

ÉTAT DE DROIT ET DROIT DE L'ÉTAT (*)

Philippe COPPENS

Maître de recherches du FNRS

Professeur extraordinaire à l'Université de Louvain

INTRODUCTION

Qu'ajoute-t-on au concept d'État lorsqu'on le qualifie d'État de droit ?

On pense généralement que l'État de droit est un État qui se lie par le droit qu'il crée ou, ce qui est un peu différent, qui accepte de se soumettre au droit. Or, comment un État dont un des caractères traditionnels est la souveraineté peut-il être lié par le droit ? La souveraineté n'est-elle pas la qualité d'une entité autonome ? Mais que signifie une entière autonomie en matière normative ? Dans quelle mesure puis-je m'obliger moi-même s'il n'existe pas un Tiers qui est habilité à décider si mon comportement est ou non conforme à la règle que je me suis donnée et, le cas échéant à me sanctionner ?

Comme Wittgenstein l'a montré, il n'est pas possible de comprendre le concept de règle si on fait entièrement abstraction d'une instance hétéronome. Car comprendre, maîtriser ou pratiquer le concept de règle, savoir comment il faut suivre une règle, cela suppose simultanément qu'on puisse également déterminer les raisons pour lesquelles une action peut ne pas être conforme à la règle. En conséquence, la souveraineté d'un État ou d'un autre sujet de droit n'exprime jamais l'entière autonomie d'interpréter son action comme conforme à la norme. Car, dans ce cas, croire qu'on suit la règle *et* suivre effectivement la règle conformément aux attentes sociales d'un comportement ne pourrait être distingué. Et on perdrait alors le concept même de règle. C'est parce que la règle institue toujours une relation entre des sujets, et qu'elle n'est compréhensible que par cette relation, que l'autonomie et la souveraineté ne sont pensables qu'avec l'hétéronomie en toile de fond. Dans cette perspective, la souveraineté de l'État exprime d'abord la capacité de s'autolimiter en plaçant l'action de l'État sous le contrôle d'une tierce instance.

Un État incarne aussi des croyances et des représentations qui se traduisent par des actions, des interactions et des actions collectives. Ces représentations, lorsqu'elles sont de nature politique, expriment différentes manières de concevoir l'égale liberté de tous au sein d'un groupe social de même que

(*) Je remercie mon collègue Hervé Pourtois pour sa très précieuse relecture.

des attentes légitimes de comportement des uns et des autres. L'État de droit signifie ici qu'il a pour tâche de protéger les droits et les libertés des citoyens. Historiquement, deux voies principales ont assuré cette protection : la première est celle de la séparation des pouvoirs, des fonctions et des compétences. Dans ce cadre, le concept fondamental qui n'a cessé d'être pensé depuis Montesquieu est celui de la représentation politique. On en retrace brièvement l'histoire dans ce texte. La seconde voie est la protection des droits et libertés par leur constitutionnalisation, leur internationalisation et enfin leur juridictionnalisation. Un des faits marquants de l'histoire du droit public européen au XX^e siècle est le développement des cours constitutionnelles. Elles apparaissent même aujourd'hui comme une forme de pedigree de l'État de droit. Deux remarques ici qui portent sur des questions qui ne sont pas développées dans cet article. D'abord, il existe un lien, me semble-t-il, entre le développement des juridictions constitutionnelles et la crise de la représentation politique. Et ce lien pose la question de la conciliation possible entre la protection des droits et libertés privés assurée par les cours constitutionnelles et la poursuite d'un intérêt général, d'un fonds de valeurs communes qui transcende les intérêts particuliers. Ensuite, l'exercice de la liberté économique dans un monde globalisé n'éprouve plus guère de sollicitude à l'égard de la vieille figure de l'État. Ce qu'elle lui demande, c'est d'assurer la stabilité macroéconomique sur son territoire pour que puissent se développer librement les échanges marchands.

Le premier paragraphe de cet article est consacré à la critique kelsénienne du concept d'État de droit. Cette critique a le mérite d'attirer l'attention sur le fait que si l'État est compris comme concept juridique pur, il devient rudement difficile de parler d'un État de droit dans lequel les termes « de droit » ajouteraient quelque chose au concept d'État.

Les paragraphes suivants essaient de montrer comment l'histoire du concept d'État s'est formée à partir des significations qu'un peuple attribue aux concepts d'autonomie et de représentation. Comment être soi-même en étant aussi un autre ?

I. – CRITIQUE DU DUALISME ENTRE L'ÉTAT ET LE DROIT CHEZ KELSEN

Dans le Titre VI de sa *Théorie pure du droit*, H. Kelsen écrit ceci :

« Ainsi l'État dont les éléments essentiels sont le peuple, le territoire et le pouvoir, se définit comme un ordre juridique relativement centralisé, limité dans son domaine de validité spatial et temporel, soumis immédiatement au droit international et efficace dans l'ensemble et généralement » (1).

Que le peuple, le territoire et le pouvoir (la puissance publique – *Staatsgewalt*) soient des éléments essentiels de l'État, cela ne surprend pas et fait

(1) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1960, p. 383.

l'objet d'un large consensus dans la doctrine (2). Cependant, ces éléments reçoivent dans la *Théorie pure du droit* un caractère spécifiquement juridique : le territoire est défini comme l'espace de validité des règles d'un ordre juridique ; l'appartenance à un État est déterminée par une règle de cet État et ne relève pas d'un sentiment d'appartenance à une nation ; le pouvoir est compris à partir d'une habilitation d'un ordre juridique à créer et appliquer les normes de cet ordre et n'est pas pensé comme une question d'effectivité sociologique des normes et des jugements. Toutes ces représentations sont donc entièrement pensées par le droit positif. Toutes, sauf une. Car l'État n'existe, ajoute Kelsen, que s'il est un ordre juridique efficace en gros et de manière générale (eine « im großen und ganzen wirksame Rechtsordnung »). Or, la question de savoir si et dans quelle mesure un ordre juridique est généralement suivi et est donc efficace n'est pas une question qu'un système juridique peut résoudre de manière autonome car il s'agit fondamentalement d'un fait sociologique. Cela implique donc que l'État, conçu comme un système hiérarchisé de normes de droit positif, ne peut s'auto-fonder (3). C'est une limite interne considérable de l'ordre juridique positif construit par la *Théorie pure du droit*.

Kelsen argumente également contre la thèse du dualisme de l'État et du droit et en faveur de la thèse selon laquelle « tout État doit nécessairement être un État de droit en ce sens que tout État est un ordre juridique » (4). Or, si tout État est un ordre juridique, la question de savoir si tel ou tel État est un État de droit – parce qu'il respecterait par exemple les droits fondamentaux – n'a pas plus de sens que de se demander si un ordre juridique est un ordre de droit. Un État est un État de droit de la même manière qu'un triangle a trois angles : le prédicat est déjà entièrement contenu dans le sujet.

Le pléonasme est même si évident, pense Kelsen, que les juristes qui soutiennent qu'un État (Staat) est un État de droit (Rechtsstaat (5)) et qui, en conséquence, laissent supposer qu'il pourrait ne pas l'être, doivent en

(2) Voy., par ex., G. BURDEAU, *L'État*, Paris, Seuil, 2009 ; Ph. BRAUD, *Penser l'État*, Paris, Seuil, 2004.

(3) C'est la première signification qu'il faut donner à la *Grundnorm* chez Kelsen : la norme fondamentale opère la transsubstantiation d'un élément de fait (l'efficacité d'un ordre juridique) en un élément de droit (le fondement normatif d'un ordre juridique).

(4) H. Kelsen, *op. cit.*, p. 418.

(5) Le concept de *Rechtsstaat* trouve son origine en Allemagne, au début du XIX^e siècle et est donc assez récent. Mais il exprime une idée beaucoup plus ancienne qu'on trouve déjà dans la *Magna Carta* anglaise (1215) : soumettre le souverain au respect de règles pour limiter l'hégémonie et l'arbitraire du pouvoir. Qui protéger, quels droits protéger et comment les protéger ? Comme nous le verrons, ces trois questions n'ont cessé de recevoir de nouvelles réponses au cours des siècles. Sur l'origine et l'histoire du concept de *Rechtsstaat*, voy., en français, l'excellente thèse de Luc HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002. Adde : H. MOOHNHAUPT, « L'État de droit en Allemagne », in *L'État de droit*, Cahiers de philosophie politique et juridique, Caen, PU Caen, 1993, n° 24, pp. 71-91. Sur l'origine et l'évolution des significations de la *Magna Carta*, voy. A. WJFFELS, « Magna Carta 1215-2015 – De la normativité de la gouvernance publique à celle des droits fondamentaux », *Annales de droit de Louvain*, vol. 75, 2015, n° 2, pp.175-191.

réalité avoir quelques intentions cachées. Et celles-ci seraient que les juristes entendent imposer une autorité de légitimation extérieure à l'État. Ils voudraient en réalité justifier la validité du droit par un droit de nature divine ou un droit inspiré par l'idée d'une transcendance ou encore un droit déduit de la nature.

La fonction de cette autorité consisterait alors à discriminer entre un État et un État juste pour ensuite soutenir que seul un État juste est un État de droit :

« De même que la théologie affirme tout à la fois la transcendance de Dieu à l'égard du monde et son immanence dans le monde, de même la théorie dualiste de l'État et du droit affirme tout à la fois la transcendance de l'État à l'égard du droit, son existence métajuridique et son immanence dans le droit » (6).

Aussi, soutenir qu'un État est ou doit être un État de droit signifie donc qu'on croit que l'État devrait être *justifié ou légitimé* par un droit autre que le droit positif posé par les autorités habilitées de cet État. Or, cet autre droit « juste » ne pourrait être, d'après Kelsen, que le résultat de spéculations métaphysiques purement subjectives sur la justice ou des lois de la nature :

« Toutefois, la nature, du point de vue de la science, est un ensemble de faits reliés les uns aux autres par la loi de la causalité ; et la déduction de normes à partir de faits est logiquement impossible » (7).

Par ailleurs, un fait de la nature est neutre du point de vue de la volonté alors que la volonté a un rapport immédiat à l'action que gouvernent les normes pratiques. La nature ne veut rien. Elle n'agit pas. Comment pourrait-elle alors guider nos actions ? Soit Dieu aurait mis de la volonté dans la nature en la créant, soit les hommes introduisent eux-mêmes de la volonté dans la nature en y projetant leur propre volonté subjective. Mais, dans les deux cas, les normes de droit naturel ne contraignent que ceux qui y croient. Elles ne peuvent revendiquer aucune nécessité ni aucune universalité. Pour Kelsen, aucune règle morale ou juridique n'est immanente à la nature. Car la nature ne peut jamais créer une norme qui a le sens d'un *sollen*. Mais cela ne règle pas encore le problème de savoir si et dans quelle mesure il existe, comme je le pense, des fondements biologiques aux normes morales et juridiques. Les règles de réciprocité ou d'empathie par exemple semblent être des règles que nous partageons avec certains animaux évolués (8).

(6) H. Kelsen, *op. cit.*, p. 418. Dans une perspective jus-naturaliste opposée à Kelsen, une idée similaire est soutenue par G. Vedel à propos des relations entre les droits de l'homme et la constitution de l'État français : « Comme toute incarnation, celle des droits de l'homme dans un ordre juridique les expose à la contingence. Proclamés et garantis par la Constitution, ils ont avec elle une relation équivoque : ils sont en un certain sens créateurs de la Constitution, puisque la raison d'être et la fonction de la société politique se définissent par les droits de l'homme ; mais ils sont dans un autre sens les créatures de cette même Constitution » (G. VEDÉL, « La Constitution comme garanties des droits – Le droit naturel », in M. TROPER et L. JAUME (dir.), *1789 et l'Invention de la Constitution*, Paris, LGDJ, 1994, p. 208).

(7) H. Kelsen, « Positivism juridique et doctrine du droit naturel », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1963, T. I, p. 142.

(8) Voy., sur ceci, les travaux de F. DE WAAL et, pour une discussion critique, voy. *Primates and Philosophers. How Morality Evolved*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

Tous ces points sont essentiels.

Il n'y aurait en effet pas d'objections décisives à vouloir légitimer le droit positif si les normes justes appelées à légitimer l'État étaient susceptibles d'être empiriquement fondées. L'État de droit serait alors en quelque sorte un État de la raison objective. Mais, pour Kelsen, les normes justes ne sont que des manifestations de volonté subjectives qui ne peuvent aucunement justifier une prétention à la *vérité*. La seule représentation rationnelle possible du droit requiert donc que l'État ne soit obligé que dans les limites du droit qu'il a lui-même posé. On est ici à l'opposé du principe rapporté par Paul dans le *Digeste* et selon lequel : « No ex regula jus sumatur sed ex jure quod est regula fiat » (D., 50, 17, 1).

La *Théorie pure du droit* n'exclut pas, bien entendu, que des normes « justes » puissent être introduites dans l'ordre juridique. Des normes relatives, par exemple, à la protection des libertés individuelles. C'est même sans doute la meilleure voie pour que les destinataires des règles juridiques les appliquent effectivement et que l'État soit, en gros et de manière générale, efficace. Mais ces normes n'obligent l'État que si elles respectent les processus d'édiction formels qui seuls les rendent valides. Les conceptions d'un droit juste ou d'une société juste ne peuvent entrer en conflit avec le droit d'un État car ou bien elles font partie formellement du droit de cet État et sont soumises au principe commun de la hiérarchie des normes ou bien elles n'ont pas de validité au sein de cet État et elles ne peuvent y pénétrer par effraction (9).

La distinction que les juristes opèrent entre l'État et le droit en soutenant qu'il y existerait des États de droit et d'autres États qui ne respecteraient pas le droit ne viserait donc qu'à assurer la perpétuation d'une idéologie de légitimité fondée sur un droit naturel dont les commandements ne sont que purement subjectifs.

La critique kelsénienne de la notion d'État de droit repose fondamentalement sur l'opposition entre la connaissance objective et la volonté subjective. Or, cette opposition n'est pas seulement une thèse sur deux types différents de rationalité qui se rapporteraient à deux types d'expérience et de représentation du monde. Elle ne soutient pas seulement que la raison qui juge de la conformité d'un événement physique à une loi n'opère pas de la même façon que la raison qui juge de la conformité ou de la compatibilité d'une action à une norme pratique. Elle prétend faire beaucoup plus que cela : elle est une thèse non cognitiviste sur les conditions de vérité des propositions en général et elle est basée sur la théorie humienne de la séparation absolue du monde des faits et du monde des valeurs. Elle soutient que les énoncés exprimant des valeurs ne contiennent aucune description vraie d'un état du monde au contraire des propositions de fait. La

(9) C'est précisément ce type d'alternative que DWORKIN essaiera de dépasser dans *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977 et dans *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.

connaissance des faits s’oppose ainsi radicalement aux jugements de valeur qui ne seraient que des expressions de la volonté justifiées par des émotions, des sentiments ou des traditions culturelles. Aussi, dire : « il est juste que x » signifie quelque chose comme : « j’éprouve que non x est répugnant » ou « on m’a toujours appris que non x est mal ». On est loin de la conception kantienne d’un devoir moral fondé *a priori* sur l’universalisation d’une obligation objective donnée par la raison.

La principale raison avancée par les partisans de la thèse non cognitiviste est qu’il n’y a pas de valeurs qui existent dans le monde comme il existe des gaz, des pierres, du métal, de l’eau ou des animaux. On ne peut donc pas percevoir par nos sens la norme qui ordonne qu’on fasse le bien et qu’on évite le mal ou celle qui ordonne qu’on respecte la règle d’or « ne fais pas à autrui ce que tu ne souhaites pas qu’il te fasse ». On ne peut percevoir ni l’État, ni la responsabilité, ni la loi, ni la faute. Pas plus d’ailleurs que les « objets » mathématiques, rien de tout ceci ne peut être confirmé ou infirmé par des jugements empiriques.

Comment une théorie pure du droit est-elle alors possible ? Comment peut-elle prétendre être une véritable science du droit ? En distinguant entre les actes empiriques qui posent les normes et qui relèvent de l’ordre des faits et la catégorie formelle du devoir-être, le *sollen*, qui est la signification juridique de ces actes. Les actions que nous accomplissons en contractant ou en légiférant sont d’abord des événements physiques (des mouvements, des sons, des traces écrites) qui incarnent les échanges entre deux co-contractants ou qui conduisent à l’adoption d’un acte législatif. Ce sont des actes empiriques dans l’espace et le temps qui deviennent des actes juridiques lorsque le *sollen* leur donne cette signification. Le *sollen* est donc le schéma d’interprétation normatif du monde.

La science du droit peut parfaitement décrire une règle de l’ordre juridique. Cette description est vraie ou fausse selon que la règle décrite par la proposition (Rechtssatz) existe réellement dans l’ordre juridique. En revanche, la norme posée par l’autorité habilitée (Rechtssnorm) ne décrit rien. Elle prescrit. Elle n’est ni vraie ni fausse et n’est soumise à aucun impératif moral extérieur à l’ordre juridique positif.

En conséquence, le droit existe, il est valide, non pas parce qu’il serait justifié par une norme morale quelconque qui surplomberait le droit positif comme un Christ en majesté. Il est valide uniquement parce qu’il est posé, édicté en conformité à d’autres normes positives hiérarchiquement supérieures qui lui donnent à leur tour la signification de normes juridiques valides. Le respect de la hiérarchie des normes est alors le critère déterminant de ce qu’on appelle l’État de droit.

J’ai montré ailleurs pourquoi une différence aussi radicale entre la connaissance et la volonté, entre le monde des faits et celui des valeurs, est illusoire et repose sur une épistémologie de la science très caricaturale. Mais en adhérant à cette épistémologie, la *Théorie pure du droit* participe, et ce

n'est pas le moins intéressant, à la vaste entreprise réductionniste du positivisme logique qui a débuté à Vienne, au lendemain de la Première Guerre mondiale (10).

Le concept d'État de droit tel qu'il est pensé aujourd'hui définit certains critères que tous les États devraient respecter. Mais pour le positivisme logique, il a toujours paru dangereusement utopique d'imaginer une norme de justice qui puisse être réputée vraie universellement. Toutes les normes pratiques sont contingentes, limitées dans le temps et l'espace et n'ont aucune valeur quelconque de vérité.

Par ailleurs, mais c'est un problème un peu différent, les conceptions du monde entre deux cultures pourraient même être si différentes qu'il serait impossible de trouver un langage commun pour se mettre d'accord sur les désaccords sur les normes. C'est sans doute ce qui est arrivé lors de la conclusion du fameux traité de Waitangi (1840) entre les représentants de la Couronne britannique et les chefs des tribus maories à propos du concept de souveraineté (11).

Ce type de conflits pose des questions de philosophie du langage de grande ampleur sur lesquelles je ne peux m'appesantir ici. Mais il illustre un résultat qui sera bien dégagé par les travaux de Wittgenstein, Quine et Putnam au cours du XX^e siècle : les significations des concepts ne sont pas tout entières contenues dans le cerveau des locuteurs ; elles résultent essentiellement des pratiques sociales. En conséquence, ceux qui ne partagent aucune culture commune ne peuvent sans doute pas même cerner de manière précise leur désaccord (linguistique) sur les significations. Et, comme ils ne peuvent se mettre d'accord sur leurs désaccords, ils ne peuvent même espérer les surmonter.

Que veut donc dire finalement la thèse kelsénienne de l'identité de l'État et du droit ? Ceci : tout État est nécessairement un État de droit puisqu'il est par définition un ordre juridique. En conséquence, ceux qui utilisent la notion d'État de droit imaginent qu'un ordre juridique formellement valide devrait encore recevoir un surcroît de légitimité d'une autre source que le droit formellement valide. Cette autre source se composerait de normes exprimant certaines conceptions sur la justice. Un État de droit ne serait pas simplement un ordre juridique regroupant l'ensemble des normes posées par cet ordre mais serait une qualification réservée à un ordre juridique juste. Pour Kelsen, il s'agit là d'un programme politico-théologique qui empêche toute construction possible d'une véritable science du droit.

(10) Un des livres remarquables de cette époque est celui de R. CARNAP au titre évocateur : *Die logische Aufbau der Welt* (La construction logique du monde), 1928.

(11) Voy. P.G. McHUGHES, *Aboriginal Societies and the Common Law*, Oxford University Press, 2004, p. 166 : « Under the Maori version signed by the vast majority of chiefs, *kawā-natanga* (translitterally the “governorship”) was ceded to the Crown whilst the chiefs kept their *rangatiratanga* or chiefly authority over their people. That distinction was unnoticed and, anyway too fine for the colonial and imperial authorities ».

La théorie pure du droit repose donc sur la croyance en une double séparation. La croyance d'une séparation radicale entre les propositions d'être et les propositions de devoir-être, entre les faits et les valeurs. Et la croyance que l'on peut toujours faire la distinction entre ce que nous sommes tenus de faire juridiquement et ce que nous devons faire moralement.

L'explication d'une action par des causes ne recouvre donc jamais la justification d'une action par des raisons pratiques et la justification d'une action par une raison juridique ne dépend jamais de la justification de cette action par une raison morale. Je pense que Kelsen se trompe sur tout ceci, en grande partie parce que son épistémologie était fondée sur l'empirisme logique viennois qui a été très largement contesté dans la seconde moitié du XX^e siècle. Une raison plus précise sera aussi avancée plus loin : si nous soutenons que nous devons agir conformément à ce que nous disons et, en conséquence, que nous sommes moralement *responsables* des jugements théoriques que nous formulons, alors la séparation radicale entre le monde des faits et celui des actions s'estompe.

II. – DU DROIT SANS ÉTAT

La thèse selon laquelle tout État est nécessairement un État de droit ne signifie cependant pas que du droit n'a pu exister indépendamment d'un État. Dans l'histoire de l'humanité, de grandes civilisations sont nées sans État. Mais jamais sans droit.

En revanche, des règles morales et juridiques n'ont sans doute pu émerger qu'avec l'apparition d'un langage et elles se sont certainement développées lors de la sédentarisation des groupes nomades au néolithique. Lorsque les premiers langages sont apparus et que les premières communautés humaines se sont fixées, lorsque les hommes ont commencé à coopérer, à diviser et hiérarchiser le travail social et à échanger des biens et des services, ils ont dû faire naître diverses formes de normativité. Des règles protégeant les productions issues des cultures et des élevages ; des règles d'échanges des biens produits dans lesquels se manifestent des promesses réciproques ; des règles relatives à la résolution de conflits instituant la fonction d'un tiers qui juge.

Les premières écritures connues, apparues en même temps que les premiers centres urbains vers 3400 av. J.-C. en Mésopotamie, sont essentiellement des codifications d'opérations comptables. Mais les normes sociales sont évidemment antérieures à l'invention de l'écriture et des règles de droit figurent parmi les toutes premières traces écrites que l'on a retrouvées.

III. – LA NAISSANCE DU CONCEPT D'ÉTAT

Le concept d'État tel que nous le connaissons aujourd'hui est né à la Renaissance, dans les œuvres de Machiavel, de Bodin, de Hobbes. Il est

remarquable, me semble-t-il, que le problème qu'ils posaient est toujours le nôtre : comment comprendre en même temps la souveraineté de l'État et justifier l'adhésion du peuple qui habite son territoire ? Chez Rousseau, ce problème deviendra le suivant : comment concilier la souveraineté de l'État et la souveraineté du Peuple ?

Dans les *Six Livres de la République* (1576), Bodin définit la souveraineté comme « la jouissance absolue et perpétuelle d'une République, c'est-à-dire la plus grande puissance de commander ». On voit bien comment le concept de souveraineté se substitue aux rapports de vassalité qui participaient aux représentations du monde politique du Moyen-Age. Mais, du point de vue des citoyens, le problème est toujours resté de se libérer des contraintes étatiques qui les menacent.

Comment donc rendre compatibles l'hétéronomie de la règle juridique et l'autonomie du sujet de droit ? Car ce sujet est à la fois « assujéti » à la norme mais il comprend sa liberté comme une liberté d'agir. Or la liberté agissante, au moins à partir de la philosophie des Lumières, a consisté à être l'auteur de ses actes. Mais une action (libre) n'est proprement humaine que lorsqu'un sujet peut en revendiquer la responsabilité ou qu'autrui peut la lui imputer. Comme l'action transforme le monde en créant des attentes de comportements, l'imputation d'une action à quelqu'un est l'acte par lequel autrui demande à l'auteur de l'action de *répondre* des attentes créées par l'action. Or, lorsqu'on demande à quelqu'un de répondre de son action, on attend qu'il la justifie. Justifier une action, c'est en donner les raisons. Et donner des raisons consiste à indiquer les règles que l'on s'est données et que l'on a poursuivies en agissant.

Le philosophe américain R. Brandom soutient de manière convaincante qu'on doit interpréter la philosophie critique de Kant et sa théorie du jugement à partir du concept de responsabilité. Les jugements humains et les autres actions intentionnelles se distinguent des comportements des autres êtres vivants par cette question de la responsabilité qui renvoie elle-même au problème fondamental de l'imputation :

« Kant's big idea is that what distinguishes judgment and action from the responses of merely natural creatures is neither their relation to some special stuff nor their peculiar transparency, but rather that they are what we are in a distinctive way *responsible* for. They express *commitments* of ours : commitments that we are answerable for in the sense that our *entitlement* to the them is always potentially at issue ; commitments that are *rational* in the sense that vindicating the corresponding entitlements is a matter of offering *reasons* for them » (12).

Un type de raisons, le type même le plus pertinent dans un ordre juridique donné, est constitué par l'ensemble des règles de cet ordre juridique qui bénéficient ainsi d'un privilège épistémique particulier pour justifier une action. Bien sûr, comme le savent les juristes, cela laisse encore ouverte la question compliquée de préciser ce que signifie telle ou telle règle. Prenons seulement une des règles les plus largement reconnues dans les ordres

(12) R. BRANDOM, *Articulating Reasons*, Harvard University Press, 2000, p. 80.

juridiques, celle de l'égalité. Elle dit en gros que les situations similaires doivent être jugées de manière similaire. Mais comme l'interprétation d'une œuvre d'art est toujours inachevée, le travail interprétatif reste toujours à recommencer pour apprécier ce que signifient les similarités et les différences entre des situations et des décisions. L'achèvement repose dans la conscience et la pratique du recommencement. Dans l'œuvre ou dans la jurisprudence.

IV. — SUR L'HÉTÉRONOMIE ET L'AUTONOMIE DE LA NORME

Dès l'origine, le concept de souveraineté de l'État a donné une compétence particulière à un pouvoir centralisé : obliger par la contrainte. Mais la souveraineté signifie surtout la possibilité d'exclure ou d'inclure, de marquer un concept de frontière. La frontière inclut et exclut des personnes. Comme les structures de la parenté qui sont nécessaires pour définir qui est étranger et qui ne l'est pas dans les familles, la souveraineté est d'abord une frontière qui permet d'inclure et d'exclure. Elle permet d'exclure de son territoire les personnes étrangères qu'elles ne souhaitent pas accueillir, comme le montrent les phénomènes migratoires. Elle peut les contraindre à ne pas pouvoir disposer de la citoyenneté d'un État ou d'un autre statut, par exemple par le refoulement à la frontière. Que fait-elle, sinon les priver d'un certain état en les excluant de l'État ?

Mais, lorsque la souveraineté inclut les citoyens de l'État souverain, elle les soumet en même temps à tout un ensemble de normes juridiques. Pour chaque citoyen, l'appartenance à un État signifie à la fois l'inclusion dans un ordre juridique, rarement choisi d'ailleurs, et la crainte de voir sa propre humanité exclue du politique s'il ne peut se représenter comme l'auteur de ses actes et s'il ne peut en assumer la responsabilité. Pour Kelsen, on l'a vu, la légitimité de la norme est sa légalité et la légalité de la norme est indissociable de la sanction. Or la sanction de la norme juridique n'est autre qu'une contrainte instituée par l'État. C'est la raison pour laquelle Max Weber a caractérisé l'État comme l'institution qui possède le monopole de la violence légitime pour obliger les destinataires des normes juridiques de cet État à les respecter. Cette conception selon laquelle la règle de droit est *d'abord* perçue comme une contrainte et l'État comme l'institution qui met en œuvre la violence légitime sera critiquée par H. Hart dans le *Concept de droit* (1961). En reprenant une distinction déjà faite par Rousseau dans le *Contrat social*, H. Hart différencie les termes « être obligé de » et « avoir l'obligation de ». Car certes, je peux *être obligé* de me soumettre à la menace violente d'un voleur ou à une violence de l'État qui me force à respecter une norme que je trouve injuste. Mais je peux aussi considérer que *j'ai l'obligation* de suivre la norme de cet État, par exemple parce qu'elle m'apparaît comme une norme appropriée pour résoudre tel ou tel conflit. Dans ce cas, je ne dirai sans doute plus que je suis obligé de suivre la norme parce qu'elle est valide et me contraint. Je penserai plus volontiers que j'ai l'obligation de la suivre parce que j'en perçois la raison. Il est alors des normes qui dirigent

pratiquement sans contraindre parce qu'elles me paraissent parfaitement justifiées.

Ce va-et-vient entre être obligé et avoir l'obligation, entre contrainte et adhésion est bien rendu par Portalis dans les *Motifs des lois du Code civil des Français* :

« Il est sans doute une justice naturelle émanée de la raison seule, et cette justice, qui constitue pour ainsi dire le cœur humain, n'a pas besoin de promulgation. C'est une lumière qui éclaire tout homme venant en ce monde, et qui, du fond de la conscience, réfléchit sur toutes les actions de la vie.

Mais, faute de sanction, la justice naturelle qui dirige sans contraindre, serait vaine pour la plupart des hommes, si la raison ne se déployait avec l'appareil de la puissance pour unir les droits aux devoirs, pour substituer l'obligation à l'instinct, et appuyer par les commandements de l'autorité les inspirations honnêtes de la nature.

Quand on a la force de faire ce que l'on veut, il est difficile de ne pas croire qu'on en a le droit. On se résignerait peu à se soumettre à des gênes, si l'on pouvait avec impunité se livrer à ses penchants.

Ce que nous appelons le droit naturel ne suffisait donc pas ; il fallait des commandements ou des préceptes formels et coactifs. On voit donc la différence qui existe entre une règle de morale et une loi de l'État » (13).

V. — ÉTAT DE DROIT ET ÉTAT DE NATURE

L'État de droit est souvent distingué de l'état de nature. Mais, à proprement parler, l'état de nature n'est pas opposé à un État de droit mais à une situation dans laquelle il n'y aurait pas encore d'État. Le problème que les philosophes politiques ont alors cherché à résoudre est de déterminer les raisons pour lesquelles les hommes ont un intérêt à abandonner un état de nature (fictif) pour se soumettre à un État souverain.

Il y a évidemment de grandes différences entre les positions de Hobbes, Locke, Rousseau, Kant ou Rawls sur la question de savoir si des droits naturels préexistent ou subsistent à la formation d'un État et donc sur la nature et l'étendue de la soumission des hommes à la Souveraineté. Mais ils se fondent *grosso modo* sur une idée commune : les hommes ont accepté de sortir de leur état de nature et ils ont consenti à se soumettre à un État souverain parce qu'ils préféreraient coopérer entre eux plutôt que de rester en autarcie. Et s'ils coopèrent, ce n'est pas par une espèce d'altruisme héroïque mais parce qu'ils y trouvent un intérêt. À dire vrai, c'est le même motif qui préside aux contrats privés : les personnes contractent parce qu'ils perçoivent des gains à l'échange. C'est la raison qui préside également à la conclusion d'un contrat social (14).

(13) PORTALIS, « Exposé des Motifs sur la promulgation, les effets et l'application des Lois », in *Motifs des lois du Code civil des Français*, Paris, Imprimerie Nationale, An XII – 1804, p. 4.

(14) Il faudrait sans doute distinguer selon que les personnes contractantes se connaissent ou non. *A priori*, elles ne se connaissent pas dans le contrat social. Elles se connaissent souvent, mais pas toujours, dans les contrats privés. Mais il est aussi des contrats privés, dits *intuitu personnae*, dont l'élément essentiel est que les parties se connaissent et reconnaissent leurs qualités.

Le monde des échanges a vu le jour bien avant la naissance de l'État. Et ils ne sont compréhensibles que dans une toile d'arrière-fond tissée autour de deux concepts fondamentaux. La *confiance* envers autrui et la *réciprocité* dans les échanges sociaux (15). La confiance et la réciprocité ont certainement pris des dimensions nouvelles lorsque les hommes se sont sédentarisés au Néolithique, ce qui a engendré un accroissement de la division du travail et de la spécialisation et a permis des échanges en dehors des membres de la parenté. La confiance et la réciprocité ont dû alors se transformer progressivement en normes sociales proprement humaines : la règle de la promesse, le respect de la parole donnée ; la règle de la propriété, la distinction entre le mien ou le nôtre (le mien de ma tribu) et le tien ou le vôtre (le tien de ta tribu) ; le principe de la non-violence dans l'échange ; le principe d'un tiers arbitre dans les différends.

VI. — LE CONTRAT SOCIAL COMME ÉLÉMENT CONSTITUTIF DE L'ÉTAT

Les traits essentiels du contrat social chez Rousseau sont les suivants :

« Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout » (16).

Le contrat social ainsi défini est la solution rousseauiste au problème politique :

« Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant » (17).

Le contrat social apparaît donc comme une voie par laquelle on peut parvenir à justifier la soumission des hommes à une autorité politique sans qu'ils aliènent leur liberté. Et le mouvement fondamental du *Contrat social* consistera à reprendre le concept de Souveraineté de Bodin mais à le comprendre à partir de la notion de volonté générale : l'État souverain devient indissociable du Peuple souverain. Le contrat social fait naître la volonté générale. Mais celle-ci n'est pas du tout comprise par Rousseau comme une agrégation de volontés individuelles égoïstes comme elle le sera dans le concept de main invisible chez Adam Smith. La constitution de la volonté générale requiert le dépassement des intérêts individuels des hommes particuliers pour poursuivre le bien commun voulu par le corps uni de tous les citoyens. C'est dans cette perspective que « l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté » (18). Car mon appartenance à la volonté générale me

(15) V. SMITH, « The Two Faces of Adam Smith », *Southern Economic Journal*, 1998, vol. 65, pp. 1-19.

(16) J.J. ROUSSEAU, « Du Contrat social », in *Oeuvres complètes*, T. III, Paris, Gallimard, 1964, p. 360.

(17) *Ibid.*, p. 361.

(18) *Ibid.*, p. 365. La maxime rousseauiste selon laquelle l'homme est libre lorsqu'il se donne sa propre loi aura une influence déterminante sur le développement de la morale kantienne.

fait participer, comme citoyen, à la loi qui apparaît alors comme l'expression de ma liberté.

Ce principe participatif qui permet de sauvegarder la liberté de chacun en liant résolument la souveraineté politique et la souveraineté du peuple définit le cadre dans lequel sont apparues les différentes théories de la représentation. Quel est ce cadre ? Celui-ci : un État démocratique doit reposer sur un gouvernement du peuple par le peuple, ce qui suppose pratiquement un principe d'élection périodique par lequel il désigne ses représentants. C'est ce cadre qui est par exemple exprimé aux alinéas 1 et 3 de l'article 21 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* :

« Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ».

[...]

« La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote ».

VII. — CONTRAT SOCIAL ET REPRÉSENTATION

Où en sommes-nous ? Nous avons vu que pour Kelsen la notion d'État *de droit* est un pléonasme car un État est nécessairement un ordre juridique. Il est donc, par définition, un État de droit et le droit valide d'un ordre juridique constitue un système hiérarchisé de normes. Les actions de l'État doivent trouver leur fondement dans une norme de cet ordre. L'État doit être *habilité* à agir. Dans ce premier sens, c'est bien la hiérarchie des normes qui spécifie l'État de droit.

Par ailleurs, la forme moderne de l'État est apparue au XVI^e siècle lorsqu'on lui a reconnu la qualité de Souverain tandis qu'au XVIII^e siècle, Rousseau a opéré un tournant décisif en identifiant le Souverain au Peuple souverain qui exprime la volonté générale dans sa poursuite du bien commun. L'État devient la personnification juridique de la Nation souveraine à la Révolution française. Mais il existe des conceptions fort différentes sur les personnes ou les organes qui contribuent à l'expression de la volonté générale et sur les manières d'exprimer la volonté générale.

Selon Rousseau :

« La Souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente

Voy., par exemple, « En quoi peut bien consister la liberté de la volonté, sinon dans une autonomie, c'est-à-dire dans la propriété qu'elle a d'être à elle-même sa loi ? Or cette proposition : la volonté, dans toutes ses actions, est à elle-même sa loi, n'est qu'une autre formule de ce principe : il ne faut agir que d'après une maxime qui puisse aussi se prendre elle-même pour objet à titre de loi universelle. Mais c'est précisément la formule de l'impératif catégorique et le principe de la moralité ; une volonté libre et une volonté soumise à des lois morales sont par conséquent une seule et même chose », in I. KANT, « Fondements de la métaphysique des mœurs », *Oeuvres complètes*, Paris, Gallimard, Pléiade, Troisième section, p. 316.

point : elle est la même, ou elle est autre ; il n’y a pas de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires ; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le Peuple en personne n’a pas ratifiée est nulle ; ce n’est point une loi. Le peuple anglais pense être libre ; il se trompe fort, il ne l’est que durant l’élection des membres du Parlement ; sitôt qu’ils sont élus, il est esclave, il n’est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l’usage qu’il en fait mérite qu’il la perde » (19).

H. Pitkin a montré dans *The Concept of Representation* (1972) que Rousseau n’avait pas rapproché la question de la souveraineté du peuple et celle de la représentation. Il est resté lié à l’idée d’une démocratie directe, ce qui rendait impossible *en pratique* l’expression des intérêts de tous dans un État moderne (20). Mais Rousseau a également soutenu que l’expression de la volonté générale n’était pas entièrement contenue dans le seul moment de l’élection. Il s’agit d’ailleurs d’une justification donnée aujourd’hui aux cours constitutionnelles : des juges non élus participent à la formation de la volonté générale lorsqu’ils jugent de l’inconstitutionnalité des lois (voir *infra*).

Par ailleurs, dans la théorie républicaine de la représentation, les représentants élus ne représentent pas les électeurs. Ils représentent la figure abstraite du souverain. Cela sera traduit bien plus tard dans une des idées importantes léguées par Carré de Malberg : l’État n’est autre que la personification de l’être abstrait qu’est la Nation.

Mais un homme de la révolution, Sieyès, a largement contribué à dégager certaines des solutions que l’on connaît encore aujourd’hui. En effet, en critiquant l’idée de démocratie directe, il a développé la notion d’une assemblée représentative élue. Et il est également sorti du concept privatiste de mandat impératif. Les élus de l’Assemblée nationale représenteront la souveraineté nationale et non pas les volontés particulières.

Enfin, un des dangers principaux de tous ces déplacements était de retirer au monarque ou au Souverain du *Leviathan* un pouvoir exorbitant pour ensuite le confier tout entier à l’assemblée représentative. C’est un danger parfaitement perçu par B. Constant qui, en montrant pourquoi la souveraineté doit toujours être limitée, a défini les conditions d’un État de droit.

Dans ses *Principes du politique* (1815), Constant écrit :

« Le peuple, dit Rousseau, est souverain sous un rapport, et sujet sous un autre : mais dans la pratique, ces deux rapports se confondent. Il est facile à l’autorité d’opprimer le peuple comme sujet, pour le forcer à manifester comme souverain la volonté qu’elle lui prescrit. Aucune organisation politique ne peut écarter ce danger. Vous avez beau diviser les pouvoirs : si la somme totale du pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n’ont qu’à former une coalition et le despotisme est sans remède. Ce qui nous importe, ce n’est

(19) J.J. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 430.

(20) Voy. déjà, chez Montesquieu, « Comme, dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative : mais, comme cela est impossible dans les grands États, et est sujet à beaucoup d’inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse, par ses représentants, tout ce qu’il ne peut faire par lui-même » (*Esprit des Lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, Livre XI, VI). Rousseau ne suivra pas Montesquieu sur ce point.

pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir, sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs. Il ne suffit pas que les agents de l'exécution aient besoin d'invoquer l'autorisation du législateur, il faut que le législateur ne puisse autoriser leur action que dans leur sphère légitime [...]. La souveraineté du peuple n'étant pas illimitée, et sa volonté ne suffisant point pour légitimer tout ce qu'il veut, l'autorité de la loi qui n'est autre chose que l'expression vraie ou supposée de cette volonté n'est pas non plus sans bornes » (21).

Il ne suffit pas que l'État unifie la Nation sous l'empire des lois communes et sous le principe de la séparation des pouvoirs. L'État n'est un État de droit que par et dans la mesure de son autolimitation. La légalité, entendue au sens où la loi est l'expression de la volonté générale, ne suffit pas. La loi doit être aussi légitime, c'est-à-dire bornée par certains droits auxquels les citoyens ne peuvent renoncer et auxquels aucun pouvoir, aucune autorité, aucune assemblée souveraine ne peut porter atteinte. La personne humaine ne se réduit pas entièrement à son statut de citoyen. Le corps souverain de l'ensemble des citoyens ne s'identifie pas au corps de leurs représentants. Le sujet de droit n'épuise pas le sujet moral. L'idéal d'égalité, exprimé notamment par le suffrage universel, ne signifie pas que le peuple est parfaitement homogène.

« Les citoyens possèdent des droits individuels indépendants de toute autorité sociale ou politique, et toute autorité qui viole ces droits devient illégitime. Les droits des citoyens sont la liberté individuelle, la liberté religieuse, la liberté d'opinion, dans laquelle est comprise sa publicité, la jouissance de la propriété, la garantie contre tout arbitraire. Aucune autorité ne peut porter atteinte à ces droits sans déchirer son propre titre » (22).

Tout ceci prépare déjà le problème central de la philosophie politique de la seconde moitié du XX^e siècle qui a été énoncé par J. Rawls de la manière suivante :

« How is it possible that there may exist over time a stable and just society of free and equal citizens profoundly divided by reasonable though incompatible religious, philosophical and moral doctrine? Put another way: How is it possible that deeply opposed though reasonable comprehensive doctrines may live together and all affirm the political conception of a constitutional regime? (23) ».

D'une manière générale, la réponse apportée par les philosophes et les juristes consistera à concevoir et promouvoir de nouvelles formes institutionnelles pour qu'une pratique langagière – l'usage de la raison publique – puisse rendre possible un accord rationnellement motivé sur des normes sociales acceptables dans une communauté pluraliste.

Le problème de Sieyès était de construire l'unité de la Nation autour du Tiers État en montrant que le peuple qui ne jouissait d'aucun privilège formait presque toute la Nation vivante alors qu'elle n'avait rien et n'était

(21) B. CONSTANT, « Principes de politique », in *Oeuvres*, Paris, Pléiade, Gallimard, 1957, pp. 1108-1109. Voy. aussi la note de la page 1105 qui reprend un passage d'un discours de Constant devant les Chambres, le 10 mars 1820 : « Avec beaucoup d'amour pour la liberté, Rousseau a toujours été cité par ceux qui ont voulu établir le despotisme. Rousseau a servi de prétexte au despotisme, parce qu'il avait le sentiment de la liberté, et qu'il n'en avait pas la théorie » (*op. cit.*, p. 1629).

(22) B. CONSTANT, *op. cit.*, p. 1109.

(23) J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p. XVIII.

représentée par personne. Celui de Rawls ou d'Habermas est d'aménager un espace public grâce auquel une société juste peut être construite par des citoyens qui ne partagent pas la même culture, la même religion, les mêmes traditions. À la Révolution, il s'agissait de penser l'unité nationale malgré la diversité des ordres et des classes. Comment ? Par des lois communes et, contre Rousseau, par une représentation de l'intérêt général du peuple souverain. Et qu'attend-on aujourd'hui ? Il faut toujours penser de nouvelles formes d'unité et de représentation pour construire le bien commun. Mais cela passe nécessairement par la reconnaissance préalable du pluralisme culturel et religieux de nos sociétés et des transformations considérables qu'apportent les nouvelles technologies de l'information.

VIII. — LA CONSTITUTIONNALISATION DES DROITS

L'État de droit connaît classiquement deux principes de limitation.

Un principe de hiérarchie des normes, la création d'une norme reposant sur un mécanisme d'habilitation normative préalablement défini ; et un mécanisme de séparation des pouvoirs.

Les normes juridiques ne viennent pas de nulle part : elles doivent avoir une origine légale, elles ont des conditions normatives et formelles de validité, elles ont une traçabilité prévisible. Mais la notion même de traçabilité acceptable par un ordre juridique dépend aussi d'autres formes de discours. Les techniques d'interprétation des textes et les contraintes liées au principe dispositif et au débat contradictoire au sein de l'instance juridictionnelle jouent ici un rôle essentiel. Car elles prédéterminent l'étendue de la chose jugée, elles restreignent ce qui pourra être tenu pour vrai, elles donnent des sens renouvelés à l'adage *res judicata pro veritate habetur*.

Ce principe de limitation, la légalité qui trouve *in fine* son assise dans la norme hiérarchiquement supérieure qu'est la Constitution, est un élément important dans *L'Esprit des Lois*. Mais Montesquieu, à la suite de Locke, introduit également un second principe de limitation des pouvoirs, par leur séparation. Contenir les pouvoirs en les démultipliant :

« Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers (24) ».

Néanmoins, comme on a vu, une idée décisive de Benjamin Constant avait été d'introduire un troisième principe de limitation. Un principe interne au rapport entre la souveraineté nationale et le citoyen : la personne humaine ne renonce jamais entièrement à elle-même alors même qu'elle quitte l'état de nature pour se fondre dans le corps du souverain.

La limitation est ici intrinsèque à la relation entre une personne et un ordre juridique : certains droits individuels sont d'une nature telle qu'aucun

(24) MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, VI, Paris, Garnier-Flammarion, 1979.

citoyen ne peut accepter qu'ils soient engloutis dans la figure impersonnelle de la Nation. Le paradoxe, bien entendu, est qu'il appartient *in fine* au système juridique de renoncer à son empire en acceptant que les droits fondamentaux qu'il crée au profit des citoyens sortent de son champ de compétence législative. Ce sont donc des organes de l'État – le Constituant et le juge – qui, en définitive, définissent la nature et l'étendue des droits qui les lient (25).

Seules les personnes humaines font l'expérience de la subjectivité. Elles invoquent leurs droits pour s'opposer à ce que la signification de leur existence se réduise entièrement à l'unité du souverain. Un sujet de droit ne perd pas sa qualité de sujet moral en devenant le sujet de droit qu'il n'a jamais choisi d'être.

Comment être soi-même en étant aussi l'autre ? Le principe d'une non-identité entre la personne et la nation souveraine, entre l'ensemble des citoyens représentés et leurs représentants, a progressivement pris la forme d'une constitutionnalisation et d'une internationalisation des libertés et droits fondamentaux. Ce mouvement est considérable dans l'histoire du droit au XX^e siècle.

Certes, l'idée de créer une autorité juridictionnelle habilitée à contrôler les actes du législateur au regard des droits naturels a été plusieurs fois évoquée par les révolutionnaires (26). Comme on sait, l'Assemblée constituante avait adopté la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens en août 1789 et celle-ci aurait pu servir à enchaîner le législateur (27). Mais ce n'est en réalité que beaucoup plus tard qu'un contrôle de constitutionnalité des lois a été introduit en Europe. D'abord en Autriche, sous l'impulsion de Kelsen, juste après la Première Guerre mondiale. Ensuite, dans presque tous les autres ordres juridiques européens. Leurs compétences n'ont, aussi, cessé de s'étendre. Comment ?

D'abord de leur propre initiative, par l'interprétation extensive qu'elles ont donnée du contrôle de la légalité au regard du principe de l'égalité. Les deux principes de l'égale dignité de tous et de l'égalité de tous devant la loi avaient d'ailleurs été presque partout affirmés en premier : dans la Déclaration d'Indépendance américaine en 1776, dans celle de l'Assemblée constituante en 1789, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) ou encore dans la Convention européenne des droits de l'homme (1950).

Et toutes les juridictions du monde partent de la définition de l'égalité qu'Aristote avait donnée dans *l'Éthique à Nicomaque* :

(25) Cette remarque a une portée tout à fait générale : je ne peux me donner une règle et l'appliquer que si un tiers peut juger si mon comportement est conforme ou contraire à la règle. De la même manière, les droits fondamentaux ne peuvent être définis qu'intersubjectivement.

(26) M. GAUCHET, *La Révolution des Pouvoirs*, Paris, Gallimard, 1995, qui montre l'origine révolutionnaire et les avatars de cette idée.

(27) Le *Préambule de la Constitution française* de 1958 fait référence à la Déclaration de 1789. C'est sur cette base que le Conseil constitutionnel a décidé de lui reconnaître une valeur constitutionnelle en 1971.

« Si en effet les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales ; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales (28) »

Cette règle d'égalité traduit un principe de justice. Elle dit qu'il est juste que des situations similaires soient jugées d'une manière similaire et que des situations différentes soient jugées d'une manière différente. Toute la discussion, difficile, toujours inachevée, tourne ensuite autour de ce qu'on entend par les similarités et les différences pertinentes entre deux personnes ou deux situations. Car la règle d'égalité existait dans la Déclaration de 1776 mais elle n'a pas empêché l'esclavage. Elle existait en 1789 mais le Code civil de 1804 a longtemps reposé sur une égalité formelle des droits totalement fictive par rapport à des situations de fait inégalitaires. Plus tard, la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme n'ont pas non plus empêché des discriminations en défaveur des femmes, qui restent aujourd'hui très tenaces.

Pourtant, les Constitutions modernes sont doublement dynamiques : d'abord par les nombreuses réformes constitutionnelles qu'elles connaissent (29) et, ensuite, par la puissance imaginative des interprétations des textes par les cours constitutionnelles elles-mêmes. Les questions d'herméneutique juridique ne posent pas seulement des questions épistémologiques, notamment si l'interprétation est un acte de connaissance ou un acte de volonté. Car les différentes pratiques d'interprétation montrent comment les cours constitutionnelles peuvent rapidement devenir des instruments décisifs au service de politiques publiques.

Néanmoins, une théorie qui s'attache à l'interprétation littérale ou au sens originel d'un texte ne permet pas la même souplesse que celle qui privilégie une interprétation téléologique et contextualisée. Dans certains cas d'application d'une norme constitutionnelle – par exemple de la norme d'égalité –, on peut même être convaincu que la juridiction participe à l'oeuvre législative dès lors que la norme ne trouve sa signification *que* dans les contextes d'application.

Il est d'ailleurs assez étonnant de voir deux modèles d'interprétation aussi différents que celui qui était formulé à la Révolution française et celui de l'école réaliste au XX^e siècle.

Dans les années qui ont suivi la Révolution, les décisions juridictionnelles étaient et devaient être comprises comme des dérivations logiques des lois. La fonction de juger s'analysait donc comme la réalisation d'un syllogisme judiciaire. On faisait *comme s'il* y avait une continuité sans faille – c'est-à-dire

(28) ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 6, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1990.

(29) Sur la dynamique des réformes constitutionnelles en Belgique, voy. V. DUJARDIN, « Les droits constitutionnels originaires » et Marc VERDUSSEN, « Les droits constitutionnels subséquents », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 1, pp. 37-90.

sans sauts et soubresauts interprétatifs – entre la règle générale et la règle particulière issue du dispositif de l'arrêt ou du jugement (30). L'histoire du droit public moderne, depuis *De l'Esprit des Lois* de Montesquieu et *Des Délits et des Peines* de Beccaria, raconte cette continuité fictive, qui a marqué les membres de l'Assemblée constituante. Pour empêcher tout retour d'un gouvernement des juges, pour éviter tout débordement interprétatif d'un ordre juridique bientôt codifié, les lois des 16-24 août 1790 ont en effet canonisé le principe du syllogisme judiciaire, remarquablement exprimé par le Constituant Duport dans la formule suivante :

« Le pouvoir judiciaire est celui qui réalise et réduit en actes les décisions abstraites de la loi ; le juge est celui qui applique la loi à un fait constaté et dont l'opération juridique se ramène à un syllogisme dont la majeure est le fait, la mineure la loi et le jugement la conséquence ».

Cependant, il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence pour s'apercevoir que les applications des règles juridiques ne correspondent normalement pas à ce type de mécanisme répétitif et figé. Et elles ne le peuvent car, en réalité, les règles ne tiennent pas sous scellés les sens divers qu'elles sont susceptibles de prendre dans leurs applications, sens qu'il suffirait de se représenter mentalement pour les présenter à autrui. Il s'agit bien plutôt de justifier les applications correctes et les applications incorrectes de la règle dans des contextes d'action très variés. Et singulièrement au sein d'une instance judiciaire, cette justification prend généralement la forme d'offres et de demandes de raisons qui doivent appuyer les prétentions des parties soutenant la correction ou, au contraire, la non-correction de l'application litigieuse.

À l'exact opposé de la conception syllogistique de la fonction de juger, on trouve l'école positiviste réaliste selon laquelle l'acte juridictionnel n'exprime jamais une connaissance de la signification de la norme mais toujours une volonté des juges de privilégier une interprétation de la norme dans un contexte particulier. Comme la théorie réaliste soutient qu'aucun texte n'est clair, comme tout texte doit donc être interprété mais qu'aucune signification n'est objective, on arrive à la conclusion selon laquelle « le véritable législateur n'est pas l'auteur du texte, c'est l'interprète (31) ». Le Conseil constitutionnel en France ou la Cour constitutionnelle en Belgique devrait alors être analysée comme co-législateur de la loi.

Que différents juges ne tirent pas les mêmes droits des mêmes textes est bien connu. C'est notamment la raison pour laquelle la question du remplacement du juge conservateur Antonin Scalia à la Cour suprême des États-Unis est aujourd'hui une affaire hautement politique. Mais la norme n'a-t-

(30) Mais, en réalité, les actions et les discours des sujets de droit débordent toujours le système juridique et le font évoluer tandis que la procédure civile et pénale impose des contraintes à ce qui peut se dire et se prouver dans l'instance juridictionnelle. En ce sens, les Codes judiciaires et les Codes de procédure pénale dessinent l'architecture dans laquelle le discours juridique peut se configurer.

(31) Voy., par ex., M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, p. 36.

elle pour autant aucun pouvoir contraignant ? Si elle ne contraignait d’aucune façon, en quel sens serait-elle alors encore une règle ? Si toutes les interprétations se valent et qu’un juge en privilégie une plutôt qu’une autre, dira-t-on alors qu’il a suivi une règle ou qu’il a inventé une nouvelle règle ? Si les diverses interprétations de la règle peuvent toutes être conformes ou compatibles avec la règle, n’aura-t-on pas alors simplement perdu le concept même de règle de comportement comme le pensait Wittgenstein ? Sans compter que la règle inscrite dans le principe dispositif de la décision devrait alors elle-même être soumise aux mêmes formes ou stratégies d’interprétation...

Une vertu quelque peu paradoxale de la justice constitutionnelle dans une démocratie représentative est qu’elle rend visible l’écart entre la volonté du peuple représenté et celle des représentants, entre les intérêts des représentés et leur expression par les représentants. Elle révèle et met en scène la fiction selon laquelle la Nation souveraine serait parfaitement représentée par le corps des représentants.

La juridiction constitutionnelle est alors comprise comme l’organe tiers par excellence grâce auquel les citoyens peuvent se réapproprier leur propre subjectivité (32). En mettant en avant des droits et des libertés, ils nient que ceux-ci se fondent entièrement dans la représentation. Ils disent que la volonté du peuple souverain peut diverger de la volonté législative. Ce faisant, la volonté législative ne s’impose plus absolument par la loi du nombre. Un texte adopté à la majorité simple ou à une majorité qualifiée ne reste une loi qu’autant qu’elle n’est pas annulée par la juridiction constitutionnelle pour motif d’inconstitutionnalité.

On peut donc comprendre la naissance, le développement et la légitimité de la justice constitutionnelle de deux manières complémentaires.

La première repose sur l’idée que l’unité souveraine et indistincte de la Nation incarnée par le législateur est une fiction qui doit être dépassée. La justice constitutionnelle devient alors l’instance par excellence au sein de laquelle chaque citoyen a la possibilité de dénoncer cette fiction en montrant qu’ils furent mal représentés parce que le législateur a adopté une loi qui discrimine certaines catégories d’entre eux ou parce qu’elle heurte d’autres droits fondamentaux. En conséquence, elle n’exprime pas la volonté générale et un écart se dévoile entre le corps des représentants et le corps des représentés.

(32) Sur l’idée d’une légitimité de réflexivité de la juridiction constitutionnelle, voy. M. GAUCHET, *op. cit.*, p. 42 ; dans le même sens, D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle nécessité démocratique ? » (in G. DRAGO et al. (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999) et *Radicaliser la démocratie*, Paris, Seuil, 2015, dans lesquels il développe l’idée de démocratie continue fondée, notamment, sur une compétence élargie d’une Cour constitutionnelle ; P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique*, Paris, Seuil, 2008, spéc. Chap. III. Une discussion très claire de la légitimité de la justice constitutionnelle par le dialogue constitutionnel se trouve dans M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012.

La seconde manière de comprendre la justice constitutionnelle est de lui reconnaître la fonction d'un tiers habilité à interpréter continûment les espaces de droits et de libertés que les citoyens n'ont jamais entendu ou n'entendent plus abandonner au pouvoir des représentants. Un bon exemple est le célèbre arrêt de la Cour suprême américaine *Roe v. Wade* qui censure, sur base du droit général à la vie privée (*right of privacy*), une loi de l'État du Texas qui interdisait l'interruption volontaire de grossesse (33).

Comme on s'en aperçoit, la question politique de la représentation rejoint le problème épistémologique de l'interprétation de la norme dans la fonction de juger. Le passage de la démocratie représentative à une démocratie participative rejoint le problème de savoir ce qu'est une norme juste et ce que signifie la représentation correcte d'une norme pour un sujet. Dans cette perspective, les deux concepts classiques de représentation doivent être étudiés ensemble. L'histoire de la représentation politique et l'histoire de la représentation épistémologique doivent être analysées en parallèle.

Dans les États modernes, singulièrement dans nos démocraties délibératives, le projet de l'État de droit est aussi devenu plus ambitieux. Il ne s'agit plus seulement d'assurer l'expression de la liberté par la participation de tous à l'élection de représentants (par élections au suffrage universel, par referendum ou par tirage au sort, par exemple), ni de protéger la liberté et les droits fondamentaux par la limitation et la séparation des pouvoirs, par la soumission de l'État au droit, qui sont les formes par lesquelles on a traditionnellement défini l'État légal. On entend aujourd'hui que l'État assure une égale liberté de tous qui ne soit pas seulement purement formelle. Mais, pour qu'une égale liberté de tous soit *effective*, l'État doit nécessairement reconnaître une forme ou l'autre de justice distributive. La liberté de tous requiert alors une solidarité entre tous pour poursuivre un bien commun partagé par le plus grand nombre. Or il existe de multiples formes possibles de solidarité, c'est-à-dire de distribution et de redistribution des avantages économiques et sociaux au sein d'un ordre juridique. Toutes ces formes constituent en réalité des distributions ou des redistributions de droits et les droits ont tous un coût économique. Mais la nature et l'étendue des solidarités qu'un ordre juridique doit poursuivre en vue du bien commun est la tâche politique par excellence et elle ne peut être réductible à un calcul d'efficience économique.

(33) *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973). Ce droit n'est pas explicitement mentionné dans la Constitution américaine mais il a été fondé sur ou tiré de plusieurs dispositions au cours de l'histoire jurisprudentielle de la Cour. Dans l'arrêt *Roe v. Wade*, la Cour fonde le *right of privacy* sur le concept de liberté personnelle inscrit dans le XIV^e Amendement. C'est une décision qui reste fort controversée aux États-Unis.

CONCLUSIONS

« Un État (civitas), écrivait Kant à la toute fin du XVIII^e siècle, est l'unification d'une multitude d'hommes sous des lois juridiques (34) ». Et il poursuit en soutenant que tout État « comporte *trois pouvoirs*, à savoir la volonté universellement unifiée résidant en trois personnes » : le pouvoir souverain qui est le législateur, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire (35). Voilà comment la doctrine de la Trinité chrétienne s'est traduite en politique.

Le problème politique consiste à donner un sens à la fois logique et libératoire à cette idée de volonté universellement unifiée. Comment puis-je, comme citoyen, participer à l'action collective mise en oeuvre par cette volonté sans y perdre mon identité comme être humain ? La réponse classique des Lumières a tout entière reposé sur les concepts d'autonomie et de représentation. La contrainte de l'État n'est légitime que si ma liberté autonome est sauvegardée ; et elle ne sera sauvegardée que si je participe à l'édiction des normes qui me contraignent ; enfin ma participation s'opère par la représentation de mes intérêts dans une assemblée. Ma volonté particulière connaît alors une transmutation en volonté générale.

Les critiques les plus radicales de ce modèle n'ont pas remis en cause ses bases conceptuelles. Il s'agit toujours de définir l'autonomie du sujet par rapport à une norme qui à la fois contraint et libère et de déterminer si et dans quelle mesure les citoyens représentés dans une assemblée peuvent pleinement s'y reconnaître.

Le passage d'une démocratie représentative à une démocratie participative et le lien étroitement tissé aujourd'hui entre l'État de droit et la justice constitutionnelle apparaissent alors comme une autre manière de comprendre l'autonomie et la division des pouvoirs dans l'État, une autre manière d'imaginer la représentation.

Je voudrais pour terminer indiquer une direction de recherche nouvelle. Il s'agirait d'analyser ensemble les deux concepts de représentation épistémologique et politique. Car il me semble que les nouvelles significations données aux concepts politiques d'autonomie et de représentation sont elles-mêmes liées à l'évolution du concept épistémologique de représentation : en quoi consiste, pour un sujet, de se représenter un objet (une chose du monde physique, un intérêt, une norme, etc.) et d'exprimer adéquatement cette représentation dans un langage ? Voilà la question de la représentation épistémologique. Mais lorsqu'on propose de renforcer la participation citoyenne à l'élaboration des normes ou qu'on propose d'élargir le contrôle de constitutionnalité des lois, on n'espère pas seulement que les citoyens aient le *sentiment* d'être mieux représentés. On espère surtout que de nouvelles formes institutionnelles permettront d'aboutir à de

(34) KANT, *Métaphysique des moeurs, Doctrine du droit*, § 45, trad. J. et O. Masson, Paris, Gallimard, Pléiade, T. III, 1986, p. 577.

(35) *Ibid.*

meilleurs jugements politiques ou à de meilleures décisions constitutionnelles. Mais qu'est-ce que cela signifie ? On pourrait dire qu'une situation est juridiquement meilleure qu'une autre si elle est plus juste. Mais qu'est-ce qu'un jugement plus juste qu'un autre ? En quoi un contrôle constitutionnel des lois est-il plus juste qu'un système juridique qui n'en connaît pas, si on ne peut pas s'assurer que les juges constitutionnels peuvent élaborer de meilleurs jugements ? On touche ici à l'objectivité des interprétations des textes, à la manière de l'atteindre et aux voies qui peuvent asseoir leur autorité.

Or sur ce point, il y a une convergence remarquable entre les deux formes de représentations : elles se fondent sur une théorie de l'action davantage que sur une philosophie de la conscience, sur la solidarité des discours intersubjectifs davantage que sur des compétences figées. L'idée de procéduralisation du droit ne signifie donc pas d'abord que l'État doit assurer aux citoyens un droit à un juge. Elle signifie surtout que l'État et les citoyens doivent créer des conditions de possibilité du discours qui engendrent un jugement juste et objectivement plus juste qu'un autre jugement. Ce qui ne paraît pas possible si l'on nie que les jugements sur des valeurs puissent prétendre à une quelconque valeur de vérité.

30 octobre 2016