**Eléments de réflexion pour une refondation de l’Etat de droit**

Eric Gillet

Avocat

Président de RCN – J&D

La présente note constitue le début d’une réflexion sur la place de l’Etat de droit dans nos sociétés démocratiques actuelles et sur ses enjeux pour rencontrer les défis sociétaux que nous aurons à affronter : crise climatique et crise des ressources, crises économiques à répétition, radicalisation des rapports de force à l’échelle des Etats et à l’échelle du monde, paupérisation et croissance des inégalités, besoin accru de solidarité, terrorisme, etc.

Ces enjeux sont la cause du déclin spontané de l’Etat de droit parce que le rôle du droit lui-même évolue ou que celui-ci, dans sa formulation et son épistémologie, n’est plus adapté, parce que des atteintes sont portées à celui-ci par les gouvernements, en partie pour répondre à des agressions telles que le terrorisme, en partie sous la pression d’un système néolibéral en évolution et dont les intérêts économiques dominants ne veulent plus s’accommoder de ses contraintes.

Il est important d’avoir une bonne compréhension de ces phénomènes pour concevoir et articuler des stratégies de redéfinition de l’Etat de droit et d’une éducation à la citoyenneté qui permette de lui restituer son rôle fondamental pour la démocratie et les libertés. On ne raisonne pas sur ces questions comme on le faisait du temps des atteintes portées à l’Etat de droit en réaction à la guerre d’Algérie dans les années 50, ou au terrorisme des années 70 (RAF, Brigades rouges etc.). Le phénomène est devenu beaucoup plus global. Il va jusqu’à se poser la question de l’inadaptation du droit issu de la théorie du contrat social des 18ème et 19ème siècles, dans une époque qualifiée aujourd’hui d’Anthropocène, où le droit est totalement incapable de saisir la violence matérielle portée à la nature, alors que c’est cette violence qui détermine aujourd’hui les comportements humains majeurs, avec leurs corollaires en termes de dommages portés aux êtres humains.

Il y a donc un véritable travail épistémologique à effectuer. Mais il y a aussi lieu de se rendre compte que l’avènement de l’Anthropocène remet en cause la constitution de l’individu comme sujet dans les sociétés humaines, et particulièrement dans les sociétés démocratiques, mettant notamment en question les régimes de démocratie représentative par l’avènement d’un sujet agissant directement sur son milieu pour le protéger ou le sauvegarder, ou pour promouvoir, en marge voire contre les Etats ou en désespoir de cause vu la passivité des Etats, des nouveaux modèles de vie en commun. Ces remises en cause ne peuvent pas ne pas avoir d’incidence sur la perception de l’Etat de droit, notamment par la perception devenant aujourd’hui plus aigüe que le droit rencontre les intérêts des puissances économiques, de sorte que l’Etat de droit qui consacre ces intérêts n’est plus nécessairement synonyme de démocratie ou d’égalité dans et devant la loi, surtout si par ailleurs la déliquescence du système judiciaire crée de l’impunité pour les puissants tandis qu’il est facile de continuer à sanctionner les faibles.

Un travail de recherche sur ce qui fait le sujet démocratique est donc à faire également.

Ce n’est pas la littérature qui manque. Elle est même extrêmement abondante, menaçant le citoyen qui cherche sa voie – c’est-à-dire notamment nous – d’asphyxie.

En même temps, la question de l’individu démocratique repose aussi sur des invariants dans le temps. Mais l’enjeu de ces invariants s’est incontestablement accru du fait de la radicalisation des enjeux globaux, qui ne sont rien d’autre que la survie de l’humanité et des conditions de la vie en commun. Comment concevoir l’individu ou le sujet démocratique dans un contexte de menace sur la survie ? Dans un contexte de stress quant à l’accès aux ressources sans lesquelles la vie n’est pas possible : l’eau, l’air, l’énergie ? Et comment maintenir les conditions de possibilité d’un Etat de droit, c’est-à-dire d’un système de production de règles et de contrôle du respect des règles qui permette de continuer à médiatiser la violence, à organiser la solidarité, à produire de l’égalité et du vivre ensemble ?

J’ai un faible pour deux philosophes. Un ancien et un nouveau, un homme et une femme : Michel Foucault et Cynthia Fleury. Il y en a plein d’autres, bien évidemment. A chacun d’apporter ses propres références.

Je ne développerai pas Michel Foucault pour l’instant, faute de temps.

Cynthia Fleury a beaucoup réfléchi, de manière très lucide, sur les pathologies de la démocratie, et entre autres sur les conditions du surgissement du citoyen. Elle insiste sur le fait que la démocratie pour préserver sa qualité a besoin de l’engagement qualitatif de l’individu.

A quoi j’ajoute Karl Polanyi, philosophe, économiste et anthropologue de la première moitié du XXème siècle qui a travaillé essentiellement sur les rapports entre économie et société, et qui relève que la société capitaliste est la première des sociétés dans l’histoire de l’humanité où l’économie prétend s’asservir tous les autres aspects de la vie en société et à imposer ses règles autonomes de fonctionnement. Ses recherches sont aujourd’hui d’une grande actualité car on voit presque un demi-siècle après sa mort toutes les conséquences de ses analyses, en particulier que l’économie est allée à ce point loin dans cet asservissement qu’elle ne supporte plus les contraintes du droit, sinon d’un droit qui, lui aussi, est asservi.

Au cœur de la démocratie et de l’Etat de droit, il y le processus d’individuation, qui rend chacun irremplaçable. Ce qui est irremplaçable, c’est la spécificité de tel processus d’individuation. C’est le contraire de l’individualisme, qui « massifie » l’individu – le rend fongible – et en fait entre autres la proie du populisme voire de régimes autoritaires.

C’est précisément la différenciation, et la reconnaissance de l’individualité spécifique de chacun, qui est la base de l’Etat de droit et de la démocratie. On voit chaque migrant dans son individualité, comme le résultat d’un processus d’individuation spécifique, et non comme une goutte d’eau indifférenciée d’une « vague » envahissante qui nous submerge. C’est lorsque l’on refuse ce travail de différenciation et d’individuation – ou que l’on ne dispose pas des outils nécessaires – que l’on bascule dans la terreur de la grande invasion ou du grand remplacement, et des discours qui se greffent sur cette terreur (Zemmour par exemple, qui est tout à fait caractéristique).

Le travail d’éducation doit être fondé sur cette compréhension (CF, éduquer à l’irremplaçabilité, « L’irremplaçable », 183 et s.). Faire lien avec ce qui est étranger. Sans individuation, l’individu reste étranger au monde.

Renouveler et approfondir la notion d’Etat de droit pour permettre au citoyen (citoyen du monde, où qu’il soit, y compris chez nous – renouveler aussi la notion de citoyenneté, voir le citoyen romain –) de franchir une nouvelle étape dans le processus de subjectivation à l’œuvre depuis la nuit des temps, une subjectivation non asservie à l’individualisme (qui est le dévoiement de l’individuation au service d’une économie qui mise tout sur la marchandisation – Karl Polanyi), au service du déploiement d’une solidarité sociale (CF,203) sur une base mondialisée.

La société marchande comme société où l’économie et la marchandisation s’imposent à toute la société veut s’affranchir de l’Etat de droit, qui est devenu un obstacle à sa pleine réalisation. En effet, la relation marchande étant la relation qui a pris le pas sur toutes les autres, il faut que l’individu soit devenu fongible, donc non individué. « L’individualisme contemporain est une individuation pervertie au sens où l’individu est persuadé que la recherche de son autonomisation (de sa liberté) peut se passer de la production qualitative de liens sociaux, ou plutôt qu’il est possible de l’instrumenter pour son seul profit » (CF, 194). Or le défi c’est de savoir comment l’individu peut être à la fois plus personnel et plus solidaire.

L’interdépendance des individus est inséparable de leur sentiment de vulnérabilité, cette dernière étant aussi une condition de possibilité d’une éthique de la considération. Or l’individualisme matérialiste donne un sentiment de toute puissance à l’individu, de domination sur la nature et sur autrui, qui, lorsqu’il s’agit d’individus économiquement puissants, les pousse à s’affranchir des contraintes juridiques et d’infléchir des systèmes juridiques entiers.

Le succès de l’Etat de droit est son propre piège : être à juste titre une société des individus, mais qui hélas provoque un sentiment de déperdition, du fait d’un individualisme ne répondant pas aux critères de l’individuation (c’est l’entropie de l’Etat de droit). Ce mouvement d’un individualisme empêchant l’individuation, soit la juste articulation avec les autres, est l’essence même du XXème siècle. D’où une vulnérabilité de l’Etat de droit aux idéologies populistes et autoritaires, qui répondent à un besoin de sens et prétendent détenir le vrai sens du peuple. Le populisme s’adresse soit disant aux vrais gens, à l’homme commun, aux lésés de toujours, contre les élites. En ce sens le populisme contredit la version faillible de la démocratie, au sens d’Etat de droit. En critiquant les élites et le « logos » - et la culture de manière générale –, il abolit l’engagement qualitatif de l’individu et la singularité des individus.

Or, pour ne prendre, dans l’Etat de droit, que la dimension de la Justice, le travail de celle-ci suppose de tenir compte des singularités : un migrant n’est pas l’autre, un délinquant peut bénéficier de circonstances atténuantes, un condamné peut être libéré de manière anticipative en raison de son parcours personnel, etc. Pour effectuer ce travail, la Justice doit être indépendante, et ses décisions doivent être motivées. Toutes des caractéristiques qu’un courant populiste ne supporte plus. Orban, Salvini, la Pologne, Trump, mais on trouve aussi des prémices d’une telle évolution dans d’autres pays, dont la Belgique. La lutte contre le terrorisme ne supporte plus que l’on analyse les explications du terrorisme, ni le parcours individuel des terroristes, car ces analyses seraient prétendûment déjà une justification (déclaration de Manuel Valls au lendemain des attentats du 13 novembre).

Présenter les raisons d’être de l’Etat de droit aux XIXème et XXème siècles. Hier une condition du déploiement de la société libérale, aujourd’hui un obstacle au plein déploiement du néolibéralisme. Nos élites politiques libérales laissent se dégrader les systèmes judiciaires de nos démocraties car ils coûtent trop cher et que l’objectif de réduction des dépenses et du « moins d’Etat » est devenu plus important que l’enjeu de la Justice dans le maintien d’un Etat démocratique qui embarrasse les intérêts économiques mondialisés. La Justice n’a d’intérêt que si elle sert ces intérêts économiques (voir les juridictions spéciales que prétendent instituer les grands traités commerciaux comme le CETA, où les « juges » privés sont dominants et dont l’objectif est de faire payer les Etats pour les conséquences négatives sur l’activité des entreprises de leurs politiques d’intérêt général ; voir la tentative de notre précédent ministre de la Justice de créer à Bruxelles une « Brussels international Business Court – BIBC -, qui aurait été un tribunal de commerce anglophone, compétent pour régler des litiges impliquant des institutions et des entreprises internationales ayant leur siège à Bruxelles, initiative qui indique l’inclination de nos gouvernants de ne plus envisager la justice que sous l’angle des grands intérêts économiques).

Ces deux mouvements s’en prennent à l’Etat de droit et se renforcent l’un l’autre.

\*

Mais comme toute évolution de société, celle que nous vivons est paradoxale. Nous sommes en effet aussi à un point de l’histoire où la société des individus tente de refaire lien avec la notion collective (ou se rend compte qu’elle doit faire – ou refaire – lien), où elle comprend comment une qualité d’individuation nécessite un apport collectif, et où, pour la première fois également, le collectif comprend la valeur de l’individuation et son rôle protecteur envers sa propre durabilité (CF, 198). Voir les innombrables initiatives citoyennes dans tous les domaines. Comment l’Etat de droit peut-il être ce collectif, devenir une aventure partagée ?

C’est sur ce mouvement que nous devons nous appuyer pour développer une vision optimiste non ringardisée de l’Etat de droit. Celui-ci doit faire partie d’un projet de société stimulant. Vu l’enjeu de l’Etat de droit pour affronter les défis majeurs devant lesquels nos sociétés se trouvent, vu le lien essentiel entre Etat de droit et démocratie, la question se pose de savoir comment en présenter une vision « futuriste ».

* Veut-on le maintien de la démocratie ?
* Si oui, elle a besoin d’un engagement qualitatif de l’individu ;
* Cet engagement qualitatif est inséparable de l’Etat de droit (voir explications *supra*)
* Comment, par conséquent, préserver les conditions de possibilité de l’individuation constitutive de l’Etat de droit (éducation, retour du sens, mettre en brèche l’individualisme matérialiste, etc.) ?
* Présenter pourquoi il ne sera possible de relever collectivement et donc solidairement les défis du futur qu’au travers d’un Etat de droit solide et réapproprié par chaque citoyen. Sinon des solutions autoritaires s’imposeront, au profit des plus forts, et créeront les conditions de la guerre civile.
* L’analyse de la notion de « commons » (les communs) est probablement un cas d’illustration de l’importance de l’Etat de droit. Il s’agit d’une gestion en commun de ressources. Il y en a de locaux et de mondiaux : l’eau est une ressource plutôt locale ; le climat est un « commons » mondial, qui implique une notion de citoyenneté complètement revue, qui ne se mesure plus au peuple, ni à la nation, qui fait fi des frontières, des religions, des cultures et de tous les critères d’appartenance identitaire habituels. Les systèmes de gouvernance des « communs » ne pourront prospérer que par une participation active et qualitative des citoyens, chaque « commons » requérant sa propre définition de la citoyenneté, mais tous supposant la possibilité d’agir dans un univers sécurisé par l’Etat de droit, c’est-à-dire un système juridique organisé et doté d’institutions permettant de reconnaître et de sanctionner le caractère inaliénable du sujet et des services écosystémiques (ces derniers étant aujourd’hui systématiquement détruits ou pillés par un système économique qui les restitue ensuite sous une forme marchande, au mépris de l’Etat de droit).

\*

Voilà donc une ébauche de réflexion. To be followed.