

État de droit : la vie secrète d'un mot-vedette

Anne-Marie Le Pourhiet, professeur émérite à l'Université de Rennes

Pourquoi ce titre ironique ? Dans l'émission 28 minutes d'Arte le soir, sous la haute supervision de la journaliste Élisabeth Quin, une courte séquence humoristique est consacrée à « La vie secrète des mots vedettes », où l'on décrypte l'origine et égratigne l'usage des termes « à la mode » qui inondent les discours contemporains.

L'État de droit fait assurément partie de ces nouveaux mantras dont se gargarisent non seulement les politiques et les médias mais aussi les juristes qui ont largement contribué à sa diffusion et ... à sa détérioration. Ce terme, aujourd'hui collé à peu près partout à la façon d'un sticker, est érigé en slogan et utilisé comme projectile dans des disputes de comptoir que les médias contemporains véhiculent dans un déroutant chaos sémantique où cette notion autrefois « savante » se mue en « gadget » et en référence rituelle¹.

Je voudrais ici établir la genèse de ce terme, revenir à ses sources, non seulement pour en observer la déformation et l'instrumentalisation mais aussi pour rechercher ce que cache justement cet usage incantatoire et falsifié du mot. Par qui et pourquoi ce concept à l'origine rationnel, politiquement neutre et d'un maniement doctrinal assez confidentiel, se trouve aujourd'hui transformé en argument fourre-tout et galvaudé au point de désigner pour beaucoup l'exact opposé de ce que recherchaient ses concepteurs ?

- I. Les origines de la notion : prévention de l'arbitraire et sécurité juridique
- II. La déviation contemporaine : crispation corporatiste et antimoderne

I. Les origines de la notion : prévention de l'arbitraire et sécurité juridique

1. Un débat doctrinal

Chacun sait que le terme « État de droit » n'appartient pas au vocabulaire français et n'y a fait qu'une récente apparition avant de devenir un « mot vedette ».

Le *rechtsstaat* est une « idée », abondamment discutée par les juristes allemands du XIXe siècle, c'est un sujet doctrinal mais ce n'est pas une norme exigeant une définition fixe. Certains auteurs germaniques en défendaient une conception substantielle jusnaturaliste, d'autres, majoritaires, une appréhension structurelle, plus architecturale². Le commun dénominateur, si l'on veut en faire une synthèse objective, consiste à vouloir prévenir l'arbitraire administratif en organisant un système d'organes et de normes hiérarchisés dans lequel chaque décideur se prononce, non pas en fonction de son inclination personnelle, « à la tête du client », mais sur la base de lois préétablies, générales, impersonnelles et égales pour tous. Il s'agit d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridiques pour évacuer le risque d'arbitraire. L'État de droit s'oppose ainsi à l'État dit « de police » où l'administré est au

¹ Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Clefs, 1992, p.148

² Kaarlo TUORI, *L'État de droit*, Traité international de droit constitutionnel, dir. Michel TROPER et Dominique CHAGNOLLAUD, Dalloz, 2012, tome I, p. 644-670

Maria KORDEVA, *L'État de droit : crise de définitions*, Pouvoirs 2025/2, n°193, p.p. 7 et s.

contraire livré au « bon plaisir » du fonctionnaire dont il ne sait pas à l'avance quelle sera la décision.

La commune préoccupation de ces auteurs est double : il s'agit à la fois de mettre l'individu à l'abri des humeurs, caprices et opinions subjectives des autorités administratives pour garantir tout simplement sa sûreté - donc sa liberté - mais il s'agit aussi, en bonne culture germanique, d'assurer la cohérence et l'efficacité de l'ordre juridique dans l'intérêt de l'État lui-même. Les deux soucis s'imbriquent dans cet impératif de hiérarchie des normes qui présuppose qu'elles soient écrites, textuelles.

Mais si le « mot » État de droit est alors nouveau, la « chose », c'est-à-dire l'idée qu'il recouvre, de garantie légale contre l'arbitraire, ne l'est en réalité pas du tout et remonte au moins, bien que l'on en trouve des traces en droit romain, à la philosophie des Lumières et en particulier chez Montesquieu qui a beaucoup influencé sur ce point Beccaria et les juristes lombards du mouvement *Il Caffè*. Et chez ces penseurs des Lumières, c'est l'arbitraire des juges qui était avant tout redouté.

Les jugements, écrit Montesquieu, « doivent être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. *S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte* ». Et il ajoute : « Il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, *le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire car le juge serait législateur* ». Et l'on connaît la suite : « *Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est, en quelque façon, nulle. (...) Les juges de la nation ne sont que les bouches qui prononcent la parole de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ».

Cette ode légicentriste à vocation libérale traverse les Alpes pour gagner les juristes lombards qui la concentrent sur la matière pénale où le risque d'arbitraire est le plus lourd de conséquences. Elle va se résumer dans l'adage *nullum crimen nulla poena sine legge*, c'est-à-dire le principe de légalité des délits et des peines. L'exigence d'un texte préétabli, publié, donc connu de tous, clair et suffisamment précis, permet à chacun de savoir ce qui est permis et interdit et ce qu'il encourt en cas d'infraction, puisque le juge n'aura jamais qu'à appliquer la loi. Le syllogisme judiciaire complète cette exigence de base légale dont Pietro Verri et Cesare Beccaria sont les fervents promoteurs. Verri affirme que la liberté politique d'une nation dépend de l'absolue séparation du législateur et du juge et que l'interprétation judiciaire entraîne fatalement la fin de la liberté politique³. Tous considèrent que l'application rigide de la loi, et de la loi seule, est préférable à l'incertitude née de l'interprétation éventuelle des magistrats, source continue d'arbitraire⁴. La maxime romaine *ejus est interpretari legem, qui condidit legem* (c'est à l'auteur de la loi qu'il appartient de l'interpréter) revient en force.

Ainsi, tout ce que le futur mot *rechtsstaat* désignera plus tard est donc déjà là, mais appliqué à la juridiction, alors que les Allemands se concentreront sur l'administration, avant que le maître de Vienne l'étende à la législation.

Montesquieu, présenté comme le promoteur du constitutionnalisme libéral, n'est certainement pas le thuriféraire d'un contre-pouvoir juridictionnel qu'il considère, bien au contraire, comme dangereux pour les libertés. Jamais un quelconque « pouvoir judiciaire » ne

³ Pietro VERRI, *Sulla interpretazione della lege*, in *Il Caffè*, Tomo II, Foglio XXVII, p. 77 et s.

⁴ Laurent REVERSO, *Les lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIIIe siècle, influence française et spécificité*, PUAM, 2004, p.p. 318 et s.

sera consacré en France et l'« autorité judiciaire » de la Constitution de 1958 s'inscrit en continu de cette culture politique.

2. Les textes

Ce sont exactement ces préoccupations que l'on retrouve dans les Cahiers de doléances de 1789 dans lesquelles abondent les revendications en faveur d'un « même droit » pour tous, garanti par une codification écrite excluant les coutumes ou les interprétations jurisprudentielles divergentes et aléatoires. L'exigence d'une procédure de renvoi au législateur du soin d'interpréter les lois est mentionnée à plusieurs reprises dans les Cahiers⁵.

C'est donc tout ce courant de pensée porté par les députés aux États-généraux qui va déboucher sur l'hymne à la loi que constitue la Déclaration de 1789 dont les articles visent plus spécialement la légalité, la prévisibilité (non-rétroactivité), l'égalité et la proportionnalité pénales. La « garantie des droits » visée à l'article 16 est confiée au seul législateur dont le juge est le serviteur⁶. Nous sommes à l'opposé de la *common law* et l'on sait quelles violentes controverses vont alors traverser l'Atlantique opposant les républicains « francophiles », partisans de la codification, et les fédéralistes « anglophiles » défendant le maintien de la *common law*⁷.

La Déclaration est suivie des lois du 27 novembre et 1^{er} décembre 1790 créant le tribunal de Cassation et des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire. Cet ensemble couronné par la Constitution de 1791, s'inscrit dans le sillage contractualiste du Léviathan, du Contrat social, de l'Esprit des lois et du Traité des délits et des peines pour confirmer le légicentrisme autrefois opposé par les monarques à la magistrature. Les termes des textes révolutionnaires sont en tous points semblables à ceux des édits et ordonnances de Louis XIII et Louis XIV et de la réforme de Maupeou ordonnée par Louis XV mais abandonnée par Louis XVI : « Les tribunaux ne pourront prendre *directement ou indirectement aucune part* à l'exercice du pouvoir législatif (...) ».

La garantie de ce principe de légalité est assurée par plusieurs mécanismes. D'une part les magistrats devront, le cas échéant, renvoyer au corps législatif le soin d'interpréter les dispositions équivoques par un référé législatif inspiré de celui de l'ordonnance civile de Louis XIV. D'autre part, l'interdiction faite aux cours d'établir des règlements les oblige donc à renvoyer au corps législatif non seulement l'interprétation des lois mais le comblement des lacunes législatives. Enfin, le Tribunal de cassation « établi auprès du corps législatif » aura pour mission d'assurer l'application uniforme de la loi par l'ensemble des juridictions. Tout le corpus constitutionnel révolutionnaire est donc conçu pour un État strictement légal gouverné par des normes textuelles.

Ce légicentrisme, garant de la sécurité juridique, est évidemment aussi le corollaire de la démocratie qui, dans le sillage de la modernité, a posé le principe d'un individu libre, doué de conscience et de raison, qui s'auto-détermine. L'individualisme libéral de 1789 révoque donc les appartenances communautaires, les traditions et religions pour émanciper l'homme. La réunion de tous ces citoyens libres forme une nation également libre, c'est-à-dire souveraine. La conséquence de ce postulat est que les règles applicables dans la société doivent résulter

⁵ Paolo ALVAZZI del FRATE, *Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les Cahiers de doléances de 1789*, Revue historique de droit français et étranger, 2008, tome 86, n°2, pp.253-262

⁶ Jacques CHEVALLIER, *op.cit.* p. 150

⁷ Sylvain SOLEIL, *Maintenir ou rejeter le common law d'origine anglaise ? Les controverses américaines des années 1760-1835*, in Sylvain SOLEIL et Romain BAREAU « Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives », PUR, 2022, p.p. 45-66

d'un acte de volonté clair des citoyens réunis en corps et c'est donc la loi, votée par eux-mêmes, qui exprimera seule la volonté générale. Ce précepte révolutionnaire s'inscrit à l'article 6 de la Déclaration : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ». C'est le consentement populaire seul qui légitime la règle de droit et la Révolution bannit donc le droit coutumier, issu des usages traditionnels, ainsi que le droit jurisprudentiel d'origine aristocratique : tout le droit sera désormais contenu dans la loi écrite.

Mais l'interdiction faite aux juges de créer des normes a aussi un fondement sociologique, il s'agit de confisquer le pouvoir normatif d'une aristocratie sociale, d'une corporation dont l'abolition figure dans la longue liste de « Il n'y a plus » du préambule de la Constitution de 1791. C'est une offensive anti-nobiliaire contre ce que les Lombards appelaient déjà le *ceto giuridico* c'est-à-dire la corporation des juristes, que certains contemporains nomment aujourd'hui « juristocratie »⁸, « robinocratie »⁹ ou encore « oligarchie des juristes »¹⁰.

3. Le contexte

L'État de droit est donc une notion autonome visant l'architecture de l'ordre juridique, indépendante d'autres notions distinctes telles que la démocratie, la séparation des pouvoirs ou la consécration de différents droits et libertés. Elle touche et croise ces éléments en ce sens qu'en prétendant prévenir l'arbitraire et séparer nettement les fonctions judiciaires et administratives d'un pouvoir législatif issu du suffrage populaire, cette pyramide des normes va s'accorder naturellement avec celle des organes rangés par ordre de légitimité populaire décroissante, mais elle ne se confond pas avec eux. Un État de droit peut être monarchique ou oligarchique, et il peut être plus ou moins libéral ou plus ou moins social selon ce que prescrivent ou ne prescrivent pas sa loi fondamentale et/ou ses lois ordinaires. Quant à la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, elle s'organise selon des modalités très variées : un régime parlementaire, présidentiel ou d'assemblée pourra tout aussi bien être un État de droit.

Dans la réalité, c'est assurément dans la perspective d'un ordre juridique démocratique, donc libéral, que cette architecture pyramidale a vu le jour mais comme le souligne parfaitement Massimo Luciani, la sécurité juridique, dans toutes ses composantes (prévisibilité, clarté, stabilité, égalité...) est en réalité consubstantielle à l'État moderne tout court¹¹. Elle relève, en effet, d'une certaine « évidence » que nul ne songerait sérieusement à contester et que personne ne conteste d'ailleurs.

C'est encore sous le nom de « principe de légalité de l'action administrative » que le droit administratif français a prétendu, dès la fin du XIXe siècle, importer la doctrine allemande en prônant la soumission de l'administration au droit. Toutefois, le paradoxe du Conseil d'État tient cependant au fait qu'initialement placé « auprès des Consuls » pour parer à l'interdiction faite aux cours judiciaires de s'immiscer dans le contentieux administratif, il va, à partir de la loi du 24 mai 1872 puis de l'arrêt Blanco de 1873, décrétant l'autonomie et la spécificité d'un droit administratif alors inexistant, se mettre à construire lui-même ce droit, *praeter* et même

⁸ Ran HIRSCH, *Howards Juristocracy : The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University, 2004

⁹ Jacques de SAINT-VICTOR, *Les droits de l'homme : de la morale à la robinocratie*, Revue des deux mondes, 2018, p.p. 28-38

¹⁰ Éric DESMONS, *L'oligarchie des juristes*, Droits, 2018/2, n°68, p. 127

¹¹ Massimo LUCIANI, *La jurisprudence, les clauses générales (ou concepts indéterminés) et la sécurité juridique*, *Jus Publicum*, Mélanges en l'honneur d'Anne-Marie Le Pourhiet, PUR, collection L'univers des normes, 2024, p. 134

contra legem, au mépris de la compétence parlementaire. C'est donc moins la légalité qui va s'imposer en droit public qu'une « juridicité » fabriquée par le juge lui-même.

Marie-Joëlle Redor a montré dans sa thèse « De l'État légal à l'État de droit », comment l'antiparlementarisme de la doctrine publiciste française l'avait conduite à œuvrer en faveur du pouvoir normatif de l'exécutif exercé « sous le contrôle du juge » dont la jurisprudence fût elle-même alimentée, synthétisée et commentée par cette même doctrine¹². Le « code administratif » des publicistes français ne fût en réalité longtemps qu'une compilation jurisprudentielle. Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative (GAJA) commentés par deux conseillers d'État et un universitaire ont tenu lieu de code à des générations de publicistes. Le rôle normatif du Conseil d'État, se substituant clairement au parlement, est revendiqué et assumé et apparaît avec éclat dans la formule célèbre de l'arrêt Dehaene : « Considérant *qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au gouvernement de fixer lui-même sous le contrôle du juge, la nature et l'étendue des limitations du droit de grève* »¹³.

Dans la préface de cette thèse Jean Combacau relève : « *La souveraineté des juges, voilà ce à quoi aboutit la réalisation systématique d'une doctrine qui, pour avoir voulu tenir en respect le maître de la loi, s'est condamnée à chercher un maître du droit et l'a trouvé dans des juges* ». C'est effectivement la première grande trahison du principe révolutionnaire de légalité démocratique mais ce n'est qu'un début et le transfert de souveraineté va monter d'un cran et se diversifier avec le développement progressif d'un contrôle juridictionnel des lois elles-mêmes, dont la nature purement discrétionnaire remet en cause l'idée même qui sous-tend la notion d'État de droit. Avec la montée en puissance de la normativité constitutionnelle et conventionnelle, et peut être aussi la baisse générale du niveau de la réflexion théorique, historique et philosophique, cette notion a fini, comme d'autres, par perdre la logique sur laquelle elle reposait et se noyer dans un océan d'insignifiance ou l'idéologie et la subjectivité prédominent.

II. La déviation contemporaine : une défiance antimoderne et corporatiste

1. Les « coups d'État » juridictionnels

Il fût un temps où l'analyse du régime de l'acte administratif unilatéral, quoiqu'intégralement défini par la jurisprudence du Conseil d'État, distinguait encore pédagogiquement le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée, le contrôle d'opportunité et celui de la légalité. Le premier était officiellement récusé, seul le second était admissible. La loi des 16 et 24 août 1790 restait invoquée pour interdire au juge administratif, comme à son homologue judiciaire, de se substituer au législateur ou à l'autorité administrative et l'on concédait seulement du bout des lèvres qu'en matière de police, la proportionnalité, c'est à dire l'opportunité, faisait peut-être partie de la légalité. En mai 1971, l'arrêt Ville Nouvelle Est, étendant le contrôle de proportionnalité à l'expropriation avait suscité bien des réserves et le commissaire du gouvernement Braibant, qui avait proposé cet audacieux revirement, avait cru nécessaire d'interpeller ses collègues par une injonction finale : « Bien entendu, vous effectuerez ce contrôle avec tact et mesure ». L'on sait ce qu'il est advenu par la suite de cette invitation au self-restraint. Le pouvoir normatif du Conseil d'État est devenu exponentiel, toutes les digues restantes ont sauté et il détermine lui-même les conditions et limites de son office,

¹² Marie-Joëlle REDOR, *De l'État légal à l'État de droit- L'évolution des conceptions de la doctrine française 1879-1914*, PUAM, Economica, 1992

¹³ CE, Ass. 7 juillet 1950, Dehaene, R. 426 ; RDP, 1950, p.691, concl. Gazier ; GAJA n°58

ajoutant la dignité aux composantes déjà floues de l'ordre public, incluant les droits-créances dans le référé-liberté pour étendre sa recevabilité à l'infini, etc...¹⁴. Autrefois l'on justifiait son existence et sa compétence contentieuse par le sophisme : « Juger l'administration c'est encore administrer », il serait plus exact d'avouer ouvertement que « juger l'administration c'est légiférer ».

Trois mois après l'arrêt Ville Nouvelle Est, le Conseil constitutionnel a rendu sa fameuse décision du 16 juillet où il révisé la Constitution par la voie de l'article 61 en y ajoutant, après les termes « conformité à la Constitution », les mots « et aux textes visés à son préambule ». Il change ainsi complètement son office et s'attribue la compétence de sa compétence, c'est-à-dire ce que l'on considère traditionnellement comme le critère de la souveraineté. Ce n'est plus ici l'exercice du pouvoir législatif mais celui du pouvoir constituant lui-même par lequel le Conseil s'auto-habilite à effectuer un contrôle de fond des choix du législateur sur la base de textes qui, ni en 1789, ni en 1946, ni en 1958, n'ont jamais été destinés à une opposabilité juridique et n'ont donc pas été du tout rédigés à des fins contentieuses. Prétendre contrôler le contenu d'une loi inscrite dans le programme d'un gouvernement et d'une majorité issus du suffrage universel au regard d'une vague et utopique proclamation de foi indiquant que la nation « assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », ou « garantit à tous (...) la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » revient à s'octroyer les pleins pouvoirs dans l'État, y compris le pouvoir budgétaire. La formule des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, que ses rédacteurs eux-mêmes s'étaient bien gardés de préciser en 1946, permet aussi au Conseil d'imposer au législateur le respect de ses propres lois antérieures qu'il trie discrétionnairement dans une approximation désarmante. Quant aux principes constitutionnels nouveaux, récemment inventés, de dignité puis de fraternité, on n'épiloguera pas sur la casuistique erratique imprévisible à laquelle conduit leur invocation. Ces embardées métaphysiques extra-positives permettent à un « collège de brahmanes »¹⁵ d'anéantir les articles 3 et 34 de la Constitution. Le plus surprenant est que ce même Conseil constitutionnel n'hésite pas à rappeler au législateur, dans le cadre de sa jurisprudence sur l'incompétence négative et les « objectifs » d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qu'il doit lui-même édicter des normes claires et suffisamment précises pour ne pas abandonner son pouvoir normatif aux autorités administratives et juridictionnelles. C'est un peu l'hôpital qui se moque de la charité dans la clinique du droit.

Ce pouvoir juridictionnel discrétionnaire, aboutissant au transfert du pouvoir constituant à une poignée de juges et à substituer une jurisprudence aléatoire au texte constitutionnel est, en effet, directement contraire à l'idée d'État de droit telle que l'avait défendue le « père » du contrôle de constitutionnalité en Europe. Hans Kelsen a, en effet, alerté contre ce risque en affirmant que l'inscription dans la constitution d'idéaux ou de « valeurs » tels que équité, liberté, égalité, justice, moralité, etc... peut jouer un « rôle extrêmement dangereux » en conduisant un tribunal constitutionnel à annuler une loi au motif qu'il la juge simplement injuste ou inopportune. Il ajoute « La conception de la justice de la majorité des juges de ce tribunal pourrait être en opposition complète avec celle de la majorité de la population et le serait évidemment avec celle de la majorité du Parlement qui a voté la loi. Il va de soi que la

¹⁴ Benjamin DEFOORT, *L'office du juge administratif*, Revue de droit d'Assas, n°13-14, 2017, p.128

Anne-Marie LE POURHIET, *Le virus procédurier : la fièvre au prétoire*, in COVID-19 -Approches de Droit public et de Science politique, dir. Guillaume Le Floch - Éditions Berger Levrault – Collection *Au fil du débat* - pp. 117-128

¹⁵ Stéphane RIALS, op.cit. p. 167

constitution n'a pas entendu, en employant un mot aussi imprécis et équivoque que celui de justice ou tout autre semblable, faire dépendre le sort de toute loi votée par le parlement du bon plaisir d'un collège composé d'une façon plus ou moins arbitraire ». Il conclut « Pour éviter un semblable déplacement du pouvoir (...) la Constitution doit, surtout si elle crée un tribunal constitutionnel, s'abstenir de ce genre de phraséologie et, si elle veut poser des principes relatifs au contenu des lois, les formuler d'une façon aussi précise que possible »¹⁶.

Pour le cas américain, Élisabeth Zoller affirme également que la jurisprudence Marbury a donné à la Cour suprême une compétence « virtuellement gigantesque » lui permettant de « gouverner à la place des élus » et ajoute que la Cour « fit tant et si bien qu'elle persuada l'opinion que, pour faire avancer le droit, il n'était plus nécessaire d'aller voter, il suffisait d'aller en justice ». Elle conclut que ce « malheur » américain est « toujours recommencé »¹⁷. Il n'en demeure pas moins qu'aux USA, les travaux des pères fondateurs, notamment d'Alexander Hamilton dans *Le Fédéraliste*, l'existence préalable d'un contrôle des lois des États et surtout la tradition de *common law*, dont la prégnance clairement « anti-française » est évidente dans l'opinion de Marshall, ont atténué la visibilité et la crudité de la prise de pouvoir fédéral par la Cour suprême¹⁸. En France, en revanche, la substitution au pouvoir constituant démocratique et le mépris de la loi fondamentale étaient manifestes¹⁹.

L'étourdissant silence des autorités politiques et de la doctrine devant le *putsch* de 1971 interpelle. Ceux-là même qui avaient accusé le général de Gaulle de forfaiture parce qu'il avait fait réviser la constitution par la procédure de l'article 11, donc *in fine* par le peuple souverain, n'ont en revanche rien trouvé à dire lorsque qu'un aréopage de neuf personnes parfaitement irresponsables a changé le régime de la Ve République par une délibération à huis clos

Transformer en étendards d'État de droit des usurpations de pouvoir juridictionnelles parfaitement contraires tant à la séparation des pouvoirs, qu'à la Constitution et au méta-principe démocratique qui la fonde²⁰ est pour le moins osé. Il a fallu plusieurs années avant que la vérité soit durement et brillamment dite par René de la Charrière et que quelques autres lui emboîtent le pas²¹, mais ces constats lucides et dérangeants ont vite été ignorés comme on cache la poussière sous le tapis. La proximité de l'opinion dissidente de la Charrière avec les mises en garde de Kelsen est évidente mais fera l'objet d'un même ostracisme.

Bien entendu, la captation du pouvoir normatif, constituant et législatif, ne s'est pas arrêtée à nos juges publicistes internes. Les cours européennes ont complété le dispositif en forgeant un droit jurisprudentiel envahissant à prétention constitutionnelle où la palme de l'activisme revient indiscutablement à la Cour de Luxembourg dont l'hégémonie ne semble plus avoir de limite. Primauté inconditionnelle, autonomie, effectivité, application uniforme, on ne compte plus les inventions extravagantes « hors traités » créées de toutes pièces par la Cour

¹⁶ Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, RDP, 1928, p.239 et s.

¹⁷ Élisabeth ZOLLER, *Le rôle politique de la Cour suprême, toujours recommencé*, La semaine du droit, Edition générale, n°42, 12 octobre 2020

¹⁸ Élisabeth ZOLLER, *Les deux constitutions de John Marshall : une relecture de l'arrêt Marbury v. Madison*, RFDC, 2020/3, p.p. 521 et s.

¹⁹ Anne-Marie LE POURHIET, *L'approche gaulliste du contrôle de constitutionnalité*, in « Contre le gouvernement des juges », (dir.) Christophe BOUTIN, Bruno DAUGERON et Frédéric ROUVILLOIS, Les éditions du Cerf, 2022, p.p. 227 et s.

²⁰ Voir l'article unique de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 : « Le gouvernement de la République établit un projet de loi constitutionnelle mettant en œuvre les principes ci-après : 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir (...) ».

²¹ René de la CHARRIÈRE, *Opinion dissidente*, Revue Pouvoirs n°13, 1980, rééd. 1991, p.141 ; Robert SAVY, *La Constitution des juges*, D, 1983, ch. p. 105 ; Stéphane RIALS, *Entre artificialisme et idolâtrie – Sur l'hésitation du constitutionnalisme*, Le Débat, n°64, 1991, p.163

de Luxembourg pour imposer son droit au forceps y compris en exerçant une tutelle directe sur les juges nationaux afin de les distraire de l'autorité de leurs juridictions supérieures. Bien entendu, despotique à l'intérieur de l'Union, ladite Cour se révèle vigoureusement hostile à tout contrôle juridictionnel extérieur de celle-ci ... l'État de droit c'est pour les autres²². Il a fallu toute la hiératique intransigeance de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe pour rappeler à la Cour de Luxembourg ce qu'État de droit et démocratie veulent dire et lui infliger une cinglante leçon de hiérarchie des normes²³ que nos juges internes, tout occupés à leur relecture de l'article 55 de la Constitution, n'ont pas songé à reproduire.

Dans cet hubris juridictionnel généralisé la Cour de cassation, n'est pas en reste. De 2014 à 2019 son président Bertrand Louvel s'est répandu en discours et articles foisonnants proposant ouvertement, sans le secours d'aucune loi ni donc se soucier du consentement des citoyens, de changer radicalement l'office ancestral de sa Cour pour n'en faire plus désormais que le relais servile de la Cour européenne des droits de l'homme²⁴. Le « programme » de ce haut-magistrat consistait notamment à instaurer un filtrage des pourvois dont le critère essentiel serait « la défense des droits et libertés fondamentaux » sous l'égide de la jurisprudence européenne, de façon à substituer « un droit d'inspiration coutumière qui monte de la société vers le juge » au modèle de « droit écrit qui descend du sommet de l'État centralisé vers le citoyen »²⁵. Exit donc la volonté générale et le principe de légalité, retour de la tradition et, au fond, de la « loi naturelle » dégagée par la raison européenne. Le bon juge Magnaud s'installe quai de l'horloge. La formule « Au nom de la loi ou du peuple » sera remplacée par « Au plaisir des juges », l'on ne saurait être plus clair sur l'offensive contre-révolutionnaire et donc « réactionnaire » ainsi menée avec la bénédiction idolâtre d'une doctrine entrée en religion.

2. La bénédiction doctrinale et la consécration européenne

L'astuce argumentative utilisée pour camoufler cette remise en cause de l'idée d'État de droit consiste à prétendre que celui-ci aurait changé de signification depuis 1945, sans que l'on sache par qui et comment aurait été décidée cette soudaine mutation conceptuelle. L'État de droit aurait, en effet, selon les nouveaux prêtres, perdu sa signification « formelle » pour devenir une notion « substantielle » et au passage, serait passé de son statut de concept intellectuel à celui de norme universelle applicable *urbi et orbi*.

Par un coup de baguette magique, il serait devenu synonyme d'un contre-pouvoir juridictionnel généralisé s'exerçant donc essentiellement par la jurisprudence et tout orienté vers la « protection des droits fondamentaux », toujours présentés comme absolus, comme s'il n'y avait plus en face de chacun d'eux ni les droits d'autrui, ni l'ordre public, ni la santé publique, ni la sécurité publique, l'intérêt général disparaissant soudain des plateaux de la

²² Brunessen BERTRAND, *Retour sur l'office constitutionnel de la Cour de justice*, Revue de droit d'Assas, 2017, n°13-14, p.65 et s.

²³ <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630>

Anne-Marie LE POURHIET, *La leçon de démocratie et d'État de droit de la cour de Karlsruhe*, Revue des deux mondes, 2022, p. 124 ; *Reprendre le contrôle » : une défiance justifiée envers l'Europe ?* Colloque « La politique contre le droit : faut-il se libérer des entraves juridiques de l'Europe et des juges ? », PAU-22-23 juin 2023, <https://www.leclubdesjuristes.com/colloque/colloque-la-politique-contre-le-droit-1099/>

²⁴ Anne-Marie LE POURHIET, *Rébellion ou soumission à la Cour de cassation ?* Droit&Littérature, 2019, n°3, pp. 45-54

²⁵ Dîner annuel des juristes franco-britanniques, 31 mars 2015, www.courdecassation.fr/publications

balance²⁶. L'article IV de la Déclaration de 1789 disposant que « la liberté consiste à pouvoir faire ce qui ne nuit pas à autrui » semble avoir étrangement disparu des normes de référence. Dans un article bien nommé « Société de droit contre État de droit », Guy Carcassonne avait pointé cette mutation de l'État de droit en « des tas de droits »²⁷, œuvre d'une caste juridique qui décide désormais souverainement des réinterprétations terminologiques pour ménager sa propre sphère de pouvoir et un florissant fonds de commerce.

Certains juristes nous martèlent déjà depuis longtemps que la démocratie ne serait plus « *seulement* » le suffrage universel et que l'on ne pourrait plus la « *réduire* » à l'exercice du suffrage, sans que l'on sache qui a autorité pour renverser ainsi deux millénaires d'étymologie grecque et scratcher Thucydide d'un trait de plume²⁸. En tous cas, ce ne sont pas les textes constitutionnels nationaux, tous fidèles à la souveraineté collective, qui ont opéré cette mutation. L'on voudrait maintenant nous convaincre aussi, de la même façon, que l'État de droit, ce n'est plus une hiérarchie de normes écrites au service de la sécurité et de l'ordre juridique, mais une casuistique erratique délivrée « au plaisir » des juges eux-mêmes, des professions qui les activent, de leurs clientèles militantes, des quérulents pathologiques et autres « agités du porte-plainte »²⁹ engendrés par une société où le citoyen a disparu derrière l'ayant-droit procédurier.

Comme l'anti-parlementarisme inspirait la doctrine de la III^e République en faveur du pouvoir exécutif et de « son » juge, de la même façon la démophilie des juristes contemporains les conduit à alimenter le transfert du pouvoir du peuple et de ses représentants vers toutes sortes d'oligarchies échappant au suffrage universel. « *Tout sauf les urnes* » semble être devenu leur devise dans une rhétorique déguisant leurs convictions idéologiques et leur mépris du suffrage universel. L'invocation de la prétendue « tyrannie majoritaire » inhérente aux procédures parlementaires et référendaires sert de prétexte à lui substituer sans vergogne un despotisme minoritaire relayé par les juridictions.

René de la Charrière relève que les auteurs de la III^e République « ont exalté systématiquement le rôle de la jurisprudence d'autant plus qu'elle serait audacieuse, novatrice, créatrice, c'est-à-dire, en d'autres termes, arbitraire et démocratiquement injustifiable »³⁰. Le même phénomène s'observe encore à l'égard du Conseil constitutionnel dont le rare défaut reconnu consiste un excessif *self-restraint* ménageant de trop le pouvoir exécutif pour la défense duquel il a pourtant été créé par le constituant de 1958. Et l'on déplore récurrentement le manque de « juristes professionnels » au sein d'une institution dont les membres auraient le tort d'avoir encore quelques liens sulfureux avec le suffrage universel. Le Conseil d'État, quant à lui, se voit aussi reprocher de continuer à défendre encore l'intérêt général contre les « droits » individuels et catégoriels et l'on est même allé jusqu'à proposer sa suppression parce qu'il y a le mot « État » dans son nom et qu'il utiliserait encore, *horresco referens*, « les mots de l'État »³¹ !

²⁶ Bernard QUIRINY, *Le juge constitutionnel, le libéral et le démocrate*, in « Contre le gouvernement des juges » (dir.) Christophe BOUTIN, Bruno DAUGERON et Frédéric ROUVILLOIS, Les éditions du Cerf, 2022, p. 55 et s.

²⁷ Guy CARCASSONNE, *Société de droit contre État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 44

²⁸ Anne-Marie LE POURHIET, *Définir la démocratie*, RFDC, 2011/3, n°87, pp.453-464

²⁹ Philippe MURAY, *Désaccord parfait*, Gallimard, 2000, p.183

³⁰ *op.cit.* Pouvoirs, 1991, n°13, p. 154

³¹ Dominique ROUSSEAU, *Pourquoi faut-il supprimer le Conseil d'Etat (et le ministère de la justice par la même occasion) ?* Le Monde, Blog libertés surveillées, 9 juin 2014

Et c'est bien sûr à Bruxelles, capitale du nouvel impérialisme normatif autocrate, que le nouvel État de droit en version « valeur » XXL extensible à l'infini - c'est-à-dire en négation du normativisme positiviste - fait enfin son entrée solennelle dans les textes.

Le règlement européen « relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union »³² indique dans un exposé des motifs en forme d'*obiter dictum* circulaire : « S'il n'existe pas de hiérarchie entre les valeurs de l'Union, le respect de l'État de droit est essentiel à la protection des autres valeurs fondamentales sur lesquelles l'Union est fondée, telles que la liberté, la démocratie, l'égalité et le respect des droits de l'homme. Le respect de l'État de droit est intrinsèquement lié au respect de la démocratie et des droits fondamentaux. Il ne peut y avoir de démocratie et de respect des droits fondamentaux sans respect de l'État de droit, et inversement ». Après ce credo tautologique obscur, l'article 1^{er} dispose : « Le présent règlement établit les règles nécessaires à la protection du budget de l'Union en cas de violation des principes de l'État de droit dans un État membre » et l'article 2 énonce enfin la définition tant attendue :

« Aux fins du présent règlement, on entend par « État de droit » : la valeur de l'Union consacrée à l'article 2 du traité sur l'Union européenne. Il recouvre le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, ainsi que les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, également en ce qui concerne les droits fondamentaux, de séparation des pouvoirs, de non-discrimination et d'égalité devant la loi. L'État de droit s'entend eu égard aux autres valeurs et principes de l'Union consacrés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne ».

Ces autres valeurs sont, pour rappel, « la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité et le respect des droits de l'homme y compris des droits des personnes appartenant à des minorités ».

Au *rechtsstaat* authentique de la première partie de la phrase, on a donc réussi à rajouter dans la deuxième partie, par un subreptice copié-collé sans aucune coordination, l'idéologie de *l'Open society*, dont l'interprétation au cas par cas sera laissée à l'arbitraire de la commission et de la Cour de justice. Les républiques de Pologne et de Hongrie ont plaidé que ce gloubi-boulga inintelligible et tiré par les cheveux dans un texte à vocation répressive était parfaitement contraire à ... l'État de droit, mais la Cour a bien sûr décidé qu'il n'en était rien et que tout était parfait dans l'Empire du Bien. Sur l'indépendance des juges de Luxembourg comme de Strasbourg, il y aurait beaucoup à écrire afin de mettre le logiciel à jour.

3. La religion

La vérité contemporaine est que l'État de droit est devenu le totem³³ et l'argument d'autorité dont se prévalent des castes politiques, économiques et sociétales pour contrecarrer systématiquement la règle majoritaire inhérente au suffrage universel et donc pour contrarier le verdict des urnes et même pour l'empêcher³⁴. L'État de droit n'est plus un principe d'organisation hiérarchique des normes fondé sur la légitimité de leur auteur, mais le masque d'une confiscation aristocratique du pouvoir par des oligarchies en réseaux.

³² Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du parlement et du Conseil -16 décembre 2020

³³ Ghislain BENBASSA, *Le totem de l'État de droit*, L'Artilleur, 2021

³⁴ Bertrand MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?* LGDJ-Lextenso, 2017

Dirigé contre l'État-nation démocratique réputé despotique et dominant par nature, l'État de droit devient le mantra de la promotion du « droit sans l'État » sur le modèle américain de l'auto-régulation de la société civile par les juges et les *lawyers*³⁵. Détaché de son armature démocratique et de ses bases textuelles, il devient essentiellement un instrument de répression et de contournement du pouvoir politique, comme en témoigne le titre de certains ouvrages apologétiques célébrant « La politique saisie par le droit » ou encore « Le droit contre les démons de la politique », illustrés par l'image de Saint-Georges terrassant le dragon³⁶. Le bien juridique contre le mal politique, telle est l'image pieuse désormais offerte aux communiant³⁷.

Ce droit-là, que l'on prétend opposer à la politique, est donc bien sensé émaner d'une autre source que le pouvoir politique élu constituant, législatif ou exécutif. Mais alors d'où sort-il ? Les réponses sont toujours les mêmes : Dieu, la nature, le positivisme sociologique, l'équité ou la raison ou un peu de tout cela ensemble, mais c'est à coup sûr de l'idéologie au service d'intérêts bien compris. Et qui a « compétence » pour « dégager » ce droit, pour le « dire » ? Le juge, bien sûr, appuyé, inspiré, aidé et sollicité par les autres juristes professionnels³⁸. Le « droit » se ferait donc hors des hémicycles et des urnes par une sorte d'autopoïèse interne à l'oligarchie juridique seule capable de « savoir » quel est le « bon » droit.

Nul n'est dupe, évidemment, de cette ambition des juristes *Iznogoud* qui veulent être calife à la place du calife en balayant l'héritage des Lumières et de la révolution par un formidable retour en arrière déguisé en progrès. L'historien du droit Jacques Krynen constate à juste titre la similitude de la situation contemporaine avec l'État de justice de l'Ancien régime et observe de nouveau l'exaspération qui monte³⁹. Encore faut-il ne pas opposer à ce grondement l'autisme et l'arrogant déni.

On a évidemment parfaitement le droit de ne pas être un démocrate convaincu et de préférer la « planète des sages »⁴⁰ à celle des peuples. On a aussi parfaitement le droit de préférer une « société des individus » horizontale et fractionnée à une communauté nationale étatique plus verticale, on peut toujours aussi conserver un penchant pour la *common law* plutôt que pour le droit républicain. Mais il faut le dire honnêtement et non camoufler ses préférences idéologiques dans une *novlangue* orwellienne tendant à faire dire aux mots le contraire de ce qu'ils désignent pour affirmer, par exemple, que « la démocratie c'est l'aristocratie juridique, l'État de droit c'est l'arbitraire juridictionnel, le libéralisme c'est le despotisme minoritaire, la liberté académique c'est le dogmatisme et ... la vérité c'est le mensonge ».

Pour conclure, un gâteau d'anniversaire. Il y a exactement dix ans, la Commission de la jeune recherche constitutionnelle avait consacré sa journée décentralisée de Lyon au thème suivant : « Les droits fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ? »⁴¹. Ce titre et son point d'interrogation final semblaient indiquer un possible sursaut des jeunes publicistes vers une distanciation critique à l'égard de la doxa ambiante et le colloque avait effectivement porté son lot de dissidences mal pensantes résumées en conclusion par Stéphane

³⁵ Laurent COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État*, Paris, PUF, 1985 ; *La métamorphose de la démocratie - De l'État jacobin à l'État de droit*, Gallimard, 1993.

³⁶ Louis FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988 ; François SAINT-PIERRE, *Le Droit contre les démons de la politique*, Odile Jacob, 2019

³⁷ Anne-Marie LE POURHIET, *L'État postmoderne et la soumission du politique*, Revue des deux mondes, septembre 2020, p. 116

³⁸ Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, PUF, Les voies du droit, 2002

³⁹ Jacques KRYNEN, *L'État de justice, France XIIe-XXe siècle – Tome II - L'emprise contemporaine des juges*, Gallimard, 2012

⁴⁰ Éric DESMONS, *La planète des sages. Le Conseil constitutionnel, la doctrine et la démocratie*, in *Liber Amicorum Gilles Darcy*, Bruylant, 2012, p.p. 231-251

⁴¹ Actes publiés in Revue Politeia, 2016, n°30, p. 203 et s.

Caporal dans un provocant « *Ex oriente lux* » (le soleil se lève à l'Est), à propos d'une décision de la Cour constitutionnelle russe écartant une jurisprudence de la CEDH contraire à la Constitution. Le propre de toute religion étant d'inciter au blasphème, il nous faut défendre sans faillir ce « droit fondamental ».