



HAL
open science

L'État de droit controversé

Jacques Chevallier

► **To cite this version:**

Jacques Chevallier. L'État de droit controversé. Lettre Actualités Droits-Libertés, 2024, Actualités Droits-Libertés - Revue des droits de l'Homme (RevDH, 2264-119X), 2024 (3 - juin), pp.1-12. 10.4000/revdh.19023 . halshs-04610457

HAL Id: halshs-04610457

<https://shs.hal.science/halshs-04610457>

Submitted on 17 Jun 2024

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.

L'État de droit controversé

Jacques Chevallier



Electronic version

URL: <https://journals.openedition.org/revdh/20063>

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Jacques Chevallier, "L'État de droit controversé", *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 03 June 2024, connection on 03 June 2024. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/20063>

This text was automatically generated on June 3, 2024.

The text and other elements (illustrations, imported files) are "All rights reserved", unless otherwise stated.

L'État de droit controversé

Jacques Chevallier

- 1 L'application en France du système de l'État de droit fait figure d'axiome, excluant à première vue toute possibilité de controverses. L'État de droit apparaît en effet indissociable de la conception de l'organisation politique qui s'est progressivement imposée en France : sous-tendu par une vision libérale de l'exercice du pouvoir, il implique que les gouvernants ne disposent pas d'une autorité sans partage mais exercent une fonction encadrée et régie par le droit. Plongeant ses racines très loin dans l'histoire, cette conception a trouvé dans la théorie de l'État de droit forgée par les juristes à partir de la fin du XIXe siècle une nouvelle formalisation, avant d'être ancrée dans le droit positif. D'abord conçu de manière formelle, à travers l'existence d'un ordre juridique hiérarchisé dont le respect devait être garanti par le contrôle d'un juge indépendant, le système de l'État de droit a acquis depuis lors une dimension substantielle, passant par la consécration d'un ensemble de droits : le système de l'État de droit en est ainsi venu à reposer sur l'imbrication d'aspects formels et substantiels perçus comme indissociables¹.
- 2 Au terme de cette évolution, l'État de droit semblait être voué à un processus constant d'élargissement et d'approfondissement : tandis que le perfectionnement de l'architecture formelle s'est traduit par le renforcement du contrôle juridictionnel à tous les niveaux, notamment sur le respect de la Constitution, un étage supplémentaire formé des normes internationales et européennes a été intégré dans la hiérarchie des normes ; et un bloc sans cesse plus consistant de droits a été construit, assorti des garanties juridiques appropriées. Cette dynamique a été renforcée par le mouvement de diffusion de la thématique de l'État de droit qui s'est produit au niveau mondial à partir des années 1980 : l'État de droit a alors acquis une portée nouvelle, en étant érigé à la hauteur d'un standard international auquel les États sont invités à se conformer ; désormais paré des attributs de l'universel, l'État de droit paraissait être en France plus que jamais mis à l'abri de toute contestation.
- 3 Cette présentation n'était qu'en partie le reflet de la réalité. D'une part, l'approfondissement de l'État de droit ne se présente pas comme un processus linéaire : non seulement il a été assorti de mouvements conjoncturels de reflux (régime de Vichy,

guerre d'Algérie...), mais encore les garanties de l'État de droit ne se sont pas étendues uniformément et d'importantes failles subsistent dans le contenu et la protection des droits. D'autre part, et plus généralement, l'idée d'un pouvoir entièrement encadré et régi par le droit a toujours comporté une part d'illusion, aboutissant à prêter aux énoncés juridiques une efficacité de principe. Néanmoins, ces limites ne suffisaient pas à remettre en cause les croyances collectives concernant le bien-fondé de l'État de droit : celui-ci était posé comme une valeur en soi, s'imposant sur le mode de l'évidence ; le constat de failles était rapporté à son incomplétude et impliquait le renforcement de ses mécanismes.

- 4 Les controverses qui entourent désormais en France l'État de droit constituent un phénomène nouveau, montrant que les croyances dont il faisait l'objet tendent à s'effriter : un discours critique, provenant d'acteurs variés, est né, témoignant d'un contexte différent (I) ; les divers registres sur lesquels il se situe mettent en cause certaines des implications du système de l'État de droit (II), au risque de compromettre son architecture d'ensemble (III).

I/- L'émergence d'un discours critique

- 5 Le débat en France autour de l'État de droit a changé de nature au cours des dernières années. Jusqu'alors les discussions portaient, pour l'essentiel, sur ses conditions de réalisation : l'accent était mis sur l'insuffisance du dispositif, les limites des garanties et les entorses trop fréquentes à ses principes ; il s'agissait de combler ces lacunes, en tirant toutes les implications de l'État de droit et en améliorant son effectivité. Les points de vue dissidents, mettant notamment en cause la montée en puissance des juges², ne touchaient pas aux fondations de l'État de droit. Or, on assiste dorénavant au développement d'un discours critique de tonalité nouvelle, n'hésitant plus à s'attaquer à l'architecture du système, voire à s'interroger sur son existence ; s'il reste minoritaire, il n'en révèle pas moins un affaiblissement des croyances dans le bien-fondé de l'État de droit. Indissociable d'un mouvement plus général témoignant d'un nouvel air du temps (A), ce discours provient de différents cercles d'acteurs (B).

A/- Un nouvel « Air du temps »

- 6 1° Alors que la diffusion de l'État de droit au niveau mondial a constitué pour le système français un puissant appui, le contexte international a changé : l'idée que l'État de droit avait accédé au rang de valeur universelle, qui s'était imposée à la faveur de l'effondrement des modèles alternatifs, n'a pas résisté à la transformation des équilibres internationaux depuis les années 2000. Cette hégémonie était en réalité plus apparente que réelle : la référence à l'État de droit était souvent rhétorique, recouvrant des conceptions et des pratiques d'inspiration très différente ; le concept d'État de droit se présentait fréquemment comme une coquille vide, dépourvu des significations dont il était ordinairement revêtu.
- 7 Désormais, la volonté de rompre avec le système de l'État de droit est clairement revendiquée et affichée par certains pays : la Russie s'est délibérément affranchie du respect de ses principes et la doctrine Xi Jinping d'un « socialisme aux caractéristiques chinoises pour une nouvelle ère » a entendu se prémunir des effets délétères de la conception occidentale de l'État de droit. Non seulement l'État de droit ne s'impose plus

comme une évidence, mais encore il subit la concurrence d'autres modèles qui entendent en prendre le contrepied. La crise que connaissent les démocraties libérales a porté par ailleurs des coups sévères à l'État de droit : la version « illibérale », qui en est la concrétisation, entend en effet réduire la démocratie aux processus électifs, en allégeant le poids des contraintes juridiques. Le gouvernement Orban, arrivé en Hongrie à la suite des élections de 2010 a ainsi entendu conduire une authentique « révolution nationale », en n'hésitant pas à s'affranchir des principes de l'État de droit : cette vision a gagné du terrain, en Europe (en Pologne entre 2015 et 2024, en Slovaquie depuis 2024...), mais aussi sur tous les continents. Et, dans les pays qui continuent à se réclamer du modèle libéral, l'État de droit, s'il reste une référence incontournable, est lui-même l'objet d'un processus de redéfinition, qui contribue à en atténuer la force symbolique et la portée concrète : des signes d'affaiblissement, voire de régression, de certaines des garanties qu'il offrait se manifestent ; une menace plus grave est apparue avec les épisodes de contestation radicale des règles du jeu politique (aux États-Unis en 2020, au Brésil en 2023).

- 8 2° Le reflux des croyances dans les vertus de l'État de droit a été dans une large mesure lié à l'émergence de menaces auxquelles il ne paraît pas capable de faire face et qui appellent un rapport différent au droit. Marquée du sceau de l'insécurité, la société contemporaine est caractérisée par l'apparition de nouveaux risques et la montée de périls de toute nature, qui transforment les conditions d'utilisation de l'outil juridique. Confrontés à des formes de terrorisme radicalement nouvelles, les États ont été ainsi amenés à apporter deux types d'exceptions au système de l'État de droit : d'une part, la mise à l'écart temporaire de certains principes juridiques en vue de surmonter les épisodes de crise grave ; d'autre part, l'application durable de règles juridiques dérogeant pour faire face à un péril devenu permanent. De même, la lutte contre la pandémie a amené tous les pays à recourir à des mesures dérogeant au cadre juridique normal et portant atteinte à un ensemble de droits et libertés. Au sortir de la crise sanitaire, la réapparition de la guerre en Europe, suite à l'invasion par la Russie de l'Ukraine, a entraîné, non seulement le renforcement des dispositifs régaliens, mais encore l'adaptation des institutions et du droit. La crise énergétique et l'urgence climatique constituent de nouveaux défis auxquels l'État se trouve désormais confronté. Si l'État de droit reste une référence nécessaire, les entorses à ses principes tendent ainsi à se multiplier.
- 9 Ce nouvel « air du temps » constitue un terreau fertile pour le développement, en France, d'une critique nouvelle de l'État de droit.

B/- Le processus de diffusion

- 10 La montée d'un discours critique sur l'État de droit ne signifie pas que celui-ci soit pour autant, dans son principe, contesté. Le discours se présente sous la forme d'une dénonciation de certaines dysfonctions qui caractériseraient désormais le système de l'État de droit : les dérives qu'il connaît et les insuffisances qu'il subit le rendraient incapable de répondre aux défis auxquels la France est confrontée. Ce discours provient d'une série d'acteurs, situés dans des champs différents mais qui se rejoignent et s'appuient réciproquement, dans un système de transactions collusives. Dans le champ politique, le discours, formulé pour l'essentiel à droite et servant en tant que tel de marqueur politique, sert d'argument pour contester des choix gouvernementaux et

soutenir des propositions de réformes institutionnelles ; il est aussi parfois utilisé par les gouvernants pour s'affranchir de certaines contraintes juridiques. Relayé par des juristes, réticents face aux nouveaux contours de l'État de droit, et des intellectuels, soucieux de réhabiliter le volontarisme politique, le propos a trouvé un large écho dans les médias, qui tiennent lieu de caisse de résonance. Son activation dépend de variables contextuelles.

- 11 1° Au-delà du domaine pénal qui a toujours constitué un terrain privilégié du débat sur les implications de l'État de droit³, celui-ci est désormais en grande partie polarisé par les questions sensibles du terrorisme et de l'immigration.
- 12 La question de la compatibilité du système de l'État de droit avec la lutte contre le terrorisme s'est posée à la suite des attentats de novembre 2015. Les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ont en effet été jugées à droite insuffisantes : il fallait selon Nicolas Sarkozy « *tirer les conséquences des failles* » enregistrées, notamment par des mesures d'assignation à résidence. Si les propositions les plus radicales de l'opposition ont été écartées, un projet de « déchéance de nationalité pour les binationaux » n'en avait pas moins été avancé par le président de République, parlant de « *France en guerre* », et la fragilité de certains dispositifs par rapport aux exigences de l'État de droit a été délibérément assumée par les gouvernants⁴. Les attentats de Nice (14 juillet 2016) et dans l'Église Saint-Étienne-du-Rouvray (26 juillet 2016) ont donné une nouvelle acuité au débat. Alors que les gouvernants appelaient au respect de l'État de droit (M. Valls, B. Cazeneuve), les prises de position à droite ont été fortes et nombreuses : « *les arguties juridiques, les précautions, les prétextes à une action incomplète ne sont pas admissibles* » (N. Sarkozy), « *les cadavres ne parlent pas de l'État de droit* » (E. Ciotti), celui-ci n'est qu'une « *notion relative* » (G. Larrivé) ; « *Il faut modifier l'État de droit afin de l'adapter à l'ampleur de la menace* » (N. Sarkozy), ne pas « *se réfugier systématiquement derrière cette sacro-sainte Constitution* » (D. Douillet, L. Wauquiez, C. Estrosi) et ne pas hésiter à la modifier, notamment pour permettre la rétention administrative des « fichés S ». Des juristes viennent appuyer hautement ce point de vue : « *nous juristes, intellectuels ... nous ne pouvons nous contenter de l'incantation simpliste du maintien de l'État de droit et des libertés individuelles* », « *le maintien de l'absolue primauté des droits individuels est mortifère* » (B. Mathieu), « *il faut en finir avec la religion des droits de l'homme* » (J.L. Harouel).
- 13 En ce qui concerne l'immigration, l'exercice consistant à légiférer en permanence sous l'ombre portée du Conseil constitutionnel n'a pas interdit l'adoption de lois de plus en plus restrictives, privant le discours critique d'une part de sa pertinence. En revanche, le processus ayant conduit à celle du 26 janvier 2024 a suscité de vives réactions : le Gouvernement ne s'étant pas opposé au texte voté par le Parlement, alors qu'un doute sérieux existait sur la constitutionnalité de certaines dispositions⁵, le texte a en effet été expurgé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25 janvier. On a pu dès lors dénoncer un « *coup d'État de droit* » (L. Wauquiez), un « *coup d'État institutionnel* » (F.X. Bellamy), un « *coup de force du juge* » (J. Bardella), ou encore un « *hold-up démocratique* » (E. Ciotti) ou « *prise d'otage institutionnel* » (B. Retailleau), la décision ayant « *vidé de son contenu une loi votée par les deux tiers des parlementaires soutenus par les Français* » (L. Wauquiez) : l'État de droit rendrait ainsi « *l'État impuissant sur l'immigration illégale* », la question étant de savoir s'il est « *encore possible de légiférer en matière d'immigration* » (J.E. Schoettl, J.E. Camby). Le refus opposé par le Conseil à l'organisation d'un référendum d'initiative partagée sur ce thème suscitera les mêmes

réactions. La décision du Conseil constitutionnel du 28 mai 2024 jugeant que l'exclusion des personnes en situation irrégulière du dispositif de l'aide juridictionnelle résultant de la loi du 10 juillet 1991 « méconnaissait le principe d'égalité devant la justice » entraînera des critiques comparables.

- 14 2° La campagne pour l'élection présidentielle de 2022 a été marquée par une large offensive contre l'État de droit, tous les candidats de droite et d'extrême droite s'étant déclarés prêts à suspendre certaines des garanties de l'État de droit au nom de la « *souveraineté nationale* » et de la « *lutte contre l'immigration* » : la Constitution était appelée à subir, dans cette perspective, de profondes modifications, ayant tous les traits d'une « *révolution juridique* ». Cette offensive s'est depuis lors poursuivie, appuyée par quelques prises de position d'intellectuels : l'État de droit aurait été « *mis en avant pour faire fi de la volonté populaire* » (A. Finkielkraut) et ne serait plus qu'un concept « *vide* » (M. Houellebecq).
- 15 Un discours critique sur l'État de droit s'est donc développé récemment en France : il mobilise plusieurs registres qu'il associe de manière variable.

II/- La pluralité de registres

- 16 La critique de l'État de droit est sous-tendue par la dénonciation de certaines dérives résultant de l'interprétation actuelle qui lui a été donnée : placé dans un contexte nouveau, le régime de l'État de droit aurait, à l'épreuve du réel, révélé une série de dysfonctions qui, si elles ne conduisent pas à mettre son principe en cause, justifieraient un réajustement de son contenu et une redéfinition de ses implications. Derrière la critique de l'État de droit se profile ainsi une quadruple critique de fond : celle de la nouvelle conception de la hiérarchie des normes résultant de l'intégration du droit international et du droit européen (A) ; celle du pouvoir que les juges se seraient arrogé à tous les niveaux, en s'appuyant sur leur statut de garants de l'État de droit (B) ; celle de la prolifération des droits consécutive à la promotion de la catégorie des droits fondamentaux (C) ; celle de l'efficacité de principe prêtée au droit en tant que dispositif d'encadrement du jeu social (D). Ces différents arguments sont liés entre eux et renvoient de l'un à l'autre : c'est en effet à travers la montée en puissance des juridictions européennes que la primauté du droit supranational aurait été consacrée, les droits de l'homme consolidés⁶ et l'importance des garanties juridiques affirmée ; elle constitue dès lors la cible principale des contempteurs de l'État de droit⁷.

A/- Critique de la nouvelle hiérarchie des normes

- 17 Si l'intégration du droit international dans la hiérarchie des normes depuis 1958 a été, en fin de compte, peu contestée, si ce n'est à travers ses modalités de concrétisation jurisprudentielle, il n'en a pas été de même en ce qui concerne le droit européen.
- 18 1° Au niveau de l'Union européenne d'abord, l'opposition à l'évolution du projet européen vers une intégration croissante s'est manifestée, à l'occasion de la ratification du traité de Maastricht, par l'émergence d'une doctrine « *souverainiste* » dénonçant le processus au nom du principe de souveraineté de l'État : cette opposition culminera lors du référendum du 29 mai 2005 portant sur l'adoption du Traité constitutionnel européen, un groupe d'universitaires, juristes et politistes n'ayant pas hésité à prendre position pour le « non », à côté des forces politiques hostiles (« appel des 23 »). Les

courants souverainistes, qui se sont manifestés à droite et à l'extrême droite mais aussi à gauche à l'occasion des dernières élections présidentielles, combattent le processus qui conduit à l'élargissement incessant des compétences de l'Union par le jeu d'une interprétation extensive et abusive des textes : cet élargissement entraîne la production de normes juridiques de plus en plus nombreuses et détaillées qui pèsent comme autant de contraintes sur le droit interne. Au regard de l'État de droit, la critique essentielle porte sur la primauté reconnue au droit de l'Union à partir de la décision de la CJUE *Costa/Enel* de 1964 : le droit de l'Union étant posé comme supérieur du droit interne des États, il s'agirait d'un « renversement de l'État de droit » puisque toute entorse à l'une de ses dispositions « devient une atteinte à l'État de droit » (A.M. Le Pourhiet) ; il conviendrait dès lors de réviser la Constitution pour écarter cette primauté⁸, en allant au-delà de l'exception de l'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France introduite par la jurisprudence.

- 19 2° La Convention européenne des droits de l'homme suscite des critiques comparables, compte tenu de l'interprétation qui lui a été donnée par la Cour de Strasbourg⁹ : mettant en cause la souveraineté de l'État, la jurisprudence de la Cour lui interdirait de prendre les mesures nécessaires, notamment en matière de terrorisme et d'immigration (B. Mathieu) ; aussi les gouvernants ne devraient-ils plus hésiter à s'affranchir des décisions rendues par la CourEDH. Les propositions de réforme avancées par des juristes (J.E. Schoettl) ainsi que par plusieurs des candidats à la dernière élection présidentielle oscillent entre différentes solutions possibles : « *sortir de la Cour* », en rétablissant la réserve au recours individuel¹⁰, ou au moins de certains de ses articles ; neutraliser les effets de la Convention en droit interne par l'établissement d'un « *bouclier constitutionnel* » couvrant divers domaines, telle l'immigration¹¹.
- 20 Ce rôle tenu par les juridictions européennes dans la redéfinition de l'architecture formelle de l'État de droit s'inscrit dans un mouvement plus général de renforcement du pouvoir des juges qu'il conviendrait de dénoncer.

B/- Critique de la montée en puissance des juges

- 21 De garants de son respect, les juges seraient devenus les fossoyeurs de l'État de droit. « *L'irrésistible ascension des juges* » (J.E. Schoettl) à tous les niveaux se paierait en effet d'un déficit démocratique. Tandis que l'expansion des juridictions internationales et européennes porte atteinte à la souveraineté de l'État, le pouvoir des juges s'est étendu de façon démesurée dans l'ordre interne : exerçant une emprise toujours plus importante sur le processus de production du droit, ils disposeraient d'un « *ascendant croissant sur les autres pouvoirs* » ; l'« *imperium juridictionnel* » aurait pour effet de « *déposséder le peuple de sa souveraineté* ».
- 22 1° Devenu un acteur à part entière du jeu politique, le Conseil constitutionnel tendrait ainsi à peser toujours davantage sur la fabrication de la loi, en liant la liberté de choix des parlementaires. Dès l'instant où elles portent sur des questions sensibles, telles que le terrorisme ou l'immigration, les décisions qu'il rend sont exposées à de vives critiques. Celle du 25 janvier 2024 concernant la nouvelle loi sur l'immigration a été dénoncée comme posant autant de « *limites à la volonté souveraine du peuple français* » (E. Ciotti, B. Retailleau, A. Marleix) exprimée par les parlementaires : le spectre du « *gouvernement des juges* », voire la dénonciation d'un « *coup de force des juges* » (J.

Bardella), sont réapparues à cette occasion. Les mêmes critiques ont été formulées s'agissant de la décision du 28 mai 2024 concernant l'aide juridictionnelle pour les personnes en situation irrégulière : « *encourageant l'immigration irrégulière* »¹² et « *faisant prévaloir les droits des individus sur les intérêts de la Nation* » (B. Mathieu), le Conseil se serait « *enfoncé un peu plus dans une dangereuse dérive idéologique qui met en danger notre Nation* » (E. Ciotti) ; et l'idée d'une révision constitutionnelle visant à encadrer le pouvoir de décision du Conseil ou permettant au Parlement de surmonter, à la majorité des deux tiers, les décisions du Conseil (B. Mathieu) a été de nouveau formulée.

- 23 2° La dénonciation de la montée en puissance des juges concerne aussi les ordres juridictionnels administratif et judiciaire. Le rôle nouveau que le Conseil d'État a été amené à jouer en tant qu'« arbitre des libertés fondamentales », à la faveur de l'introduction du référé-liberté, l'a conduit à prendre position sur des sujets sensibles, tels que la laïcité, l'immigration ou l'environnement, en suscitant de vives controverses : la décision du 13 février 2024 enjoignant le respect du pluralisme par une radio privée CNews a été considérée comme un nouvel exemple d'une dérive mettant en cause son « *statut de juge des libertés* »¹³ ; par ailleurs, en se ralliant à la primauté du droit européen, le Conseil d'État aurait « *une lourde responsabilité dans la mutilation de la souveraineté de la France* »¹⁴. En ce qui concerne les tribunaux judiciaires, on ira jusqu'à dénoncer le « *coup d'État des juges* »¹⁵ qui, assurés de l'inamovibilité et de l'irresponsabilité, chercheraient à prendre leur revanche sur une longue tradition de dépendance vis-à-vis du politique : l'engagement politique des magistrats et leur immixtion dans le champ de l'action politique seraient l'indice d'une « *politisation des prétoires* »¹⁶ ; une réforme profonde de la justice devrait dès lors s'imposer.
- 24 Cette montée en puissance des juges est indissociable de l'importance donnée aux droits fondamentaux.

C/- Critique de l'absolutisation des droits de l'homme

- 25 Le passage à la conception substantielle de l'État de droit s'est traduit par la consécration de « droits fondamentaux », inscrits dans des textes de valeur juridique supérieure, dont le respect est placé sous le contrôle d'une « *galaxie de juges* ». Or, cette promotion aurait eu des effets délétères. Un « *fondamentalisme droits-de-l'homme* » (J.E. Schoettl) est né, poussant à l'élargissement constant de la catégorie, souvent à l'initiative des juges, prompts à jouer un rôle prophétique en découvrant sans cesse de nouveaux droits fondamentaux : la prolifération de ces droits s'est doublée d'un enrichissement de leur contenu et d'un approfondissement de leurs implications (droits-créances). Voués à étendre leur périmètre, les droits de l'homme ont ainsi accédé au statut de « *véritable religion séculière* »¹⁷, s'imposant avec la force de l'évidence. Cependant, cette religion, « *dont les diktats souvent délirants sont imposés aux peuples européens* », a tous les aspects d'un « *carcan* » : interdisant aux gouvernants de « *se donner des coudées franches en matière d'immigration et de sécurité* » (J.E. Schoettl, J.E. Camby), elle « *engourdit l'État régalien* » ; « *Gulliver* » étant ainsi « *entravé* » au détriment de l'intérêt général, cet absolutisme devient destructeur de la cohésion nationale et de la sécurité des personnes et des biens. Le « *maintien de l'absolue prévalence des droits individuels est mortifère* » (B. Mathieu) et le « *fondamentalisme droits-de-l'homme* » devrait trouver ses limites dans le « *correctif de la souveraineté* ».

- 26 La critique des inflexions de la normativité juridique est assortie d'une interrogation sur la portée du droit.

D/- Critique de la toute-puissance du droit

- 27 Derrière la critique de l'État de droit se profile la mise en cause de sa capacité à faire face aux défis auxquels la France est, à l'instar des autres pays, confrontée. Le primat désormais accordé à la sécurité des personnes et des biens impliquerait un desserrement des contraintes juridiques inhérentes au système de l'État de droit : non seulement la sécurité comporte des exigences propres qui sont susceptibles de contredire les principes de l'État de droit, mais encore l'application de ceux-ci peut être un facteur d'insécurité. La Raison sécuritaire pousserait à s'affranchir, dans certains contextes, du respect de l'État de droit, dans un souci d'efficacité : l'idée qu'il est nécessaire, dans certaines circonstances exceptionnelles, de permettre aux gouvernants de s'émanciper du cadre juridique normal, qui est au cœur de la théorie de l'« état d'exception », trouve ainsi une nouvelle actualité. L'argument fera l'objet d'une large utilisation en 2015 à l'occasion des attentats terroristes, puis en 2020 pour lutter contre la pandémie, légitimant le recours à des régimes d'urgence.
- 28 Ces entorses à l'État de droit au nom de l'impératif sécuritaire recouvrent une perte de croyance dans l'efficacité de la régulation juridique. Le « juridisme » qui est au cœur de la théorie de l'État de droit et qui consistait à prêter aux énoncés juridiques un bien-fondé de principe ne fait plus recette : encore faut-il que l'instrument juridique fasse la preuve de sa pertinence ; la normativité juridique devrait être désormais évaluée au prisme de l'efficacité.
- 29 Le discours critique sur l'État de droit se situe ainsi sur plusieurs registres, diversement combinés, dont l'importance varie selon les locuteurs et les contextes. Faisant écho à une série d'inflexions de l'État et du droit, il est doté d'une force agissante non négligeable.

III/- La force agissante du discours

- 30 Le discours critique sur l'État de droit oscille en réalité entre deux versions : d'une part, la critique des dérives, voire des distorsions, qu'aurait subies le système classique de l'État de droit ; d'autre part, l'affirmation de l'inapplicabilité de l'État de droit face à des périls nouveaux auxquels la France est désormais confrontée. Dans le premier cas, il repose en fin de compte sur l'idée d'un âge d'or de l'État de droit qui comporte une large part d'illusion ; dans l'autre, il met plus radicalement en cause l'adéquation de l'État de droit au contexte actuel. Pris sous le feu croisé de cette double critique, le système de l'État voit ainsi sa pertinence contestée. Si ce discours est, au moins pour le moment, en décalage avec la réalité (A), il n'en coïncide pas moins avec certaines inflexions que connaît désormais l'État de droit (B).

A/- Un discours performatif ?

- 31 La portée concrète du discours est à première vue faible. La place conquise par le droit européen dans la hiérarchie des normes, notamment à travers les jurisprudences des cours européennes, n'est plus contestée : les réticences des juges à admettre la

primauté du droit de l'Union ont été levées¹⁸ ; et les décisions de la CourEDH sont très généralement appliquées, à quelques réserves près¹⁹. La dénonciation d'un « gouvernement des juges » contraire à la logique démocratique n'a pas remis en cause leur montée en puissance : tandis que le Conseil constitutionnel a vu son statut juridictionnel conforté par la question prioritaire de constitutionnalité, les juges n'hésitent plus à s'attaquer aux pratiques des élus, sans qu'un coup d'arrêt ait été donné à ce mouvement de judiciarisation. Alimentée par de puissants vecteurs, externes et internes, la dynamique d'expansion des droits fondamentaux apparaît irrésistible : individus et groupes entendent, non seulement que leurs attentes soient reconnues en tant que droits subjectifs, mais encore élevées à la hauteur de droits fondamentaux, bénéficiant des niveaux de protection les plus élevés. Enfin, le primat accordé à l'impératif sécuritaire dans certains contextes sensibles ne signifie pas pour autant l'obsolescence du droit : l'état d'exception mis en œuvre pour lutter contre le terrorisme et la pandémie a été déployé dans le cadre et en respectant, au moins pour l'essentiel, les fondements de l'État de droit.

- 32 En dépit de l'adhésion à certaines de ses analyses, le point de vue critique reste par ailleurs minoritaire dans le champ politique et dans le champ juridique. L'État de droit est présenté comme une référence incontournable, un marqueur libéral dont il serait impossible de se passer²⁰ : il ne saurait être critiqué sans que soient mises en cause les fondations sur lesquelles l'État libéral a été édifié en France, au terme de longues luttes politiques ; il convient donc de le défendre contre les critiques dont il est l'objet et contre la dégradation de ses principes. Rejetant le « *sophisme selon lequel il faudrait se libérer de l'État de droit pour accomplir la volonté générale* », le président du Conseil constitutionnel a dénoncé récemment les différents arguments d'un discours critique reposant sur « *une sorte de "martingale des refus", refus de la légitimité des juges, refus de plusieurs de nos engagements européens, refus de l'État de droit* »²¹. Les diverses inflexions du droit seraient compatibles avec « *le respect de l'État de droit* »²².
- 33 Néanmoins, le large écho que le discours rencontre à la droite et à l'extrême droite de l'échiquier politique lui confère une indéniable force agissante : certaines au moins des implications actuelles du système de l'État de droit pourraient en effet être remises en cause à la faveur du déplacement des équilibres politiques, le discours critique acquérant alors un effet de réalité.
- 34 Dans tous les cas, le discours a d'ores et déjà une incidence au moins indirecte.

B/- Un impact indirect

- 35 Le discours critique exerce un impact sur le système de l'État de droit à un double titre : d'une part, son existence même révèle un affaiblissement des croyances dans le bien-fondé de celui-ci ; d'autre part, il contribue paradoxalement à légitimer certaines de ses inflexions. La dénonciation des dérives de l'évolution du système de l'État de droit implique en effet en creux la remise en cause de certains des principes qui étaient au cœur de son institution.
- 36 Le discours critique légitime ainsi la présence de l'exception dans l'État de droit. Le recours réitéré à la formule de l'état d'urgence au cours des dernières années, et à nouveau encore en mai 2024 suite aux troubles en Nouvelle-Calédonie²³, apparaît, non pas comme l'indice d'une mise à l'écart de l'État de droit au nom de l'impératif de sécurité, mais comme le signe d'une importance croissante donnée au droit d'exception

au sein même de l'État de droit. Si les régimes d'exception tendent à se banaliser, en devenant « *un nouveau paradigme de gouvernement* »²⁴, ils agissent à l'intérieur et dans le cadre de l'État de droit²⁵ ; ce faisant, ils ne sont pas sans incidence sur la configuration de l'État de droit : même s'ils sont compatibles avec son architecture formelle, ils entraînent la restriction des droits et libertés inhérents au système de l'État de droit et ces effets sont durables.

- 37 La dégradation des droits et libertés déborde le contexte d'exception : « *l'édifice des droits serait parcouru de lézardes pas toujours perceptibles* »²⁶. Alimentées par le discours critique sur les droits fondamentaux, les atteintes à certaines libertés, comme celles d'expression, d'association ou encore de manifestation, tendent à se multiplier, pour faire face aux épisodes récents de contestation dans la rue de choix gouvernementaux ; et l'extension du champ de la répression pénale est attestée par la création incessante de nouveaux délits, le renforcement des sanctions existantes, l'alourdissement des peines prononcées.
- 38 Plus généralement, le discours critique contribue à la démythification de l'État de droit. Celui-ci avait en effet été élevé à la hauteur d'un véritable mythe : posé comme une valeur en soi, il s'imposait sans discussion possible, sur le mode de l'évidence ; et doté de force agissante, il impliquait un perfectionnement constant des dispositifs de garantie et de protection contre l'omnipotence des gouvernants. Or, ces croyances sont devenues friables.

*

- 39 L'émergence en France, au cours des dernières années, d'un discours critique sur l'État de droit témoigne d'un mouvement de réévaluation de la logique libérale qui a été au principe de sa construction, dans un contexte profondément modifié. À travers lui, se profile une réécriture des rapports entre l'État et le droit, dont l'avenir reste cependant frappé d'incertitude. L'État de droit ne dispose pas d'une essence stable : il a connu une dynamique permanente d'évolution, contribuant à dessiner ses contours et à enrichir ses implications ; il semble être cette fois encore entré dans une phase nouvelle, impliquant la redéfinition de ses fondations, et le discours critique aspire à y contribuer.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) - Contact

NOTES

1. J. Chevallier, *L'État de droit*, 7^e éd., LGDJ, 2023.

2. Sur le juge constitutionnel, R. de Lacharrière, « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, pp. 133 s. Sur les juges en général, « On les appelle les juges rouges », *Paris Match*, 25 octobre 1975.
3. Voir à titre d'exemple le débat politico-juridique qui s'est déroulé à propos de l'institution par la loi du 25 février 2008 d'une rétention de sûreté mettant en cause les principes fondamentaux du droit pénal.
4. Le 20 novembre 2015, Manuel Valls le reconnaissait devant le Sénat, souhaitant que le Conseil constitutionnel ne soit pas, pour ce motif, saisi.
5. Le ministre de l'Intérieur déclarant le 19 décembre : « *le travail du Conseil constitutionnel fera son office mais la politique ce n'est pas être juriste avant les juristes* ».
6. L'avènement des droits fondamentaux aurait servi de « *force propulsive de l'ascension des juges* » (J.E. Schoettl, *La démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges*, Gallimard, Le Débat, 2022, p. 58).
7. « La politique contre le droit ? Faut-il se libérer des entraves juridiques de l'Europe et des juges ? », Colloque de Pau 22-23 juin 2023, *Club des juristes*, 2023.
8. C'est le sens de plusieurs propositions déposées par les parlementaires de droite (par exemple celle du 2 juin 2023) et de candidats à l'élection présidentielle.
9. Y. Lécuyer, « Les critiques ataviques à l'encontre de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, n° 53.
10. C'était la suggestion de J.E. Schoettl, reprise par E. Zemmour.
11. C'était la suggestion de M. Barnier et de V. Péresse. B. Mathieu propose lui aussi d'inscrire dans la Constitution le principe que « *la France détermine librement les conditions d'accès et de séjour des étrangers sur son territoire* » (Site Atlantico, 30 mai 2024).
12. P. Fontana, *Le Figaro*, 29 mai 2024.
13. P. Louette, « Pluralisme : Kafka au Conseil d'État », *Les Echos*, 21 février 2024.
14. A. Montebourg, *Marianne*, 25 mars 2024 ; il avait été auditionné par le Conseil d'Etat en novembre 2023.
15. E. Zemmour, Grasset, 1997.
16. B. Mathieu, « Une justice politisée ? » ? *Pouvoirs*, n° 178, 2021, pp. 51-52.
17. J.L. Harouel, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Desclée de Brouwer, 2016.
18. Les réserves concernant les décisions qui mettent en cause un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » ne constituent qu'une faible nuance.
19. Le 13 novembre 2023, le ministre de l'Intérieur décida d'expulser un ressortissant ouzbek à l'encontre d'une mesure provisoire édictée par la CourEDH.
20. D. Rousseau, « L'État de droit est la forme qui garantir la qualité démocratique d'une société », *Le Monde*, 30 juin 2023.
21. Discours de L. Fabius, 8 janvier 2024 en réponse aux vœux du président de la République.
22. L. Fabius, *Le Monde*, 7 mai 2024.
23. Décrets 2024-436 et 2024-437 du 15 mai 2024.
24. S. Hennette-Vauchez, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Seuil, 2022.
25. C'est la thèse formulée par le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2021.
26. F. Sureau, *Sans la liberté*, Gallimard, 2019.

ABSTRACTS

Alors que, héritier d'une longue histoire, le système de l'État de droit était mis en France à l'abri de toute contestation, on a vu apparaître au cours des dernières années un discours critique, mettant en cause certaines de ses implications. Indissociable d'un mouvement plus général de reflux des croyances dans les vertus de l'État de droit qui se produit au niveau international, ce discours n'est pas dépourvu d'impact sur la réalité.

AUTHOR

JACQUES CHEVALLIER

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas, CERSA-CNRS