Montesquieu est mort, vive Hobbes ?

Évelyne Sire-Marin

> « De très vieilles ombres sont de retour et nous fixent sans trembler. »
>
> Patrick Chamoiseau, 2010
>
> « Ne pouvant *faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste.*»
>
> Blaise Pascal, fragment 298 des *Pensées*).

Le désir d'ordre, la réduction des relations internationales au droit du plus fort et la volonté de faire respecter en France l'ordre public par la seule force policière, sans proposer de perspectives politiques, ne datent pas d'hier, comme l'atteste cette célèbre citation de Pascal, où il médite sur les rapports qu'entretiennent la force et la justice : *« La justice sans la force est impuissante… En fait, la force, à laquelle nul ne peut résister, s'impose bien souvent sans se soucier de justice, de ce qui la rend injuste… mais la force sans la justice est tyrannique ».* Pascal légitime-t-il le droit du plus fort ? En tout cas, celui-ci s'illustre aujourd'hui en Ukraine ou à Gaza où tous les remparts du droit international s'effondrent ; d'ailleurs la Cour internationale de justice de l'ONU a qualifié en 2024 la politique de Netanyahou à Gaza de risque de génocide, et la cour pénale internationale (CPI), qui a délivré en 2024 des mandats d'arrêt contre les responsables présumés de ces crimes de guerre et crimes contre l'humanité, sont totalement impuissantes à les faire cesser.

Bien plus, le procureur de la CPI a été destitué, sa présidente sanctionnée en 2026 par les États-Unis, et plusieurs juges, dont un français, puis tous les magistrats, sont désormais interdits de séjour aux États-Unis et privés de l'ensemble des services des GAFA américains, comme l'accès aux cartes de paiement Visa ou American express, de réseaux sociaux comme Tik-Tok, face book, X, d'accès à Amazon, Microsoft, gmail ou google… Désormais, lorsqu'une règle européenne ou une juridiction internationale contrarient Washington, les États-Unis ne s'en prennent plus uniquement à l'institution. Ils ciblent aussi les personnes qui l'incarnent.

Depuis le 9 octobre 2026, la Cour pénale internationale (CPI), mais aussi le Tribunal pénal international pour le Rwanda, la Cour internationale de justice et la commission d'enquête de l'Organisation des Nations unies (ONU) sur la Palestine figurent, en tant qu'institutions, sur la liste officielle des « entités » qui seront sanctionnées par les États-Unis à partir du 9 avril 2027.

Cela pourrait sérieusement entraver le fonctionnement de la Cour, dès lors que l'extraterritorialité du droit américain en démultiplie les effets. Faute de banque, la CPI ne pourra pas payer les salaires du millier de fonctionnaires qui y travaillent, régler les factures des fournisseurs, ou recevoir le versement des contributions des États au titre de leur quote-part du budget annuel de la Cour. L'assureur AXA a déjà préféré mettre un terme à son contrat d'assurance-maladie le 30 septembre.

À moins que, d'ici là, la Cour réponde aux exigences américaines : annuler les mandats d'arrêt pour crimes contre l'humanité émis le 21 novembre 2024 contre le Premier ministre israélien, Benyamin Nétanyahou, et l'ex-ministre de la Défense, Yoav Gallant ; clore l'enquête sur les crimes de l'armée américaine en Afghanistan et ceux de la CIA dans des prisons secrètes en Lituanie, en Pologne et en Roumanie ; et réformer le statut de la CPI pour interdire toutes poursuites judiciaires contre des ressortissants d'États qui n'ont pas adhéré à

son traité fondateur, comme les États-Unis, Israël, mais aussi la Russie, l'Iran, le Qatar, et d'autres.

Certes, de nombreux juristes, professeurs, députés, ONG, appellent la Commission européenne à agir, en recourant au « règlement de blocage », qui interdit aux entreprises d'appliquer des lois extraterritoriales. Ce texte doit être activé par la Commission avec l'aval des États membres, mais plusieurs capitales, dont Berlin et La Haye, s'y refusent.

Parallèlement, les États-Unis tentent aussi de convaincre certains des 125 États membres, comme le Venezuela et le Tchad, de se retirer d*e* la CPI et de la démanteler par désagrégation.

Et en Europe, l'État de droit a-t-il des fondements plus solides ? À la différence du droit international qui n'oblige les États que par conventions librement signées, on se dit que les lois nationales sont impératives sur tout le territoire d'un État et qu'il est donc beaucoup plus difficile à un régime en place, fû-t-il de droite extrême, de soustraire des opposants présumés à la loi commune, de leur appliquer un droit d'exception et de modifier les institutions démocratiques.

Comme le disait Henri Lacordaire (1802-1861) dans son sermon à la chaire de Notre-Dame (1848) :« *Sachent donc ceux qui l'ignorent, sachent les ennemis de Dieu et du genre humain, quelque nom qu'ils prennent, qu'entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*. »
Cette conception a trouvé son expression directe dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : *« la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».*

L'État de droit n'est ni une opinion, ni une option

L'État *de* droit résulte de principes constitutionnels et conventionnels qui caractérisent un régime démocratique. On ne peut le confondre avec l'état *du* droit. C'est pourquoi, lorsque le ministre de l'Intérieur Bruno Retailleau déclarait à l'automne 2024, que *« l'État de droit n'est ni intangible ni sacré »*, bien des juristes ont senti passer sur les libertés publiques le vent du boulet autoritaire : on peut modifier les lois, c'est-à-dire l'état *du* droit, et même le faire de façon obsessionnelle comme en France dans les dernières décennies : 30 lois sur les étrangers et l'asile ont été votées depuis 40 ans (de 1986 à 2025, soit une loi tous les quinze mois), 29 lois anti-terroristes, 39 lois concernant le régime pénal des mineurs et, depuis 20 ans seulement, plus 40 lois augmentant les pouvoirs de la police et des procureurs.
Mais l'État *de* droit, lui, est intangible, sauf à abandonner la démocratie pour un régime autoritaire, comme ce fut récemment le cas en Europe, en Pologne ou en Hongrie, et partiellement en Italie, où l'indépendance de la justice, la liberté de la presse, les droits des minorités et les mécanismes de contrôle de la corruption ont été liquidés.

Bien sûr en Europe, le concept d'État de droit n'est pas le même selon qu'on appartient à un système politique de type anglo-saxon ou de droit français, mais ses principes restent identiques et dessinent les contours actuels des droits fondamentaux sur lesquels repose l'État de droit : séparation des pouvoirs, droits de la défense, égalité devant la loi, garantie des libertés, telles que la liberté de la presse, la liberté d'expression, la liberté d'association, droit à la présomption d'innocence et à un procès équitable, indépendance de la justice, soumission de l'administration, donc de la police, à la loi, donc aux décisions de justice.

En corollaire, les pouvoirs institutionnels, gouvernement, parlement, justice, doivent s'équilibrer et se contrôler, afin, comme le disait Montesquieu, que « le pouvoir arrête le pouvoir » : selon ces principes, l'État doit rester sous le contrôle des citoyens qui peuvent faire respecter les droits et libertés fondamentaux par des juges indépendants.

Dans l'histoire politique de la France, l'État de droit, c'est la loi fabriquée par le parlement,

représentant la Nation, dont le socle est scellé par les principes de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et dans le préambule de la Constitution de 1946, puis par la CEDH. En France, la légitimité démocratique de la loi fonde l'État de droit.

Le système anglo-saxon est tout à fait différent car s'il s'est construit, comme en France, contre l'arbitraire de l'État royal (*habeas corpus*), l'État de droit est fondé sur le recours au juge et pas sur l'application de la loi. Il est défini par la jurisprudence produite par des juges en partie élus. C'est un droit prétorien, fondé sur des décisions particulières des juridictions, et pas sur la loi.

C'est pourquoi Donald Trump se bat avant tout contre les juges et pour ne pas exécuter les décisions de la Cour suprême, tandis que le gouvernement français multiplie les lois liberticides contre les étrangers, les mineurs, les détenus (prisons de haute sécurité), et cherche par la loi à augmenter les pouvoirs de la police et du Parquet, émanation de l'exécutif dans la justice, et à limiter ceux des juges indépendants.

En tout cas, quel que soit le système juridique en Europe, on s'accorde pour définir l'État de droit par son contraire, en tentant d'illustrer son importance dans la vie quotidienne. *« Il est plus aisé d'expliquer son contraire, l'État de non-droit* », note Patrice Spinosi, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, dans un livre très pédagogique, *Menace sur l'État de droit* (Allary Éditions, 2025) : « *[c']est une société où vous pouvez être arrêté de façon arbitraire, où les forces de police peuvent pénétrer chez vous à tout moment, où une justice aux ordres fait condamner des innocents, où la presse est contrôlée par le gouvernement, et les opposants interdits d'expression ou arrêtés. C'est un État autoritaire où les droits de chacun ne sont plus garantis, où seule compte la raison du plus fort. »*

Pourtant, une gouvernance par la peur des plus brutales peut paradoxalement s'accompagner d'un respect de l'État de droit : Stefan Zweig, hier, dans l'une de ses œuvres les plus bouleversantes, *Le monde d'hier, souvenirs d'un Européen (*Gallimard, essais, folio), comme, plus récemment, l'historien Johann Chapoutot dans *La bascule, Allemagne 1933* (Gallimard, NRF, essais) ont montré comment la nomination d'Hitler comme chancelier en 1933, puis les textes votés par le Reichstag se sont très bien accommodés dans un premier temps des dispositions existantes de l'État de droit allemand, issues de la République de Weimar, notamment de la pratique routinière des décrets lois. Comment, aussi, la violence politique des nazis s'est accompagnée pas à pas du respect formel de la légalité constitutionnelle et de l'organisation judiciaire allemande.

Ce fut la même chose en France, où le statut des juifs a pu être appliqué sous Vichy dans le respect apparent de la légalité, tant par le Conseil d'État que par la Cour de cassation, comme l'a notamment montré Marc-Olivier Baruch, dans son livre sur le Conseil d'État sous Vichy, *Servir l'État français, l'administration en France de 1940 à 1944*, (Éditions Fayard).

Bien que la situation actuelle soit aujourd'hui différente en Europe, elle présente, concernant la rétraction de l'État de droit, des similitudes : on a le sentiment d'une lente dérive d'un système fondé sur les principes de *L'Esprit des lois* de Montesquieu, selon lequel les pouvoirs doivent s'équilibrer, à un autre inspiré par *Le Léviathan* de Hobbes où les libertés sont limitées par un État autoritaire.

Lorsque les ampoules de la Philosophie des Lumières sont grillées

En France, peu à peu, les droits et libertés publiques ont été colonisés par des dispositions d'exception, au nom des quatre états d'urgence anti-terroristes ou sanitaires[1] de la montée de l'islamisme, de la lutte, certes légitime, contre les violences sexuelles, et surtout du populisme

pénal agité par les actuels ministres de la Justice et de l'Intérieur, comme dernière carte d'un quinquennat à bout de souffle et dépourvu de légitimité.

Notre système pénal est devenu en partie, selon l'expression de l'historien Alain Bancaud, un système « d'exception ordinaire » parfaitement « RN-compatible ».

Quant à la justice, jugée trop sévère lorsqu'elle condamne une politique dans une affaire financière ou qu'elle place en détention provisoire le policier qui a tué Nahel à Nanterre en 2023, elle est qualifiée de laxiste par les mêmes lorsqu'elle n'envoie pas tout le monde en prison à la suite des incidents de la coupe d'Europe de football en juin 2025, de la Ligue des champions sur les Champs Elysées en juin 2026, ou des manifestations lycéennes en octobre 2026.

Personne n'y comprend rien, car ce sont bien les mêmes « juges rouges déconnectés par la culture de l'excuse » qui remplissent les prisons, qualifiées « d'entrepôts humains » par le Comité pour la prévention de la torture (CPT) du Conseil de l'Europe dans un rapport publié le 22 janvier 2026. Parmi tant d'autres rapports, celui du 21 octobre 2026 du Conseil de l'Ordre des avocats sur la situation indigne des mineurs placés en garde à vue au dépôt du tribunal judiciaire de Bobigny, accompagné de photographies, suscite une question immédiate : comment est-ce possible dans un État de droit ?

Et si tout ça n'était que des avatars d'un populisme pénal, juste destiné à garantir la carrière politique de ses adeptes, dans le cadre de l'ascension au pouvoir du Rassemblement national ?

Le droit absorbé par le néolibéralisme autoritaire

Contrairement à ce qu'écrit Carl Schmitt, le droit n'est donc pas une sphère autonome et l'État de droit ne peut pas être défini par des principes généraux et abstraits, dont se délectent les traités de droit constitutionnel. Ces principes sont indissociables de l'influence décisive du contrôle politique autoritaire de l'État, mais aussi de l'effectivité des droits et de la dimension sociale et économique du principe d'égalité juridique dans un système néolibéral où l'économie a désormais absorbé toutes les sphères de la société.

L'adhésion des citoyens à l'État de droit ne peut donc s'opérer ni par l'énoncé de principes abstraits, ni par la contrainte. Elle s'incarne à l'école, au travail ou dans l'espace public, dans l'attitude des enseignants, des policiers, des juges, des employeurs, des bailleurs et des élus. Les discriminations scolaires, sociales ou policières, comme les contrôles d'identité au faciès dès l'adolescence pour une partie de la population, ruinent pour ces personnes toute adhésion à l'idéal républicain et toute croyance en l'État de droit.

Sans justice sociale, sans accès aux services publics, et redistribution fiscale, que peut bien signifier l'État de droit pour cette armée de salariés précaires que sont les aide-ménagères, les agents de sécurité, les « hôtesses de caisse » des supermarchés, les aides-soignantes des hôpitaux, les agents de cantines et conducteurs de transports scolaires ? Hélas pour les associations de défense des droits, le manque d'intérêt pour l'État de droit de ces salariés de la nouvelle domesticité, comme les qualifiait André Gorz, est sans surprise : à la différence des classes ouvrières, ces nouvelles catégories sociales sont restées des fantômes du discours politique ; sans représentants, sinon les éphémères « Gilets jaunes », elles ne sont pas entrées dans le viseur de l'État de droit. Pas d'expression politique partidaire, pas de syndicalisation,

donc pas d'application protectrice du droit du travail, ni de droits sociaux arrachés au patronat et au Parlement. Et quand il faut faire quinze kilomètres en voiture pour accéder à une gare de RER, se limiter à mettre 5 litres d'essence dans le réservoir et travailler en horaires décalés, hachés, éclatés pour 900 euros mensuels, on comprend que la préservation des libertés fondamentales n'entre pas dans le champ du réel.

En France, la disparition de la fonction sociale, redistributive et régulatrice de l'État sous les assauts du néolibéralisme ne peut être sans conséquence sur l'état du droit, théâtre d'ombre d'une érosion continue des libertés publiques depuis 2001. De plus, la prééminence des États-Unis sur l'économie mondiale, sur les rapports de force entre États, a étendu son empire sur les normes juridiques internes, et même sur le fonctionnement judiciaire national. Elle signe l'avènement d'un nouveau modèle de droit et de justice : le droit et la justice néolibéraux, emblématiques du libéralisme autoritaire, selon l'expression de Hermann Heller reprise par Grégoire Chamayou, *La société ingouvernable* (Éditions Zones, octobre 2020), et illustrée par Jacques Rigaudiat dans *Ordre néo-libéral et haine de la démocratie* (PUF 2025).

D'ailleurs, l'expression « d'illibéralisme » souvent employée comme synonyme de celle de néolibéralisme autoritaire pour caractériser la dissolution de l'État de droit est impuissante à rendre compte de cette transformation du rôle de l'État en lien avec le changement de nature du capitalisme industriel libéral devenu néolibéralisme financier.

Ce néolibéralisme autoritaire a profondément transformé l'exercice des pouvoirs régaliens de l'État dont celui de la justice. Il se caractérise notamment par la contractualisation du droit du travail (accords de branche se substituant à la loi dans les domaines essentiels que sont la rémunération, l'organisation du travail et la durée du travail, ruptures conventionnelles du contrat de travail, barème en cas de licenciement, statut d'auto-entrepreneur ou travailleurs ubérisés échappant à toute protection sociale…). Mais la justice pénale, contrairement à ce qu'on pense souvent, n'échappe pas à la philosophie du deal prônée notamment par Donald Trump dans *The Art of the Deal* (1987), l'art de la négociation.

Même la justice, domaine régalien s'il en est, où la loi doit normalement s'imposer à tous sans qu' aucune négociation ne soit possible, est colonisée par une approche transactionnelle et compétitive, en rupture totale avec le principe d'égalité devant la loi. Ainsi 30 % des condamnations pénales sont prononcées, non pas par un tribunal correctionnel, mais après négociation de la peine avec le parquet par « plaider coupable ». La fonction du juge se limite alors à homologuer la peine convenue entre le prévenu et le procureur, avec deux risques réels : pour ceux qui n'ont pas de ressources suffisantes, accepter, sans les conseils d'un avocat correctement rémunéré, de se déclarer coupables, même s'ils ne le sont pas, pour échapper à la comparution devant un tribunal ; pour ceux qui ont les moyens de rétribuer un avocat personnel, essentiellement les délinquants politiques, économiques ou financiers, bénéficier d'une défense efficace qui négociera une peine plus légère que celle qui serait prononcée par une juridiction, et surtout sans la publicité des débats de l'audience qu'ils redoutent tant.

Même les crimes, tels les viols, devaient échapper à la Cour d'assises et pouvoir faire l'objet d'une peine négociée dans un récent projet de loi, finalement abandonné par le Garde des Sceaux, sous la pression des organisations féministes.

En matière civile, commerciale, familiale ou de droit du travail, des lois de 2023 et 2025, imposent de passer par une médiation payante et obligatoire dans de nombreux cas avant d'accéder au juge dans le cadre des « modes alternatifs de règlement des différents ».

Parallèlement, depuis la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) de 2001 et la révision générale des politiques publiques (RGPP), même la justice et la police sont soumises à la vision technocratique du « new public management », analysée par Alain Supiot dans *La*

gouvernance par les nombres (cours du collège de France, Fayard, Paris).

L'orientation des procédures et la carrière des magistrats sont aussi en grande partie déterminées par des paramètres statistiques, en fonction des stocks et des flux de dossiers, au détriment de la motivation et de la qualité des décisions.

Enfin, le service public de la justice s'est externalisé et précarisé : des milliers de contractuels ont été ainsi recrutés sur des contrats de trois ans renouvelables, magistrats à titre temporaire, juristes assistants, attachés de justice, juges de proximité… : beaucoup de sanctions pénales sont en réalité prononcées, non pas par des magistrats professionnels, recrutés par la voie d'un concours ou par des voies parallèles sur le fondement de leurs compétences juridiques, mais par des magistrats dont le statut est précaire et ne garantit pas l'indépendance, compte tenu du nombre très insuffisant de magistrats en France.

Quels garde-fous de l'État de droit ?

Quelques pistes peuvent être esquissées. Tout d'abord évidemment, les élections présidentielles de 2027, mais aussi législatives seront déterminantes.

En cas de victoire du RN, un coup d'État constitutionnel est annoncé par le recours dévoyé au référendum[2], afin d'imposer la préférence nationale. Chacun sera concerné, et pas seulement les étrangers, par la suppression du droit du sol, par la réduction drastique de la délivrance des titres de séjour et la réduction du nombre de fonctionnaires. Pourtant l'hôpital ne survit que grâce aux médecins et personnels soignants étrangers.

Les peines planchers enverront en prison, dans des conditions indignes, des milliers de personnes supplémentaires, dont des mineurs, en raison de l'abaissement de la majorité pénale à 16 ans.

L'absence de contrôle de la police, déjà si insuffisant en France, accentuera les contrôles au faciès et les usages illégitimes de la force contre les populations racisées.

Mais la démocratie ne se résume pas à l'élection, cette tyrannie douce où les citoyens sortent périodiquement de l'engourdissement démocratique dans lequel ils sont confinés, pour choisir leur prince-président. Scrutin proportionnel, rééquilibrage du rôle du Parlement, justice renforcée et presse indépendante, vivacité des associations, peuvent contribuer à dessiner un avenir plus démocratique.

Heureusement, la société civile n'est pas une masse molle dans laquelle s'enfoncent les mesures autoritaires. Ses capacités de résistance sont réelles, bien que minimisées, comme l'illustrent cette année les manifestations massives dans le cadre du mouvement social lycéen, bien que le ministre de l'Intérieur ait d'emblée traité ce mouvement social comme des violences urbaines.

Évelyne Sire-Marin est magistrat honoraire et vice-présidente de la Ligue des droits de l'Homme.

[1] Quatre états d'urgence depuis 2005 : en 2005, lors des émeutes urbaines, état d'urgence antiterroriste du 13 nov. 2015 au 1er nov. 2017 après attentats du Bataclan, état d'urgence sanitaire du 24 mars 2020 au 1er août 2022, état d'urgence en Nouvelle Calédonie du 15 au 27 mai 2024.

[2] Pierre-Yves Bocquet, *«la révolution nationale en 100 jours »,* collection tract Gallimard.