

# **A LA RECHERCHE DE L'ETAT DE DROIT. Notion. Acceptions. Applications.**

Par **Léopold DONFACK SOKENG,**

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur Titulaire des Universités. Conseiller  
Technique dans les Services du Premier Ministre

*Communication au Colloque de la CIB, Yaoundé, Palais des Congrès, 07-12-  
2016.*

**Monsieur le Bâtonnier Modérateur,**

**Mesdames et Messieurs les Bâtonniers, Avocats et Avocats stagiaires,**

**Mesdames et Messieurs, ici réunis en vos différents titres, grades, qualités et distinctions,**

C'est d'une voix tremblante que le Professeur amateur de doctrine prend la parole devant cet Auguste et impressionnante Assemblée pour partager le fruit de quelques réflexions sur la question, avec les praticiens, ardents bâtisseurs et défenseurs au quotidien de l'Etat de droit.

Je mesure l'honneur et le privilège qui me sont ainsi faits et mon bonheur n'en est que plus heureux !

Il m'a été demandé de me lancer à la recherche de l'Etat de droit... Curieuse demande, tant il appert que l'expression est l'une de celles qui, dans l'immense constellation de la terminologie du droit et de la science politique, rayonnent d'un éclat singulier. C'est l'une des notions qui chantent et enchantent. Elle fait chanter les peuples épris de démocratie et les citoyens en quête de liberté et de justice. Elle enchante les juristes et le constitutionnaliste, ainsi que le relevait fort pertinemment un auteur, y trouve matière à débat autant qu'à très stimulante réflexion.

C'est que la notion d'Etat de droit fait recette et il n'est point d'Etat qui ne s'en réclame, d'homme politique qui n'inscrive sa réalisation soit au nombre des performances dont son pays s'enorgueillit, soit des fins qu'il s'assigne. « Figure imposée du discours politique », souligne Jacques CHEVALLIER, l'Etat de Droit tendrait à se mondialiser en gagnant progressivement les Etats et systèmes politiques aux quatre vents de la terre. Tout Etat qui se respecte est désormais tenu de se présenter sous l'aspect avenant, de se parer des couleurs

chatoyantes de l'Etat de droit ; sorte de label nécessaire au plan international à tel point que la doctrine internationaliste récente a pu y voir « un principe émergent de Droit International ».

Mais que d'ambigüités et de contradictions dans cette promotion de l'Etat de droit ! Qu'est ce donc que l'Etat de droit ? Quels en sont les contours et les principales acceptions? L'Etat de droit dont il s'agit ne serait-il pas en définitive que l'Etat démocratique? Pour apporter quelques lumières à ces questionnements récurrents, sans doute conviendrait-il de circonscrire la notion d'Etat de Droit en le présentant tour à tour comme *un concept ambigu aux contours évanescents* (I) et comme *un concept survalorisé aux aménagements différenciés* (II).

## **I. UN CONCEPT AMBIGU AUX CONTOURS EVANESCENTS**

L'expression « Etat de Droit » est aussi fréquemment utilisée qu'elle est rarement définie. Deux éléments semblent toutefois la particulariser : l'approche duale de sa définition et l'évanescence de ses contours.

### **A. L'approche duale de la définition de l'Etat de Droit**

Cette approche conduit à distinguer entre la définition formelle et la définition matérielle de l'Etat de Droit.

#### **1. La définition formelle de l'Etat de Droit.**

D'un point de vue formel, l'Etat de droit s'entend de tout Etat qui se soumet au Droit, et qui n'est habilité et légitimé à agir que dans le cadre de celui-ci. Héritée de la tradition philosophique et de la doctrine juridique allemande de la Seconde moitié du XIXe siècle, avec des auteurs comme le philosophe Hegel (pour ce dernier, l'Etat est créateur d'un droit souverain auquel il se soumet cependant) ; les juristes Möhl, Stahl, Gneist, Ihering et Jellinek, qui opposent le « Rechtstaat » (Etat de Droit) à l'« obrikeitsstaat » (l'« Etat de police »). Cette approche essentiellement formelle de l'Etat de droit qui a prévalu jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle tend à céder le pas de nos jours à l'approche substantielle de la notion.

#### **2. La définition substantielle de l'Etat de droit**

Celle-ci met l'accent sur la substance, le contenu même de l'Etat de droit. Celui-ci s'entend d'un Etat qui certes se soumet au droit, mais pas à n'importe lequel. Il s'agit pour l'Etat de se soumettre à un droit porteur de valeurs libérales et démocratiques ; qui soit le reflet de la primauté des droits et des libertés dans

l'ordre social. Il s'agit de concilier les exigences de l'action administrative et le respect de la dignité humaine. L'Etat de droit est alors appréhendé comme un contenu plus ou moins précis : primauté des droits fondamentaux et de l'idéal démocratique dans l'ordre juridico-politique, garantie par la constitution et protégée par des juges indépendants ; limitation du pouvoir par le droit dans le cadre d'une organisation politique et sociale reposant sur quelques postulats fondamentaux que sont la séparation des pouvoirs, la séparation de la société civile et de l'Etat, le pluralisme et la contradiction des intérêts, la nécessité du débat public, la primauté du droit et des libertés. L'approche substantielle de l'Etat de droit entend ainsi conjurer les limites intrinsèques du simple formalisme juridique, qui est dominant dans la définition formelle sus exposée. On rappellera à titre illustratif qu'Hitler changea la nature parlementaire du régime allemand pour en faire un Reich totalitaire et absolutiste en se soumettant au droit d'un parlement radicalement acquis à sa cause!

Il convient dès lors d'accorder une attention particulière aux contours de l'Etat de droit, dont la doctrine a souvent mis en exergue l'évanescence.

## **B. L'évanescence des contours de l'Etat de droit**

Pour en rendre compte, il suffira de s'appesantir sur la relativisation de l'Etat de droit d'une part et la pluralité des approches de l'Etat de droit en résonance avec les autres traditions juridiques d'autre part.

### **1. La relativisation de la notion d'Etat de droit**

Elle est le fait d'acteurs divers, mais les contestations les plus significatives de l'Etat de droit proviennent de la doctrine. Ainsi, Hans Kelsen, le grand juriste autrichien et maître incontesté de l'école positiviste normativiste de Vienne estimait que parler de l'Etat de droit relevait à la limite du pléonasme, car la distinction entre l'Etat et le Droit n'a pas de raison d'être. Car l'Etat n'est rien d'autre qu'une pyramide de normes, autrement dit un ordre juridique hiérarchisé et idéalisé, c'est-à-dire le Droit et vice versa.

La pensée marxiste quant à elle conteste l'Etat et le droit, mis ensemble toutes leurs déclinaisons – y inclus l'Etat de droit – comme des éléments d'une superstructure orientée vers la seule légitimation de la domination de la classe bourgeoise sur le prolétariat et les masses de travailleurs spoliés, du fait du monopole de la détention de l'infrastructure de production par ladite bourgeoisie. Autrement dit, l'Etat de droit, en ce qu'il est essentiellement protecteur des droits de la classe dominante, au premier rang desquels le droit de propriété et la force intangible des contrats, serait essentiellement un outil de préservation de l'ordre de domination établi.

Si certaines de ces critiques peuvent faire sens au regard des coûts sociaux et des dérives alléguées de la « mondialisation » économique et financière et du capitalisme anarchique qu'elle engendre, il reste que l'Etat de droit résonne et fait sens à travers le monde, y compris dans sa confrontation aux autres traditions juridiques.

## **2. L'Etat de droit à l'épreuve d'autres traditions juridiques**

S'il y a lieu de souligner la similarité de l'Etat de droit dans les traditions juridiques allemande et française, la doctrine du « *Rechstaat* » qui s'origine dans la première ayant été réceptionnée et diffusée dans la seconde grâce aux travaux du maître de l'école de Strasbourg R. Carré de Malberg, il reste que la théorie de l'autolimitation de l'Etat par le droit héritée de Hegel et systématisée par Ihering et Jellinek, reprise par l'école de Strasbourg, est chahutée et contestée en France au début du siècle dernier par celle de l'hétérolimitation de l'Etat par un droit qui lui serait imposée de l'extérieur. Ce droit résulterait soit de la « nécessité sociale » ainsi que le soutenait Léon Duguit, le maître de l'école de Bordeaux, soit encore de l'ordre naturel des choses conformément à la tradition jusnaturaliste particulièrement favorable aux droits de l'homme, reprise et systématisée ici par Maurice Hauriou, le maître de l'école de Toulouse.

Tout autre est la tradition anglo-saxonne, promotrice du « *rule of law* » par opposition à l'Etat de droit. Ensemble de principes processuels favorisant une justice équitable, le système du « *rule of law* » renvoie principalement au « règne du droit » ; d'un droit unique, antérieur et supérieur à l'Etat, celui-ci s'y soumettant au même titre que les autres sujets de droit dans la société.

La conséquence en est l'unité du droit dans les systèmes anglo-saxons : unicité du droit, de l'ordre juridique et de l'ordre juridictionnel ; le même droit étant appliqué par le même juge à tous les sujets de droit, y compris l'Etat, placé ici sous le même pied d'égalité que les simples citoyens nonobstant quelques spécificités procédurales liées aux particularités de l'Etat en tant que sujet de droit. On est loin de l'Etat qui aménage lui-même les conditions de sa soumission à un droit qui lui est particulier et réservé, le droit public – administratif ou financier - applicable par un juge tout aussi particulier – le juge administratif- sur la base de procédures spéciales, objet du contentieux administratif.

Nonobstant ces spécificités liées aux différentes traditions juridiques, l'Etat de droit en tant que concept extrêmement valorisé dans les sociétés modernes, ne peut connaître que des aménagements différenciés au regard des contingences locales.

## **II. UN CONCEPT VALORISE AUX AMENAGEMENTS DIFFERENCIES**

Quels que soient la société et le système juridique considérés, l'Etat de droit demeure un concept survalorisé. Il connaît toutefois des aménagements extrêmement différenciés au regard de la pratique des Etats.

### **A. L'Etat de droit, un concept survalorisé**

L'Etat de droit apparait comme un référent mettant en scène un discours et des pratiques convoquant un ensemble de valeurs faisant l'objet d'une protection renforcée, principalement assurée par les juges.

#### **1. Les valeurs portées par l'Etat de droit**

Il s'agit principalement des valeurs qui structurent les sociétés libérales et démocratiques, au risque d'une confusion – certes abusive - entre l'Etat de droit et l'Etat démocratique.

Au premier rang de ces valeurs, se situe le primat des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fondé sur l'égalité de dignité de tous les êtres humains. Ces valeurs doivent innover l'esprit des lois et structurer l'ordre social. De même doit-il être fait mention de la prégnance de l'ordre et des valeurs démocratiques. Ce qui se reflète à la fois dans l'affirmation de la souveraineté du peuple, manifestée par la fréquence des consultations électorales et référendaires dans la société, mais surtout par l'importance des processus consultatifs et participatifs dans les mécanismes d'adoption des lois et de négociation des processus décisionnels dans la conduite des politiques publiques, dans un contexte de séparation, d'équilibre et de collaboration des pouvoirs. Il faut non seulement que les lois et décisions soient le juste reflet du primat des droits de l'homme, mais surtout que leurs processus d'adoption le reflètent.

Par delà ces principes d'orientation politique, c'est bien la prééminence des impératifs juridiques tenant à l'efficacité du droit qui caractérise de nos jours le plus l'Etat de droit. Ce qui implique à la fois et de manière cumulative la prévisibilité de la règle de droit et la proportionnalité dans les interventions, gages du caractère non arbitraire de l'application du droit. Cette déférence au droit induit un ordonnancement cohérent et hiérarchisé des normes juridiques autant qu'un contrôle étendu de la légalité, mieux de la juridicité des actes des autorités de et dans l'Etat. Ceci suppose l'existence de mécanismes de contrôle renforcé, notamment de type juridictionnel.

## **2. Des mécanismes de protection renforcée du droit et des droits**

Si l'effectivité de l'Etat de droit est tributaire de la multiplicité et de l'efficacité des mécanismes de contrôle de la bonne application du droit, notamment par des mécanismes divers impliquant une société civile ouverte, plurielle, active et dynamique (médiateur, contrôle citoyen, vigilance de la presse et des autres médias, associations et réseaux divers et pluriels, etc.), c'est davantage les figures du juge et de la justice qui sont emblématiques de la protection des droits et des libertés.

Que l'on se situe dans le cadre institutionnel d'un ordre juridictionnel unique ou de la pluralité des juges, ce qui importe le plus est bien l'étendue de l'office des juges et l'effectivité des garanties de l'indépendance du pouvoir des juridictions. Ceci suppose l'existence et l'efficacité processuelle des voies de recours conduisant au contrôle et à la sanction de tous les actes et faits arbitraires ou portant atteinte à l'Etat de droit et à l'ordonnement juridique qui le définit, au premier rang duquel se situe la constitution méritant une protection spéciale en tant que norme fondamentale et suprême de et dans l'Etat. Ceci suppose également un contrôle citoyen efficace sur la justice et le juge en vue d'assurer la sécurité juridique des personnes, des biens et des investissements sans laquelle il n'est guère de développement social possible. Ceci suppose enfin l'affirmation, la vigilance et la protection spéciale des avocats en tant que dernier rempart de l'Etat de droit et « chien de garde » de la liberté et de la dignité humaine ; à la condition que ceux-ci, à l'image de la femme de César, sachent se hisser au-dessus de tout soupçon !

Ainsi donc, l'Etat de droit, en tant que ordre juridique et social idéalisé, repose sur des agencements institutionnels différenciés qui traduisent la nécessité d'un enracinement social, qui est tributaire de la trajectoire historique de chaque Etat.

### **B. L'Etat de droit, un aménagement différencié**

S'il est une donnée constante qui se dégage de l'histoire récente des sociétés humaines, c'est bien la pluralité des agencements constitutionnels et politiques de l'Etat de droit ; relativisant *ipso facto* le débat sur l'inadaptation de ce dernier à certaines sociétés.

#### **1. La pluralité et l'universalité des agencements institutionnels de l'Etat de droit**

Par delà la diversité des aménagements institutionnels fondés sur la séparation et l'équilibre des pouvoirs, marqués par la recherche de l'indépendance de la

justice, l'on ne peut être que séduit par l'extrême ingéniosité et la grande inventivité de l'ingénierie constitutionnelle appliquée à l'Etat de droit. Mais par delà ce « bric à brac » institutionnel à la Prévert, il y a bien lieu de distinguer à grands traits :

- Les aménagements fondés sur la démocratie parlementaire en référence à la tradition parlementaire monarchique européenne et à ses récentes évolutions que constituent aujourd'hui les républiques parlementaires rationalisés. Ces aménagements institutionnels visent principalement la garantie de la liberté individuelle (politique et économique) contre l'arbitraire des gouvernants en la plaçant sous la protection renforcée de la loi démocratiquement adoptée et des juges indépendants ; qu'il s'agisse d'un juge unique (systèmes de la common law à l'exemple du Royaume Uni, des USA, de Nouvelle Zélande, etc.) ou d'une pluralité des juges (système euro continental de l'Etat de droit à l'instar de la France, de l'Allemagne, du Portugal, etc., qui consacre distinctement un juge constitutionnel, un juge administratif, un juge judiciaire et un juge des comptes).
- Les aménagements fondés sur le présidentielisme autoritaire de type messianique, en développement en Amérique Latine, consacrant néanmoins de manière effective de véritables contre pouvoirs portés par la séparation des trois pouvoirs, Exécutif, Législatif et Judiciaire, ce dernier demeurant relativement distant et indépendant vis-à-vis des deux autres pouvoirs, dans l'exercice de leurs compétences constitutionnelles de protection des droits fondamentaux et des libertés individuelles et collectives.
- L'édification des gouvernements modérés sur la base de la démocratie parlementaire garantissant le pluralisme politique, le libéralisme économique tout en promouvant la figure du juge, gardien de l'ordre social, des libertés et des investissements. De nombreux Etats asiatiques sont engagés dans cette voie, attestant de la mondialisation progressive de l'Etat de droit et nonobstant la persistance des monarchies religieuses de type intégriste radicalement opposés à l'idéologie et à la pratique de l'Etat de droit.
- L'essor depuis plus d'un quart de siècle sur le continent africain des réformes institutionnelles plus ou moins audacieuses, sous le sceau de l'Etat de droit en pleine édification.

Force est donc de constater l'universalisation progressive, nonobstant de nombreux écueils et résistances, de l'Etat de droit, porteur des valeurs de

justice, de liberté, de démocratie en vue de la préservation de la dignité humaine. Cet Etat de droit semble en cela être l'expression de l'ingénierie constitutionnelle de chaque peuple. Comment ne guère s'étonner, dans un tel contexte, de la persistance d'un débat sur l'inadaptation de l'Etat de droit à certaines régions et particulièrement à l'Afrique ?

## **2. La vacuité du débat sur l'inadaptation de l'Etat de droit à certaines sociétés**

A la faveur de la « mondialisation » de l'Etat de droit, s'est développé depuis quelques années un débat insidieux sur la capacité d'appropriation par certains peuples et certaines régions du monde de la culture de l'Etat de droit. Une partie de la doctrine européenne – fort heureusement minoritaire – se veut assez sceptique quant à son « exportabilité » et à son enracinement, notamment dans les sociétés africaines.

Il en est ainsi d'Alain Moyrand, très réservé quant aux possibilités d'introduction de l'Etat de droit en Afrique, qui soutient que l'Etat de droit y est « un projet sans doute irréalisable » (Voir « Réflexion sur l'introduction de l'Etat de droit en Afrique noire francophone », *RIDC*, n°4 – 1991, pp. 853 – 878). Moins affirmative, mais tout autant sceptique, est Monique Chemillier-Gendreau, qui opinait : « Très lié à la conception occidentale de la démocratie et des mécanismes parlementaires de séparation des pouvoirs, d'élaboration de la loi et de contrôle de constitutionnalité de celle-ci, l'Etat de droit ne peut être considéré, au moins dans ses aspects techniques, comme un produit d'exportation » (voir « L'Etat de droit au carrefour des droits nationaux et du droit International », in *Mélanges BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 61). Arc bouté sur la doctrine du mimétisme juridique, ces thèses reposent sur l'idée que, de l'influence occidentale en Afrique, se dégage l'impression d'une volonté de transposition dans ce continent, comme dans d'autres espaces régionaux, d'un système politique prédéterminé, comportant des formes démocratiques et libérales construites en Occident, sans que l'on puisse garantir que la greffe puisse prendre corps sur le continent noir.

Il y a lieu toutefois d'opposer à ces thèses l'histoire politique récente et les faits, qui apportent un cinglant démenti à ces courants de pensées afro sceptiques. Les Etats africains, pour la quasi-totalité d'entre eux, sont engagés dans des processus plus ou moins originaux d'édification ou de consolidation de l'Etat de droit. La justice constitutionnelle y connaît un essor sans précédent dans l'histoire et la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle du Bénin – pour s'en tenir à cet exemple emblématique, en référence à l'Etat de droit – ferait pâlir d'envie de très nombreuses cours constitutionnelles d'Europe. Par



ailleurs, la très large majorité de constitutions d'Etats africains font une référence claire, explicite ou implicite, à l'Etat de droit démocratique et libéral ; les juges soucieux d'assumer leur indépendance constitutionnellement proclamée, les avocats et de nombreuses organisations de la société civile s'employant avec des fortunes diverses à en garantir l'effectivité.

S'il convient de ne guère ranger sous un voile pudique les échecs, avatars et menaces réelles auxquels est confronté l'Etat de droit dans de nombreux points du continent (résurgence de l'autoritarisme, tentatives de coup d'Etat, refus de l'alternance démocratique et constitutionnelle, violations des droits et des libertés, corruption et tentatives d'inféodation des juges, intimidation des défenseurs des droits et des libertés, guerres civiles, etc.), encore pourrait-on soutenir que la persistance de ces phénomènes préoccupants, loin de remettre en cause les possibilités d'enracinement de l'Etat de droit, participent à n'en point donner des hommages rendus par le vice à la vertu. L'important n'est-il pas en définitive que l'esprit démocratique et libéral du texte constitutionnel aidant, les institutions et le juge soient mis au service des valeurs qui fondent et informent la République et l'Etat de droit ; ceci sous le regard vigilant des avocats, de sorte qu'entre mythe et réalité, stable et variable, l'Etat et le droit demeurent les socles inébranlables de la justice, de la démocratie et de la liberté ?

Car, on ne le dira jamais assez, l'Etat de droit est *urbi et orbi* un idéal à atteindre. C'est bien pourquoi nous nous sommes lancés à sa recherche et espérons au moins avoir croisé son chemin. Sinon, ce ne serait que partie remise et peut-être la CIB nous offrirait alors l'occasion d'en dissenter véritablement!

Votre patiente attention m'aura honoré et je vous en remercie.