L'ETAT DE DROIT

Plan

****

I. Qu'est ce que l'Etat de droit ?.....2
II. Philosophes et Etat de droit.....3
III. La conception française de l'Etat de droit.....5
IV. La remise en cause de l'Etat de droit.....8
V. Implications de l'Etat de droit : les débats actuels.....9
VI. Conclusion.....14

****

> « *Il n'y a donc point de liberté sans Loi, ni là où quelqu'un est au-dessus des Lois : dans l'état même de nature, l'homme n'est libre qu'à la faveur de la Loi naturelle qui commande à tous. Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas ; il a des chefs, et non pas des maîtres ; il obéit aux Lois, mais il n'obéit qu'aux Lois, et c'est par la force des Lois qu'il n'obéit pas aux hommes. […] En un mot, la liberté suit toujours le sort des Lois, elle règne ou périt avec elles* ».
> Rousseau, ***Lettres écrites de la montagne***, Huitième lettre

« État de droit », l'expression est devenue courante en français ; pour autant, elle n'est toujours pas familière. C'est une invocation (« *il faut rétablir l'Etat de droit en Corse* ») qui correspond à une représentation vague. De fait, il s'agit d'un concept juridique, qui est relativement récent dans la tradition française du droit, où l'on parle plus volontiers de «légalité ». Telle est par exemple l'expression employée par R.Carré de Malberg, le grand juriste de la Troisième République. Au demeurant, l'anglais non plus ne connaît pas forcément l'équivalent « d'État de droit » : on parle de "*Rule of law* ". En effet, c'est d'Allemagne, de l'Allemagne bismarckienne, que vient la notion de « *Rechtstaat* »— qui s'est finalement reproduite en français dans celle d'État de droit.

Néanmoins, « l'État de droit » a bien acquis une signification précise, technique même. Comme le note Blandine Barret-Kriegel (*L'État et ses esclaves*), on peut parler, en un sens vague, de toute forme d'État où il y a des lois, même si, en réalité, l'expression s'est spécialisée, pour désigner le type d'État qui se met en place en Occident à partir du XVIIIème siècle.
Il s'agit de l'État qui respecte les canons du droit. Ses caractéristiques sont les suivantes :

- L'État n'agit pas contre la loi (*nihil contra legem*)
- L'État agit toujours en fonction d'un texte juridique (*omnia secundum legem*)
- L'État respecte une " hiérarchie des normes " (constitutionalisation de l'organisation juridique).
- Enfin, un dernier critère : il faut, selon une expression de Léo Hamon, que le droit ne " fasse pas scandale " — en d'autres termes, il faut que ce droit respecte les

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

normes considérées comme fondamentales pour un " bon droit ", une " bonne société " : et ce droit est justement constitué des normes des droits de l'homme.

L'outil juridique apparaît donc au cœur de l'intervention du pouvoir politique à l'horizon de l'État de droit, et il est structuré par la référence aux droits de l'homme.

I. Qu'est ce que l'Etat de droit ?

L'Etat de droit peut se définir comme **un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit.**
Cette notion, d'origine allemande (« *Rechtsstaat* »), a été redéfinie au début du vingtième siècle par le juriste autrichien Hans **Kelsen,** comme un Etat dans lequel les normes juridiques sont hiérarchisées de telle sorte que sa puissance s'en trouve limitée. Dans ce modèle, chaque règle tire sa validité de sa conformité aux règles supérieures. Un tel système suppose, par ailleurs, l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques et l'existence de juridictions indépendantes. L'Etat de droit suppose trois conditions d'existence incontournables :

I.1. Le respect de la hiérarchie des normes :

L'existence d'une hiérarchie des normes constitue l'une des plus importantes garanties de l'Etat de droit. Dans ce cadre, les compétences des différents organes de l'Etat sont précisément définies et les normes qu'ils édictent ne sont valables qu'à condition de respecter l'ensemble des normes de droit supérieures. Au sommet de cet ensemble pyramidal figure la Constitution, suivie des engagements internationaux, de la loi, puis des règlements. A la base de la pyramide figurent les décisions administratives ou les conventions entre personnes de droit privé.
Cet ordonnancement juridique s'impose à l'ensemble des personnes juridiques. L'Etat, pas plus qu'un particulier, ne peut ainsi méconnaître le principe de légalité : toute norme, toute décision qui ne respecteraient pas un principe supérieur seraient en effet susceptible d'encourir une sanction juridique. **L'Etat, qui a compétence pour édicter le droit, se trouve ainsi lui-même soumis aux règles juridiques, dont la fonction de régulation est ainsi affirmée et légitimée**. Un tel modèle suppose donc la reconnaissance d'une égalité des différents sujets de droit soumis aux normes en vigueur.

I.2. L'égalité des sujets de droit :

L'égalité des sujets de droit constitue la deuxième condition de l'existence d'un Etat de droit. Celui-ci implique en effet que tout individu, toute organisation, puissent contester l'application d'une norme juridique, dès lors que celle-ci n'est pas conforme à une norme supérieure. Les individus et les organisations reçoivent en conséquence la qualité de personne juridique : on parle de personne physique dans le premier cas, de personne morale, dans le second.
L'Etat est lui-même considéré comme une personne morale : ses décisions sont ainsi soumises au respect du principe de légalité, à l'instar des autres personnes

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

juridiques. Ce principe permet d'encadrer l'action de la puissance publique en la soumettant au principe de légalité, qui suppose au premier chef, le respect des principes constitutionnels. Dans ce cadre, les contraintes qui pèsent sur l'Etat sont fortes : les règlements qu'il édicte et les décisions qu'il prend doivent respecter l'ensemble des normes juridiques supérieures en vigueur (lois, conventions internationales et règles constitutionnelles), sans pouvoir bénéficier d'un quelconque privilège de juridiction, ni d'un régime dérogatoire au droit commun. Les personnes physiques et morales de droit privé peuvent ainsi contester les décisions de la puissance publique en lui opposant les normes qu'elle a elle-même édictées. Dans ce cadre, le rôle des juridictions est primordial et leur indépendance est une nécessité incontournable.

I.3. L'indépendance de la Justice :

Pour avoir une portée pratique, le principe de l'Etat de droit suppose l'existence de juridictions indépendantes, compétentes pour trancher les conflits entre les différentes personnes juridiques en appliquant à la fois le principe de légalité, qui découle de l'existence de la hiérarchie des normes, et le principe d'égalité, qui s'oppose à tout traitement différencié des personnes juridiques. **Un tel modèle implique l'existence d'une séparation des pouvoirs et d'une justice indépendante**. En effet, la Justice faisant partie de l'Etat, seule son indépendance à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif est en mesure de garantir son impartialité dans l'application des normes de droit.
Par ailleurs, les juridictions doivent être en mesure de confronter les différentes normes, afin de juger de leur légalité, y compris s'il s'agit de règles ayant un rang élevé dans la hiérarchie. Une loi ou une convention internationale contraire à la Constitution doit ainsi être écartée par le juge et considérée comme non valide. L'Etat de droit suppose donc l'existence d'un contrôle de constitutionnalité. Compte tenu du caractère complexe d'un tel contentieux, Hans Kelsen a proposé de le confier à une juridiction unique et spécialisée, ayant la qualité de Cour constitutionnelle.

L'Etat de droit est avant tout un modèle théorique. Mais il est également devenu un thème politique puisqu'il est aujourd'hui considéré comme la principale caractéristique des régimes démocratiques. En faisant du droit un instrument privilégié de régulation de l'organisation politique et sociale, il subordonne le principe de légitimité au respect de la légalité. Il justifie ainsi le rôle croissant des juridictions dans les pays qui se réclament de ce modèle.

II. Philosophes et Etat de droit

Les **théoriciens du contrat** ont tous en commun une conception juridique de l'Etat, et sont, à ce titre, des précurseurs de l'Etat de droit. Mais il n'en existe pas moins des différences de conception de l'Etat, selon qu'une part plus ou moins grande de liberté est laissée aux individus.
Locke (1632-1704), penseur de l'Etat libéral, estime que le pouvoir de l'Etat doit être limité. Institué pour sauvegarder la liberté et la propriété privée, sa sphère de compétence

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

n'excède pas le domaine public. Il n'intervient pas dans le domaine privé, qu'il s'agisse de religion ou d'économie.
C'est bien la théorie inverse de celle de **Hobbes** (1588-1679), qui est partisan de l'absolutisme ; pour être efficace, l'Etat, en la personne de son représentant (roi ou assemblée) a tout pouvoir, y compris sur le choix de la religion, faute de quoi les hommes retomberaient dans la violence et la guerre civile. Néanmoins, Hobbes soutient que l'autorité absolue du souverain a pour fin, non de dominer, mais d'assurer la sécurité des biens et des personnes, de la protéger du conflit des intérêts privés qui règnent à l'état de nature. Le souverain est alors une personne représentative, il n'agit pas pour lui ou en son nom propre, mais en vue de l'intérêt général. Si l'Etat abuse du pouvoir en le détournant à son profit, le contrat est rompu.
Sensible aux dangers du libéralisme qui, sous couvert de liberté, peut engendrer la servitude, comme aux risques que l'absolutisme fait courir à la liberté, **Rousseau** (1712-1778), a tenté une synthèse originale qui concilie, sans les opposer, les droits de l'homme et les droits du citoyen. Dans un Etat démocratique où, à travers la loi, s'exprime la volonté générale, l'obéissance ne menace pas la liberté. L'Etat devient ainsi l'espace où l'homme peut accéder à une dimension universelle de son existence, comme citoyen concevant un intérêt général au-delà de son égoïsme naturel, et obéissant à l'autorité commune et réglée de la loi, plutôt que de se soumettre à la force imprévisible, et finalement toujours précaire, d'un tyran.
D'où vient que, dans nos sociétés, certains hommes ont le pouvoir de commander à d'autres dont ils obtiennent l'obéissance ? C'est en recherchant le principe de l'autorité politique que Rousseau est amené à se poser le problème du droit du plus fort. Car, après tout, on répondra facilement à la question initiale : originellement, ce qui fonde le droit de certains à imposer leur volonté aux autres, c'est leur supériorité physique. Les relations de commandement et d'obéissance dans nos sociétés ne seraient que la poursuite de ce premier rapport de force : l'ordre social, c'est la traduction, en termes de droit, d'un état de supériorités simplement physiques au départ.

> « *Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir. De là le droit du plus fort; droit pris ironiquement en apparence, et réellement établi en principe: Mais ne nous expliquera-t-on jamais ce mot? La force est une puissance physique; je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets. Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-ce être un devoir ?*
> *Supposons un moment ce prétendu droit. Je ds qu'il n'en résulte qu'un galimatias inexplicable. Car sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause; toute force qui surmonte la première succède à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément on le peut légitimement, et puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort. Or qu'est-ce qu'un droit qui périt quand la force cesse? S'il faut obéir par force on n'a pas besoin d'obéir par devoir, et si l'on n'est plus forcé d'obéir on n'y est plus obligé. On voit donc que ce mot de droit n'ajoute rien à la force; il ne signifie ici rien du tout.* »

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

JJ. Rousseau, ***Du contrat social*** (1762), Livre I. Chapitre III, « Du droit du plus fort »

Au fondement des sociétés humaines, Rousseau postule une convention première qui engage les hommes à conjuguer leurs forces. En effet, si l'on réfute les thèses d'Aristote sur le caractère naturel des communautés humaines, il faut penser deux choses. D'abord un état de nature où les hommes vivent séparés ; ensuite, pour rendre compte de la formation des sociétés, il faut supposer que les obstacles rencontrés se sont révélés trop grand pour être affrontés par des individus isolés. Dès lors, les hommes ont dû mettre en commun leurs forces au moyen d'un pacte d'association. C'est ce dernier qui se trouve au principe des sociétés, et c'est lui qui en définit les lois fondamentales.

> *«Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant.» Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution.*
> *Les clauses de ce contrat sont tellement déterminées par la nature de l'acte que la moindre modification les rendrait vaines et de nul effet; en sorte que, bien qu'elles n'aient peut-être jamais été formellement énoncées, elles sont partout les mêmes, partout tacitement admises et reconnues; jusqu'à ce que, le pacte social étant violé, chacun rentre alors dans ses premiers droits et reprenne sa liberté naturelle, en perdant la liberté conventionnelle pour laquelle il y renonça.*
> *Ces clauses bien entendues se réduisent toutes à une seule, savoir l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. Car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres* ».
> Rousseau, ***Du contrat social*** (1762), Livre I, Chapitre 6, « Le pacte social »

III. La conception française de l'Etat de droit

La théorie de «Rechtsstaat», forgée en Allemagne dans la seconde moitié du XIXè siècle, restera, sinon ignorée par la doctrine française, du moins peu connue d'elle :les premiers développements qui lui sont consacrés datent en 1911 des manuels de droit constitutionnel de L.Duguit et A.Esmein, qui développent à son endroit de très vives critiques ; elle est trop marquée par la tradition philosophique et politique allemande pour pouvoir être transposée en France. Il faudra donc attendre Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*), en 1922, pour que concept d'Etat de droit soit utilisé : prenant ses distances avec un certain nombre d'éléments de la théorie allemande qui lui paraissent,

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

soit discutables, soit inadaptés à la pensée juridique française, il construit sa propre théorie de l'Etat de droit.
La construction de la théorie de l'Etat de droit n'est pas le fait du hasard, ou le produit d'une logique purement interne au champ juridique :la théorie s'est épanouie sur un certain terreau idéologique, enracinée dans une certaine réalité sociale et politique.
L'Etat de droit présuppose une vision de l'Etat, entité abstraite et collective distincte de la **société civile** et du droit, perçu comme exprimant un idéal de justice ;il repose sur une conception du pouvoir et des libertés individuelles qui a»t» cristallisée en France à la Révolution. D'autre part, la théorie répond au souci de recourir à de nouveaux mécanismes de régulation. L'Etat de droit apparaît alors comme une organisation politique et sociale destinée à mettre en œuvre les principes de la démocratie libérale (J. Habermas, 1992).

III.1. Le fondement libéral :

L'Etat de droit s'inspire d'une méfiance vis-à-vis d'un Etat dont on cherche à encadrer la puissance pur éviter qu'elle ne devienne oppressive. Cette problématique apparaît dès l'Ancien Régime, où les philosophes s'efforcent de penser rationnellement l'ordre politique, en l'appuyant sur l'idée de consentement (le contrat social), et en lui assignant pour finalité la sécurité collective et la protection de chacun des membres ;le droit est alors appelé à cristalliser cette nouvelle conception du lien politique en encadrant l'exercice de pouvoir et en garantissant les libertés individuelles. Mais on retrouve cette démarche tout au long du XIXè siècle, au fil de la lutte contre les résurgences de l'absolutisme ; au fond, l'avènement de la théorie de l'Etat de droit coïncide avec l'épanouissement d'un Etat libéral. Au cœur de l'Etat de droit, il y a donc fondamentalement l'idée de limitation du pouvoir , et la structuration de l'ordre juridique n'est en réalité qu'un moyen d'assurer et de garantir cette limitation, à travers les mécanismes de production du droit.

- **Une conception des libertés :**

Le premier aspect de limitation du pouvoir réside dans la référence aux droits de l'homme. L'Etat de droit implique alors une certaine conception des rapports entre l'individu et l'Etat :non seulement la puissance de l'Etat trouve ses limites dans les droits fondamentaux reconnus aux individus, mais encore elle a pour finalité même la garantie de ces droits. L'Etat de droit repose donc sur l'**affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique**, ce qui entraîne à la fois **l'instrumentalisation de l'Etat** (dont le but est de servir les libertés), et **la subjectivisation du droit**. La théorie de l'Etat de droit serait alors, et c'est précisément ce que lui reprochent certains auteurs comme Carl Schmitt, l'expression de la « pensée libérale bourgeoise» qui privilégie systématiquement la défense de l'individu par rapport à la collectivité. S'impose alors progressivement l'idée que l'individu préexiste à l'Etat. Mais ce n'est véritablement qu'avec la Révolution que les droits de l'homme sortent des livres de philosophie pour devenir le fondement de la construction sociale et politique.

- **Une conception de la démocratie :**

Les théoriciens de l'Etat de droit ne remettent pas en cause la conception de la souveraineté nationale telle qu'elle a été posée à la Révolution. Tout comme l'individu, la

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

Nation est perçue comme un sujet disposant des droits qu'elle peut opposer à l'Etat. La loi est alors l'expression de la volonté générale. Néanmoins, cette adhésion à la souveraineté nationale est assortie d'une **critique du système représentatif** :l'avènement du suffrage universel aurait en effet faussé le jeu de la représentation en instaurant le « gouvernement d'opinion » et en exposant les élus à la pression des intérêts particuliers :c'en est alors fini de l'indépendance de l'élu qui se transforme de plus en plus en mandataire. Loin de permettre une représentation exacte de l'opinion, le suffrage universel aboutirait à la tyrannie des minorités, lourdes de périls pour les libertés individuelles. La démocratie, ce n'est plus seulement le règne sans partage des élus :ceux-ci n'ont de pouvoir que dans le cadre tracé par des textes de valeur supérieure. L'Etat de droit mise sur les contrôles juridiques pour limiter la toute-puissance des représentants.

- **Une conception du rôle de l'Etat :**

Le découpage de l'espace social en deux sphères soigneusement cloisonnées, l'Etat d'une part, la société civile d'autre part, a pour fonction première de fixer des bornes à l'emprise étatique sur la vie sociale ;l'Etat ne peut pas tout faire, il y a des limites objectives à son action. **La règle est la non-intervention**, et les activités sociales sont, en principe, libres. Pour tout ce qui concerne les échanges économiques, il doit laisser libre cours à l'initiative privée, en s'abstenant de toute action qui risquerait de fausser le fonctionnement du marché. On voit alors apparaître une des premières contradictions de **l'Etat-providence** avec cette théorie de l'Etat de droit…
Cette conception s'inspire à la fois d'une méfiance vis-à-vis d'un Etat dont l'expansionnisme est perçu comme une menace permanente pour les libertés individuelles, et d'une croyance profondément ancrée en la possibilité pour la société de vivre en état d'auto-régulation.
Au-delà de ce socle de valeurs d'inspiration libérale, l'Etat de droit repose sur la croyance profondément ancrée dans les vertus de la dogmatique juridique.

III.2. La Raison juridique

Postulant une conception idéalisée du droit, qui est le produit de tout un héritage historique, elle donne à voir un pouvoir coulé dans le moule du droit, placé sous son empire.

- **Le culte du droit :**

L'Etat de droit implique une confiance absolue placée dans le droit. Cette confiance placée dans le droit n'est pas seulement d'ordre rationnel ;elle relève d'un jeu de croyances plus profondes. Et c'est précisément là que le mythe vient relayer la réalité. Ce culte du droit vient de loin :Au Moyen Age, la dogmatique contribue à faire du droit l'instrument essentiel de formation des disciplines sociales ;mais c'est aussi sur le droit que l'on mise pour rompre avec l'absolutisme et protéger les individus face au pouvoir ;et le capitalisme lui-même se servira de la forme juridique pour se développer et dissimuler le rapport économique d'exploitation. La théorie de l'Etat de droit n'est ainsi que le prolongement et le couronnement d'une longue tradition. Enfin, ce culte du droit se manifeste concrètement dans le discours de l'Etat de droit par la **coupure établie entre le champ du droit et le champ de la politique**. C'est de cette coupure que dépend la sacralisation du droit.

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

Le discours de l'Etat de droit tend dès lors à s'appuyer sur le juge et le juriste, figures emblématiques de la Raison juridique. Les juristes se voient investis d'une mission essentielle :il leur revient d'éclairer et de guider les gouvernants privés de la hauteur de vue nécessaire.

- **La légitimation du pouvoir :**

L'Etat de droit, « ce n'est pas le gouvernement des hommes, c'est le règne des normes. Le pouvoir n'est autre chose qu'exécution subordonnée, réalisation de ce qui doit être selon les normes. » (W.Leisner).
Le juge ne fait qu'appliquer la loi en tirant les conséquences de la hiérarchie des normes.
Enfin, la loi elle-même, sur laquelle tout l'édifice repose, se trouve dépouillée de tout attibut de pouvoir :acte de Raison plus que de volonté, son véritable auteur est en effet la Nation, qui s'exprime par l'intermédiaire de ses représentants. En se conformant au droit, l'Etat se présente comme le produit de la Nature ou le reflet de la Société. La mythification du droit aboutit alors à la mythification du pouvoir.

IV. La remise en cause de l'Etat de droit.

La théorie de l'Etat de droit a été confrontée au XXè siècle à un **double défi** : défi provenant de l'apparition des régimes totalitaires, dont l'ordre juridique ne s'appuie sur aucune des valeurs de l'Etat de droit ; défi provenant aussi de l'avènement d'un Etat-providence modifiant en profondeur le fondement libéral de l'Etat de droit.

IV.1. Le défi du totalitarisme

L'apparition des régimes totalitaires suffit à montrer que l'existence d'un ordre juridique formel n'est pas suffisante pour que l'on puisse parler d'Etat de droit.
Si les systèmes totalitaires ne sont pas des Etat de droit, c'est parce que leur conception de l'Etat et du droit se situe aux antipodes de la conception libérale. Ainsi, dans l'Etat fasciste, l'Etat est une réalité transcendante, il est au fond la réalité suprême, la réalité exclusive ; à la notion démocratique de représentation populaire s'oppose la conception « statocratique » de représentation de l'Etat, et à la théorie des droits de l'homme s'opposent les attributs illimités de l'Etat totalitaire.
Aucune distance n'existe plus entre le corps social et l'Etat, et il n'y a plus de société civile structurée face à l'Etat. Enfin, si les systèmes totalitaires connaissent une profusion de règles, et mettent en place un ordre juridique structuré, leur droit présente des catactéristiques très différentes de celui des sociétés libérales : perdant toute dimension protectrice, **le droit n'est plus qu'un simple instrument d'action au service du pouvoir**.
Aussi, après la Senode Guerre mondiale, et l'effondrement des régimes fasciste et national-socialiste, le concept d'Etat de droit fera-t-il l'objet d'une réinterprétation : au-delà de la hiérarchie des normes, il renvoie désormais très explicitement à la démocratie libérale et aux droits de l'homme ; il va servir à étayer la critique du système totalitaire.

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

IV.2. Le défi de l'Etat-providence

Modifiant en profondeur les équilibres des sociétés libérales, l'avènement de l'Etat providence est venu saper les fondements sur lesquels la théorie de l'Etat de droit était assise : l'objectif de limitation de la puissance de l'Etat qui était au cœur du libéralisme traditionnel a fait place à la représentation d'un Etat investi de la mission de satisfaire les besoins de tous ordres des individus et des groupes.

> Avec l'Etat providence, c'est d'abord le fondement libéral de l'Etat de droit qui s'est trouvé fissuré et ébranlé. Alors que les libertés classiques fixaient des bornes à l'action de l'Etat, ces droits nouveaux que les individus peuvent exiger de la sphère étatique, supposent, pour leur réalisation, une médiation étatique. Et le principe démocratique, loin de freiner l'expansion étatique, va lui servir de puissant modèle. L'Etat devient le moyen de relayer la puissance la Nation en permettant de développer la sphère des consommations collectives. On passe ainsi d'une démocratie politique à une démocratie sociale dans laquelle les droits sont conçus comme des exigences, et qui privilégie l'idée d'égalité. Doté d'une fonction de régulation sociale globale, l'Etat devient insensiblement le tuteur de la société ;il est à la fois le garant du développement collectif, et le protecteur de chacun.

Enfin, l'Etat providence est marqué par une **désacralisation du droit :** la pertinence de l'outil juridique, en tant que dispositif de régulation sociale, ne relève plus de l'évidence. Le droit fait alors l'objet d'un processus d'instrumentalisation croissante. La volonté du droit de coller au réel le voue à des ajustements constants :à peine un texte est-il adopté qu'on s'efforce de corriger ses imperfections. Et cherchant à s'adapter à des situations mouvantes et évolutives, le droit apparaît de plus en plus comme un droit transitoire.

V. Implications de l'Etat de droit : les débats actuels.

V.1. La montée en puissance de la figure du juge et sa remise en cause par les politiques.

Avec l'Etat de droit, les élus ne disposent plus d'une autorité sans partage, mais leur pouvoir est, par essence, limité ;quant au juge, il apparaît comme la clé de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit. Investi du rôle de gardien des valeurs, le juge est chargé de les défendre contre la volonté capricieuse des majrités ; mais ce nouveau pouvoir conquis par le juge tend à déborder le cadre de la simple constitutionnalité des lois. Pesant de manière croissante sur le fonctionnement des mécanismes politiques, le juge constitutionnel tend à devenir un acteur de fait du jeu politique (de fait, l'intervention du Conseil constitutionnel, au terme de la procédure législative, pour apprécier la régularité des dispositions adoptées est devenue systématique depuis la réforme de la saisine en 1974). Après avoir au début vivement réagi contre cette inflexion des règles du jeu, les acteurs politiques ont fini par s'y plier et par intérioriser cette contrainte nouvelle. En outre,

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

l'invocation de la contrainte juridique leur permet d'esquiver la responsabilité politique de certains choix et de régler avantageusement certains conflits.
Cela ne signifie pas pour autant la fin de toute controverse, car les gouvernants supportent toujours aussi mal que certains de leurs projets soient censurés ; et le spectre du « gouvernement des juges » ne manque jamais de resurgir à cette occasion. La décision du 12 août 1993 relative au **projet de loi sur la maîtrise de l'immigration** a été ainsi vivement contestée :on a dénoncé l'engagement politique de certains membres, le blocage délibéré de la politique gouvernementale, et les conditions d'exercice du contrôle. Le Conseil se transformerait en « pouvoir suprême », en usurpant la souveraineté qui appartient à la Nation. Et la Constitution a été révisée le 25 novembre pour permettre de faire passer l'essentiel du dispositif censuré…
Enfin, une autre illustration de cette montée du pouvoir juridictionnel se trouve dans le tournant décisif pris au début des années 90 : dans les pays occidentaux, les magistrats se sont mis à traquer les pratiques de corruption politique ; il ne s'agit plus seulement de contrôler les décisions des élus, mais encore de sanctionner certaines pratiques politiques. On voit ainsi apparaître la figure nouvelle du « juge justicier » qui se pose en purificateur, se donne la mission d'assainir et de moraliser la vie politique. Ainsi en France, une fois l'amnistie votée dans l'affaire « Carrefour du développement », des juges d'instruction se sont attachés à dévoiler, à partir de 1991, les **mécanismes de financement occulte des partis**, au prix de vives tensions avec le pouvoir politique. En n'hésitant pas à s'appuyer sur les médias, les juges d'instruction n'hésitent plus à mettre en cause les élus…

V.2. Etat de droit et démocratie.

La justice tend à apparaître, dans les sociétés contemporaines, comme la « nouvelle scène de la démocratie ». Alors qu'elle était traditionnellement au service du Prince, la justice serait devenue un tiers pouvoir placé entre le peuple et ses représentants, chargé d'attester que le pouvoir politique se conforme aux principes de la démocratie. Mais cette conception nouvelle de la démocratie n'est pas sans soulever des problèmes. Et d'abord, le problème du statut du pouvoir politique par rapport aux pouvoirs concurrents, qui se prévalent d'autres titres de légitimité. La question se pose vis-à-vis des autorités indépendantes qui, témoignant d'une crise de la représentation, s'inspirent d'une évidente défiance à l'encontre du pouvoir politique :l'acharnement mis aux Etats-Unis par le procureur indépendant pour obtenir la mise en cause du Président Clinton a montré les dérives auxquelles ce statut pouvait conduire.
C'est, en France, **l'affaire du sang contaminé** qui a été le parfait révélateur de cette évolution de la démocratie. La comparution d'un ancien Premier ministre et de deux ministres devant la Cour de justice de la République montre que tout ministre s'expose désormais à des sanctions pénales pour des faits relatifs à l'exercice de ses fonctions.

V.3. La « juridicisation » de la société.

Le droit occupe une place de plus en plus importante dans la société :il tend à devenir une panacée, en se substituant aux autres modes de régulation, pour résoudre les différents problèmes de société. En France, cela se traduit par la prolifération des lois et règlements,

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

mais aussi par le transfert au juge de la responsabilité de trancher, comme on l'a vu avec le « foulard islamique ».

V.4. La pénalisation de la vie politique.

Le 6 décembre 1989, l'Assemblée nationale adoptait un amendement « d'amnistie » des affaires de financement des partis politiques. L'image déplorable de cet acte dans l'opinion publique, mais aussi la persistance des scandales, ont conduit les élus à réfléchir sur leurs rapports avec la justice. Les hommes politiques échappent-ils aux normes qu'ils édictent ? Plusieurs questions s'entremêlent ainsi : comment articuler la responsabilité pénale des élus et l'exercice de leur mandat ? comment assurer l'indépendance réelle des juges face aux hommes politiques ? comment financer la vie politique ? Sur tous ces plans, de nombreuses réformes sont intervenues afin de rendre plus aisée la mise en jeu de la responsabilité des élus.

Le principe de l'encadrement de la responsabilité pénale des élus constitue une des bases de la démocratie : au nom de la séparation des pouvoirs, la justice ne doit pas pouvoir empêcher l'exécutif ou le législatif de fonctionner. Cependant, ce principe ne signifie pas l'irresponsabilité des élus, mais justifie seulement soit un privilège de juridiction, soit l'existence de règles précises pour mettre en jeu cette responsabilité durant leur mandat.

Le Président de la République bénéficie d'une immunité de responsabilité pénale pour les crimes et délits commis dans l'accomplissement de son mandat. D'après l'article 68 de la Constitution, il n'est pénalement responsable que devant la **Haute Cour de Justice**, composée de douze parlementaires de chaque assemblée, pour crime de haute trahison,. Une résolution adoptée par l'Assemblée nationale et le Sénat au scrutin public et à la majorité absolue permet de saisir la Haute Cour. L'affaire est alors examinée par une commission d'instruction ; si elle décide de renvoyer l'affaire devant la Haute Cour, le Chef de l'État est alors jugé, et peut être destitué sans recours possible. Cette procédure n'a jamais été enclenchée. Cependant, s'est développée **une polémique sur l'étendue de la responsabilité pénale du Chef de l'État** : peut-on la mettre en cause, en cours de mandat, pour des crimes et délits antérieurs à l'entrée en fonction du Président ? Le soumettre au droit commun mettrait le Président dans une situation moins favorable que les parlementaires ou les ministres, l'empêcherait d'assumer son rôle constitutionnel de gardien des institutions, et donc romprait avec la séparation des pouvoirs. A l'inverse, préserver le Chef de l'État par l'immunité absolue dont il bénéficie peut retarder jusqu'à la fin du mandat présidentiel des procédures judiciaires en cours. Cette solution a été retenue par le Conseil constitutionnel en janvier 1998 : le Chef de l'État n'est responsable des actes commis avant son mandat qu'à l'issue de celui-ci et devant les juridictions ordinaires.

La révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 (articles 68-1 et 68-2 de la Constitution) a voulu faciliter la mise en jeu de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement. Le principe de leur responsabilité pénale pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions figurait dans le texte de 1958, mais il revenait à la Haute Cour de Justice de les juger. La lourdeur de la procédure rendant presque impossible son

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

déclenchement, il a été décidé de créer la Cour de justice de la République (CJR). Elle est composée de 15 juges, 12 parlementaires (6 dans chaque assemblée) élus par leurs pairs, et 3 magistrats de la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour. A l'inverse de la Haute Cour, les particuliers peuvent directement porter plainte devant la CJR : la plainte est examinée par une commission des requêtes qui peut la transmettre au Procureur général de la Cour de cassation, charge à lui de saisir la CJR. Débute alors la procédure d'instruction menée par une commission spéciale. A son issue, l'affaire peut alors être renvoyée devant la Cour, son arrêt étant susceptible de recours devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Laurent Fabius, Georgina Dufoix et Edmond Hervé furent ainsi jugés par la Cour de justice de la République en 1999 au sujet de **l'affaire du sang contaminé**. S'agissant des crimes et délits commis avant son entrée en fonctions, le conseil des ministres doit autoriser le membre du Gouvernement à être entendu par un juge.

S'agissant des parlementaires, si leur irresponsabilité pénale est totale concernant les opinions et les votes émis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, leur responsabilité pénale est totale pour leurs autres actes et pour ceux commis avant leur mandat. Cependant leur inviolabilité a été aménagée par la révision constitutionnelle du 4 août 1995 pour rendre plus aisée la mise en jeu de cette responsabilité. Tout parlementaire peut désormais être poursuivi et mis en examen, mais le bureau de son assemblée doit autoriser toute mesure privative de liberté (détention, garde à vue, contrôle judiciaire), sauf flagrant délit de crime ou délit, et condamnation définitive.

Parallèlement à cette modification des immunités dont bénéficient les élus**, plusieurs réformes sont intervenues pour restreindre les moyens d'action des élus sur les magistrats.**

En effet, si la Constitution pose (article 64) le principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire, les conditions de nomination et de discipline des magistrats n'ont plus semblé à même de le respecter. **La révision constitutionnelle du 27 juillet 1993 a ainsi créé deux formations du Conseil supérieur de la magistrature (CSM).** Chacune comprend 12 membres : le Président de la République, le Garde des sceaux, 3 personnalités désignées par le Chef de l'État et les présidents des assemblées, un conseiller d'État élu par ses pairs, 6 autres membres élus par leurs pairs pour quatre ans (5 magistrats du siège et un du parquet pour la formation en charge des magistrats du siège, l'inverse pour celle en charge du parquet). Le CSM propose au Président les nominations de membres de la Cour de cassation, premiers présidents de cour d'appel, présidents de tribunaux de grande instance, donne un avis conforme sur les autres nominations de magistrats du siège, et donne un simple avis pour les magistrats du parquet. Le CSM assure la discipline des magistrats, avec pouvoir de décision pour ceux du siège et de proposition pour ceux du parquet. En 1998, une révision constitutionnelle a été adoptée par chaque assemblée pour revoir la composition du CSM et accroître ses pouvoirs, mais elle n'a pas été ratifiée. Les polémiques continuent sur la réalité de l'indépendance de la justice. Si, juridiquement, elle reste bien établie pour les juges du siège, les magistrats du parquet restent soumis, pour

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

les besoins de la politique pénale du Gouvernement, au Garde des sceaux, et le débat demeure sur les conditions de nomination et de carrière des juges.

Enfin, la pénalisation de la vie politique a donné lieu à des réformes du financement de la vie politique : obligations de transparence pesant sur les parlementaires et les élus locaux d'importance (déclaration de leur patrimoine) ; financement des campagnes électorales et des partis politiques.

V.5. La place des droits de l'homme :

Le rôle des droits de l'homme est, dans ce contexte, apparemment simple : il apparaît comme fondamental pour la hiérarchie des normes, et se détermine comme le socle ultime de l'organisation juridique. De ce fait, il valide les intuitions de Jellinek, qui montrait que les droits de l'homme sont des instruments juridiques "dans l'État et contre l'État" qui permettent de prémunir les citoyens contre l'arbitraire du pouvoir.

L'assimilation entre droits de l'homme et État de droit repose sur une double difficulté.

1/ La première est soulevée par Gérard Mairet, dans sa réflexion sur l'Europe dans son livre Discours d'Europe :

> « Si ma liberté est égale à mon droit, ce que personne ne conteste […] il importe de définir ce droit. Or, le droit de l'État me contraint à renoncer partout et toujours à mon droit naturel et c'est même dans le postulat arbitraire d'un abandon volontaire de mon droit que se trouve la source du droit de puissance d'État sur les sujets. je suis donc libre dans la forme du droit, pourvu que j'aie préalablement renoncé à mon droit. Ce sont là, en tout cas, les prémisses énoncées dans le droit politique. Le droit naturel, de ce point de vue, est une protestation de la raison contre la puissance ; c'est là, au demeurant, ce que signifie la référence aux Droits de l'homme […]».
> Gérard MAIRET, ***DISCOURS D'EUROPE*** ou Souveraineté, citoyenneté et démocratie, Paris, La Découverte, 1989 pp. 19-20.

L'État de droit est une manière de discipliner, d'organiser, mais de limiter et de confisquer aussi bien le respect des droits de l'homme comme droit naturel. On peut sans doute nuancer cette analyse selon laquelle la seule compréhension moderne de la liberté est la liberté dans le droit (c'est ce que Berlin appelle la " liberté positive ", mais on sait aussi qu'il y a une forme "négative " de la liberté qui ne fait pas référence à l'organisation du droit sous la forme du Rule of law, mais à l'absoluité des droits sous l'espèce des "human rights ").

On peut également douter que l'Europe se soit émancipée de la logique de l'État de droit ; néanmoins la discussion sur les droits fondamentaux a montré qu'il y avait là un point important puisque le **statut juridique des droits de l'homme dans la Charte n'est pas tranché**. C'est en effet une cour qui n'est pas une cour de l'Union qui juge en matière de droits de l'homme (même si la cour de Justice, sise au Luxembourg se réfère aux droits de l'homme et à la convention de sauvegarde). On n'a donc pas une pyramide simple de droits, mais bien plutôt une ouverture nouvelle sur des formes qui sont moins au fondement

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021

de l'ordre de droit que parallèle à celui-ci dans une sorte "d'interférence ". De plus contrairement à l'État de droit qui suppose une logique intérieure à l'État, lorsqu'on parle de la cour du Conseil de l'Europe, on a affaire à des jugements qui opposent des individus à des États. En d'autres termes, l'individu est bien sorti de son rapport à l'État (fût-il de droit) au nom des droits de l'homme. Il en va de même — ou plutôt réciproquement — du Tribunal pénal international, qui juge au-delà des États dans une organisation qui n'est pas paraétatique.

2/ La problématique des droits de l'homme dans son rapport à l'État de droit soulève la question de la démocratie, et cela sous deux registres.

D'une part, l'État de droit n'a pas forcément une vocation démocratique. Dans ses origines allemandes, il s'agissait au contraire de définir un droit qui ne serait pas issu de la souveraineté populaire. C'est tout le problème de la relation entre droits de l'homme et contrat social.

D'autre part, les droits de l'homme peuvent remettre en cause l'État de droit tel qu'il se présente initialement : tel est le sens des jugements de la cour européenne des droits de l'homme qui sanctionne les États.

Entre les droits de l'homme et l'État de droit, il y a donc une affinité : en fait, elle dérive du droit naturel, qui postule que le droit n'est pas une entité simple, mais un complexe organisé à partir d'une hiérarchie (dite désormais " de normes "). De ce point de vue, l'intégration des droits de l'homme à l'organisation de l'État de droit est aussi bien un progrès qu'une régression, puisqu'elle vise à un encadrement plus substantiel des droits de l'homme. Enfin, droits de l'homme comme État de droit posent la même question au corps politique, celle de ses marges de manœuvres démocratiques.

VI. Conclusion.

L'Etat de droit présente donc bien, dans les sociétés contemporaines, la force mais aussi les limites d'un **véritable mythe**. Concept fondateur du droit public moderne, il traduit une certaine vision du pouvoir, lentement forgée au fil de l'histoire de l'Occident et qui apparaît comme inhérente à la conception libérale de l'organisation politique :donnant à voir un pouvoir limité, parce qu'assujetti des règles, il implique que les gouvernants ne sont pas au-dessus des lois, mais exercent une fonction encadrée et régie par le droit ; la diffusion actuelle du thème témoigne que cette représentation s'est désormais mondialisée, à la faveur de l'effacement des modèles alternatifs, l'Etat de droit devenant la caution de légitimité de tout pouvoir.

Reste que l'Etat de droit est voué par essence à l'inachèvement et à l'incomplétude :non seulement des brèches réapparaissent sans cesse dans l'édifice normatif, mais encore il comporte des germes d'autodestruction ;le règne sans partage des normes aurait pour effet de tuer la dynamique sociale et politique, et donc de saper les fondements mêmes de l'Etat de droit.

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.

Références essentielles :

-R.Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*
-H. Kelsen, *Théorie pure du droit*
-B. Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves*
-T. Hobbes, *Le Léviathan*
-J.J. Rousseau, *Du contrat social*
-J.Locke, *Traité du gouvernement civil*

M. De Gabory

© EduKlub S.A.
Tous droits de l'auteur des œuvres réservés. Sauf autorisation, la reproduction ainsi que toute utilisation des œuvres autre que la consultation individuelle et privée sont interdites.
Fichier généré pour Visiteur (), le 31/05/2021