



HAL
open science

La notion d'État de droit en Allemagne : le Rechtsstaat

Raphaël Déchaux

► **To cite this version:**

Raphaël Déchaux. La notion d'État de droit en Allemagne : le Rechtsstaat. Rencontres l'axe 3 de l'UMR 7318 DICE "Démocratie, État de droit et droits fondamentaux", Apr 2021, Aix-en-Provence, France. hal-03214090

HAL Id: hal-03214090

<https://amu.hal.science/hal-03214090v1>

Submitted on 1 May 2021

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

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

LA NOTION D'ÉTAT DE DROIT EN ALLEMAGNE : LE *RECHTSSTAAT*

La notion d'État de droit est apparue en Allemagne après le RU, mais c'est surtout cette approche qui est utilisée par les juristes français. Très rapidement, je voulais vous présenter deux points le *Rechtsstaat* à travers son apparition, puis son sens actuel.

I. L'apparition de la notion de *Rechtsstaat* en Allemagne

C'est un concept doctrinal qui s'explique par la situation historique de l'Allemagne du XIX^{ème}.

A) L'apparition doctrinale du concept de *Rechtsstaat*

On fait parfois remonter l'origine intellectuelle de l'expression à **Kant** qui l'opposerait l'État de droit à l'état de nature dans sa « Doctrine du droit » contenue dans la seconde partie de sa *Métaphysique des mœurs* qui date de 1796.

- Toutefois le terme *Rechtsstaat* n'apparaît pas dans cet écrit, seulement *rechtlicher Zustand*, qui fait référence à l'état, mais avec une minuscule, c'est-à-dire la situation du droit.

C'est **Von Mohl** (1799-1875) qui est souvent désigné comme son « inventeur » dans la science du droit, grâce à son ouvrage sur le *Droit public du royaume de Wurtemberg* de 1829, qui introduit déjà l'aspect État social, sur lequel je reviendrai après.

Le concept de Von Mohl va rapidement se diffuser dans le discours juridique. Il n'est pas encore très juridique, c'est plus le propos de Kant lue par des juristes, la vision des lumières, *scientiste* et *moraliste*. Ainsi, l'État de droit est alors conçu comme un genre particulier d'État, un « État de raison », un « État de l'entendement » (Mohl), un « État rationnel ».

Le concept va évoluer et c'est une acception formelle de l'État de droit qui va s'imposer sous l'impulsion de **Stahl** (1802-1861) et sa *Philosophie du droit* de 1830.

Cette conception sera portée à son paroxysme par l'un des plus grands juristes allemands, **Georg Jellinek** (1851-1911) et sa célèbre œuvre : *L'État moderne et son droit* (1900). L'objectif de Jellinek est d'arriver à une autolimitation de l'État par le droit, le *Rechtsstaat* vient encadrer la capacité d'action juridique de l'État : il ne veut pas qu'il soit possible à l'État de supprimer toute liberté par exemple (conception idéaliste de l'État... et du droit).

C'est cette conception formelle sera celle qui sera réceptionnée en France par Duguit, Carré de Malberg et dont vont nous parler Laurence et Catérina.

B) Les causes historiques de l'apparition du Rechtsstaat

Deux éléments expliquent le succès de la notion de *Rechtsstaat* en Allemagne.

Tout d'abord, l'État de droit a été conçu comme une *compensation* par rapport au faible développement démocratique des États allemands jusqu'en 1918 : pas d'élection, mais l'existence de droits subjectifs justiciables devant les tribunaux.

Ensuite, le concept a été particulièrement important pour la construction de la nation allemande, dans un contexte de groupement d'États indépendants à l'origine qui sont passés de l'alliance à la confédération puis au fédéralisme unitaire prussien très autoritaire.

- Le *Rechtsstaat* a ainsi permis à *la force coercitive du droit d'être au service de l'État* pour garantir son efficacité et éviter la dislocation de l'Allemagne.

II. La signification du *Rechtsstaat* en droit allemand

Depuis la République de Weimar, la doctrine allemande distingue entre la notion formelle et celle matérielle du *Rechtsstaat*. Si la jurisprudence constitutionnelle n'a jamais repris cette distinction, elle se retrouve toutefois dans la pratique.

A) *La notion formelle*

La doctrine vise ainsi la séparation des pouvoirs, le principe de légalité et de hiérarchie des normes, voire l'existence de garanties procédurales pour la protection des droits subjectifs par le juge. Le *Rechtsstaat* ne vise alors pas les *objectifs* ou les *finalités* de l'État, mais sa façon de produire des normes.

- En d'autres termes, on pourrait dire que ce premier sens de l'État de droit en Allemagne vise à poser le cadre du jeu. Le droit a pour fonction, depuis l'antiquité, de réguler la société et *l'État de droit est alors un principe qui vient préciser comment doit s'effectuer cette régulation* : par une norme publique, claire et prévisible qu'il est toujours possible de contester devant un juge si elle touche à un droit individuel.

La doctrine s'appuie souvent sur l'article 20 al. 3 LF pour donner une définition de ce concept de *Rechtsstaat* : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit ».

En France, c'est ce que Sieyès appelait *la séparation du pouvoir constituant des pouvoirs constitués* et qui consacre l'absolu encadrement du pouvoir par le droit dans l'ordre juridique allemand : ***l'État n'exerce sa puissance qu'au moyen du droit***. Ainsi, même la destruction de la LF de 1949, l'hypothèse d'une révolution juridique, est prévue par son article 149.

- C'est vraiment l'une des *différences culturelles* entre la France et l'Allemagne. Chez nous les notions fondamentales sont structurées en fonction de *critères politiques* : le libéralisme, la souveraineté, la démocratie... En Allemagne, ces concepts sont pleinement juridicisés, c'est-à-dire qu'ils ont un sens, une fonction,

une finalité proprement juridique. *L'État de droit concrétise ainsi juridiquement l'idée moderne de liberté des lumières.*

Il est intéressant de noter que la LF fait à deux reprises référence explicitement à la notion de *Rechtsstaat*, dans un sens qui paraît être celui formel :

- comme fondement d'un droit substantiel limitant l'expropriation à l'article 16 alinéa 2 LF : « Aucun Allemand ne peut être extradé à l'étranger. Une réglementation dérogatoire peut être prise par la loi pour l'extradition à un État membre de l'Union européenne ou à une Cour internationale à condition que les principes de l'État de droit soient garantis. »
- À propos de l'UE, à l'article 23 alinéa 1^{er} LF : « Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. »

Un questionnement critique de cette conception formelle qui prend deux aspects :

Cette conception du *Rechtsstaat* est-elle normative ? On lui adjoint en effet comme conséquence, le principe de primauté de la Constitution qui est consacré par l'article 20 al 3. Or ce dernier n'a pas de conséquence normative en lui-même : c'est toujours un article de la Constitution qui est appliqué à l'encontre d'un des trois pouvoirs et non le principe même contenu dans cet article.

Cette conception du *Rechtsstaat* n'est-elle pas tautologique ? En effet, écrire dans la norme constitutionnelle suprême que les pouvoirs prévus par cette constitution doivent la respecter, n'est-ce pas redondant ? Est-ce vraiment utile ? Cette inscription n'est-elle pas symbolique ou, j'ai conscience que c'est un peu paradoxal avec ce que je viens de vous dire sur la différence culturelle entre la France et l'Allemagne, n'est-ce pas purement politique ? Une façon pour l'Allemagne d'affirmer que la page du nazisme est bel et bien définitivement tournée ?

Je ne répondrai pas ici à ces questions, d'abord parce que je n'ai pas les réponses et ensuite que je n'ai pas le temps, mais – je l'avoue – cette critique est très influencée par la vision de Kelsen de l'État de droit. Nous pourrions en discuter après si vous le souhaitez.

B) La notion matérielle

Elle vise une approche du libéralisme constitutionnel très poussée. Cette conception assumait à ses débuts une vision jusnaturaliste des *objectifs* et de la *finalité* de l'État après 1945. Elles visent les droits de l'homme qui deviennent non plus seulement une valeur ou une contrainte du pouvoir, mais sa *finitude*.

- L'État de droit est ainsi devenu un État de droits, sous-entendu, un État où les droits de l'Homme sont garantis.
- Souvent, lorsqu'elle fait référence à cette conception matérielle, la doctrine allemande parle d'État de droit comme *un synonyme de la protection générale des droits et libertés fondamentaux allemands*. Il n'y a alors aucune différence entre le *Rechtsstaat* et la protection des DLF. Toute violation d'un droit fondamental serait une atteinte au *Rechtsstaat*.

Il existe toutefois des droits *spécifiquement* rattachés au concept de *Rechtsstaat* **dans la jurisprudence allemande**. Certains sont relatifs à la production normative et à la structure de l'OJ allemand, et d'autres sont plus individuels.

L'État de droit a alors un contenu, soit déterminé en lui-même par l'article 20 LF (1), soit déterminé par les qualifications qui sont ajoutées par l'article 28 LF (2).

1) L'article 20 LF détermine des droits substantiels liés à la notion même de Rechtsstaat

Bien qu'il ne soit pas écrit en toutes lettres dans cet article, le Tribunal constitutionnel utilise **l'article 20** comme référence au *Rechtsstaat*. Plusieurs principes sont directement déduits de ce dernier

- le principe de la *sécurité juridique* tout d'abord qui a un corollaire pour les individus est le droit au respect de la confiance légitime dans la stabilité des situations juridiques résultant de décisions de l'État. Derrière cette formulation se cache surtout la garantie contre la non-rétroactivité de la loi.
- le droit à l'application du principe de proportionnalité ;
- le droit à la clarté et à la précision de la loi ;

- le droit à bénéficier d'une procédure administrative contradictoire en cas de décision affectant l'un de ses droits fondamentaux.

2) *L'article 28 LF détermine des droits substantiels liés aux qualifications de l'État de droit allemand*

L'article 28 LF vient « adjectiver » l'État de droit : « l'Allemagne est ainsi un « État de droit républicain, démocratique et social ». Cette signification renvoie à trois séries de normes :

- celles portant sur *l'État républicain*. Pas grand-chose à dire, contrairement à la France, sur ce point. C'est surtout un garde-fou contre toute velléité de revenir à un *Reich*.
- celles portant sur *l'État démocratique*. Il y a des aspects institutionnels et d'autres plus individuels :
 - Au niveau institutionnel, ce principe n'autorise le référendum qu'en cas de réorganisation du territoire fédéral uniquement. Le référendum législatif et constitutionnel est interdit.
 - On peut lier également à l'État de droit démocratique l'aspect « démocratie combative » (*wehrhafte Demokratie*) que je ne développerai pas ici.
 - Au niveau individuel, le principe de l'État démocratique constitue un véritable *droit subjectif* pour les Allemands, au même titre que la liberté d'expression ou le principe d'égalité. Le TCA admet ainsi les recours contre les traités ou les décisions de l'Union européenne sur ce fondement depuis Maastricht.
- celles portant sur l'État social
 - Il n'existe pas de droits socio-économiques comme en France ou dans la Constitution de Weimar, dans la LF de 1949, et ce principe d'État de droit social contrebalance cette absence.
 - En général, il signifie que l'État n'est pas neutre économiquement. Par exemple, le TCA a reconnu
 - Droit à la garantie d'un **minimum vital** (qui est matériel, mais aussi social et culturel).
 - Le principe de l'État social signifie que l'État doit veiller à **équilibrer les rapports sociaux** (dialogue social « à

l'allemande »). Les limites imposées au droit de propriété doivent l'être dans l'intérêt de la paix sociale.

Une critique de ce *Rechtsstaat* substantiel est de plus en plus formulée alors qu'elle était impensable au début de la LF : la dénaturation du *Rechtsstaat* en le *Richterstaat* (État de juges). Derrière cette expression se cache l'accusation classique de gouvernement des juges que l'on retrouve dans toutes les démocraties constitutionnelles. Une partie de la doctrine allemande l'utilise pour qualifier l'activisme de Karlsruhe et montrer que l'État de droit ne serait qu'un paravent pour justifier celui-ci. La Cour est allée jusqu'à vérifier la validité non seulement des révisions constitutionnelles, mais aussi de la Constitution en vigueur.

En guise de conclusion, le Rechtsstaat : une valeur, un principe ou un catalogue, plus ou moins précis, de normes ?

Les trois aspects sont présents en fait, suivant le point de vue qu'on adopte.

Une valeur ? L'ordre juridique constitutionnel allemand est considéré par la doctrine, mais aussi par le juge constitutionnel comme un ordre de valeur (*Wertordnung*), dans le cadre de sa conception axiologique du droit. Dans ce cadre, le *Rechtsstaat* figure à côté de la dignité de la personne humaine comme l'une de ces valeurs fondamentales.

- Pour ma part, je vois dans cet aspect, le retour à la conception kantienne, c'est-à-dire surtout un *état* juridique.

Un principe politique ? Un principe qualificatif ? Lorsque j'essaie d'expliquer ce concept d'État de droit, je pense souvent à la qualité de la justice : un principe dont on peut voir les contours à peu près clairement, sans que cela soit très net, et qui contient de véritables normes applicables concrètement.

Enfin, il existe bien des *normes concrètes*, des droits invocables par les justiciables devant les tribunaux sur le fondement du concept de *Rechtsstaat* et, dans ce sens, le *Rechtsstaat* produit bien des normes.