

# Le droit comme ultime garde-fou

par **Alain Cambier**

Chercheur associé à l'UMR 8163 « Savoirs, textes, langage » (STL) à l'Université de Lille.

En 2024, la moitié des adultes de la planète est appelée à voter. Aussi, J. Ganesh, éditorialiste au *Financial Times*, a pu dire que « l'homme et la femme de l'année 2024 » sont les électeurs et les électrices. Pourtant, la démocratie est en recul dans le monde. Selon l'ONG Freedom House, en 2000, 54 % de la population mondiale vivait en démocratie, mais aujourd'hui bien moins de la moitié de cette population peut se targuer de vivre en un tel régime : le nombre de pays le pratiquant régresse... Comment expliquer ce décrochage entre le nombre pléthorique d'électeurs appelés à voter cette année et le recul de la démocratie ? Bien sûr, comptabiliser les électeurs qui sont censés, dans les autocraties, voter pour élire leurs dirigeants est un trompe-l'œil : il est maintenant avéré qu'en Russie, par exemple, les dernières élections qui ont permis à Poutine de s'accorder 88 % des voix ont été notoirement truquées. Dans ce type d'élections faussées, on pourrait y voir un hommage du vice à la vertu, puisque ces autocrates se croient encore obligés d'organiser un vote, même si le résultat est établi d'avance : la certification par les urnes fournirait une sorte de brevet de légitimité. Mais ne nous y trompons pas : nous sommes confrontés à une fatigue, voire à une crise de la démocratie. Non seulement elle a perdu de sa capacité de séduction à l'extérieur, mais elle est menacée désormais de l'intérieur par un populisme pernicieux qui vise à « découpler » démocratie et Etat de droit dans le but d'engendrer, en lieu et place, un nouveau type de Léviathan : la « démocrature ».

Il est de bon ton aujourd'hui de soumettre à la vindicte populaire le « gouvernement des juges », mais un gouvernement sans juges pourrait-il prétendre encore incarner la démocratie ? La démocratie n'est, en aucun cas, l'ochlocratie<sup>1</sup> ou gouvernement de la foule. La démocratie moderne - c'est-à-dire représentative - a toujours lié son sort au respect de l'Etat de droit : ce que les Anglais ont tout de suite appelé la « *rule of law* ». Mais le respect du droit ne se résume pas au respect de la loi. Car la loi votée au Parlement peut encore n'être que l'expression de ce que Tocqueville appelait la « tyrannie de la majorité »<sup>2</sup>, quand cette dernière prétend représenter, à elle seule, l'intérêt général. La légitimité de la loi relève, en dernière instance, de la Constitution : aussi, une juridiction constitutionnelle est un rempart contre le populisme.

## Démocratie et Etat de droit

Dès le XVII<sup>e</sup> siècle, l'Etat moderne a établi un rapport consubstantiel avec le droit, puisque devenue source de conflits internes, voire de guerres civiles, la religion n'a plus été en mesure de prétendre structurer à elle seule l'espace social. L'idée d'Etat de droit est née au moment même où le rationalisme moderne s'est imposé et que la notion de

contrat volontaire a remplacé celle de tradition héritée pour fonder le lien social<sup>3</sup>. Dès lors, le droit positif est apparu comme l'élément dans lequel l'Etat pouvait développer sa pleine rationalité. Par le biais de la loi, l'Etat est censé faire disparaître la domination directe de l'homme par l'homme : les hommes ont inventé l'Etat de droit pour ne plus être soumis à la volonté de puissance du premier venu. La loi civile a pour but d'harmoniser le libre arbitre de chacun avec le libre arbitre de tous, afin d'éviter le règne de la violence, et la loi pénale s'applique ensuite aux quelques citoyens qui mettent en péril l'ordre civique en transgressant les normes juridiques. Mais la question est de savoir quel est le puits du droit positif : qui garantit la légitimité de ce légicentrisme ?<sup>4</sup> Pendant longtemps, l'Etat moderne s'en est remis à un souverain absolu censé établir la loi et la faire respecter, en prétendant représenter fictivement le peuple. La démocratie moderne est née de la remise en question de cet absolutisme propice au glissement de la nomocratie en monocratie. Son principe repose d'abord sur la fragmentation institutionnelle des pouvoirs - exécutif, législatif et judiciaire - afin de contrebalancer les dérives potentielles inhérentes à la logique de puissance propre à tout Etat en tant qu'entité politique. Mais si la séparation des pouvoirs garantit que

<sup>1</sup> Platon donnait déjà ce nom, dans la *République*, à une caricature populiste de la démocratie, à partir de la notion grecque d'*ochlos* qui signifie la foule.

<sup>2</sup> Cf. A. de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, tome 1, II, 7, éd. GF, p. 348-351.

<sup>3</sup> Cf. Max Weber, *Le savant et le politique*.

<sup>4</sup> Cf. Alain Cambier *Qu'est-ce que l'Etat ?*, éd. Vrin, coll. *Chemins philosophiques*, 2012.

L'établissement de la loi émane alors du Parlement - en tant qu'il exprime la volonté du peuple à travers ses représentants -, elle ne permet pas encore d'éviter, par exemple, qu'une majorité de députés élus puisse prétendre établir le droit, à sa guise, sous prétexte d'incarner, à un moment donné, la volonté générale. Ainsi, en 1981, le propos du député Laignel a illustré une telle dérive monopolistique du pouvoir législatif en déclarant à l'opposition de l'époque : « Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires ». Une telle instrumentalisation du pouvoir législatif montre alors que celui-ci n'est pas exempt de sombrer dans l'arbitraire. En effet, elle soumet le normativisme juridique qui caractérise l'Etat de droit à un décisionnisme politique variant au gré des changements de majorité, sans tenir compte, par exemple, de la fonction régulatrice des principes généraux du droit qui jouent le rôle d'une sorte de « droit naturel positif » sur lequel veillent le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Les « principes généraux du droit » relèvent de la tradition juridique : ils s'enracinent dans la sédimentation des textes juridiques, permettent une réflexivité du droit sur lui-même et témoignent du fait qu'un système juridique reste lié à sa propre histoire. Si la légalité apparaît donc comme une condition nécessaire de l'Etat de droit, elle n'est pas pour autant une condition suffisante pour garantir la légitimité.

### La constitution comme garant de la légitimité

En démocratie, le pouvoir législatif ne peut à lui seul prétendre être le puits du droit. Non seulement l'Etat de droit suppose l'indépendance du pouvoir judiciaire, mais il implique le respect impérieux de la Constitution qui apparaît comme la loi fondamentale, le garant de l'esprit des lois, l'âme vivante de la République. Comme le disait déjà Aristote, « Les lois doivent se régler, et se règlent en fait, sur les constitutions et non les constitutions sur les lois »<sup>5</sup>. C'est toujours dans le respect de la Constitution que la loi doit exprimer la volonté générale. Or, l'épisode récent des péripéties de la « loi sur l'immigration » - aux relents xénophobes et pourtant votée par le Parlement - en dit long aujourd'hui sur le cynisme politique en vogue, dans les sphères du pouvoir, quand celui-ci prend le risque de renforcer le populisme. D'abord, il est surprenant qu'un pouvoir qui a prétendu incarner un système de valeurs incompatible avec celui de l'extrême droite abonde maintenant dans son sens. Recourir à la logique de triangulation qui conduit à préempter les thèses de l'extrême droite pour ne pas lui en laisser le monopole revient à jouer politiquement avec le feu. Mais surtout, c'est la première fois sous la Vème République qu'un gouvernement défend sciemment un texte reconnu au moins partiellement inconstitutionnel. Puisque de potentiels vices de constitutionnalité étaient pointés d'avance dans cette loi par ceux-là mêmes qui l'initiaient, il apparaît que le gouvernement n'a pas pleinement exercé sa fonction de défenseur de la constitutionnalité de la loi devant la juridiction

constitutionnelle<sup>6</sup>. Effectivement, le 25 janvier dernier, l'institution de la rue Montpensier a censuré 35 des 86 articles de cette loi, soit plus d'un tiers. Comme l'avait exprimé son président Laurent Fabius, le 8 janvier précédent, « Le Conseil constitutionnel n'est pas une chambre d'échos des tendances de l'opinion, ni une chambre d'appel du choix du Parlement, mais le juge de la constitutionnalité des lois ». Ce n'est donc pas du tout la Constitution et le Conseil constitutionnel qui peuvent être mis en accusation à travers la décision sur la loi « immigration », mais bien le législateur lui-même et le gouvernement qui l'a encouragé dans une voie sans issue. Ainsi, s'est créée, de manière ostentatoire, une tension entre la volonté politique et les gardiens de l'Etat de droit, dont ne peuvent se réjouir que ceux qui préconisent une démocratie sans Etat de droit, une démocratie qui prétendrait se faire directement l'écho d'une opinion publique instrumentalisée. Un ambitieux « responsable » politique a même dénoncé, dans la décision du Conseil constitutionnel, « un coup d'Etat de droit », comme si le droit constitutionnel était devenu superfétatoire pour ceux qui se présentent comme les relais de l'opinion publique, au point de justifier le recours au referendum pour toute question de fond, et pourquoi pas de se fier aux instituts de sondage qui délivreraient alors la prétendue « authentique » *vox populi*, voire de s'en remettre au vote par *acclamatio* par ceux qui s'en feraient les « porte-parole ».

### Démocratie et droits de l'homme

La démocratie ne se caractérise pas seulement par une séparation verticale des pouvoirs, mais aussi par une reconnaissance horizontale, dans la société, de droits de l'homme inaliénables reconnus par la Constitution. De ce point de vue, le rôle qu'a joué Robert Badinter pour l'Etat de droit a été exemplaire. Car en tant que garde des sceaux, il a non seulement fait abolir la peine de mort le 30 septembre 1981, mais a contribué à la dépenalisation de l'homosexualité en 1982 et a supprimé les cours exceptionnelles comme la Cour de sûreté de l'Etat. En outre, Badinter a exercé la présidence du Conseil constitutionnel, à partir de 1986 jusqu'en 1995, en veillant constamment à garantir le respect des droits de l'homme et les libertés fondamentales. Dès 1989, il a essayé d'instaurer la possibilité d'en appeler au Conseil constitutionnel, à travers un filtre juridictionnel, quand tout citoyen estime que ses droits fondamentaux ont été méconnus par la loi : ce projet repoussé à l'époque par le Sénat n'aboutira que le 23 juillet 2008 avec la reconnaissance de la « *Question prioritaire de constitutionnalité* ». En 1990, le Conseil constitutionnel a reconnu le droit pour les étrangers en situation régulière d'aller et de venir, de se marier, de bénéficier d'allocations de solidarité, etc. En 1993, il se pencha également sur le droit d'asile, en préconisant une admission provisoire au séjour jusqu'à ce que l'on puisse statuer sur le cas. Il se heurta alors au gouvernement Balladur qui accusa le Conseil constitutionnel de vouloir gouverner à

<sup>5</sup> Aristote, *Politique*, IV, 1, 1289a12-15, Vrin, 1995.

<sup>6</sup> A l'inverse, en exerçant la fonction de premier ministre de 1988 à 1991, M. Rocard avait tout de suite stipulé à ses ministres, par une circulaire du 27-05-1988, que ceux-ci devaient préparer des textes rigoureusement conformes à La Constitution.

la place du Parlement : ce qui fit dire à Badinter que « l'impatience qui saisit toute majorité face au juge constitutionnel est celle de tout pouvoir face à un contre-pouvoir »<sup>7</sup>. On ne peut que regretter que le Conseil constitutionnel ait manqué l'occasion, aujourd'hui, de se prononcer au fond sur les limites constitutionnelles des atteintes portées au droit des étrangers : il s'est contenté de censurer partiellement certains articles de la loi « immigration » sur la base de motifs uniquement procéduraires, alors que cette loi mine des principes républicains de base comme le droit du sol pour acquérir la nationalité française ou « avalise » la préférence nationale en restreignant l'accès à certaines prestations sociales non contributives pour nombre d'étrangers... En revanche, suite à la remise en question aux États-Unis de l'accès à l'avortement, on ne peut que se réjouir que le long parcours pour graver dans notre constitution la liberté des femmes à recourir à l'IVG ait pu être mené à bien le 4 mars 2024, malgré la résistance du président du Sénat. Mais il faut donc admettre aussi que toute Cour suprême ou tout Conseil constitutionnel ne sont pas eux-mêmes à l'abri de failles, tant que leurs membres sont des personnalités ayant exercé des responsabilités politiques ou sont nommés par des politiques en exercice, comme ce fut le cas, en 2020, lorsque Trump nomma l'ultra-conservatrice Amy Coney Barret pour succéder à la progressiste Ruth Bader Ginsburg. Aussi, le respect du droit national implique d'être adossé au respect de juridictions internationales constituant autant d'instances de recours en surplomb. L'enjeu n'est donc certainement pas moins de droit, mais au contraire plus de droit : en l'occurrence, pouvoir compter sur d'autres instances tierces juridictionnelles comme autant de contre-pouvoirs.

### L'exigence du respect du droit à l'échelle internationale

Dans une démocratie, le droit n'a pas seulement pour obligation de protéger ses citoyens, mais de faire respecter les droits de toute personne humaine, qu'elle dispose d'un statut de citoyen ou non. Bien plus, chez tout individu, le statut de citoyen n'épuise pas ses prérogatives en tant que personne humaine<sup>8</sup>. Aussi, plus les droits de l'homme sont protégés, plus la République est elle-même ; mais cela va également de pair avec la reconnaissance de juridictions de recours, fussent-elles supranationales. C'est pourquoi, le président actuel du Conseil constitutionnel a pu déclarer : « Un sophisme se fait entendre selon lequel il faudrait se libérer de l'État de droit, soit au plan national, soit au plan européen, soit les deux, pour accomplir la volonté générale ». Le respect de la légitimité des juges implique aussi celui de nos engagements européens. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est une juridiction internationale instituée en 1959

par le Conseil de l'Europe pour assurer le respect des engagements souscrits par les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette cour peut être saisie « par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui s'estime victime d'une violation « de ses droits ou libertés, garantis par la Convention. Le principe du contradictoire à la base de toute procédure juridique présente donc une valeur universelle. Mais le respect du droit s'impose également sur la scène internationale non seulement pour éviter que les États démocratiques soient soumis à une pure logique de puissance aveugle, mais aussi pour protéger toutes les populations qui vivent sous la férule d'autocrates. En effet, tout État qui viole les règles du droit international en déployant une politique guerrière illégitime hors de ses frontières ne peut lui-même que développer la violence contre son propre peuple, au point de justifier la tyrannie. En Russie, la guerre a toujours été l'horizon de principe de Poutine et le mode de fonctionnement de son *hubris* : aujourd'hui, il fait peser une menace existentielle sur l'État Ukrainien au mépris de toutes les conventions internationales, mais après avoir déjà transgressé toutes les lois de la guerre en Tchétchénie, en Géorgie, en Syrie, dans le Donbass, en Crimée... C'est aussi aux valeurs démocratiques de toute l'Europe<sup>9</sup> qu'il s'en prend au point de mener une guerre hybride contre nos propres institutions. Or, cet État de guerre permanente s'est accompagné d'une élimination systématique des opposants intérieurs, dont les plus illustres figures furent la journaliste Anna Politkovskaïa en 2006, Boris Nemtsov en 2015, Alexeï Navalny aujourd'hui... Pour mener à bien sa politique d'agression, Poutine a galvaudé la constitution russe en s'octroyant en 2020 deux mandats supplémentaires et l'impunité. Comme le souligne l'historien russe exilé Sergueï Medvedev, Poutine ne combat pas seulement ses voisins, mais aussi sa propre population où la vie humaine est assimilée à une ressource comme une autre, comme un « second pétrole » : « La société ne s'est pas construite sur les lois, mais à partir de ce qu'on appelle en russe les *poniatyiya*, à savoir le code d'honneur de la pègre [...] Poutine est indéniablement l'héritier du fascisme stalinien »<sup>10</sup>. Il aura fallu du temps pour qu'en France même on comprenne que si un totalitarisme a été détruit en 1945, un autre est resté, au point aujourd'hui de nous menacer de l'anéantissement nucléaire. Dès lors, on ne peut que s'étonner des arguties de ceux qui opposent actuellement le « prix du poulet » des Ukrainiens au « prix » de leur liberté, pour refuser par avance à ces derniers de pouvoir rentrer à terme dans l'Union européenne. C'est faire sciemment la politique de l'autruche que de tergiverser sur la nature du régime de Poutine et ne pas prendre la mesure des crimes de guerre qu'il commet contre les populations civiles.

<sup>7</sup> Article dans *Le Monde* du 23-11-1993.

<sup>8</sup> Ce qui explique la légitimité de la désobéissance civile, comme l'avait montré H.D. Thoreau.

<sup>9</sup> Le discours anti-occidental de Poutine à Munich en 2007 était déjà très clair sur ce point et ses élucubrations les plus récentes témoignent de son intolérance radicale aux droits de l'homme.

<sup>10</sup> Cf. *Le Monde* du 17-18 mars 2024.

Pourtant la Cour Pénale internationale de La Haye a émis un mandat d'arrêt - le 17 mars 2023 - contre le président russe en l'accusant de ce type de crime. De même, après avoir exigé solennellement le retrait des opérations militaires de la Russie en Ukraine, la Cour Internationale de justice - née à l'issue de la seconde guerre mondiale et aujourd'hui saisie par l'Afrique du Sud -, a jugé, le 26 janvier dernier, d'un « risque plausible de génocide » de la part de l'État israélien vis-à-vis de la population palestinienne de Gaza. On peut certes considérer que toutes ces décisions juridiques restent formelles, mais pour espérer bâtir une civilisation humanitaire fondée sur le droit, il s'agit bien de faire en sorte que le monde des formes s'impose, tôt ou tard, à celui des forces : comme dit l'adage latin, « *hora fugit, stat ius* ».

Ainsi, le souci du droit demeure une exigence permanente pour protéger les peuples non seulement contre les autocrates, mais aussi dans les démocraties quand celles-ci sont à la merci de démagogues complaisants vis-à-vis de ces mêmes prédateurs politiques. Le développement hyperbolique de l'usage des réseaux sociaux favorise leur

manipulation de l'opinion où disparaît la distinction entre le vrai et le faux. Déjà Orwell avait pointé le risque de l'inversion des significations, avec la *novlangue*. La démocratie est désormais directement menacée de l'intérieur - aux États-Unis comme en Europe -, par ceux qui font preuve de servilité avec ses ennemis de l'extérieur. Ce qui semblait n'être qu'un cauchemar dystopique envisagé par la littérature - comme l'avait envisagé Philip Roth dans son ouvrage *Le Complot contre l'Amérique*<sup>12</sup> - devient un risque bien réel, au point que la républicaine modérée Liz Cheney a pu affirmer, au sujet de la nouvelle candidature de D. Trump à la présidentielle de novembre prochain : « Les États-Unis avancent en somnambule vers la dictature ». Mais en France également, la démocratie peut désormais se retourner contre elle-même, quand on voit combien les contempteurs de l'État de droit font aujourd'hui recette. L'attachement universel au droit demeure un ultime rempart contre toute tentation d'une « démocrature » qui menace lorsque la « raison du plus fort » se conjugue avec la « raison du plus fou ».

<sup>11</sup> Dans le contexte de son intervention militaire notoirement disproportionnée, frappant indistinctement toute la population gazaouie, à la suite des attentats perpétrés par l'organisation terroriste théocratique Hamas les 7 et 8 octobre 2023 en territoire israélien.

<sup>12</sup> Uchronie publiée en 2004. Dans le contexte de la guerre de Bush contre l'Irak, Roth mettait en garde : « Toutes nos assurances sont provisoires, même ici dans cette démocratie vieille de 200 ans »