

# Jurisprudence étrangère

Par JULIEN JEANNENEY

## *Le maître des vaccins : le Tribunal fédéral suprême brésilien au cœur de la mêlée*

Tribunal fédéral suprême du Brésil, assemblée plénière, 17 décembre 2020, ADI n° 6.586, ADI n° 6.587 et ARE n° 1.267.879/SP

**Mots clés :** fédéralisme, conflits institutionnels, juristocratie, justice médiatique, décisions morcelées

1. Parmi les multiples conséquences de la pandémie de covid-19, depuis plus de deux ans, il en est une qui a suscité une attention singulière des juristes, dans des termes qui ont peu varié entre les États, par-delà les cultures juridiques : l'épineuse articulation des impératifs de sauvegarde de la santé publique avec la garantie des libertés, individuelles et collectives. À l'heure des premiers bilans<sup>1</sup>, alors que la moindre visibilité du virus favorise l'apaisement et le recul critique, il importe de considérer l'influence des juridictions sur la résolution, au-delà de nos frontières, de ce dilemme transnational.

En France, les plus importantes d'entre elles ont, pour l'essentiel, accompagné des mesures sanitaires qu'elles n'ont contrecarées que très à la marge. En particulier, le Conseil constitutionnel n'a, dans l'ensemble, pas jugé qu'il lui revenait de peser sur le cours des choix opérés en la matière. La gravité de la crise sanitaire l'a conduit à porter un regard indulgent sur des mesures qu'il aurait certainement appréciées différemment, pour beaucoup d'entre elles, dans d'autres circonstances : a) la méconnaissance d'une règle constitutionnelle de délai lors de l'adoption d'une loi organique<sup>2</sup> ; b) la limitation de la présence dans l'hémicycle de soixante-quinze députés sur cinq cent soixante-dix-sept<sup>3</sup> ; c) le report du second tour d'une élection municipale<sup>4</sup> ; d) la pénalisa-

tion de la méconnaissance réitérée de mesures de confinement<sup>5</sup> ; e) la faculté reconnue aux juridictions civiles, sociales et commerciales d'imposer aux parties des procédures sans audience<sup>6</sup> ; f) une répartition singulière des compétences sanitaires entre la Nouvelle-Calédonie et l'État<sup>7</sup>.

Sans doute le juge constitutionnel français a-t-il invalidé, pendant cette période, plusieurs dispositions législatives. Par deux fois, néanmoins, son intervention était vouée à rester platonique. Lorsqu'il a abrogé une disposition habilitant des juridictions pénales à organiser des audiences par visioconférences<sup>8</sup>, puis une disposition conduisant à prolonger de plein droit, sans intervention d'un juge, des détentions provisoires<sup>9</sup>, l'une comme l'autre n'étaient déjà plus applicables – à vaincre sans péril, on triomphe sans gloire. Quant aux cinq déclarations d'inconstitutionnalité qui ont, elles, été douées d'effets, dans le cadre d'un contrôle *a priori*, elles ont été d'inégales portées. Le Conseil a contrecarré : a) une habilitation à déroger au règlement de l'Assemblée nationale en cas de circonstances exceptionnelles, prévue en des termes imprécis<sup>10</sup> ; b) l'assimilation du défaut de présentation d'un « passe sanitaire » à une cause de rupture de certaines catégories seules de contrats, en méconnaissance du principe d'égalité<sup>11</sup> ; c) le placement à l'isolement de toute personne testée positive, sous peine de sanction pénale, parce que le législateur n'avait pas prévu d'intervention de l'autorité administrative ou judiciaire<sup>12</sup> ; d) la faculté reconnue aux directeurs d'établissements d'enseignement primaire et secondaire d'accéder à des informations médicales relatives à leurs élèves et de procéder à leur traitement, jugée disproportionnée en regard du droit au respect de la vie privée<sup>13</sup> ; e) la possibilité de subordonner l'accès à une réunion politique à la présentation d'un « passe sanitaire », formulée en des termes trop généraux<sup>14</sup>. À quoi s'est ajoutée une réserve d'interprétation, par laquelle le Conseil constitutionnel a marginalement limité le

(1) V., par ex. N. González Martín (dir.), *Covid-19 y su circunstancia. Una visión jurídica plural de la pandemia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, coll. Doctrina Jurídica, 2021, 5 t. ; T. Ginsburg, M. Versteeg, « The Bound Executive: Emergency Powers during the Pandemic », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n° 5, 2021, p. 1498-1525 ; M. Kettemann, K. Lachmayer (dir.), *Pandemocracy in Europe. Power, Parliaments and People in Times of Covid-19*, Oxford, Hart, 2022 ; J. Grogan, A. Donald (dir.), *Routledge Handbook of Law and the Covid-19 Pandemic*, Londres, Routledge, 2022.

(2) Cons. const. 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, § 3, AJDA 2020. 706 ; *ibid.* 839 ; *ibid.* 843 ; *ibid.* 839, note M. Verpeaux ; *ibid.* 1257, tribune X. Magnon ; D. 2021. 1308, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; RFDA 2020. 501, chron. A. Roblot-Troizier. V. J. Jeanneney, « La non-théorie des "circonstances particulières" ». Sur la décision relative à la loi organique d'urgence sanitaire », ADJA 2020. 843.

(3) Cons. const. 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, § 5-6, AJDA 2020. 975 ; *ibid.* 1242, note M. Verpeaux ; D. 2020. 1262, obs. W. Maxwell et C. Zolynski ; *ibid.* 2021. 1308, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; AJ fam. 2020. 329, obs. L. Mary ; AJCT 2020. 217, tribune J.-P. Vial ; *ibid.* 220, obs. F. Benech ; *ibid.* 352, Pratique J. Lasserre Capdeville ; RSC 2020. 297, obs. X. Pin.

(4) Cons. const. 17 juin 2020, n° 2020-849 DC, *M. Daniel D. et autres*, § 22-23.

(5) Cons. const. 26 juin 2020, n° 2020-846/847/848 QPC, *M. Oussman G. et autres (Violations réitérées du confinement)*, AJDA 2020. 1321 ; *ibid.* 2095, note M. Verpeaux ; D. 2020. 1364, et les obs. ; *ibid.* 2021. 1308, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; AJ fam. 2020. 498, obs. L. Mary.

(6) Cons. const. 19 nov. 2020, n° 2020-866 QPC, *Société Getzner France (Procédure civile sans audience dans un contexte d'urgence sanitaire)*, § 15-19, D. 2020. 2297 ; *ibid.* 2021. 499, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1308, obs. E. Debaets et N. Jacquinet.

(7) Cons. const. 4 déc. 2020, n° 2020-869 QPC, *M. Pierre-Chanel T. et autres (Applicabilité en Nouvelle-Calédonie du dispositif national relatif à l'état d'urgence sanitaire)*, § 17, AJDA 2020. 2401. V. O. Beaud, « Une jurisprudence étonnante : quand le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État transforment l'état d'urgence en "garantie des libertés publiques" », *Blog.juspoliticum.com*, 22 mars 2022.

(8) Cons. const. 15 janv. 2021, n° 2020-972 QPC, *M. Krzysztof B. (Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire)*, § 12-13 ; V. égal. Cons. const. 4 juin 2021, n° 2021-911/919 QPC, *M. Wattara B. et autres (Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire II)*, § 10, AJDA 2021. 1174 ; D. 2021. 1085.

(9) Cons. const. 29 janv. 2021, n° 2020-878/879 QPC, *M. Ion Andronie R. et autre (Prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire)*, § 14-15, AJDA 2021. 244 ; *ibid.* 810, note M. Verpeaux ; AJ pénal 2021. 210, obs. J.-B. Perrier ; RFDA 2021. 570, chron. A. Roblot-Troizier.

(10) Cons. const. 1<sup>er</sup> avr. 2021, n° 2021-814 DC, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise*, § 6-8, AJDA 2021. 770.

(11) Cons. const. 5 août 2021, n° 2021-824 DC, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, § 78-79, AJDA 2021. 1652 ; *ibid.* 2610, note M. Verpeaux ; D. 2021. 1548, obs. C. const. ; *ibid.* 2022. 808, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2021. 448, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

(12) Cons. const. 5 août 2021, n° 2021-824 DC, préc., § 117-118.

(13) Cons. const. 9 nov. 2021, n° 2021-828 DC, *Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*, § 38-42, AJDA 2022. 243, note M. Verpeaux ; *ibid.* 2021. 2244 ; D. 2021. 2050 et les obs. ; AJ fam. 2021. 648, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

(14) Cons. const. 21 janv. 2022, n° 2022-835 DC, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, § 73-75, AJDA 2022. 125 ; *ibid.* 763, note M. Verpeaux ; D. 2022. 517, point de vue M. Bouleau.

nombre de données partagées par des professionnels de santé à des fins de surveillance épidémiologique et de recherche contre le virus<sup>15</sup>. À l'aune des très nombreuses dispositions déclarées conformes à la Constitution dans ce cadre, au terme d'une motivation laconique habituelle, la part prise par cette institution dans la détermination des mesures adéquates pour lutter contre la pandémie tout en respectant les droits et libertés est restée minimale – au risque de nourrir une impression plus globale de renoncement des juridictions supérieures françaises pendant la pandémie<sup>16</sup>. Cela n'a pas été le cas partout.

2. Une manière d'élargir le champ de l'analyse consiste à se transporter au Brésil, où la justice constitutionnelle a rempli une tout autre fonction, dans un contexte original.

Ce dernier est marqué, au premier chef, par l'ampleur de la crise sanitaire. Deux ans après le déclenchement de la pandémie, en mars 2022, six millions de décès du covid-19 ont été déplorés dans le monde selon l'Organisation mondiale de la Santé<sup>17</sup>. Après les États-Unis, qui ont subi un million d'entre eux, le Brésil tient – avant l'Inde et la Russie – la deuxième place de ce classement macabre, avec 650 000 morts. Sans doute convient-il de ramener ces chiffres à la population de ce vaste pays. Certains États, il est vrai, ont connu un taux de décès par habitant plus élevé que le Brésil – au premier chef le Pérou –, mais leur population, substantiellement plus limitée que la sienne, rend la comparaison difficile : au sein de la quarantaine de pays comptant plus de 35 millions d'habitants, le Brésil, sous ce rapport, a le plus souffert.

À ce contexte sanitaire s'ajoute une configuration marquée par différentes tensions entre organes institutionnels. Les lignes de fracture, en l'occurrence, sont à la fois verticales et horizontales.

La première oppose des titulaires de fonctions exécutives fédérales à des responsables d'entités fédérées. D'un côté, Jair Bolsonaro, président de la République depuis le début de l'année 2019, se distingue, à l'instar de Donald Trump, par son opposition à certaines mesures sanitaires privilégiées ailleurs, et par ses interventions publiques manifestant un scepticisme à l'égard des vertus de vaccins contre le covid-19 qu'il juge trop récents<sup>18</sup>. Il en redoute, dit-il, l'importation en terre brésilienne, où devraient être maintenues avant tout les activités économiques et où les mesures de confinement seraient, en tout état de cause, difficiles à imposer, en particulier dans des favelas marquées par la pauvreté et l'économie informelle. De l'autre côté, des responsables d'entités fédérées manifestent tôt leur souhait de mener, à l'échelle de leurs territoires, une politique sanitaire distincte de celle de l'Union<sup>19</sup>, qui pourrait prendre, notamment, la forme d'obligations vaccinales<sup>20</sup>.

Neuf gouverneurs d'États du nord-est du pays, en particulier, organisent des actions en commun – achat groupé de matériel, création d'un comité scientifique propre, le « projet Mandacaru », mise en place d'un système informatique commun de surveillance de la propagation du virus<sup>21</sup>.

Le souvenir de la « révolte du vaccin » – où les historiens voient aujourd'hui l'un des prodromes de l'antivaccinisme<sup>22</sup> – est encore vif au Brésil. Une campagne d'assainissement et de vaccination forcée, menée à Rio de Janeiro sous l'autorité du docteur Oswaldo Cruz pour lutter contre la fièvre jaune et la peste, a provoqué une semaine de violentes émeutes en novembre 1904, partiellement orchestrée par une « Ligue contre la vaccination obligatoire » (*Liga Contra a Vacina Obrigatória*). Plus d'un siècle plus tard, alors que les Brésiliens démontrent une acceptation large de la vaccination, les données de l'équation semblent s'être renversées : en 2020, des citoyens et des entités fédérées se révoltent, de façon certes plus pacifique, pour obtenir un vaccin auquel le président de la République ne leur facilite pas l'accès. Cette opposition est avivée, en outre, par les ambitions de plusieurs gouverneurs d'États prompts à mettre en scène leur désaccord avec le président de la République dans la perspective de leur éventuelle candidature à l'élection présidentielle de 2022.

La seconde ligne de fracture, horizontale, oppose d'un côté le président de la République et, de l'autre, des parlementaires et le Tribunal fédéral suprême, juridiction au faite du pouvoir juridictionnel brésilien. Le terreau, pour de telles oppositions, est fertile avant la pandémie. Pendant la campagne présidentielle de 2018, Jair Bolsonaro, alors candidat, défend une fournée de nouveaux juges au Tribunal, destinée à le faire passer de onze à vingt et un membres<sup>23</sup>. Les tensions s'accroissent, dans leur intensité et leur régularité, depuis le début de la pandémie, dans des proportions inédites depuis l'entrée en vigueur de la Constitution actuelle, en 1988. D'un côté, le président participe à des mouvements d'opposition au Tribunal, en se joignant, notamment, à un groupe de manifestants réclamant sa fermeture, quelques heures après que des manifestants se sont réunis, devant son siège, avec des masques et des torches. De l'autre, des membres du Tribunal prennent diverses initiatives à l'encontre du président de la République, dont deux sont particulièrement commentées. La première est l'enquête diligentée par le juge Alexandre de Moraes, à propos de la diffusion de « fausses informations », du côté du pouvoir exécutif, sur le système de vote prévu pour les élections présidentielles de 2022<sup>24</sup>. La seconde est la création d'une commission d'enquête parlementaire sur la gestion fédérale de la crise sanitaire, ordonnée au Sénat par le juge Roberto Barroso en avril 2021<sup>25</sup> : après sept mois de travail, une cinquantaine d'auditions et la rédaction d'un rapport de 1 200 pages, la commission impute au président de la République le décès de plus de 300 000 de ses com-

(15) Cons. const. 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, préc., § 67 ; V. égal. Cons. const. 31 mai 2021, n° 2021-819 DC, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, § 31, Dalloz IP/IT 2021. 307, chron. C. Crichton.

(16) V., M. Fabre-Magnan, « L'État de droit est-il malade du Covid-19 ? », *Lefigaro.fr*, 21 déc. 2021.

(17) V., covid19.who.int.

(18) V. M. Leclercq, « Au Brésil, Bolsonaro en campagne anti-vaccinale », *Le Figaro*, 28 déc. 2020 ; T. Bustamante, E. P. N. Meyer, « Brazil. Covid-19, Illiberal Politics and the Rule of Law », in J. Grogan, A. Donald (dir.), *Routledge Handbook of Law and the Covid-19 Pandemic*, op. cit., p. 225-236.

(19) Pour une analyse, dans l'État d'Amazonas, V. O. L. M. Ferraz, D. Rached, D. Ventura, C. Hubner Mendes, M. A. M. Alberto, « Brazil: Legal Response to Covid-19 », in J. King, O. L. M. Ferraz (dir.), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19*, Oxford, Oxford University Press, 2021, § 50-111.

(20) V. E. P. N. Meyer, *Constitutional Erosion in Brazil*, Oxford, Hart, 2021, p. 217-219.

(21) V. D. Teixeira de Oliveira, « Brésil », *AJIC*, vol. 36-2020, 2021, « L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des libertés publiques ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire », p. 215-233, p. 230.

(22) V. F. Salvadori, L.-H. Vignaud, *Antivax. La résistance aux vaccins du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Vendémiaire, 2019 ; B. Meyerfeld, « Rio de Janeiro et la mémoire de la "révolte du vaccin" de 1904 », *Le Monde*, 29 juin 2021.

(23) V. K. Coura, « Bolsonaro defendeu em entrevista aumentar para 21 os ministros do STF », *Jota.info*, 24 sept. 2018.

(24) V. M. Leclercq, « Brésil : guerre ouverte entre Jair Bolsonaro et la Cour suprême », *Le Figaro*, 8 août 2021 ; B. Meyerfeld, « Brésil : le juge Alexandre de Moraes, bête noire de Bolsonaro », *Le Monde*, 15 oct. 2021.

(25) Tribunal fédéral suprême du Brésil, MS n° 37.760/DF, 8 avr. 2021.

patriotes<sup>26</sup>, et elle recommande au procureur général fédéral d'engager à son encontre des poursuites pour neuf crimes, dont celui de « crime contre l'humanité », aux côtés de soixante-dix-sept autres personnes identifiées comme co-responsables de certains d'entre eux<sup>27</sup>. L'initiative en reste là : le procureur général n'engage pas de poursuites et la Chambre basse du Parlement fédéral, dont la majorité des membres soutient le président, neutralise les conséquences parlementaires de ce rapport.

3. À l'aune de ce contexte sanitaire, politique et institutionnel, trois décisions rendues par le Tribunal fédéral suprême, le 17 décembre 2020, appellent une attention particulière : par elles, la juridiction favorise le transfert de compétences, en matière de vaccination contre le covid-19, du gouvernement fédéral vers les entités fédérées – tout en s'opposant à la faculté des parents de se prévaloir de leur liberté de conscience pour refuser de soumettre leurs enfants à une vaccination obligatoire. Du côté du pouvoir exécutif fédéral, ces décisions sont perçues comme une ressource, parmi d'autres, dans le combat que mène le Tribunal à son encontre. Du côté des entités fédérées, elles sont appréhendées, à l'inverse, comme l'instrument bienvenu du contournement de blocages présidentiels redoutés. Par elles, le Tribunal fédéral suprême rappelle qu'une juridiction constitutionnelle est également un organe parmi d'autres, susceptible de prendre part, lors de crises politiques majeures, à des événements au-dessus desquels elle ne saurait rester en surplomb. Sous cette lumière, ces décisions appellent une analyse serrée.

Le 6 février 2020, le président Bolsonaro sanctionne la loi fédérale n° 13.979 « pour faire face à l'urgence de santé publique d'importance internationale résultant du coronavirus responsable de l'épidémie de 2019 ». Aux fins de lutte contre la maladie, elle habilite notamment les autorités publiques, dans le cadre de leurs compétences, à prescrire une obligation vaccinale ou d'autres mesures prophylactiques<sup>28</sup> (art. 3, iii, d.). En outre, elle précise que ces mesures « ne peuvent être prises que sur le fondement de preuves scientifiques et de l'analyse d'informations stratégiques en matière de santé » et qu'elles « doivent être limitées dans le temps et dans l'espace, au minimum nécessaire à la promotion et à la préservation de la santé publique » (art. 3, §1). Elle dispose, enfin, que ces mesures peuvent être adoptées par le ministre de la Santé de l'Union, mais également par les « responsables locaux en matière de santé » (*gestores locais de saúde*) – catégorie juridique dont les contours ne sont pas précisés –, sans que l'autorisation du ministre de la Santé de l'Union soit, en matière de vaccination, obligatoire, alors qu'elle l'est notamment pour les mesures d'isolement, de quarantaine, d'obligation de port du masque ou de restrictions des transports internationaux, interétatiques ou intermunicipaux (art. 3, §7, i-iii). En outre, un arrêté du ministre de la Santé de l'Union, pris en application de la loi, confère une compétence concurrente à chaque niveau de gouvernement pour édicter des mesures de « quarantaine », définies

largement comme celles qui tendent « à assurer le maintien des services de santé »<sup>29</sup>.

4. Le 21 octobre 2020, le Parti démocratique travailliste (*Partido Democrático Trabalhista*, PDT) introduit devant le Tribunal une requête portant « action directe en inconstitutionnalité » de cette disposition législative (ADI n° 6.586). Cette voie de droit, ouverte à un nombre limité d'autorités comprenant notamment les partis politiques représentés au Parlement fédéral, permet de saisir directement le Tribunal pour solliciter de sa part, en premier et dernier ressort, un contrôle de la constitutionnalité d'une disposition normative d'autorités fédérales ou d'entités fédérées<sup>30</sup>. Le Parti démocratique travailliste demande, en l'occurrence, au Tribunal de déclarer conforme à la Constitution cette disposition législative habilitant les entités fédérées à imposer une vaccination obligatoire contre le covid-19, en tant qu'elle permettrait d'empêcher que des « actes malveillants » soient perpétrés, en méconnaissance des droits fondamentaux constitutionnels, par le gouvernement fédéral – en particulier le président de la République, qui a déclaré que le vaccin ne serait, en principe, pas obligatoire au Brésil. Ce requérant défend que la forme fédérale de l'État brésilien implique une décentralisation du pouvoir entre les différentes entités politiques, de sorte qu'il conviendrait de repousser la thèse selon laquelle l'Union, par l'intermédiaire du ministère de la Santé, disposerait d'une compétence exclusive pour décider du caractère obligatoire de la vaccination, l'action complémentaire des autorités locales devant être admise. Il invite, en particulier, le Tribunal à emprunter à la Cour suprême des États-Unis, comme il l'a fait par le passé<sup>31</sup>, une méthode d'interprétation couramment nommée « présomption contre la prévalence » (*presumption against preemption*). Cette dernière est tirée d'une présomption de non-prévalence du droit fédéral sur le droit des États fédérés – de quoi on infère la nécessité de ne pas interpréter le premier comme prévalant sur le second, « à moins que cela ait été le but clair et manifeste du Congrès »<sup>32</sup> (*clear statement rule*). Le requérant défend, en outre, que la disposition législative soumise à son contrôle prévoit, dans le cadre de la lutte contre le covid-19, une exception à une disposition législative de 1975 qui, dans un esprit centralisateur, habilite le ministre de la Santé à « élaborer le programme national d'immunisation, qui définit les vaccinations, y compris celles qui ont un caractère obligatoire »<sup>33</sup>. Il invoque, enfin, l'application du principe de précaution à la prévention de la santé publique, au nom du consensus scientifique formé autour de l'importance et de l'efficacité de la vaccination de masse pour lutter contre cette pandémie.

Le 21 octobre 2020 – le même jour –, le Parti travailliste brésilien (*Partido Trabalhista Brasileiro*, PTB), de centre droit, soutien du président Bolsonaro, introduit une autre requête portant action directe en inconstitutionnalité devant le Tribunal (ADI n° 6.587).

(26) V. M. Leclercq, « Covid-19 : Bolsonaro accusé de crimes », *Le Figaro*, 27 oct. 2021.

(27) V. J. Nicas, « Brazilian Leader Accused of Crimes Against Humanity in Pandemic Response », *The New York Times*, 19 oct. 2021 ; A. Vigna, « La gestion "criminelle" de la pandémie de Jair Bolsonaro au Brésil », *Le Monde*, 21 oct. 2021.

(28) Brésil, loi n° 13.979 du 6 févr. 2020, « prévoyant des mesures pour faire face à l'urgence de santé publique d'importance internationale résultant du coronavirus responsable de l'épidémie de 2019 », art. 3, III, d).

(29) Brésil, ordonnance n° 356 du 11 mars 2020.

(30) V. Constitution du Brésil, 1988, art. 102-103. V. égal. loi n° 9.868 du 19 nov. 1999 ; règlement intérieur du Tribunal fédéral suprême, art. 169-178.

(31) V. Tribunal fédéral suprême du Brésil, ADI n° 3.110, 4 mai 2020. V. égal. ADI n° 6.482, 18 févr. 2021.

(32) Cour suprême des États-Unis, *Rice v. Sante Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218 (1947), p. 230 ; *Cipollone v. Liggett Grp., Inc.*, 505 U.S. 504 (1992), p. 533. V. M. J. Davis, « Unmasking the Presumption in Favor of Preemption », *South Carolina Law Review*, vol. 53, n° 4, 2002, p. 967-1030 ; *id.*, « The "New" Presumption Against Preemption », *Hastings Law Journal*, vol. 61, n° 5, 2010, p. 1217-1255.

(33) Loi n° 6.259 du 30 oct. 1975, art. 3, al. 1<sup>er</sup>.

Par elle, il lui demande, à l'inverse, de déclarer cette disposition contraire à la Constitution, en tant qu'elle porterait une atteinte irréparable à plusieurs droits fondamentaux garantis par cette dernière, à l'instar du droit à la vie, du droit à la santé, du principe de dignité de la personne humaine et de la liberté individuelle. À titre subsidiaire, il invite le Tribunal à exclure, par une interprétation neutralisante de la loi, la vaccination obligatoire de son champ, au motif qu'il n'existerait aucune certitude scientifique quant aux effets secondaires des vaccins et quant à leur efficacité contre le covid-19.

Aux termes de ces requêtes, deux questions se posent au Tribunal. Celle, d'abord, du statut normatif de la vaccination : est-il conforme à la Constitution de la rendre obligatoire ? Celle, ensuite, de l'organe habilité à fixer ce statut : quelles autorités sont compétentes, aux termes de la Constitution, pour édicter des mesures vaccinales dans le cadre de la lutte contre le covid-19 ?

5. Une troisième requête, d'un autre ordre, est examinée avec les deux premières : elle porte « recours extraordinaire » (*recurso extraordinário*) tendant à ce que le Tribunal déclare inconstitutionnelle une décision prise par la cour d'appel de l'État de São Paulo (ARE n° 1.267.879/SP). Cette voie de droit permet à une partie à un litige à l'occasion duquel l'inconstitutionnalité d'une disposition législative a été soulevée par voie d'exception de demander au Tribunal de trancher la question en dernière instance, dès lors qu'est démontrée, d'une part, l'inconstitutionnalité de la décision rendue par la juridiction étatique ou fédérale, et d'autre part, la portée générale de ce recours.

Les faits à l'origine du litige sont les suivants. Des parents végétaliens refusent de soumettre leur fils à des vaccinations désignées comme obligatoires par le ministère de la Santé de l'Union, conformément au « Programme national de vaccination ». Le ministère public de l'État de São Paulo engage une action civile à leur encontre, afin de les contraindre à faire vacciner leur fils. La juridiction de première instance saisie rejette son recours. En appel, la cour de justice de São Paulo réforme la décision, accueille les prétentions du ministère public et condamne les parents à faire vacciner leur fils, en application de dispositions législatives imposant la vaccination des enfants lorsqu'elle est prescrite par les autorités sanitaires : l'autorité parentale ne saurait conduire, selon elle, des parents à mettre en péril la santé de leur enfant, ce qui serait contraire à l'intérêt supérieur de ce dernier. Au terme de la requête formée par les parents devant le Tribunal fédéral suprême, ce dernier doit déterminer s'ils peuvent se prévaloir de leur liberté de conscience pour refuser de soumettre leur fils à une vaccination obligatoire.

6. Une audience commune à ces trois affaires se tient, par visioconférence, les 16 et 17 décembre 2021, devant l'assemblée plénière du Tribunal, qui réunit ses onze membres. Le premier jour – qui ressemble à une audience, dans le sens français du terme –, les deux juges rapporteurs – Ricardo Lewandowski pour les deux premières (ADI n° 6.586, ADI n° 6.587), Roberto Barroso pour la troisième (ARE n° 1.267.879/SP) – présentent leurs rapports. S'ensuit la plaidoirie des avocats de chacun des deux partis requérants, celle de l'avocat général de l'Union – qui, sur le modèle du *solicitor general* aux États-Unis, intervient notamment en défense de la loi devant la juridiction suprême – pour les deux premières affaires, celle du procureur général adjoint de São Paulo pour la troisième, puis celle de deux défenseurs de mémoires en *amicus*

*curiae*. Le second jour – qui ressemble davantage à un délibéré, dans le sens français du terme, quoiqu'il prenne plutôt la forme d'une série de monologues –, les différents membres du Tribunal prennent la parole, l'un après l'autre, pour exprimer leur point de vue avant de voter.

7. En réponse à ces requêtes, le Tribunal publie trois décisions.

Les deux premières sont rendues à la quasi-unanimité : le seul juge nommé par le président Bolsonaro, Nunes Marques, exprime simplement une réserve sur un point de détail. Elles méritent d'être appréhendées de concert, puisque leur contenu est presque intégralement similaire. Le Tribunal formule, en particulier, une « thèse d'arrêt » commune à ces deux décisions, en réponse aux deux questions qui se posaient à lui. D'une part, il juge que la « vaccination obligatoire » (*vacinação compulsória*) se distingue de la « vaccination forcée » (*vacinação forçada*) –, la première se matérialisant par des contraintes indirectes mises sur la capacité d'exercer certaines activités, de fréquenter certains lieux, si bien qu'elle laisse aux individus la faculté de refuser d'être vaccinés. Il juge que la première peut être mise en œuvre au moyen de mesures indirectes – notamment la restriction à l'exercice de certaines activités, ou à la fréquentation de certains lieux. Pour que ces dernières soient constitutionnelles, le Tribunal énonce deux ensembles de conditions cumulatives. D'un côté, elles doivent être prévues par la loi, ou en découler. D'un autre côté, elles doivent respecter les cinq conditions suivantes : a) procéder de preuves scientifiques et d'analyses stratégiques adéquates ; b) s'accompagner d'amples informations sur l'efficacité, la sécurité et les contre-indications des vaccins ; c) respecter la dignité humaine et les droits fondamentaux des personnes ; d) être raisonnables et proportionnées ; e) conduire à une distribution universelle et gratuite des vaccins. D'autre part, il juge que la mise en œuvre de ces mesures relève aussi bien de la compétence de l'Union fédérale que de celle des entités fédérées, dans le respect de leurs compétences respectives.

Par la troisième décision, le Tribunal rejette, à l'unanimité, le recours des parents végétaliens. Il juge que le droit à la liberté de conscience et de croyance, garanti par la Constitution fédérale (art. 5, vi et viii), doit être mis en balance avec d'autres droits, notamment le droit à la vie et à la santé, et que d'autres obligations vaccinales – prévues de longue main en droit brésilien – n'ont jamais été jugées inconstitutionnelles par le passé. En l'espèce, dès lors que le vaccin a été homologué par une agence de sécurité sanitaire, une telle obligation est constitutionnelle – en ce qu'elle ne méconnaît, en particulier, ni la liberté de conscience, ni la liberté de convictions philosophiques des parents ou des tuteurs, ni l'autorité familiale –, si l'un des trois critères alternatifs suivants est rempli : l'obligation a été incluse dans le Programme national d'immunisation ; elle tire de la loi ce caractère obligatoire ; elle a été décidée par l'Union, par un État fédéré, par le district fédéral ou par une municipalité, sur le fondement d'un consensus médical et scientifique<sup>34</sup>. L'intérêt supérieur de l'enfant fait obstacle, selon le Tribunal, à ce que les parents puissent se prévaloir de leur liberté de conscience, de leurs convictions philosophiques ou de leur autorité parentale, pour refuser de faire vacciner leur enfant.

8. Il faut noter qu'un juge du Tribunal rend, le même jour, un jugement intermédiaire dans deux autres affaires qui ne sont

(34) Tribunal fédéral suprême du Brésil, ARE n° 1.267.879/SP, 17 déc. 2020.

pas dénuées de liens avec les questions examinées dans ces trois affaires, quoiqu'elles n'aient pas donné lieu à une audience commune. D'abord, le Conseil fédéral de l'ordre des avocats du Brésil demandait au Tribunal de déclarer que les États fédérés sont habilités à faire usage de vaccins qui ont été approuvés par des agences sanitaires étrangères à la réputation sérieuse, en cas d'inaction de l'Agence sanitaire fédérale brésilienne (ANViSa) chargée d'évaluer l'efficacité et la sécurité des vaccins. Ensuite, le gouverneur de l'État du Maranhão demandait au Tribunal d'autoriser son État à déployer une campagne de vaccination sur son territoire. Le juge Ricardo Lewandowski accueille partiellement l'une<sup>35</sup> et l'autre<sup>36</sup> de ces requêtes : en cas de non-respect du programme national de vaccination contre le covid-19, ou dans le cas où il ne permettrait pas de garantir une couverture adéquate de la population, l'État requérant peut administrer à la population, sur son territoire, les vaccins dont il dispose si l'Agence brésilienne de sécurité sanitaire a autorisé leur injection, ou – en cas d'inaction de l'Agence sous soixante-douze heures – si au moins l'une des autorités sanitaires étrangères en a autorisé la distribution commerciale.

9. Les trois décisions ici analysées sont dignes d'intérêt à divers titres, tant elles témoignent de l'originalité d'une cour constitutionnelle prompte à infléchir temporairement certains équilibres du fédéralisme brésilien, dans le sens d'une décentralisation de ce dernier, à jouer un rôle actif dans des conflits politiques, au risque de paraître sortir de son rôle, et à mettre en scène ses travaux d'une façon qui, vue de France, ne manque pas de singularité.

### Décentraliser

10. Lorsqu'il examine ces requêtes, le Tribunal fédéral suprême est confronté à une difficulté juridique tenant à la multiplicité des dispositions, dans la Constitution, attribuant des compétences en matière sanitaire, sans que leur articulation soit explicitée. Cette configuration est fâcheuse en temps de pandémie : il n'est pas aisé de déterminer à quelle autorité revient quelle compétence, si bien que des conflits de pouvoir risquent d'apparaître lorsque différentes autorités décident d'agir, en même temps, de façon discordante. Ces dispositions sont de trois types.

Tout d'abord, la Constitution contient deux formules générales qui n'éclairent guère sur ces questions de compétences : d'une part, elle érige « la santé » au rang des « droits sociaux » qu'elle garantit (art. 6) ; d'autre part, elle dispose que la santé est « le droit de tous et un devoir de l'État garanti par des politiques sociales et économiques [...] » (art. 196) – sans distinguer les personnes morales de droit public concernées.

Ensuite, elle fragmente des compétences générales, en matière de santé, entre l'Union fédérale et les entités fédérées : d'une part, elle rattache à la « compétence commune » (*competência comum*) de l'Union fédérale, des États fédérés, du district fédéral – siège de la capitale fédérale, Brasília, sur le modèle du district de Columbia aux États-Unis – et des municipalités le fait « d'assurer la santé et l'assistance publiques » (art. 23, ii) ; d'autre part, elle confie aux trois premiers – à l'exclusion des municipalités – le soin de « légiférer concurremment » (*legislar concorrentemente*) en matière de « protection et [de] défense de la santé » (art. 24, xii).

Enfin, la Constitution habilite l'Union fédérale à « planifier et promouvoir la défense permanente contre les calamités publiques, en particulier contre les sécheresses et les inondations » (art. 21, xviii). Faut-il considérer qu'il s'agit là d'une compétence exclusive de l'Union ? Certes, l'article 21 de la Constitution prévoit une liste de compétences de l'Union, en matière exécutive, sans préciser qu'elle est exclusive – contrairement à l'article 22, plus explicite à cet égard, à propos des compétences législatives de l'Union. En regard des autres compétences attribuées à l'Union par l'article 21 – en matière de relations internationales, de défense, d'émission de monnaie ou d'organisation de la police fédérale –, il est légitime de considérer que cette compétence, à propos des « calamités publiques », est elle aussi exclusive.

11. Face à ces dispositions, le Tribunal est placé face à un choix. Les premières dispositions ne permettent pas de régler un conflit vertical de compétences. Les secondes présentent l'inconvénient d'être formulées en des termes généraux et de ne pas offrir de clé pour résoudre un tel conflit. La troisième offre une réponse claire, conforme aux représentations traditionnelles du fédéralisme brésilien, fortement centralisé. Elle suppose certes que la pandémie de covid-19 soit qualifiée de « calamité publique » –, ce qu'a fait le Parlement fédéral dans un « décret législatif » de mars 2020<sup>37</sup>.

Par-delà ces considérations juridiques affleure une considération de nature plus politique. S'il privilégie l'article 21 de la Constitution brésilienne, le Tribunal reconnaît à l'Union une compétence exclusive en matière de lutte contre la pandémie de covid-19, ce qui doit le conduire à constater que la disposition législative litigieuse, en tant qu'elle confie aux entités fédérées des compétences en matière de vaccination, méconnaît cette clé constitutionnelle de répartition des compétences. À l'inverse, s'il se concentre sur les articles 23 et 24 de la Constitution, cela le conduit à retirer, en pratique, à l'Union d'importantes compétences en matière de lutte contre le covid-19 pour les confier à des entités fédérées.

Quelques mois plus tôt, il a dû faire un choix comparable, dans une configuration différente. Il a alors privilégié la seconde branche de l'alternative. Saisi par le Conseil fédéral de l'ordre des avocats du Brésil, qui lui demandait d'enjoindre au président de ne pas faire obstacle aux mesures sanitaires de contrôle mises en place par les entités fédérées, il a rendu, le 8 avril 2020, une « décision intermédiaire » sous la plume d'Alexandre de Moraes. Cette dernière a deux dimensions. D'un côté, les entités fédérées disposent de compétences, chacune dans l'exercice de ses attributions et sur son territoire, pour adopter ou prolonger des mesures restrictives légalement autorisées pendant la pandémie – à l'instar de l'imposition de la distanciation sociale, d'une quarantaine, d'une suspension d'activités éducatives, de restrictions du commerce, d'activité culturelles ou de la libre circulation des personnes –, indépendamment de la survenance d'un acte fédéral contraire, sans préjudice néanmoins de la compétence générale de l'Union pour prendre des mesures restrictives sur tout le territoire national. D'un autre côté, il n'appartient pas au pouvoir exécutif fédéral de mettre unilatéralement à l'écart les décisions des entités fédérées qui, dans l'exercice de leurs pouvoirs constitutionnels, ont adopté ou adopteront, sur leurs territoires respectifs, des mesures

(35) Tribunal fédéral suprême du Brésil, ADPF n° 770, jugement intermédiaire, 17 déc. 2020.

(36) Tribunal fédéral suprême du Brésil, ACO n° 3.451, jugement intermédiaire, 17 déc. 2020.

(37) Décret législatif n° 6/2020.

restrictives permettant de lutter contre le covid-19<sup>38</sup>. Une semaine plus tard, le Tribunal réuni en assemblée plénière a jugé sévèrement le fait que, sous le couvert d'une compétence exclusive du gouvernement fédéral, l'inaction de ce dernier, vouée à empêcher les entités fédérées de prendre des mesures essentielles dans le champ de leurs compétences respectives, ait été récompensée<sup>39</sup>.

12. Sous cette lumière, la portée des décisions de décembre 2020 mérite d'être précisée à un triple égard.

Tout d'abord, la requête du Parti démocratique travailliste prend, à l'aune des décisions du printemps, une signification singulière. Dès lors que la loi au sein de laquelle s'inscrit la disposition contestée attribue explicitement une compétence, en matière de vaccination, aux « responsables locaux en matière de santé », elle semble tournée vers un double objectif : d'une part, permettre au Tribunal de réitérer, à propos des vaccins, l'interprétation qu'il a déjà faite, en termes plus généraux, de l'articulation constitutionnelle des compétences, en matière sanitaire, entre l'Union fédérale et les entités fédérées ; d'autre part, pousser le Tribunal à expliciter indirectement la formule imprécise « responsables locaux en matière de santé », de sorte qu'elle soit interprétée comme renvoyant aux États fédérés et aux municipalités. Par ses décisions de décembre 2020, la juridiction accède à ses demandes.

Ensuite, par ces décisions, le Tribunal juge qu'il ne revient pas au président de la République de s'opposer aux décisions prises, en la matière, par les entités fédérées. En effet, par-delà l'affirmation de principe selon laquelle la compétence en matière sanitaire serait partagée entre l'État fédéral et les entités fédérées, cette décision lie, en pratique, les mains du président : dès lors qu'une entité fédérée aura agi dans ce domaine de compétence partagé, le pouvoir exécutif fédéral ne pourra plus s'y immiscer. Quoi que dise le Tribunal de l'égalité de compétence de l'Union et des entités fédérées en matière de vaccination, la structure constitutionnelle et institutionnelle du Brésil confère donc à ses décisions une portée évidemment favorable aux entités fédérées, et défavorable au gouvernement fédéral.

Enfin, en déplaçant ainsi le curseur en direction des entités fédérées, dans le cadre de la lutte contre la pandémie de covid-19, le Tribunal s'inscrit en rupture ponctuelle avec une longue tradition centralisatrice du fédéralisme brésilien. La structure fédérale du Brésil s'est organisée, à la fin des années 1880, en réaction lointaine au colonialisme portugais dont les forces centralisatrices avaient perduré longtemps après la proclamation de l'indépendance, en 1822. L'influence du fédéralisme nord-américain a marqué d'abord les esprits, mais le fédéralisme brésilien s'est révélé finalement moins décentralisé que son inspirateur<sup>40</sup>. La Constitution de 1988 porte certes la trace d'une volonté d'infléchir cette tendance, dans un contexte de réaction aux tendances centralisatrices du régime militaire, au pouvoir entre le milieu des années 1960 et celui des années 1980, où la centralisation du pouvoir était assimilée à l'autoritarisme. Son article 1<sup>er</sup> présente la « République fédérative du Brésil » comme étant « formée de l'union indissoluble » de trois types d'entités fédérées, autonomes les unes des autres, qui bénéficient de compétences législatives, exécutives, et

juridictionnelles pour les deux premiers : les vingt-six États, le district fédéral et les municipalités – dont le territoire et la population sont, pour l'essentiel, infiniment plus importants que ceux des communes en France. En pratique, pourtant, le fédéralisme est resté, pendant trois décennies, très largement centralisé.

Ces décisions s'inscrivent, à cet égard, dans un mouvement plus large. Elles manifestent, dans le cadre spécifique de la lutte contre la pandémie de covid-19, une inclination du Tribunal à corriger cette tendance centralisatrice du fédéralisme brésilien – en rupture avec les habitudes de l'institution au cours des années 1990 et 2000. En effet, des données publiées par le Tribunal à partir du 25 mars 2021 sur sa page internet intitulée « Combattre le covid-19 » (*combate à covid-19*), où il recense toutes ses actions au soutien de cette entreprise, il ressort que l'institution a joué, dans la lutte contre la pandémie, un rôle central. Plus de 7 000 requêtes en lien avec la pandémie ont été adressées au Tribunal en 2020 – à ramener aux 73 000 affaires examinées pendant cette année<sup>41</sup>. Elles l'ont été par une grande diversité de requérants – entités fédérées, institutions publiques, personnes morales de droit privé, patients et personnes à risques –, qui lui ont soumis différentes questions – à propos du manque de lits ou de respirateurs artificiels dans les hôpitaux, d'aides à l'activité économique, du droit du travail, de mesures fiscales, de mesures de confinement ou de quarantaine. Le trait le plus frappant de ces données tient moins à la diversité des recours formés, dans un cadre politique, par les partis d'opposition, que par la portée décentralisatrice de cette jurisprudence. Saisi, par exemple, d'une requête de l'État du Maranhão, dans le nord-est du pays, où la pandémie avait été particulièrement létale, tendant à la suspension d'une mesure de réquisition, par le gouvernement fédéral, de soixante-huit respirateurs artificiels achetés par l'État fédéré, le juge Celso de Mello a jugé que des biens publics ne pouvaient être réquisitionnés<sup>42</sup>. Substantiellement moins favorables au président qu'aux entités fédérées, comme d'autres pendant cette période<sup>43</sup>, les décisions de décembre 2020 confirment l'hypothèse selon laquelle, au Brésil comme en France, le pouvoir du président est partiellement conditionné par le soutien que lui apportent d'autres organes<sup>44</sup>, notamment juridictionnels, en dépit de l'image qui en est habituellement donnée.

## Gouverner

14. Ainsi conçues, ces décisions apportent une pierre supplémentaire à la réflexion ancienne sur le rôle politique croissant de certaines juridictions constitutionnelles<sup>45</sup>. Pour appréhender celui du Tribunal fédéral suprême brésilien, il convient de partir de trois observations contextuelles.

La première est historique. La place du Tribunal fédéral suprême au sein des institutions brésiliennes, longtemps secon-

(38) Tribunal fédéral suprême, ADPF n° 672/DF, 8 avr. 2020.

(39) Tribunal fédéral suprême, ADI n° 6.341/DF, 15 avr. 2020.

(40) V. D. Torrecillas Ramos, « Brésil », AJC, vol. 22-2006, 2007, p. 145-162, p. 158 ; M. Gonçalves Ferreira Filho, « Particularités du fédéralisme brésilien dans la Constitution de 1988 », *Mélanges de la Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 527-537.

(41) V. J. Biehl, L. E. A. Prates, J. J. Amon, « Supreme Court v. Necropolitics: The Chaotic Judicialization of Covid-19 in Brazil », *Health and Human Rights Journal*, vol. 23, n° 1, 2021, p. 151-162, p. 153.

(42) Tribunal fédéral suprême, ACO n° 338/TP, 20 avr. 2020.

(43) V. E. Bottini, « Chronique de droit constitutionnel comparé », *Titre VII*, vol. 5, 2020, p. 180-193, p. 189-191 ; V. Elias de Oliveira, L. Mori Madeira, « Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? », *Revista Brasileira de Ciência Política*, vol. 35, 2021, p. 1-44.

(44) V. L. Tupiassu-Merlin, « Le nouvel âge de la séparation des pouvoirs en France et au Brésil », in M. Storck, G. Vieira da Costa Cerqueira, Th. Morais da Costa (dir.), *Les Frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien. Études de droit comparé*, L'Harmattan, 2010, p. 163-180.

(45) V. par ex. R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.), Harvard, 2004.

daire, s'est accrue substantiellement depuis trois décennies. Créé en 1890<sup>46</sup>, il a bénéficié, au fil du temps, d'une extension de ses pouvoirs<sup>47</sup>. D'emblée placé au sommet du pouvoir juridictionnel (*orgão de cúpula do Judiciário*), il s'est vu reconnaître des compétences importantes par la Constitution de 1891, en particulier pour trancher les conflits de compétences susceptibles de procéder de la coexistence d'entités politiques désormais autonomes dans le cadre fédéral. En matière de contrôle de constitutionnalité, il pouvait, lorsqu'il était saisi d'un « recours extraordinaire » (*recurso extraordinário*) par une partie à un litige, trancher la question en dernière instance. Ainsi disposait-il du dernier mot, en matière d'interprétation constitutionnelle, lorsqu'avait été opéré un contrôle de constitutionnalité diffus et concret. Cependant, en l'absence de la règle du précédent (*stare decisis*) caractéristique de la tradition de *common law*, l'autorité de ses décisions était alors vouée à rester moindre que celle des décisions de la Cour suprême américaine. La Constitution brésilienne de 1934 a créé la requête en sauvegarde d'un droit constitutionnellement garanti (*mandado de segurança*), qui tend à l'annulation d'un acte législatif ou administratif portant une atteinte à ce dernier, mais son usage a d'abord été limité. En dépit de la création d'une nouvelle procédure, en 1964 – la « représentation en inconstitutionnalité » (*representação de inconstitucionalidade*) –, le contrôle de constitutionnalité est resté résiduel. Les fondations étaient cependant posées pour son essor. Du point de vue de l'importance relative du Tribunal, tant dans le gouvernement du pouvoir judiciaire que dans son rapport avec d'autres pouvoirs, la Constitution de 1988 a marqué une rupture. Conçue comme l'instrument d'un retour à la démocratie, au terme de deux décennies de régime militaire<sup>48</sup>, elle a mené à une rénovation profonde du Tribunal fédéral suprême. Elle lui a conféré différentes compétences en matière de droit civil, de droit pénal, d'articulation verticale des pouvoirs dans le cadre fédéral, ainsi que de contrôle de constitutionnalité, qu'il soit diffus ou concentré<sup>49</sup>. L'évolution la plus marquante, à cet égard, a été l'introduction de nouveaux modes de saisine du Tribunal le conduisant à opérer un contrôle de constitutionnalité abstrait : « l'action directe en inconstitutionnalité » (*ação direta de inconstitucionalidade*, ADI)<sup>50</sup>, « l'action tendant à une déclaration de constitutionnalité » (*ação declaratória de constitucionalidade*, ADC), « l'action directe en inconstitutionnalité pour carence nor-

native » (*ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, ADO) et « l'allégation d'une violation d'un précepte fondamental » (*arguição de descumprimento de preceito fundamental*, ADPF). Par le truchement de ces derniers, les controverses politiques et constitutionnelles les plus importantes lui ont progressivement été soumises.

La deuxième observation tient à la composition du Tribunal. Au moment où il rend les décisions analysées, ses membres ne partagent globalement pas la sensibilité politique du président Bolsonaro. Quoiqu'il puisse être individuellement réducteur de ramener des juges constitutionnels à la sensibilité politique de ceux qui les nomment, une appréhension globale du phénomène est propre à fournir des informations générales sur la tendance de l'institution. Le plus ancien des juges, Marco Aurélio Mello, a été nommé, en 1990, par le président libéral Fernando Collor de Mello ; Gilmar Mendes l'a été, en 2002, par le social-démocrate Fernando Henrique Cardoso ; les sept suivants ont été nommés par Lula puis par Dilma Rousseff, du parti des travailleurs – Ricardo Lewandowski en 2006, Carmen Lúcia en 2006, Dias Toffoli en 2009, puis Luiz Fux et Rosa Weber en 2011, Roberto Barroso en 2013 et Edson Fachin en 2015 ; quant aux deux derniers, Alexandre de Moraes en 2017 et Nunes Marques en 2020, ils ont été nommés respectivement par le social-démocrate Michel Temer et par Jair Bolsonaro.

La troisième observation relève du contexte jurisprudentiel dans lequel s'inscrit l'action du Tribunal. Lorsqu'il rend ces décisions, il a déjà manifesté des préférences substantielles en faveur d'une manière de lutter contre la pandémie de covid-19. Elles l'ont conduit à s'opposer aux positions défendues par le président de la République, et à contribuer, par ses décisions, à réduire sa marge de manœuvre. Outre les décisions déjà évoquées en matière de répartition verticale des pouvoirs, le juge Roberto Barroso a confirmé, en mars 2020, la décision d'une juridiction fédérale de premier degré, à Rio de Janeiro, interdisant dans toute la fédération la diffusion d'une campagne de publicité – « Le Brésil ne peut pas s'arrêter » (*O Brasil não pode parar*) – qui invitait les Brésiliens à continuer à travailler, tout en interdisant au gouvernement fédéral de minimiser la gravité de la pandémie pour la santé et la vie de la population<sup>51</sup>. Le 8 juin 2020, le juge Alexandre de Moraes a enjoint au gouvernement, qui avait arrêté de diffuser des statistiques détaillées sur les contaminations et les décès, de rendre publiques toutes les données disponibles sur le covid-19, au nom des principes constitutionnels de droit à la vie, à la santé, à la sécurité et à l'information<sup>52</sup>. Les effets politiques de ces décisions, chose il est vrai habituelle pour une juridiction constitutionnelle, créent un climat qu'il convient de garder à l'esprit.

15. En l'occurrence, les décisions analysées sont symptomatiques d'un amenuisement de la frontière qui sépare traditionnellement les cours constitutionnelles d'enceintes parlementaires. Ce phénomène s'inscrit dans un mouvement plus profond, dont différents facteurs doivent être distingués.

Le premier d'entre eux se trouve dans la structure même de la Constitution brésilienne. Sous l'influence de la Constitution portugaise de 1976, à l'instar de plusieurs de celles qui lui succéderont en Amérique latine, la Constitution de 1988 porte la

(46) V. G. Direito, « O Supremo tribunal federal: uma breve análise da sua criação », *Revista de Direito Administrativo*, vol. 260, 2012, p. 255-282.

(47) V. J. B. Barbosa Gomes, *La Cour suprême dans le système politique brésilien*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 1994, p. 1-6 ; L. Tupiassu, « Le droit constitutionnel : les institutions politiques », in D. Paiva de Almeida (dir.), *Introduction au droit brésilien*, L'Harmattan, 2006, p. 15-46 ; M. Gonçalves Ferreira Filho, « L'évolution du contrôle de constitutionnalité au Brésil », *Mél. L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 209-221 ; A. Zimmermann, « Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil », in M. Sellers, T. Tomaszewski (dir.), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Dordrecht, Springer, coll. *Ius Gentium*, 2010, p. 101-145.

(48) V. S. Monclaire, C. de Barros Filho, « Brésil : l'écriture d'une Constitution », *Politix*, vol. 1, n° 2, 1988, p. 68-81 ; A. L. de Lyra Tavares, « La Constitution brésilienne de 1988 : données à l'intention des comparatistes », in A. Wald, C. Jauffret-Spinosi (dir.), *Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Société de législation comparée, 2005, p. 327-351, p. 329-333 ; J. Barrientos-Parra, « La participation populaire à l'élaboration de la Constitution brésilienne de 1988 : une lecture rétrospective et prospective », in A. Martin (dir.), *Expériences démocratiques en droit constitutionnel en Amérique latine. L'exemple du Brésil et du Chili*, L'Harmattan, 2017, p. 167-196.

(49) V. A. de Moraes, *Direito Constitucional*, 32<sup>e</sup> éd., São Paulo, Atlas, 2016, p. 586-598.

(50) V. loi n° 9.868 du 10 nov. 1999 ; règlement intérieur du Tribunal (art. 169 à 178).

(51) Tribunal fédéral suprême, ADPF n° 669, 31 mars 2020.

(52) Tribunal fédéral suprême, ADPF n° 690, 8 juin 2020.

marque d'une ambition transformatrice, signe d'un constitutionnalisme « engagé » en faveur de réformes politiques structurelles, en matière sociale, économique ou environnementale<sup>53</sup>. Sous ce rapport, on impute souvent une influence majeure sur le processus constituant de 1988 au constitutionnaliste portugais Gomes Canotilho et à sa théorie de la « constitution dirigeante » : selon cette dernière, la Constitution serait conçue comme un programme substantiel voué à être l'instrument de réformes plutôt qu'à refléter des équilibres qui lui seraient contemporains<sup>54</sup>. Par quoi s'explique, parmi d'autres raisons, la longueur extraordinaire de la Constitution de 1988, où de grands principes vagues côtoient des dispositions de détail que l'on peut s'étonner de trouver dans une Constitution destinée à s'inscrire dans la durée<sup>55</sup>. Le constat éclaire également la manière dont le Tribunal fédéral suprême remplit son office. La dimension programmatique de la Constitution de 1988 a été d'emblée prise au sérieux par le Tribunal. Deux décennies après son entrée en vigueur, le président de la juridiction estimait ainsi qu'elle était confrontée « à la demande de plus en plus grande de la société », qu'elle s'attachait à y répondre « par son profond engagement dans la réalisation des droits fondamentaux », propre à favoriser la « mise en œuvre de l'agenda social prévu par la Constitution »<sup>56</sup>. Cette tendance, favorisée par une relative inertie du Parlement fédéral, s'est accompagnée d'une appropriation du langage des droits fondamentaux dans les débats politiques et de la diffusion de l'idée selon laquelle ces derniers feraient peser sur la puissance publique des obligations positives<sup>57</sup>. La constitutionnalisation de toutes les branches du droit, dans une mesure qui dépasse ce qui a été observé ailleurs, a encore nourri ce mouvement : dans un très grand nombre de litiges, les juges examinent des moyens tirés de l'inconstitutionnalité d'un acte, qu'il soit législatif, administratif ou de droit privé.

Un deuxième facteur explicatif de cette évolution tient à la place singulière du Tribunal dans la configuration institutionnelle brésilienne. Comme d'autres juridictions constitutionnelles latino-américaines, il prend figure d'organe résolument politique, à au moins deux titres.

D'une part, plusieurs de ses décisions l'ont conduit à sortir du rôle de « législateur négatif » traditionnellement attaché aux cours constitutionnelles « à l'européenne », en réécrivant des dispositions législatives<sup>58</sup> – ce qui a nourri, à son encontre, des accusa-

tions qui ont été résumées par le substantif « suprémocratie »<sup>59</sup>. Cette impression a été accrue par une révision constitutionnelle, en 2004<sup>60</sup>, conférant une portée obligatoire aux « *súmulas vinculantes* »<sup>61</sup>, énoncés jurisprudentiels de principes consolidant une jurisprudence constante, que le Tribunal pouvait déjà formuler depuis 1963, mais dont l'autorité était alors moindre.

D'autre part, le Tribunal a eu plusieurs fois l'occasion d'intervenir au cœur de la vie politique brésilienne, en particulier dans l'exercice d'une compétence que lui confère la Constitution : être le juge répressif d'infractions de droit commun du président de la République, du vice-président, des membres du Parlement fédéral, de ceux du gouvernement et du procureur général de la République<sup>62</sup>. L'exercice de cette fonction contribue à structurer le regard qui est porté sur lui. Ainsi a-t-il condamné, au terme d'une décision de plus de 8 000 pages<sup>63</sup>, des responsables politiques à des peines d'emprisonnement, en 2012, dans l'affaire du « scandale des mensuralités » (*escândalo do mensalão*) qui a marqué le Brésil en 2005 – relatif à la corruption de députés par la présidence de la République, en contrepartie de votes en faveur de projets de loi soutenus par le pouvoir exécutif<sup>64</sup>. L'événement l'a placé au cœur des débats politiques. Dans d'autres circonstances, moins médiatisées, il lui est également arrivé d'arbitrer des conflits politiques<sup>65</sup>.

Un troisième facteur de cet amenuisement de la différence entre le Tribunal et une enceinte parlementaire relève de son fonctionnement même. Ses audiences sont publiques. Les forces vives de la vie politique, économique et sociale y sont volontiers accueillies – par le truchement, notamment, d'*amici curiae* produits au soutien d'intérêts supra-individuels<sup>66</sup>. De longue main, elles ont été retransmises en direct à la télévision – sur TV Justiça, depuis 2002 –, à la radio – sur Rádio Justiça, à partir de 2004 – et, en direct et en différé, sur internet – le Tribunal s'est doté d'une page YouTube dédiée à partir de 2009, à quoi s'ajoutent désormais des pages Twitter, Facebook, Instagram et Tiktok. L'analogie avec la fonction parlementaire est ici frappante. Au Tribunal comme au Parlement, cette diffusion

(53) V. G. Bercovici, « A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro », *Revista de Informação Legislativa Brasília*, vol. 36, n° 142, 1999, p. 35-52 ; *id.*, « La Constitution brésilienne de 1988, les constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in C. M. Herrera (dir.), *Le Constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Kimé, coll. « Nomos & Normes », 2015, p. 115-133.

(54) V. J. J. G. Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Ed., 1982.

(55) V. L. R. Barroso, *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*, 5<sup>e</sup> éd., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 42.

(56) « Questions au président du Tribunal fédéral suprême de la République du Brésil [Gilmar Ferreira Mendes], CCC 2009. 49.

(57) V. G. Cittadino, « A judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes », in L. W. Vianna (dir.), *La democracia y los tres poderes en el Brasil*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, coll. « Humanitas », 2002, p. 17-42.

(58) V. Th. Bustamante, « L'interprétation juridique et la Cour suprême fédérale du Brésil : considérations sur le récent dépassement du positivisme juridique et sur la révision de la théorie du « législateur négatif » », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 1, 2013, p. 15-31, p. 25-31.

(59) V. par ex. O. Vilhena Vieira, « Supremocracia », *Revista de Direito GV*, vol. 4, n° 2, 2008, p. 441-464 ; *id.*, *A batalha dos poderes. Da transição democrática ao mal-estar constitucional*, São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

(60) Constitution du Brésil, 1988, art. 103-A, fruit de l'amendement constitutionnel n° 45, 30 déc. 2004 ; V. égal. loi n° 11.417 du 19 déc. 2006.

(61) Constitution brésilienne de 1988, art. 103-A. V. G. Vieira da Costa Cerqueira, « Le droit privé brésilien : structure, principes cardinaux et voies juridictionnelles d'application », in *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, n° 1, 2013, p. 275-368, p. 351-352 ; Th. Passos Martins, *La Cour suprême du Brésil et l'État démocratique de droit*, Contribution à une théorie de la démocratie réflexive, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 390-399 ; P. Roberto de Figueiredo Dantas, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 665-667 ; M. Lemos Paes Gonçalves da Silva, « Les « súmulas vinculantes » : la compétence constitutionnelle de production de normes juridiques générales par le Tribunal fédéral suprême brésilien », RFDC 2016. 903.

(62) D. Toffoli, « Democracy in Brazil: The Evolving Role of the Country's Supreme Court », *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 40, n° 2, 2017, p. 245-259, p. 255-259.

(63) Tribunal fédéral suprême, AP n° 470/MG.

(64) V. W. A. Madoz, *A Justiça como espetáculo: o julgamento do Escândalo Político Midiático do Mensalão*, mémoire de Master, Centro Universitário de Brasília, 2016.

(65) F. Castagna Lunardi, *O STF na Política e a Política no STF*, São Paulo, Saraiva, 2020, p. 102-124.

(66) V. E. Machado de Almeida, « Capacidades institucionais dos amici curiae no Supremo Tribunal Federal: acessibilidade, admissibilidade e influência », *Revista Direito e Práxis*, vol. 10, n° 1, 2019, p. 678-707.



influence le comportement des acteurs<sup>67</sup> – les juges se montrant soucieux de mettre en scène la justice qu'ils rendent, comme les parlementaires peuvent être sensibles à la théâtralisation de leurs interventions.

Le quatrième facteur, enfin, tient à la vision que se font les juges de leur fonction, ainsi qu'à leurs ambitions pour l'institution. Des membres du Tribunal expriment explicitement leur volonté de capter, dans son enceinte, des décisions qui relèvent traditionnellement d'organes exécutifs ou législatifs. Quelques semaines avant les décisions du 17 décembre 2020, le président du Tribunal, Luiz Fux, annonce en ces termes, à des journalistes, le projet de son institution : « Écoutez-moi avec attention ; nous allons assister à une judiciarisation de la vaccination, et je pense que cela est nécessaire »<sup>68</sup>. Ainsi la représentation que se font les juges de leur office est-elle marquée par la conscience de la portée politique de leurs décisions<sup>69</sup>. En outre, de façon plus générale, en adoptant une interprétation large de nombreux principes constitutionnels, la juridiction attrait dans son champ de compétence nombre de questions qui relevaient auparavant du Parlement, à l'image des politiques sociales. S'y est ajoutée une forme d'abdication de compétences : le règlement de différentes questions politiquement sensibles a paru abandonné par le Parlement aux juridictions fédérales en général<sup>70</sup>, et en particulier au Tribunal<sup>71</sup>. Comme le notait une ancienne présidente de ce dernier en 2008, la décision finale lui est revenue dans nombre de cas, où les parlementaires n'étaient pas parvenus à prendre une décision, qu'il s'agisse du déplacement du cours d'un fleuve, de la privatisation d'entreprises publiques, de l'utilisation de cellules-souches pour la recherche scientifique ou de l'élargissement des conditions d'accès à l'interruption volontaire de grossesse<sup>72</sup>. Par quoi on a pu critiquer une tendance maintenant ancienne du Tribunal à se substituer au Parlement, non pas seulement en neutralisant certaines de ses lois, mais en jouant une forme de débat quasi législatif, où se manifeste sa prétention représentative<sup>73</sup>. Le Tribunal, au sommet d'un appareil juridictionnel à qui est attribué le statut de véritable branche de l'État, est devenu, sous ce rapport, « l'égal » du président de la République, du côté de l'exécutif, ou du Parlement fédéral, du côté du pouvoir législatif. Il tient un rôle central dans la répartition des pouvoirs<sup>74</sup>, ne s'est longtemps opposé au président que dans certains cas ponctuels<sup>75</sup>, et agit de façon stratégique face à ceux qui, depuis d'autres organes politiques et institutionnels, s'opposent à lui<sup>76</sup>.

(67) V. M. Almeida Kato, « La communication du Tribunal fédéral suprême brésilien », *AJIC*, vol. 33, 2017, p. 31-43 ; *id.*, *La Transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)*, thèse, droit, Reims, 2021, p. 290-309.

(68) L. Martins, « Fux diz que “a questão da vacinação” será analisada em breve pelo STF », *Valor Econômico*, 23 oct. 2020.

(69) P. S. Domingues, « L'évolution de la justice et du rôle des juges au Brésil », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 373-378, p. 375.

(70) V. M. Taylor, *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*, Palo Alto (Cal.), Stanford University Press, 2008.

(71) V. L. Mori Madeira, « STF como ator político no Brasil: o papel do tribunal no julgamento de ações de políticas sociais entre 2003 e 2013 », *Revista debates*, 2014, Vol. 8, n° 3, p. 57-95.

(72) E. Gracie, « Présentation du Tribunal fédéral suprême et place dans le système judiciaire brésilien », *CCC* 2009. 55.

(73) V. Th. Passos Martins, *La Cour suprême du Brésil...*, *op. cit.*, p. 139-250.

(74) D. Kapiszewski, « Power Broker, Policy Maker, or Rights Protector? The Brazilian Supremo Tribunal Federal in Transition », in G. Helmke, J. Ríos-Figueroa (dir.), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 154-186.

16. En somme, le Tribunal fédéral suprême remplit, au Brésil, la fonction d'un organe d'État comme un autre, tout en bénéficiant, en pratique, de l'avantage d'intervenir, parmi les différentes institutions, toujours en dernier – ce qui donne à sa parole un poids singulier. Par quoi s'explique qu'il soit perçu comme une institution supérieure à toutes les autres, jouissant d'une position unique pour trancher des questions politiques. Ce mouvement de fond a eu des conséquences institutionnelles. Il a conduit à un engorgement du Tribunal, qui s'est organisé en chambres spécialisées, et à l'accroissement du nombre de décisions rendues à juge unique sur des questions constitutionnelles – quoiqu'elles soient souvent validées ensuite par l'assemblée plénière du Tribunal. Ainsi se trouve nourrie la représentation selon laquelle le Tribunal serait composé de onze cours suprêmes individuelles. Le phénomène, qui se manifeste ainsi dans les prérogatives du Tribunal, apparaît également dans ses décisions – dans la façon dont il laisse paraître la justice constitutionnelle.

### Paraître

17. À cet égard, la structure des décisions rendues en décembre 2020 appelle une attention particulière. La première (ADI n° 6.586) compte deux cent vingt-deux pages, la deuxième (ADI n° 6.587), deux cent trente et une et la troisième (ARE n° 1.267.879/SP), six pages. La très grande proximité des deux premières – elles ne divergent qu'en ce qui concerne la procédure passée – invite à les examiner de concert, en se concentrant, à des fins de clarté, sur la première.

Elle s'ouvre, de façon classique, par plusieurs précisions : la voie de droit empruntée (une « action directe en inconstitutionnalité »), son origine géographique (le district fédéral, où se situent les principaux organes du gouvernement fédéral), le nom du juge remplissant les fonctions de rapporteur (Ricardo Lewandowski), le requérant (le Parti démocratique travailliste), le nom de son conseil, les défenseurs à l'instance (le président de la République et le Parlement fédéral) ainsi que l'organe habilité à les représenter (l'avocat général de l'Union).

Elle se prolonge avec un sommaire (*ementa*) fort utile, dans la mesure où le lecteur y trouve l'essentiel de ce qui a été décidé. Sa première page évoque, par une succession de phrases nominales rédigées en majuscules, certaines des questions importantes abordées dans la décision, puis, en cinq paragraphes numérotés avec des chiffres romains, les positions prises par le Tribunal. Est ensuite formulé le dispositif, sur lequel ses membres ont trouvé un accord (*acórdão*), où est énoncée une « thèse de jugement » (*tese de julgamento*). Il est précisé que la décision a été adoptée par l'unanimité des membres du Tribunal, à l'exception unique d'un juge dont l'opinion a été partiellement dissidente par rapport à la décision (p. 1-4).

La décision se poursuit avec le rapport (*relatório*) préparé par Ricardo Lewandowski, où sont rappelés les faits, la procédure, les moyens soulevés par les parties : si l'on exclut les différences liées aux origines distinctes de ces deux procédures, la matrice de ces deux rapports leur est commune et de nombreux passages sont

(75) D. M. Brinks, « “Faithful Servants of the Regime”: the Brazilian Constitutional Court's Role under the 1988 Constitution », in G. Helmke, J. Ríos-Figueroa (dir.), *Courts in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 128-150.

(76) D. Werneck Arguelles, E. Proença Sússekink, « Building Judicial Power in Latin America: Opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case », *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, n° 1, 2018, p. 175-196.

repris de l'un à l'autre (p. 5-12). Le rapporteur continue ensuite à s'exprimer, mais son propos change de nature : il ne s'agit plus de rappeler les enjeux de l'instance, mais de justifier son vote (*voto*) – chose qu'il fait longuement en mêlant des faits, une analyse juridique, l'invocation de précédents jurisprudentiels, avant de formaliser sa position (p. 13-49). Un extrait du procès-verbal (*extrato de ata*) d'une page rappelle la position défendue par le juge rapporteur, puis cite le nom des différents intervenants lors de l'audience – l'avocat du demandeur, différent dans les deux affaires, puis le président de la République, le procureur général de l'Union, ainsi que le procureur général de la République –, ainsi que la liste des juges présents lors de cette première journée d'audience (p. 50-51).

S'ouvre alors la phase de vote. Un autre juge, Roberto Barroso, ici qualifié de rapporteur dans la mesure où il exerce ces fonctions dans l'affaire connexe du recours extraordinaire formé par les parents végétaliens, exprime un point de vue « en vue du vote » (*antecipação ao voto*) – un texte qui a circulé avant le délibéré, de sorte que son auteur peut le modifier, l'adapter, voire changer de position s'il a été convaincu par certains de ses collègues (p. 52-65).

Commence alors la succession d'opinions formulées par les autres juges, dans un ordre croissant d'ancienneté – pour éviter, en principe, que les juges les plus jeunes soient influencés par les plus expérimentés. Nunes Marques commence par exprimer sa position, à propos des deux recours formés devant le Tribunal (p. 66-81). Cette dernière est qualifiée de « *vogal* ». Le terme semble être une rémanence de l'ancien code de procédure civile qui distinguait le vote du rapporteur, celui du réviseur et le vote « *vogal* », ou commun : la figure du réviseur a commencé de disparaître, puis l'habitude a été prise de qualifier comme tels les votes de juges qui ne sont pas rapporteurs, ce qui ne leur confère pas d'autre particularité. Il est suivi par Alexandre de Moraes (p. 82-93), dont la démonstration est interrompue par trois autres juges (p. 88-89), puis par le président de la Cour (p. 91) – dans des conditions qui donnent à ces opinions une tournure de compte rendu de délibération. Nunes Marques formule alors un éclaircissement sur sa position (*esclarecimento*), où il entend exprimer un léger désaccord avec l'un des deux rapporteurs (p. 94) – par quoi on estimera que la décision n'a pas été rendue à l'unanimité, puisqu'il a ainsi exprimé une forme de dissidence. Le juge Edson Fachin exprime, à son tour, un point de vue « en vue du vote » (p. 95-98), avant de justifier son vote (p. 99-107). Le président de la Cour, Luiz Fux, formule une brève observation (*observação*) pour féliciter l'une de ses collègues, Rosa Weber (p. 108). Le juge Dias Toffoli justifie très brièvement son vote (p. 109). La juge Cármen Lúcia donne son point de vue « en vue du vote » (p. 110-119), puis justifie son vote (p. 120-148). Le juge Gilmar Mendes formule un « vote en commun » sur les deux affaires (p. 149-186). Le juge rapporteur, Ricardo Lewandowski, formule un éclaircissement sur sa position (p. 187-188). Le juge Marco Aurélio Mello défend ensuite sa position de façon brève (p. 189-191), en notant qu'il n'a pas joint d'argumentation écrite à son vote, parce qu'il appartient à la « vieille garde » de la Cour et qu'il n'était pas ici rapporteur (p. 191). Le président de la Cour, Luiz Fux, justifie son vote en quelques mots (p. 192). Le rapporteur, Ricardo Lewandowski, formule ensuite une « proposition de thèse » (*proposta (s/tese)*) (p. 193-194). Les juges votent sur la proposition de thèse (p. 195-196), puis l'opinion de la juge Rosa Weber (p. 197-219) et son vote (p. 220) closent formellement la décision, avant qu'un nouvel extrait de procès-verbal rappelle les informations relatives à

la première journée d'audience, en lui adjoignant celles qui portent sur la seconde journée d'audience (p. 221-222).

18. Pour comprendre la façon singulière dont les décisions du Tribunal fédéral suprême du Brésil en sont venues à être ainsi structurées de façon morcelée, au terme d'une longue évolution<sup>77</sup>, il convient de se libérer du cadre intellectuel familier des juristes français. La tradition française veut que les membres de la juridiction se fondent dans l'institution, au terme d'un délibéré voué à produire du consensus, de sorte que sa décision finale ne portera pas la marque d'éventuels désaccords. Dans d'autres pays où sont pratiquées les opinions séparées, les juges de la majorité joignent le plus souvent leurs forces pour présenter un texte unique destiné à exposer, pour l'avenir, la position de l'institution – l'opinion de la juridiction. Les décisions du Tribunal fédéral suprême brésilien se distinguent de ces deux pratiques.

En premier lieu, la frontière entre la délibération et la décision, comme entre les mobiles et les motifs, y est poreuse. Dans de nombreux pays, l'acte formel adopté par une juridiction collégiale – qu'il soit qualifié d'arrêt, de jugement, de décision, d'ordonnance – se présente comme le fruit d'un double processus, qui n'est pas directement rendu visible, de délibération puis de prise de décision. Au Brésil, cet acte rend compte d'un tel résultat, mais également du cheminement habituellement dissimulé. Les deux ordres se mélangent, de quoi résultent deux conséquences. D'une part, le délibéré – qui n'est pas formellement détaché de l'audience, puisqu'il est lui aussi public, et diffusé sur différents médias – tient déjà de la décision, puisque les juges se contentent, pour l'essentiel, d'y lire des opinions ou des projets d'opinions préparés par avance par leurs assistants, qui auront vocation à devenir leur contribution à la décision. D'autre part, le texte de la décision contient à la fois ces contributions écrites et des passages tenant davantage du *verbatim* de délibéré, où l'opinion d'un juge est interrompue par l'intervention de l'un de ses collègues – même si, en pratique, seuls certains des échanges de l'audience sont incorporés à la décision finale<sup>78</sup>.

En deuxième lieu, quoique le Tribunal soit un organe collégial de onze membres, l'institution y est avant tout conçue comme la somme de ses parties, aussi bien lors de la délibération que dans la décision publiée : chaque juge y formule sa propre opinion, même lorsqu'il appartient à la majorité. Le mode de rédaction des décisions du Tribunal est entièrement agrégatif : chaque juge rédige son opinion, chaque opinion est lue pendant l'audience, toutes sont publiées *seriatim* – en série. La déconnexion des opinions, les unes à l'égard des autres, peut être entière<sup>79</sup>. En procédent plusieurs conséquences.

Formellement, d'abord, la décision étant le fruit des onze opinions individuelles, il n'existe pas *stricto sensu* d'« opinion du Tribunal » – comme cela est souvent le cas dans les affaires délicates. S'en rapprochent les quelques pages qui ouvrent la décision – ici, trois pages sur deux cent vingt-deux –, qui s'articulent en deux moments : d'abord, le sommaire (*ementa*), rédigé en pratique par le rapporteur, sauf s'il n'appartient pas à la majorité,

(77) V. G. F. Klafke, *Continuidade e mudanças no atual modelo de acórdãos do STF. A prática, as razões para sua manutenção e caminhos para aperfeiçoamento*, thèse, droit, São Paulo, 2019, p. 102-184.

(78) V. M. Almeida Kato, *La Transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)*, thèse, droit, Reims, 2021, p. 359-363.

(79) V. G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, op. cit., p. 1118-1119.

ce qui conduit le président à désigner un autre rapporteur ; puis le dispositif (*acórdão*), qu'une majorité des juges a validé, et où l'habitude a été récemment prise – sur la suggestion d'Alexandre de Moraes face à qui Ricardo Lewandowski s'inquiétait du risque qu'elle conduise le Tribunal à empiéter sur la compétence du législateur<sup>80</sup> – d'énoncer une « thèse de jugement » (*tese de julgamento*), propre à cristalliser la *ratio decidendi* commune à une majorité de ses membres.

Cette construction soulève une difficulté du point de vue de l'identification des motifs de la décision : ils doivent être recherchés dans le détail des opinions individuelles, dans l'espoir que des éléments communs à plusieurs d'entre elles laisseront paraître une intention collective. La quête, cependant, s'expose à des difficultés comparables à celles qui affectent la recherche, dans le compte rendu de débats parlementaires, d'une hypothétique intention du législateur<sup>81</sup>.

Substantiellement, ensuite, les opinions ne se présentent pas comme le fruit d'une délibération : chaque juge n'hésite pas à répéter ce qui a été dit par d'autres juges, quoiqu'il ne soit soumis à aucune obligation de le prendre en compte, pour y adhérer ou le réfuter. Ce type de fonctionnement suscite de légitimes critiques : la lecture sérieuse d'opinions individuelles ne saurait avoir les vertus couramment attachées aux délibérations<sup>82</sup>.

19. Enfin, les décisions analysées frappent par la diversité des références mises en avant par les juges dans leurs opinions. On y trouve, pêle-mêle : a) des références juridiques étrangères – un arrêt de la Cour suprême des États-Unis rendu sur une loi du Massachusetts qui avait institué une vaccination obligatoire pour lutter contre la variole à Boston, dont près de trois cents personnes étaient mortes entre 1901 et 1903<sup>83</sup> (p. 77, 144), un arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (p. 165), une décision de la CEDH (p. 166) ; b) des références philosophiques – la dignité selon Emmanuel Kant (p. 133), l'émergence de la biopolitique selon Michel Foucault (p. 77-78) ; c) des mises en perspective historiques – les épidémies dans l'histoire (p. 52), la « révolte des vaccins » brésilienne (p. 15, 75), le rôle de la vaccination dans la

longue durée (p. 153) ; d) et des données médicales – la gravité des symptômes résultant d'une contamination par le covid-19 (p. 29), l'autorisation du vaccin Pfizer par la *Food and Drug Administration* américaine (p. 72, 174), le nombre d'hôpitaux universitaires fédéraux au Brésil (p. 183).

De manière générale, le droit brésilien se caractérise par une tendance à mêler des dispositions normatives et des dispositions qui le sont moins. En écho à l'image française de la « loi bavarde », un conseiller d'État français, ambassadeur au Brésil, voyait ainsi dans le droit brésilien un « insatiable pipelet »<sup>84</sup>. L'impression suscitée par ces références est ambivalente. Certes, les juges auraient pu avoir accès à ces références et informations sans les mettre en avant dans leurs opinions. En outre, il est probable que le fond de leurs décisions n'aurait pas été différent en l'absence de telles références. Néanmoins, la réflexion collective des juristes s'enrichit de tels passages de la décision, quoique l'on risque de n'y voir que des digressions, où ne se joue pas l'essentiel de la motivation. Pour le juriste français, ce type de motivation est donc propre à nourrir la curiosité.

20. Confrontées à la pandémie de covid-19, des juridictions constitutionnelles ont choisi de rester en retrait, pour ne pas affecter la capacité d'action du pouvoir exécutif. D'autres sont intervenues pour renforcer les compétences du pouvoir exécutif. Le Tribunal fédéral suprême brésilien, certes placé dans une configuration politique et institutionnelle singulière, s'est distingué de ces tendances. En accroissant les pouvoirs des entités fédérées pendant la crise et en limitant les compétences du pouvoir exécutif fédéral, il a joué un rôle politique majeur. Certains verront dans ses choix une déviance funeste de la fonction juridictionnelle. D'autres se réjouiront de sa capacité à exercer son rôle de contre-pouvoir, au cœur de la mêlée institutionnelle qui a marqué cette période. À l'aune des débats suscités, en France, par la politique de vaccination contre le covid-19, ainsi que de la posture de retrait adoptée, sur le sujet, par nos juridictions, il est piquant de constater que ce juge constitutionnel ait ainsi pu se faire, pour quelque temps, le maître des vaccins.

(80) Tribunal fédéral suprême, ADI n° 2167, 3 juin 2020.

(81) V. J. Jeanneney, « Le recours à l'intention du législateur face aux énoncés normatifs ambigus », *Droit & Philosophie*, vol. 9, 2018, p. 79-119.

(82) V. V. Afonso da Silva, « Deciding without deliberating », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n° 3, p. 557-584.

(83) Cour suprême des États-Unis, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

(84) A. Pouillieute, « Regard d'un Français sur le Tribunal fédéral suprême (STF) », CCC 2009. 58.