

## A PROPOS DE L'ÉTAT DE DROIT

On trouvera ici une version "allégée" d'une conférence initialement donnée dans le cadre d'une université annuelle du Club de l'Horloge, sous le titre "Violence et insécurité dans la société moderne : les ambiguïtés de l'Etat de droit".

La violence et l'insécurité : deux grands maux ; l'"Etat de droit" : de grands mots...

La violence et l'insécurité : une question cruciale dans les sociétés modernes et un même mal qui les ronge ("*Le crime, phénomène social du siècle*", selon le titre d'un ouvrage récent) ; un mal qui ne doit pas être regardé comme une fatalité : d'abord, parce qu'il y a des causes -et des responsables (ceux qui ont -dans ce dernier demi-siècle, en particulier-, pollué les coeurs et désarmé les énergies -et, bien souvent, au nom... du "*progrès de l'Etat de droit*" !), mais aussi, parce qu'il y a des solutions (pour peu que l'on sache rompre avec l'idéologie qui a animé ces responsables et qui est au premier rang de ces causes).

L'"Etat de droit" : un concept passe-partout, qu'on sort -et qu'on ressort- aujourd'hui à tout bout de champ -et, bien souvent à tort et à travers. Et que l'on met "à toutes les sauces" : cela ne coûte pas cher et fait toujours bien dans l'assiette... Un concept aux contours mal

définis et, trop souvent, bien mal compris, que le "politiquement correct" et la "langue de coton" du nouveau conformisme idéologique ambiant ont exhumé, surtout depuis les années 80, de la théorie juridique -où il était quelque peu tombé en désuétude, pour le récupérer aujourd'hui de manière passablement abusive à des fins militantes, comme un instrument idéologique. Au risque d'en faire l'alibi d'une nouvelle police des esprits et des âmes, grosse d'une autre forme de violence et d'insécurité, moins spectaculaire peut-être, mais, non moins corrosive -alors que cette idéologie a, au surplus, maintenant bien fait la preuve de son impuissance à juguler le phénomène criminel.

Or, pour qu'il y eût un authentique "Etat de droit", il faudrait -et, sans doute, il suffirait-, tout simplement qu'il y eût un Etat et qu'on y fit régner le droit : la maîtrise du phénomène criminel devrait être en effet, tout naturellement, le premier signe tangible, la pierre de touche, d'un tel "Etat de droit";

force est de constater que c'est bien là que le bât blesse aujourd'hui !

Mais le paradoxe, c'est que l'on voit, depuis quelque temps, des gens issus des mêmes forces politiques et des mêmes milieux idéologiques qui, pendant des années, avaient nié ou minoré la réalité et la gravité du phénomène, en exploitant jusqu'à plus soif le thème de l'"Etat de droit", venir revendiquer maintenant la sécurité comme leur valeur ("*une valeur de gauche*", entend-on aujourd'hui ; et, ce n'est peut-être que justice, puisque, dans la non-gauche, il n'en est que trop, par peur, peut-être, d'être les derniers libéraux, pour jouer à être les derniers laxistes...), et, comme une exigence de ce même "Etat de droit" !... Ce qui montre bien la confusion des esprits.

De fait, cette dernière expression est devenue tellement galvaudée, tellement "tarte à la crème" (un "gargarisme", disait A. PEYREFITTE dans un de ses derniers billets du Figaro) qu'il faut -sans se laisser tétaniser par la crainte de marcher sur la queue des "vaches sacrées"-, la passer au tribunal -sinon à la "moulinette"-, de la critique.

On va voir ainsi comment l'"Etat de droit", c'est d'abord un état de flou et des tas d'ambiguïtés, dans le discours (I) comme dans les faits (II).

## I- DES AMBIGUÏTÉS DANS LE DISCOURS

Les ambiguïtés conceptuelles : elles sont sémantiques -des incertitudes sur le sens même de l'expression et jusqu'à la façon de l'écrire (1) ; logiques -des contradictions internes et des difficultés théoriques (2).

### 1-Des ambiguïtés sémantiques ("Etat de droit" dans tous ses états... mais de quel droit ?)

La graphie elle-même les reflète bien, qui flotte entre majuscules et minuscules... C'est que l'usage du terme mélange allègrement des concepts bien distincts, avec toutes les ambiguïtés et la polysémie qui s'attachent aux notions d'"état" et de "droit", multipliées ici par leur association.

### \* UN "ÉTAT" D'AMBIVALENCE...

Entre l'"état" comme situation et l'"Etat" comme institution, la puissance publique :

- L'"état de droit", dans son acception la plus neutre, s'oppose à l'"état de fait" ; comme un simple constat, qui signifie simplement qu'il y a du droit quelque part, ou, une situation conforme au droit. Dans une autre acception, déjà plus théorique et philosophiquement connotée, il pourra s'opposer à l'"état de non-droit", l'"état de nature" etc., envisagé comme le moment logique (plus que chronologique) du processus par lequel une raison organisatrice s'introduit dans le chaos des événements "bruts" pour construire le droit et l'Etat, passer d'un "état sauvage" -serait-il plus ou moins mythique-, à un "état ci-

vilisé" -qui va alors, souvent, lui conférer la majuscule.

- L'"Etat de droit", comme notion plus technique de la science juridique et politique, s'oppose, à l'origine de la formulation de la théorie, comme on le verra, à l'"Etat de police" ; l'expression, en deçà des querelles, vise à exprimer une certaine idée des rapports de l'Etat et du droit, caractérisée par le constat, ou le projet, de la soumission du premier au second. Mais, tout va dépendre, évidemment, de l'idée que l'on se fait, respectivement, de l'"Etat", et, du "droit".

### \* ...ET UN "DROIT" EN BALANCE

Pas seulement avec sa "summa divisio" (qui n'est d'ailleurs pas indifférente en l'espèce, comme on le verra),



entre droit "subjectif" et droit "objectif", mais, pour ce qui est de ce dernier, entre le droit comme formel ou comme substantiel, comme "contenant" ou comme "contenu" :

- Il y a d'abord, en effet, le droit en général, au sens formel, comme technique d'organisation des rapports humains ; l'"Etat de droit", ce sera alors, l'Etat où il y a du droit, voire, l'état du droit de l'Etat. En soi relativement "neutre", on ne va pas manquer de l'opposer -consciemment ou inconsciemment- à des concepts comme celui de force, de violence etc., et, dès lors, on sera porté à y associer, sous-jacente, l'idée d'une préférence en sa faveur ; laquelle préférence va, assez naturellement, connoter positivement l'"Etat" quand on va y accoler le "droit" -en suggérant l'idée que non seulement, il y a du droit dans l'Etat, mais, que c'est à bon droit qu'il y a du droit, que l'Etat est dans le droit, dans l'état voulu par le droit, voire qu'il est "de (plein ?) droit"... Ce qui appelle déjà un autre concept de "droit".

- Car le droit s'entend aussi comme substantiel, comme un corpus de normes déterminées ; d'abord, celui que l'on dira "positif" -et, en ce sens-là, l'expression "Etat de droit" signifiera l'"Etat d'un droit", et "de n'importe quel droit"... ; en revanche, quand on videra le droit non plus comme une contingence mais comme une référence, en désignant alors par là un modèle, un idéal du droit, de caractère supérieur, voire préexistant, devant régir les droits positifs -et qu'on peut écrire alors "Droit", on va ouvrir une autre problématique, celle, en somme de l'"Etat droit", l'"Etat de/dû Droit" - qui parachève l'évolution, graphique et sémantique.

## \* UNE DÉRIVE DE SENS...

A partir d'une même intention : la soumission du pouvoir institué au droit :

- A l'origine, l'"Etat de droit", comme concept technique, a été importé d'une doctrine allemande qui opposait "Rechtsstaat" et "Polizeistaat" ("état/ Etat de police", et a été forgé tant par des libéraux (R. Von MOHL vers 1842) soucieux de limiter l'arbitraire de l'administration, que par des conservateurs (F.J. STAHL, 1856) pour normaliser le fonctionnement de l'Etat. Il sera popularisé et "acclimaté" en France par CARRE DE MALBERG, vers 1920, mais dans le cadre d'une problématique assez différente, en opposition cette fois à la notion d'"Etat légal", forgée par

lui (suprématie de la loi et de l'organe législatif). Puis, après quelques intenses controverses théoriques, il était quelque peu tombé en désuétude ; avant d'être exhumé, depuis 1/4 de siècle environ, mais surtout comme un instrument idéologique. Il est curieux à cet égard de voir comment la notion a pu se prêter à des utilisations différentes, selon le contexte : elle avait été fabriquée en Allemagne, au départ, pour faire exister le droit administratif (soumettre l'action de l'administration à des règles et limiter le pouvoir discrétionnaire) ; puis, avait été récupérée par certains, en France, pour tenter de tempérer cette fois l'omnipotence parlementaire -caractéristique de l'"Etat légal", au profit de l'exécutif (pouvoir réglementaire autonome) ou d'une autorité de contrôle constitutionnel ; or, aujourd'hui, la notion est surtout utilisée contre l'exécutif, au profit du judiciaire, avec une portée différente.

- C'est que, d'abord, l'on peut avoir deux conceptions différentes des rapports entre Etat et droit : la doctrine allemande, à l'origine, très imprégnée de la philosophie de HEGEL et hostile au rousseauisme, penchait pour la théorie d'une "auto-limitation" de l'Etat (qui est une personne distincte de la Nation, et, un titulaire de droits, notamment de la contrainte suprême : le droit est le droit -subjectif et objectif- de l'Etat, lequel choisit librement de borner son empire ; c'est une "auto-soumission"). Auquel répondait une doctrine française, qui penchait, elle, pour celle d'une "hétéro-limitation" (le droit est extérieur et supérieur à l'Etat, qui n'est pas distinct de la Nation, souveraine). Ultérieurement, s'est opéré en outre le passage d'une conception purement formelle ou hiérarchique, à une conception substantielle : celle d'un contenu normatif déterminé, qui va être celui des "Droits de l'Homme" -auquel on va, en général, plus ou moins l'associer.

## \* ...VERS UNE ESPÈCE DE "TRANSCENDANCE"

A travers la référence incantatoire et obsessionnelle à l'"l'Etat de droit", se manifeste ainsi maintenant une sorte de "religion du droit" -substitut de religion ou religion de substitution-, qui fait un peu figure, de "religion d'Etat", pensée unique (et magique), véhicule "tous terrains" d'un nouveau conformisme idéologique :

- L'époque a vu s'épanouir le culte et le fétichisme du droit (peut-être pour pallier une certaine crise des valeurs,

l'effondrement des eschatologies, civiles ou religieuses, la perte du sens etc...) : une croyance plus ou moins raisonnée dans sa valeur intrinsèque, voire dans une espèce de "magie", de "toute-puissance". C'est peut-être qu'elle offre une espèce de "transcendance" à portée de la main -ou de la raison-, à mesure humaine -avec même ce qu'il faut d'affectif... (elle flatte, légitime et exacerbe l'individualisme et l'hédonisme ambiants). Mais, pour être doté de cette "transcendance", le droit doit avoir son assise sur un socle qui l'élève : ce sont alors les "Droits de l'Homme" qui vont le lui donner et lui conférer la majuscule (en réinventant le jusnaturalisme...) : l'"Etat/état de droit", aujourd'hui, c'est souvent l'"Etat/état des Droits de l'Homme" ; les deux expressions tendent à devenir plus ou moins synonymes (quitte, pour garder une distinction sémantique, à enrichir la première d'une détermination relative à l'aspect procédural et contentieux de la protection des droits).

- La référence à l'"Etat de droit" va, dès lors, jouer un rôle central dans ce culte du droit, dont elle est un peu la litanie, fonctionnant comme un argument d'autorité et le moyen d'une auto-légitimation des discours qui l'invoquent. Devenue plus ou moins co-extensive à l'idée des "Droits de l'Homme", comme son soutien et son moyen, et, par là, dispensée de se justifier, et même de se définir, la notion prend ainsi l'allure d'un dogme, d'un postulat, d'un axiome, qui ne peut plus faire l'objet que d'un véritable acte de foi ; c'est sa force, mais on va voir que c'est aussi, sa fragilité.

## 2-Des ambiguïtés logiques (l'"Etat de droit" contre l'Etat et contre le droit ?)

La vacuité et la plasticité du concept ne sont pas sans conséquences : aussi bien par rapport à la conception que l'on se fait de l'Etat et du droit, que par rapport à la solidité du consensus qu'ils permettent :

## \* UNE RÉDUCTION SUBTILE...

L'expression tend à ramener l'Etat à sa seule manifestation juridique, en même temps qu'elle appelle l'identification du droit à sa production par l'Etat -ce qui est très réducteur, pour l'un comme pour l'autre :

- Elle suggère que le droit est une caractéristique constitutive de l'Etat -



et, symétriquement, que le droit entretient un rapport privilégié, sinon exclusif, avec l'Etat. H. KELSEN poussera jusqu'au bout cette identification de l'Etat et du droit, en assimilant, en somme l'Etat et l'ordre juridique (statique et dynamique), "*Etat*" et "*état du droit*" (l'"*Etat de droit*", ce n'est plus alors que le droit en l'état...); mais, on sait les limites de cette "*théorie pure*" du droit. On ne peut pas, en particulier, couper l'Etat et le droit de leur genèse - qui est toujours un processus de fait (cf. VALÉRY : "L'Etat, enfant monstrueux de la Force et du Droit"...), le produit de la conscience et de la volonté de sujets. Pas d'Etat qui ne soit "*de fait*" avant d'être "*de droit*" !...

- Cette réduction et cette confusion sont, au fond, une forme de délégitimation du pouvoir : on voudrait substituer le gouvernement des normes à celui des hommes... Ce qui est privilégier une approche "éléatique" du pouvoir et de la vie en société - qui sont, par définition et par expérience "héraclitéens"... Or, si le droit et l'Etat ne sont pas dissociables, ils sont, cependant bien distincts : le droit n'est pas la seule manifestation de l'Etat, ni sa seule raison d'être ; pas plus que la limitation du pouvoir par le droit ne saurait être une fin en soi, une valeur par elle-même : ce ne saurait être qu'un moyen au service d'une fin supérieure - et, d'abord, l'existence du corps politique.

## \* ...ET UNE CONFUSION TROP FACILE

Entre le droit, et, la morale ou l'éthique ; or, s'ils ont en commun la normativité - signe par excellence et privilège de l'humanité -, il est essentiel de les distinguer, en théorie comme en pratique :

- De fait, l'idéologie de l'"*Etat de droit*" est, maintenant, sortie du droit et c'est bien plutôt à des normes de caractère moral, éthique, qu'à du droit véritable, qu'à du droit positif, qu'elle prétend subordonner le pouvoir : c'est mélanger des normes de niveaux et de forces différents. Si le droit peut - et doit - avoir des valeurs et de la valeur, peut-on en faire une valeur une soi ? C'est donner au droit, en tant que technique d'organisation sociale, une position surévaluée et c'est une prétention abusive.

- C'est, sans doute, en effet, ennobler le droit que de tenter de lui donner un soubassement moral ; et c'est conforter l'exigence morale que de tenter

de lui insuffler l'énergie d'une règle positive ; mais, c'est prendre le risque de leur affaiblissement respectif et de leur dégradation réciproque. Mais, surtout, c'est là, paradoxalement, la pente de tous les totalitarismes - que l'"*Etat de droit*" veut pourtant combattre -, et qui cherchent à légitimer leur droit en lui donnant la force d'une morale. Si les responsables de l'Etat ont le droit - voire le devoir -, d'avoir une morale, la prétention, pour l'Etat, d'incarner la morale en acte est toujours suspecte et inquiétante pour les libertés, si bien inspirée qu'elle soit !

## \* UN CONSENSUS TROP TRANQUILLE...

De fait, l'idéologie joue sur du veulx : la valeur droit est en effet typique de ces concepts "non dialectiques", qui n'ont pas vraiment de contraire "pensable" ou acceptable (en tout cas dans un contexte donné) ; celui qui s'arroge le monopole de l'idée, avec la propriété du terme, désarme d'avance ses adversaires et s'assure un avantage décisif :

- La genèse de ce consensus s'est inscrite dans un certain contexte, marqué, notamment, par l'épuisement des vieilles problématiques, la montée de l'individualisme et du scepticisme etc. Un regain d'intérêt pour le droit s'est fait jour - d'abord aux U.S.A. -, en même temps que le droit s'imposait plus fortement dans l'actualité comme fait social (surtout à travers ses aspects "pathologiques" : montée des litiges, de l'insécurité etc...). Or, à l'exception, peut-être, d'un courant ultra-libéral prônant "*le droit sans l'Etat*" (l'"*Etat de droit*", dans cette optique, c'est le droit du marché...), qui a eu son heure de mode, le thème s'est trouvé, finalement, plus ou moins accaparé par la gauche, intellectuelle et politique.

- Cette appropriation - et la fortune de l'expression -, ont été d'autant plus aisées que celle-ci était floue. Du droit en général à une vision particulière du droit empreinte d'idéologie, le glissement sera insensible et indolore pour la plupart... et le tour sera joué ! Mais ce consensus - qui ramène l'idée à une sorte de "tic" de discours, à une banalité, somme toute, va lui faire perdre, aussi, beaucoup de sa valeur ; on peut même se demander si cette adhésion commune ne traduit pas, dans une société d'individualisme plus ou moins "existentia- liste", un refus en profondeur du poids de la norme : celle-là est, finalement trop vague pour être très contraignante !

## \* ...ET UNE ASSISE FRAGILE

Dès lors que l'on est passé du droit comme technique au droit comme éthique, sur quelle norme pouvoir fonder la "préférence juridique" ? Et, a fortiori, surtout en démocratie, la soumission du pouvoir souverain, originel et inconditionné ? Vieille, mais essentielle et toujours actuelle, problématique... :

- Si l'Etat est soumis au droit, s'il doit faire appel au droit pour légitimer son existence et son pouvoir, qu'est-ce qui, alors, va fonder et légitimer le droit ? Le droit, par nature, cherche à échapper à la contingence et à la relativité ; et c'est un des thèmes que martèlent les penseurs contemporains de la chose juridique : si l'on ne veut pas que tous les droits se valent, si l'on ne veut pas que le droit des Etats totalitaires ait la même force obligatoire que celui des "*Etats de droit*" qu'ils leur opposent, il faut qu'il existe un principe de valorisation et de légitimation, de préférence de certaines normes par rapport aux autres, un principe de supériorité en général du droit sur le pur fait de la force. Mais qu'est-ce qui peut fonder cette "préférence pour le droit", et, à plus forte raison, la préférence pour ce corps de normes qui s'identifie à une certaine vision des "*Droits de l'Homme*" ?

- De fait, paradoxalement, l'idéologie de l'"*Etat de droit*" est obligée de réinventer - souvent sans le savoir ou sans le vouloir -, la vieille problématique du "droit naturel" ("*pas si naturel que cela*" au demeurant...), avec sa force (ancrer le droit dans une exigence ultime, un absolu ne dépendant pas de la seule volonté de l'homme), mais aussi sa faiblesse (renvoyer, en définitive à un acte de foi "métaphysique", qui voudrait le faire tenir, comme le célèbre baron, en tirant sur les seuls lacets de ses chaussures...). Et, comment, en tout état de cause, concilier cette rationalisation avec la souveraineté ? Peut-on réduire le droit à une simple question de connaissance, de dévoilement de normes toujours déjà là - c'est à dire, en définitive, l'abandonner à une "cléricature" qui le confisquerait ? Passer, en somme, de l'"*Etat de droit*" à l'"*Etat des juristes*"...

Ce ne sont pas là des questions purement "théoriques" ; car, le désordre dans les mots et dans les idées ne peut pas être sans conséquences sur les choses.



## II-DES AMBIGUITÉS DANS LES FAITS

Elles sont d'abord pratiques -un décalage sensible entre idéaux et réalités (1) ; c'est à dire, en fin de compte, qu'elles sont authentiquement politiques (2).

### 1-Des ambiguïtés pratiques (l'"Etat de droit" dans quel état de fait ?...)

De fait, l'évolution du droit sous l'influence de ces conceptions idéologiques va à rebours des bonnes intentions affichées et représente une véritable régression, avec des dangers pour les libertés. L'"Etat de droit", c'est, en fait, bien souvent, trop de droit pour trop peu d'Etat, (le droit est partout, mais, l'Etat est mou...) à côté de trop d'Etat pour trop peu de droit (l'Etat se voudrait tout, mais, le droit est flou...).

#### \* LE DROIT EST PARTOUT...

C'est devenu un lieu commun que de parler de la "montée du droit" et d'abord, pénal) dans les sociétés contemporaines, avec son corollaire, la montée en puissance -et d'abord en présence sur la scène publique-, du juge. Il en est pour s'en féliciter bruyamment et pour y voir à l'oeuvre le "progrès de l'Etat/état de droit" -vite identifié avec celui de la démocratie fondée sur les Droits de l'Homme ; mais :

- En limitant l'Etat par le droit, l'"Etat de droit" ouvre un champ sans limite au droit : "pour être parfait, l'Etat de droit doit être partout" ; c'est l'"Etat du tout-droit", avec un "droit du tout-Etat". Cela va de pair avec une inflation des droits subjectifs, des droits particuliers et la mise en place d'une "carapace de droits négatifs" (l'état des droits, de tous les droits et de n'importe quel droit, et surtout, des droits contre l'Etat...). Faut-il vraiment voir dans cette omniprésence du droit -et du juge, qui lui fait cortège-, un signe de bonne santé de nos sociétés démocratiques ? Quand l'"Etat de droit" mène à l'état de contestation du droit, quand il débouche ainsi sur un "Etat de justice", n'est-ce pas, peut-être, que le droit se dégrade dans des tas de chicanes et dans l'état de chicane ?... C'est bien plutôt un signe de grippage et de régression de la mécanique sociale et l'indice certain d'un refus croissant du droit comme règle d'arbitrage de la vie en groupe (un "mauvais état" du droit, un droit en mauvais état), le révélateur d'un malaise et "mal-

être-ensemble" plutôt que d'un "progrès" ; la "boulimie" de droit produit beaucoup de "mauvaise graisse" dans l'organisme social...

-Si l'Etat-providence avait vu la montée en puissance du pouvoir exécutif, celle de l'"Etat de droit" voit la concurrence du judiciaire : plus de droit, plus de litiges, impliquent aussi plus de juge(s). Le déplacement de la responsabilité de la vie collective, de l'élus vers le juge (à travers la gestion des conflits -perversion et régression de l'ordre normal des choses, en attendant de passer du prétoire à la rue...), pose inévitablement un problème de légitimité et conduit à soulever la question de la responsabilité du juge en regard de son indépendance : au risque de voir les chantages de l'"Etat de droit" se faire de plus en plus les contempteurs du juge, et, derrière l'exaltation rituelle de son pouvoir, chercher aujourd'hui les moyens de le diminuer ! Comme le pouvoir actuel tend à le faire de manière de moins en moins subreptice...

#### \* ...MAIS L'ETAT EST BIEN MOU

L'Etat moderne, dans nos sociétés "évoluées", est un pouvoir faible et inhibé, spécialement dans le domaine de la lutte contre la violence et l'insécurité :

- Le paradoxe, c'est qu'à mesure que s'affirmait l'idée de l'"Etat de droit", sa protection effective, elle, n'a cessé de régresser ! A savoir, la première exigence d'un "Etat de droit" bien compris : qu'il y ait un Etat pour faire respecter le droit en vigueur -soit, spécialement, lutter contre les malfaiteurs, qui privent les citoyens de leur droit de jouir concrètement des bienfaits de l'"Etat de droit"... Le premier adversaire de l'"Etat de droit", c'est celui qui viole le droit ; à commencer par l'Etat lui-même et ses serviteurs. On a des zones d'"état de non-droit", de "non-Etat" ou de "droit du crime", "état/Etat de crime", avec les "zones grises" et les Etats criminels ; ce qui réduit peu à peu -et parfois, dans des proportions considérables en pratique-, le champ effectif d'exercice des libertés (en fait... tous les droits essentiels, posés comme "naturels, inaliénables et sacrés", dans la Déclaration de 1789 ou celle de 1946 !).

- Ce n'est pas si paradoxal que cela : c'est au nom d'une vision à sens unique de l'"Etat de droit" -leur monopole autoproclamé-, comme une machine de guerre anti-répressive, que certains, avant et après 1981, dans les têtes d'abord et dans les faits ensuite, avaient entrepris de démanteler les dispositifs de l'Etat et du droit assurant l'efficacité de la riposte anti-criminelle, d'énerver la répression et démobiliser ses acteurs. Et, malgré une inflexion du discours sous la pression des faits (et des électeurs...), on continue (avec, à l'occasion, le renfort des éléments les plus "ringards" et les moins lucides de l'actuelle "opposition" !). Et les projets en cours (texte dit "présomption d'innocence") vont venir -pour cause de "lèse-élus" entre autres-, aggraver encore la situation.

#### \* L'ETAT SE VEUT TOUT...

L'Etat moderne est d'autant plus dilaté qu'il est faible : il s'arroge des droits considérables sur l'individu -y compris intellectuels ou moraux : reculant sans cesse les limites de son empire, avec d'autant plus de bonne conscience qu'il s'abrite sous le "parapluie" du droit, comme un alibi facile et "omnibus", il grignote peu à peu les racines de la liberté individuelle, tendant ainsi à devenir insidieusement total (une insensible dérive vers un "totalitarisme d'édredon" ?...).

- Si l'"Etat de droit" prétend soumettre l'Etat au droit, il néglige la plupart du temps de soumettre le droit à quoi que ce soit : un droit sans limite(s) pourra venir ainsi cautionner les débordements du pouvoir qui lui est subordonné... Et, en particulier, l'ignorance de la frontière entre la sphère publique et celle de l'irréductible autonomie privée -au premier chef, celle de la conscience : le nouvel "Etat de droit" ne craindra pas, par exemple, de dicter, en appelant le juge, le policier ou le surveillant de prison à la rescousse, des normes de croyance ou de connaissance (comme le fondamentalisme biblique dans certains Etats américains, la "loi GAYSSOT" chez nous, ou la proposition -ô combien sympathique dans son intention, au demeurant-, de faire proclamer par le législateur la réalité du génocide arménien -voire l'instauration d'un "sectarisme d'Etat" anti-sectes...).



- C'est particulièrement vrai dans le domaine pénal (où, d'ailleurs, les plus extrémistes voudraient évacuer toute référence à la peine et déconstruire le discours pénal lui-même) : dans le but de "rendre sociaux les individus", on a vu fleurir des conceptions et des pratiques qui, derrière leur allure "bonasse" et bien inspirée, recèlent les risques les plus graves pour la dignité et l'irréductibilité du sujet humain, en forçant les portes de l'identité personnelle ; en témoignent les horreurs (comme les stérilisations forcées pratiquées à grande échelle dans la très "progressiste" Suède) auxquelles a déjà pu conduire une telle volonté de normalisation sociale, un "hygiénisme" pavé des meilleures intentions -mais à qui on n'a pas su fixer les bornes.

## \* ...MAIS LE DROIT EST BIEN FLOU

Il est en effet plus proche de la "fumée" que du "cristal"... L'état de flou est partout, le droit se vaporise en même temps qu'il se balkanise, perdant les caractères qui lui donnent sa spécificité et constituent autant de garanties pour les citoyens ; ouvrant par là un boulevard aux pires débordements de l'Etat :

- Le droit actuel est de moins en moins du droit et la loi tient souvent plus aujourd'hui de la circulaire bureaucratique ou de l'affiche publicitaire... Le droit se fragmente et se particularise ; il perd le sens de l'universel et du conceptuel ainsi que son caractère général, impersonnel et virtuellement intemporel ; l'"Etat de droit" ignore trop souvent "l'esprit des lois" (c'est le "nauffrage du droit commun") ; on multiplie, en particulier, les législations d'exception, rétablissant même parfois, de véritables "privilèges" (comme l'"auto-amnistie" de la classe politique, ou... les 35h. des camionneurs ?). Tout cela entraîne une "désacralisation" du droit -en pleine contradiction avec la doctrine et la logique de l'"Etat de droit" ; et cette dévalorisation ne peut qu'inciter à un moindre respect pour les règles de droit, et, par conséquent, elle érode un peu plus chaque jour les assises de l'"Etat de droit".

- Dans le domaine pénal, que ce soit dans la formulation des menaces (avec, notamment, une marge considérable d'indétermination), ou, l'application des sentences (des peines "fondantes"), l'idéologie de l'"Etat de droit" dominante ruine la valeur symbolique de

la sanction -et donc, derrière elle, des valeurs dont elle est porteuse, et, avec elles, la valeur même de l'Etat et du droit-, et, ouvre la porte à tous les arbitraires (ceux de la bureaucratie "sanitaire et sociale"), au mépris de l'égalité et de la légalité -qui sont pourtant présentées comme les premiers piliers d'un "Etat de droit" ! Cherchant à transformer la justice en appareil de réformation psycho-sociale des individus, illégitime et dangereuse pour les libertés -sans avoir même l'excuse d'être efficace !

Ainsi, par une espèce de "ruse de la raison", l'"Etat de droit" va déboucher sur un nouvel "Etat de police" ! Ce n'est donc plus seulement l'affaire du juriste, mais aussi, du politique.

## 2-Des ambiguïtés politiques (l'"Etat de droit" au-delà de l'Etat et du droit ?)

Il faut là revenir à la problématique essentielle de l'Etat.

### \* UN ETAT DE SOUVERAINETÉ...

On revient toujours au débat majeur de notre époque. La souveraineté, aussi bien dans l'ordre interne qu'international, est consubstantielle à la construction d'un véritable "Etat de droit" : prétendre faire reposer celui-ci sur une idéologie plus ou moins fumeuse -a fortiori sur un universalisme de pensée négateur du fait national-, c'est le priver de toute légitimité :

- Il n'y a pas d'"Etat de droit" quand l'Etat perd le droit d'avoir son droit ! Ne serait-ce qu'en partie ; non que l'Etat soit forcément la seule source du droit (on ne mesure pas assez la formidable révolution -révolution dans la Révolution-, qu'a représenté l'abandon du droit coutumier...) ; mais c'est la pierre de touche de l'existence d'un Etat que de faire prévaloir en tout état de cause, son droit à adopter des règles par le moteur de sa seule volonté. C'est vrai par rapport à l'extérieur, mais aussi, à l'intérieur : le passage à un Etat "de droit" et "de justice" ou de "justiciers" traduit la crise de la démocratie représentative, dégradée en "démocratie d'opinion", démocratie faussement directe ou le média devient non plus le moyen d'une médiation mais un acteur à part entière : la "Sainte Alliance" des pouvoirs de conscience ou d'influence bride l'espace et le libre jeu de la décision politique.

- N'est-ce pas précisément ce droit, pour un peuple, de faire librement son droit, que, dans la pensée et dans les faits, certains chantres de l'"Etat de droit" déniaient aujourd'hui à notre pays et à sa justice ? Derrière la "fatalité" d'une "mondialisation" où le petit wagon du droit devrait suivre la locomotive de l'économie, et, qui n'est, chez certains, que le masque du "mondialisme"... Derrière une certaine idéologie des Droits de l'Homme, avec ses nouveaux instruments, tribunaux internationaux compris, dans les fourgons, le cas échéant, d'armées qui couvrent la sélectivité de leurs cibles par l'incantation de la défense du Droit... Derrière des juridictions européennes, instrument d'un "ultramontanisme" juridique conquérant qui pulvérise les assises de notre droit national et de l'indépendance de notre justice (en bafouant, quand tel est son bon plaisir, ses propres normes) etc. etc.

### \* ...POUR UNE SOCIÉTÉ DE RESPONSABILITÉ

L'idéologie de l'"Etat de droit", en mettant l'accent sur la suprématie d'un droit abstrait contre le pouvoir social, instrument et garant d'un ordre supérieur, tend à exalter la tendance contemporaine à faire un absolu de l'individu et de son droit subjectif, au mépris de la soumission aux disciplines qui sont la règle du jeu de la vie en société et constituent le droit objectif : l'"Etat de droit", dans l'esprit de ceux qui l'invoquent à tort et à travers, c'est d'abord, bien souvent, le droit de l'individu contre le droit de l'Etat, à la limite, le droit au refus du droit ; elle ne permet pas de penser de manière équilibrée cet objet "complexe" (au sens d'E. MORIN) qu'est une vraie société de droit, fondée sur une certaine idée de la responsabilité qui affirme à la fois :

- La valeur du groupe : c'est l'idée de la responsabilité qui seule permet vraiment d'articuler l'individu et le groupe dans le respect de l'identité et de la valeur respectives de l'un et de l'autre : c'est elle qui tient la balance entre le droit subjectif et le droit objectif ; c'est le respect de l'autre qu'exprime l'exigence de responsabilité, qui fonde la valeur de la coexistence de chacun avec tous et permet au sujet de droit d'être reconnu à la fois comme être social et comme au-delà de cet être social. C'est elle, aussi, qui, outre cette unification dans l'espace, noue la chaîne



du temps, et, d'une simple succession d'individus, fait la continuité -toujours ouverte à l'avenir-, d'une entité nationale : expression de la responsabilité des présents envers ceux qui les ont précédés et envers ceux qui les remplaceront.

- La valeur du droit, expression "démurgique" du vouloir-vivre ensemble : comme volonté, produit d'une conscience (un instrument de réalisation d'un ordre -et donc, des valeurs qui le sous-tendent-, pour lutter contre l'"entropie" et l'anomie, menaces permanentes des sociétés, dont le crime est la manifestation par excellence), et, comme représentation (le droit révèle le groupe, comme un signe de son existence et une mesure de sa présence, par régulation spontanée ou forcée -dont le pénal sera l'ultima ratio). C'est cette idée de la responsabilité -et donc, de la culpabilité-, que refuse une époque d'individualisme exacerbé, avec son "existentialisme" foncier -or, sans responsabilité, pas de liberté !

## \* UN ÉTAT DE LIBERTÉ...

Un état de liberté dans le droit, protégé par l'Etat. L'idéologie de l'"Etat de droit" tend en général à s'inscrire dans une perspective conflictuelle et dualiste entre droit et Etat, individu et groupe, sécurité et liberté ; il faut dépasser ces oppositions dans une vision unitaire et complémentaire, qui postule :

- Le sujet de droit comme être de liberté -mais non d'une liberté abstraite et irresponsable, à la manière de cette sorte d'existentialisme ambiant ; soit, avec : une liberté ontologique restreinte, liberté concrète, dans l'ancrage d'une réalité singulière faite de limitations à la puissance d'émergence d'un sujet en

situation, qui circonscrivent son champ des possibles et déterminent ses degrés de liberté, comme tangence entre son dynamisme intérieur (qui le projette vers l'universel) et les dynamismes de l'extérieur (qui le contraignent à la particularité) ; mais, aussi une liberté déontologique totale (sauf cas-limite), soit, celle d'un sujet normalement doué de raison et de discernement, capable de choix qui l'engagent dans le monde de la norme -et donc de répondre de ses actes au pénal.

- L'Etat comme garant de cette liberté : l'"Etat de droit" bien compris n'est pas en guerre contre l'Etat au nom du droit (comme semble trop souvent le vouloir l'idéologie...), mais en guerre, d'abord, contre la négation du droit et de l'Etat, le crime, au nom du droit et par l'Etat ; c'est là la "question de société" par excellence, celle où c'est la société elle-même qui est en question, à travers l'impact physique et, surtout, symbolique, de l'atteinte au droit commise ; il y va de la confiance de l'individu dans la vie en groupe -c'est à dire de la possibilité de sa liberté effective. Faire respecter le droit par chacun et pour tous est donc la grande affaire et la responsabilité politique première de l'Etat.

## \* ...AVEC UN DEVOIR DE SÉCURITÉ

C'est, pour l'Etat, son "devoir d'état". L'"Etat de droit" bien compris, c'est donc, d'abord, un état d'esprit, celui d'un "état/Etat de devoir" faisant prévaloir l'autorité d'un Etat au service des libertés. L'invocation de l'"Etat de droit" est vaine et sophistique si elle ne s'accompagne pas de la volonté de faire respecter effectivement cet état de li-

berté qui est sa justification ; ce qui suppose que l'on s'en donne donc les moyens, de droit et de fait -alors que l'idéologie n'a cessé d'en tirer prétexte pour affaiblir les défenses de la société:

- Il faut, pour ne pas "punir idiot", replacer la peine au coeur du discours comme de la pratique du pénal et la penser dans toute sa spécificité : soit, en tant qu'affirmation de valeur et impératif catégorique, geste symbolique d'évaluation d'un acte (une manière pour le groupe de signifier son existence et sa valeur) ; ce qui suppose d'en évacuer tout ce qui relève de logiques et finalités étrangères (en particulier, tout ce qui va dans le sens de l'incertitude des peines, que ce soit au stade de l'incrimination, de la condamnation ou de l'exécution ; ou, qui procède d'une volonté de réformation interne de l'individu).

- Il faut replacer les valeurs au coeur du discours et de la pratique du politique : car la violence et l'insécurité ne sont que le signe d'un échec des mécanismes élémentaires qui, de la famille à l'entreprise en passant par l'école, conduisent les individus à accepter l'existence et le droit des autres individus ; dans ce domaine, il n'y a pas de fatalité ni de déterminisme mécanique : l'expérience de New-York est en train de le démontrer ! Et c'est logique, car tout se passe en définitive "dans la tête", ou dans le coeur si l'on veut, bref, là où l'être humain arbitre ses choix de vie ; or, à cet égard, ni l'Etat ni le droit ne peuvent, à la racine, suppléer tous les déficits : l'existence d'un "Etat de droit" se joue en fait bien avant l'Etat et bien avant le droit.

Dominique-Henri MATAGRIN