

Introduction

Depuis de nombreuses années mais spécialement depuis la pandémie, l'État de droit (*Rule of law, Rechtsstaat*) est à l'épicentre de toutes les turbulences. Concept « fourre-tout » et « argutie juridique » pour les uns, « étoile polaire » des droits humains pour les autres, il est désormais indispensable de penser et repenser le sens et la fonction de l'État de droit dans une société démocratique, celle que nous voulons soutenir contre toutes les dérives qui la guettent. Si traditionnellement l'État de droit recouvre la légalité, la sécurité juridique, l'interdiction de l'arbitraire, la protection juridictionnelle et l'égalité devant la loi, qu'en est-il aujourd'hui ? Tel est le premier objectif de cet ouvrage. Il s'agit d'ouvrir un débat éclairé et contradictoire sur l'État de droit lui-même, sur ce qu'il recouvre en théorie et en pratique, sur ce qu'il est et ce qu'il n'est pas, sur ses contours et ses limites. Une approche en termes de philosophie politique et de théorie générale du droit peut fournir un éclairage précieux et nous avons choisi de commencer par là.

Pourquoi l'urgence aujourd'hui d'un questionnement aussi fondamental sur l'État de droit ? Tout simplement parce que dans les situations de « crise » que nous vivons, et qui nous font perdre le sens de l'avenir, la tentation surgit de faire revivre l'état d'exception. Certes, sous des formes diverses qu'il convient évidemment de distinguer, l'état d'urgence, l'état de guerre, l'état de « danger public menaçant la vie de la nation », les états d'exception ouvrent la voie à des restrictions, voire des dérogations, aux droits et libertés. Tel est le second objectif de cet ouvrage. Il s'agit d'interroger l'état d'exception, la place qu'il occupe dans le droit, « métamorphose » du droit commun comme l'écrit François de Saint-Bonnet ou « hybridation » de l'État de droit comme l'analyse Véronique Champeil-Desplats dans le contexte français, sachant que les modèles hybrides conduisent à la dégénérescence des espèces... En Belgique, une controverse se dessine quant à une éventuelle réforme de l'article 187 de la Constitution pour y introduire l'état d'exception : « nécessité fait loi » ou risque de contamination de la Constitution ? En droit européen des droits de l'homme, l'usage de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme sur les déroga-

tions en cas d'état d'urgence fait aussi l'objet d'avis singulièrement divergents : faut-il agir par la voie politique ou judiciaire ? La parole est ici donnée aux uns et aux autres, avec des arguments qui touchent à l'essence même des droits fondamentaux. Le cas de la Hongrie sur l'usage autoritaire des pouvoirs d'urgence qui est analysé par Gábor Halmai est lourd d'enseignement.

Nous n'avons cependant pas voulu nous limiter à des débats théoriques sur l'État de droit qui, bien souvent, sont assez éloignés des enjeux réels pour les personnes et la société. Les droits humains doivent être concrets et effectifs et non abstraits et illusoire comme le répète inlassablement la Cour européenne des droits de l'homme. La conciliation des principes de l'État de droit et des mesures d'exception susceptibles de porter atteintes aux droits et libertés en période de pandémie se répercute dans de nombreux domaines sensibles. Nous en avons retenu certains, surtout ceux qui ont fait l'objet de décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme : la protection des données personnelles et la surveillance de masse, la pauvreté, les migrations, la santé.

« Limiter la puissance de l'État en la subordonnant à l'ordre juridique dans l'intérêt et la sauvegarde des citoyens », tel est le sens de l'État de droit selon Carré de Malberg. Mais, comme toutes nos institutions, l'État de droit est fragile, il est mis à l'épreuve et il risque de connaître une « érosion silencieuse », comme ma démocratie d'ailleurs. À la Cour Suprême des États-Unis, l'opinion de Justice David Davis, écrivant pour la majorité, dans l'affaire *Ex Parte Milligan* reste lumineuse. « The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times, and under all circumstances. No doctrine, involving more pernicious consequences, was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great exigencies of government »¹.

Françoise TULKENS

¹ *Ex Parte Milligan*, 71 U.S. 2, 120-121 (1866).