

à Christophe
Harouen avec
une vit reconnaissance
de m'avoir donné l'ent
de l'assistance fait
le discours avec
grâce et certifié

BICENTENAIRE DE LA NAISSANCE
D'ALEXIS DE TOCQUEVILLE

Justice Stephen Breyer
membre de la Cour Suprême des
États-Unis d'Amérique

La Démocratie en Amérique à l'Heure Actuelle

Paris
13 juin 2005

Monsieur le Président, membres de l'Académie, amateurs d'Alexis de Tocqueville, Mesdames, Messieurs. C'est un grand honneur pour moi d'être ici parmi vous pour célébrer le 200ème anniversaire de la naissance de ce grand maître de l'analyse politique, Alexis de Tocqueville. Il y a quelques semaines, lors d'un voyage de Boston à Washington, un agent de sécurité qui m'accompagnait, Henry Ohrenberger, s'est aperçu que je lisais *De la Démocratie en Amérique*. "Ah," il remarqua aussitôt, "Moi aussi, je l'ai lu quand j'étais lycéen. L'auteur insiste sur la participation. Sous son influence, je me suis fait élire à l'assemblée générale de la commune de Framingham où je participe à la gestion des affaires de la ville." Voilà comment l'influence d'Alexis de Tocqueville continue à se faire sentir aux États-Unis.

Je ne suis ni sociologue ni spécialiste d'Alexis de Tocqueville. Je me propose de faire quelques observations sur la démocratie Américaine actuelle du point de vue d'un juge à la Cour Suprême des Etats-Unis. Je tenterai de vous décrire comment, dans mon travail à la Cour, je constate chaque jour des rapports entre la démocratie actuelle et ce chef d'oeuvre d'autrefois. Je vous ferai part de trois observations.

Ma première observation concerne l'état de droit et son rôle dans la démocratie américaine. Toqueville soutient que dans une démocratie qui repose sur le principe de l'égalité, la volonté de la majorité a une puissance extraordinaire, courant éventuellement le risque d'une tyrannie de la majorité, d'une politique sans stabilité, ou même de l'anarchie pure. Il explique que, parmi les forces essentielles qui évitent ce danger, le droit occupe une place d'importance. L'état de droit est un élément de la société américaine, parmi d'autres, qui habitue le citoyen à un comportement de retenue, qui stabilise la démocratie et protège la liberté de l'individu, surtout si cet individu se trouve dans la minorité.

Les Etats-Unis ne sont plus un pays de 13 million d'habitants d'origine anglo-saxone, mais un pays de 300 million de personnes d'origines diverses, reflétant des traditions du monde entier. Est-ce qu'en dépit de tous ces changements cet élément protecteur a conservé sa force?

Mon expérience à la Cour Suprême suggère une réponse affirmative. Je vois régulièrement devant la Cour des personnes de toutes les races, de toutes les religions, de tous les points de vue, résolues à résoudre leurs différends devant un tribunal et non pas dans la rue avec des pavés. Même s'il y a une diminution de certains autres facteurs que Tocqueville discerne au fond de la démocratie américaine (comme la participation aux "town meetings"), ce changement est largement compensé par la croissance de l'état de droit et de l'habitude d'obéir.

Je prendrai comme exemple trois affaires juridiques pour éclaircir cette observation. La première a eu lieu à l'époque de Toqueville, en 1834. Une tribu d'Indiens, les Cherokees, habitaient le nord de la Géorgie, vivant sur leurs terres ancestrales qu'un traité leur avait garanti. On y a malheureusement découvert de l'or. En conséquence, les Géorgiens se sont emparés des terres des Cherokees. La tribu s'est adressée à un avocat, Willard Wirtz, ancien Procureur de la

République, et l'affaire a terminé devant la Cour Suprême. La Cour a tranché en faveur des Cherokees. Le Président des Etats-Unis a expédié des troupes fédérales en Géorgie-- mais pour quoi faire? Pour appliquer l'ordonnance de la Cour? Pas du tout. Le Président Andrew Jackson, qui Toqueville a qualifié d'un "homme d'un caractère violent et d'une capacité moyenne," a commandé à ces escadrons d'expulser les Indiens, qui furent en conséquence obligés de partir sur "le sentier des larmes" vers l'Oklahoma, où leurs descendants habitent jusqu'à ce jour. Quant à la décision de la Cour, Andrew Jackson aurait dit allègrement, "John Marshall [le Président de la Cour] a pris sa décision, maintenant qu'il la mette en oeuvre."

La deuxième affaire a eu lieu cent trente ans plus tard, à l'époque de la ségrégation raciale dans le sud des Etats-Unis. A cette époque, la Cour Suprême a prononcé un jugement signé par les neuf juges (ce qui est hors du commun) contre la ségrégation au sein des écoles dans l'état d'Arkansas. Mais le gouverneur, Orvil Faubus, avait juré que jamais en Arkansas un noir ne traverserait le seuil d'une école pour les élèves blancs. Il s'est mis debout aux portes de l'école avec les milices d'Arkansas pour empêcher l'entrée de ces jeunes noirs. Le Président des Etats-Unis, à l'époque Dwight Eisenhower, a aussitôt expédié des troupes fédérales, mais à la différence d'Andrew Jackson, il les a expédiées pour faire respecter la décision de la Cour et non pour empêcher son application. Les jeunes écoliers noirs ont donné la main aux soldats fédéraux et ils sont tous entrés dans l'école.

La troisième affaire est plus récente. La Cour est appelée à trancher des questions très controversées, telles que l'interruption volontaire de grossesse, la prière à l'école, ou Bush contre Gore. Ces sujets enflamment les passions des Américains. Ils en débattent vigoureusement. Près de la moitié des Américains est fermement convaincue que la Cour a tort. Mais, dans ces affaires, aucun Président n'a senti la nécessité d'expédier des soldats. De toutes les conséquences de ces affaires très publiques et qui ont suscité beaucoup de commentaires, l'absence de la nécessité de recourir à la force, même s'elle n'est pas souvent remarquée, demeure l'aspect le plus remarquable.

L'habitude de résoudre leurs différends par référence à la Constitution, un document considéré sacré même par ceux qui ignorent son contenu; l'habitude d'obéir aux décisions des tribunaux malgré la faillibilité des juges, une faillibilité bien reconnue et souvent commentée; le renforcement de cette habitude au cours d'une histoire difficile qui comprend une guerre civile et 80 ans de ségrégation légale – ces attitudes se manifestent chaque jour à la Cour Suprême où je travaille.

Je tire quelques conclusions de cette première observation concernant le rôle du droit dans la démocratie américaine. Certes, Tocqueville avait raison d'insister sur l'importance des moeurs; certes il avait raison d'insister sur l'importance du droit; mais même Tocqueville a sous-estimé l'importance de l'état de droit, de l'habitude d'obéir, qui, depuis deux siècles, permettent à une population si vaste et si diverse de vivre ensemble dans une nation démocratique.

Ma deuxième observation concerne la pratique de la démocratie aux Etats Unis. En principe la légitimité d'un gouvernement démocratique repose sur le fait que le pouvoir du gouvernement puise sa source dans le consentement des citoyens courants. Le fondateur Madison a dit que la Constitution des Etats Unis "est une charte de pouvoir accordée par la liberté et non pas [comme ce fut souvent le cas en Europe] une charte de la liberté accordée par le pouvoir." J'ajoute que le droit aux Etats-Unis n'est pas dicté d'en haut, n'est pas proclamé par le President ni par les tribunaux, mais qu'il provient d'en bas.

Je vous en donnerai un exemple qui concerne l'évolution du droit qui résulte inévitablement des changements de circonstances technologiques dont la société se rend compte. Si on pense aux problèmes des libertés individuelles posés par les technologies nouvelles, on se rend compte de la nécessité de modifier le droit existant. Il est maintenant possible, avec des ordinateurs, des portables, des caméras de surveillance, d'enregistrer partout et automatiquement des fonds énormes d'informations personnelles (noms, adresses, conversations, visites, achats, salaires, impôts, actifs, passifs, goûts déterminés pour des achats, etc.). Techniquement, par exemple, on peut toujours connaître l'emplacement d'un téléphone portable. Mais il faut déterminer si ou quand le droit doit interdire à un gouvernement d'utiliser cette possibilité technique, même pour combattre le terrorisme. Il convient également de s'interroger sur la possibilité laissée aux patrons par la loi de lire ou de censurer les courriels de leurs employés. Les entreprises doivent-elles avoir le droit d'interdire à ceux qui sont étrangers à l'entreprise d'envahir et d'utiliser leur système de messagerie électronique? Les solutions juridiques à ces problèmes et à d'autres problèmes semblables (de la liberté de la vie privée, de la liberté de la presse, de la liberté de la propriété) posés par les évolutions technologiques doivent être nuancés. Quel est le processus en vigueur aux Etats-Unis pour définir les règles de droit, les lois, qui vont répondre à ces problèmes?

Les règlements juridiques résultent d'un débat publique, un débat que je considère comme une conversation nationale. Qui sont les participants à ce débat? Des hauts fonctionnaires, des législateurs, des experts, des savants, des ingénieurs, des hommes et des femmes d'affaires, des membres d'associations privées de toutes sortes, des "civil libertarians", des chefs de police régionaux, des représentants officiels et non-officiels des localités partout aux Etats Unis, des citoyens courants.

Et où se déroulent ces débats? Ils ont lieu dans les journaux, les hebdomadaires, les revues spécialisées, dans les studios de radio et de télévision, sur les blogs sur Internet, aux colloques d'universités, dans des réunions privées, aux séances administratives et législatives, même aux audiences devant les tribunaux, en un mot, partout.

Quels sont les résultats de ces débats? Souvent il n'y a que des résultats provisoires, des projets, des règlements administratifs (locaux, régionaux, nationaux) transitoires, même des lois (locales, régionales, nationales) avec des dispositions dites "sunset." Souvent les efforts juridiques prévoient initialement la

possibilité d'une modification en vue d'expérience pratique, ou en vue de comparaisons entre les démarches diverses de localités différentes. Et plus tard, à l'issue d'un débat plus long, on peut arriver aux modifications de droit plus définitives.

Une fois que cette conversation est bien engagée, les tribunaux viennent aussi y participer, si une personne légale affectée par ces changements de droit fait appel à sa juridiction. L'intervention des tribunaux a pour objectif le contrôle de la constitutionnalité des dispositions de droit. Cette intervention est limitée parce que la Constitution ne fixe que les limites externes du droit. La Constitution laisse au citoyen un grand espace démocratique à l'intérieur duquel les citoyens eux-mêmes déterminent le contenu des règles et des lois. Donc, la résolution de ces affaires par la Cour Suprême peut limiter, mais ne peut pas fixer, ce contenu. Par ailleurs, les décisions de la Cour sont d'habitude meilleures quand elle a l'occasion de trancher une affaire après les débats publiques, et que sa décision puisse être informée par l'expérience.

Les américains conduisent ces débats parfois poliment, parfois en criant. De temps en temps une telle conversation ressemble à une "sorte de tumulte" ou à une "clameur confuse" qui, selon Tocqueville, "s'élève de toutes parts," au centre de laquelle "vous vous trouvez, quand vous êtes descendu sur le sol de l'Amérique." (I 364). Si elle a l'air d'un tohu-bohu, c'est un tohu-bohu démocratique caractéristique d'un système où le droit prend sa source en bas et non pas en haut.

Quand je pense au système que je viens de décrire, je suis émerveillé parce que j'y trouve les mêmes éléments qu'il y a cent soixante-cinq ans Tocqueville a décrit comme étant nécessaires pour éviter le risque que la démocratie n'évolue vers une forme de despotisme. Je trouve en effet dans ce remue-ménage que je viens de décrire la séparation et la division des pouvoirs, la liberté de l'expression et de la presse, les plaidoyers des diverses associations privées, la présentation des points de vue de régions et de localités, la participation des citoyens courants, et l'intervention finalement des tribunaux qui tranchent des affaires.

Quand Tocqueville réfléchit aux éléments nécessaires pour éviter une dérive vers ce qu'il appelle « le despotisme doux, » une espèce de pouvoir pris par le gouvernement à cause du refus des citoyens d'exercer leur prérogative, il énumère l'habitude des citoyens de se regrouper en "association politique, industrielle, commerciale," "scientifique," ou « littéraire" (II 442); la liberté de la presse, "l'instrument démocratique de la liberté" (II 443); une vie politique décentralisée qui donne au citoyen "l'habitude et le goût" de "travailler" ensemble avec "ses concitoyens" (II 150, 153); et le pouvoir judiciaire qui, avec ses formes et ses tribunaux, garantit que "le pouvoir sociale ne sacrifie légèrement les droits particuliers de quelques individus à l'exécution générale de ses desseins." (II 444-45) Il trouve ces éléments présents dans la démocratie américaine du 19^e siècle, et malgré les changements que nous connaissons, ils existent toujours dans les débats démocratiques d'aujourd'hui.

Ma troisième observation concerne de nouveau le “despotisme doux,” ce système de gouvernement où, selon Tocqueville, les citoyens “se consolent” de la perte de la liberté, “en songeant qu’ils ont eux-mêmes choisi leurs tuteurs” (II 435). Le risque de ce genre de despotisme est augmenté aujourd’hui par la nécessité que pour gouverner il faut tenir compte du rôle joué par la science et la technologie, un développement auquel Tocqueville n’a pas donné beaucoup de considération mais qui augmente en effet le risque d’un despotisme doux des administrateurs.

Trois questions soulignent ce risque et le défi qu’il représente. 1) Comment répartir en pratique le pouvoir de prendre des décisions gouvernementales entre officiels, comme les législateurs, qui sont élus, et les administrateurs qui ne sont pas élus? Si ceux-ci exercent trop d’autorité, la démocratie est réduite; mais s’ils ont trop peu d’autorité, les élus (et les citoyens) ne peuvent pas atteindre les objectifs généraux qu’ils poursuivent.

2) Plus loin, en ce qui concerne les pouvoirs accordés aux officiels élus, comment répartir ce pouvoir entre le gouvernement local et le gouvernement central? Ce problème est celui du fédéralisme aux Etats-Unis. Il existe aussi en Europe.

3) En ce qui concerne l’ensemble des pouvoirs accordés aux administrateurs, comment contrôler les décisions de ces administrateurs? Ce problème est le problème de *quis ipsos custodiat*, comment contrôler les contrôleurs? C’est un problème classique de droit administratif.

Je n’évoque pas ces questions dans l’intention de les traiter ici. Je les évoque parce que Tocqueville a lui-même avec beaucoup de prévoyance insisté sur ce problème du despotisme doux, parce que ce problème demeure un des plus grands problèmes de la démocratie actuelle, parce qu’il faut aborder ces questions pour maintenir des gouvernements vraiment démocratiques, et parce que partout les sociétés démocratiques cherchent à savoir comment modifier les structures gouvernementales à la lumière de ces questions.

Je me permets de conclure avec le point essentiel sur lequel Tocqueville a insisté, l’importance de la participation des citoyens aux affaires publiques, qui demeure la clef de voûte de la démocratie.

Ma propre expérience en tant que juge face à la Constitution des Etats-Unis m’efforce de mettre en relief ce concept. La Constitution américaine ne dicte pas aux citoyens comment vivre en société. Elle s’assure que ces décisions soient prises d’une manière démocratique. J’ajoute que la Constitution américaine n’insiste pas sur la participation, mais je suis bien convaincu que, sans cette participation, on ne pourrait atteindre les objectifs démocratiques de ce document.

Quand je vois les jeunes adopter une attitude de cynisme, je suis désespéré. Mais quand je vois un taux de participation électorale élevé comme lors de la dernière élection présidentielle aux Etats-Unis, je suis confiant, voire heureux.

Ceux pour qui les résultats d'une élection sont défavorables en connaissent le remède. C'est de convaincre les autres.

Le message d'Alexis de Tocqueville, qui reste pertinent dans la démocratie actuelle en Amérique, est ancien. Il y a 2,000 ans, Périclès demanda à un auditoire grecque, "Qu'est-ce qu'on dit à Athènes de l'homme qui n'est pas concerné par la vie publique? On ne dit pas que c'est un homme qui s'occupe bien de ses propres affaires. On dit que c'est un homme qui n'a pas d'affaire ici."



Monsieur Jean TULARD

Président de l'Académie des Sciences morales et politiques

Madame Hélène CARRÈRE d'ENCAUSSE

Secrétaire perpétuel de l'Académie française

Monsieur Michel ALBERT

Secrétaire perpétuel de l'Académie des Sciences morales et politiques

sont heureux de vous inviter à participer à la séance organisée
à l'occasion du Bicentenaire de la naissance d'Alexis de Tocqueville

lundi 13 juin 2005 à 15 heures

au Palais de l'Institut (Grande salle des Séances)

23, quai de Conti - 75006 PARIS

Programme

Tocqueville et l'histoire
par Monsieur Gabriel de Broglie,
de l'Académie française

Tocqueville écrivain
par Monsieur Marc Fumaroli,
de l'Académie française

Tocqueville et la société moderne
par Monsieur Raymond Boudon,
membre de l'Institut

Tocqueville et la religion démocratique
par Monsieur Jean-Claude Casanova
membre de l'Institut

La démocratie en Amérique
par Monsieur Stephen Breyer,
juge à la Cour Suprême des États-Unis

La démocratie en Europe
par Monsieur Valéry Giscard d'Estaing,
de l'Académie française
Président du Jury du Prix Tocqueville

Ce carton strictement personnel sera demandé à l'entrée.

**BICENTENAIRE DE LA NAISSANCE
D'ALEXIS DE TOCQUEVILLE
LUNDI 13 JUIN 2005 AU PALAIS DE L'INSTITUT
(grande salle de séances)**

assistera

n'assistera pas

assisteront

n'assisteront pas

Rayer les mentions inutiles

RSVP avant le 7 juin 2005
Académie des sciences morales et politiques
23, quai de Conti - 75006 Paris
par télécopie 01 44 41 43 27
par courriel : rico@asmp.fr