



HAL
open science

État de Droit, Droits de l'Homme, Démocratie : une conjugaison problématique

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. État de Droit, Droits de l'Homme, Démocratie : une conjugaison problématique. C. Gonzales Palacios, T. Rensmann et M. Tirard. Démocratie et Etat de Droit, Ambassade de France à Lima, pp.35-46, 2013. halshs-00941087

HAL Id: halshs-00941087

<https://shs.hal.science/halshs-00941087v1>

Submitted on 3 Feb 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ETAT DE DROIT, DROITS DE L'HOMME, DÉMOCRATIE :

UNE CONJUGAISON PROBLÉMATIQUE

Eric Millard

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

1 - L'Etat de droit est la garantie de la démocratie et des droits de l'Homme. En première approche, on peut tenir que cette affirmation est une des évidences les mieux partagées du discours politique contemporain, pour lequel elle semble présenter au moins quatre traits caractéristiques. D'une part, la référence à l'Etat de droit y est récente, et semble liée à un besoin de repenser synthétiquement, à la lumière des changements politiques et historiques de la fin du XX^e siècle et du début de notre siècle, des questions centrales comme celle de la démocratie, celle des libertés ou celle de l'intervention de l'Etat. D'autre part, cette référence est largement partagée sur la scène mondiale : le concept de l'Etat de droit est une des conditions de tout projet politique en quête de reconnaissance ou de légitimité. Pourtant, cette reconnaissance est loin d'être universelle. Surtout, la référence à l'Etat de droit est une référence valorisée de façon univoque: l'état de chose auquel le terme renverrait n'est pas en débat, ni dans son essence, ni dans ses modalités ; il est entendu par tous que l'Etat de droit est paré de vertus positives aptes à réaliser la démocratie et à protéger les libertés, en tant qu'il « implique que la liberté de décision des organes de l'Etat est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge »¹.

Cette « popularité » politique est suspecte, et cache vraisemblablement un certain nombre de confusions, qui ne sont peut-être pas toutes involontaires. On ne peut pas, par exemple, exclure *a priori* que cette affirmation, dans le discours politique, fasse appel à un certain nombre de ressorts métaphysiques qui, dans un même temps, verraient dans l'Etat une réalité quasi-divine, en tant que puissance réellement existante, et indiqueraient des moyens propres à se protéger de ses foudres : le discours sur l'Etat de droit participe quelque peu d'une rhétorique de l'invocation, en tous les cas de la légitimation.

¹ J. Chevallier, L'ETAT DE DROIT, MONTCHRESTIEN, 2010

2 – L'affirmation qui fait de l'Etat de droit la garantie de la démocratie et des droits de l'Homme pose évidemment problème dans la mesure où elle procède avec trois groupes de termes (prétendant ainsi désigner trois concepts) pour le moins imprécis. Inutile de revenir sur les débats concernant les droits de l'Homme : quelle est leur place juridique (dans le système juridique) ou au-dessus du système, comme droits naturels ² ; quel est leur contenu réel ?

La polysémie du terme *démocratie*, d'un autre côté, est aussi bien connue. Diverses conceptions du pouvoir politique existent de fait, qui se disent démocratiques, tout en étant incompatibles, et même au sein d'une conception il y a difficulté à s'accorder sur un modèle précis, c'est-à-dire sur ce qui, dans cette forme d'organisation du pouvoir politique, est l'élément démocratique : démocratie procédurale, démocratie substantielle ou démocratie des valeurs. Est-ce le fait de parler au nom du peuple qui est alors l'élément démocratique ? ce n'est évidemment pas cela puisqu'aussi bien, n'importe quel pouvoir, aussi despotique soit-il, n'aurait qu'à se prétendre le représentant du peuple (affirmation en soi invérifiable dès lors que le peuple ici ne renvoie pas à une réalité empirique) pour se prétendre démocratique (et cela est loin d'être une hypothèse d'école). Dira-t-on plutôt que la démocratie réside dans la participation des gouvernés au jeu politique ? Surgit aussitôt la question des modalités : démocratie directe ou représentative ?, désignation des gouvernants, ou exercice du pouvoir de décision ? Diverses logiques s'opposent que je ne peux ici rappeler. Je constate simplement que c'est dans le droit de vote, dans l'élection ou le référendum, par exemple, qu'on place ainsi l'élément de démocratie. Or la seule existence du droit de vote ne suffit pas : il faut qu'il puisse être largement (étendue du corps électoral), librement (liberté de suffrage et pluralisme permettant un véritable choix) et également (égalité des suffrages) exercé.

La problématique de la démocratie dans les régimes auxquels on se réfère est justement là désormais : dans la conjugaison d'une approche formelle (la participation la plus large aux élections) que l'on entend contenir dans des limites matérielles (la protection de libertés fondamentales) ³. Autrement dit dans la construction d'une démocratie modérée, qui protégerait le peuple contre lui-même, qui ferait des individus la source du pouvoir (souveraineté du peuple), le moyen du pouvoir (corps électoral, référendum), la fin du pouvoir (droits de la personne).

² Sur ces questions, cf. E. Millard, *POSITIVISME ET DROITS DE L'HOMME, UNE QUESTION DOUBLEMENT STRATÉGIQUE*, 2012, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, p. 58 et suivantes.

³ Comp. A. Ross : *QU'EST-CE QUE LA DÉMOCRATIE ?* ; RDP, 1950, pp. 29-42

3 – L'Etat de droit quant à lui a une histoire dont il n'est pas inutile de rappeler les grandes lignes dans la mesure où, au fil du temps, le concept a été mobilisé par des théories d'inspirations fort différentes. On peut identifier au moins trois modèles de l'Etat de droit dans l'histoire des idées constitutionnelles⁴ : le modèle soi-disant libéral, le modèle matériel et le modèle formel. Encore convient-il de constater qu'il s'agit là de trois modèles successifs dans la seule pensée allemande, berceau du *Rechtsstaat* dès le XIX^e siècle.

a) Le modèle soi-disant libéral, qui préexiste au terme d'Etat de droit⁵, correspond à une idéologie politique : celle de la stricte séparation des sphères publiques et privées. L'Etat est limité et doit protéger la liberté des individus pour que la sphère privée (et notamment le marché) se régule d'elle-même. En conséquence, les règles de droit doivent être générales et abstraites (d'où le culte de la Loi), et rationnelles (dans la continuité des philosophies des Lumières et de Kant). Cette idée de rationalité définit un critère non pas matériel mais formel, puisque c'est la procédure de législation qui est supposée la garantir (l'adoption parlementaire de la loi).

b) Le modèle matériel correspond au constitutionnalisme allemand du milieu du XIX^e siècle (avant Bismarck), qui forge le terme de *Rechtsstaat*⁶. L'Etat est d'abord perçu comme une réponse au besoin d'unité à laquelle aspire la bourgeoisie allemande, et l'Etat de droit comme le moyen de garantir ses libertés : l'Etat est assimilé à une personne (le monarque) qui ne peut remplir ses missions qu'au moyen du droit, et dans son respect. Le souverain est limité par le principe de légalité, qui place le droit au-dessus de l'Etat, et qui le suppose exister objectivement indépendamment de l'Etat. Or ainsi conçu, l'Etat de droit est devenu un modèle matériel : il correspond à une revendication (celle que l'Etat respecte ce droit supérieur), non à une technique qui indiquerait une limitation juridique.

c) Le modèle formel correspond au positivisme juridique (fin du XIX^e siècle). L'Etat est une personne juridique et le droit un ensemble de normes réalisant l'ordre prescrit par la constitution (une hiérarchie de normes). Il n'y a donc pas de droit au-dessus de l'Etat, et la

⁴ K. Tuori, *Four Models of the Rechtsstaat*, in M. Saksliin, THE FINNISH CONSTITUTION IN TRANSITION, Hermes-Myynti Oy, 1991, pp. 31-41. Le quatrième modèle que Kaarlo Tuori envisage est un modèle d'Etat de droit démocratique, dont il précise immédiatement qu'il s'agit d'un modèle prescriptif qu'il entend défendre.

⁵ En ce sens, comme projet politique, le concept est antérieur à sa désignation : le constitutionnalisme est un modèle de ce que l'on qualifie désormais de théorie de l'Etat de droit.

⁶ La paternité du terme est attribuée généralement à R. von Mohl dans son ouvrage DIE POLIZEI-WISSENSCHAFT NACH DEN GRUNDSÄTZEN DES RECHTSSTAATES (1832).

réponse à la limitation juridique du pouvoir de l'Etat réside dans l'auto-limitation⁷. L'Etat de droit est celui dans lequel les organes de l'Etat doivent respecter les normes juridiques que les organes supérieurs de l'Etat ont édictées⁸.

Ces trois modèles ont des implications démocratiques variables. Le modèle libéral réclame la démocratie pour fonctionner puisque l'exigence de rationalité se trouve satisfaite par l'adoption législative si le législateur émane du peuple. Dans le modèle matériel en revanche, la procédure législative n'est plus la garantie des libertés, et il n'est pas nécessaire de conjuguer cette exigence avec une approche démocratique. Le modèle formel quant à lui n'exige pas la démocratie, même s'il revêt des implications démocratiques virtuelles.

4 - L'Etat de droit est devenu un concept visé par certains textes constitutionnels : par exemple en République Fédérale Allemande où la Loi fondamentale porte que : « l'ordre constitutionnel dans les Länder doit être conforme aux principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi »⁹, en Espagne où le Préambule de la constitution proclame la volonté de la nation « de consolider un Etat de droit qui assurera le règne de la loi »¹⁰, ou au Portugal dont la constitution définit la République comme « un Etat de droit démocratique »¹¹.

En France sous la V^e République l'émergence du contrôle de constitutionnalité, en soumettant dans certaines conditions le législateur à un contrôle sur la loi qu'il vote, semble réaliser une des techniques exigées par l'Etat de droit : la soumission de la loi à la constitution ; et d'autant plus que depuis 2010 la question prioritaire de constitutionnalité permet un recours en exceptionnalité des individus eux-mêmes.

Les textes que j'ai évoqués (RFA, Espagne, Portugal) présentent cependant la particularité de se référer à l'Etat de droit en éprouvant le besoin de le préciser : « Etat de

⁷ Cf. G. Jellinek, L'ETAT MODERNE ET SON DROIT (1904).

⁸ Tout comme le modèle de l'Etat de droit préexistait à l'usage du terme, il perdure (sans éprouver le besoin de se justifier par le recours à ce terme Etat de droit) dans sa formalisation la plus rigoureuse, le normativisme kelsénien.

⁹ Loi fondamentale du 23/5/1949, art. 28.

¹⁰ Préambule de la constitution du 27/12/1978. Est-ce alors la théorie de la *Rule of Law* qui rencontre celle de l'Etat de droit ? L'art. 1 dispose également que l'Espagne « se constitue en un Etat social et démocratique de droit, qui défend comme valeurs supérieures de son ordonnancement juridique la liberté, l'égalité et le pluralisme politique ».

¹¹ Constitution du 2/4/1976, art. 2.

droit démocratique », « Etat de droit assurant le règne de la loi », « Etat de droit républicain, démocratique et social ». C'est l'indice sans doute de l'apparition de nouveaux modèles.

Ceux-ci s'inscrivent à nouveau, à l'encontre du modèle formel qui semblait l'avoir emporté, dans une conception matérielle de l'Etat de droit, en mettant en doute que le système issu du modèle positiviste (la hiérarchie des normes) puisse par essence être démocratique, républicain ou social. Ainsi la Cour constitutionnelle allemande ne conçoit pas l'Etat de droit comme défini par une quelconque disposition de la Loi fondamentale, mais comme un renvoi à des principes et des idées directrices supérieures à ces dispositions.

C'est notamment à partir du débat sur l'Etat-providence que cette référence trouve à s'appliquer : comment concilier la demande d'intervention publique, qui appelle nécessairement pour être efficace différenciation et discrimination d'un certain point de vue (cf. l'action positive, *affirmative action*), et la garantie des libertés ? Le modèle démocratique de l'Etat de droit ressemble au modèle soi-disant libéral en ce qu'il porte une exigence explicite de démocratie, et repose sur une rationalité procédurale. Mais dans le modèle démocratique, la sphère privée et publique ne sont plus strictement séparées, et l'Etat est investi de tâches qui présupposent l'action positive. La généralité des lois ne peut plus être une condition de l'Etat de droit, et la rationalité procédurale est déplacée dans le débat public prenant place au sein d'une société pluraliste ¹² ?

Pourtant, même ainsi (sur)défini, ce modèle de l'Etat de droit n'est peut-être pas nécessaire, et est en tout cas insuffisant, pour garantir les libertés et droits d'une société démocratique.

5 – C'est évidemment le cas si la conception que l'on retient de l'Etat de droit est une conception strictement matérielle. Dès lors que l'on considère que l'Etat de droit est la soumission du droit de l'Etat à un idéal supérieur à l'Etat, on identifie en réalité l'Etat de droit non à une technique d'organisation juridique du pouvoir politique mais à un projet politique.

Si l'on conjugue cette approche matérielle avec la démocratie (ce qui n'est qu'une option : il peut y avoir une conception non démocratique dans ce modèle de l'Etat de droit, comme cela a déjà été souligné), on en vient en fait à assimiler la démocratie et l'Etat de droit, en donnant un contenu (la limitation des organes de l'Etat par le droit, l'organisation de procédures démocratiques de désignation des gouvernants) à la notion de démocratie. Dire que le projet politique « Etat de droit » est nécessaire à la démocratie est ici une tautologie : le projet politique est nécessaire à lui-même, l'Etat de droit est la démocratie.

¹² Cf. K. Tuori, *Four Models of the Rechtsstaat*, précité.

Chez Kelsen notamment, la théorie de l'Etat de droit, quoique reposant sur des éléments formels, est prescriptive et matérielle : elle lie la hiérarchie des normes au projet politique démocratique pour apprécier si ce projet démocratique peut se réaliser autrement qu'au moyen de l'Etat. En ce sens, elle suppose le préalable de l'Etat de droit (hiérarchie des normes), mais indique que cet Etat de droit doit de plus répondre à d'autres conditions, qui correspondent aux postulats de la démocratie. Entendu dans ce sens spécifique, il s'agit alors d'un « ordre juridique relativement centralisé qui présente les traits suivants : la juridiction et l'administration y sont liées par des lois, c'est-à-dire par des normes générales qui sont décidées par un parlement élu par le peuple, avec ou sans la collaboration du Chef d'Etat qui est placé à la tête du gouvernement ; les membres du gouvernement y sont responsables de leurs actes ; les tribunaux y sont indépendants ; et les citoyens s'y voient garantir certains droits de liberté, en particulier la liberté de conscience et de croyance, et la liberté d'exprimer leurs opinions »¹³.

6 - Or les mêmes arguments montrent que l'on peut penser la démocratie sans l'Etat de droit et que l'on doit penser cette démocratie au-delà de l'Etat de droit. La conception matérielle se heurte à la question de l'effectivité, là où la conception formelle se révèle inefficace. Cette critique est devenue classique depuis Kelsen¹⁴, duquel se réclame pourtant certains partisans de l'Etat de droit (notamment quant à la hiérarchie des normes, reposant sur la suprématie constitutionnelle que rend effective l'existence d'un juge constitutionnel). En France, elle a été précisée notamment par Michel Troper¹⁵, pour qui la soumission de l'Etat au droit est impossible (modèle matériel), alors que l'intervention des organes de l'Etat au moyen du droit (conséquence de l'identification de l'Etat et du droit comme organisation politique reposant sur une hiérarchisation des normes), inévitable, est inefficace : elle concerne tout Etat, même non démocratique, même ne respectant pas les libertés.

7 - Croire alors que l'on peut soumettre l'Etat au droit, et particulièrement s'assurer que les libertés visées par la norme fondamentale, ou par un projet politique constitutif, sont parfaitement garanties, s'apparente à une démarche d'auto-conviction.

¹³ H. Kelsen, THÉORIE PURE DU DROIT, Dalloz, 1962, p. 411.

¹⁴ Par exemple, THÉORIE PURE DU DROIT, précité, p. 411.

¹⁵ LE CONCEPT D'ETAT DE DROIT, précité.

Reprenons l'argumentaire tel qu'il se présente : des libertés et des droits civils, politiques, ou sociaux, incluant notamment des procédures démocratiques, sont garantis car la liberté de décision des organes de l'Etat est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge.

Il consiste donc à poser d'une part l'existence d'une hiérarchie des normes, que l'on présente comme effective en raison de recours possibles devant un organe supposé neutre, et indépendant, c'est-à-dire dont l'intervention dans cette conception serait exempte de signification politique ou (ce qui revient au même du point de vue de cette théorie politique) ne traduirait pas l'exercice d'un pouvoir normateur, et à qui l'on s'en remet pour faire vérifier la validité d'actes juridiques ; d'autre part la référence à un ensemble de dispositions matérielles (l'affirmation des libertés, droits, procédures démocratiques,...) supposées elles-mêmes nécessairement normatives et claires .

Comment ce système pourrait-il fonctionner ?

Il faudrait pour cela que le juge soit effectivement la « bouche » de la constitution, or plus aucune théorie sérieuse ne croit en cela : ni les théories positivistes élaborées (réalisme, normativisme), qui soulignent que les juges ne peuvent pas ne pas décider, y compris la constitution ; ni les théories cognitivistes élaborées, qui réclament que le juge décide la supraconstitutionnalité (rationnellement : Atienza, Alexy, etc.)

Tel qu'il fonctionne en vertu du pouvoir des juges (qui décident la constitution), cet état de droit est-il encore démocratique ? La réponse réside classiquement dans la question de la révision constitutionnelle : dans le fait que le peuple souverain dispose du pouvoir constituant (qu'il exerce directement ou par l'intermédiaire des représentants qu'il désigne), c'est-à-dire très exactement de ce pouvoir juridique de décider en dernier ressort du droit. Or le peuple pourrait adopter démocratiquement ainsi des dispositions contraires aux dispositions matérielles que la constitution installe et que les juges défendraient. Cela pourrait justifier qu'elles ne soient pas révisables, et ce n'est pas une hypothèse d'école (cf. Colombie *juizio de substitution*). Le pouvoir de décider juridiquement en dernier ressort du droit, sur les questions qui sont soustraites à la révision, n'appartient plus au peuple ou à ses représentants ; il appartient au juge, c'est-à-dire à un organe non représentatif de l'Etat. Si un conflit surgit sur l'interprétation ou l'application des dispositions non révisables, il n'existe plus par définition de procédure juridique qui permettrait au peuple ou à ses représentants de manifester leur désaccord avec la vision des juges. Il existerait des procédures de fait, mais une théorie qui contraint à fermer les voies juridiques pour ne prévoir que le coup de force pour sortir de ses impasses est-elle une bonne théorie ?

La démocratie ici postulée ne peut plus être l'expression d'une certaine volonté du nombre dans l'indéterminé de la décision politique, ni même l'affirmation d'un ensemble de valeurs (droits, etc.), mais réside dans une simple mécanique (prétendument exclusive du politique), qui repose uniquement sur l'idéalisation de la raison pratique du juge.

La référence à l'Etat de droit occulte que la question essentielle est bien celle de la démocratie : la question de sa définition politique, et non celle des moyens, qui ne vient qu'après ; sous couvert de limitation de l'Etat, le concept d'Etat de droit fonde, légitime, et conserve le pouvoir réel derrière l'Etat. Le lien entre démocratie et droits de l'Homme laisse ouverte la question de savoir si nous voulons les droits de l'Homme comme moyens et garanties pour faire fonctionner la démocratie, ou si nous voulons les droits de l'homme comme fins et limites de la démocratie.

8 - Le modèle matériel vide la démocratie procédurale de sens, même s'il peut servir à défendre les droits de l'homme (en réalité, même si ceux qui exercent le pouvoir juridictionnel constitutionnel veulent défendre les droits de l'homme, ce qui n'est jamais assuré, et fait courir un risque aux libertés) : il la limite et les phénomènes analysés sous le nom de néoconstitutionnalisme (à ne pas confondre avec le *nuevo constitucionalismo*) le démontre aisément.¹⁶ De son côté, le modèle formel paraît clairement lui aussi inefficace (en réalité pas plus que le modèle matériel, dès lors que le Peuple veut défendre les droits de l'Homme, ce qui n'est jamais assuré, et fait courir un risque aux libertés). Nous ne pouvons choisir deux paradigmes, dont aucun ne nous permet d'assurer la démocratie et les droits de l'homme. Selon nos priorités (c'est-à-dire aussi selon l'histoire que nous pouvons construire, qui diffère en Europe et en Amérique latine), nous privilégions l'un ou l'autre : la démocratie ou les droits de l'Homme ; et nous faisons courir un risque à ce que nous n'avons pas privilégié. Si nous sommes conscient que nous devons choisir, restons au moins conscients aussi des conséquences de nos choix : ne renonçons pas à ce que nous ne pouvons garantir.

¹⁶Cf E. Millard, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND NORM CREATION, in J.-M. Adeodato, Human Rights and the Problem of Legal Injustice, IVR-CAPES, Recife, 2013, pp. 259 et s.