

L'État de droit

7^e édition

Jacques Chevallier

LGDJ

un savoir-faire de
lextenso

**S
F
E
T
C**

L'État de droit

JACQUES CHEVALLIER

*Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas
CERSA-CNRS*

7^e édition

LGDJ

un savoir-faire de

Lextenso

Du même auteur

L'État, Dalloz, Connaissance du droit, 2^e éd., 2011.

Science administrative, PUF, Thémis, 6^e éd., 2019.

L'État post-moderne, LGDJ, Droit et société, ss-coll. *Classics*, 5^e éd., 2017.

Le service public, PUF, Que sais-je ?, 12^e éd., 2023.

L'État en France. Entre déconstruction et réinvention, Gallimard, Le Débat, 2023.



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275131221
Collection : Clefs

Sommaire

INTRODUCTION	7
LA THÉORIE DE L'ÉTAT DE DROIT	11
<i>Le régime de droit</i>	12
<i>Le substrat de l'État de droit</i>	47
LE SYSTÈME DE L'ÉTAT DE DROIT.....	65
<i>L'architecture formelle</i>	66
<i>Le contenu substantiel</i>	86
LE RAYONNEMENT DE L'ÉTAT DE DROIT	109
<i>La promotion de l'État de droit</i>	110
<i>Les implications de l'État de droit</i>	122
<i>Les vicissitudes de l'État de droit</i>	136
CONCLUSION.....	145
BIBLIOGRAPHIE.....	147
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	151
INDEX ALPHABÉTIQUE DES AUTEURS.....	157

Introduction

Le concept d'État de droit renvoie à une certaine vision du pouvoir, inhérente à la conception libérale de l'organisation politique ; donnant à voir un pouvoir limité, parce qu'assujéti à des règles, il implique que les gouvernants ne sont pas placés au-dessus des lois, mais exercent une fonction encadrée et régie par le droit. Cette vision plonge ses racines loin dans l'histoire de l'Occident : ainsi, pour Michel Foucault, les monarchies occidentales auraient été d'abord conçues comme des « systèmes de droit », avant que l'avènement de la monarchie absolue ne conduise à un nouvel « art de gouverner » reposant sur la « raison d'État » (*Naissance de la biopolitique*, 2004). Pour Blandine Kriegel (1979) en revanche, cet avènement ne remettrait pas en cause le principe de soumission au droit : à la différence de l'État « despotique », fonctionnant « à la foi » et fondé sur un principe d'assujettissement total au pouvoir, l'État monarchique fonctionnerait en effet « à la loi », en visant à la protection des libertés individuelles et à la limitation du pouvoir ; indissociable des progrès du libéralisme, la doctrine de l'État de droit s'inscrirait dans le droit fil de cette construction, qu'elle ne ferait que parachever, en faisant prévaloir la représentation d'un État entièrement coulé dans le moule du droit.

- Depuis son apparition au cours du ^{xix}e siècle, le concept d'État de droit n'en a pas moins connu de sensibles infléchissements, renvoyant à des mutations politiques et sociales d'ordre plus général.

Forgé par les juristes et à usage des juristes, le concept est resté pendant longtemps confiné dans le champ clos du droit, relevant d'un discours savant, accessible aux seuls familiers des arcanes de la pensée juridique ; sur ce terrain même, il paraissait indissociable d'une certaine conception du droit et de l'État, dominante en Allemagne et en France : assimilé au respect de la hiérarchie des normes, l'État de droit contrastait avec le modèle britannique de la *Rule of law*, qui avait essaimé, sous des modalités diverses, dans le monde anglo-saxon. L'État de droit présentait tous les

aspects d'une *théorie juridique contingente*, liée à un contexte socio-politique spécifique. Les équivoques, voire les apories, sous-jacentes à cette théorie, en fin de compte passablement obscure, avaient eu pour effet de réduire son importance : érigé à la hauteur d'un véritable dogme, l'État de droit était posé comme un postulat ou comme un axiome, dont la validité n'appelait nulle démonstration ; et les manuels de droit public se bornaient, au moins en France, à s'y référer de manière rituelle, sans approfondir réellement ses implications.

8 Après la Seconde Guerre mondiale, l'État de droit a quitté les chemins escarpés de la théorie juridique pour s'inscrire dans le droit positif, au prix d'une inflexion de son contenu : on mesure alors que la perfection de l'architecture formelle de l'ordre juridique n'a pas de signification en soi, mais seulement si elle est mise au service de certaines fins, à savoir la protection des droits et libertés, qui constituent en fin de compte la valeur suprême ; l'effondrement des régimes totalitaires permet d'exhumer un soubassement libéral qui avait été jusqu'alors enfoui. L'État de droit ne pouvait être réduit à un simple agencement hiérarchisé des normes juridiques, sans que soit pris en compte le contenu de ces normes : l'État de droit n'est pas « l'État de n'importe quel droit », mais d'un droit sous-tendu par un ensemble de valeurs et de principes. Dès lors, les différences avec la *Rule of law* britannique deviennent secondaires et l'internationalisation des droits de l'homme contribuera au rapprochement des perspectives.

Un nouveau basculement s'est produit à partir des années 1980 : non seulement le concept migre hors du champ juridique pour devenir une figure imposée du discours politique, mais encore il connaît une spectaculaire diffusion sur le plan international ; tout État qui se respecte est désormais tenu de se présenter sous l'aspect avenant, de se parer des couleurs chatoyantes, de l'État de droit, devenu un véritable *standard international*, auquel les États sont appelés à se conformer ; inscrit dans une série de textes et de documents internationaux, il bénéficie d'un processus de labellisation qui lui donne une portée nouvelle. Comme le montre le texte des Constitutions qui sont alors adoptées, l'État de droit apparaît comme une référence incontournable, au même titre que la démocratie et les droits de l'homme, notions avec lesquelles il forme un triptyque dont les termes sont posés comme

indissociables. L'État de droit a ainsi perdu la signification étroite qui a été longtemps la sienne : les traces de sa généalogie tendent à s'effacer, comme le montre l'amalgame progressif avec la théorie de la *Rule of law*, dans le cadre d'un « modèle syncrétique » (D. Mockle, 1994) ; placé *sous le sceau de l'universel*, l'État de droit dépasse et transcende les traductions particulières qui en sont données. Indissociable de l'effondrement des modèles d'organisation politique alternatifs construits à l'Est et au Sud, cette diffusion témoigne de la puissance d'attraction nouvelle du modèle d'organisation politique libéral, qui semble être devenu le seul modèle de référence.

Cette hégémonie était cependant plus apparente que réelle. Le mouvement de diffusion comportait une large part d'artifice, la référence à l'État de droit se présentant souvent comme un trompe-l'œil, faute de traductions concrètes de ses implications et de garanties appropriées : en l'absence d'une culture juridique et politique ayant permis son enracinement, l'affirmation ostentatoire de l'État de droit était vouée à rester purement rhétorique. Le reflux du modèle politique libéral à partir des années 2000 a contribué à mieux marquer les limites d'une vision qui avait été trop vite parée des attributs de l'universalité : qu'elles prennent la forme d'« autocraties », de « démocraties », voire de « démocraties illibérales », les configurations politiques qui se dessinent alors entendent, dans tous les cas, s'affranchir des contraintes inhérentes au système de l'État de droit. Dans les pays libéraux eux-mêmes, la croyance dans les vertus de l'État de droit a tendu à s'effriter au cours des dernières années, sous la pression de menaces nouvelles : le terrorisme puis la pandémie ont été combattus par le recours à des mesures d'exception, dérogeant au cadre juridique normal ; des brèches durables ont été ainsi introduites dans l'édifice, au nom de l'impératif de sécurité. Si l'État de droit reste une référence nécessaire, le mythe semble donc avoir perdu de son aura et les entorses à ses principes tendent à se multiplier.

- Témoignage de la force agissante des représentations, l'État de droit apparaît comme un modèle d'organisation politique dont les principes ont été inscrits dans la réalité, en influant sur la configuration de l'État. Le concept d'État de droit a contribué à la fin du XIX^e siècle à parachever l'édification de l'État libéral, en lui

donnant l'armature idéologique solide qui était nécessaire à son épanouissement. Mais l'État de droit n'est pas qu'une construction idéologique, relevant du seul champ des représentations ; les représentations idéologiques ne sont jamais séparables du contexte social et politique qui influe sur leur consistance et sur lequel elles agissent en retour : les traductions qui ont été données à l'État de droit dans le droit positif ont donné une portée nouvelle au concept, en contribuant à son enracinement et à sa diffusion. Néanmoins, indissociable d'un certain contexte social et politique, l'État de droit n'est qu'une des figures possibles de l'État, qui n'épuise pas la diversité des configurations étatiques : la réévaluation actuelle de sa portée montre que la dynamique d'évolution des États ne saurait être enfermée dans l'objectivité des formes juridiques.

Après avoir montré que le concept d'État de droit a été construit dans la pensée juridique à partir d'influences variées, on analysera les différentes étapes de sa concrétisation dans le droit positif, avant d'évoquer les nouveaux enjeux qui sont apparus au cours des dernières décennies :

10

- *la théorie de l'État de droit (I) ;*
- *le système de l'État de droit (II) ;*
- *le rayonnement de l'État de droit (III).*

LA THÉORIE DE L'ÉTAT DE DROIT

La théorie de l'État de droit est née dans le champ juridique pour répondre au besoin de systématisation et à l'impératif de fondation du droit public. Production doctrinale, elle l'est au moins à deux titres : d'une part, dans la mesure où elle émane de ces interprètes autorisés que sont les juristes, agents actifs de systématisation, chargés de reconstruire la réalité juridique sous la forme d'un ensemble cohérent, intelligible, rationnel ; d'autre part, dans la mesure où elle se présente comme une construction théorique, une « machinerie conceptuelle », qui fournit un schéma d'explication globale du droit public. Mais cette théorie ne constitue nullement un bloc homogène.

Dès l'origine, plusieurs conceptions de l'État de droit se sont en effet affrontées : l'État de droit est posé, tantôt comme l'État qui agit au moyen du droit, en la forme juridique, tantôt comme l'État qui est assujéti au droit, tantôt encore comme l'État dont le droit comporte certains attributs intrinsèques ; ces trois versions (formelle, matérielle, substantielle) dessinent plusieurs figures possibles, plusieurs types de configurations de l'État de droit, non exemptes d'implications politiques. Ces enjeux politiques sont présents tout au long du XIX^e siècle dans la théorie allemande du *Rechtsstaat* : entre ceux qui, dans une perspective libérale, conçoivent celui-ci comme un principe de limitation de la puissance étatique et ceux qui, dans une perspective autoritaire, en font un instrument de rationalisation de son exercice, l'approche est radicalement différente ; et lorsque la doctrine juridique française reprend à son compte, au début du XX^e siècle, le concept d'« État de droit », c'est en opposant à la vision germanique la tradition politique française héritée de la Révolution de 1789.

Néanmoins, il convient de ne pas surestimer ces variantes : d'une part, c'est en prenant appui sur la théorie du *Rechtsstaat* que la doctrine française remet en cause l'omnipotence parlementaire ; d'autre part, le point de vue formel l'emporte sur les autres variantes, sans les exclure pour autant totalement, conduisant à concevoir l'État de droit comme un simple *régime*, dont le

principe de hiérarchie des normes donnerait la clef. Ce formalisme, qui permet de fonder l'autonomie de la science du droit et qui trouve son apogée avec Kelsen, tend, non seulement à exclure toute interrogation sur le contenu du droit, mais encore à occulter le *soubassement* sur lequel s'appuie la théorie de l'État de droit et qui lui donne pourtant sa véritable portée : l'aménagement d'un ordre juridique hiérarchisé n'a de sens que dans la mesure où il repose sur un ensemble de valeurs sans lesquelles il ne serait que formalisme vain ; et, à l'inverse, il permet de garantir la limitation du pouvoir des gouvernants et le respect des valeurs qui sous-tendent le lien social, en les mettant à l'abri de toute contestation.

Le régime de droit

12

En France comme en Allemagne, l'État de droit est conçu au début du ^{xx}e siècle, comme un type particulier d'État, soumis à un « régime de droit » : dans un tel État, le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les individus disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre.

Au cœur de la théorie de l'État de droit, il y a donc le principe selon lequel les divers organes de l'État ne peuvent agir qu'en vertu d'une *habilitation* juridique : tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique ; l'exercice de la puissance se transforme en une *compétence*, instituée et encadrée par le droit. Tous les organes de l'État étant ainsi tenus au respect de normes juridiques supérieures, l'État de droit tend à se présenter sous l'aspect formel de la hiérarchie des normes. La théorie de l'État de droit implique d'abord la soumission de l'administration à la loi : l'administration doit obéir aux normes qui constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son action ; et cette soumission doit être garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel exercé, soit par le juge ordinaire (*Justizstaat*), soit par des tribunaux spéciaux (*Sondergerichte*). Mais la théorie postule aussi la subordination de la loi à la Constitution : le Parlement doit exercer ses attributions dans le cadre fixé par la Constitution ; et, là encore, l'intervention d'un juge, constitutionnel cette fois, apparaît indispensable pour faire respecter cette primauté.

Ainsi conçu, l'État de droit contraste avec la *Rule of law* britannique, systématisée par Dicey (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885), tout entière fondée sur le souci de protection des droits et libertés individuelles : le respect de la hiérarchie des normes fait place à l'affirmation de l'autorité suprême et exclusive de la loi (la toute-puissance du Parlement étant cependant limitée par la souveraineté politique de la nation, l'existence de « conventions de la Constitution » et le poids de l'« opinion publique ») ; la législation est tenue de présenter un certain nombre de qualités intrinsèques (généralité, publicité, non-rétroactivité, clarté, cohérence, stabilité et, en tout premier lieu, prévisibilité) ; enfin, les libertés individuelles sont placées sous la protection des tribunaux ordinaires, le principe d'égalité devant la loi excluant tout privilège de juridiction pour les agents de la Couronne et la procédure juridictionnelle devant garantir les droits des justiciables (droit à être entendu, de manière équitable...). De même, aux États-Unis, le *due process of law*, consacré par le quatorzième amendement en 1868, est conçu, non seulement comme imposant aux autorités publiques une certaine manière d'agir (*procedural due process*), par exemple la garantie d'un juste procès, mais encore comme impliquant un certain contenu du droit applicable (*substantive due process*). Alors que les conceptions étaient au départ relativement proches, sinon identiques, (L. Heuschling, 2002), les traditions continentale et anglo-saxonne ont donc divergé : à la différence de la *Rule of law*, l'État de droit est conçu pour l'essentiel de manière formelle, indépendamment de tout caractère « substantiel » ou « procédural ».

Le formalisme a cependant ses limites. La théorie de l'État de droit exige davantage qu'un État *régi par le droit*, à travers la construction d'un ordre juridique hiérarchisé : elle suppose aussi que l'État, en tant que tel, et non pas seulement à travers ses organes, soit *assujéti au droit*. Or ce passage n'est rien moins qu'évident : l'ordre juridique est en effet celui de l'État lui-même et l'on ne saurait inférer de la hiérarchisation du droit étatique l'idée de soumission de l'État au droit, sauf à recourir à un raisonnement circulaire ou tautologique ; en se soumettant au droit qu'il produit, l'État ne fait tout au plus que se soumettre à lui-même, d'où le risque de ne voir dans la subordination de l'État

au droit qu'un pur artifice. La doctrine de l'État de droit apporte à ce problème des réponses variées : à la théorie de l'« autolimitation », dominante dans la pensée juridique allemande, selon laquelle il ne saurait y avoir de droit antérieur et supérieur à l'État, répondent les théories de l'« hétéro-limitation », très présentes dans la pensée juridique française, plaçant le fondement du droit en dehors de l'État, avant qu'Hans Kelsen ne récuse les termes de la controverse, par l'affirmation de l'identité de l'État et du droit ; ainsi se profile le talon d'Achille de la théorie de l'État de droit qui, posant comme postulat la soumission de l'État au droit, ne parvient pas à fonder logiquement cette soumission.

La doctrine allemande du Rechtsstaat

La conception formelle ne s'est imposée dans la doctrine juridique allemande que dans la seconde moitié du XIX^e siècle (E.W. Böckenförde, 2000 ; O. Jouanjan, dir., 2001).

- 14 • Pendant toute la première moitié du siècle, c'est une conception libérale qui domine. Apparu en 1798 sous la plume de Johann Wilhelm Placidus, qui utilise ce néologisme pour qualifier l'école kantienne, le terme *Rechtsstaat* désigne alors, dans un sens très proche de la *Rule of law* britannique, un État dont la sphère d'action est limitée par les droits naturels des individus (protection de la liberté et de la sûreté des personnes, défense du droit de propriété) : cette exigence conduit à certains principes d'organisation, permettant à l'État d'être gouverné conformément aux préceptes de la raison (*Verstandesstaat*) – Constitution garantissant les droits de l'homme et la séparation des pouvoirs, suprématie de la loi à la formation de laquelle les citoyens sont invités à participer par l'intermédiaire du Parlement, l'État de droit étant associé à l'idée de représentation nationale (*Volkvertretung*), gouvernement représentatif, indépendance des juges ; le *Rechtsstaat* apparaît ainsi comme le condensé des valeurs du libéralisme prôné par les théoriciens du *Vormärz*, qui militent, en réaction contre l'État autoritaire (*Obrigkeitsstaat*), pour un ensemble de réformes politiques dans les États allemands et l'avènement d'une monarchie constitutionnelle. Succédant à l'« État despotique », fondé sur la loi du plus fort, et à l'« État théocratique » reposant sur la règle de la foi, le

Rechtsstaat, dominé par le culte du droit, apparaît comme le stade suprême de l'évolution de l'État (Carl Théodor Welcker 1790-1869). Le plus représentatif de ces auteurs est Robert von Mohl (1799-1875) (*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1832-1834).

• En réaction contre cette vision libérale, Friedrich Julius Stahl (1802-1861) (*Die Philosophie des Rechts*, 3^e éd., 1856), fervent défenseur de la monarchie prussienne, va supprimer de la définition du *Rechtsstaat* toute référence aux buts de l'État, pour s'attacher seulement «à la manière» pour celui-ci de les réaliser : le droit apparaît ainsi, non plus comme un dispositif de limitation du pouvoir de l'État, au nom des libertés individuelles, mais comme un moyen d'organisation rationnelle de l'État ; «l'État doit définir, par le biais du droit, les voies et les limites de son propre rayon d'action, ainsi que la sphère de liberté des citoyens». Même si Stahl n'exclut pas toute préoccupation éthique de son analyse, la voie est ouverte vers la conception formelle du *Rechtsstaat* qui s'imposera par la suite ; le *Rechtsstaat* n'évoque plus un contenu matériel ou substantiel, mais un mode d'action de l'État : un État qui se coule dans le moule du droit, en respectant la logique inhérente à son institution. La nouvelle «science du droit public», qui se forme à partir des écrits des «juristes d'Empire», tels Carl Friedrich Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918), Georg Jellinek (1851-1911), se veut strictement positiviste et étrangère aux préoccupations d'un Lorenz von Stein qui cherche quant à lui à dépasser le formalisme du *Rechtsstaat*, en plaidant pour la promotion d'un véritable «État de droit social» : il s'agit d'évacuer de la théorie juridique de l'État toute considération philosophique, politique ou morale, ainsi que toute interrogation sur le contenu des lois en vigueur ; le *Rechtsstaat* tend à se confondre avec le simple respect de la légalité formelle. Aussi l'attention se déplace-t-elle très naturellement vers l'administration : le *Rechtsstaat* devient l'État dans lequel l'administration est assujettie à la loi et où des voies de recours existent contre elle – tribunaux de l'ordre judiciaire (Otto Bähr, Otto von Gierke) ou juridictions situées au sein même de l'administration (Rudolph von Gneist) ; le *Rechtsstaat* n'est plus que «l'État du droit administratif bien ordonné» (Otto Mayer), dominé par la figure du juge préposé au respect de la légalité. La

théorie de l'autolimitation, dans laquelle la doctrine allemande place le fondement du *Rechtsstaat*, renforce ce formalisme, en plaçant le droit dans l'orbite exclusive de l'État.

État de police/État de droit

Aux yeux de ses théoriciens, la caractéristique essentielle du *Rechtsstaat* est que, dans ses rapports avec les administrés et pour tout ce qui concerne leur statut individuel, l'État agit sur la base de règles générales, de normes, préexistantes. Cette exigence prend son véritable sens à l'égard de l'administration et constitue le principe fondamental de différenciation entre l'État de droit (*Rechtsstaat*) et l'État de police (*Polizeistaat*).

- Comme l'État de droit, et à la différence du gouvernement despotique ou arbitraire, l'État de police accorde une large place au droit : mais celui-ci est un droit purement instrumental, sur lequel l'administration dispose d'une totale maîtrise, sans être tenue au respect de normes supérieures qui s'imposeraient à elle ; servant à imposer des obligations aux administrés, sans être en retour source de contrainte pour l'administration, c'est l'expression et le condensé de la toute-puissance administrative. L'État de police est fondé sur le bon plaisir du Prince : il n'y a, ni véritable limite juridique à l'action du pouvoir, ni donc réelle protection des citoyens contre lui.

L'État de droit s'oppose moins à l'État de police qu'il ne l'englobe et le dépasse : le droit n'est plus seulement un instrument d'action pour l'État, mais aussi un vecteur de limitation de sa puissance ; aussi acquiert-il un caractère ambivalent pour l'administration, à qui il permet d'agir mais tout en pesant en même temps sur elle comme contrainte. L'État de droit implique donc que l'administration soit soumise à un ensemble de règles, extérieures et supérieures, qui s'imposent à elle. Ces règles l'habilitent à agir et déterminent les moyens dont elle peut faire usage : l'administration ne peut rien imposer qui ne soit explicitement prévu par elles ; et les administrés peuvent les invoquer devant une juridiction pour obtenir l'annulation, la réformation ou la non-application des actes administratifs qui les auraient enfreintes.

- La doctrine du *Rechtsstaat* conduit en pratique à l'affirmation de la suprématie de la loi sur l'administration : non

seulement celle-ci doit s'abstenir d'agir *contra legem*, mais encore elle est tenue de n'agir que *secundum legem*, en vertu d'une habilitation légale (réserve de la loi). Cette affirmation ne prend toute sa portée qu'au regard de la *conception matérielle de la loi* professée par la doctrine allemande, qui contraste avec la conception purement formelle qui sera, à la suite de Carré de Malberg, celle de la doctrine française : définie par son contenu, la loi recouvre toute édicition de normes à destination des gouvernés ; son objet est de « limiter les droits et devoirs mutuels des individus » (Laband) ou de « délimiter la sphère de la libre activité des personnes dans leurs rapports mutuels » (Jellinek). Cette définition matérielle conduit à circonscrire le domaine de compétence de l'organe législatif : la loi est normalement édictée en la forme législative, ce qui implique à la fois élaboration par les assemblées et sanction par le chef de l'État (Laband) ; en revanche, les textes, même de portée générale, qui n'affectent pas la situation juridique des gouvernés ne relèvent pas de l'exercice de la fonction législative.

Le *Rechtsstaat* signifie donc que l'administration, non seulement ne peut imposer *proprio motu* d'obligations juridiques aux individus, mais encore doit se borner à faire application particulière et individuelle des règles légales, en s'en tenant à l'exécution des lois : créer des normes, ce serait en effet empiéter sur la fonction législative ; cependant, *a contrario*, l'administration dispose d'un pouvoir de décision et d'action initial en ce qui concerne ses affaires propres, son organisation interne – domaines dans lesquels elle peut prendre toutes les mesures particulières ou générales qui s'imposent, sans avoir à s'appuyer sur aucun texte législatif. On mesure dès lors la portée politique de la théorie du *Rechtsstaat* qui à la fois constitue un rempart contre l'arbitraire, en imposant l'intervention du *Landtag* pour tout ce qui touche aux droits individuels, et préserve les prérogatives de l'exécutif, en mettant l'État lui-même hors de la sphère de la loi.

Cette analyse est adossée à une vision plus générale du rapport entre le droit et l'État qui conforte ce point de vue formel.

L'autolimitation

La relation droit-État avait été conçue dans la pensée philosophique allemande de manière apparemment opposée. Alors que pour Kant (1724-1804), qui apparaît à ce titre comme l'authentique précurseur de la conception libérale du *Rechtsstaat*, le seul vrai droit est le « droit naturel », l'« idée de droit » précédant l'expérience politique (conception métaphysique) et renvoyant à un ordre juridique fondé *a priori* sur la raison et placé au service de la liberté, pour Fichte et Hegel il n'y a de droit qu'étatique. La relation juridique suppose pour Fichte que le peuple se soit constitué en État : « Il n'y a aucun droit naturel, c'est-à-dire qu'il n'est pas de relation juridique possible entre les hommes, si ce n'est dans une communauté et sous des lois positives » ; dès lors, le droit naturel se confond avec les lois positives de l'État. De même pour Hegel, l'État ne saurait être soumis à des limites externes, puisqu'il réalise l'unité, la synthèse de l'intérêt général et des déterminations particulières.

18

Néanmoins, cette opposition apparente doit être nuancée. En faisant de l'État la condition nécessaire de traduction de l'idée de droit et de réalisation de la liberté, Kant introduit les germes d'un positivisme juridique, qui le conduit tout naturellement à légitimer le despotisme éclairé d'un Frédéric II. Et, à l'inverse, le refus de l'idée d'un droit naturel précédant l'État ne signifie pas absence de limitation de la puissance étatique : l'État reste responsable pour Fichte devant la communauté qui lui a délégué le pouvoir de faire la loi et qui demeure le juge suprême ; et la théorie hégélienne est fondée sur l'idée que l'État est en permanence, en tant que principe de totalité, travaillé par la négativité, par le va-et-vient du général au particulier, ce qui introduit un élément d'autolimitation. Fichte et Hegel rejoignent ainsi Hobbes, pour qui l'État, s'il dispose par le jeu du pacte qui lui a donné naissance d'une entière maîtrise sur la loi, n'en est pas moins tenu de respecter la finalité même de son institution, et Spinoza, pour qui la raison doit pousser l'État à observer les règles qu'il a édictées.

Dans tous les cas, la vision kantienne d'un « droit naturel rationnel » sous-tendu par l'idée de liberté allait s'effacer dans la doctrine juridique allemande après l'échec de la révolution de 1848 puis l'avènement de Bismarck : le droit public tend alors

à se confondre avec le « droit public positif », d'abord de l'État avec Gerber (*Gruntzüge des deutschen Staatsrechts*, 1^{re} éd., 1865), puis de l'Empire avec Laband (*Le droit public de l'Empire allemand*, 6 vol., 1900-1904).

- Cette conception repose sur une vision nouvelle de l'État.

D'une part, abandonnant la conception patrimoniale (*fiscus*) jusqu'alors dominante, la doctrine allemande conçoit l'État comme un sujet juridique autonome, distinct à la fois des gouvernants et de la nation : alors qu'en 1852, Gerber récusait encore l'idée de personnalité de l'État, il en fait en 1865 la pierre angulaire de son système ; comme le souligne O. Von Gierke (1874), « l'État doit être considéré comme une entité juridique absolument différente de la nation, comme une personne, qui prend sa consistance et son substratum ailleurs que dans la nation » – théorie que combattrait vivement la doctrine française, pour qui l'État n'est rien d'autre que la personnification juridique de la nation. Permettant de penser l'État dans son unité et dans sa continuité, cette vision est posée comme « la condition préalable à toute construction du droit public » (Gerber) et indispensable pour fonder son autonomie (*Isolierung*).

D'autre part, l'État disposerait du pouvoir de domination (*Herrschaft*), véritable droit subjectif qui serait son apanage et son signe distinctif : il détient seul la puissance de contrainte, c'est-à-dire le pouvoir de formuler des ordres qui s'imposent par eux-mêmes, de manière irrésistible ; « le pouvoir de l'État est un pouvoir auquel on ne peut pas s'opposer. Gouverner signifie commander sans condition et avoir la faculté de faire exécuter ses ordres par la contrainte » (Jellinek). La conséquence logique de cette construction, c'est que l'État apparaît comme « l'unique source du droit » (Ihering) : seul l'État peut donner au droit sa force obligatoire ; il ne saurait donc y avoir de droit qui lui soit antérieur ou supérieur. Certes, l'idée du lien organique entre droit et État ne s'est pas immédiatement imposée, pour des raisons historiques aisément compréhensibles : on trouve par exemple chez Savigny la vision toute différente d'un droit prenant appui sur la coutume, elle-même enracinée dans la « vie du peuple » (*Volksgeist*) – l'État n'étant qu'un simple phénomène « naturel » donnant corps à l'unité nationale ; et Ihering restera lui-même attaché en partie à cette vision. Mais, à partir de la réalisation

de l'unité allemande, la doctrine s'affirme, avec la caution de trois prestigieux auteurs, Ihering, Laband et Jellinek. Même si le droit tire son origine du *Volksgeist*, c'est dans l'État seul qu'il trouve la « condition de son existence » : il implique en effet, non seulement la norme, mais encore la contrainte ; dès lors, seules les prescriptions édictées et sanctionnées par l'État peuvent avoir le caractère de normes juridiques. Aussi l'idée de limitation de l'État par le droit apparaît-elle illusoire.

• C'est dans l'idée très hégélienne d'autolimitation que la doctrine allemande trouve la clef du rapport entre État et droit. Puisque l'État est à l'origine du droit, puisque c'est de lui que dépend le contenu de l'ordonnancement juridique, le droit ne saurait constituer pour lui une contrainte externe, une limite objective : non seulement c'est à lui de fixer les règles applicables à ses activités et régissant son organisation interne (pouvoir d'auto-organisation), par exemple par l'établissement d'une Constitution, mais encore ces règles ne s'imposent à lui que de sa propre volonté : cela ne signifie pas que la puissance de l'État soit illimitée, mais qu'il a le privilège de se fixer à lui-même les règles encadrant l'exercice de ses pouvoirs, et éventuellement de les modifier. Cette position spécifique de l'État par rapport au droit explique qu'il ne puisse être régi par les mêmes règles que les simples particuliers : il doit être assujéti à un droit spécial, le droit administratif, qui repose tout entier sur l'idée d'autolimitation ; la théorie du *Rechtsstaat* sous-tendra ainsi la construction du droit administratif, dont Otto Mayer (1846-1924) sera en Allemagne le véritable fondateur.

Néanmoins, à la différence de la doctrine de l'« État puissance », pour qui le droit ne serait fait que pour lier les sujets et ne s'imposerait pas à l'État (Seydel), les théoriciens de l'autolimitation considèrent le droit comme une véritable contrainte pour l'État : non seulement celui-ci ne pourrait supprimer l'ordre juridique lui-même sans saper les fondements de son institution (Jellinek), mais encore il serait amené à respecter spontanément les lois. Deux raisons l'expliquent : d'une part, parce qu'il y trouve « intérêt », le droit en vigueur étant d'autant mieux respecté que lui-même aura commencé à s'y conformer (Ihering) ; d'autre part parce que la pression sociale, ce qu'Ihering appelle le « sentiment national du droit », l'y pousse. Il reste que, dans