



HAL
open science

L'Etat de droit

Éric Millard

► **To cite this version:**

Éric Millard. L'Etat de droit. J.M. Février & P. Cabanel. Question de démocratie, Presses universitaires du Mirail, pp.415-443, 2001, Amphi 7. halshs-00126251

HAL Id: halshs-00126251

<https://shs.hal.science/halshs-00126251v1>

Submitted on 24 Jan 2007

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'ETAT DE DROIT, IDÉOLOGIE CONTEMPORAINE DE LA DÉMOCRATIE

Eric Millard

*Professeur à l'Université de Perpignan
Membre de l'Institut universitaire de France*

1 - L'objet de cette communication ¹ est de rappeler l'existence de quelques pistes disponibles pour une analyse critique de l'affirmation, désormais communément admise, qui fait de l'Etat de droit la garantie de la démocratie et des droits de l'Homme. Cette affirmation ne génère pas de signification précise, sans que cela soit forcément étonnant : même dans le discours juridique, auquel il est apparemment emprunté et renvoie, le concept d'Etat de droit est appréhendé principalement comme modèle prescriptif d'organisation sociale, sans que l'on puisse pour autant avec certitude désigner un modèle existant dont il rendrait compte, ni un modèle politique unique auquel il serait attaché².

2 – En première approche, on peut tenir que cette affirmation est une des évidences les mieux partagées du discours politique contemporain, pour lequel elle semble présenter au moins trois traits caractéristiques. D'une part, la référence à l'Etat de droit y est récente, et semble liée à un besoin de repenser synthétiquement, à la lumière des changements politiques et historiques de la fin du XX^e siècle, des questions centrales comme celle de la démocratie, celle des libertés ou

¹ Certains développements sont redevables aux discussions que j'ai pu avoir, et aux recherches que j'ai pu mener, lors d'une invitation par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de l'Université McGill à Montréal : je voudrais notamment remercier ici Nicholas Kasirer, Marie-Claude Prémont et Daniel Mockle. Pierre Brunet et José Forné ont également bien voulu me faire profiter de leurs utiles observations à partir d'une version provisoire de ce texte.

² La bibliographie sur la question est considérable. En première lecture, cf. J. Chevallier, L'ETAT DE DROIT, Montchrestien, 1999 ; M. Troper (ed.), L'ETAT DE DROIT, Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen, 1993 ; J.P. Henry, VERS LA FIN DE L'ETAT DE DROIT ?, RDP 1977 pp. 1207-1235 ; M. Miaille, LES PARADIGMES CONTEMPORAINS : L'ETAT DE DROIT, Sciences de la Société n° 33, Oct. 1994, pp. 177-792

celle de l'intervention de l'Etat³. D'autre part, cette référence est largement partagée, à la fois sur l'échiquier politique national : à droite comme à gauche, chez les libéraux comme chez les tenants de l'Etat-providence ; et sur la scène mondiale : le concept de l'Etat de droit est une des conditions de tout projet politique en quête de reconnaissance ou de légitimité, comme en témoigne par exemple sa problématisation dans le cadre de la démocratisation de l'Europe de l'Est, ou en Afrique du Sud⁴. Surtout, la référence à l'Etat de droit est une référence valorisée de façon univoque: l'état de chose auquel le terme renverrait n'est pas en débat, ni dans son essence, ni dans ses modalités ; il est entendu par tous que l'Etat de droit est paré de vertus positives aptes à réaliser la démocratie et à protéger les libertés, en tant qu'il « implique que la liberté de décision des organes de l'Etat est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge »⁵.

Comme le note Michel Troper⁶, cette « popularité » politique est suspecte, et cache vraisemblablement un certain nombre de confusions, qui ne sont peut-être pas toutes involontaires. On ne peut pas, par exemple, exclure *a priori* que cette affirmation, dans le discours politique, fasse appel à un certain nombre de ressorts métaphysiques qui, dans un même temps, verraient dans l'Etat une réalité quasi-divine, en tant que puissance réellement existante, et indiqueraient des moyens propres à se protéger de ses foudres : le discours sur l'Etat de droit participe quelque peu d'une rhétorique de l'invocation, en tous les cas de la légitimation. Ce n'est cependant pas sur ce terrain que la doctrine juridique peut prétendre en toute bonne foi prendre le discours politique en défaut, dans la mesure où elle participe souvent elle-même, notamment par son fétichisme à l'égard de l'Etat, comme à l'égard du concept d'Etat de droit, de cette idéologie du juridique. Par ailleurs, le discours politique ne cherche pas nécessairement comme premier objectif la vérité, mais constitue une dynamique très complexe, qui fonctionne notamment au moyen de représentations dont le mérite n'est pas d'être vérifiables, mais de fournir de la cohésion, de susciter de l'adhésion : de ce point de vue, le fait que l'Etat de droit soit à ce niveau un concept protéiforme, renvoyant à des systèmes différents, voire contradictoires, selon la perception que chacun s'en fait subjectivement, pourrait même

³ En ce sens, cette référence se génère à partir de la réflexion philosophique et historique qui a pu être menée sur l'Etat de droit en relation avec les totalitarismes. Cf. les travaux de B. Kriegel, notamment : L'ETAT ET LA DEMOCRATIE, Documentation française, 1987 ; L'ETAT ET LES ESCLAVES, Calmann-Lévy, 1979.

⁴ Préambule de la constitution du 27/4/1994. Le concept de *Soevereine en demokratiese regstaat* — Etat de droit démocratique et souverain — n'est visé que par la version afrikaner du texte ; la version anglaise évoque simplement en lieu et place du concept de *Regstaat* un *Constitutional State* (Etat constitutionnel).

⁵ J. Chevallier, L'ETAT DE DROIT, *op. cit.*, p. 149.

⁶ *Le concept d'Etat de Droit*, in M. Troper (ed.) L'ETAT DE DROIT, *op. cit.*

apparaître comme un mérite. En revanche, dès lors que le discours politique entend se fonder sur les vertus du droit, et se génère sur les fondements d'un concept juridique de la force duquel il prétend tirer sa pertinence, il appartient à cette doctrine de remplir son rôle : a) vérifier d'une part si l'affirmation d'un Etat de droit protecteur des libertés et garant de la démocratie peut apparaître fondée en droit, donc chercher la signification et la logique véritables du concept juridique évoqué ; b) indiquer d'autre part à quelles conditions le discours juridique pourrait ou non participer d'une autre logique que la logique politique. C'est de ce point de vue que l'on peut utilement se référer à des critiques juridiques, plus nombreuses que le consensus politique ne semblerait l'indiquer.

3 – L'affirmation qui fait de l'Etat de droit la garantie de la démocratie et des droits de l'Homme pose évidemment problème dans la mesure où elle procède avec trois groupes de termes (prétendant ainsi désigner trois concepts) pour le moins imprécis.

La polysémie du terme *démocratie*, en particulier, est bien connue. Sans m'arrêter sur une typologie des théories démocratiques, ni chercher à apprécier les arguments utilisés ici et là pour déterminer ce que serait, au sein d'une pluralité, la « vraie », la « bonne » ou la « seule » démocratie, je constate simplement que diverses conceptions du pouvoir politique existent de fait, qui se disent démocratiques, tout en étant incompatibles. Même au sein de la forme politique que l'on pourrait désormais qualifier d'idéologiquement dominante, celle des Etats occidentaux de ce tournant de millénaire, il y a difficulté à s'accorder sur un modèle précis, c'est-à-dire sur ce qui, dans cette forme d'organisation du pouvoir politique, est l'élément démocratique.

Fait-on référence à la souveraineté, qui doit alors appartenir au peuple ? Mais le peuple dans la problématique de la souveraineté ne renvoie pas à des réalités : c'est une simple fiction destinée à servir de référence pour la validité d'un ordre juridique et la légitimité d'un pouvoir politique⁷. Le peuple ici n'est pas plus réel que la nation, la révolution, ou dieu. Il suffit de rappeler que cette métaphore du peuple a pu être mobilisée, sans difficultés majeures, pour chercher à fonder la légitimité de régimes tout à fait différents (démocraties populaires par exemple). Même dans les organisations politiques qui nous retiennent, ce peuple, lorsqu'il est dit détenteur de la souveraineté, doit s'exprimer. Il le fait notamment par des représentants, qui parlent en son nom. Est-ce le fait de parler au nom du peuple qui est alors l'élément démocratique ? ce n'est évidemment pas cela puisqu'aussi bien, n'importe quel pouvoir, aussi despotique soit-il, n'aurait qu'à se prétendre le représentant du peuple (affirmation en soi

⁷ Rapp. L. Ortiz & E. Millard, *Parité et Représentations Politiques*, in J. Martin (ed.), LA PARITÉ, ENJEUX ET MISE EN ŒUVRE, Presses universitaires du Mirail, 1998.

invérifiable dès lors que le peuple ici ne renvoie pas à une réalité empirique) pour se prétendre démocratique (et cela est loin d'être une hypothèse d'école).

Dira-t-on plutôt que la démocratie réside dans la participation des gouvernés au jeu politique ? Surgit aussitôt la question des modalités : démocratie directe ou représentative ?, désignation des gouvernants, ou exercice du pouvoir de décision ? Diverses logiques s'opposent que je ne peux ici rappeler. Je constate simplement que c'est dans le droit de vote, dans l'élection ou le référendum, par exemple, qu'on place ainsi l'élément de démocratie. Or la seule existence du droit de vote ne suffit pas : il faut qu'il puisse être largement (étendue du corps électoral), librement (liberté de suffrage et pluralisme permettant un véritable choix) et également (égalité des suffrages) exercé ; toutes choses qui feraient alors de la démocratie en France une chose récente (pensons à l'exclusion des femmes du suffrage jusqu'en 1944), et encore bien imparfaite (pensons ici aux étrangers). Même dans ces conditions, un certain nombre de réponses doit être apporté pour cerner la démocratie ainsi visée. Quelle sera la règle de computation des votes ? l'unanimité ferait qu'un seul ne pourrait se voir imposer ce à quoi il ne consent pas, mais inversement ferait que l'unique puisse imposer sa volonté à tous les autres ; on opte alors pour une majorité, éventuellement qualifiée, qui laisse en suspens le statut de la minorité, puisqu'aussi bien le corps électoral pourrait démocratiquement dans ce schéma décider de la priver de ses droits, et attenter aux libertés.

Soutiendra-t-on enfin que c'est donc la reconnaissance des libertés et droits de la personne qui fait la démocratie ? Mais, d'une part, on peut alors envisager aisément un régime qui serait démocratique sans aucune référence au peuple, à la population, et sans même mettre en place un système d'élection, dès lors que les gouvernants y respectent les libertés (ce qui n'est peut-être pas si éloigné d'une lecture de la séparation des pouvoirs de Montesquieu). D'autre part et surtout, faire du concept de liberté ou de droits un critère n'a d'intérêt que si l'on s'entend sur ce que sont ces libertés et droits. Et là encore, l'accord n'existe pas : libertés politiques et/ou droits civils, économiques, sociaux ? la logique n'est pas la même lorsqu'on entend protéger l'individu contre l'Etat, ou lorsque l'on attend de son appareil une intervention pour réaliser concrètement les droits reconnus à la personne.

4 - La problématique de la démocratie dans les régimes auxquels on se réfère est justement là désormais : dans la conjugaison d'une approche formelle (la participation la plus large aux élections) que l'on entend contenir dans des limites matérielles (la protection de libertés fondamentales)⁸. Autrement dit dans la construction d'une démocratie modérée, qui protégerait le peuple contre lui-même, qui ferait des individus la source du pouvoir (souveraineté du

⁸ Comp. A ROSS : QU'EST-CE QUE LA DÉMOCRATIE ? ; RDP, 1950, pp. 29-42

peuple), le moyen du pouvoir (corps électoral, référendum), la fin du pouvoir (droits de la personne). Il n'est pas neutre de retrouver là la logique de Lincoln : le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. L'affirmation de la souveraineté du peuple tend à légitimer sur le terrain idéologique la limitation du pouvoir du souverain, alors que l'Etat de droit est présenté comme la mise en forme juridique du projet politique : une hiérarchie des normes comprenant notamment au sommet (voire au-delà, on y reviendra) une définition des droits et libertés (la constitution de l'ordre juridique), et instaurant des recours permettant d'en assurer l'effectivité (idée du contrôle de constitutionnalité).

C'est au regard de ce projet qu'il faut désormais poursuivre l'analyse : comprendre l'Etat de droit dans le cadre politique qui voit dans la démocratie une forme de pouvoir politique limité, et limité par l'obligation de respecter des droits et libertés. Ce qui est ainsi désigné n'est alors qu'une des variantes conceptuelles de l'Etat de droit.

5 – L'Etat de droit a une histoire dont il n'est pas inutile de rappeler les grandes lignes dans la mesure où, au fil du temps, le concept a été mobilisé par des théories d'inspirations fort différentes. Kaarlo Tuori a proposé une classification opératoire qui identifie au moins trois modèles de l'Etat de droit dans l'histoire des idées constitutionnelles ⁹ : le modèle soi-disant libéral, le modèle matériel et le modèle formel. Encore convient-il de constater qu'il s'agit là de trois modèles successifs dans la seule pensée allemande, berceau du *Rechtsstaat* dès le XIX^e siècle.

a) Le modèle soi-disant libéral, qui préexiste au terme d'Etat de droit ¹⁰, correspond à une idéologie politique : celle de la stricte séparation des sphères publiques et privées. L'Etat est limité et doit protéger la liberté des individus pour que la sphère privée (et notamment le marché) se régule d'elle-même. En conséquence, les règles de droit doivent être générales et abstraites (d'où le culte de la Loi), et rationnelles (dans la continuité des philosophies des Lumières et de Kant). Cette idée de rationalité définit un critère non pas matériel mais formel, puisque c'est la procédure de législation qui est supposée la garantir (l'adoption parlementaire de la loi).

⁹ K. Tuori, *Four Models of the Rechtsstaat*, in M. Sakslin, *THE FINNISH CONSTITUTION IN TRANSITION*, Hermes-Myiynti Oy, 1991, pp. 31-41. Le quatrième modèle que Kaarlo Tuori envisage est un modèle d'Etat de droit démocratique, dont il précise immédiatement qu'il s'agit d'un modèle prescriptif qu'il entend défendre.

¹⁰ En ce sens, comme projet politique, le concept est antérieur à sa désignation : le constitutionnalisme est un modèle de ce que l'on qualifie désormais de théorie de l'Etat de droit.

b) Le modèle matériel correspond au constitutionnalisme allemand du milieu du XIX^e siècle (avant Bismarck), qui forge le terme de *Rechtsstaat*¹¹. L'Etat est d'abord perçu comme une réponse au besoin d'unité à laquelle aspire la bourgeoisie allemande, et l'Etat de droit comme le moyen de garantir ses libertés : l'Etat est assimilé à une personne (le monarque) qui ne peut remplir ses missions qu'au moyen du droit, et dans son respect. Le souverain est limité par le principe de légalité, qui place le droit au-dessus de l'Etat, et qui le suppose exister objectivement indépendamment de l'Etat. Or ainsi conçu, l'Etat de droit est devenu un modèle matériel : il correspond à une revendication (celle que l'Etat respecte ce droit supérieur), non à une technique qui indiquerait une limitation juridique.

c) Le modèle formel correspond au positivisme juridique (fin du XIX^e siècle). L'Etat est une personne juridique et le droit un ensemble de normes réalisant l'ordre prescrit par la constitution (une hiérarchie de normes). Il n'y a donc pas de droit au-dessus de l'Etat, et la réponse à la limitation juridique du pouvoir de l'Etat réside dans l'auto-limitation¹². L'Etat de droit est celui dans lequel les organes de l'Etat doivent respecter les normes juridiques que les organes supérieurs de l'Etat ont édictées¹³.

Selon Kaarlo Tuori, ces trois modèles ont des implications démocratiques variables. Le modèle libéral réclame la démocratie pour fonctionner puisque l'exigence de rationalité se trouve satisfaite par l'adoption législative si le législateur émane du peuple. Dans le modèle matériel en revanche, la procédure législative n'est plus la garantie des libertés, et il n'est pas nécessaire de conjuguer cette exigence avec une approche démocratique. Le modèle formel quant à lui n'exige pas la démocratie, même s'il revêt des implications démocratiques virtuelles.

6 - Il faut attendre le premier quart du XX^e siècle pour que le terme d'Etat de droit, traduction littérale de *Rechtsstaat*, soit introduit dans le débat français par Raymond Carré de Malberg¹⁴.

L'auteur distingue entre trois formes d'organisation juridique du pouvoir. L'Etat de police, en France par exemple l'Etat antérieur à la Révolution française, est un système dans lequel l'administration « agit discrétionnairement, et applique aux citoyens les mesures qu'elle juge

¹¹ La paternité du terme est attribuée généralement à R. von Mohl dans son ouvrage *DIE POLIZEI-WISSENSCHAFT NACH DEN GRUNDSÄTZEN DES RECHTSSTAATES* (1832).

¹² Cf. G. Jellinek, *L'ETAT MODERNE ET SON DROIT* (1904).

¹³ Tout comme le modèle de l'Etat de droit préexistait à l'usage du terme, il perdure (sans éprouver le besoin de se justifier par le recours à ce terme Etat de droit) dans sa formalisation la plus rigoureuse, le normativisme kelsenien.

¹⁴ V. notamment M-J. Redor, *DE L'ETAT LÉGAL À L'ETAT DE DROIT. L'ÉVOLUTION DES CONCEPTIONS DE LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE (1879-1914)*, Economica, 1992.

utiles »¹⁵. L'Etat légal est un système tel que le connaît la France de la III^e République, dans lequel l'administration est soumise au principe de légalité. La loi, expression de la volonté générale, est la limite et la condition de l'activité administrative ; mais voulue au nom de la nation par le parlement, lui-même désigné par le peuple, elle ne connaît pas de limites matérielles ni de norme qui lui soit supérieure (primauté de la loi). Le pouvoir exécutif est pouvoir d'exécution des lois¹⁶. L'Etat de droit est défini par Carré de Malberg, par opposition non à l'Etat légal mais à l'Etat de police, comme : « un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets, et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques : deux sortes de règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'Etat, en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent »¹⁷. Parmi les différences qu'avance Carré de Malberg entre Etat de droit et Etat légal — il n'y a cependant aucune logique de succession, ni incompatibilité essentielle entre ces deux formes — figure au premier rang le fait qu'à ses yeux, « l'Etat de droit est établi simplement et uniquement dans l'intérêt et pour la sauvegarde des citoyens : il ne tend qu'à assurer la protection de leur droit ou de leur statut individuel »¹⁸. Par conséquent, il implique que les citoyens disposent de recours pour faire respecter ces droits. Chez Carré de Malberg, l'inspiration démocratique est ainsi évidente : l'Etat de droit permettrait la sauvegarde des libertés, alors que l'Etat légal traduirait l'accord du peuple souverain dans l'intervention publique.

7 - Il faudra attendre le dernier quart du XX^e siècle pour que l'Etat de droit (re)devienne une référence du débat juridique français. A cela, diverses raisons peuvent être avancées.

En premier lieu bien sûr, cette résurgence (qui, Carré de Malberg excepté, est en fait une émergence) est concomitante au discours politique sur l'Etat de droit.

Ensuite, des raisons de droit positif sont nécessairement en prendre en compte. L'Etat de droit est devenu un concept visé par certains textes constitutionnels : par exemple en République Fédérale Allemande où la Loi fondamentale porte que : « l'ordre constitutionnel dans les Länder doit être conforme aux principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social au sens

¹⁵ CONTRIBUTION À LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ETAT, tome 1, p 488, Sirey, 1920, reprint CNRS, 1962,

¹⁶ Entendu cependant d'une manière large : permettre la réalisation et l'effectivité de l'ordre juridique. Rappr. Conseil d'Etat, 8/8/1919, *Labonne*, rec. P. 737.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 488-489.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 490.

de la présente Loi »¹⁹, en Espagne où le Préambule de la constitution proclame la volonté de la nation « de consolider un Etat de droit qui assurera le règne de la loi »²⁰, ou au Portugal dont la constitution définit la République comme « un Etat de droit démocratique »²¹.

Surtout, la France connaît sous la V^e République l'émergence du contrôle de constitutionnalité qui, en soumettant dans certaines conditions le législateur à un contrôle sur la loi qu'il vote, semble réaliser une des techniques exigées par l'Etat de droit : la soumission de la loi à la constitution ; cependant, même si depuis 1971 le Conseil constitutionnel contrôle effectivement la loi lorsqu'il est saisi pour apprécier une éventuelle atteinte aux droits et libertés²², et même si depuis 1974 des membres de l'opposition parlementaire peuvent saisir le Conseil²³, on est encore loin du droit de recours qu'évoquait Carré de Malberg et qui existe en Allemagne et en Espagne.

Enfin, on ne saurait exclure *a priori* que ce soudain intérêt de la doctrine française pour l'Etat de droit n'obéisse aussi à des motivations plus académiques. La théorie de l'Etat de droit, comme la théorie de la constitutionnalisation des branches du droit²⁴, est un moyen pour la doctrine constitutionnaliste de donner une autonomie (voire une primauté) à son objet scientifique : les concepts de droit public, d'Etat, de démocratie, de libertés par exemple, subsumés sous la jurisprudence constitutionnelle. Ces deux théories prescrivent ainsi ce qui contribue(r)ait à différencier une telle doctrine de la science politique, ou des doctrines traitant d'autres branches du savoir juridique (droit administratif par exemple)²⁵.

8 - Les textes que j'ai évoqués (RFA, Espagne, Portugal) présentent cependant la particularité de se référer à l'Etat de droit en éprouvant le besoin de le préciser : « Etat de droit démocratique », « Etat de droit assurant le règne de la loi », « Etat de droit républicain,

¹⁹ Loi fondamentale du 23/5/1949, art. 28.

²⁰ Préambule de la constitution du 27/12/1978. Est-ce alors la théorie de la *Rule of Law* qui rencontre celle de l'Etat de droit ? L'art. 1 dispose également que l'Espagne « se constitue en un Etat social et démocratique de droit, qui défend comme valeurs supérieures de son ordonnancement juridique la liberté, l'égalité et le pluralisme politique ».

²¹ Constitution du 2/4/1976, art. 2.

²² Conseil Constitutionnel, 16/7/1971, 71-44 DC, *Loi relative à la liberté d'association*.

²³ Loi constitutionnelle 74-904 du 29/10/1974 modifiant l'article 61.

²⁴ Pour illustration, V. l'introduction du manuel le plus représentatif de cette approche : L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, A. Roux, O. Pfersmann, G. Scoffoni, *DROIT CONSTITUTIONNEL*, Dalloz, 1998.

²⁵ Rappr. des analyses proposées par Bastien François, par exemple : *NAISSANCE D'UNE CONSTITUTION*, Presses de Sciences Politiques, 1996.

démocratique et social ». C'est l'indice sans doute de l'apparition de nouveaux modèles. Ceux-ci s'inscrivent à nouveau, à l'encontre du modèle formel qui semblait l'avoir emporté, dans une conception matérielle de l'Etat de droit, en mettant en doute que le système issu du modèle positiviste (la hiérarchie des normes) puisse par essence être démocratique, républicain ou social. Ainsi la Cour constitutionnelle allemande ne conçoit pas l'Etat de droit comme défini par une quelconque disposition de la Loi fondamentale, mais comme un renvoi à des principes et des idées directrices supérieures à ces dispositions.

C'est notamment à partir du débat sur l'Etat-providence que cette référence trouve à s'appliquer : comment concilier la demande d'intervention publique, qui appelle nécessairement pour être efficace différenciation et discrimination d'un certain point de vue (cf. l'action positive, *affirmative action*), et la garantie des libertés ? Le modèle démocratique de l'Etat de droit que propose alors Kaarlo Tuori ressemble au modèle soi-disant libéral en ce qu'il porte une exigence explicite de démocratie, et repose sur une rationalité procédurale. Mais dans le modèle démocratique, la sphère privée et publique ne sont plus strictement séparées, et l'Etat est investi de tâches qui présupposent l'action positive. La généralité des lois ne peut plus être une condition de l'Etat de droit, et la rationalité procédurale est déplacée dans le débat public prenant place au sein d'une société pluraliste²⁶ ?

Pourtant, même ainsi (sur)défini, ce modèle de l'Etat de droit n'est peut-être pas nécessaire, et est en tout cas insuffisant, pour garantir les libertés et droits d'une société démocratique.

9 – L'Etat de droit n'est peut-être pas nécessaire à la démocratie.

C'est évidemment le cas si la conception que l'on retient de l'Etat de droit est une conception strictement matérielle. Dès lors que l'on considère que l'Etat de droit est la soumission du droit de l'Etat à un idéal supérieur à l'Etat, on identifie en réalité l'Etat de droit non à une technique d'organisation juridique du pouvoir politique mais à un projet politique. Si l'on conjugue cette approche matérielle avec la démocratie (ce qui n'est qu'une option : il peut y avoir une conception non démocratique dans ce modèle de l'Etat de droit, comme cela a déjà été souligné), on en vient en fait à assimiler la démocratie et l'Etat de droit, en donnant un contenu (la limitation des organes de l'Etat par le droit, l'organisation de procédures démocratiques de désignation des gouvernants) à la notion de démocratie. Dire que le projet politique « Etat de droit » est nécessaire à la démocratie est ici une tautologie : le projet politique est nécessaire à lui-même, l'Etat de droit est la démocratie.

Michel Troper estime en se référant aux écrits de Kelsen qu' : « Il n'y a pas de démocratie sans Etat de droit. Dans une démocratie, en effet, le peuple — ou ses représentants — fait la loi et

²⁶ Cf. K. Tuori, *Four Models of the Rechtsstaat*, précité.

l'autorité administrative ne peut agir qu'en exécution d'une loi. La réalité du pouvoir démocratique dépend donc étroitement de l'existence d'une hiérarchie des normes. Cette hiérarchie doit même être entendue d'une manière particulièrement stricte : la loi ne peut laisser à l'autorité exécutive qu'une marge d'appréciation aussi limitée que possible, de sorte que chaque commandement apparaisse comme une déduction de la loi. C'est la raison pour laquelle l'exécution ne doit pas être confiée à une autorité démocratique, qui risquerait de s'écarter de l'exécution stricte. »²⁷.

Il y a chez Kelsen deux conceptions de l'Etat de droit. L'une résulte d'une perception descriptive : elle découle de l'impossibilité de discerner juridiquement l'Etat et le droit (Kelsen parle alors du pléonasme de l'Etat de droit), en tant qu'unité de l'ordre juridique (hiérarchie des normes). Cette conception purement formelle²⁸ est nécessaire à la démocratie, sans être suffisante : la hiérarchie des normes (conçue comme réalisant l'Etat de droit) est un moyen de réalisation, non une garantie de résultat.

L'autre conception que l'on trouve chez Kelsen (qu'il utilise en fait parce qu'elle s'impose à lui), quoique reposant sur des éléments formels, est prescriptive et matérielle : elle lie la hiérarchie des normes au projet politique démocratique pour apprécier si ce projet démocratique peut se réaliser autrement qu'au moyen de l'Etat. En ce sens, elle suppose le préalable de l'Etat de droit (hiérarchie des normes), mais indique que cet Etat de droit doit de plus répondre à d'autres conditions, qui correspondent aux postulats de la démocratie. Entendu dans ce sens spécifique, il s'agit alors d'un « ordre juridique relativement centralisé qui présente les traits suivants : la juridiction et l'administration y sont liées par des lois, c'est-à-dire par des normes générales qui sont décidées par un parlement élu par le peuple, avec ou sans la collaboration du Chef d'Etat qui est placé à la tête du gouvernement ; les membres du gouvernement y sont responsables de leurs actes ; les tribunaux y sont indépendants ; et les citoyens s'y voient garantir certains droits de liberté, en particulier la liberté de conscience et de croyance, et la liberté d'exprimer leurs opinions »²⁹. De ce point de vue, il est intéressant de noter qu'ici tout au moins, l'idée que le projet démocratique ne peut se passer d'une hiérarchisation des normes pour réaliser effectivement son postulat (la souveraineté du peuple), n'implique pas le contrôle de constitutionnalité, et ne correspond donc pas strictement au modèle de l'Etat de droit démocratique contemporain³⁰. Il y a éventuellement plusieurs degrés de réalisation en fonction

²⁷ M. Troper, LE CONCEPT D'ETAT DE DROIT, *op. cit.*, pp. 35-36.

²⁸ Qui ne se revendique en tant que telle ni comme Etat de droit, ni comme démocratie (cf. note 13).

²⁹ H. Kelsen, THÉORIE PURE DU DROIT, Dalloz, 1962, p. 411.

³⁰ V. aussi H. Kelsen, LA DÉMOCRATIE, SA NATURE, SA VALEUR, *Economica*, 1989, et THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT ET DE L'ETAT, LGDJ, 1997, pp. 334 et s..

du degré de complexité, d'intensité et d'effectivité de la hiérarchie : l'Etat légal (principe de légalité) ou la *Rule of Law* traduisent cette différence de degré mais non de nature par rapport au modèle perfectionné et sanctifié (contrôle de constitutionnalité) que mobilise le projet politique actuel de l'Etat de droit ³¹.

10 - Le culte de l'Etat de droit n'est par ailleurs pas aussi généralisé qu'on pourrait le croire au nombre et à la production de ses thuriféraires. Certes, on l'a dit, c'est une constante des phénomènes de démocratisation contemporains, une constante des sociétés qui veulent désormais mettre en place des institutions démocratiques. Mais pour ce qui est des sociétés qui leur servent de modèle (ou qui leur imposent ce modèle dans le cadre d'une mondialisation généralisée), force est de constater que certaines d'entre elles ignorent la théorie de l'Etat de droit. C'est essentiellement le cas des sociétés issues de l'empire britannique.

Le concept d'Etat de droit, qui repose comme on l'a vu sur l'existence de normes générales et abstraites, et une certaine conception de l'Etat à la fois personne juridique et ordre juridique, est étranger à la logique juridique des pays de *common law*, qui se réfère à une autre théorie, celle de la *Rule of Law* ³². Le discours politique et juridique que génèrent ces sociétés n'a qu'exceptionnellement recours à la notion d'Etat de droit. Même si on voit parfois ce concept traduit par celui d'Etat de droit, il faut continuer à y voir un concept original en ce qu'il ne fonctionne pas sur la revendication de droits écrits dans des textes supérieurs dont le contrôle juridictionnel assurerait l'effectivité ; ou plus exactement, puisque désormais la *Rule of Law* s'inscrit dans des pays connaissant aussi un droit constitutionnel écrit et formalisé (Canada, etc.), et un contrôle de constitutionnalité, en ce qu'il est pensable sans que l'on pense cette forme de hiérarchisation (ce qui n'exclut en rien qu'une autre forme de hiérarchie des normes existe).

³¹ Otto Pfersmann quant à lui désigne par Etat de droit, dans une démarche qui tend à sérier parmi les modèles juridiques de la hiérarchie des normes ceux qui permettraient la démocratie libérale, ou ceux qui lui seraient nécessaires : « un système juridique présentant les propriétés suivantes : 1) des formulations de normes suffisamment précises pour que leur application a) permette une orientation claire aux destinataires, b) ne laisse que la plus faible place possible à l'arbitraire, et c) que l'on puisse vérifier la conformité de l'application aux normes de référence ; 2) des procédures permettant de contrôler effectivement la conformité des normes d'application aux normes de rang supérieur selon le rapport de production. Il s'agit de caractéristiques strictement formelles, et non du contenu souhaité de ces normes ». Pour l'auteur alors, cette structuration de l'ordre juridique serait nécessaire mais insuffisante : elle devrait recevoir un contenu démocratique lié à l'idée du constitutionnalisme : l'existence d'une charte des droits fondamentaux. L Favoreu *et alii*, DROIT CONSTITUTIONNEL, précité, n° 116.

³² V. D. Mockle, L'ETAT DE DROIT ET LA THÉORIE DE LA *RULE OF LAW*, Les Cahiers du droit, vol 35, n°4, déc. 1994, pp. 823-904.

La théorie de la *Rule of Law* part de la confiance que l'on accorde au juge pour faire respecter les libertés — c'est peut-être davantage cela que la structure de la hiérarchie qui différencie les théories de l'Etat de droit de celles de la *Rule of Law*—, et de la souveraineté du parlement, dans un système qui ne dispose pas d'une constitution écrite. Elle trouve sa symbolisation juridique dans le *Bill of Rights* du 13 février 1689. Malgré tout, comme le concept d'Etat de droit, la *Rule of Law* est susceptible de diverses modélisations. En première analyse, on peut dire avec Geoffrey Marshall qu'elle est la somme des dispositions juridiques — structurelles, procédurales et matérielles — qui limitent le pouvoir gouvernemental³³.

La *Rule of Law* découle d'une prescription de la séparation des organes de pouvoir, et d'une certaine conception du droit. Les institutions de la Couronne (le pouvoir exécutif) et du parlement sont séparées entre elles (permettant la souveraineté parlementaire), et séparées de la fonction juridictionnelle³⁴. Les principes juridiques n'émanent pas d'un Etat, non pensé dans ce contexte³⁵, mais de la société : le juge les découvre et les rend effectifs.

Classiquement, depuis Dicey³⁶, la conception de la *Rule of Law* repose sur trois éléments : a) personne ne peut être puni ou reconnu coupable à moins que ce ne soit conformément à une infraction prévue par la loi et selon des procédures régulières devant les tribunaux ; b) toutes les personnes sont égales devant la loi et peuvent être soumises aux tribunaux, sans considération de leur rang ou de leur fortune ; c) les principes généraux de la constitution émanent des décisions des tribunaux sur des cas particuliers. Les conséquences déduites de cette conception sont d'abord l'exclusion du pouvoir arbitraire, et l'exclusion de la remise d'un large pouvoir discrétionnaire entre les mains des agents publics ; ensuite une égalité devant le droit qui se traduit par l'existence d'un seul ordre de juridiction traitant de toutes les affaires, qu'elles concernent les particuliers ou la Couronne ; et enfin le fait que les droits et libertés des individus n'ont pas besoin d'être prévus par un texte spécifique (une charte énonçant les droits, qui pourrait avoir valeur constitutionnelle), mais découlent de la législation ordinaire et des principes de *common law*. C'est l'idée de législation ordinaire qui importe chez Dicey

³³ G. Marshall, *The Rule of Law : its Meaning, Scope and Problems*, in M. Troper, *L'ETAT DE DROIT*, *op. cit.* p. 44.

³⁴ Même s'il ne s'agit pas dans cette logique d'une séparation stricte des pouvoirs telle que fantasmée par Montesquieu à propos de la constitution anglaise dans *L'ESPRIT DES LOIS* : tant du point de vue des fonctions assumées (le parlement est bien davantage que le pouvoir législatif), que des relations et contrôles (dans un régime parlementaire), l'idée demeure avant tout que la séparation des pouvoirs doit permettre la souveraineté du parlement.

³⁵ V. O. Beaud, *LA NOTION D'ETAT*, *Archives de la Philosophie du droit*, 35, 1990.

³⁶ A. Dicey, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION*, Londres, 10^e édition, 1885, reprint McMillan, 1967. V. notamment le chapitre XII : *Rule of Law compared with Droit administratif*, pp. 328-405.

(« supremacy throughout the country of ordinary law »). La *Rule of Law*, la souveraineté du parlement et les conventions à la constitution constituent les trois piliers du droit constitutionnel dans cette perspective.

Il est clair alors que la théorie de la *Rule of Law* est une théorie qui, si elle comporte bien une dimension formelle (le contrôle juridictionnel, l'exclusivité de la compétence parlementaire dans certains domaines), repose essentiellement sur des éléments matériels (les finalités du droit, la justice et la raison, le respect de droits naturels, l'équité et l'impartialité — *fairness*). Quand la théorie positiviste de l'Etat de droit postule d'abord une hiérarchie des normes, ensuite des définitions normatives matérielles (droits et libertés, etc.), enfin un contrôle juridictionnel, la théorie de la *Rule of Law* postule la compétence souveraine du parlement, et un contrôle juridictionnel effectif qui laissent en suspens la question des normes de référence pour reposer sur la seule rationalité des organes. Certes, cette conception classique plie quelque peu sous le poids d'une plus grande formalisation désormais : l'existence d'un contrôle de constitutionnalité et de droits reconnus explicitement avec valeur constitutionnelle, et la coexistence du *statute law* et de la *common law* dans le droit canadien³⁷ ; l'importance croissante du droit écrit en Grande-Bretagne même, et les conséquences supra-parlementaires de la construction communautaire par exemple. Parallèlement, on constate que les juristes essaient de théoriser la *Rule of Law* dans un sens positiviste, et dissocient peut-être alors, pour comprendre le concept et l'autorité du droit, la *Rule of Law*, comme doctrine morale liée à une certaine culture du droit (les pays anglo-saxons dans lesquels elle remplirait une fonction idéologique équivalente à l'Etat de droit), et l'identification des procédures proprement juridiques qui permettraient d'atteindre ces objectifs de justice, d'équité et d'impartialité³⁸.

Il n'en reste pas moins vrai que, dans son essence, la théorie de la *Rule of Law* apparaît prioritairement, tout comme l'Etat de droit autre que strictement formel, comme un projet politique (qui est ici clairement celui d'une société démocratique — souveraineté parlementaire — fondée sur le respect des libertés — protection juridictionnelle), et non immédiatement comme une technique permettant de réaliser et de garantir les libertés et la démocratie : elle prescrit des qualités de la règle de droit, mais ne dit pas comment les atteindre, comment s'assurer notamment que le parlement, et les juges, respecteront ce programme. On saisit alors l'importance que revêt la question de la justice dans une société démocratique ainsi régie, et des

³⁷ Dans son article précité L'ETAT DE DROIT ET LA THÉORIE DE LA *RULE OF LAW*, Daniel Mockle montre de manière très détaillée et argumentée comment s'articulent alors les influences de l'Etat de droit sur la conception de la *Rule of Law*, et les évolutions vers le formalisme qui les caractérisent.

³⁸ V. notamment les travaux au sein de l'école analytique anglaise de J. Raz : *THE CONCEPT OF LEGAL SYSTEM*, Clarendon Press, 1970 ; *THE AUTHORITY OF LAW*, Clarendon Press 1979 ; *THE POLITICS OF THE RULE OF LAW*, *Ratio Juris*, n° 3, 1990, pp. 210-229.

moyens pour l'atteindre. La *Théorie de la Justice* de Rawls³⁹ participe notamment de cette réflexion actuelle sur la culture de la *Rule of Law*.

Il n'est pas impossible alors que la doctrine politique et juridique européenne (française notamment), familiarisée avec ce débat anglo-saxon et les idées de Rawls, comme sans doute avec les travaux d'Habermas, qui pense les mêmes thèmes dans le cadre juridico-politique européen⁴⁰, ait sinon confondu les deux théories, du moins transposé dans le modèle formel de l'Etat de droit tel qu'élaboré par la doctrine positiviste, la logique matérielle et jusnaturaliste de la *Rule of Law*. Trois hypothèses de travail peuvent être avancées, dont la vérification demanderait une réflexion beaucoup plus poussée. Il pourrait d'abord s'agir (au delà des termes explicitement employés ici ou là) de l'importation d'un nouveau modèle de l'Etat de droit, non européen, généré par l'inspiration matérielle de la *Rule of Law* dans un contexte de hiérarchie des normes (modèles nord-américains notamment⁴¹). On pourrait ensuite y voir la manifestation d'un mouvement qui de fait rapproche les deux conceptions d'Etat de droit et de *Rule of Law* sur le terrain politique, en leur conservant leurs références culturelles propres : de ce point de vue, le formalisme qui gagne la théorie de la *Rule of Law* serait le pendant du (re)gain matériel de la théorie de l'Etat de droit⁴². Enfin, et c'est l'interprétation généralement retenue, ce pourrait être le facteur d'évolution du modèle d'Etat de droit européen qui, en liant davantage le projet politique de démocratie à l'effectivité des droits affirmés, veut renforcer la hiérarchie des normes en insistant sur l'activité de contrôle juridictionnel⁴³, et redécouvre les théories de la séparation des pouvoirs. De ce point de vue, la conception que l'on voit s'affirmer en France qui veut placer le juge au centre du processus démocratique, comme les débats un peu surréalistes, sur la réforme de la justice notamment, qui font du juge ordinaire la protection et l'ultime recours pour garantir les libertés du peuple contre ses représentants, traduit vraisemblablement un syncrétisme idéologique entre Etat de droit et *Rule of Law*, sans

³⁹ J. Rawls, *THÉORIE DE LA JUSTICE*, Seuil, 1987 (la version originale a été publiée en 1971).

⁴⁰ V. également l'inspiration de Kaarlo Tuori dans la prescription d'un modèle démocratique de l'Etat de droit à partir de l'Ethique de la discussion, *supra*, ou les travaux de Dominique Rousseau sur la démocratie continue.

⁴¹ Rapp. L. Fuller, *THE MORALITY OF LAW*, Yale, 1964.

⁴² V. de ce point de vue les problèmes de traduction qu'analyse Daniel Mockle dans son article précité *L'ETAT DE DROIT ET LA THÉORIE DE LA RULE OF LAW*. La Cour Suprême du Canada par exemple dans certains arrêts a pu se référer à la théorie de l'Etat de droit dans la version française de la décision de justice, à la *Rule of Law* dans la version anglaise (V. *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 1992). Il s'agit bien de références théoriques différentes à l'appui de la décision, et non d'une simple difficulté de translation sémantique.

⁴³ Contrôle pénal et civil essentiellement pour ce qui concerne la France : le contrôle par le juge ordinaire.

logiquement parvenir à dépasser les insuffisances originaires de ces deux théories, ni à retrouver leurs vertus intrinsèques.

11 - Car les mêmes arguments qui montrent que l'on peut penser la démocratie sans l'Etat de droit permettent aussi de souligner que l'on doit penser cette démocratie au-delà de l'Etat de droit, et que cette notion (comme la *Rule of Law*) est insuffisante à réaliser le projet démocratique, à garantir et pérenniser les libertés. La conception matérielle se heurte à la question de l'effectivité, là où la conception formelle se révèle inefficace. Cette critique est devenue classique depuis Kelsen⁴⁴, duquel se réclame pourtant certains partisans de l'Etat de droit (notamment quant à la hiérarchie des normes, reposant sur la suprématie constitutionnelle que rend effective l'existence d'un juge constitutionnel). En France, elle a été précisée notamment par Michel Troper⁴⁵, pour qui la soumission de l'Etat au droit est impossible (modèle matériel), alors que l'intervention des organes de l'Etat au moyen du droit (conséquence de l'identification de l'Etat et du droit comme organisation politique reposant sur une hiérarchisation des normes), inévitable, est inefficace : elle concerne tout Etat, même non démocratique, même ne respectant pas les libertés.

12 - Croire que l'on peut soumettre l'Etat au droit, et particulièrement s'assurer que les libertés visées par la norme fondamentale, ou par un projet politique constitutif, sont parfaitement garanties, s'apparente à une démarche d'auto-conviction.

Reprenons l'argumentaire tel qu'il se présente : des libertés et des droits civils, politiques, ou sociaux, incluant notamment des procédures démocratiques, sont garantis car la liberté de décision des organes de l'Etat est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge.

Il consiste donc à poser d'une part l'existence d'une hiérarchie des normes, que l'on présente comme effective en raison de recours possibles devant un organe supposé neutre, et indépendant, c'est-à-dire dont l'intervention dans cette conception serait exempte de signification politique ou (ce qui revient au même du point de vue de cette théorie politique) ne traduirait pas l'exercice d'un pouvoir normateur, et à qui l'on s'en remet pour faire vérifier la validité d'actes juridiques ; d'autre part la référence à un ensemble de dispositions matérielles (l'affirmation des libertés, droits, procédures démocratiques,...) supposées elles-mêmes nécessairement normatives et claires .

Comment ce système peut-il fonctionner ? Il faut envisager diverses hypothèses.

⁴⁴ Par exemple, THÉORIE PURE DU DROIT, précité, p. 411.

⁴⁵ LE CONCEPT D'ETAT DE DROIT, précité.

13 - En premier lieu, l'hypothèse dans laquelle les droits et libertés et/ou les procédures démocratiques ne sont pas prévus par la norme supérieure, directement (matériellement) voire indirectement (en investissant des autorités, dont les juges, du pouvoir de se référer soit aux dispositions matérielles de la constitution, soit à leur perception des droits et libertés dans une société démocratique).

En ce cas, l'Etat de droit existe en tant que modèle formel (la hiérarchie des normes rendue effective par les recours), sans réaliser le projet politique d'une démocratie respectueuse des droits et libertés. En effet, toute revendication matérielle de l'Etat de droit en cette hypothèse, supposant que l'on puisse limiter l'Etat lui-même, reste une pétition de principe, c'est-à-dire un projet politique, juridiquement inefficace : il se heurte à l'impossibilité logique d'une norme qui soit en même temps juridique et supérieure au droit. Rien n'interdit bien sûr que ce modèle soit perçu comme une norme politique ou morale forte, adressée au pouvoir constituant ou aux autres organes de l'Etat (pour autant, pour ces derniers, qu'une norme juridique supérieure du système juridique positif n'existe — c'est-à-dire s'impose à ces organes — qui s'oppose au projet lui-même). Tant mieux si ces organes incorporent spontanément une telle limitation. Simplement, si tel n'est pas le cas, il n'existe aucune limite juridique qui pourrait permettre de s'opposer à leur action. Il s'agit donc d'une simple auto-limitation, et l'on retrouve la problématique du constitutionnalisme allemand au XIX^e siècle finissant, potentiellement démocratique, mais seulement potentiellement.

La même analyse doit être faite si, dans l'hypothèse envisagée, des éléments essentiels des procédures démocratiques, ou l'affirmation de libertés, sont le fait de normes inférieures : rien n'empêche la norme supérieure de les écarter (en les privant de juridicité), sauf à trouver un moyen juridique de les hisser à un niveau supérieur (la jurisprudence du Conseil constitutionnel interprétant la disposition du Préambule de la constitution de 1946 sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par exemple) et sauf à éventuellement procéder de plus à une hiérarchisation des dispositions de la norme supérieure.

Toutefois, puisqu'alors le respect de la démocratie repose sur l'intervention du juge contre les représentants du peuple, on ne peut plus éviter le débat sur la signification de la démocratie dans un tel modèle.

14 - Ce sera au final également le cas dans l'hypothèse inverse.

Si la norme supérieure (la constitution ou toute disposition ayant valeur constitutionnelle) vise les droits et libertés, ainsi que les procédures démocratiques — il n'est pas nécessaire qu'ils

soient explicités⁴⁶, comme on le constate à partir du travail constructif de la jurisprudence constitutionnelle française ou allemande —, la question devient en effet celle de l'efficacité. Est-ce que cette constitutionnalisation pourrait empêcher que l'on porte atteinte à la liberté, tout en garantissant la démocratie ?

Il n'y a pas de difficulté à constater que l'existence (à titre préventif) ou la décision du juge contribuent à rendre effective la limitation pour les autres organes de l'Etat. Encore faut-il admettre que, même indépendants d'autres organes (pouvoir exécutif notamment), les juges sont eux-mêmes des organes de l'Etat, en ce que, comme tout autre organe, ils tirent leur compétence du droit. Surtout, ce ne sont dans cette situation que certains organes de l'Etat, et non l'Etat lui-même, qui sont soumis au droit⁴⁷. Plus exactement donc : des organes de l'Etat sont soumis au contrôle et au pouvoir normateur d'autres organes de l'Etat, ceux qui exercent la fonction juridictionnelle. Ceci est la conséquence logique, comme on l'a vu, de l'impossibilité juridique de concevoir un Etat soumis à un droit qui lui préexisterait et/ou lui serait supérieur⁴⁸ : l'important est alors de noter que de cette impossibilité de soumettre l'Etat au droit découle l'idée que l'on ne peut soumettre en même temps tous les organes de l'Etat au droit, dans la mesure où il existera toujours quelqu'un (un organe d'Etat) doté du pouvoir juridique de parler en dernier, et donc de faire prévaloir sa volonté juridique en disant en dernier ressort le droit.

15 - La question qui se pose alors est bien celle de la démocratie : en quoi un tel système, efficace pour encadrer le pouvoir des organes exécutifs et législatifs, conserve-t-il un caractère démocratique ?

⁴⁶ Certes, l'explicitation correspondrait alors au projet politique de l'Etat de droit incluant le principe de sécurité juridique ; mais la norme peut tout aussi bien viser indirectement ces questions, en permettant à des autorités de définir de manière dynamique le contenu du droit.

⁴⁷ Soumis et non pas limités, qui témoignerait d'une conception idéaliste supposant que les organes aient un pouvoir juridique quasi inhérent, que le droit pourrait encadrer, diminuer. Il y a une contradiction dans le fait de vouloir limiter des organes juridiques, ceux-ci n'ayant d'autres pouvoirs juridiques que ceux que l'ordre juridique leur confie. Le droit ne peut pas limiter : il investit de compétences, qui sont à la fois le fondement du pouvoir juridique et sa limite.

⁴⁸ Ce qui dans une autre optique est bien observé par Ross lorsqu'il démontre l'impossibilité de penser l'Etat dans ce contexte (organe d'Etat, ou organes dont l'action est imputée à l'Etat) comme concept ayant en soi une signification propre. Cf. A. ROSS, *Sur les concepts d'« Etat » et d'« Organes de l'Etat » en droit constitutionnel*, DROITS, 23, 1996, pp 131-144.

La réponse réside classiquement dans le fait que le peuple souverain dispose du pouvoir constituant (qu'il exerce directement ou par l'intermédiaire des représentants qu'il désigne), c'est-à-dire très exactement de ce pouvoir juridique de décider en dernier ressort du droit.

Cela signifie qu'en cas de désaccord entre deux organes de l'Etat, notamment entre un organe juridictionnel et un autre organe, il existe toujours une procédure juridique qui permette de donner une solution juridique au conflit, en application d'une norme supérieure. En dernière instance, c'est l'organe constituant, défini démocratiquement : le peuple (ou ses représentants), qui tranche. Si par exemple — et je n'argumente pas ici dans un cadre juridique précis, mais présente l'économie générale du système : en pratique, il faut évidemment tenir compte des dispositions constitutionnelles pertinentes — le juge censure l'administration parce qu'il considère que l'administration n'a pas respecté les obligations qui pesaient sur elle, le législateur (représentant du peuple dans le modèle de l'Etat de droit démocratique) peut, dans les limites fixées par les normes supérieures, modifier la loi que le juge a opposée à l'administration. Au stade ultime, si le juge constitutionnel s'oppose à une modification d'une norme immédiatement inférieure à la norme la plus élevée de l'ordre considéré (ce qui est formulé comme le fait que la modification que l'on veut apporter rendrait la norme nouvelle incompatible avec la norme supérieure), le peuple constituant, au nom de sa souveraineté, peut permettre la réforme en modifiant la constitution. Cette modification, qui est une procédure tout ce qui a de plus juridique, crée la compatibilité de cette norme supérieure avec la norme inférieure souhaitée.

Or pareille logique signifie nécessairement que le peuple constituant est en mesure de modifier la norme supérieure, et donc éventuellement de modifier les dispositions portant sur la garantie des libertés, ou la démocratie. Que cette modification ne soit pas rendue aisée, parce que les procédures exigeront des délais ou des majorités qualifiées est un fait, lié sans doute au sérieux et aux conséquences de pareille solution ; mais la possibilité de cette modification par le peuple ou ses représentants est la soupape qui permet de sauvegarder effectivement le caractère démocratique de la construction juridique.

16 - En l'absence d'une supra-constitutionnalité effective, le seul moyen dès lors de sauvegarder les dispositions constitutionnelles traitant des libertés et de la démocratie résiderait dans une procédure dont la conséquence serait de remettre en cause cette soupape démocratique : dans l'interdiction, par la norme constitutionnelle elle-même, d'une révision soit de l'ensemble du dispositif, soit des dispositions portant sur la démocratie, sur les droits et sur les libertés.

Il s'agit d'une limitation par le pouvoir constituant originaire des possibilités d'user du pouvoir constituant dérivé. Mais il faudrait justifier cela sur le terrain politique de la démocratie et là surgirait la difficulté réelle d'une telle limitation : en quoi le peuple serait-il encore souverain sinon seulement comme principe légitimant, dès lors qu'il serait exclu, une fois les règles du jeu adoptées, du pouvoir de les modifier ?

Certes, on dira que justement, cette interdiction de modification conserve la démocratie dans le système, en garantissant la désignation démocratique des gouvernants, et éventuellement l'expression du référendum. On dira de plus qu'elle a été voulue par le peuple, exerçant son pouvoir constituant originaire.

Mais outre le fait que la réponse est plus aisée en théorie qu'en pratique (le précédent de la révision constitutionnelle de 1962 montre bien que l'on ne peut scinder aussi simplement par une norme de droit la problématique politique essentielle de la démocratie), cette affirmation occulte le nœud véritable du problème : si le texte est intangible, au moins sur certains points, quels éléments nous garantissent que ce texte, supposé démocratique puisqu'adopté par le peuple, sera effectivement appliqué et prévaudra ? Je ne veux pas évoquer ici l'hypothèse pourtant concevable de juges qui ouvertement s'écarteraient des dispositions concernées, mais simplement m'interroger sur l'idée qui est au fondement de la théorie de l'Etat de droit, à savoir le respect de l'effectivité du texte suprême grâce au recours au juge. Il n'est pas iconoclaste de se demander alors en quoi il est possible de dire que l'organe juridictionnel, désormais placé au centre du processus puisque doté du pouvoir de dire en dernier ressort le droit (conséquence de l'impossibilité de modifier la norme de référence), l'organe même qui permet de soumettre au droit des organes normateurs (législatif, exécutif, voire pouvoir constituant dérivé), est un organe lui-même non normateur, qui se limite à faire prévaloir la norme supérieure de référence. En quoi donc peut-on donc soutenir que le juge dit réellement la volonté originelle du peuple, sans l'interpréter, sans y substituer sa volonté ? Répondre par l'affirmative serait ignorer notamment, pour ne citer que la difficulté la plus visible⁴⁹, le phénomène de l'interprétation, véritable acte normatif. S'il s'agissait donc de décrire le pouvoir du juge dans un tel système, l'énoncé prétendant que le juge est dépourvu de pouvoir normateur serait aisément falsifiable : il me suffit ici de noter que les plus ardents défenseurs de la théorie de l'Etat de droit constatent, reconnaissent ou valorisent eux-mêmes ce pouvoir en décrivant par exemple le caractère constructif de la jurisprudence constitutionnelle (le mécanisme de constitutionnalisation par le Conseil constitutionnel des droits et libertés, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, etc.)⁵⁰. Force est pourtant de constater que l'affirmation est un véritable axiome, nécessaire à sauvegarder le caractère démocratique de la théorie de l'état de droit.

⁴⁹ Et pour ne pas parler du difficile référent que constituerait la « volonté du peuple ».

Car si l'Etat de droit, entendu dans ce contexte, repose sur les quatre éléments suivants : a) une hiérarchie des normes, b) dont la norme supérieure précise les droits et libertés ainsi que les procédures démocratiques, c) dans des dispositions qui ne peuvent pas être révisées, d) alors qu'existe un contrôle juridictionnel effectif à tous les niveaux, y compris s'agissant de la constitutionnalité des lois, alors il faut dire que, *sauf à poser comme axiome* que le juge est dépourvu de pouvoir normateur, cet Etat de droit, même voulu démocratiquement, ne serait plus démocratique dans le sens même auquel la théorie de l'Etat de droit prétend, ou qu'il renverrait cette démocratie à une simple idée (un ensemble de valeurs, que la théorie de l'Etat de droit suppose en conséquence de cet axiome arrêté dans des normes s'imposant au juge, sans pouvoir assurer : a) que ces valeurs sont celles voulues par le peuple, même *ab initio*, et b) comment le juge sera effectivement lié par ces valeurs).

La raison est simple à comprendre : dans un tel système, le dernier mot, le pouvoir de décider juridiquement en dernier ressort du droit, sur les questions qui sont soustraites à la révision, n'appartient plus au peuple ou à ses représentants ; il appartient au juge, c'est-à-dire à un organe non représentatif de l'Etat. Si un conflit surgit sur l'interprétation ou l'application des dispositions non révisables, il n'existe plus par définition de procédure juridique qui permettrait au peuple ou à ses représentants de manifester leur désaccord avec la vision des juges. Ceux-ci se trouveraient alors dans une position où l'hypothèse du gouvernement des juges, si souvent dénoncée sans raison, deviendrait pour une fois une possibilité non négligeable. Car dès lors que le peuple ou ses représentants ne pourraient s'opposer juridiquement à l'interprétation du juge en modifiant éventuellement la norme de référence, donc dès lors que le juge, sachant cette opposition impossible juridiquement, se trouverait délié de toute contrainte, rien ne permettrait plus d'empêcher que ce juge fasse prévaloir, consciemment ou non, de bonne ou de mauvaise foi, sa lecture du texte.

Peut être cette compréhension par le juge de la norme correspondrait au final à celle de la société. Tant mieux, mais ce ne serait pas là dû au mérite de l'Etat de droit : on retrouverait tout au plus la problématique de l'auto-limitation déjà observée dans l'hypothèse précédente (*supra*, 13).

Mais si tel n'était pas le cas, et que la conception du juge était tout autre, que resterait-il comme solution juridique qui empêcherait un corps restreint de fonctionnaires de disposer, très démocratiquement, puisque sur la base d'une directive démocratique, du pouvoir d'imposer juridiquement sa propre conception du bien public sur celle de la société ? La réponse ne peut-

⁵⁰ Bien sûr ce pouvoir n'est pas usurpé : les juges le tiennent du droit, le rattachent à des dispositions de droit. Cela devrait le rendre encore plus aisé à admettre pour la doctrine de l'Etat de droit, et partant dévoiler le caractère idéaliste de la théorie de l'Etat de droit ainsi conçue à partir de la neutralité normative ou politique du pouvoir juridictionnel.

être que brutale : rien de pertinent dans le système juridique, et c'est la raison pour laquelle la théorie de l'Etat de droit ne peut pas envisager cette hypothèse et se réfugie derrière l'axiome d'un juge non normateur.

Car il ne resterait à vrai dire qu'à se convaincre que la démocratie est sauve, puisque le juge rend la justice au nom du peuple, et puisqu'il est de ce fait posé (encore une fois de manière axiomatique par la théorie de l'Etat de droit), comme dépourvu de pouvoir normateur, comme indépendant de toute influence politique ; il ne resterait donc qu'à s'en remettre à sa sagesse, comme à un despote éclairé, ou à se convaincre que, tout comme le citoyen de Rousseau se trompait en n'ayant pas la même perception que la majorité du choix politique, les citoyens se tromperaient, même en masse, en n'ayant pas la même appréciation du bien public que celle que leur imputeraient des juges.

La théorie de l'Etat de droit se construit bien nécessairement à partir d'une axiomatique d'un juge instrumentalisé, déshumanisé, dépourvu de tout pouvoir normateur puisque son intervention se bornerait à exprimer la volonté du peuple telle qu'elle ressortirait du texte constitutionnel. La démocratie qu'elle postule ne peut plus être l'expression d'une certaine volonté du nombre dans l'indéterminé de la décision politique, ni même l'affirmation d'un ensemble de valeurs (droits, etc.), mais réside dans une simple mécanique (prétendument exclusive du politique), qui repose uniquement sur l'idéalisation de la raison pratique du juge.

Surtout, au-delà de la théorie et du renoncement politique qu'elle appelle, il faudrait s'attendre alors, de manière plus concrète, à une réappropriation du droit d'insurrection comme moyen de sortir de la crise, sous la forme douce en apparence de l'appel au peuple par des gouvernants en conflit avec des juges (pour ne pas parler d'hypothèses moins douces) : le recours au pouvoir constituant originaire, à la légitimité du peuple, passerait cependant en ce cas obligatoirement par un non respect des règles de droit, de celles-là même qui prétendraient sauvegarder la démocratie, les droits et les libertés. Etrange aporie au cœur du projet politique de l'Etat de droit...

17 – Au final, l'hypothèse selon laquelle l'Etat de droit est la garantie de la démocratie et des droits de l'Homme achoppe sur les mécanismes même du droit qu'elle prône : ineffectivité d'une affirmation politique qui ne serait pas traduite dans le droit positif, inefficacité d'une construction juridique qui ne peut garantir en même temps et de manière certaine les libertés individuelles et la démocratie. Mais il n'y a là rien d'étonnant, sauf à idéaliser l'Etat et le droit. L'Etat de droit n'est en rien un moyen juridique permettant de réaliser un projet politique (plus exactement, il n'est pas en tant que moyen suffisant à cette réalisation) ; il est le projet politique

lui même. L'Etat de droit démocratique (re)dit en termes juridiques le projet politique démocratique, sans en fournir la théorie juridique.

18 - Quelles fonctions remplit alors le concept, indépendamment de ces questions d'effectivité et d'efficacité ? Je veux dire maintenant : quelle est la fonction pour la théorie politique ou juridique de se référer à l'Etat de droit pour désigner un projet politique de démocratie modéré, et non directement à ce projet en le donnant (et en le discutant) comme tel ; quelle est la fonction de se référer à un modèle formel d'Etat de droit pour désigner le concept juridique d'Etat, c'est-à-dire le droit ?

Sans doute l'analyse de Kelsen reste d'actualité, qui rappelait que l'idéalisme oppose volontiers le droit valorisé et protecteur à l'Etat diabolisé et craint, alors que les deux sont une seule et même chose : la théorie de l'Etat de droit parerait l'Etat dans l'imaginaire du discours politique des vertus prétendument protectrices du droit. Sans doute aussi la référence à l'Etat de droit permet d'éviter de se poser directement une question de politique pratique au cœur de cette forme de démocratie, celle de la relation à l'ennemi : en présentant la forme politique juridiquement organisée comme garante de la démocratie (donc insusceptible d'être détournée de la démocratie), la théorie de l'Etat de droit ignore dangereusement le danger d'un pouvoir politique qui serait élu démocratiquement et qui exercerait, dans ce système, ou à partir de ce système, les prérogatives qu'il tiendrait du droit dans un sens non démocratique.

Au-delà, parce qu'il y a différents modèles, et différentes interprétations des modèles, les réponses restent multiples et je veux simplement en pointer deux qui me paraissent au cœur du sujet.

Le concept d'Etat de droit joue certainement, en premier lieu, un rôle politique ambigu, à la fois conservateur et progressiste. Il est conservateur d'une société (qui, elle, n'est pas nécessairement conservatrice au sens politique du terme : la société démocratique telle que nous la connaissons) en ce qu'il prétend réaliser en pratique, et fonder en raison, une restriction de la démocratie au modèle présent, en retirant de la dynamique juridique les éléments essentiels qui définissent cette société (droits de l'homme, procédures démocratiques, hiérarchie des normes)⁵¹. Il fait alors prévaloir l'idée de démocratie sur la démocratie elle-même : ce qui

⁵¹ Que cette prétention soit juridiquement confortée par une interdiction de révision explicite, donc qu'elle soit juridiquement réalisée dans un texte, est presque secondaire. Ce qui fait surtout sens est que cette théorie contribue à légitimer une croyance dans l'espace public que cette prétention est fondée et constitue ainsi une obligation. Un certain nombre d'arguments que je ne peux ici rappeler, permettent en effet de penser le droit comme une croyance dans l'existence de ces obligations, et les textes comme des directives adressées aux acteurs juridiques, ou des commandements autonomes (*independent imperatives*), mis en œuvre en étant compris par ces acteurs dans un contexte très large intégrant aux côtés des textes proprement dits un ensemble de

importe n'est plus que le peuple puisse décider de l'organisation juridique du pouvoir politique, mais que l'organisation que le peuple a approuvée demeure ; une démocratie *in fine* sans le peuple. Cela renforce évidemment la réalité du pouvoir constitué⁵² qui, coupé du peuple, ne renouvelle plus sa légitimité chez celui-ci, mais la tire de l'idée de démocratie ainsi figée. L'enjeu de la démocratie est ainsi déplacé du choix d'un modèle au choix dans le modèle⁵³. En contrepoint cependant, la théorie d'un Etat de droit démocratique peut apparaître progressiste car elle permet, au sein de ce modèle non contesté, de penser la protection des libertés classiques, dont les libertés politiques, et le principe d'égalité, avec l'intervention publique qu'appellent la reconnaissance de droits sociaux et la revendication d'actions positives : elle contribuerait ainsi à un progrès social effectif⁵⁴.

Surtout, il est certain qu'un des effets immédiats de la théorie de l'Etat de droit est de légitimer l'intervention du juge. C'est notamment le cas pour le juge constitutionnel, dans un pays comme la France plus familier du légicentrisme que de la hiérarchie des normes : le contrôle de constitutionnalité y est valorisé par la théorie de l'Etat de droit puisqu'il n'est plus « gouvernement des juges », ou limitation du pouvoir souverain, mais bien condition et protection de la démocratie et des droits de l'Homme. Lorsque la constitution vise explicitement l'Etat de droit démocratique et social, ou l'Etat de droit républicain, cette théorie légitime une interprétation ouvertement constructive. Elle semble ainsi réconcilier le positivisme kelsénien (la hiérarchie des normes, le contrôle de constitutionnalité) et l'affirmation de valeurs inaliénables et sacrées, à laquelle procède usuellement le jusnaturalisme.

Or tout ceci est évidemment idéalisé. L'affirmation des valeurs inaliénables peine à se voir mise en pratique juridique autrement que par leur intégration *dans* la hiérarchie des normes. Et ce n'est pas la théorie de l'Etat de droit qui donne leurs pouvoirs réels aux juges, aux gouvernants, ou qui étendrait leur pouvoir normateur. Mais la légitimation à laquelle procède la théorie en facilite l'exercice, en confortant les organes par une objectivation des fonctions : protéger les droits, protéger la démocratie, protéger les gouvernés.

conventions sociales et de phénomènes psychologiques et sociaux. La théorie de l'Etat de droit peut être au minimum comprise comme une de ces conventions. Je me réfère ici sans pouvoir développer davantage à la conception réaliste du droit comme phénomène psychologique collectif exposée par exemple par K. Olivecrona, *LAW AS FACT (2nd ED.)*, Stevens & Sons, Londres, 1971.

⁵² J'entends par pouvoir constitué ici la pression de pur fait que constitue notamment le droit et que des gouvernants (au sens le plus large, entendu socialement) peuvent exercer sur le fondement de la croyance en l'existence d'obligations juridiques.

⁵³ La question : qui gouverne ? ; mais non plus les questions : comment et pourquoi un gouvernement ?

⁵⁴ V. sur ce point les propositions de Kaarlo Tuori, *Four Models of the Rechtsstaat*, précité.

La référence à l'Etat de droit occulte que la question essentielle est bien celle de la démocratie : la question de sa définition politique, et non celle des moyens, qui ne vient qu'après ; sous couvert de limitation de l'Etat, le concept d'Etat de droit fonde, légitime, et conserve le pouvoir réel derrière l'Etat.