



Qu'est-ce que l'État de droit?

Retour sur une notion polémique

Laurent LEMASSON

Laurent Lemasson, Docteur en Droit Public et Science Politique, responsable des publications à l'Institut pour la Justice.

Résumé

Une notion revient très souvent aujourd'hui dans les propos de nos hommes politiques, celle d'État de droit. Malheureusement, cette notion est le plus souvent utilisée de manière polémique, pour mettre fin au débat plutôt que pour argumenter, et ce que recouvre ce terme «État de droit» reste indéfini.

Cet usage polémique est fort dommageable parce que l'on peut s'attendre à ce que ces abus finissent, dans un premier temps, par restreindre indûment la réflexion et ainsi nous exposer inutilement à de graves dangers, et, dans un second temps, par discréditer totalement une notion pourtant importante.

Il convient donc d'essayer de mieux cerner ce qu'est l'État de droit. En réalité, le terme recouvre deux idées différentes : il désigne d'une part un État soumis au droit, quel que soit le contenu de ce droit, et d'autre part un État qui respecte certains principes de justice fondamentaux. De la confusion, volontaire ou non, entre ces deux idées, naît l'essentiel de l'obscurité et de la stérilité du débat public au sujet de l'État de droit.

L'Institut pour la Justice est une association de citoyens préoccupés par les dérives de la justice pénale, qui répercute et canalise les inquiétudes de chacun et propose des réformes pragmatiques. L'association s'appuie sur un réseau d'experts du champ pénal pour promouvoir une justice plus lisible pour le citoyen, plus efficace contre la criminalité et plus équitable vis-à-vis des victimes.

Édité par l'Institut pour la Justice
Association loi 1901

Contacts : 01 45 81 28 15
publications@institutpourlajustice.org

Une notion sature actuellement la conversation civique, ou du moins le discours de notre classe politique, celle d'État de droit. Comme par exemple lorsque le président de la République déclare : « Jamais jusqu'au terme de mon mandat, je ne considérerai l'État de droit comme un obstacle car ce serait la fin de l'État. » Mais qu'est-ce que « l'État de droit » ? Comme bien souvent, il serait inutile de le demander à la plupart de ceux qui utilisent le plus abondamment cette expression. Son sens leur semble évident par lui-même, et surtout la fonction essentielle de cette notion dans le discours public est aujourd'hui d'intimider les contradicteurs, à peu près comme « les valeurs de la République » : il ne s'agit pas de signifier à vos interlocuteurs une idée aux contours bien délimités qui pourrait rentrer dans un échange dialectique mais de leur faire comprendre que leurs propos sortent des bornes du discours raisonnable et qu'il donc serait absurde de discuter sérieusement de leurs propositions. Il s'agit, en d'autres termes, de leur intimer l'ordre de se taire.

Cet usage polémique du terme « État de droit » est fort dommageable, (de même d'ailleurs que l'usage semblable de l'expression « valeurs de la République ») parce que l'on peut s'attendre à ce que ces abus finissent, dans un premier temps, par restreindre indûment la réflexion et ainsi nous exposer inutilement à de graves dangers, et, dans un second temps, par discréditer totalement une notion pourtant importante.

Essayons par conséquent de déterminer aussi exactement que possible ce que peut bien être cet « État de droit » dont tout le monde parle actuellement.

L'expression « État de droit » est à peu près l'équivalent de l'expression anglo-saxonne « *The rule of law* ». Elle contient deux idées différentes et inégalement complexes.

La première idée qui se trouve contenu dans « l'État de droit » est qu'il est préférable d'être gouverné par des lois, même mauvaises, même brutales, même absurdes - pourvu qu'elles soient effectivement appliquées - que par une autorité arbitraire ou que de vivre dans l'état de nature, c'est-à-dire en l'absence de toute autorité politique (« l'absence de tout supérieur commun pour régler nos différends », selon l'expression de Locke). Des lois dont tous peuvent avoir connaissance, même si elles sont mauvaises, même si elles sont brutales, même si elles sont absurdes offrent une meilleure protection pour notre vie, nos biens, notre liberté, tout ce qui nous est cher, qu'un gouvernement sans loi. Les lois, même aussi mauvaises qu'on puisse les supposer, par leur caractère public et fixe permettent du moins à chacun de savoir ce qu'il peut faire et ne pas faire et comment éviter que le gouvernement s'en prenne à lui. La loi est préférable au caprice du prince qui, par son caractère imprévisible, prive totalement les individus de leur tranquillité d'esprit et finit par geler toute initiative privée.

L'expression classique de cette idée a été formulée par Hans Kelsen, le prince des positivistes : pour Kelsen l'État de droit est simplement un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit. L'État respecte les normes qu'il a lui-même édicté de sorte que sa puissance se trouve limitée. Dans ce modèle, chaque norme tire sa validité de sa conformité aux normes supérieures, et de rien d'autre.

Si par «État de droit» nous voulons simplement dire, comme Kelsen, «la loi vaut mieux que l'arbitraire», alors pour nous «l'État de droit» sera identique à l'état actuel du droit. Nous ne nous soucions pas du contenu des lois mais simplement du fait d'avoir des lois et que celles-ci soient appliquées. En ce cas, ceux qui mettent en avant «l'État de droit» pour s'opposer à telle ou telle proposition visant à lutter contre le terrorisme, ou plus largement à lutter contre la criminalité, veulent simplement dire : «cette proposition n'est pas conforme à l'état actuel de notre droit».

Mais bien entendu ceux qui brandissent «l'État de droit» veulent dire plus, même s'ils ne l'explicitent pas.

Si l'on peut assez aisément s'accorder sur le fait qu'obéir à la loi vaut mieux qu'être soumis à l'arbitraire des hommes, personne ne pourra se satisfaire longtemps d'être gouverné par des lois mauvaises, brutales ou absurdes sous prétexte que cela vaut mieux que l'absence de lois. Nous ne voulons pas seulement être gouvernés par la loi, nous voulons être gouvernés par de bonnes lois. Être bien gouverné est un désir naturel au cœur de l'animal politique qu'est l'être humain, même si ce désir est rarement satisfait. Et c'est à ce point que les choses se complexifient.

Ce que veulent dire, en effet, la plupart de ceux qui opposent «l'État de droit» à telle ou telle proposition visant à renforcer notre sécurité c'est : «ce que vous proposez n'est pas conforme aux exigences de la justice», c'est-à-dire, pour parler plus précisément, «ce que vous proposez est contraire à ce qui est juste par nature ou au droit naturel». Autrement dit, ils mettent en avant le droit positif, mais ils identifient tacitement le droit positif et le droit naturel.

D'où le caractère confus et stérile de bien des débats politiques actuels : les débats portent en réalité sur le droit naturel, mais les arguments avancés reposent essentiellement sur le droit positif.

Arrêtons-nous un instant sur ces notions.

Le droit positif est l'ensemble des normes ayant valeur juridique sur un territoire donné, c'est-à-dire, à peu près, l'ensemble des normes dont les tribunaux accepteront de faire usage. Le droit positif, pour le dire de manière un peu réductrice mais parlante, c'est le droit que l'on peut invoquer devant les tribunaux. Il est, plus largement, celui au nom duquel il pourra être fait usage de la force publique. Par conséquent, c'est un droit éminemment variable. Le droit positif change à chaque fois que le législateur change d'avis et modifie la loi, ou bien à chaque fois que les juges changent d'avis et modifient leur jurisprudence. Le droit positif est, en ce sens, un droit purement humain, créé par les hommes.

Le droit naturel, lui, désigne ce qui est juste indépendamment du caprice des hommes et qu'aucune décision humaine ne peut changer, pas plus qu'une décision humaine ne saurait changer le fait que deux plus deux font quatre. Le droit naturel, c'est précisément ce que l'on peut opposer au caprice des hommes et aux variations du droit positif : à chaque fois que nous critiquons une décision du législateur nous faisons implicitement appel à une notion de droit naturel. Nous affirmons, ou nous présumons, qu'il existe des critères

de justice immuables que le législateur – le droit positif – devrait respecter, et qu'il est injuste lorsqu'il ne les respecte pas.

Tout cela n'est pas compliqué à comprendre. Le problème est que, de nos jours, cette notion de «droit naturel» est au mieux oubliée au pire discréditée. Parlez à un juriste de «droit naturel» et il vous regardera sans comprendre ce que vous dites ou bien lèvera les yeux au ciel en vous demandant, avec une pointe d'indignation dans la voix, de quelles «nuées» peut bien descendre ce «droit naturel» dont vous parlez, ce qui sous-entend qu'une telle chose n'existe évidemment pas et n'est destinée qu'à en imposer aux naïfs.

Nos hommes politiques, dont certains ont fait des études de droit et qui de toute façon tendent à déférer à l'avis des juristes dès lors qu'il est question de droit, suivent la même pente. Au surplus, nos hommes politiques n'aiment en général guère la notion de droit naturel car elle leur paraît s'opposer à la souveraineté nationale, c'est-à-dire, en pratique, à la capacité de la majorité parlementaire du moment à faire les lois qui lui plaisent.

Et pourtant, notre régime démocratique se veut bien l'expression d'une certaine sorte de droit naturel. Rappelons que selon l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.» C'est en vertu de ces droits naturels qui appartiennent à tout homme en tant qu'homme que «La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse.» (article 6).

Et pourtant, l'éminent professeur de droit qui, dans son enseignement, professe le positivisme le plus pur, dès lors qu'il estime par exemple «injuste» que tel de ses élèves n'ait pas été admis à tel concours, ou bien que son laboratoire n'ait pas bénéficié de tel crédit, ou tout autre chose du même genre, fait implicitement appel au droit naturel. Il reconnaît sans le dire qu'il existe des critères du juste et de l'injuste qui sont immuables et qui permettent de critiquer ou de louer les décisions des autorités en place.

Et pourtant, tout homme qui critique ou au contraire loue une législation existante, ou bien un régime politique, tout homme qui fait appel de ce qui est à ce qui devrait être, présuppose qu'il existe un droit naturel. Autrement dit, tout homme à un moment ou un autre de sa vie est jusnaturaliste. La seule vraie différence est entre ceux qui le savent et ceux qui l'ignorent.

Le second sens de «État de droit» est donc : État (ou gouvernement) dont les lois sont conformes à certains critères de droit naturel. Pour nous ce sera : État dont les lois respectent les droits naturels des individus, tels qu'énoncés par exemple dans la DHHC.

Il serait éminemment souhaitable que nos hommes politiques sachent d'une part, et qu'ils reconnaissent franchement d'autre part, que les débats sur «l'État de droit» portent en réalité sur le second sens de cette expression. Le débat essentiel ne porte pas sur l'état

actuel du droit mais sur ce qu'il devrait être et par conséquent l'état actuel du droit devrait cesser d'être employé comme argument dans le débat public, sauf pour faire remarquer que telle ou telle proposition ne pourra pas être mise en œuvre sans changer la loi. Et précisons que le terme de «loi» inclus ici toutes les normes juridiques, quel que soit leur niveau. La «loi» à changer peut donc très bien être la Constitution ou la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*.

Il serait aussi éminemment souhaitable que nos représentants sachent, ou comprennent, qu'il n'existe aucune formule définitive qui garantirait le bon équilibre entre nos différents droits fondamentaux. Telle législation, salubre en temps ordinaire, peut parfaitement se révéler nuisible lorsque des périls extraordinaires et inédits nous menacent. Il faut donc être capable de réévaluer constamment le droit existant pour l'adapter si nécessaire à des circonstances nouvelles et imprévues. Le but seul reste inchangé : assurer la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, ce qui est le but ultime de toute association politique, donc de toute loi dans une démocratie libérale.

Pour ses rédacteurs, la déclaration de 1789 n'était d'abord que cela : une déclaration. Elle ne créait ni n'accordait aucun droit, elle se contentait de rappeler ceux qui sont inhérents à la nature de l'homme et en tirait les conséquences principales pour l'organisation du pouvoir politique et de la société. Les principes qu'elle énonce ne sont pas censés être des normes juridiques invocables devant les tribunaux. Garantir nos droits naturels suppose de faire des lois qui réaliseront un équilibre entre les impératifs contradictoires des différents droits qui se trouvent dans la Déclaration¹. En société, aucun droit ne saurait être absolu, ce pourquoi la DDHC énonce que «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.»

La loi fixe les bornes de nos droits tels qu'ils peuvent être exercés en société, et ces bornes sont nécessairement variables.

C'est ainsi que, en avril 1861, Abraham Lincoln a pu suspendre temporairement les garanties de l'*Habeas Corpus* pour faire face à un péril très grave et inédit : la sécession des États du sud et la rébellion armée contre le gouvernement des États-Unis. «La totalité des lois étaient mises en échec et n'étaient plus exécutées dans pratiquement un tiers des États», expliqua-t-il au Congrès quelques semaines plus tard. «Toutes les lois sauf une [*L'Habeas Corpus*] devraient-elles donc restées inexécutées et le gouvernement s'écrouler pour que cette seule loi ne soit pas violée ?» Le gouvernement étant ce sans quoi aucun droit ne

¹ On le sait, par sa célèbre décision du 16 juillet 1971, le Conseil Constitutionnel a intégré au bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1958 et donc la DDHC (ainsi que le préambule de la Constitution de 1946). Les articles de la DDHC ont donc désormais valeur normative et servent au Conseil Constitutionnel à censurer le législateur. Cette décision du 16 juillet 1971 est cependant doublement critiquable. D'une part en ce qu'elle considère que le préambule fait partie de la Constitution, ce qui paraît à la fois contraire à la notion même de préambule – les trois coups qui précèdent le lever du rideau et annoncent le commencement de la pièce de théâtre ne font pas partie de la pièce elle-même – et contraire à l'intention des constituants telle que la révèle les travaux préparatoires. D'autre part en ce qu'elle donne une valeur normative à un texte qui n'a pas été conçu pour avoir une telle valeur, et qui ne peut en acquérir une qu'en ouvrant très largement la porte au gouvernement des juges. Ce qui est exactement ce qui s'est passé après 1971.

saurait être garanti ni aucune loi respectée, la priorité était de sauver le gouvernement. Lorsque l'application de la loi tourne au détriment de ce qu'elle était censée protéger, il peut être sage d'ignorer temporairement la lettre de celle-ci pour se conformer à son esprit.

Si donc, à la proposition du député X, le garde des Sceaux oppose : «votre proposition est contraire à l'État de droit car elle est contraire à la Constitution (ou à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel)», le député X devrait répondre : «Certes, monsieur le garde des Sceaux, et c'est précisément pour cela que nous proposons de modifier la Constitution sur ce point. La Constitution n'est qu'un instrument, destiné à assurer la protection de nos droits fondamentaux. Dès lors que cet instrument n'est plus adapté à son but, il est légitime de vouloir le modifier. Nous vous avons exposé les raisons pour lesquelles nous pensons que les propositions que nous avançons permettraient de mieux garantir nos droits naturels, et notamment notre droit à la sûreté. Si vous n'êtes pas d'accord avec nos propositions, expliquez-nous pourquoi, selon vous, nous avons tort, c'est-à-dire pourquoi elles mettraient gravement en péril d'autres de nos droits naturels, comme le droit à la liberté. Expliquez-nous pourquoi le nouvel équilibre que nous visons entre sûreté et liberté n'est pas le bon. Mais cessez de nous opposer le droit existant. Le droit existant ne nous convient pas.»

Si, à la proposition du sénateur Y, le Premier Ministre oppose : «votre proposition est contraire à l'État de droit car elle est contraire à la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*», rien ne s'oppose à ce que le sénateur Y puisse répondre : «certes, monsieur le Premier Ministre, et c'est précisément pour cela que nous proposons que la France sorte de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*². La Convention n'est qu'un instrument. La France l'a ratifié dans l'idée que cette Convention permettrait de mieux protéger les droits fondamentaux des citoyens français. Nous pensons aujourd'hui que cet instrument ne remplit plus son but. Pire, qu'il s'oppose à ce que nous garantissons de manière efficace le droit de nos concitoyens à la sûreté, ce pourquoi nous jugeons nécessaire de l'abandonner, et nous vous avons exposé les raisons pour lesquelles nous pensons ainsi. Si vous n'êtes pas d'accord avec cela, expliquez-nous pourquoi. Exposez-nous les raisons pour lesquelles, selon vous, sortir de la CEDH mettrait en péril les droits fondamentaux des Français. Mais cessez de nous opposer la CEDH. La CEDH ne nous convient plus.»

Le droit positif est censé nous protéger. Il serait absurde de nous laisser détruire par ce qui devait assurer notre protection au motif de lui rester indéfectiblement fidèle. La lettre tue et l'esprit vivifie.

2 Il pourrait sembler que la sortie pure et simple de la CEDH n'est pas nécessaire et que proposer un simple amendement de celle-ci sur le point litigieux serait suffisant. Malheureusement, outre la très grande difficulté de modifier la Convention, ce qui supposerait l'accord de tous les États signataires, le fonctionnement même de la cour de Strasbourg n'autorise pas une solution aussi limitée. La notion «d'interprétation évolutive» adoptée par celle-ci signifie en effet que les juges de la CEDH ne s'estiment pas tenus par la lettre de la Convention, comme ils l'ont d'ailleurs abondamment prouvé depuis longtemps. Modifier le texte n'est donc d'aucun secours tant que l'on accepte d'appliquer les jugements rendus par la cour. Sur cette question voir <http://www.institutpourlajustice.org/wp-content/uploads/2015/07/la-cedh-et-la-protection-des-droits-de-l-homme.pdf> ; ainsi que <http://www.institutpourlajustice.org/wp-content/uploads/2015/10/l-article-3-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-l-homme.pdf>. Pour la même raison, l'article 15 qui permet, en cas de guerre ou de danger public menaçant la vie de la nation, de déroger pendant un temps aux obligations de la Convention ne saurait offrir qu'un répit temporaire et non une solution. Le problème posé par la CEDH réside désormais dans la conception même des «Droits de l'Homme» que se fait la Cour et dans son «interprétation évolutive» qui contredit directement le droit fondamental qu'ont les individus à ne pas être gouvernés sans leur consentement, un droit qui est la première garantie de tous les autres.

DERNIÈRES PARUTIONS

- N°3 La politique pénale, l'idéologie anti-sécuritaire et le libéralisme**
Par Alain Wolfelsperger, économiste, ancien professeur à l'Institut d'Études Politiques de Paris.
- N°4 En finir avec l'angélisme pénal**
Par Alain Laurent, philosophe, essayiste et directeur de collections aux Belles Lettres.
- N°5 Justice : pour en finir avec les oligarchies syndicales**
Par Dominique-Henri Matagrín, magistrat honoraire.
- N°6 Justice restauratrice, justice dénégatrice**
Par Alain Laurent, philosophe, essayiste et directeur de collections aux Belles Lettres.
- N°7 La justice française face aux mutations du terrorisme**
Par M^e Thibault de Montbrial, avocat au Barreau de Paris et membre de l'Association des avocats pénalistes (ADAP).
- N°8 La sanction juridique du mensonge politique**
Par Élise Frélon, faculté de Droit de Poitiers.
- N°9 La justice des mineurs est « malade de son idéologie »**
Par Frédéric Carteron, magistrat
- N°10 Quelques réflexions à propos d'un article du journal *Le Monde* portant sur la police prédictive**
Par L'Institut pour la Justice.
- N°11 L'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants à l'interdiction du châtement ?**
Par Laurent Lemasson, Docteur en Droit Public et Science Politique, responsable des publications à l'Institut pour la Justice.
- N°12 Manifestations de policiers : entretien avec Patrice Ribeiro**
Par Patrice Ribeiro, secrétaire général du syndicat de policiers Synergie Officiers.
- N°13 La légitime défense et la lutte contre le terrorisme**
Par M^e Thibault de Montbrial, avocat au Barreau de Paris et membre de l'Association des avocats pénalistes (ADAP).
- N°14 Prison - Le choix de la raison**
Par Dominique Raimbourg, député PS de la 4^e circonscription de la Loire-Atlantique, et Stéphane Jacquot, fondateur de l'Association nationale de justice réparatrice (ANJR) et ancien secrétaire national de l'UMP.
- N°15 Home-jacking et légitime défense**
Par M^e Thibault de Montbrial, avocat au Barreau de Paris et membre de l'Association des avocats pénalistes (ADAP).
- N°16 Suicide en prison : rétablir la vérité**
Par Laurent Lemasson, Docteur en Droit Public et Science Politique, responsable des publications à l'Institut pour la Justice.

Les Tribunes Libres de l'Institut pour la Justice, réalisées par des experts du champ pénal, ont vocation à éclairer le débat public sur les enjeux relatifs à la Justice pénale.

Les opinions exprimées dans chacune des tribunes sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de l'association.

Contacts :

+ 33 (0)1 70 38 24 07

Email : publications@institutpourlajustice.org

Retrouvez l'ensemble des publications de l'Institut pour la Justice sur le site www.institutpourlajustice.org