

PROLÉGOMÈNES POUR UNE THÉORIE NORMATIVISTE DE « L'ÉTAT DE DROIT »

Otto Pfersmann

Dans un texte célèbre et âprement discuté, Hans Kelsen identifie « Etat », « droit » et « Etat de droit »¹. On peut en inférer que l'Etat nazi peut être considéré comme un Etat de droit². Il suffit en général de citer ces lignes pour écarter la pertinence de toute théorie normativiste de l'Etat de droit³.

Nous essayerons de montrer qu'une telle théorie est parfaitement défendable et même indispensable dans son aspect critique et négatif et qu'elle constitue le fondement à partir duquel on peut développer une classification des ordres juridiques selon des exigences morales et politiques traduites en données juridiques. En d'autres termes, il s'agit de défendre qu'il convient de distinguer strictement entre un concept formel et un concept matériel de l'« Etat de droit » et qu'une théorie normativiste permet de construire les deux avec précision. A partir de cette démarche l'on pourra clairement poser la question de l'autonomie de « l'Etat de droit » par rapport à d'autres concepts matériels comme la « démocratie », la « séparation des pouvoirs » ou les « droits fondamentaux » que la plupart des théories courantes ne permettent ni de distinguer ni d'articuler entre eux.

Il conviendra par conséquent de rappeler la thèse négative et critique I), avant d'identifier les exigences politiques et morales habituellement rassemblées sous l'appellation de « l'Etat de droit » et d'en esquisser l'architecture juridique II).

Nous adopterons les conventions suivantes :

1) L'expression „ « Etat de droit » “ est utilisée pour lorsqu'il est question de l'expression « Etat de droit » ou lorsqu'il est question du concept de l'Etat de droit (et non du référent du concept) ou lorsque cette expression peut être considérée comme curieuse ou remarquable. La même règle vaut pour d'autres expressions dénotant des concepts. Il est renoncé aux guillemets lorsque l'adjonction de « le concept de x » ou d'une locution équivalente fait apparaître qu'il s'agit d'une citation et non d'une utilisation.

2) Par « théorie (ou position) normativiste » j'entends une théorie qui considère le droit comme une catégorie spécifique de système normatif et qui s'intéresse uniquement à des normes possédant quant à leur formulation un support empirique, en général linguistique, identifiable dans un comportement humain susceptible d'avoir pour signification le fait qu'un autre comportement humain soit obligatoire, permis ou interdit.

Cette position est donc indissociable d'une démarche empiriste d'une part en tant qu'elle fait appel à des données observables et analytique d'autre part puisque son objet est un ensemble d'actes signifiants et parce qu'elle s'interroge sur les conditions qui rendent signifiantes ces expressions ainsi que sur les structures qu'il est possible d'en dégager.

¹ Hans Kelsen, « Dès lors que l'on reconnaît que l'Etat est un ordre juridique, tout Etat est un Etat de droit, et ce terme d'Etat de droit représente un pléonasme. », *Théorie pure du droit*, (trad. Charles Eisenmann), 2ème édition Vienne 1960, Paris LGDJ Bruylant 1999, p. 304.

² Hans Kelsen, *Die Grundlage der Naturrechtslehre. Das Naturrecht in der politischen Theorie*, (Hans Martin Schmölz, ed.) p. 148. Il s'agit d'une intervention dans la discussion : « Du point de vue de la science du droit, le droit sous le gouvernement nazi était le droit. Nous pouvons le regretter mais nous ne pouvons le nier ».

³ Comme le fait par exemple Friedrich von Hayek in *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2 University of Chicago Press Chicago 1976, p. 56, ou, en citant Hayek citant Kelsen, Claude Emeri, in « L'Etat de droit dans les systèmes polyarchiques européens », in : *RFDC*, 1992, p. 32.

3) Nous admettons une séparation stricte du droit et de la morale, réservant la qualification de « droit » uniquement à des systèmes normatifs ayant pour propriété □a) de comporter des normes rendant obligatoire des sanctions organisées en cas de violation de certaines autres normes, b) d'être globalement efficaces⁴. « Morale » sera en revanche réservé à des systèmes normatifs ne possédant pas ces propriétés.

4) Les systèmes normatifs juridiques sont par ailleurs hiérarchisés en ce qu'ils règlent leur propre production au sens le plus large (la production, la destruction, la modification, la suspension de l'application, la portée, la restriction ou l'extension de la portée des normes sont déterminées pour chacune par d'autres normes qui sont supérieures à celles qui sont concernées par ces changements)⁵.

4) Nous appelons « concepts formels » de la théorie du droit ceux qui ont pour référent des propriétés constitutives de tout ordre juridique ; nous appellerons « concepts matériels » ceux qui ont pour référent des normes ou des structures normatives apparaissant de manière contingente dans tel ou tel ordre juridique donné. En ce sens, la « hiérarchie des normes » est un concept formel, alors la « justice constitutionnelle » ou la « garantie bancaire » sont des concepts matériels.

5) Nous écartons ici tout problème de synonymie ou non-synonymie entre le concept d'Etat de droit et celui que pourraient désigner certaines expressions dans d'autres langues (telles que *Rule of law* ou de *Rechtsstaat*) Nous admettons ici qu'il s'agit d'expressions synonymes pour le même concept. Rien n'empêche évidemment de construire et d'opposer des concepts différents que l'on désignerait à l'aide de ces différents termes, mais cela ne saurait interdire d'introduire un concept d'Etat de droit au sens retenu ici et pour lequel nous pouvons admettre par convention qu'il sera désigné par les deux autres expressions mentionnées dans ces deux langues respectives.

I L'ordre juridique comme Etat de droit formel

Les théories normativistes et analytiques du droit sont principalement connues et critiquées pour avoir procédé à une réduction, jugée appauvrissante, de l'« Etat de droit ». Il convient par conséquent de rappeler les éléments de cette position et de la confronter aux principales objections qui lui ont été adressées. Il apparaîtra que la fonction de la réduction formelle est de nature heuristique A) et qu'elle est indispensable en pour la construction d'un concept matériel, fondée sur une classification des ordres juridiques B)

A) La thèse de l'identité

Tout Etat est nécessairement Etat de droit⁶. La thèse constitue une conséquence de celle de l'identité du droit et de l'Etat. L'argument est simple et mérite un bref rappel. Ce que le juriste appelle „Etat“ ne peut être qu'un phénomène normatif car le juriste ne connaît que des

⁴ Cf. Otto Pfersmann, « Pour une typologie modale de classes de validité normative », in: Jean-Luc Petit (sld.), *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen, no. 27 (1995), p. 69-113.

⁵ Cf. Otto Pfersmann, « Carré de Malberg et la „hiérarchie des normes“ », in: *Revue Française de Droit Constitutionnel* no. 31 (1997), p. 481-509.

⁶ L'argument de l'unité de l'Etat, du droit et de l'Etat de droit sous sa forme classique est exposé in Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin Julius Springer 1925, p. 16sq., 90s.; *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 281-310, il est développé in : *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2ème édition, Mohr Tübingen 1928.

normes (d'une certaine espèce). „Droit“ n'est que le nom que nous attribuons à un ordre juridique donné ou à un ensemble d'ordres juridiques ou enfin à un sous-ensemble d'un ordre juridique. Sauf à ne pas relever du droit, ce que l'on appelle „Etat“ ne pourra donc être qu'un ordre juridique ou un sous-ensemble d'un ordre juridique. Dans ce cas, « Etat de droit » est un pléonisme et par conséquent une expression inutile sinon scientifiquement dangereuse puisqu'elle suggère l'idée d'une identité précaire et occasionnelle là où il s'agit d'une identité conceptuelle et parce qu'un concept (celui de l'ordre juridique) est implicitement utilisé comme théorie qui nous dit ce que devrait être un objet (l'Etat doit être « soumis » au droit sinon il s'agit d'un mauvais Etat).

L'on se souvient des critiques que l'on adresse à cette conception à partir des conséquences que l'on lui impute. L'une est considérée comme inacceptable, l'autre comme scientifiquement problématique. En effet, si tout Etat est Etat de droit, le troisième Reich l'est au même titre que la Cinquième République française ou les Etats-Unis d'Amérique. Or, dit-on, il existe incontestablement une différence entre ces phénomènes et par ailleurs le simple fait de pouvoir qualifier d'Etat de droit l'Etat nazi disqualifie la théorie qui débouche sur un tel résultat⁷. En deuxième lieu, cette conception gomme les différences entre des données

⁷ Une tout autre thèse consiste à nier que ce qui s'appelait « Deutsches Reich » entre 1933 et 1945 répondait aux propriétés constitutives d'un système juridique telles qu'elles sont proposées ici. Elle est notamment développée par Michel Troper in : « Y a-t-il eu un Etat nazi ? » in : *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris Presses Universitaires de France (Collection Léviathan), 1994, p. 177sqs., qui s'appuie sur les travaux de Martin Brozsat, *L'Etat hitlérien*, Paris Fayard 1985.

Le régime nazi n'aurait pas été, comme l'exige la *Théorie pure*, organisé de manière hiérarchisé, au moins du point de vue statique, puisque le contenu des normes de délégation était largement indéterminé et que l'on assiste à une lutte permanente entre plusieurs clans. Par ailleurs, la délimitation entre le parti et « l'Etat » n'aurait pas été clairement établie et même leur fusion serait restée extrêmement confuse. L'absence de juridicité permettrait enfin d'expliquer l'aspect arbitraire et oppressif de ce régime.

Cette objection ne conteste nullement la thèse de l'identité du droit et de l'Etat, elle s'appuie au contraire sur la définition kelsénienne de la juridicité qu'elle oppose à trois aspects du régime nazi : 1) Un premier argument concerne la structure normative de l'ordre hitlérien. Un Etat au sens juridique devrait comporter une hiérarchisation claire des compétences, or ce n'est pas le cas dans le régime nazi, il n'est donc pas un Etat. Le constat concernant la distribution des attributions est sans doute juste, mais la conséquence ne s'ensuit pas. En effet, une hiérarchisation est constitutive de tout système juridique, mais cela n'implique pas un degré de différenciation. Il est en effet incontestable que la hiérarchie est ramenée à son expression la plus brutale lorsque les pleins pouvoirs reviennent à Hitler et au gouvernement du Reich qu'il dirige. Et comme dans toute dictature, les attributions des différentes autorités ne sont pas établies selon des règles claires et contrôlables mais selon les intuitions fluctuantes du dictateur, sauf sans doute dans certains domaines de la justice civile. Or un système juridique existe dès lors qu'il y a des normes réglant les comportements humains, que ces règles sont globalement efficaces et qu'elles comportent des obligations de sanction en cas de violation. l'existence d'un tel ordre implique celle d'une certaine hiérarchisation normative sans laquelle la production, la modification et l'exécution des règles seraient inconcevables. Or, la concentration des attributions dans les mains de quelques organes et principalement dans celles de Hitler (chancelier, président et chef du parti) ne rend pas inconcevable, loin de là, une production normative, et d'ailleurs il semble bien qu'elle ait fonctionné jusqu'avant la défaite du Reich. 2) Le deuxième argument, implicite, est empirique. En effet, si à partir de ce constat, il était possible de montrer presque aucun comportement ne peut être interprété comme la réalisation d'une habilitation, d'une obligation ou d'un interdiction même très largement indéterminée, alors en effet le Reich se réduirait à un simple rapport de force entre divers groupes sans aucune dimension normative organisée. Or un tel bilan ne découle ni du livre de Brozsat ni même de la lecture qu'en donne Michel Troper. De ce point de vue la juridicité du régime ne peut donc pas être contestée. 3) Un troisième argument consiste alors à dire que seul serait juridique — au sens de Kelsen — un ordre normatif possédant un degré suffisant de hiérarchisation *déterminée* comme on le trouve dans les Etats libéraux que Kelsen aurait généralisé pour en faire l'Etat (= système juridique) en tant que tel. Or, une telle détermination n'est nullement nécessaire et constituerait d'ailleurs une généralisation abusive d'un cas particulier. Elle ne correspond par ailleurs pas non plus au

aussi hétérogènes que les « Etats » du moyen âge et l'Etat moderne, elle ne nous permet pas d'établir une classification là où le besoin s'en fait indéniablement sentir, elle est donc scientifiquement inopérante.

La première objection — appelons-la « l'objection de l'Etat injuste » — est une objection morale : certains régimes sont injustes, par conséquent il est faux de les qualifier d'« Etat de droit ». Elle peut se présenter sous plusieurs variantes. Soit elle part implicitement du dualisme de l'Etat et du droit, nie qu'un Etat injuste puisse constituer du « droit » et infère de là qu'il ne peut être qualifié d'« Etat de droit ». Soit l'on concède que cet Etat a bien un caractère juridique, mais on considère que ce droit est injuste et étranger à « l'Etat de droit ». Cette objection est soit irrecevable soit inopérante. Car en tant que nous analysons des structures normatives juridiques nous ne nous intéressons pas à l'évaluation morale de ces structures. Non qu'une telle évaluation serait en soi illicite ou sans importance, elle ne peut tout simplement pas être retenue comme critère d'une appréciation *juridique* puisqu'elle s'appuie justement sur la connaissance de ce phénomène *juridique* afin de porter un jugement *moral*. Ce n'est donc pas le fait de constituer une structure juridique qui constitue, en tant que tel, une différence morale. L'objection est par ailleurs inopérante, car même si nous excluons certains Etats de notre considération, nous aurons toujours besoin d'appréhender les phénomènes normatifs que nous avons exclus quitte à les appeler autrement, par exemple en leur donnant des noms sans connotation morale.

L'objection de l'Etat injuste est parfois présentée sous une autre forme afin d'esquiver la contre-objection de la confusion entre droit et morale. Selon cette version un Etat qui ne serait pas un « Etat de droit » ne serait tout simplement pas un Etat. Il s'agirait d'une propriété intrinsèque et constitutive. Il en résulterait que certains « Etats » ne seraient pas vraiment des Etats. Simplement, le droit posséderait certaines propriétés constitutives que ne considère pas comme telles la définition normativiste. Cette démarche n'a évidemment, elle non plus, rien d'illicite en tant que telle. Il est parfaitement admissible de choisir un autre champ d'étude que celui des ordres normatifs globalement efficaces et pourvus de normes de sanction et de n'appréhender que les seuls « Etats de droit ».

Une telle démarche soulève pourtant plus de problèmes qu'elle n'en résout. En premier lieu, la détermination de ces qualités constitutives de l'« Etat de droit » demeurent parfaitement obscure⁸. Elle est ensuite logiquement inconsistante car elle affirme paradoxalement l'identité de l'Etat et du droit dont elle nie la pertinence lorsqu'elle est développée d'un point de vue normativiste. En troisième lieu, elle ne fait à nouveau que déplacer le problème, car une définition forte du droit limitera drastiquement notre champ d'investigation et nous obligera sans doute tôt ou tard d'introduire une nouvelle définition plus faible afin de décrire d'autres ordres normatifs possédant avec les « Etats de droits » les similitudes structurales qui nous avons essayé d'appréhender comme étant celles des « systèmes juridiques », même si telle ou telle propriété de « l'Etat de droit » faisait défaut. Un autre problème résulte immédiatement du précédent. Si la définition du droit est forte, celle de la morale deviendra

texte de Kelsen qui admet la juridicité de systèmes normatifs coercitifs stabilisés même fortement (mais non totalement) indéterminés dans leur hiérarchisation.

Cf. aussi Walter Ott, « Der Euthanasie-Befehl Hitlers vom 1. September 1939 im Lichte der rechtspositivistischen Theorien », in : *Festschrift Robert Walter*, Wien Manz 1991, p. 519sqs.

⁸ Cette difficulté ne doit pas être sous-estimé. Plus une définition est forte et plus il sera difficile de la construire de manière univoque et plus il sera difficile de susciter l'accord vérifiable de la communauté scientifique à son sujet. Une telle définition risque donc de provoquer plus de confusion et moins d'objectivité.

de plus en difficile à établir puisqu'elle sera déjà incluse dans celle du droit. La différenciation sera problématique ou sans intérêt.

La deuxième objection est d'ordre épistémologique et considère la thèse de l'identité comme inutilement contre-intuitive et pour un aspect, logiquement inconsistante⁹ ¹⁰. En effet, si l'on retient les définitions proposées du droit et de la morale, certains phénomènes qualifiés traditionnellement de « droit » tel le « droit canon » ou mêmes les « Etats » prémodernes ne pourront pas être considérés comme des ordres juridiques. Tout dépend ici de la stratégie heuristique envisagée. L'on peut admettre que certains systèmes juridiques seulement constituent des « Etats » sans pour autant concéder la juridicité du droit canon. Pour les besoins de la cause nous admettrons un concept relativement large de l'Etat englobant tout ordre juridique doté d'une relative autonomie, c'est à dire concevable comme disposant d'un fondement propre et unique de validité. L'application de ce critère fera apparaître que certains objets ne tombent pas dans le domaine de la définition (tel, faute de normes de sanctions au sens strict et d'efficacité globale, le droit canon¹¹) ainsi qu'une différenciation plus pointue

⁹ Cette objection est développée par Michel Troper in : « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'Etat », in : *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. cit., p. 144sqs., surtout p. 158 ainsi que dans un séminaire codirigé avec Otto Pfersmann, cf. le rapport in : « Recht und Ethik. Seminarbericht », in: *Wissen Wozu? Erbe und Zukunft der Erziehung*. Europäisches Forum Alpbach 1997, Wien 1998, p. 44-53.

¹⁰ D'autres difficultés conceptuelles sont bien exposées par Michel Troper in : « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'Etat », in : *Pour une théorie juridique de l'Etat*, op. supra cit., p. 154sqs. Nous serions finalement confronté à une inconsistance logique : si le « droit » en tant système juridique et l'Etat est une seule et même chose, le système juridique international sera lui-aussi un Etat et, qui plus est, un Etat ayant des Etats comme destinataires de ses normes. Pour sauver sa construction, Kelsen serait obligé d'introduire l'Etat comme ordre relativement centralisé, mais ce dernier ne serait autre chose que l'Etat au sens étroit et traditionnel. Ces difficultés sont aisément solubles. Il convient d'abord de distinguer « Etat » au sens du droit international, c'est à dire un concept matériel d'un ordre donné et « Etat » au sens théorique. L'Etat au sens théorique a été défini comme un ordre juridique relativement autonome, concevable comme disposant d'un fondement propre et unique de validité. Il en découle trivialement que tout Etat n'est autre chose qu'un ordre juridique, mais aussi qu'il peut y avoir des ordres juridiques qui ne seront pas des Etats. Le problème naît du fait que l'objectif de l'argument de Kelsen consiste à montrer que s'il est question de l'« Etat » dans un discours relevant de la théorie du droit, il s'agit toujours, de nécessité conceptuelle, d'un ordre juridique et non d'un objet qui serait différent ou extérieur à un ordre juridique donné. Ce n'est que dans un deuxième temps que Kelsen en vient à développer une classification des ordres juridiques et à refuser la qualification d'Etat à certains d'entre eux. Si par conséquent « ordre juridique » ou « système juridique » est un concept plus vaste que « Etat », il n'en reste justement pas moins que tout Etat n'est rien d'autre qu'un ordre juridique donné. Il ne s'ensuit nullement (comme le soutient, M. Troper, p. 156) que l'Etat au sens traditionnel ou au sens du droit international ou encore au sens du droit des collectivités territoriales constitue le présupposé de l'Etat au sens large (théorique), car toute classification des ordres juridiques présuppose une introduction du concept d' « ordre juridique ».

¹¹ La définition fait apparaître que l'expression « droit canon » peut, sous certaines hypothèses, désigner un ordre juridique et sous d'autres, un ordre normatif non-juridique, même si la ressemblance avec des systèmes juridiques est par ailleurs frappante (l'aspect codifié et l'existence de procédure juridictionnelles) et même si le droit canon a pu constituer dans une phase antérieure de l'histoire, au moins partiellement, un véritable ordre juridique et sauf, je suppose, sur le territoire de l'Etat du Vatican ou dans la mesure où un ordre juridique reconnaît à l'Eglise le statut de personne morale et que celle-ci peut par conséquent appliquer les normes de ce « droit » en tant que règles internes et que le contenu normatif répond par ailleurs aux critères constitutifs d'une norme juridique (par exemple les normes concernant l'attribution d'un bénéfice paroissial pourront avoir pour conséquence des obligations de la personne nommée, de l'Eglise et des fidèles au sujet desquelles un juge pourra se prononcer et même prononcer des sanctions). Le droit canon est alors soit un système juridique donné (celui du Vatican ou de « l'Etat de l'Eglise ») ou un sous-ensemble des normes constituant un système juridique donné (le droit interne d'une

entre concept et dénomination. Tout Etat sera donc bien en un sens trivial et formel un Etat de droit parce qu'en tant qu'Etat il s'agit par définition d'un phénomène qui relève du droit.

B) La classification des ordres juridiques

Si, dès lors, nous prenons pour point de départ la définition conventionnelle du droit que nous avons proposée, rien ne nous empêche d'introduire une classification des ordres juridiques eux-mêmes selon qu'ils présentent certaines propriétés et de réserver l'appellation « Etat de droit » *en un deuxième sens – matériel –* à l'une des classes ainsi considérées seulement. Si l'on appelle « propriétés constitutives » celles dont on peut montrer qu'elles se trouvent dans tout système juridique quel qu'il soit, il en résulte que les propriétés permettant d'opérer une classification ne pourront pas constituer de propriétés constitutives. Aucune opération ne nous permet de dériver à partir des données définissant l'ordre juridique celles qui en feraient un Etat de droit. Toute définition de l'Etat de droit non formelle et triviale est donc nécessairement matérielle et classificatoire. Comme nous pouvons distinguer les systèmes qui connaissent plusieurs ordres de juridiction de ceux qui n'en admettent qu'un seul, nous pourrions dire que certaines propriétés seront retenues comme nécessaires et suffisantes pour la qualification d'« Etat de droit au sens matériel ». On pourrait évidemment adopter un autre terme moins connoté dans le discours idéologique, afin d'éviter tout malentendu. Mais un tel risque n'existerait ici que s'il était suggéré que ces propriétés seraient des propriétés constitutives.

Un tel concept présente à son tour plusieurs propriétés sur lesquelles il convient de s'arrêter. En premier lieu, il s'agit de qualifications concernant tel ou tel ordre juridique en tant que tel et non pas simplement en tant qu'il comporte telle ou telle norme ou ensemble de normes comme le divorce par consentement mutuel ou le *leasing*. Elles ne sont pas constitutives de tout mais de *certaines* ordres juridiques. Ce caractère global les rapproche des propriétés constitutives et explique sans doute les confusions entre les deux. Par ailleurs, il n'empêche pas qu'un ordre juridique qualifiable d'Etat de droit ne le soit que partiellement ou pour certains aspects ou enfin à certains degrés seulement.

En deuxième lieu, il s'agit d'un concept amphibologique. En tant qu'elle est matérielle, une telle qualification porte sur des phénomènes juridiques, sur la présence ou l'absence de certaines propriétés du système normatif. Mais en même temps, elle connote, dans le discours ordinaire, une valorisation positive par rapport à des ordres juridiques qui ne posséderaient pas cette qualité. Dans une perspective normativiste, il ne saurait être question d'assumer de tels jugements de valeur, même s'il est parfaitement licite de les défendre dans des considérations éthiques ou politiques externes à ce propos et même si l'intérêt pour le concept matériel naît sans doute justement de cette valorisation. En revanche, une reconstruction normativiste permettra éventuellement de rendre plus clairs les enjeux du débat extra-juridique. Mais de là naît un autre problème car on pourrait reprocher à cette démarche de ne rendre pas précisément le contenu l'exigence politique dont l'Etat de droit matériel serait la traduction.

En troisième lieu l'Etat de droit au sens matériel doit être distingué de l'expression « Etat de droit » telle qu'elle apparaît dans la formulation de certaines normes juridiques et notamment constitutionnelles¹². En effet, l'utilisation de ce terme ne permet pas d'affirmer qu'il s'agit de

certaine personne morale, cette personne morale pouvant elle-même bénéficier d'un statut juridique spécifique comme c'est le cas dans les systèmes concordataires).

¹² Comme le fait par exemple la Loi fondamentale allemande (art. 28, premier alinéa. Cf. là dessus par exemple A. Bleckmann, « L'Etat de droit dans la Constitution de la RFA », in : *Pouvoirs* 22, 1982 p. 5 ; Michel Fromont, « République fédérale d'Allemagne. L'Etat de droit », *RDP* 1984, p. 1205), la Constitution espagnole (art. 1er) ou celle du Portugal (art. 2). Ces dispositions sont toutefois

dénoter l'Etat de droit au sens matériel tel qu'il sera retenu ici ou autre chose. Il est à l'inverse évidemment tout aussi bien possible que d'autres expressions ou formulations normatives implique la présence du concept sans qu'il soit nommé par le terme retenu ici. De telles normes ont alors une fonction particulières en tant qu'elles structurent d'autres normes tombant dans leur champ d'application.

II La construction de l'Etat de droit au sens matériel

A) La stratégie méthodologique

Le tétralemmes auquel se trouve ainsi confronté une analyse normativiste de l'Etat de droit sera donc le suivant : soit cette étude n'a pas d'objet (parce qu'elle ne présente aucun intérêt théorique étant donné qu'il s'agit simplement de la propriété d'être un ordre juridique relativement autonome) soit elle s'appuie sur des critères externes au droit, ce qui excède son champ d'analyse, soit à l'inverse elle ne saisit pas exactement ce que l'impératif politico-moral revendique, soit enfin on étudie les dispositions, fort problématiques au demeurant, que certains ordres juridiques introduisent explicitement en vue d'établir un « Etat de droit » et alors on n'est pas non plus dans le domaine de la théorie du droit mais de la dogmatique juridique des ordres constitutionnels en question.

Afin d'éviter cette impasse, il conviendra de procéder de la manière suivante :

1) Un concept matériel d'Etat de droit peut être construit à partir de l'histoire des idées ou de manière systématique. La démarche historique entraîne à son tour une difficulté en tant qu'elle exige une étude approfondie d'un grand nombre de courants divergeants et de spécificités nationales et culturelles multiples. Comme ce n'est pas le lieu d'entreprendre une telle histoire ici, l'on devra se contenter d'un bref schéma. Or, même un tel travail est conditionné par la construction d'un concept permettant d'identifier les phénomènes historiques pertinents et de fournir des éléments d'explication de nos intuitions de départ. Si l'on rappellera les étapes de la construction de l'« Etat de droit », la primauté reviendra par conséquent à la construction systématique.

2) L'intérêt principal d'un concept matériel d'Etat de droit consiste dans son éventuelle autonomie par rapport à d'autres concepts amphibologiques du constitutionnalisme moderne (« séparation des pouvoirs », « démocratie », « droits fondamentaux » etc.). Cette autonomie ou son absence doit par conséquent former l'objet de la démonstration, elle ne pourra donc pas être incluse dans les prémisses de départ. En revanche, le concept devra être construit de

problématiques, car d'une part, elles ne livrent aucune définition légale de la signification de ce terme et d'autre part leur portée normative paraît faible puisque, à supposer que ces textes aient une signification au moins relativement précise, il ne pourrait s'agir que de normes rendant obligatoire un certain contenu pour les autres normes de la Constitution. Or, à la notable exception de l'Espagne (art. 168, premier alinéa), ces dispositions ne bénéficient pas d'une constitutionnalité supérieure. Dans ce cas, il s'agira donc de simples concepts descriptifs et l'affirmation « X est un Etat de droit » ne pourra être que vérifiée ou falsifiée par le reste des dispositions constitutionnelles (si l'on dispose d'un concept suffisamment précis d'« Etat de droit »). Ces cas doivent être distingués du cas autrichien, où l'Etat de droit ne bénéficie pas d'une mention textuelle explicite, mais où les principes fondateurs relèvent d'une constitutionnalité supérieure et où l'« Etat de droit » est considéré comme l'un de ces principes (cf. Otto Pfersmann, « La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne : théorie, pratique et limites », in : *La Révision de la Constitution* , Economica Paris 1993, p. 7-65).

telle manière qu'il ne comprenne aucune référence positive ou négative concernant ces autres données.

3) Afin de reconstruire un domaine susceptible d'être testé quant à son autonomie par rapport aux exigences classiques du constitutionnalisme américain et européen classique, il convient de développer une hypothèse externe à ces question. L'intérêt d'un concept matériel d'Etat de droit consistera par conséquent en ce qu'il ne vise directement aucun comportement humain en particulier, mais uniquement des propriétés globales d'un ordre juridique donné. L'intuition traditionnelle selon laquelle l'« Etat » est soumis au droit n'est que la traduction naïve de l'idée que le système juridique possède en tant que tel certaines qualités, en d'autres termes encore que les normes juridiques elles-mêmes répondent à des normes juridiques. Il ne désigne pas, en tant que tel, telle ou telle règle de comportement (ne pas voler, obligation de sanction en cas d'infraction, prendre un engagement d'une certaine catégorie sous certaines formes uniquement etc.).

Le concept ne sera donc ni vide ni doctrinal puisqu'il sera matériel et qu'il portera sur les ordres juridiques dans leur globalité et non sur la présence de telle ou telle structure normative particulière.

4) La pertinence des exigences peut alors être dégagée à partir de l'expérience de pensée suivante : admettons que nous ne sachions rien et que nous puissions rien savoir de ce que tel ou tel ordre juridique nous oblige, nous permet ou nous interdit directement de faire et que nous ignorions par conséquent quelle est notre participation à l'exercice du pouvoir législatif ou quelles sont les attributions de tel ou tel organe, mais que nous puissions savoir ce que chacun de ces ordres juridiques demande *par ailleurs* aux normes qui le composent. Si nous avons à choisir entre plusieurs de ces ordres dont nous ignorons entièrement le contenu des obligations, permissions et interdictions, à quelles propriétés nous intéresserions-nous, avant même de choisir celles qui nous paraissent les plus proches de nos préférences morales ?

Cette démarche permet d'éviter d'une part encore une fois le piège de l'histoire des idées, mais d'autre part également une extrapolation objectivante de nos préférences puisqu'il s'agit uniquement de dégager les éléments à partir desquels pourront se déterminer des préférences possibles.

Ces propriétés seront introduites à titre de simples hypothèses, susceptibles d'être révisées s'il apparaît que d'autres propriétés étaient mieux à même de formaliser nos intuitions. Le test de pertinence consistera en ce que celles les éléments proposés correspondent effectivement à des revendications et des structures normatives données. Ce n'est le lieu de développer ici un tel test. En revanche, on pourra très schématiquement esquisser une preuve de l'autonomie ou de l'absence d'autonomie des propriétés proposées.

B) Les trois âges de l'« Etat de droit »

De manière très schématique nous avancerons l'hypothèse que les conceptions que l'histoire des doctrines nous a léguées sous un titre que nous admettrons comme pertinent par provisionnelle se décompose en trois phases et que chacune correspond à une étape du constitutionnalisme moderne.

La première, qui s'étend globalement des révolutions du dix-huitième siècle jusqu'à la deuxième moitié du dix-neuvième, entend élaborer un instrument juridique permettant de limiter les prérogatives du monarque (ou de l'organe que l'on lui substitue à la tête de «

l'exécutif ») en les soumettant à des normes générales et abstraites que l'on appelle « lois ». Appelons cela la phase « revendicative »¹³ .

La deuxième étape correspond au développement des moyens susceptibles a) de contrôler, si possible dans tous les domaines, le respect des lois ainsi édictées par des organes juridictionnels, b) de limiter à son tour les prérogatives du législateur en le soumettant à une constitution conçue non plus seulement comme une arme de redistribution du pouvoir normatif en faveur de la loi mais comme un encadrement de la loi elle-même; c) de contrôler, enfin, dans la mesure du possible, le respect de ces nouvelles limitations par un organe construit lui aussi sur le modèle juridictionnel. Appelons cela la phase « conquérante »¹⁴.

¹³ Sur l'histoire de l'Etat de droit et de l'« Etat de droit », cf. — entre autres — Ulrich Scheuner, « Die neuere Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips », in *Hundert Jahre deutschen Rechtslebens. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, Karlsruhe, C.R. Müller, 1960, p. 229-262 ; Friedrich August von Hayek, *The Constitution of Liberty*, London Routledge 1960, chap 13 « Liberalism and Administration. The „Rechtsstaat“ » ; Ingeborg Maus, « Entstehung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats », in: *Der bürgerliche Rechtsstaat in der Bundesrepublik*, Berlin Duncker und Humblot 1966, p. 33 ; G. Dietze, *Kant und der Rechtsstaat*, Tübingen J.C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1982 ; Jean-François Kervegan, « Hegel et l'Etat de droit », *Archives de Philosophie du Droit* 50 1987, p. 64 ; E. Sarcevic, *Begriff und Theorie des Rechtsstaats (in der deutschen Staats- und Rechtsphilosophie) vom aufgeklärten Liberalismus bis zum Nationalsozialismus*; Saarbrücken (Thèse) 1991 ; Marie-Joel Redor, *De l'Etat légal à l'Etat de droit*, Paris Economica 1992 ; H. Monhaupt, l'Etat de droit en Allemagne, *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l'Université de Caen*, no. 24, 1993, p. 76 ; Danilo von Basta, Werner Krawietz, Dier Müller, *Rechtsstaat — Ursprung und Zukunft einer Idee*. Symposium zum 150 jährigen Bestehen der Belgrader Juristischen Fakultät, Berlin Duncker und Humblot 1993 ; Jürgen Brand, Hans Hattenhauer, *Der Europäische Rechtsstaat. 200 Zeugnisse seiner Geschichte*, UTB 1994 ; Jacques Chevallier, *L'Etat de droit*, (2ème édition) Paris Montchrestien 1994 ; Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs » in: *Recht Staat Freiheit*. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, p. 143-169 ; Jacquy Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815 - 1918)*, Le modèle allemand de la monarchie limitée (Thèse Paris II 1998).

Parmi les textes fondateurs de cette théorie il convient de mentionner : Robert von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, vol. I Tübingen H. Laupp 1829, 2ème édition 1840 ; Robert von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* I, 1844 (2ème édition) Tübingen H. Laupp ; Rudolf von Gneist, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* Berlin Julius Springer 1879 (2ème édition) ; Friedrich von Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, II, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung* (zweite Abteilung) *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, Tübingen Mohr 1878 (5ème édition), p. 136s. Cette triade devient canonique dès la fin du XIXème siècle (« La théorie moderne de l'Etat de droit formulée par Mohl, Stahl et Gneist... » Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Athenäum Kronberg (5ème réimpression de la 3ème édition 1921 (1ère édition 1900).

La première grande œuvre reprenant cette théorie en France est sans doute la *Contribution à une théorie générale de l'Etat* de Raymond Carré de Malberg, Paris Sirey 1920 (2 vols.) réédition CNRS 1962, qui en donne la définition suivante (vol.1, p. 488s.) : « Par Etat de droit il faut entendre une 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 les moyens qui pourront être employés en vue de réaliser leurs 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 ».

¹⁴ Il est évidemment impossible de recenser ici l'immense littérature de concernant l'Etat de droit et l'« Etat de droit » produite pendant cette période. Pour ne mentionner que quelques échantillons : Ernst Forsthoff, Otto Bachof, rapports sur : « Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates », in : *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 12 (1954), Konrad Hesse, « Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes », in: *Staatsverfassung und Kirchenordnung*. Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962 ; Konrad Huber, *Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz*. Eine Studie zum

Cette étape qui commence avec l'émergence des justices administratives et s'achève avec la généralisation des justices constitutionnelles se croise avec la troisième caractérisée par a) une internationalisation progressive des ordres juridiques et des techniques normatives et juridictionnelles élaborées sur le plan national, b) une extension de la réglementation juridiques dans tous les domaines de la vie économique, sociale et culturelle et c) une complexification et une différenciation interne des systèmes juridiques qui en rend l'analyse scientifique de plus en plus difficile. Alors même que se profile ou que semble se profiler la réalisation d'un certain programme de l'Etat de droit en tant que conquête, l'on entend de plus en plus de voix qui pensent devoir identifier une crise de ce même Etat de droit que certains diront, dès l'immédiat après guerre, irréversible. C'est la phase que nous qualifierons de « critique »^{15 16}. Ce qu'on appelle la « crise de l'Etat de droit » est en général lié soit au fait

rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff, Duncker und Humblot Berlin 1963 ; Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, Stuttgart Kohlhammer 1964 ; Rudolf Weber-Fas, *Rechtsstaat und Grundgesetz*, Pfullingen Neske 1977, Léo Hamon, « L'Etat de droit et son essence », in : *Revue Française de Droit Constitutionnel* 1990, p. 699sq. ; Fritz U. Fack et al., *Das deutsche Modell. Freiheitlicher Rechtsstaat und Soziale Marktwirtschaft*, Langen-Müller, München 1991 ; Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung des Rechts*, Frankfurt am Main Suhrkamp 1992, p. 166sq. ; Friedrich Koja, *Allgemeine Staatslehre*, Wien Manz 1993, p. 124sq. (chap. 8) ; Jürgen Brand, Hans Hattenhauer, *Der europäische Rechtsstaat*, UTB. Stuttgart 1994 ; Reinhold Zippelius, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlin Duncker und Humblot 2ème édition 1996 ; Erhard Treutner, *Kooperativer Rechtsstaat*, Nomos, Baden-Baden 1998 ; « Gesetzgebung im Rechtsstaat. Selbstbindung der Verwaltung », *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 40 (1981) ; Katharina Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen Mohr 1997 ; Gerd von Pfeiffer et al. (éds.) *Der verfaßte Rechtsstaat*. Festgabe für Karin Grasshof, Müller 1998 ; Ulrich Karpen, *Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes Vom liberalen Rechtsstaat zum demokratischen Sozialismus*, Duncker und Humblot, Berlin 1998 ; Thilo Ramm, *Zum freiheitlichen sozialen Rechtsstaat*. Ausgewählte Schriften, Klostermann, Frankfurt am Main 1999.

¹⁵ Cette littérature se confond parfois avec celle de la catégorie précédente. Pour ne citer que quelques exemples anciens et contemporains : Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin Duncker und Humblot 1928, p. 123sq. ; Hermann Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur*, Tübingen Mohr 1930 ; Ernst Fraenkel, *Die Krise des Rechtsstaates und die Justiz* 1931, réimpression in: *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-1932*, Darmstadt 1968, du même auteur, « Rechtsstaat », in: Ernst Fraenkel, K.D. Bracher (éds.), *Staat und Politik*, Fischer Frankfurt 1957. ; Carl Schmitt, « Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat ? », in : *Zeitschrift für die gesamte Staatsrechtswissenschaft*, 95 (1935), p. 193-201 (sur cet auteur cf. Olivier Beaud, « La critique de l'Etat de droit chez Carl Schmitt », Caen 24, p. 112) Ernst Forsthoff, « Die Umbildung des Verfassungsgesetzes » ; in : *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin Duncker und Humblot 1959, du même auteur, *Rechtsstaat im Wandel*, 1976 (2ème édition) ; F. Schneider, « Die politische Komponente der Rechtsstaatsidee in Deutschland », *Politische Vierteljahresschrift* 3 1968, p. 342-352 ; W. Leisner, « L'Etat de droit - une contradiction ? », in: *Recueil d'Etudes en hommage à Charles Eisenmann*, Paris Cujas 1975, p. 65 ; Mehdi Tohidipur (éd.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1978 , 2 vols ; Karl Michaelis, *Die Deutschen und ihr Rechtsstaat*, Berlin New York 1980 ; Dieter Grimm, « Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaates », in : *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main Suhrkamp 1991, p. 159-175 ; Ralf Dreier, « Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht » in : *Recht – Staat – Vernunft*. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main Suhrkamp 1991, p. 73-94 ; Michel Troper, « Le concept d'Etat de droit », in : *Droits* 15 (1992), p. 51sq. ; Uwe-Jens Heuer, Gerhard Riege, *Der Rechtsstaat, eine Legende?* Nomos, Baden-Baden 1992 ; Heiner Noske, *Der Rechtsstaat am Ende? Analysen, Standpunkte, Perspektiven*, Olzog, München 1995 ; Gerhard Lüke, *Die Krise des Rechtsstaats*. Symposium aus Anlaß des 80 Geburtstags von Ernst Wolf Hintze 1995 ; Delf Buchwald, *Prinzipien des Rechtsstaats. Zur Kritik der gegenwärtigen Dogmatik des Staatsrechts anhand des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1996 ; Hans -Martin Pawlowski, Gerd Roellecke (éds.), « Der Universalitätsanspruch des demokratischen Rechtsstaates. Referate der Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, in: *ARSP Beiheft* 65, 1996- ; Gerd Roellecke, « Rechtsstaat – Nichtrechtsstaat _ Unrechtsstaat », in : *Rechtstheorie* 28

que certaines de ses exigences ne sont plus respectées soit à l'affirmation que l'évolution des systèmes juridiques contemporains est incompatible avec ces exigences parce que la complexité des structures s'y oppose. La première thèse est d'ordre doctrinal et revendique l'héritage de l'étape conquérante ; la seconde comporte seule un intérêt théorique. Cet aspect ne pourra être analysé ici, l'on devra se contenter de mentionner les raisons pouvant entraîner un tel constat (C 1).

Si, historiquement, nous sommes assurément en pleine période critique et parfois même nostalgique, sur le plan théorique crise et conquête coïncident largement. L'on peut autant se demander si l'Etat de droit existe déjà dans tel domaine que l'on peut s'interroger s'il existe encore dans tel autre champ de l'ordre juridique.

Cette brève esquisse, si on l'accorde, montre en tout cas que l'Etat de droit comme doctrine politique est *historiquement* indissociable d'autres exigences. La question est donc de savoir dans quelle mesure celles-ci sont *logiquement* séparables, car les rapports entre ces impératifs ne sont guère élucidés. Là où les uns demandent le *Rechtsstaat*, les autres réclament, qui la démocratisation de la vie politique, qui le respect des droits de l'homme et du citoyen, qui la séparation des pouvoirs, qui la République ou le respect des valeurs républicaines. L'on devra donc se demander dans quelle mesure ce qu'on appelle l'« Etat de droit » paraît détachable de ces autres valeurs (autonomie) ou s'il est réductible à un autre impératif et donc dérivable à partir de lui.

Afin d'esquisser un tel test, il convient maintenant de reconstruire l'Etat de droit comme type d'ordre juridique selon la démarche proposée. Or il se compose à son tour de plusieurs exigences ou classes d'exigences. Après avoir éliminé celles qui apparaissent *prima facie* comme des exigences non traduisibles en termes juridiques, on pourra se demander si celles qui apparaissent de prime abord comme au moins terminologiquement indépendantes le sont réellement et dans quelle mesure elles permettraient à leur tour la dérivation d'autres revendications.

L'hypothèse schématisante proposée consiste à considérer l'Etat de droit contemporain comme une conjonction des trois éléments suivants : C) la substitution conditionnelle-dynamique (l'Etat de droit minimal) ; D) la détermination concrétisante (l'Etat de droit fort) ; F) le contrôle juridictionnel compréhensif (l'Etat de droit conforme).

C) La substitution conditionnelle-dynamique

L'analyse du concept formel a montré que l'Etat de droit ne peut être ni un « Etat juste », parce que le critère de la justice n'est ni juridique ni objectif, ni un « Etat soumis au droit », puisque dans une perspective juridique il n'existe d'autre pouvoir que normatif et d'autre Etat que l'ordre juridique ou un sous-système de l'ordre juridique. Dans un système dictatorial au sens le plus large du terme, le dictateur est l'organe qui cumule d'importantes habilitations

(1997), p. 299-314. Theodor Tomandl, *Rechtsstaat Österreich, Illusionen oder Realität ?* Wien Manz 1997 ; Volkmar Schöneburg, Lutz Kirschner, *Schwierigkeiten mit dem Rechtsstaat* Berliner Debatte 1996 (4) ; Peter Gilles, « Rechtsstaat und Justizstaat in der Krise », in : *Neue Justiz* 52 (1998), p. 225-229, Horst Sendler, « Wiedervereinigung und Rechtsstaat », in : *Die Öffentliche Verwaltung* 1998, p. 768sq. ; Le thème conquérant demeure cependant présent, surtout grâce à la transition démocratique en Europe centrale et orientale, cf. par exemple : Csaba Varga, *Transition to the Rule of Law*, Publications of the Project on Comparative Legal Cultures Budapest 1995.

¹⁶ Une place à part revient à la littérature s'exprimant sur l'Etat de droit sur la mode de la spéculation générale difficilement rattachante à l'analyse de données juridiques précises, ainsi par exemple Blandine Barret-Kriegel, *L'Etat et les esclaves*, Paris Calman-Lévy 1979, ou, du même auteur « Etat de droit », in : *Dictionnaire constitutionnel* Paris PUF 1992, p. 415s.

normatives. Exiger ici que le pouvoir soit exercé selon le droit exclut uniquement le cas d'une dictature de fait et consiste paradoxalement à demander que le système juridique attribue normativement au dictateur les pouvoirs qu'il exerce factuellement.

Cette solution paraît intuitivement peu satisfaisante même si elle est formellement correcte en tant qu'elle se heurte à l'idée qu'il existe bien juridiquement une différence entre l'habilitation d'un dictateur et l'établissement des procédures que nous associons intuitivement à l'« Etat de droit ». Cette réserve parfaitement compréhensible repose sur un malentendu d'ailleurs significatif. S'il existe effectivement une différence entre ces deux situations, elles gardent un élément commun qui les oppose à celles qui sont *externes* au droit et, partant, à l'Etat de droit au sens formel. L'Etat de droit soumet non pas l'Etat (ni à l'inverse ce dernier ne se soumet-il au droit, ce qui ne veut rien dire) mais le fait au droit ; l'Etat de droit formel et minimal s'oppose à l'absence de droit non pas par l'élimination de contenus « injustes » mais par la réduction de la violence au moyen de l'institution de procédures.

Soit une situation où apparaît un conflit de pouvoir entre plusieurs personnes ou groupes de personnes et en dehors de toute règle juridique. En toute hypothèse, le plus fort gagnera.

Admettons maintenant qu'une telle situation soit soumise à des normes. « Etre soumis à une norme » signifie que les comportements en question sont visés par des énoncés prescriptifs comme obligatoires, permis ou interdits. Cela suppose qu'il existe une formulation des comportements pertinents, la détermination d'un domaine sur lequel pourrait porter le conflit et la détermination du moyen qui permettrait de connaître l'issue du conflit et enfin la détermination de l'issue du conflit en tant qu'attribution de pouvoirs au sens juridique, c'est à dire de compétences. Si l'on applique ce schéma au cas du « dictateur », on devrait trouver une norme d'attribution de « pleins pouvoirs » à une personne et la désignation de cette personne ou éventuellement son mode de désignation.

Cette substitution entraîne plusieurs conséquences : elle est nécessairement explicite et possiblement pacificatrice.

Quelques soient les comportements envisagés, ils seront énoncés explicitement comme tels¹⁷. En d'autres termes, le droit dit que tel Etat est une dictature ou une démocratie, il dit que la police politique peut procéder à des mises en détention arbitraires ou que toute privation de liberté exige tel ou tel contrôle et se trouve assujetti à telle ou telle condition restrictive. Par rapport au simple rapport de forces, l'Etat de droit minimal et formel dit qui peut exercer quelles prérogatives.

En tant qu'ensemble normatif, le droit articule les étapes de comportements autorisés en procédures, c'est à dire en ensemble d'actions dont le résultat est une nouvelle norme. L'Etat le plus brutal est par conséquent non pas limité mais défini par son propre droit puisqu'il ne peut faire ce qu'il fait que dans les formes du droit, c'est à dire en produisant des normes en appliquant d'autres normes. Si par les normes on peut imposer n'importe quel comportement possible, on peut désormais le faire en faisant l'économie de la violence dans l'attribution de compétences ou la production des normes par les organes compétents.

Tout dépend maintenant de l'utilisation du modèle. Il offre en effet la possibilité de soumettre des conflits à des règles et dès lors qu'un conflit est soumis à des règles il peut se terminer autrement que par la victoire du plus fort. Dans une monarchie absolue, la loi de succession dira qui prendra ou plus exactement qui est habilité à assumer la compétence de monarque absolu alors qu'en l'absence d'une telle règle les successions se font par la violence. « Le

¹⁷ Il est évidemment possible que la *formulation* d'une norme soit tournée de telle manière qu'elle obscurcisse l'enjeu, mais la norme n'est par définition autre chose que la *signification* de l'énoncé.

plus fort » est désormais celui qui maîtrise le mieux la règle et non celui qui a plus de moyens d'imposer sa volonté brute. Cela n'exclut évidemment pas que tel ou tel individu use *factuellement* de violence brute, mais ce n'est nullement propre à ce type de situation, car toute norme peut par définition être violée. Il n'est pas non plus exclu qu'une norme *permette* l'usage de la contrainte, mais alors il s'agit d'une *norme explicite* de permission et non de simple violence et en cela, elle répond exactement aux exigences de l'Etat de droit minimal selon lesquelles tout comportement, indépendamment de son contenu, est objet d'une modalisation déontique (obligation, permission, interdiction). Avec l'usage non réglé de la force nous ne faisons donc par hypothèse que sortir de l'Etat de droit minimal, c'est à dire de l'exercice de compétences (même exorbitantes) selon des normes explicites.

Ce qu'exige la théorie politique de l'Etat de droit (minimal) c'est qu'idéalement tous les conflits soient soumis à des règles qui rendent leur issu indépendante des pouvoirs factuels des acteurs impliqués. C'est en un deuxième temps l'exigence d'une substitution de règles de procédure à des règles d'habilitation indéterminées permettant à la limite l'usage de la violence.

Cette idée constitue une préoccupation permanente des protagonistes de l'Etat de droit. Deux exemples illustreront cette volonté. Lors de l'élaboration de la Constitution de la Caroline du Nord en 1786, l'on introduit explicitement un pouvoir d'amendement soumis à une procédure renforcée par rapport à celle qui règle la production de la loi. James Iredell commente cette nouveauté en ces termes : « Une manière constitutionnelle de modifier la Constitution n'a sans doute jamais été connue avant nous »¹⁸. Peu importe de savoir s'il s'agit véritablement de la première occurrence d'un pouvoir constituant dérivé, ce qui est significatif, c'est la référence implicite à la théorie de la métabolé politeion à travers laquelle on appréciait jusqu'alors les changements de gouvernement, c'est à dire comme transformation violentes, comme révolutions.

L'autre exemple est dû à Kelsen et montre à quel point il est, en tant qu'auteur politique, imprégné de la culture du *Rechtsstaat*, tout en critiquant l'idéologique qui porte ce nom. En 1926 il rédige un mémoire sur les modalités juridiques de l'intégration de l'Autriche dans la République de Weimar¹⁹. Il compare les Constitutions des deux pays et affirme qu'une adhésion de l'Autriche ne saurait se faire que si l'Allemagne consent à adopter quelques nouveautés constitutionnelles développées par son voisin méridional. On ne s'étonnera pas que la justice constitutionnelle figure en première place. Ce qui nous intéresse en est la justification. La Constitution de Weimar connaît encore l'exécution d'Empire en cas de non-soumission d'un *Land* à une norme du *Reich* si ce dernier est compétent. Pour Kelsen ce n'est là autre chose qu'une forme juridique de la guerre civile. La justice constitutionnelle permet de transformer, dit-il, ce conflit politique en conflit juridique. Mais techniquement cette transformation se serait effectivement faite à l'aide d'une substitution d'un type de norme à un autre, la permission de l'exécution aurait été remplacée par l'exigence d'un recours devant un organe arbitral et par l'obligation de renoncer à la violence.

¹⁸ Cité in Stourzh « Zum Problem der Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert », in : *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Wien Köln, 1989., p. 57

¹⁹ Hans Kelsen, "Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich", manuscrit dactylographié, Allgemeines Verwaltungsarchiv, succession Karl Renner, Konv. 10, "Deutsch-Österreichische Arbeitsgemeinschaft", publié in : *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol VI (1927), p. 329-352.

Plus généralement, cette substitution est conditionnelle et dynamique²⁰. Car l'exigence consiste à demander que partout où des conflits pourront apparaître, partout où la simple force risque de s'imposer, il convient de remplacer les normes qui autorisent directement l'usage de la force (physique ou psychologique) par des normes qui le soumettent à une procédure et le rendent ainsi contrefactuel.

Il existe toutefois une différence importante entre les deux exemples. Le premier cas (l'introduction de la procédure d'amendement) consiste dans l'institution d'un organe dont les actes sont par définition soumis à des conditions de validité déterminées. La substitution consiste ici dans l'introduction d'une habilitation à la place d'une simple interdiction. Dans le deuxième cas, il y a substitution à la permission d'exercer directement la violence sous certaines conditions d'une interdiction (de l'usage de la violence) conjuguée avec une habilitation de saisir un autre organe qui n'est pas en tant que tel acteur l'enjeu. Les organes subsistent, mais par différenciation organique l'on introduit un tiers habilité à régler le conflit. La substitution peut donc être opérée par institution d'organe ou par différenciation organique et plus particulièrement par l'introduction d'un organe juridictionnel.

L'on peut ainsi distinguer un Etat de droit ultra-minimal où l'usage de la violence est uniquement soumis à l'exigence d'un encadrement normatif explicite d'un Etat de droit minimal dans lequel la contrainte est normativement minimisée, c'est à dire que l'on lui substitue dans la mesure du possible des procédures permettant d'identifier les litiges comme question de droit et de les trancher en repoussant le plus loin possible l'usage ultime de la force.

D) Détermination concrétisante

Qu'est-il possible de faire si l'on maîtrise l'instrument normatif qu'est le droit ? Si la simple pacification est relativement neutre par rapport aux idéologies politiques, si ce n'est que la préférence pour le règlement pacifique des conflits dénote à l'évidence un choix politique, un renforcement des potentialités structurales du droit engage des choix politique de plus en plus tranchés. En effet, la soumission du fait au droit n'implique pas de contenu particulier, mais une fois le droit utilisé, toutes les bifurcations constituent des préférences matérielles. Et toute production normative agissant sur les structures mêmes du système limite nécessairement les décisions en faveur d'autres contenus.

En tant que l'idéologie de l'Etat de droit semble explorer les possibilités des ordres juridiques, elle le fait dans une perspective libérale, c'est à dire en orientant l'utilisation de l'édiction du droit vers la protection d'une sphère de liberté de la personne. Cela apparaît à travers la mise en œuvre d'un deuxième aspect de la soumission au droit. Si le point de départ consiste dans le droit d'exercer un pouvoir et l'obligation respective d'obéir à celle ou celui qui détient ce droit, l'exigence de l'Etat de droit fort consistera maintenant dans la différenciation de plus en plus poussée, de plus en plus précise, des compétences, dans l'assujettissement de l'exercice d'un pouvoir normatif à des conditions et enfin dans la précision croissante de ces conditions. Toutefois ce qui apparaît ici comme libéral ne l'est pas de manière constitutive, mais par ses effets. L'exigence de la détermination est une arme libérale dans un contexte politique qui n'assume plus ouvertement l'absolutisme, mais ce fait est conjoncturel et rien n'empêche qu'un Etat de droit fort soit fortement répressif.

²⁰ Cf. Clemens Jabloner, « Verrechtlichung und Rechtsdynamik », in : *Zeitschrift für öffentliches Rechts* 54 (1999), p. 261-278 ; Otto Pfersmann, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale. Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », in: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, no. 16 (1993), p. 761-790.

Cet impératif ne concerne pas simplement les actes de violence ou de pouvoir immédiat, il porte d'une manière générale sur tout pouvoir juridique, c'est à dire toute habilitation normative. Admettons qu'un organe ait le droit d'infliger des sanctions. Selon l'exigence de détermination, chaque catégorie de sanctions devra être précisée et soumise à des conditions elles-mêmes aussi déterminées que possible. Mais dès lors, cette règle doit s'appliquer au même titre à la norme selon laquelle cette première norme a été produite et ainsi de suite.

Que cela concerne les niveaux les plus élevés ou les plus bas, toute norme devra être déterminée par une norme elle-même très fortement déterminée. On voit aussitôt que cette généralisation atteint d'abord le pouvoir judiciaire, puis l'administration, puis le législateur, enfin le constituant.

Il n'est pas contesté que le droit soit normatif au sens où il impose des obligations ou même au sens où il attribue la permission d'exercer une contrainte là où d'autres normes ne sont pas respectées. Tel est au contraire notre point de départ. Ce à quoi s'oppose l'exigence de l'Etat de droit fort, c'est au fait qu'une norme puisse accorder la permission de choisir entre plusieurs comportements possibles.

La technique de la substitution consiste à attribuer des pouvoirs éventuellement larges là où une décision résulterait autrement d'un conflit. L'impératif de réduction des choix possibles, autrement dit de réduction du « pouvoir discrétionnaire » se nourrit de plusieurs sources. La doctrine privatiste la plus traditionnelle affirme l'unicité de la solution de toute *quaestio juris*²¹ : la justice est unique quel que soit le cas. En deuxième lieu on pourra admettre que le fait d'avoir le choix entre plusieurs comportements possibles renforce le pouvoir d'un organe habilité (à la production normative) par rapport à celle ou celui qui sera le destinataire de ce comportement. Or il s'agit au contraire de réduire au maximum un tel pouvoir, c'est à dire l'arbitraire.

Dans le cas idéal aucune habilitation ne permettrait un choix et toute habilitation se doublerait d'une obligation. Mais si l'organe obéit, il ne le peut que d'une seule façon de sorte que la personne concernée par l'acte de l'organe saura toujours — dans certaines limites — comment elle sera traitée par l'autorité. Et bien évidemment le même principe s'applique au rapport entre le ou les titulaires de la fonction organique et l'organe supérieur.

L'exigence de l'exclusion de l'arbitraire a bien le principe de substitution pour fondement nécessaire mais il n'en est pas directement dérivable. Il n'est pas possible de limiter les choix dans l'édiction des normes sans l'Etat de droit minimal, mais il ne s'ensuit pas qu'il faudrait limiter ces choix.

Une telle limitation fait d'ailleurs apparaître plusieurs difficultés. Leur élimination intégrale produirait un Etat de droit maximal qui abolirait en même temps toute liberté de l'individu, qui, en tant que personne physique, est également un organe habilité à exercer des choix. Mais une telle construction n'a qu'une valeur de modèle, car elle est irréalisable à moins que toutes les normes soient produites une fois pour toutes et que tous les comportements soient enchaînés les uns les autres en termes d'obligation sans aucune marge de choix. Or même un tel scénario n'est abstraitement concevable que si tous les comportements sont effectivement normativement déterminés sans aucun degré de variante et sans aucune norme d'habilitation qui ne serait pas assortie d'une obligation.

L'idéal de l'Etat de droit fort ne sera donc pas celui de l'Etat de droit maximal mais celui d'un ordre juridique où les autorités auraient un champ d'action très fortement encadré sans

²¹ Cf. Michel Boudot-Ricœur, *Le dogme de la solution unique*, Thèse Aix-Marseille III 1999. Cette idée revient en force dans l'œuvre de Ronald Dworkin (*right answer thesis*) qui la développe surtout dans *Taking Rights Seriously*, London 1978.

entraver pour autant les choix admissibles des personnes et à condition que ces choix soient, en tant que choix, le plus précisément déterminés. Il faudra donc introduire une nette distinction entre la catégorie de ceux qui bénéficieront d'un large éventail de choix et même d'un maximum de choix possibles et celle de ceux qui devront appliquer des règles construites de telle manière qu'elles n'accordent à l'inverse que le minimum de choix possibles. Les sphères respectives de ces deux catégories seront opposées sous les appellations de « privé » et « public ». S'il est impossible d'établir en soi une distinction entre « droit public » et « droit privé », aucune norme n'étant en tant que telle intrinsèquement « publique » ou « privée », la théorie politique de l'Etat de droit fort exige par conséquent qu'un tel découpage soit opéré par le droit positif. Elle est donc indissociable d'une conception libérale de la politique visant à protéger une sphère de liberté (de choix juridiquement encadrés) pour l'individu.

Quel que soit maintenant le degré de liberté accordé aux différentes catégories de destinataires, l'Etat de droit fort exige que toute norme doit être déterminée et qu'à la limite chaque cas possible doit faire l'objet d'une règle distincte et surtout dépourvue d'ambiguïté (même et surtout si elle attribue des possibilités de choix). Ce principe a une triple incidence.

1) Il étend potentiellement à l'infini la quantité des normes du système²². Il en résulte à l'évidence une complexité croissante de l'ordre juridique en tant qu'ordre normatif. Paradoxalement, certaines propriétés dérivées et habituellement associées à l'idée d'Etat de droit fort, comme une certaine forme de « sécurité juridique » (entendue au sens où l'on peut avoir la certitude du droit applicable aux situations par lesquelles on est concerné) peuvent être au contraire réduites du fait que la complexité du système excède les capacités cognitives des destinataires²³.

2) Une telle exigence entraîne par conséquent en deuxième lieu celle d'un travail linguistico-logique considérable sinon extrême car il va falloir réduire au maximum toutes les formulations vagues et indéterminées ce qui suppose que l'on dispose de l'instrumentaire théorique nécessaire à la « des-ambiguation » de tout concept vague et/ou indéterminé. En tout cas, il n'est peut-être pas indifférent que l'impératif de *Rechtsstaat* apparaisse en Allemagne en même temps que le monumental travail de conceptualisation qui devait aboutir à la codification du code civil allemand²⁴ (*BGB*) ou que l'on assiste, vingt ans plus tard, à la

²² Prétendre, comme le fait sinon avec succès du moins avec brio Ronald Dworkin (cf. note précédente), que le pouvoir discrétionnaire n'existe pas n'est possible qu'à ce prix, même si l'on distingue entre des « règles » et des « principes » à pondération variable, car si chaque cas doit trouver une seule solution correcte, le principe ne souffre aucune variation dès lors qu'il est appliqué à une espèce déterminée. Or, cela revient à affirmer qu'il existe autant de principes que de cas auxquels ils sont applicables (cf. Otto Pfersmann, « Arguments ontologiques et argumentation juridique », in: Otto Pfersmann (sld.) *Théories et théoriciens* (Droit, Economie, Education, Histoire de l'art et de la littérature), numéro spécial de la revue *Austriaca* no. 47 (1998), p. 53-73).

²³ Cf. par exemple la remarquable analyse de Clemens Jabloner, « Das „Denksporterkenntnis“ des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik », in : Bernd Christian Funk et al. (éds.), *Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels*. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Wien New York Springer 1992, p. 189-201. Le thème de la complexité a marqué toute la sociologie du droit de Luhmann (cf. par exemple *Rechtssoziologie*, Opladen Westdeutscher Verlag 1987 ; *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1981 ; *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main Suhrkamp 1993).

²⁴ Cf. la présentation certes datée et souvent problématique in Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck und Ruprecht Göttingen 1967 (2ème édition), p. 439sq.

rédaction d'une constitution en Autriche dont l'objectif technique déclaré est précisément celui de ne pas laisser subsister d'ambiguïté et d'obliger le législateur et l'administration à respecter le même impératif²⁵.

3) En troisième lieu, l'exigence de détermination appelle celle de la justification de toute particularisation pour les « autorités », en d'autres termes de toute production d'une norme particulière à partir et en application d'une norme plus générale. Car si l'attribution d'un choix entre plusieurs possibles est en principe problématique lorsqu'il s'agit d'une autorité, il conviendra de faire apparaître les raisons pour lesquelles l'organe préfère finalement l'une des solutions envisageables ou pourquoi la solution retenue était en fait la seule possible.

4) Enfin, l'idéal de l'Etat de droit fort est inaccessible pour plusieurs raisons :

a) Il est d'abord trivialement impossible de produire une réalité idéale plus riche que le réel, car elle devrait prévoir toutes les situations d'actualisation possibles.

b) La deuxième raison tient à l'extrême difficulté que représente l'élimination même partielle de l'indétermination du langage courant, utilisé dans la formulation de normes²⁶. Toute nouvelle précision réintroduit ainsi facilement de nouvelles indéterminations²⁷.

c) Enfin, la structure hiérarchique constitutive du système juridique²⁸ s'oppose à sa détermination idéale.

Le droit règle sa propre production. Une norme qui détermine les conditions de la validité d'une autre norme peut se présenter sous deux formes. Soit elle admet que la norme de degré inférieur puisse être valide tout en comportant des défauts, c'est à dire qu'elle puisse ne pas être conforme à la totalité des exigences de la norme supérieure. Dans ce cas, qui est de loin le plus fréquent dans les ordres juridiques modernes, la détermination ne peut par hypothèse être intégrale. Soit elle exclut qu'une norme de degré inférieur puisse comporter des défauts. En d'autres termes il n'y aura que des conditions de validité, le moindre défaut entraînant la nullité, c'est à dire l'inexistence pure et simple de la norme dans ce système. Dans ce cas relativement rare, tout organe devra apprécier (comme pour toutes les conditions de validité au sens strict) la validité ou non-validité et cette appréciation deviendra à son tour une

²⁵ Cf. la présentation qu'en donne Kelsen in: *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tübingen 1923.

²⁶ Cf. Michael Thaler, *Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung*. Wien - New-York 1982

²⁷ La *théorie réaliste de l'interprétation* en déduit que tout énoncé est ouvert à n'importe quelle interprétation et qu'ainsi toute formulation de norme n'est « interprétée » que par les applications qu'elle trouve (Cf. Michel Troper, op. cit.; Olivier Cayla, *La notion de signification en droit* (Thèse Paris II 1992)). Une telle conclusion ne suit pas, en tout cas de cette prémisse. En effet une application consiste dans la production d'une autre norme, de degré inférieur (une « concrétisation »), exprimée à son tour par une formulation de norme. Or, celle-ci devrait, selon cette théorie, à nouveau être appliquée pour que l'on sache ce qu'elle veut dire et ainsi de suite à l'infini. En voulant radicalement relativiser la signification, elle devient entièrement insaisissable. La théorie réaliste de l'interprétation est une théorie sceptique reposant sur la confusion entre la concrétisation organique qui n'est pas en tant que telle un acte cognitif mais un acte normatif et l'interprétation stricto sensu qui n'a aucune valeur normative. La théorie réaliste a fort bien saisi ce dernier trait, mais elle en déduit que parce que l'interprétation n'a pas de valeur normative, elle n'aurait pas de valeur cognitive, ce qui ne s'ensuit nullement (sauf, trivialement, si l'interprétation est fautive). Cf. également Charles Leben, « Le principe d'égalité devant la loi et la théorie de l'interprétation judiciaire », in : Guy Haarscher (textes rassemblés par) *Chaim Perelman et l'apensée contemporaine*, Bruylant Bruxelles 1993, p. 215-235.

²⁸ Cf. Otto Pfersmann, « Carré de Malberg et la „hiérarchie des normes“ », op. cit. ainsi que Otto Pfersmann, « La théorie réaliste de l'interprétation » in : Louis Favoreu (dir.), *Droit constitutionnel* Dalloz, Paris 1998, (deuxième édition 1999).

prémisse de production normative. Et alors, l'on se trouve à nouveau devant l'alternative que l'on vient de décrire.

La seule détermination des conditions de validité ne permet donc pas d'atteindre le cas idéal. En revanche la théorie de la hiérarchie des normes montre qu'il existe une autre technique susceptible de réduire ce qui apparaît comme une donnée inéluctable des ordres juridiques, tout aussi problématique que l'existence de normes partiellement indéterminées : celle de normes comportant des défauts.

Comme il est impossible de maintenir l'exigence de détermination complète, il va falloir la réduire à celle de détermination raisonnable tout en admettant que « raisonnable » soit à son tour un concept indéterminé. En revanche, si l'on juge les incohérences de l'ordre juridique nocives, et le partisan de la détermination concrétisante est bien obligé de le faire, il faut introduire (ou renforcer) un mécanisme qui permet la destruction ou la modification de normes fautives.

F) Le contrôle juridictionnel compréhensif.

Ne pouvant éviter la production de normes fautives, l'impératif de l'Etat de droit exige que toute norme puisse être contrôlée avant et/ou après son entrée en vigueur par des organes spécialisés, distincts de ceux qui l'ont édicté et indépendants par rapport à ces derniers²⁹. Certes l'élimination entière de ces normes est par hypothèse impossible puisqu'il existera toujours des organes-limites. Il y aura d'une part toujours un organe qui décidera en dernier lieu en matière de contrôle et d'autre part un organe sera nécessairement toujours le dernier en matière de détermination des compétences de l'organe-limite en matière de contrôle. Il sera donc possible de réduire le problème des défauts mais non de l'éliminer. Il est possible de limiter les catégories de normes non soumises au contrôle mais non de rendre toutes les normes contrôlables.

L'Etat de droit est donc nécessairement limité et il l'est précisément là où il atteint ce que certains de ses partisans considèrent comme son achèvement^{30 31}.

Si l'on suit ce raisonnement, il s'ensuit en tout cas que l'impératif de contrôle est un impératif dérivé, mais qu'il implique à son tour une différenciation organique spécifique. Une habilitation de produire une catégorie de normes équivaut à la création d'un organe doté de cette compétence. L'impératif de contrôle exige quant à lui l'institution d'organes dont l'attribution consiste dans la destruction et la réformation de normes sur le fondement d'un contrôle de conformité. Théoriquement, un organe peut évidemment cumuler plusieurs

²⁹ Par « indépendant » il est entendu ici que les titulaire de la fonction organique ne sont pas destinataires de normes individuelles de la part de l'autre organe et qu'il ne peuvent pas être sanctionnés par lui.

³⁰ Il en résulte que l'Etat de droit conforme se trouve limité là où il s'agit de déterminer la conformité des normes constitutionnelles suprêmes, puisqu'elles n'ont par hypothèse, dans le système donné, aucune norme supérieure par rapport à laquelle il serait possible d'examiner une « conformité ». Une cour constitutionnelle qui s'arrogerait la compétence de contrôler par exemple la conformité matérielle d'une révision totale dans un ordre juridique connaissant une forme de constitutionnalité supérieure, comme l'Espagne, l'Autriche ou la Suisse, s'arroge tout simplement un pouvoir constituant originaire et par conséquent révolutionnaire, aux antipodes de l'Etat de droit conforme.

³¹ Dans la littérature plus récente, on rencontre cette variante de l'Etat de droit conforme parfois sous l'étiquette de l'« Etat constitutionnel » (*Verfassungsstaat*). Cf. par exemple Ernst-Wolfgang Böckenförde, « Begriff und Probleme des Verfassungsstaates », in : même auteur, *Staat, Nation, Europa.*, Suhrkamp Frankfurt am Main 1999, p. 127-140, Robert Alexy, « Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat », in : Stephan Gosepath, Georg Lohmann, *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main Suhrkamp 1998, p. 244sq.

fonctions, mais le cumul de la production et de la destruction à partir d'un contrôle rendrait ce dernier peu opérant. S'il s'agit de procéder à un contrôle objectif (dans la mesure du possible), c'est à dire fondé sur un raisonnement et à partir de prémisses externes que l'on doit d'abord identifier, il est préférable de le confier à un organe différent (de celui qui est chargé de produire la règle) et de le doter de garanties d'indépendance, c'est à dire de le mettre à l'abri de toute norme individuelle. En ces termes l'impératif de l'Etat de droit implique par conséquent un certain degré de « séparation des pouvoirs », nom que l'on donne familièrement à la différenciation organique.

Un contrôle ne peut avoir lieu que s'il existe un organe susceptible de saisir l'organe de contrôle (qui peut être à la limite être l'organe de contrôle lui-même). L'Etat de droit conforme est donc bien indissociable de l'existence de titulaires du droit de saisine, mais il est possible de dissocier ces titulaires des éventuels bénéficiaires du contrôle. S'il doit bien y avoir un droit au recours, l'attribution de ce droit peut être envisagée de différentes manières. Il est possible de le confier à des organes spéciaux sous forme de simple habilitation ou d'habilitation assortie d'obligation, il est concevable de l'accorder à plusieurs catégories de titulaires selon des modalités différentes, on peut l'élargir à l'ensemble des personnes qui pourraient démontrer qu'elles se trouvent lésées par le fait qu'une norme soit en contradiction avec une norme supérieure, enfin on peut le généraliser à toute personne sans aucune autre condition, ces différents systèmes pouvant être combinés par différenciation des types de recours.

L'exigence de l'Etat de droit conforme impose-t-elle un choix en faveur de l'une de ces variantes plutôt qu'une autre ? Ce problème est épineux, non tellement parce que la plupart des Etats qui s'interprètent eux-mêmes comme des Etats de droit ont adopté à cet égard des solutions souvent fort différentes, mais parce que la mise en œuvre d'un droit au recours se heurte, même lorsqu'il est assorti d'une obligation, à la factualité des motivations concrètes des destinataires et qu'un système « fort » peut rester plus faible qu'un système « faible » si l'on regarde simplement les pratiques. L'Etat de droit doit-il tenir compte de ces motivations et implique-t-il l'adoption du système qui, dans un contexte donné, aura le plus de chance d'aboutir à une conformité maximale des normes de degré inférieur aux normes de degré supérieur ? Pareille question est mal posée. En effet, aucune norme ne peut garantir qu'elle sera respectée, quelle que soit la manière dont il est tenu compte des motivations des destinataires dans sa formulation. En revanche, il serait en contradiction avec les exigences d'un Etat de droit si les procédures de contrôle étaient construits de telle façon que sa mise en œuvre dépende des aléas des motivations des destinataires, plus exactement si ces règles pouvaient empêcher que l'organe de contrôle soit saisi alors qu'il existe des personnes qui pourraient vouloir le saisir. Rien n'empêche donc que le droit de saisine soit en premier lieu limité à certaines catégories d'organe, mais il ne serait pas admissible que personne ne puisse saisir l'organe de contrôle parce que ceux qui pourraient le faire en premier lieu ne le font pas. L'Etat de droit requiert donc un droit illimité de saisine pour toute personne lésée par du « droit contraire au droit », c'est à dire par des normes comportant un défaut et en dernier lieu par toute personne destinataire des normes du système.

Dans cette perspective, toutes les restrictions du droit au recours et toutes les formes de filtrage de l'accès aux juridictions constitutionnelles — entendues au sens large d'organes juridictionnels contrôlant la conformité de normes matériellement législatives — comme les limitations strictes d'un droit à l'appel, à un recours en cassation ou à la révision d'une décision de justice sont contraires à l'Etat de droit conforme.

Historiquement et systématiquement, l'Etat de droit fait prévaloir la détermination et la conformité du droit sur la stabilité du droit que la doctrine traditionnelle appelle parfois la « sécurité juridique ». La stabilité de la norme dans le temps est en principe subordonnée à sa

conformité par rapport aux exigences qui en déterminent le contenu. L'Etat de droit exclut simplement les modifications de normes en dehors de règles concernant la modification de normes, elles-mêmes clairement énoncées, il n'interdit pas les changements de situations juridiques, fussent-elles acquises, mais exige ici comme ailleurs la possibilité de saisir un organe de contrôle de la conformité des modifications aux règles qui les concernent.

L'Etat de droit conforme implique donc un droit fondamental qui est celui d'être le destinataire de normes clairement déterminées (dans la mesure du possible) et celui de pouvoir, fût-ce à titre subsidiaire, demander le contrôle de la conformité des normes par rapport à celles de rang supérieur. Il n'en découle pas, en tant que tels, d'autres droits fondamentaux. Que de tels droits soient ou non accordés aux destinataires relève de la pondération que les ordres juridiques opèrent entre le principe de l'Etat de droit et d'autres exigences politiques concernant le contenu du droit.

L'Etat de droit en tant qu'impératif spécifique de ce que devrait être le droit ne concerne donc qu'indirectement le contenu de l'ordre juridique. Il ne peut y avoir d'Etat de droit sans droit, c'est à dire sans la soumission des comportements humains à des normes dont le respect peut être éventuellement (toujours selon des normes de droit) être exigé à l'aide de la force en ultime recours, mais surtout d'abord sans la soumission des comportements à des normes qui excluent les règlements de conflits par l'affrontement brut de rapports de force. Une fois mis en place l'Etat de droit minimal peut être renforcé par une maximisation de la détermination des normes. Et en dernier lieu, on pourra demander que toute procédure d'édiction de normes fasse l'objet d'un contrôle de conformité (par rapport aux exigences que pourraient formuler les normes de statut égal aux règles de production de la norme en question), dont l'exercice sera attribué à un organe différent de celui qui est compétent en matière de production. Un tel contrôle généralisé implique nécessairement l'existence de titulaires d'un droit de saisine de sorte que l'ultime revendication qu'il est possible de formuler au titre de l'Etat de droit sera la généralisation du droit et /ou de l'obligation de saisir au moins à titre subsidiaire : Le droit doit être, il doit être déterminé, il doit être conforme. Ces exigences sont obtenues par renforcements successifs. Il s'ensuit que l'Etat de droit ne comporte aucun impératif de démocratie ou de droits fondamentaux (autre que ceux qu'implique l'existence de contrôles de conformité). Il n'implique de sécurité juridique ou de « séparation des pouvoirs » que de manière relative : celle qui découle par hypothèse du fait que le droit et par conséquent sa modification est elle aussi déterminée et contrôlable ou celle qu'entraîne par hypothèse la différenciation organique constitutive de la détermination de la hiérarchie des normes et des procédures de contrôle de conformité.

L'Etat de droit est une exigence qui concerne la structure de l'ordre juridique et non directement son contenu. Il ne demande pas en premier lieu que le droit comporte tel ou tel norme consacrant tel ou tel droit, mais que les normes édictées aient certaines propriétés et cet impératif est évidemment un contenu des normes structurant le système. L'Etat de droit est une exigence de deuxième degré qui correspond à une abstraction croissante des modes d'analyse des ordres juridiques. Il a des incidences indéniables sur le contenu d'autres principes, mais il ne faut pas confondre son émergence historique concomitante avec d'autres revendications comme la démocratie ou les libertés fondamentales avec une éventuelle dépendance logique. Une démarche normativiste permet donc bien de montrer l'autonomie de l'Etat de droit. Ce qui fut à démontrer.