*, remontant à 1789, sur le fondement duquel des actions civiles en réparation peuvent être intentées devant les tribunaux fédéraux américains par des victimes de nationalité étrangère pour des violations du droit international commises à leur encontre par des étrangers, éventuellement dans des États tiers, la Cour, après avoir favorisé un large développement de ces actions, recherche désormais un nouvel équilibre. Selon l'opinion de Stephen Breyer, la démarche devrait consister à se demander si, dans le cadre de ces actions, la compétence des juridictions américaines est compatible « avec les notions de courtoisie internationale qui pourraient conduire chaque nation à respecter les droits souverains d'autres nations en limitant le champ d'application de

ses lois et en portant leur exécution ». Ici encore, l'harmonisation internationale des actions juridictionnelles sanctionnant la violation des droits de l'homme serait le critère approprié d'orientation de la jurisprudence. Ce n'est pas exactement celle qu'a suivie la Cour qui, tout en restreignant sensiblement le champ d'application de l'*Alien Tort Statue*, laisse irrésolues de nombreuses questions qu'il appartiendrait désormais à la loi de régler.

A priori plus classiques sont les questions de l'application du droit international par les juridictions américaines. La conformité à la Constitution des traités conclus par le pouvoir exécutif, et spécialement les délégations de pouvoir normatif que ces engagements consentent à des entités internationales, l'application directe de ces conventions internationales par les juridictions internes, leur primauté sur le droit interne et leur interprétation sont en effet des questions largement débattues devant toutes les juridictions constitutionnelles. Bien que la Constitution américaine comprenne une clause imposant la « suprématie » des traités, le respect du droit international est un point de conflit majeur entre les juridictions américaines et les cours internationales, spécialement la Cour internationale de justice. Au point qu'une certaine doctrine reproche aux États-Unis une pratique instrumentaliste et ambivalente du droit international ternissant sa réputation dans la défense des droits de l'homme.

Il est vrai que, par des décisions célèbres, la Cour de La Haye a constaté à plusieurs reprises des violations, par les autorités judiciaires des États américains, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, faute d'avoir notifié à des ressortissants étrangers impliqués dans des poursuites pénales leur droit de communiquer avec le consul de la nation dont ils relèvent. En méconnaissance de ces jugements de la Cour internationale de justice enjoignant aux juridictions compétentes de réexaminer et de réviser le verdict de culpabilité de plus d'une cinquantaine de personnes de diverses nationalités, principalement mexicaine, condamnées à la peine capitale, il a été passé outre, et plusieurs d'entre elles ont été exécutées. Bien qu'il ait été dissident dans les décisions de la Cour suprême qui ont consacré cette résistance (*Medellín*, 2004 ; *Sanchez-Llamas*, 2006), Stephen Breyer prend soin d'exposer en détail les raisons juridiques « subtiles et complexes », tenant aux règles de procédure pénale internes et aux critères de distinction des traités d'application directe par les juridictions, qui

ont déterminé ces solutions ; ce qui ne l'empêche pas de souligner les graves inconvénients de cette position de fermeture, tant sur le plan interne que pour le crédit de son pays et qui ne sont autres que les conséquences logiques de l'ignorance du droit international. Sa vive préoccupation est d'éviter que les restrictions apportées par la jurisprudence de la Cour au pouvoir de l'exécutif de conclure des traités déléguant la compétence d'édicter des règles à des organisations internationales empêchent les États-Unis d'exercer une influence au sein de ces mêmes organisations dont la mission est de résoudre les problèmes commerciaux, environnementaux et de sécurité intéressant tout autant les citoyens américains que ceux des États du monde entier.

Est ainsi annoncé l'aboutissement du discours, l'exhortation aux juristes américains à « comprendre les réalités pratiques et juridiques opérant ailleurs dans le monde » « pour préserver les valeurs fondamentales auxquelles ils croient ». Avec la force argumentaire d'un splendide « débatteur », Stephen Breyer développe les propositions propres à réaliser cette ouverture : mieux examiner les droits étrangers, prendre en compte, dans le raisonnement de la Cour suprême, les décisions rendues par les cours homologues sur des questions identiques, approfondir les relations avec les autres systèmes judiciaires.

Or, précisément, l'influence que peuvent exercer les droits étrangers sur les décisions de la Cour suprême nourrit aujourd'hui, tant en son sein qu'entre elle-même et le Congrès, une polémique politique si violente qu'en 2004 fut soutenue une proposition de loi interdisant aux juges, sous peine de destitution, de fonder l'interprétation des lois des États-Unis sur des sources juridiques d'origine étrangère. Citant les opinions de ses grands prédécesseurs, l'auteur montre cependant que la tradition de la Cour est, chaque fois qu'il est utile, de se référer à des précédents étrangers, tant des cours de *common law* que des autres, et il expose que c'est à partir de 1988, à l'occasion d'affaires où furent jugées contraires à la Constitution, en s'appuyant sur un consensus judiciaire international, l'infliction de la peine de mort aux handicapés mentaux et la pénalisation de la sodomie, que s'est manifestée une réaction de souveraineté dans les opinions de certains de ses collègues opposés à ces renversements. Pour l'essentiel, leur position se fonde sur la crainte de voir les juges américains devenir dépendants d'homologues étrangers les incitant à substituer des concepts et valeurs cosmopolites à ceux sur lesquels

les citoyens américains ont construit leurs existences. À vrai dire, ce discours identitaire, plus ou moins nuancé, est largement répandu, même au sein de l'Europe. Reprenant avec force l'argumentaire plusieurs fois soutenu au sein de la Cour, Stephen Breyer écarte ces craintes estimant, au contraire, que la mondialisation des marchés et l'universalisation des droits fondamentaux rendent impossible le cloisonnement autarcique dans lequel ses contradicteurs veulent enfermer le système juridique et judiciaire américain.

Pour vaincre de tels préjugés et dans la perspective de l'ouverture de l'horizon juridique de la justice américaine, il préconise l'intensification de ses relations avec les juges et les juristes d'autres pays ; ce qu'il désigne comme une forme de « diplomatie judiciaire ». Ce sont ces échanges qui permettent l'édification d'une communauté internationale de juges et de juristes propice à la circulation des standards du raisonnement juridique et à la promotion mondiale de l'État de droit.

En Europe, cette communauté est déjà une réalité. Il existe entre les juridictions européennes des relations étroites, bilatérales ou multilatérales, certaines sous une forme institutionnalisée, qui contribuent à la constitution d'un ensemble juridique homogène dans l'espace de libertés, de sécurité et de justice de l'Union européenne, comme dans celui couvert par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. En 1972 s'est par exemple constituée une Conférence des Cours constitutionnelles européennes dont le XVI^e congrès, tenu à Vienne au printemps 2014, était précisément « La coopération entre les Cours constitutionnelles ». Tandis qu'en 1990, sous l'égide du Conseil de l'Europe, a été instituée la Commission, dite « de Venise », pour la démocratie par le droit, destinée à assister les pays qui souhaitent mettre leurs structures juridiques et institutionnelles en conformité avec les normes et l'expérience internationales en matière de démocratie, de droits de l'homme et de prééminence du droit. Des organisations semblables existent dans l'espace francophone, dans le monde de *common law* et dans les différentes autres communautés linguistiques du droit. Ce que décrit Stephen Breyer de la politique relationnelle de la Cour suprême et des grandes universités américaines montre que cette coopération entre les cours et les systèmes de droit est déjà effective, même si elle mérite d'être intensifiée et élargie.

Dans l'esprit de l'auteur, cette relation dialogique est certainement égalitaire et réciproque, il s'attache d'ailleurs à montrer que la

Cour suprême des États-Unis reçoit tout autant de l'expérience des autres cours qu'elle peut leur apporter. Sa démarche n'est toutefois pas dépourvue de visées stratégiques. Son objectif est non seulement l'amélioration de la qualité de la justice américaine enrichie de ce que peuvent lui apporter les expériences étrangères pour renforcer son propre crédit international, mais c'est aussi la diffusion des valeurs du droit américain. Ce qui lui importe, c'est que la justice américaine continue « à promouvoir [les] valeurs constitutionnelles [qu'elle a] offertes au monde ». Et, même s'il lui prête une dimension universelle, c'est la conception américaine du *Rule of Law* qu'il entend propager comme le moyen le plus effectif de lutte contre l'arbitraire. Cette foi dans l'exemplarité de sa propre Constitution fait aussi partie de la tradition de pensée des grands juges américains dans laquelle s'inscrit cet essai magistral.

Un tel ouvrage est-il concevable en France ? Un tel ouvrage est-il utile aux juristes français ?

Outre le fait que l'influence internationale du Conseil constitutionnel n'est pas comparable à celle de la Cour suprême des États-Unis, pour nous, la question de la responsabilité « mondiale » du juge constitutionnel se pose différemment, la réponse à la première question est probablement négative. Le grand intérêt du récit de Stephen Breyer est de dévoiler de l'intérieur comment s'élabore une décision de la Cour suprême par l'échange dialectique entre les neuf juges qui la composent. C'est de cette discussion entre juristes d'une autorité unanimement reconnue qu'émerge une opinion majoritaire, éventuellement complétée par d'autres opinions concordantes et opposées à une ou des opinions dissidentes minoritaires, toutes reproduites par la décision accessible à un public apte à comprendre les arguments déterminants de la solution finalement retenue. Dans la succession de ces opinions se construit la doctrine de la Cour dont l'évolution nous est contée, pas à pas, par l'auteur, à partir des documents publics qu'il cite minutieusement. Tel n'est pas le cas de décisions rendues par des cours qui, comme le Conseil constitutionnel, ne livrent au public qu'une décision arrêtée dans un délibéré secret dont ne sont révélés ni la majorité par laquelle elle a été obtenue ni les arguments échangés par les juges. À cela s'ajoute une motivation dite « brève » qui affirme plus qu'elle ne discute et ne démontre. Autrement dit, le débat déterminant la solution demeure ignoré et la révélation du cheminement intellectuel, impossible autrement que par la computation spéculative des

décisions établies en termes abstraits et inaccessibles à un public non initié. Tout cela empêche évidemment un récit substantiel, critique et vivant des évolutions de notre justice constitutionnelle.

La réponse à la seconde question est, en revanche, résolument positive. Qu'il s'agisse de contribuer à la mise en cohérence des sources de droit nationales et internationales dans une relation de « pluralisme ordonné », de défendre une conception partagée des droits de l'homme, d'imposer un modèle de justice fondé sur l'État de droit et les principes du procès équitable ou de réguler le commerce international et la circulation de la richesse, il est indispensable que les juridictions constitutionnelles des États communiquent, mettent en commun leur intelligence du droit, partagent leurs expériences, cordonnent leurs actions. Pour tous ceux dont les yeux sont ouverts, la réflexion de ce juriste américain prestigieux montre une voie réaliste ; c'est une interpellation stimulante. Le lire devrait pousser à la réflexion le juge constitutionnel français dont l'horizon argumentaire se borne à sa propre Constitution et qui dans ses décisions ne cite ni ne discute celles des cours supranationales ou étrangères, même s'il affecte de s'y référer... « implicitement ».

Par contraste, la pédagogie de Stephen Breyer est un puissant éloge de l'« explicite ». En tant que juge, il s'estime tenu, tant dans ses opinions que dans ses ouvrages, à un devoir à la narration, au cas par cas et en fonction des arguments débattus, des conditions dans lesquelles la Cour suprême des États-Unis exerce le pouvoir considérable qu'elle s'est donné, il y a plus de deux siècles, de décider qu'une loi votée par les représentants du peuple est contraire à la Constitution. C'est une leçon vivante de démocratie comparée qui, toutes différences culturelles prises en compte, éclaire le lecteur français sur la manière dont son propre juge constitutionnel s'acquitte de la même mission.

Guy CANIVET