

III. Les limites de la loi

A. La constitution

1. Le droit

Le droit lui-même peut offrir des garanties contre les excès de la loi. C'est le sens de la notion d'*Etat de droit*. On parle d'Etat de droit quand la loi est encadrée par une constitution et que cette *hiérarchie des normes* est respectée. Par exemple, aujourd'hui, en France, c'est l'article 34 de la Constitution (de 1958) qui fixe le domaine de la loi.

L'idée de limiter la loi elle-même est liée à l'idée de *sûreté*. La sûreté, par opposition à la sécurité, désigne la protection des citoyens envers l'Etat lui-même (et notamment la police) ; la sécurité consiste à protéger les citoyens des autres citoyens.

Ces limites internes au droit ne sont pas les plus significatives dans la mesure où ce n'est jamais que le droit lui-même qui s'auto-limite. La véritable origine de la limite de la loi est à chercher ailleurs, hors du champ proprement juridique.



2. La démocratie

La question de savoir *qui* fait la loi et dispose du pouvoir permet de s'assurer efficacement contre les excès de la loi, en prenant le problème à la source. Il s'agit de faire en sorte que la loi, de par son mode de production, ne risque pas de nuire à ceux à qui elle s'applique. L'idée la plus simple, à cet égard, est de faire en sorte que la loi soit faite par le peuple. C'est l'idée de base de la démocratie : la loi est faite par le peuple et pour le peuple. Rousseau est le grand théoricien de la démocratie, qu'il conceptualise avec le concept de volonté générale. La volonté générale n'est pas la somme des intérêts particuliers mais plutôt la partie de ces intérêts qui est commune à tous les sujets. Si c'est le peuple qui fait la loi, il ne risque de se nuire à lui-même que dans la mesure où il peut se tromper. Il *veut* nécessairement son bien, mais il ne le *voit* pas toujours.

La première et la plus importante conséquence des principes ci-devant établis est que la volonté générale peut seule diriger les forces de l'Etat selon la fin de son institution, qui est le bien commun : car si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible. C'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social, et s'il n'y avait pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne saurait exister. Or c'est uniquement sur cet intérêt commun que la société doit être gouvernée.

Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté.

Rousseau, *Du contrat social*, livre II, chap. 1

Rousseau va donc très loin : à partir de ce principe il refuse le principe de démocratie représentative. Seule la démocratie directe est acceptable à ses yeux.

3. La séparation des pouvoirs

La démocratie est un principe essentiel, mais elle n'est peut-être pas suffisante. Montesquieu (1689-1755) insiste sur la nécessité de la séparation des pouvoirs. Il doit y avoir un équilibre entre les pouvoirs et entre les *groupes sociaux*. La constitution anglaise incarne ces équilibres. Au-delà de la dimension purement formelle et constitutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs, il faut comprendre dans ce principe la nécessité d'un équilibre entre les différentes puissances sociales.

Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. (...)

Voyez quelle peut être la situation d'un citoyen dans ces républiques. Le même corps de magistrature a, comme exécuteur des lois, toute la puissance qu'il s'est donnée comme législateur. Il peut ravager l'Etat par ses volontés générales ; et, comme il a encore la puissance de juger, il peut détruire chaque citoyen par ses volontés particulières.

Toute la puissance y est une ; et, quoiqu'il n'y ait point de pompe extérieure qui découvre un prince despotique, on le sent à chaque instant.

Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), livre XI, chap. VI

Montesquieu est un philosophe français. Pourtant, selon certains auteurs critiques, la France n'a jamais connu véritablement la séparation des pouvoirs qu'il préconisait. Aujourd'hui, par exemple, le pouvoir législatif, censé être aux mains du Parlement (Assemblée nationale et Sénat), est *de facto* détenu par le gouvernement, c'est-à-dire le pouvoir exécutif. Ajoutons que les médias sont souvent considérés comme le « quatrième pouvoir », venant s'ajouter aux trois premiers (législatif, exécutif et judiciaire).