

La déférence au pouvoir exécutif en situation d'urgence
A Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts,
d'Eric A. Posner et Adrian Vermeule, Oxford University Press,
318 p.

Louis-François Brodeur

Number 218, January–February 2008

Guerres justes et injustes dans le monde actuel

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/10240ac>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Spirale magazine culturel inc.

ISSN

0225-9044 (print)

1923-3213 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Brodeur, L.-F. (2008). La déférence au pouvoir exécutif en situation d'urgence / *A Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, d'Eric A. Posner et Adrian Vermeule, Oxford University Press, 318 p. *Spirale*, (218), 27–28.

La déférence au pouvoir exécutif en situation d'urgence

A TERROR IN THE BALANCE: SECURITY, LIBERTY AND THE COURTS

d'Eric A. Posner et Andrian Vermeule

Oxford University Press, 318 p.

par LOUIS-FRANÇOIS BRODEUR

Eric A. Posner et Andrian Vermeule ont le mérite, dans ce livre au style clair et analytique, de défendre une opinion rarement défendue : l'idée qu'en temps de crise, seul le pouvoir exécutif est habilité à réagir avec justesse aux menaces. En effet, alors qu'on décrie habituellement la pratique de la déférence, les deux auteurs la défendent explicitement. Lorsqu'une crise survient, c'est à l'exécutif d'agir ; quant aux tribunaux et au congrès, ils doivent lui laisser le champ libre.

Malgré le contexte actuel — les guerres d'Irak et d'Afghanistan ainsi qu'une situation d'urgence permanente liée à la menace terroriste qui trouve ses sources dans les attentats du 11-Septembre, amenant la présidence à réclamer des pouvoirs sans cesse plus grands —, les auteurs se défendent de militer pour des politiques particulières. Ils soutiennent en effet, en introduction, ne pas être en mesure, par manque d'expertise, de juger de ces politiques. Ils tiennent même à préciser qu'ils n'ont aucune opinion sur celles proposées par Bush et ce, même si la défense de la thèse de la déférence revient *de facto* à un appui aux politiques découlant du 11-Septembre.

Les fondements de la thèse de la déférence

La prise en compte de la stratégie argumentative déployée par les deux essayistes est essentielle à la compréhension de l'ouvrage. Ils partent d'une interprétation des réactions du gouvernement en situation d'urgence, qu'ils décrivent comme une histoire marquée par le succès tant sur le plan constitutionnel que politique. En effet, d'une part, les États-Unis sont parvenus à surmonter les crises successives de leur histoire, et d'autre part, ils y sont arrivés sans que jamais la structure constitutionnelle s'effondre. Cette thèse relève d'une lecture complaisante de l'histoire américaine d'où sont évacuées les différentes injustices qui sont survenues en temps de crise, que ce soit l'internement des Sino-Américains pendant la Seconde Guerre mondiale (*Korematsu*) ou le harcèlement politique dont ont été victimes certains citoyens pendant la guerre froide.

La seconde étape de l'argumentation souligne les avantages que détient le pouvoir exécutif pour répondre à ces situations d'urgence. En effet, pour répondre efficacement à la menace, seul ce dernier possède les ressources, soit l'information complète et les moyens d'actions tels que les forces armées et les agences d'espionnage, le pouvoir (le président est le chef ultime des agences de renseignements et des forces armées) et la flexibilité (le président a le contrôle total sur la branche exécutive et partiel sur les branches législatives par l'entremise du veto et des ordonnances présidentielles).

Le troisième moment de la défense de la thèse de la déférence est la nécessité du compromis entre la liberté et la sécurité, d'où le titre évocateur du livre *Terror in the Balance*. Afin de rendre compte de cette thèse, l'appareillage critique de la théorie économique est mobilisé. C'est sur la base de l'équilibre de Pareto¹ que l'on décrit le point où ni la liberté ni la sécurité ne peuvent être augmentées sans entraîner une perte correspondante de l'une des deux. C'est ainsi que, les circonstances changeant dramatiquement en situation d'urgence, cet équilibre se trouve bouleversé, une redistribution est nécessaire et un nouveau point optimal est adopté.

Donc, si l'histoire politique américaine dresse un portrait favorable de la gestion des situations de crise par le pouvoir exécutif, qu'institutionnellement lui seul possède la vigueur nécessaire pour y répondre et que les mesures mises en place impliquent nécessairement un ajustement entre le degré de liberté et celui de sécurité dont jouissent les citoyens, alors les branches judiciaires et législatives doivent s'abstenir de juger ses actions en période d'urgence sur les bases d'une perte de liberté.

Cet argument repose sur deux présupposés importants. Le premier stipule que le gouvernement est rationnel, c'est-à-dire qu'il évalue correctement les coûts et les bénéfices en termes de liberté et de sécurité qu'entraînent les mesures mises en place. En somme, le gouvernement ne favorise pas systématiquement la sécurité en situation d'urgence. Le second présupposé veut que le gouvernement soit bien intentionné, c'est-à-dire qu'il se consacre à la maximisation du bien-être de toutes les personnes qui comptent.

Cet argument présente, selon les auteurs, une présomption *prima facie* forte en faveur de la thèse de la déférence. Le fardeau de la preuve repose donc sur ses contradicteurs. C'est pourquoi ils présentent et tentent de réfuter les critiques de la position de la déférence dans les chapitres suivants.

Réfutations des critiques

En plus de certaines thèses particulières qu'ils réfutent une à une, les auteurs cernent trois arguments majeurs que les défenseurs des droits civiques adressent généralement à la thèse de la

déférence : la thèse de la panique, celle de la faillite démocratique, et une troisième qui porte sur les conséquences à long terme.

Les partisans de la thèse de la panique avancent que l'influence de la peur sur les dirigeants entraîne un préjugé défavorable par rapport aux libertés civiles. C'est donc l'existence de cette idée préconçue qui justifie une attention accrue de la part des juges sur les mesures liberticides. Mais les auteurs montrent aussi que la peur peut fournir une aide à la prise de décision, ajoutant que ce sentiment n'est pas particulier aux situations d'urgence. Ils font valoir par la suite que les effets de la peur sur la prise de décision ne pourraient pas être diminués par les mécanismes habituels comme l'évaluation judiciaire et que, finalement, la peur n'entraîne pas nécessairement un parti pris pour la sécurité.

La thèse de la faillite démocratique soutient qu'en situation d'urgence les groupes majoritaires auront tendance à faire porter à d'autres le fardeau lié à l'augmentation de leur sécurité. Ils s'assureraient ainsi plus de sécurité en réduisant la liberté d'une minorité. L'argument général contre cette thèse est que d'une part, il n'y a aucune raison de croire que les faillites démocratiques soient plus fréquentes en temps de crise — ce n'est donc pas une question propre aux situations d'urgence — et que, d'autre part, aucun lien n'existe entre faillite démocratique et diminution de liberté. On pourrait en effet imaginer qu'une majorité veuille assurer sa liberté au détriment de la sécurité d'une minorité.

Finalement, la troisième thèse porte sur les conséquences négatives à long terme. La forme générale de cet argument est que les conséquences à long terme liées à la thèse de la balance seront néfastes. La forme la plus commune de cette thèse est celle de l'accroissement constant (*ratchet theory*) qui veut qu'une fois une mesure liberticide adoptée, on ne puisse la révoquer, ou alors seulement avec difficulté. Les auteurs estiment que la thèse de l'accroissement constant n'est pas nécessairement liée à une diminution des libertés civiles — on pourrait imaginer la même thèse ayant pour objet l'augmentation des libertés civiles — et que, de toute façon, cette thèse est invraisemblable tant d'un point de vue conceptuel qu'institutionnel, psychologique ou normatif.

En somme, et c'est la conclusion à laquelle arrivent Posner et Vermeule, parce qu'il n'existe ni critique cohérente ni propositions alternatives possibles, la pratique de la déférence par les juges et la branche législative devrait être maintenue.

La déférence, juste la déférence ?

À la lecture de cette défense de la thèse de la déférence, nul ne peut s'empêcher de la lier à la situation actuelle aux États-Unis. Bien que les auteurs s'en défendent explicitement, il est difficile d'y voir autre chose qu'une défense subtile et académique

des politiques liberticides de la présidence américaine. En effet, la thèse de la déférence implique un dévouement aveugle au pouvoir exécutif et on peut mettre en doute le fait que Posner et Vermeule auraient défendu une telle thèse si elle avait débouché sur des politiques contraires à leurs opinions. Ils parviennent d'ailleurs à justifier une action de la Cour suprême allant à l'encontre de la thèse de la déférence dans un cas impliquant un accroissement du pouvoir économique de la présidence (*Youngstown sheet & Tube co.*). De plus, la seconde partie de l'ouvrage porte explicitement sur trois sujets qui ont enflammé une controverse dans les dernières années soit la torture, les libertés civiles et l'usage de la force militaire. Pour chacun de ces cas, Posner et Vermeule adoptent l'opinion de l'administration Bush et ce, souvent pour des raisons qui n'ont pas de liens directs avec la thèse de la déférence défendue. Par exemple, concernant la torture, c'est plutôt la thèse d'Alan M. Dershowitz qui est retenue : ce dernier défend la nécessité d'un encadrement législatif de la torture afin d'éviter les abus.

Peu importe la position politique des auteurs, il reste que la thèse de la déférence est critiquable sur au moins deux autres points. Dans un premier temps, il faut garder à l'esprit que l'image de la balance n'est qu'une métaphore. Le manque de définition du concept de liberté utilisé ici pose des problèmes. Les auteurs comprennent implicitement la liberté comme une absence d'interférence. Ainsi, la sécurité, parce qu'elle implique nécessairement une interférence, est jugée comme un mal nécessaire. Par contre, si on conçoit la liberté comme l'absence de domination, selon l'interprétation de Philip Pettit, soit l'absence de capacité d'interférer selon son bon vouloir et avec impunité dans le domaine de son choix, alors on peut mettre de côté la métaphore de la balance, car la liberté est alors comprise comme une forme de sécurité. Ce concept de liberté a d'ailleurs une riche histoire en Amérique. Il a présidé tant à la Guerre de l'Indépendance qu'au tournant constitutionnaliste ayant donné naissance à la république fédérale (Gordon S. Wood et John P. Reid). De plus, un tel concept n'est pas étranger au débat de la Cour suprême américaine. En effet, on retrouve chez un de ses juges, Stephen Breyer, le concept de liberté active qui sert de clé d'évaluation des politiques et se rapproche de la thèse de Philip Pettit.

Dans un deuxième temps, il serait pertinent de rappeler aux auteurs que les deux présupposés nécessaires à leur thèse, un gouvernement rationnel et bien intentionné, reposent en fait sur la séparation des pouvoirs. En effet, c'est elle qui permet une évaluation correcte des mesures. Les auteurs semblent le comprendre quand ils affirment que le résultat du compromis entre liberté et sécurité est tributaire des choix collectifs d'une société. Mais comment connaître ces préférences sans que les représentants de la branche législative et populaire se prononcent ? De plus, la rationalité des mesures se fonde sur la nécessité de consulter le pouvoir judiciaire car lui seul possède la distance nécessaire pour évaluer objectivement l'adéquation entre les mesures adoptées et leurs objectifs. Le système de pouvoir et contre-pouvoir est donc nécessaire aux postulats qui servent à défendre la thèse de la déférence.

Pour ces raisons, et bien d'autres que l'espace ne nous permet pas d'étayer, on peut conclure que la thèse de la déférence devrait être écartée. Les arguments avancés par Posner et Vermeule sont d'une grande utilité afin de mettre au jour les fondements d'une thèse que l'on invoque souvent sans justification. Ce type de réflexion devrait intéresser tout citoyen car elle a le mérite d'attirer notre attention sur le rôle du pouvoir exécutif. La question qui se pose demeure la suivante : peut-on encore parler de démocratie si le pouvoir exécutif outrepassa son autorité ? ●

1. L'optimum de Pareto : état dans lequel on ne peut pas améliorer le bien-être d'un individu sans détériorer celui d'un autre.