

LA CONTRAINTE DU DROIT

A border la question de l'État du point de vue du droit expose à une série de difficultés. Bien souvent, l'analyse juridique montre en effet, parfois malgré elle, qu'il est bien difficile de se déprendre des exigences de l'État, de ses catégories, de ses raisons. Le droit a d'emblée partie liée avec l'État, pour cette simple raison que l'État est essentiellement le maître du droit. Dès lors, les raisonnements juridiques acquiescent bien souvent à l'essentiel. La présence apparemment inéluctable de l'État, l'officialité et la solennité de ses pouvoirs entretiennent l'illusion d'une naturalité de l'État. Comme l'indique d'ailleurs son étymologie, l'État se tient debout : il *est là*.

71

En contrepoint de cette première tendance se développe une forme de scepticisme généralisé à l'endroit de l'État. La puissance étatique est alors suspecte par nécessité, sinon par essence. Peut-être cette tendance n'est-elle en définitive que le symptôme étouffé d'une croyance en un État idéal : tomber à bras raccourcis sur l'État reviendrait secrètement à espérer qu'il soit parfaitement vertueux.

L'État ne mérite sans doute ni cette adhésion spontanée, ni cet excès de défiance. Il faut le prendre tel qu'il est, capable du meilleur comme du pire. On ne saurait oublier d'abord que l'État fait entendre le bruit des bottes : sa fonction première est de faire régner l'ordre public, quitte à taire violemment les contestations et à piétiner les résistances. Mais il faut être conscient également de ce qu'il en coûte lorsque les structures institutionnelles ne parviennent plus à faire tenir les relations sociales et à contenir quelque peu les passions humaines.

Prendre l'État comme il est : forme d'institutionnalisation historiquement située du pouvoir politique, c'est une fiction juridique. Personne n'a jamais serré la main de l'État, mais tout le monde a affaire avec lui, par l'entremise de l'agent de police, de l'employé de service public, des services préfectoraux, ou encore de l'avis d'imposition. Le lien qui

nous fait considérer l'État, au-delà de l'individu qui l'incarne ou du courrier qui matérialise sa décision, n'est jamais qu'un lien juridique, rendu opératoire grâce aux pouvoirs de la parole du droit. Si l'agent du service public peut agir au nom de l'État et engager celui-ci, c'est dans la mesure où cet agent a été désigné par des normes juridiques de l'État pour exercer des compétences particulières.

On voit donc qu'il est d'emblée fort délicat de prétendre pouvoir séparer le droit et l'État. La réalité de l'État est d'abord juridique. La réciproque n'est certes pas exacte, car l'existence d'un droit hors l'État se révèle tous les jours de façon plus éclatante. Les processus de décentralisation et d'internationalisation semblent avoir considérablement fragilisé le monopole juridique de l'État. En particulier, le capitalisme mondialisé laisse poindre des dispositifs juridiques autant sinon plus puissants que ceux des États.

72 Il faut cependant bien admettre que ce déclassement du droit étatique est relatif : il n'est pas sans lien avec la volonté des États eux-mêmes, qui ont non seulement accompagné l'ordre du monde contemporain mais l'ont assurément souhaité. Même si l'État devait scier la branche sur laquelle il repose, il serait toujours celui qui tient la scie et qui peut l'arrêter, à condition d'en avoir l'ambition. De ce point de vue, le droit reste largement tributaire de l'État, au moins par abstention de celui-ci.

Les choses paraissent ainsi claires : la maîtrise du droit par l'État semble épuiser toute interrogation. Si l'État détient encore largement le monopole de l'édition du droit, il en résulte que le droit ne peut rien contre l'État et que l'État peut tout, n'étant aucunement entravé par son propre droit, qu'il lui suffit précisément de modifier pour lever le moindre obstacle. Si elle n'est pas toujours exprimée sous cette forme condensée, l'idée n'en est pas moins largement partagée, y compris par les juristes. La souveraineté – caractéristique de l'État – a souvent été définie comme ce pouvoir sur une population et un territoire qui ne doit rien à personne et qui n'est limité par rien, certainement pas par le droit, lequel n'est que la traduction technique d'une décision fondamentalement politique. En dernière analyse, le droit n'a rien à opposer aux volontés de l'État, dès lors que celui-ci est le capitaine à bord du navire juridique. S'il est question de faire chavirer ce dernier, rien ne l'interdira en droit. Cette manière de voir présente sans doute l'avantage du réalisme : elle écarte la croyance naïve en une force invincible du droit face aux ambitions du pouvoir de l'État.

Pourtant, l'idée d'une soumission de l'État au droit n'est pas dépourvue de sens. La maîtrise du droit par l'État est d'un certain point de vue trop évidente pour épuiser la réflexion. Il est vrai aussi que la thèse d'une

soumission de l'État au droit n'a rien d'original ; elle est au cœur de la logique du constitutionnalisme moderne et de la notion d'« État de droit ». Elle a assurément constitué un argument de limitation mais aussi de légitimation de l'État et de son pouvoir. Les juristes ont redoublé d'efforts pour tenter d'apporter une fondation certaine à cette subordination de l'État au droit. Rétrospectivement, il apparaît que ces tentatives se sont toutes heurtées à des échecs, si bien que la fondation tant recherchée est demeurée introuvable. Face à un tel constat, il semble nécessaire de penser les choses différemment. Si le droit exerce une certaine prise sur l'État, alors même que l'État a la main sur le droit, cette contrainte résulte d'un phénomène d'objectivation du droit par rapport à l'État. Bien qu'encore largement entre les mains de l'État, le droit une fois en vigueur s'instaure *comme une référence extérieure*, qui tout à la fois permet à l'État d'agir, l'oblige et le limite dans ses prétentions. Le droit peut ainsi devenir une ressource contre l'État. À la fois interne et externe, le droit émane de l'État pour s'imposer en retour à lui.

73

S'il est sain de ne pas se bercer d'illusions en surestimant l'objectivité du droit face à l'État, il convient néanmoins de le prendre au sérieux. Le droit exerce bien en effet, dans une certaine mesure, une force externe sur l'État. La question du degré de contrainte que constitue le droit pour l'État tient à ce paradoxe d'une *auto-transcendance* : même si c'est l'État qui enfante le droit, la parole juridique se différencie des prétentions de l'État et peut même, à l'occasion, s'imposer à elles. Cette auto-transcendance est d'ailleurs caractéristique de toutes les créations sociales pérennes, dont le droit fait assurément partie : immanent au milieu politique et social qui le fait naître, le droit parvient à s'imposer en retour à ce milieu, telle une réalité objective et autonome. À sa manière, le droit romain l'affirmait déjà, à travers l'adage qui veut que l'auteur d'une règle en vigueur en subisse les conséquences (*tu patere legem quam ipse fecisti*). Comme le baron de Münchhausen qui parvient à s'extraire d'un trou en tirant sur ses propres cheveux, le droit qui pousse sur la tête de l'État parvient à s'ériger au-dessus de l'État pour lui imposer ses vues. Illusion, dira-t-on ? Petit « miracle », peut-on préférer répondre¹.

Au demeurant, cette relative objectivité du droit est la condition nécessaire pour parler sérieusement d'une violation ou d'une instrumentalisation du droit par l'État, ou encore pour envisager une résistance à un pouvoir d'État oppressif. Il est sain de ne pas clore hermétiquement l'ordre juridique sur l'État, puisque c'est après tout ce qui autorise à

1. Prosper Weil, *Le Droit administratif*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1964, p. 3.

rappeler l'État à l'ordre du droit, même s'il s'agit largement de *son* droit. Cette objectivité du droit est indispensable également pour comprendre le principe d'un contrôle du respect du droit par l'État. Bien entendu, l'on pourrait fréquemment ramener les conditions d'un tel contrôle à une pure manœuvre : lorsqu'il est jugé, c'est en définitive l'État qui se juge lui-même. Pourtant, les choses sont plus subtiles. D'une part, les engagements internationaux pris par l'État (et qui donc sont tributaires de sa volonté, au moins initialement) amplifient l'idée d'une distance entre le contrôleur et le contrôlé, en particulier du fait de l'essor des droits européens et de leurs juridictions associées. D'autre part, le droit lui-même n'accepte plus guère qu'un contrôle s'exerce sur l'État sans être, d'une façon ou d'une autre, indépendant et impartial de celui-ci. Là encore, l'État a jeté sur lui-même un soupçon tel qu'il en est résulté l'instauration d'organes à la fois internes (car découlant de sa volonté) et externes (car dissociables à certains égards de lui). Tout en émanant de l'État, ces organes parviennent à assurer un contrôle véritable sur ses actions : illustration s'il en est d'une auto-transcendance réussie du droit face à l'État...

Mais si nous avons évoqué un petit miracle, c'est précisément parce que la soumission de l'État au droit n'est jamais assurée : elle est fragile et réversible. L'État ne naît pas limité par le droit ; il le devient.

UN INSTRUMENT DE LIMITATION DE L'ARBITRAIRE DE L'ÉTAT

La forme juridique

L'État est d'abord tenu de respecter les formes prescrites par le droit : ces règles limitent la liberté d'action de l'État, non pas tellement quant au contenu des règles qu'il veut édicter, mais quant à la manière de les édicter. Parmi ces considérations se trouve au premier plan la sécurité juridique, sans laquelle le droit ne pourrait être durablement opératoire, au détriment des ambitions mêmes de l'État.

Cette sécurité juridique est un instrument primordial de limitation de l'arbitraire de l'État : les destinataires des normes juridiques doivent savoir à quoi s'attendre. Ils ne peuvent être surpris, en principe, par l'irruption soudaine de nouvelles règles juridiques ou par l'incohérence et le désordre des exigences de l'État. Cette assurance dans la stabilité du droit est indispensable à l'État pour espérer se faire entendre. De même, la publicité du droit est une condition générale de son entrée en vigueur : un droit tenu secret par l'État risque en effet de se heurter, tôt ou tard, sinon à la défiance explicite, en tout cas à une impossibilité pratique d'être

appliqué. Enfin, le droit étant par définition tendu vers l'avenir, les règles juridiques qu'il édicte doivent en principe ne pas être rétroactives : elles ne peuvent régir que l'avenir, tout au plus le présent (en cas d'urgence), mais elles ne peuvent qu'exceptionnellement revenir sur le passé.

Ces exigences que l'État rencontre au titre de la sécurité juridique culminent dans le principe du respect de la parole donnée. Il n'est de droit qu'à condition que promesse oblige juridiquement. L'idée selon laquelle les promesses n'engagent que ceux qui les entendent est une ineptie dans le domaine juridique, si elle laisse penser que l'État pourrait multiplier sans conséquence les promesses en l'air. Car un tel procédé mine, peu à peu, la parole étatique dans ce qui constitue la condition de sa force : la confiance. *Pacta sunt servanda* : la règle est générale, à l'échelle internationale et européenne comme pour les contrats de l'État. Elle vaut quel que soit le contenu des engagements pris, sous la seule réserve éventuelle d'exigences juridiques supérieures.

75

Comme on le voit, le respect des formes est plus important qu'il y paraît de prime abord. À vrai dire, il n'existe peut-être pas grand-chose de plus essentiel, sur le plan juridique, que ces principes formels. D'une part, parce que le contenu du droit est largement contingent et évolutif, si bien que la façon de procéder présente généralement en droit plus d'importance, sur le long terme, que ce qui est décidé. Mais d'autre part, et surtout, les exigences formelles ne sont jamais instituées sans raisons de fond. Si, par exemple, la séparation des pouvoirs semble ne concerner que la procédure d'élaboration des règles législatives, exécutives et juridictionnelles, elle n'a en réalité d'autre fonction que de permettre une protection contre les abus du pouvoir. En ce sens, la procédure est bien comme la forme juridique, « sœur jumelle de la liberté »². Il ne faudrait donc pas croire que seule la forme importe, précisément parce que la forme juridique n'est jamais une considération exclusivement « formaliste », en ce sens si péjoratif qui permet trop souvent de disqualifier le droit lui-même. Ces remarques aboutissent à une conséquence logique : même s'il s'astreint au respect des règles de procédure, même s'il y met les formes, l'État ne peut pas tout faire.

Les droits fondamentaux

En effet, le droit impose à l'État sa structure : l'ordre juridique est un ordonnancement de compétences, une stratification d'actes normatifs qui

2. Rudolf von Jhering, *L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (1878-1883), Paris, Maresq, 1880-1892, t. 3, p. 158.

s'articulent entre eux. Cette « hiérarchie des normes », selon l'expression usuelle, constitue certainement une contrainte formelle. Elle est parfois réduite à cela, ce qui conduit à affirmer que l'État peut toujours édicter une norme, tant qu'il emprunte pour ce faire la bonne voie normative. Par exemple, la censure d'une loi pour inconstitutionnalité serait toujours susceptible, au moins juridiquement, d'être corrigée par l'adoption d'une norme constitutionnelle de même contenu. Cette thèse du « lit de justice »³ ou de « l'aiguilleur »⁴ s'attache donc exclusivement au rang formel de la norme juridique, le contenu étant réputé indifférent. Dans le même ordre d'idées, le Conseil constitutionnel estime qu'aucune contrainte juridique ne s'oppose de son point de vue à une révision de la Constitution : à l'étage supérieur de l'ordre juridique, l'État paraît parfaitement libre. Il faut dire que la pensée juridique française n'accède pas à l'idée (pourtant admise parfois à l'étranger) que l'édifice constitutionnel puisse reposer sur des murs porteurs.

Par définition, cette façon de voir les choses fait litière de la part substantielle de l'ordre juridique. Or ce sont bien pourtant, comme pour toutes les autres exigences « formelles » du droit, des raisons substantielles qui ont présidé à l'élaboration et l'édiction des normes les plus élevées, au premier rang desquelles les Constitutions et les traités internationaux.

Parmi ces considérations substantielles, l'on trouve – dans les ordres juridiques libéraux – les droits individuels, qualifiés désormais à peu près partout de « droits fondamentaux ». Comme leur nom l'indique, les droits individuels présentent ainsi un caractère proprement constitutif pour l'ordre juridique et l'État. On peut certes se méfier de l'idée selon laquelle ces droits fondamentaux seraient naturels, comme le prétend la Déclaration de 1789 : le droit n'est assurément qu'un artifice social, qui n'a rien d'intemporel ni de figé. Mais il s'avère que notre droit moderne a décidé d'ériger, sur la foi de la seule force d'une Déclaration, ces droits individuels au sommet de l'édifice juridique tout entier. Par cet exploit performatif, la structure étatique elle-même est ainsi placée au service de la protection des droits fondamentaux. Ces derniers sont alors la référence juridique primordiale pour l'État, l'index de son pouvoir sur la société et l'horizon de ses initiatives, comme le confirme aujourd'hui la pleine valeur constitutionnelle de la Déclaration de 1789. Même l'usage

3. Georges Vedel, « Schengen et Maastricht », *Revue française de droit administratif*, n° 8, 1992, p. 173.

4. Thèse de Hans Kelsen, telle qu'interprétée par Louis Favoreu, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *Revue de droit public*, n° 2, 1982, p. 419.

de la contrainte, au sens strict du terme, est régi par le droit : la « force publique » est instituée au service de la garantie des droits individuels, l'ordre public n'étant pas davantage que l'État une fin en soi.

Il aura fallu cependant de longues années, en France, pour que les droits fondamentaux commencent à s'ériger en véritables contraintes juridiques s'imposant à l'État, y compris lorsqu'il édicte des lois. Dès lors que l'État français est avant tout une réalité administrative, les développements du principe de légalité ont peu à peu accrédité l'idée d'une soumission effective de l'État au droit. Du moins s'agit-il d'un droit spécifique, le droit administratif, qui à bien des égards présume la conformité de l'action de l'État au droit. Pour sa part, le dogme de l'infaillibilité légale conduisait à refuser l'institution d'un contrôle sur l'œuvre du législateur qui, comme le roi jadis, était présumé ne pouvoir mal faire. Ce dogme a été supplanté peu à peu par le constitutionnalisme et un ordre international et européen protecteur des droits de l'homme. C'est depuis lors la démocratie elle-même qui a pris un tour nouveau : loin d'être la tyrannie de la majorité, elle suppose, dans un État de droit, le respect des droits de la minorité.

77

Le système des droits fondamentaux ne signifie pas que l'État soit envisagé uniquement comme un danger pour les libertés. La pensée juridique moderne articule bien au contraire l'exercice des droits fondamentaux et la présence indispensable d'une autorité politique. Sans puissance publique efficace, il n'est pas d'exercice effectif des droits. De ce point de vue, l'État n'est pas empêché d'agir à proprement parler, mais il doit se justifier au regard de la valeur prééminente des droits fondamentaux. En cas de doute, la liberté doit prévaloir : c'est pourquoi d'ailleurs la sécurité publique ne saurait être assimilée, juridiquement, à une liberté – et encore moins la première d'entre elles. Quoi qu'il en soit, l'État administratif français n'a jamais tiré toutes les conséquences de la logique propre aux droits fondamentaux : de longue date, l'ordre juridique et social s'accommode assez volontiers d'un État omniscient, dont on accepte les exigences et dont on attend toujours davantage.

Il faut préciser enfin que les droits fondamentaux ne constituent pas seulement une limite à l'action de l'État, conformément à cette relative défiance du libéralisme envers le pouvoir. Depuis que les conceptions sociales ont assigné à l'État un rôle complémentaire de garant d'une justice sociale, l'État-providence – qui demeure en 2020 une exigence constitutionnelle, en dépit d'un contexte pour le moins troublé par la prégnance notamment d'une conception néolibérale de l'État – s'est lié par des devoirs d'amélioration du sort de la population. L'État ne doit

pas ici se limiter : il doit au contraire agir, afin de garantir des droits fondamentaux sociaux et économiques (droit à la vie, protection de la dignité humaine, aide sociale, services publics, etc.).

Ces multiples contraintes juridiques s'imposant à l'État dressent apparemment un tableau d'ensemble fort rassurant : l'arbitraire de l'État semble considérablement limité par la force de règles juridiques, formelles comme substantielles, en constante progression. Pourtant, il convient d'examiner plus attentivement les choses.

LES CONDITIONS

DE LA CONTRAINTE JURIDIQUE SUR L'ÉTAT

La crédibilité du droit

78 Pour agir sur le réel, et donc en l'occurrence sur l'action de l'État, les exigences du droit doivent être suffisamment crédibles. À défaut de pouvoir être pris au sérieux, le système juridique n'aurait aucune prise sur l'État, ni les politiques publiques étatiques sur la société elle-même. Cette condition de crédibilité du droit revêt plusieurs aspects.

Tout d'abord, le droit ne saurait être sollicité au-delà des services qu'il peut rendre. Qui trop embrasse mal étirent, même dans les affaires juridiques. Ainsi, l'État ne peut exiger l'impossible : la puissance d'État doit accepter une inéliminable dose de désordre social. Un État ne peut, même et surtout par les moyens du droit, faire que l'ordre absolu règne. Seule une société morte serait conforme à cet idéal dangereux. Cependant, de même que la société requiert des espaces de respiration soustraits au droit, l'État peut exiger du droit qu'il n'étouffe pas ses initiatives. Cette forme de réalisme conduit parfois le droit à se retirer, purement et simplement mais de façon ponctuelle, par exemple en écartant tout contrôle sur des actes (la jurisprudence administrative en qualifie certains d'« actes de gouvernement »), ou encore en préservant des sphères d'activité marquées du sceau du secret (d'État). Mais, dans un État soumis au droit, la raison d'État ne saurait l'emporter sur la raison juridique : l'État doit se justifier, car il n'est certainement pas à lui-même sa propre fin. Si elles peuvent être compréhensibles, les zones étatiques de non-droit doivent donc demeurer exceptionnelles. Telle est la rançon de la lutte contre l'arbitraire, qui prolifère d'autant mieux sans lumière et sans contrôle.

La condition d'un droit crédible présente une autre particularité, en ce qui concerne la soumission de l'administration au droit. La place singulière du Conseil d'État parmi les institutions de la République française

explique une caractéristique essentielle du principe de légalité administrative : le contrôle exercé sur le pouvoir administratif est censé être informé des nécessités de l'action publique. S'il doit exister, le contrôle doit aussi se déployer dans l'intérêt général bien compris. L'on fait mine de nos jours – c'est devenu une mode assez bruyante – de pourfendre une juridiction administrative attentive à ne pas trop brusquer le pouvoir. Pourtant, le droit administratif est historiquement fondé sur l'idée que seul un droit qui tient compte des nécessités propres aux activités contrôlées peut être efficace. Seule une contrainte juridique elle-même consciente des contraintes du pouvoir peut avoir une chance de s'imposer effectivement : telle est la philosophie politique, si l'on peut dire, du contrôle de légalité. Il en résulte, entre l'État administratif et son juge, une indéniable proximité. Cette dernière peut être vue comme le signe d'une tolérance dangereuse ou d'une indulgence coupable. On peut aussi estimer qu'elle est la solution française, héritée de l'histoire, au dilemme d'une soumission efficace de l'État au droit.

79

La condition d'un droit suffisamment crédible renvoie à une autre considération, qui tient à la nature fiduciaire du système juridique lui-même. Il en va de l'État comme des particuliers : « On ne peut pas employer la contrainte à jet continu⁵. » En réalité, le respect du droit ne peut reposer sur la contrainte que de façon marginale. L'exercice de la contrainte n'est certainement pas négligeable, mais ce n'est pas l'essentiel sur le long terme : seule une confiance suffisante permet au droit de fonctionner et de s'imposer, y compris à l'État. Le droit de l'État ne s'incarne dans les actes et les comportements qu'à condition que l'institution étatique soit reconnue, autant par ceux qui sont censés l'incarner que par les gouvernés. En dernière analyse, la puissance de l'État est donc tributaire de la reconnaissance de l'État comme puissance. Si la police charge les manifestants, si elle exécute les ordres hiérarchiques, c'est dans la mesure où elle se représente l'État comme digne d'être protégé. Dans le même ordre d'idées, les moyens juridiques existent qui permettent de contraindre l'État à appliquer une décision de justice contre son gré ; mais cette contrainte peut-elle espérer s'exercer de façon durable ? Si l'État rechigne à appliquer spontanément le droit, les moyens de le forcer resteront, quoi qu'on en dise, limités sur le long terme. Par exemple, les condamnations prononcées en 2019 et 2020 par la Cour de justice de l'Union européenne à l'endroit de la Hongrie ou de la Pologne, notamment pour violation des principes de l'État de droit,

5. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 37.

peuvent paraître dérisoires, bien qu'indispensables. Car, à vrai dire, que peut le droit face à une mauvaise volonté décidée et assumée ? Voilà qui illustre décidément la fragilité du droit face à l'État. Il ne suffit pas au droit d'être ou d'apparaître crédible pour être efficace : il lui faut aussi et surtout être considéré.

La considération pour le droit

La soumission de l'État au droit dépend, en dernière analyse, de la considération que l'on porte au droit lui-même comme mode de régulation sociale. Pour espérer faire jouer au droit son rôle, y compris dans l'État et face à lui, une certaine acculturation est nécessaire. Si le droit peut constituer une forme de rempart contre l'arbitraire des gouvernants, encore faut-il que les gouvernants eux-mêmes n'entretiennent pas une défiance envers le droit, perçu comme une entrave, un empêchement de tourner en rond – comme une frustration, dont il serait bon de se défaire –, quitte à faire du droit pour lever les contraintes du droit !

Cela montre réciproquement que la contrainte juridique ne peut s'exercer que dans un contexte suffisamment propice ou qui ne soit en tout cas pas trop suspicieux vis-à-vis du droit. Or les exemples ne manquent malheureusement pas de cette indifférence ou défiance officielle des autorités de l'État à l'égard du droit. On annonce ainsi sur tous les plateaux télévisés une grande réforme du droit qui ne change rien ou si peu à l'état réel des exigences juridiques ; on s'insurge contre « l'irresponsabilité » de certains parlementaires qui envisagent de saisir le Conseil constitutionnel d'un texte législatif nouvellement adopté ; on s'indigne de la censure d'un texte (pourtant généralement déplorable) par la justice, au point de vouloir aussitôt réformer la juridiction pécheresse ; on prend pour un gage de volontarisme politique le fait de persévérer après une censure juridictionnelle, dans l'espoir d'une issue différente et au mépris de l'autorité de chose jugée...

Tout cela – et plus encore – démontre au fond une déconsidération du droit assez nette, d'autant plus qu'elle est parfois ouvertement revendiquée au nom d'une critique du « juridicisme ». Les juristes ne sont sans doute pas pour rien dans cette invisibilité publique du droit, mais la question les dépasse largement. On en veut pour illustration supplémentaire cette spécificité française qui n'exige pas de compétence juridique particulière pour exercer les fonctions de juge au sein du Conseil constitutionnel – et qui même semble plutôt la dissuader : la formation « strictement » juridique est déconsidérée, signe d'un esprit abstrait et obtus, peu au fait de la réalité de l'exercice du pouvoir qu'il s'agit de juger en

connaissance de cause, c'est-à-dire avec compréhension. Une institution juridictionnelle sans juristes est ainsi chargée de dire le droit au plus haut niveau, quitte à se doter d'un service juridique hypertrophié, car la raison juridique impose de façon souterraine ses logiques.

L'autorité de son droit n'allant plus de soi, l'État lui cherche d'autres fondements, qu'il trouve en particulier dans une certaine rationalité économique et managériale – le droit n'aurait dès lors de valeur qu'en tant qu'instrument de logiques d'efficacité économique. Ses exigences ne valent donc qu'à proportion du service qu'elles rendent à ces considérations normatives qui n'étaient pas les siennes et qui, à bien des égards, sapent sa logique. L'État n'est plus juridiquement rationnel : il est désormais pensé pour être économiquement rationnel. En raison de l'installation, au sein de l'État lui-même, d'une normativité néolibérale insistante, les chefs d'hôpitaux et de juridictions gèrent désormais des « stocks » et des « flux », tandis que les préfets sont invités à revêtir les atours de véritables « entrepreneurs de l'État »⁶. Le maître mot étant l'agilité, le droit n'est plus ici que rigidité et lourdeur : on comprend dès lors que ses exigences doivent être assouplies et que les illégalités commises par l'État méritent toujours davantage de mansuétude, ce que le droit finit par enregistrer et amplifier, au prix d'une insécurité juridique grandissante. Tel est le paradoxe contemporain : le droit de l'État ne disparaît pas, mais se convertit à des logiques qui le modifient de l'intérieur, contribuant encore davantage à la déconsidération du droit.

81

Dans ces conditions, la contrainte du droit sur l'État n'est plus que secondaire. Elle intervient, de surcroît, au soutien de logiques qui ne sont pas les siennes, sans doute moins rébarbatives, peut-être même divertissantes, en tout cas généralement bien plus expéditives : la sanction médiatique (qui ne connaît plus guère la présomption d'innocence), la pression économique (qui se joue de règles juridiques « irréalistes » et néfastes), l'intimidation sociale (qui permet de l'emporter dans les faits, à défaut d'être dans son droit)... La voix que fait entendre le droit dans ce concert des normativités sociales est devenue bien faible. Or le droit n'a pas d'autre valeur que celle qui lui est reconnue socialement ; sa force dépend de la considération que lui portent la société et l'État. Lorsque l'État en vient à déconsidérer le droit, il y va de l'avenir de l'État lui-même et de ce que nous voulons en faire collectivement.

6. Discours d'Emmanuel Macron aux préfets, 5 septembre 2017.

R É S U M É

Si l'État est encore largement le maître du droit, l'idée d'une soumission de l'État au droit n'est pas dépourvue de sens, bien que la contrainte qu'exerce le droit sur l'État soit fragile et réversible. En effet, le droit impose à l'État de respecter les formes juridiques et, désormais, les droits fondamentaux. Mais, pour que le droit s'impose à l'État, encore faut-il que les exigences du droit soient crédibles et surtout que l'État témoigne d'une considération pour le droit.