

En finir avec l'État de droit ?

Alexis Blouët, Centre de recherches juridiques de Grenoble (CRJ), Université Grenoble Alpes

XIème Congrès AFDC, Université de Toulon

Analyse croisée de :

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie, La démocratie en état d'urgence, Paris : Le Seuil, 2022, 210 p.

SADURSKI, Wojciech, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford: Oxford University Press, 2019, 304 p.

SALES, Éric, La Turquie, Un État de droit en question, Paris : L'Harmattan, 2021, 231 p.

WANG, Shucheng, Law as an Instrument: Sources of Chinese Law for Authoritarian Legality, Cambridge: Cambridge University Press, 2022, 310 p.

WILKINSON, Michael A, Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe, Oxford: Oxford Constitutional Theory, 2021, 352 p.

Le titre « En finir avec l'État de droit » revêt, ici, une dimension à la fois conceptuelle et empirique. Premièrement, cet à propos interroge la valeur heuristique de la notion d'État de droit pour caractériser et appréhender les régimes politiques contemporains. Deuxièmement, les cinq études de cas, portant sur la Turquie, la Pologne, la Chine, l'Union Européenne et la France, reposent sur l'autoritarisme, et la fin de l'État de droit est un dessein que l'on prête communément aux gouvernants autoritaires. L'autoritarisme y caractérise les régimes de manière structurelle (UE, Chine), ou désigne une « zone sombre », vers laquelle les gouvernants, dans une période critique, orienteraient leurs régimes (France, Pologne, Turquie). Tous ces travaux ont également en commun d'inscrire le droit au cœur de leur méthode. Cette centralité renvoie, avec plus ou moins d'intensité, au matériel mobilisé dans l'analyse, c'est-à-dire le droit positif, mais également aux concepts mobilisés pour appréhender le pouvoir politique. L'exemple le plus frappant est celui de Michael A. Wilkinson qui appréhende ce que recouvre un régime politique par la notion de constitution matérielle. Il définit cette dernière largement comme une configuration de pouvoir centrée sur la relation entre institution (supra)étatique et société, une relation également définie, en surplomb, par des paramètres mondiaux¹.

Ces travaux seront mis en perspective au prisme de l'État de droit. Cette notion est entendue, à ce stade de l'article, par sa conception contemporaine la plus répandue², c'est à dire comme un État où le pouvoir des gouvernants est limité par le droit, grâce au contrôle effectif de la légalité de leur action par des juges autonomes d'eux. Ce choix correspond en grande partie à celui des cinq auteurs. La relation entre, d'un côté, l'État de droit et, de l'autre, les régimes politiques est contradictoire en fonction des auteurs. Salles, Sadurski et Wang considèrent

¹ Michael A. Wilkinson, *op.cit.*, p. 2 et 157.

² Sur l'histoire intellectuelle de la notion et ses diverses définitions voir par exemple Brian.Z Tamanha, *On the Rule of Law : History, Theory and Politics*, Cambridge : Cambridge University Press, 2004 ; Éric Carpano, *État de droit et droits européens*, Paris : L'Harmattan, 2005.

l'État de droit consubstantiellement avec les régimes politiques (I). L'État de droit constituerait l'expression juridique principale de la démocratie, quand l'antithèse de l'État de droit serait celle de l'autoritarisme. En revanche, les analyses de Hennette-Vauchez et Wilkinson situent l'État de droit au cœur des phénomènes autoritaires qu'ils analysent (II).

Par-delà cette contradiction, les ouvrages se recoupent sur certains points. Le principal renvoie à la caractérisation de l'autoritarisme, entendu comme restriction de l'accès au pouvoir étatique et son exercice en même temps que s'opèrent des atteintes aux droits et libertés individuelles. Cette contradiction ne doit, par ailleurs, surtout pas dénier à l'ensemble des ouvrages leur grande qualité. Tous sont extrêmement informés, clairs, percutants et contribuent franchement à la compréhension de leur cas d'étude. Les divergences dans le cadre d'analyse répondent sans doute aux particularités géographiques des matériels travaillés, qui contribuent dialectiquement à forger le premier. Toutefois, la mise en perspective de ces travaux invite à une réflexion consolidant la portée du travail de Stéphanie Hennette-Vauchez et amenuisant celle des autres. La conclusion s'appuiera dessus pour répondre, principalement par la négative, à la question de la valeur heuristique (et morale) de la notion d'État de droit.

I Le régime autoritaire comme anti-état de droit

Wang, Salles et Sadurski ne posent pas des diagnostics aussi tranchés sur les régimes qu'ils étudient. Pour le premier, la Chine est un régime nettement autoritaire, tandis que pour les seconds, le rattachement à l'un des pôles de la dichotomie démocratie/autoritarisme est non définitif. En Pologne et en Turquie existerait, en effet, une crise de régime, renvoyant à des phénomènes mettant en tension les deux pôles de la dichotomie. En dépit de cette différence, Wang partage avec les deux autres auteurs une conception similaire des rapports entre régime et droit. Cette similarité tient à ce que l'État de droit constituerait l'enjeu principal de définition du régime politique, désignant le cœur des crises turques et polonaises (A), quand sa négation serait, elle, le caractère principal du régime chinois (B).

A L'État de droit au cœur des crises de régime

Sadurski et Salles axent leurs analyses sur l'action au pouvoir des partis polonais Droit et justice (PIS) et turc Justice et développement (AKP), de, respectivement, 2016 à 2018 et 2010 à 2021. Les deux auteurs relèvent des points communs frappants: souscription au néolibéralisme économique, usages fréquents de la référence religieuse, personnalisation de leur logique de fonctionnement qui se traduit par la domination, informalisée, de Jarosław Kaczyński et, formalisée, de Erdogan. Au-delà de ces convergences dans leurs cas d'étude, Sadurski et Salles partagent un ton libéralo-critique, néanmoins plus marquée chez Sadurski, et un constat sur l'état des régimes. Ces derniers seraient en crise du fait de l'action des partis sus-évoqués. Sadurski emploie le terme de « régression démocratique³ » pour qualifier cette crise, en référence au succès⁴ de la « transition » après la chute de l'URSS. Salles l'inscrit, lui, dans une temporalité dépassant historiquement la prise de pouvoir de l'AKP, au sens où, depuis 2010, le parti exercerait sur le régime la force autoritaire qu'avait exercée auparavant

³ Sadurski, *op.cit.*, pp.27-29.

⁴ *Ibid.* chap.2.

l'armée, après le coup d'État de 1980. Surtout, les cadres d'analyse de Sadurski et Salles sont analogues, au sens où les deux font de l'État de droit l'enjeu principal de ces crises. Cette similarité est symbolisée, d'une part, par le fait que Sadurski qualifie le style du PIS d'« anticonstitutionnel⁵ », au contraire du Fidesz hongrois qui serait lui plus soucieux de la légalité, et, d'autre part, par le titre que donne Éric Salles à son ouvrage. Plus substantiellement, les crises se cristalliseraient autour des juges. Les pratiques autoritaires du PIS et de l'AKP ont certes d'autres objets, que ces auteurs relèvent précisément, comme les droits et libertés individuels et le fonctionnement des organes politiques, mais celles concernant les juges conditionnent ces dernières. En outre, la réponse qu'y apportera la magistrature indique la voie principale de résolution démocratique de la crise⁶. Autrement dit, les juges incarnent à la fois la maladie autoritaire et le remède démocratique. Les mesures prises par le PIS et l'AKP peuvent être caractérisées en deux sous-types, qui se cumulent et se combinent, ce qui leur confère, comme l'indique Sadurski, une force politique systémique⁷. Ces deux sous-types correspondent aux mesures s'attaquant à l'autonomie des juges vis-à-vis des partis et à celles s'attaquant à leur pouvoir en tant que tel. Parmi les premières, il y a les mesures portant sur l'autonomie *ex ante* des juges renvoyant pour l'essentiel à l'accaparement par les partis, par le biais formel des organes politiques, du pouvoir de nomination des juges. Elles remplacent les mécanismes antérieurs de cooptation interne à la magistrature et se combinent parfois à des mises à la retraite, voire à de pures destitutions en Turquie après la tentative de coup d'État de 2016⁸. Les mesures affectant l'autonomie *ex post* des juges sont celles qui visent à contrôler leur avancement de carrière et correspondent, par exemple, aux conditions de création, d'institution et de fonctionnement de la nouvelle chambre disciplinaire au sein de la Cour suprême polonaise⁹. En sus de ces attaques contre l'autonomie des juges, les auteurs relèvent un second type de mesures. Ces dernières correspondent à la restriction de leur pouvoir en tant que tel, entendu comme leur capacité formelle à contraindre effectivement l'action étatique. Sadurski évoque ainsi le projet d'institution d'une majorité qualifiée des deux tiers, au sein du Tribunal constitutionnel¹⁰, pour invalider une loi¹¹. Ces attaques peuvent être également plus crues vis-à-vis du pouvoir des juridictions quand elles visent la mise en œuvre de leur décision. Salles se réfère à la manière dont d'autres organes arguent de motifs procéduraux pour refuser d'exécuter les décisions de la Cour constitutionnelle favorables aux opposants de l'AKP¹². Sadurski met, lui, l'accent sur la décision du PIS de ne plus publier au journal officiel certaines décisions de la Cour constitutionnelle¹³. L'existence de décisions déplaisant aux deux partis autoritaires montre, aux yeux des deux auteurs que, malgré les attaques contre leur autonomie, les juges resteraient en mesure d'éviter que leurs régimes deviennent complètement autoritaires. Salles salue ainsi les arrêts de la Cour constitutionnelle invalidant les graves mesures prises

⁵ *Ibid.* pp. 14-20.

⁶ Sadurski avance cela explicitement, Salles non. La thèse ressort toutefois de la structure du livre, traversé de part en part par la dialectique juge attaqué/juge protecteur des droits et libertés individuels.

⁷ Sadurski, *op.cit.*, p.7.

⁸ Salles, *op.cit.*, pp. 103.

⁹ Sadurski, *op.cit.*, p.112.

¹⁰ La Cour suprême et le Tribunal Constitutionnel sont à distinguer. La première est la juridiction de cassation dans toutes les matières sauf administrative, quand le second se concentre sur le contrôle de constitutionnalité.

¹¹ Sadurski, *op.cit.*, p.75.

¹² Salles, *op.cit.*, pp. 103.

¹³ Sadurski, *op.cit.*, pp.75-79.

contre les « Academics for Peace » turcs¹⁴, quand Sadurski met en valeur la résistance de la présidente de la Cour Suprême, Małgorzata Maria Gersdorf, contre la terminaison prématurée de sa fonction¹⁵. Les deux auteurs suggèrent également de penser cette opposition aux gouvernants autoritaires en relation avec l'action des juges européens. Salles consacre un chapitre aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) défendant la démocratie en Turquie et loue le partenariat objectif qu'elle a tissé avec la Cour constitutionnelle turque. Cette dernière cite la CEDH, quand, réciproquement, la CEDH souligne la nécessité pour les autorités étatiques turques d'exécuter les décisions de la Cour constitutionnelle¹⁶. Quant à Sadurski, il parie essentiellement sur le juge de l'Union Européenne et consacre un chapitre aux procédures qui y existent contre son pays, dans lequel il appelle les juges du Luxembourg, mais aussi la Commission européenne, à sanctionner sévèrement le gouvernement polonais¹⁷. Sadurski cherche ainsi à conjurer un glissement autoritaire du régime polonais, dont l'aboutissement logique pourrait correspondre au régime politique chinois tel que le caractérise Sunchen Wang.

B Le régime autoritaire comme rule by law

Shuchen Wang identifie en effet le régime chinois comme un anti-Etat de droit, ce dernier ne contraignant absolument pas les élites qui feraient de lui un pur instrument de leur volonté. Pour reprendre la théorie de Neumann, la valeur politique du droit n'y serait à comprendre qu'en termes de pure *voluntas* et non de *ratio*¹⁸. Suchen Wang attribue ce caractère à la culture chinoise et à ses composantes marxistes et confucéennes, où le droit y représenterait un instrument, respectivement, de conflit de classes et de perpétuation de l'ordre social¹⁹. Si cette analyse historique du droit paraît convaincante, il est plus difficile d'accepter que l'instrumentalisme juridique soit une spécificité chinoise ni même autoritaire. Wang apporte d'ailleurs lui-même les éléments contredisant son argument, quand il rappelle que cet instrumentalisme renvoie au positivisme juridique, dont la diffusion globale remonte au XIX^{ème} siècle²⁰. À ce titre, Denis Baranger montre dans son dernier livre que la conception du droit comme instrument de gouvernement accompagne également des régimes libéraux et démocratiques et que, par conséquent, et l'instrumentalisme n'est pas exclusivement une propriété autoritaire²¹. En tout cas, cette notion sert à Wang à fonder son analyse par le droit du régime politique chinois, car il la fait aboutir à celle de légalité autoritaire. Cette dernière se substitue à l'État de droit comme cadre d'analyse et permet d'écarter l'argument de l'absence de ce dernier, quand il est utilisé pour dénier la valeur d'un regard juridique sur le régime chinois. Selon Wang, cet argument, identifiable particulièrement chez les chercheurs occidentaux, procéderait d'un orientalisme juridique, par lequel ces derniers s'interdiraient

¹⁴ Les « Academics for Peace » se réfèrent à des universitaires signataires, en 2016, d'une pétition critiquant sévèrement la politique du gouvernement vis-à-vis des kurdes. Beaucoup ont ensuite perdu leur emploi, voire ont été emprisonnés : Salles, *op.cit.*, pp. 161-164.

¹⁵ Sadurski, *op.cit.*, pp.105-110.

¹⁶ Salles, *op.cit.*, chap.4.

¹⁷ Sadurski, *op.cit.*, chap.8.

¹⁸ Franz L Neumann, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933– 1944*, Chicago, Ivan R Dee, 2009, p. 470.

¹⁹ Wang, *op.cit.*, pp. 163-172.

²⁰ *Ibid.* Voir aussi Baudouin Dupret et Jean-Louis Halpérin (dir), *State Law and Legal Positivism :The Global Rise of a New Paradigm*, Leyden, Brill, 2022.

²¹ Denis Baranger, *Penser la loi : Essai sur le législateur des temps modernes*, Paris, Gallimard, 2018.

de penser le droit hors de la fonction démocratique qu'il accomplit en Occident²². Bien que, comme suggéré ci-dessus, Wang tende en fait à reproduire la logique orientaliste en miroir²³, cette notion de légalité autoritaire articule une analyse juridique riche, passionnante et éclairante du régime politique chinois.

Wang propose un éclairage institutionnel de la structure de ce régime à partir de la notion de constitution matérielle. Cette dernière serait duelle²⁴ et comprendrait à la fois celle de l'État et celle du Parti communiste, le premier sous la domination de ce dernier, même si il est regrettable que Wang n'explique pas la distinction conceptuelle entre les deux. Depuis le règne de Deng Xiaoping, la constitution matérielle s'est également « positivisée », une dynamique qui s'est accrue sous Hu Jintao et Xi Jinping. Wang souligne à ce titre la publication par le parti de documents régissant son fonctionnement²⁵, ainsi que l'adoption de la Constitution « étatique » de 1982 et, ensuite, la croissance exponentielle de son usage par les élites²⁶. Surtout, dans un second temps du livre, Wang montre comment les juges sont pleinement intégrés au fonctionnement du régime autoritaire chinois. Ces derniers ne disposent d'aucune autonomie vis-à-vis des organes politiques, dès lors que la majorité d'entre eux appartient au Parti, un rattachement individuel des agents étatiques permettant de comprendre la domination du Parti sur l'État. Cette « politicisation » institutionnelle de la fonction juridictionnelle tient également à l'existence d'organes disciplinaires à la fois partisans et étatiques contrôlant la carrière des juges, ce qui n'est pas sans évoquer les craintes de Salles et Sadurski sur l'orientation contemporaine des régimes turc et polonais. Cette politicisation est formalisée dans un article de la Constitution étatique donnant à l'organe juridictionnel le plus important, la Cour suprême²⁷, le pouvoir d'interprétation des lois, non en propre, mais par délégation du Comité permanent de l'Assemblée nationale populaire de Chine²⁸. La Cour Suprême a, par ailleurs, vu son importance croître, de pair avec une dynamique de formalisation et de « positivisation » de l'activité juridictionnelle dans son ensemble. La Cour suprême diffuse en effet un nombre croissant de documents vers les juridictions inférieures, produits dans un subtil dialogue avec ces dernières, à tel point que Wang relève « une bureaucratisation de la jurisprudence²⁹ » chinoise. Sous formes de cas-types et de consignes d'interprétation des lois ainsi que des règlements, ces documents visent à verticaliser et unifier l'activité juridictionnelle³⁰. Cette dynamique de positivisation, à l'efficacité aléatoire, existerait *in fine* au bénéfice des élites centrales du parti connectées directement à la Cour suprême. À leurs yeux, elle constitue, avant tout³¹, un outil pour contrôler et influencer l'activité juridictionnelle dans l'ensemble du vaste territoire chinois. Du

²² Wang, *op.cit.*, pp. 163-172.

²³ Sharmani Patricia Gabriel et Bernard Wilson (eds.), *Orientalism and Orientalism in Reverse*, Londres : Routledge, 2021.

²⁴ Wang, *op.cit.*, chap.2.

²⁵ Wang, *op.cit.*, pp.37-39.

²⁶ L'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois a même été encouragée publiquement par Xi Jinping en 2017. Wang, *op.cit.*, p.69.

²⁷ La Cour populaire suprême de Chine est l'instance judiciaire suprême pour juger de toute affaire civile, pénale ou administratives. Elle ne détient toutefois pas de compétences en matière de contrôle de légalité de l'action des organes politiques.

²⁸ C'est l'organe permanent de l'Assemblée nationale populaire, l'organe politique suprême de la Constitution « étatique » de 1982.

²⁹ Wang, *op.cit.*, chap.6.

³⁰ *Ibid*, chap.5.

³¹ Wang souligne également dans une moindre mesure, et dans une perspective plus structurelle, que cette formalisation et positivisation de l'activité juridictionnelle est destinée à sécuriser les paramètres d'action des investisseurs locaux et étrangers conformément à la dynamique « d'ouverture économique » initiée en 1978 par Deng Xiaoping

point de vue de Wang, cette politicisation, contingente au régime chinois, serait antithétique de l'État de droit et donc consubstantiellement avec ce dernier, de la démocratie. Les auteurs de la partie II évoquent, eux, les problèmes démocratiques que suscitent la dimension nécessairement politique de l'activité juridictionnelle. L'État de droit peut alors s'opposer à la démocratie.

II Le régime autoritaire comme État de droit

Les points de vue de Wilkinson et Hennette-Vauchez sont néanmoins différents, et pas uniquement car l'un se focalise sur l'Union Européenne et l'autre sur la France. La divergence tient à la portée de leur critique de l'État de droit. Pour Wilkinson, l'État de droit est un fondement de l'autoritarisme (A), quand, chez Hennette-Vauchez, il n'y constitue qu'une ressource autoritaire (B).

A L'État de droit fondement de l'autoritarisme

Wilkinson développe une analyse du régime politique de l'Union Européenne et articule, à cette fin, diverses méthodes. Son travail est historique, en ce qu'il retrace, de manière logique et linéaire, la trajectoire de l'Union européenne de ses origines après la seconde guerre mondiale aux conséquences de « l'eurocrise » de 2010. L'ouvrage s'inscrit également dans la tradition marxiste, car les classes sociales sont les agents et sujets principaux du régime politique de l'Union européenne. Enfin, Wilkinson recourt à la théorie constitutionnelle et politique. Outre qu'il désigne ce que recouvre la notion de régime politique par celle de constitution matérielle, la notion de « libéralisme autoritaire », caractérisant le régime de l'Union Européenne, provient d'un emprunt explicite au juriste allemand Herman Heller³². Ce dernier l'avait forgé pour analyser les dernières années de la République de Weimar³³. Le libéralisme autoritaire se référait à la destruction du compromis de classes ayant présidé à l'institution et aux débuts de la République et à son remplacement par la domination de la bourgeoisie. Institutionnellement, ce changement s'était traduit par un passage du parlementarisme – le Parlement étant, pour Wilkinson, le lieu de la conciliation des intérêts conflictuels de classes – à la concentration du pouvoir dans les mains de l'exécutif. Ce dernier, contrôlé par la bourgeoisie, avait alors imposé autoritairement la préservation du marché économique et, plus largement, celle des intérêts de cette classe. Wilkinson transpose le libéralisme autoritaire à la construction européenne et la forme actuelle de l'Union européenne. Le projet de la bourgeoisie, dont les intérêts structureraient la politique de Bruxelles, est actualisé par Wilkinson au moyen de la référence à l'idéologie ordo-libérale³⁴. Cette dernière prônerait une structure étatique forte pour préserver et développer la force du marché économique et sa logique. À l'échelle de l'Union européenne, également soumise à une pression néo-libérale internationale, l'ordo-libéralisme aurait adopté des formes successives dont la radicalité a été croissante: capitalisme redistributif, transformation des économies aux fins de compétition interne et internationale, et financiarisation étendue même au fonctionnement de l'Union européenne et des États-membres.

³² Wilkinson, *op.cit.*, pp.26-30.

³³ Voir la contribution de Marie Goupy à ce numéro.

³⁴ *Ibid*, *op.cit.*, chap.5.

Le caractère autoritaire de l'Union européenne s'appréhende, chez Wilkinson, aussi bien dans le jeu des institutions que dans la nature des politiques publiques qu'elle promeut. S'agissant des institutions, la bourgeoisie aurait dépouillé les peuples de leurs souverainetés, une notion que Wilkinson envisage non pas comme une idée pure mais comme une réalité politique tangible. Cette souveraineté se définit essentiellement par le choix de la politique économique, dont le caractère ordo-libéral n'est pas choisi par les peuples mais imposé à eux par l'Union européenne. Ces derniers auraient également perdu leur faculté de sortir de ce régime politique, en raison des transformations imposées par l'Europe aux économies nationales et de la dépendance vis-à-vis de son pouvoir qu'elles auraient instituée³⁵. Le coût économique, social et politique immédiat d'une sortie serait excessif, une menace qui permettrait à l'Union européenne d'exercer son autoritarisme de manière non coercitive mais passive³⁶. Quant aux politiques publiques, Wilkinson avance que le libéralisme économique existe naturellement en tension avec le libéralisme politique, l'exemple du sort réservé au peuple grec dans le cadre de « l'eurocrise » de 2010 étant topique³⁷. Malgré le fait que ce dernier ait refusé par référendum la politique d'austérité décidée par l'Union européenne, cette dernière a insisté et les grandes lignes de son programme ont fini par être appliquées.

L'État de droit constitue un fondement technique et justificatif de cette configuration autoritaire, et Wilkinson s'inscrit dans les théories traditionnelles du gouvernement des juges et leur actualisation contemporaine par des auteurs comme Ran Hirschl³⁸. L'État de droit n'y reste toutefois qu'une composante d'une superstructure technocratique agente de la bourgeoisie, dans laquelle figurent également des institutions comme la Banque centrale européenne, la Commission européenne et même les exécutifs nationaux. Le juge européen participerait à la confiscation du pouvoir aux peuples et constituerait un obstacle institutionnel à l'avènement d'une Union européenne démocratique dont l'organisation serait à la fois fédérale et parlementaire. Wilkinson avance ainsi la thèse d'une « constitutionnalisation post-souveraine³⁹ » de l'Union européenne et met en avant les arrêts historiques Costa, Van Gend en Loos et Simmenthal, et leur institution d'une domination européenne sur les législateurs nationaux⁴⁰. Cette dernière existe au détriment des droits et libertés individuels, dont il exclut, fidèle à la perspective marxiste, ceux liés à la participation au marché économique. Wilkinson souligne, à ce titre, les arrêts Viking et Laval et leur priorisation de la liberté économique sur les droits de l'individu en tant que travailleur⁴¹. Aussi argumenté et tranchant que Wilkinson puisse être, sa thèse d'une consubstantialité entre État de droit et libéralisme économique ne peut être que conjoncturelle à l'Union européenne. En effet, les ouvrages susmentionnés sur la Pologne, la Turquie et même la Chine à partir des années Deng Xiaoping, indiquent que ce projet politico-économique peut également se déployer sans le pouvoir de juges autonomes du politique. La critique d'Hennette-Vauchez est en ce sens plus subtile, car elle reconnaît la contingence des liens entre État de droit et autoritarisme.

³⁵ *Ibid.*, *op.cit.*, p.15.

³⁶ *Ibid.*, *op.cit.*, p.7.

³⁷ *Ibid.*, *op.cit.*, pp.251-257.

³⁸ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Boston : Harvard University Press, 2004.

³⁹ *Ibid.*, *op.cit.*, p.165.

⁴⁰ *Ibid.*, *op.cit.*, pp.110-117.

⁴¹ *Ibid.*, *op.cit.*, pp.191.

B L'état de droit ressource autoritaire

Stéphanie Henette-Vauchez livre une analyse dense et profonde du droit français tel qu'affecté par les états d'urgence successifs aux attentats de novembre 2015 et à la propagation de la Covid en 2020. L'auteur définit la notion d'état d'urgence par sa dimension anti-démocratique, en ce qu'elle restreindrait, par nature, les droits et libertés individuels. La consécration de ces derniers constitue le cœur de la démocratie et, pour énoncer cette appréhension fondamentalement libérale des systèmes politiques, elle s'appuie particulièrement sur Norberto Bobbio⁴². Stéphanie Henette-Vauchez ne réduit toutefois pas la démocratie aux droits et libertés individuels. Elle souligne également la centralisation exécutive du pouvoir (et spécifiquement vers le président de la République) induite par les états d'urgence, dès lors qu'elle fragilise mécaniquement les voies susceptibles de défendre effectivement les droits et libertés individuels. Si le cœur du matériel et de la thèse de Stéphanie Henette-Vauchez portent sur le droit positif français contemporain, sa méthode ouvre largement les perspectives d'analyse. Premièrement, elle s'appuie à plusieurs reprises sur la théorie critique américaine, et particulièrement sur celle qui a analysé les modifications entraînées dans le droit national par la réponse de l'administration Bush aux attentats du 11 septembre 2001⁴³. Deuxièmement, elle adopte un prisme historique qui n'est pas sans rappeler celui de celui de Michel Foucault⁴⁴. La gestion par le pouvoir des crises aurait connu une rupture et le paradigme de l'état d'exception, caractérisé par une suspension brève du droit, aurait été remplacé aujourd'hui par celui de l'état d'urgence, où les dispositifs adoptés s'inscrivent en profondeur et durablement dans les systèmes juridiques. Stéphane Henette-Vauchez reproche implicitement à Giorgio Agamben⁴⁵ de ne pas avoir tenu compte de ce changement. Elle oppose à sa thèse de l'anomie, comme caractérisation juridique des gouvernements des crises, celle de l'hypernomie, qui a marqué les états d'urgence français qu'elle a analysés⁴⁶. L'État de droit constitue, à cet égard, une ressource discursive mobilisée par les gouvernants pour justifier ces dispositifs, où ils jouent sémantiquement sur la connotation démocratique de la notion évoquée plus haut⁴⁷, pour en fait s'attaquer par le droit à ce système politique. Cette perversion et le sens pratique qu'y revêt l'État de droit ne renvoient, en réalité, qu'à l'hypernomie des états d'urgence et à leur caractère profondément juridique. Outre le fait qu'elle participe à dissimuler discursivement le caractère autoritaire⁴⁸ des états d'urgence, cette hypernomie serait extrêmement dangereuse, en raison des modifications importantes qu'elle génère au sein du système juridique français. À ce titre, Stéphanie Henette-Vauchez renvoie à la pérennisation des dispositifs d'état d'urgence, lorsque ces derniers sont formellement levés mais substantiellement repris dans des textes à vocation définitive. Elle cite ainsi l'exemple de la loi SILT de 2017 et sa répétition de dispositions clés de l'état d'urgence terroriste de 2015⁴⁹. Stéphanie Henette-Vauchez souligne également que l'accroissement du pouvoir des institutions étatiques sur les individus peut être mobilisé à des fins matérielles autres que celles qui ont justifié l'instauration des

⁴² Henette-Vauchez, *op.cit.* pp. 142-143.

⁴³ Henette-Vauchez, *op.cit.* pp. 72-73.

⁴⁴ Voir par exemple, Michel Foucault, *Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, p. 10-12.

⁴⁵ Giorgio Agamben, *Homo sacer: Le pouvoir souverain et la vie nue*, Paris, Le Seuil, 1997.

⁴⁶ Henette-Vauchez, *op.cit.* pp. 17-19.

⁴⁷ Henette-Vauchez, *op.cit.* p. 65.

⁴⁸ Stéphanie Henette-Vauchez utilise le terme à plusieurs reprises. Elle n'y a toutefois pas recours pour qualifier le régime politique français globalement, mais le style des gouvernants à l'occasion de ces états d'urgences. Henette-Vauchez, *op.cit.* p. 26, 134, 135, 139.

⁴⁹ Henette-Vauchez, *op.cit.* pp. 55-60.

états d'urgence. L'auteurice donne l'exemple des assignations à résidence de militants écologistes⁵⁰ dans le cadre de l'état d'urgence terroriste ou des limitations excessives aux droits des travailleurs dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire⁵¹. L'état d'urgence modifierait enfin des notions générales, de manière à fragiliser les droits et libertés individuels, par-delà l'état d'urgence, dans les autres champs où elles s'appliquent. Elle observe ainsi comment le Conseil constitutionnel, dans le cadre de la QPC Cédric D concernant la loi sur l'état d'urgence terroriste, a validé l'extension à douze heures du champ temporel de la notion de mesures restrictives de liberté prise par les autorités administratives⁵².

Comme le suggère ce dernier exemple, Stéphanie Hennette-Vauchez estime que les juges français, spécialement constitutionnels et administratifs, se sont pleinement intégrés à cette dynamique de restrictions des libertés individuelles et de la démocratie. En dépit de leur autonomie vis-à-vis des organes politiques que Stéphanie Hennette-Vauchez ne conteste pas mais simplement nuance⁵³, ces juges ont participé à cette logique autoritaire en ne la contrariant pas. Statistiquement, la part d'invalidation des décisions politiques et administratives liées à ces états d'urgence a été en effet infime. Stéphanie Hennette-Vauchez avance trois explications à cette « paralysie » des organes juridictionnels⁵⁴. Premièrement, d'un point de vue socio-psychologique, les juges ont été très sensibles aux événements – les attentats et l'épidémie de Covid – qui ont justifié l'instauration des états d'urgence. Ces derniers auraient été à la fois convaincus de la nécessité d'agir politiquement et hésitants quant à leur légitimité à s'opposer aux desseins des organes politiques. Certains auraient même pu perdre, par « effets de panique et de sidération⁵⁵ », leur discernement démocratique sur la portée des mesures qu'ils validaient. Deuxièmement, l'hypernomie des états d'urgence, tant dans les normes générales que dans leurs mesures d'exécution, a surchargé les juridictions. Ces dernières n'auraient pas bénéficié de suffisamment de temps pour traiter les contentieux et se seraient, donc, réfugiées dans un contrôle de type formel et mécanique au détriment de celui, substantiel, de la portée des normes sur les droits et libertés individuels. Cette saturation juridictionnelle évoque, au demeurant, la tactique du « bombardement législatif⁵⁶ » identifiée par Sadurski pour caractériser un aspect du comportement du PIS vis-à-vis du Tribunal constitutionnel. Pour pousser ce dernier à valider les lois restreignant sa propre autonomie, les organes politiques auraient en effet multiplié les législations et les dispositions, afin de susciter chez les juges lassitude et perte de lucidité. Troisièmement, Stéphanie Hennette-Vauchez, en citant Dominique Rousseau, avance que les dispositifs d'état d'urgence tendent à priver les juges de ressources argumentatives pour sanctionner les atteintes aux droits et libertés individuels, car la dimension ordre public de la balance de leur contrôle est alourdie par la référence « caractère exceptionnel des circonstances⁵⁷ ».

Conclusion

⁵⁰ *Ibid*, p.97.

⁵¹ *Ibid*, pp. 101-103.

⁵² *Ibid*, p. 79.

⁵³ *Ibid*, pp.125-126, pp. 154-156.

⁵⁴ *Ibid*, pp. 117-131.

⁵⁵ *Ibid*, p. 119.

⁵⁶ Sadurski, *op.cit.*, pp. 70-75.

⁵⁷ Hennette-Vauchez, *op.cit.* p. 119.

L'ouvrage de Stéphanie Henneville-Vauchez aide particulièrement à répondre à la question de la valeur heuristique de la notion d'État de droit pour saisir et caractériser les régimes politiques. S'agissant de la limitation des gouvernants par le droit désignant la dimension formelle de la notion, l'État de droit occulte que les gouvernants participent eux-mêmes à la définition de ce droit, et donc de leurs propres limites. Wang montre bien, dans le cas chinois, que les gouvernants n'ont pas besoin de contourner le droit pour gouverner autoritairement, car ce mode de gouvernement ressort de façon évidente de la lecture des textes constitutionnels⁵⁸. Par ailleurs, Stéphanie Henneville-Vauchez illustre que le « souci du droit⁵⁹ », des formes et de la légalité par les gouvernants ne saurait préjuger de la finalité d'un système juridique et de son caractère démocratique. Au contraire, la volonté des derniers gouvernements français de « normaliser⁶⁰ » juridiquement les états d'urgence représenterait le problème politique principal de ces dispositifs. En ce sens, Stéphanie Henneville-Vauchez rejoint des critiques plus historiques et conceptuelles de la notion d'État de droit associées par exemple à Hans Kelsen ou Michel Troper⁶¹. La notion d'État de droit serait absurde, dans la mesure où tout État est nécessairement de droit, puisque ce dernier renvoie ultimement, non pas à une réalité métaphysique, mais à un mode de caractérisation moderne du pouvoir définissant ce qu'est un État. Le droit serait ainsi nécessairement un instrument de pouvoir et de volonté étatique, que celle-ci soit autoritaire ou démocratique. À ce titre, l'hypernomie des états d'urgence français évoque la haute quantité de textes juridiques produits et mobilisés par les élites que brassent Salles, Sadurski et Wang dans leurs analyses. Le PIS, l'AKP et le Parti communiste chinois n'hésitent d'ailleurs pas à évoquer la notion d'État de droit⁶² à des fins de légitimation, notamment quand ils sont critiqués à l'échelle internationale. Cet usage conduit à renverser l'argument axiologique classiquement opposé aux études juridiques sur les régimes autoritaires, selon lesquels ces derniers ne seraient pas des « États de droit », le reproche étant alors fait qu'en associant le droit à ces régimes, on contribuerait à leur valorisation morale. À la lumière de cet usage, il apparaît en revanche problématique d'associer État de droit et définition des régimes politiques, dans la mesure où cela participe à ce que des régimes autoritaires, jouant avec le sens démocratique de la notion, s'accréditent à peu de frais à l'échelle internationale voire interne. Retirer l'État de droit de l'équation politique revient à les empêcher de démocratiser par le langage des pratiques légales qui sont matériellement autoritaires.

Quand elle renvoie, en revanche, à la capacité de juges autonomes à s'opposer à la volonté des gouvernants correspondant à sa dimension institutionnelle, la notion d'État de droit gagne du crédit heuristico-politique. Le pouvoir des juges apparaît en effet en mesure de se muer en limite institutionnelle effective à des organes politiques nourrissant des velléités autoritaires. C'est à ce pouvoir, en ce qu'il signifie une pluralité de volontés dans l'État, que l'AKP et le PIS se sont attaqués. L'intensité de cette offensive, que constatent Salles et Sadurski, révèle, en creux, la valeur politique de l'autorité juridictionnelle. La Turquie et la Pologne ne sont d'ailleurs pas des cas isolés, et d'autres études contemporaines illustrent que dynamiques

⁵⁸ Wang, *op.cit.*, chap.2.

⁵⁹ Henneville-Vauchez, *op.cit.* p. 62.

⁶⁰ Le terme apparaît 31 fois dans le livre.

⁶¹ Voir à ce sujet, Éric Millard. « L'Etat de droit : Idéologie contemporaine de la démocratie » in Jean-Marc. Février et Patrick Cabanel, *Question de démocratie*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail, 2001, pp.415-443.

⁶² Sadurski, *op.cit.*, p.19; Salles, *op.cit.*, p. 18 ; Wang, *op.cit.*, p.172.

autoritaires et autonomie institutionnelle des juges ne font généralement pas bon ménage⁶³. Toutefois ce lien ne relèverait pas de la consubstantialité mais de la probabilité. Autrement dit, la garantie du pouvoir des juges est tendanciellement une forte caractéristique, voire une condition démocratique, mais elle n'épuise pas la notion de démocratie. Comme le suggère Stéphanie Hennette-Vauchez dans la partie propositionnelle de son ouvrage, la concrétisation et la protection de ce régime relève d'un champ éminemment plus large que celui des prétoires, comprenant, par exemple, les relations entre champ académique et décision politique⁶⁴. Au-delà du fait qu'elle rétrécisse la question démocratique, la consubstantialité entre État de droit « juridictionnel » et démocratie conduit à occulter les enjeux démocratiques d'équilibre entre pouvoir des juges et pouvoir des organes politiques, ou des organes associés à la démocratie directe. Aussi sévère voire biaisé que Wilkinson soit vis-à-vis du juge du Luxembourg, les questions qu'il soulève sur sa place dans l'Union européenne, et le fait qu'elle soit occupée au détriment d'organes et processus plus proches des citoyens, sont intéressantes. Par ailleurs, Stéphanie Hennette-Vauchez montre que le pouvoir des juges ne constitue pas nécessairement une garantie démocratique, dès lors que rien ne les empêche d'agréer, par eux-mêmes, aux pratiques autoritaires des gouvernants. Tamer Moustafa, à propos de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne sous Hosni Moubarak, a avancé que séparation des fonctions juridictionnelles et politiques se marie, parfois, avec autoritarisme. L'autonomie de la juridiction suprême, largement reconnue à l'époque, permettait aux gouvernants de se désresponsabiliser avec crédibilité d'orientations politiques économiques impopulaires, en les imputant aux juges constitutionnels⁶⁵.

Reste, pour sauver la valeur heuristico-politique de la notion d'État de droit, à densifier son contenu. Certains auteurs⁶⁶ et, dans une moindre mesure, la commission de Venise⁶⁷, intègrent à la notion d'État de droit l'ensemble des manifestations juridiques de la démocratie, ajoutant par exemple le droit électoral, les garanties du pluralisme politique et les droits et libertés individuels. Sortir d'une approche formalo-institutionnelle de la notion d'État de droit et le rapprocher de sa finalité politique a néanmoins un coût, celui de la clarté sémantique, un enjeu que Stéphanie Hennette-Vauchez situe au cœur de son analyse. Continuer à recourir à ce terme contribue à le valoriser dans le champ des idées politiques et, par ricochet, à valoriser ses usages, y compris autoritaires. Pour ne pas être contraint de défendre l'État de droit contre l'État de droit, il convient peut-être de recourir à un terme distinct pour désigner l'ensemble des formes juridiques de la démocratie, comme ceux de « démocratie juridique » ou de « démocratie par le droit⁶⁸ ». L'État de droit pourrait être cantonné, lui, à l'analyse des qualités formelles des systèmes juridiques⁶⁹ et, éventuellement,

⁶³ Voir par exemple Nathalie Bernard-Maugiron, « Les amendements constitutionnels de 2019 en Égypte : vers une consécration de la dérive autoritaire du régime », *Revue française de droit constitutionnel*, n°121, 2020, pp. 3-19 ; Gabor Halmai, « Dismantling Constitutional Review in Hungary », *Rivista di diritti comparati*, n°1, 2019.

⁶⁴ Hennette-Vauchez, *op.cit.* chap.6.

⁶⁵ Tamer Moustafa, *The Struggle for Constitutional Power : Law, Politics and Economic Development in Egypt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁶⁶ Voir par exemple Éric Carpano, « La crise de l'État de droit en Europe : De quoi parle-on ? », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019. Éric Salles énonce également ce type de définition dans l'introduction, sans pour autant qu'il en tire complètement les conséquences dans la suite. Salles, *op.cit.*, p.15

⁶⁷ Commission de Venise, « Rapport sur la prééminence du droit », 26 Mars 2011.

⁶⁸ Le terme figure dans l'intitulé de la Commission de Venise.

⁶⁹ Pour Raz, cité par Salles, l'État de droit doit uniquement être associé aux vertus d'un système juridique d'un point de vue formel (légalité, séparation des pouvoirs, sécurité juridique, justiciabilité, etc.) J. Raz, « The authority of law », Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 210-229.

à la manière dont celles-ci interagissent, en contexte, avec le fonctionnement de régimes politiques.

La notion d'État de droit soulève, enfin, des problèmes scientifiques plus vastes. Ces derniers tiennent à la manière dont la science du droit mais aussi la science politique cadrent territorialement l'analyse du pouvoir. Ce cadrage est généralement national, voire supranational dans le cas l'Union européenne de Wilkinson et conduit à se demander dans quelle mesure tel ou tel État serait bien un État de droit. Il en va de même de la notion de régime politique. La floraison contemporaine de qualificatifs oxymoriques – démocratie illibérale, constitutionnalisme autoritaire, démocrature, populisme illibéral, autoritarisme compétitif – destinés à saisir des régimes « hybrides », situés dans une « zone grise » entre démocratie et autoritarisme, témoigne de la vigueur de ces débats⁷⁰. Si cette territorialisation du cadrage est utile pour produire une image politique générale des États et peut être stimulante intellectuellement, elle a également ses limites. Ce prisme national apparaît, en effet, à la fois trop restreint et trop large. D'une part, il participe à faire l'impasse sur la circulation d'idées et de normes à l'échelle régionale voire globale, formalisées juridiquement ou non, faisant converger les pratiques de pouvoir par-delà les frontières nationales. À ce titre, il est frappant que les cinq auteurs étudiés montrent comment les usages autoritaires du droit qu'ils décrivent sont sous-tendus discursivement ou/et matériellement par la réponse à un impératif d'efficacité et de rationalisation de l'action publique. D'autre part, le prisme national occulte qu'en réalité, tout régime est constitué de pratiques de pouvoir étant, pour certaines, autoritaires et, pour d'autres, démocratiques, comme en témoignent les notions « zones grises » évoquées plus haut, mais aussi tous les ouvrages de cet « à propos ». La qualification générale du régime politique procède en réalité d'une réduction à l'échelle nationale dans laquelle la totalité de ces pratiques ne peut être qualifiée que tendanciellement et approximativement, même si la qualification est, selon les cas, plus ou moins évidente et pertinente. Ce constat ne doit surtout pas inviter au relativisme axiologique, bien au contraire. Il montrerait davantage que la démocratie n'est jamais définitivement acquise et qu'elle se joue et se rejoue perpétuellement en pratique et en contexte, face au « spectre »⁷¹ autoritaire. Les deux pôles de la dichotomie peuvent alors se comprendre à la fois dialectiquement et concrètement à travers, notamment, le regard que le chercheur porte sur ces pratiques. En ce sens et dans une perspective dualiste, toute conception de la démocratie gagnerait à reposer explicitement sur une conception de l'autoritarisme, ce qui est déjà certainement le cas implicitement. Aussi, en surplus de ce qui a été évoqué plus haut, refuser de s'intéresser aux régimes autoritaires par le biais du droit au prétexte que ce ne sont pas des États de droit peut non seulement contribuer à la légitimation de ces régimes mais également priver la science du droit d'outils pour mieux comprendre la démocratie⁷².

⁷⁰ Voir à ce sujet, Thomas Hochmann, « Cinquante nuances de démocrature », *Pouvoir*, n°169, 2019, pp. 19-32.

⁷¹ Voir la contribution de Marie Goupy à ce numéro.

⁷² La démocratie peut être alors définie en miroir vis-à-vis du phénomène autoritaire tel que défini dans l'introduction. Elle est un régime où l'accès au pouvoir étatique et à son exercice seraient ouvert aux individus spécialement dès lors qu'il leur consacre des droits et libertés individuels.