Principe de la prééminence du droit (rule of law) ou Rechtsstaatsprinzip? Quelle version de l'intitulé de l'art. 5 Cst. privilégier: *rule of law* ou *Rechtsstaatsprinzip*?

Henri Torrione*

Mots-clés: Rule of Law, Prééminence du droit, Etat de droit, Rechtsstaat

A. Introduction

Pour la sécurité juridique, ne vaudrait-il pas mieux qu'une seule langue soit utilisée dans les textes législatifs et constitutionnels? L'absence manifeste d'univocité (un seul mot pour chaque chose, pour chaque notion) dans un système juridique où «trois versions font foi»[1] ne condamne-t-elle pas le droit positif à varier au gré des interprétations? Est-ce une chose conforme au principe de l'E-tat de droit, au principe de la prééminence du droit? Le juge américain Scalia n'a-t-il pas eu raison de critiquer comme *«incompatible with the Rule of Law»* un système juridique où le droit applicable serait tel qu'il laisserait systémati-quement aux juges une très large marge d'appréciation?[2] Un pays où trois ver-sions font foi n'est-il pas un pays où le droit positif est systémiquement orienté vers une *«discretion-conferring approach»*?

On connaît la position du Tribunal fédéral face à la diversité des trois ver-sions officielles: lorsque le texte n'est pas équivalent d'une langue à l'autre, «il y a lieu de déterminer au moyen des méthodes d'interprétation usuelles lequel des textes exprime le sens véritable de la disposition»[3]. Et, certes, si l'on con-çoit la fonction des tribunaux comme la recherche de la solution adéquate aux

* Professeur de droit fiscal et de philosophie du droit à l'Université de Fribourg

1 Art. 14 al. 1 de la Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, du 18 juin 2004, RS 170.512.

2 Antonin Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, University of Chicago Law Review, 56 (1989), p. 1175.

3 ATF 123 III 442, consid. 2.d.

circonstances du cas dans le litige en cause[4], on verra peut-être la non-équivalence des textes comme un élément positif: il favorise parfois la découverte de la bonne solution[5], grâce à l'élargissement de l'éventail des possibilités. A un certain moment de sa carrière, le juge Scalia a cependant décidé qu'il allait désormais privilégier la sécurité et la prévisibilité du droit, et non plus la «perfection dans les décisions judiciaires».

Nous allons nous situer en amont de cette question, que nous ne discuterons pas. Le concept de conformité avec la *rule of law* (ou avec l'Etat de droit), qu'on utilise pour formuler la question et y répondre, n'est-il pas lui-même affecté par la pluralité des langues? Si, en effet, l'on tient compte de l'intitulé de l'art. 5 Cst., qui n'est pas équivalent dans les différentes langues, l'alinéa 1 de cet article n'a-t-il pas un sens différent entre le français et les deux autres versions? Et cette absence d'équivalence n'est-elle pas d'autant plus difficile à surmonter par l'interprète, qu'il s'agit cette fois du choix entre des traditions culturelles et juridiques profondément différentes (la culture allemande d'un côté avec le concept de *Rechtsstaat*, et la culture anglo-saxonne de l'autre avec le concept de *rule of law*). Au-delà de la diversité des cultures, il y a même des philosophies opposées entre elles (Kant d'un côté, et de l'autre Montesquieu et peut-être Aristote)?

Nous allons nous immerger dans la discussion de ce problème complexe, et montrer ainsi indirectement, comme on montre ce qu'est le mouvement en marchant, en quoi peut consister le rôle positif du plurilinguisme.

B. La diversité des formulations du principe de l'art. 5 al. 1 Cst. dans les différentes langues

I. L'art. 5 al. 1 de la Constitution suisse

Le texte de l'art. 5 al. 1 Cst. est identique dans les différentes langues. La disposition prévoit en substance dans les trois versions que, dès qu'il s'agit d'«activité de l'Etat» (de *«staatlichen Handelns»*, d'*«attività dello Stato»*), la «base et la limite» de l'activité en question *(«Grundlage und Schranke», «fondamento e limite»)*, c'est «le droit» *(«das Recht», «il diritto»)*.

4 Lorsqu'il ne s'agit pas d'un cas particulier avec ses circonstances spéciales, mais d'une situation générale, par exemple en cas d'examen de principe de la constitutionnalité d'une loi cantonale, le TF recherchera selon cette perspective la solution adéquate aux *caractéristiques objectives de la situation*.

5 Sur cet aspect, voir par exemple Hans Peter Walter (Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2000 bis 2006, RJB 2007, p. 725), qui affirme (p. 728) que *«die Hauptaufgabe jeder richterlichen Tätigkeit bleibt eben die Streitbehandlung und Streitentscheidung zur Wahrung des Rechtsfriedens, und sie kann ohne Rücksicht auf den Einzelfall befriedigend gar nicht gelöst werden»*.

Il n'en va pas de même pour l'intitulé de l'article. Nous allons examiner les différences à ce niveau, parce qu'elles peuvent conduire à une autre perspective dans la façon de comprendre l'alinéa 1, malgré le parallélisme parfait des différentes langues. Les textes allemand et italien de l'intitulé vont dans la même direction: en italien, l'intitulé est *«Stato di diritto»* et, en allemand, c'est *«Rechtsstaat»*, ou plutôt un intitulé qui utilise cette expression comme adjectif *(«Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns»)*. En français, l'intitulé est «principes de l'activité de l'Etat régi par le droit»; l'intitulé a, comme on le verra, été modifié par la commission de rédaction pour écarter l'expression «Etat de droit» au profit de celle d'«Etat régi par le droit».

Le texte français de l'intitulé combiné avec l'alinéa 1 de l'article peut être lu après cette modification comme ancrant en droit positif le principe de la Suisse comme Etat «régi *[ruled]* par le droit». Si l'on a Montesquieu à l'esprit, on sait que cela signifierait que la Constitution suisse doit être comprise comme une constitution dans laquelle *en principe*, «par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir», donc comme une constitution dans laquelle «trouve des limites», *par principe*, la tendance «que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser»[6]. Avec la perspective donnée par l'intitulé, on est conduit à lire le corps de l'art. 5 al. 1 Cst. en donnant pleine valeur à l'expression «le *droit* est […] la *limite* de l'activité de l'Etat». On verra *infra* section D. ce que cela signifie concrètement, c'est-à-dire quelle est la portée exacte du principe de la prééminence du droit *(the rule of law)*.

Mais il est d'ores et déjà évident que, si l'on adopte cette lecture de l'art. 5 al. 1 Cst., il faut rejeter les positions réductrices qui considèrent que cet «alinéa pose le principe de la légalité», que «c'est […] bien la légalité que vise cette disposition» et rien d'autre[7] – des perspectives qui amènent logiquement à «se demander quelle est la portée propre de l'art. 5»[8], et à conclure qu'elle «n'est pas absolument claire», voire qu'elle est pratiquement nulle[9]. Ces auteurs lisent bien dans le texte en vigueur que le droit est «la limite» de l'activité de l'Etat, et pas seulement sa «base», mais ils donnent au mot «droit» utilisé dans cet alinéa un sens qui les amène à considérer que ce n'est *que par le moyen des droits de l'homme* que le droit limite l'activité de l'Etat, donc par ce qui fait l'objet d'autres dispositions que l'art. 5 al. 1 Cst., si bien que le mot «limite» dans l'art. 5 al. 1 Cst. n'a pas de signification propre pour ces auteurs. C'est une perspective insuffisante sur le sens du mot «droit» dans l'art. 5 al. 1 Cst., comme on le verra, et Judith N. Shklar l'a bien mis en évidence en soutenant que «*this version of*

6 Montesquieu, De l'Esprit des Lois, Livre XI, ch. IV (édition électronique consulté le 21.04.2017 sur ‹http://institutdeslibertes.org›, p. 112).

7 Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 8 ad Art. 5 Cst., p. 43.

8 *Ibid.*, n. 7, p. 42.

9 *Ibid.*, n. 5, p. 41. Voir aussi *ibid.* n. 7, p. 42–43: la disposition «ne dit guère plus» que: les principes constitutionnels prévues dans d'autres articles «s'appliquent à *toute* activité étatique».

the Rule of Law [celle de Montesquieu, qu'on vient d'évoquer] *is evidently quite compatible with a strong theory of individual rights*», mais que *«it is not […] in the first instance a theory of rights»*.[10] Si elle a raison, c'est qu'il y a quelque chose d'autre que les droits de l'homme derrière les mots «le droit est la limite …».

Il ne faut pas rejeter ces positions réductrices, en revanche, mais au contraire les adopter, si l'on considère que «l'art. 5 donne […] au concept d'Etat de droit [et non pas au concept de «prééminence du droit»] un rang constitutionnel»[11]. On arrive à ce résultat si l'on suit la version allemande du texte légal *(«Rechtsstaat»)*, ou sa version italienne *(«Stato di diritto»)*. On est conduit alors à ne donner aucune portée au mot «limite» indépendamment des droits de l'homme, et à considérer que l'expression «Etat régi par le droit» ne signifie rien d'autre que «Etat de droit», «principe de la légalité», et renvoie en définitive au concept de «hiérarchie des normes».

Comme on le voit, le plurilinguisme ouvre un éventail large de possibilités diverses s'agissant de la compréhension du principe en cause, y compris celle d'utiliser l'expression «Etat de droit» en l'enrichissant, compte tenu de la version française, d'apports en provenance du principe de «la prééminence du droit», et donc de combiner les deux traditions. Les commentaires ont souligné que l'art. 5 Cst. ne définit de toute façon pas la notion d'Etat de droit[12]. Selon de nombreux auteurs, il faut de toute façon approcher prudemment l'idée de déduire quelque chose de précis *«aus dem Rechtsstaatsprinzip»*, mais aussi *«aus der konzeptionell stark verschiedenen Rule of Law»*[13].

Si la version du Conseil fédéral avait été reprise sans changement par le Parlement, il n'y aurait pas de débat sur l'intitulé de l'art. 5 Cst.: le Conseil fédéral proposait en effet un intitulé neutre, identique en français et en allemand («Principes de l'activité de l'Etat»), mais en commission en 1997, «afin de (mieux) mettre en évidence que la Confédération est un «Etat de droit» *(«Rechtsstaat»)*», comme le disent Aubert et Mahon[14], l'intitulé a été changé pour devenir en français «Principe de l'activité de l'Etat *de droit*», et en allemand «Grundsätze *rechts*staatlichen Handelns»[15]. Par la suite cependant, en 1998,

---

10 Judith N. Shklar, Political Theory and the Rule of Law, in: Stanley Hoffmann (édit.), Political Thought and Political Thinkers, Chicago 1998, p. 25. L'article qui nous intéresse a été publié dix ans plus tôt dans Allan C. Hutchinson/Patrick Monahan (édit.), The Rule of Law: Ideal or Ideology, Carswell 1987.

11 C'est la position d'Aubert/Mahon (note 7), n. 2, p. 40.

12 Idem.

13 Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, Zurich 2008, n. 8, ad Art. 5 Cst., p. 107, qui renvoient à Benjamin Schindler, Verwaltungsermesse, Zurich/St-Gall 2010, n. 510.

14 Aubert/Mahon (note 7), n. 1, p. 39–40. Le Commentaire cite à l'appui de cette position BO CE 28 *(Inderkum)*, PV 6251 (sous-commission 2 du Conseil des Etats, 1er avril 1997), c'est-à-dire une déclaration faite avant le changement de la version française.

l'intitulé en français a été corrigé sur proposition de la commission de rédaction, et l'on a introduit un terme qui fait référence, si notre thèse est exacte, à une toute autre tradition de pensée que la tradition allemande du *Rechtsstaat*[16].

II. La CEDH et les autres textes internationaux liant la Suisse

La rédaction de la Constitution du 18 avril 1999, qui a introduit dans le texte constitutionnel suisse le nouveau concept d'«Etat régi par le droit», ne s'est pas faite dans un vide juridique pendant les quelque quarante années de gestation du projet[17]. Pour comprendre les rapports entre les trois versions officielles de l'art. 5 al. 1 Cst. au niveau interne, il faut rappeler la situation existant sur le plan du droit international depuis la fin de la Guerre 1939–1945 et la victoire sur le fascisme. Le langage utilisé par les traités conclus à ce moment-là, auxquels la Suisse est partie, n'est pas sans impact sur la question de savoir si la Suisse a repris dans son droit interne en 1999 le concept allemand de *Rechtsstaat*, ou plutôt le concept anglo-saxon de *rule of law*, ou une combinaison des deux.

Il faut reconnaître qu'après la Seconde Guerre mondiale, l'expression *rule of law* de la tradition anglo-saxonne a connu une fortune exceptionnelle, au point qu'elle est devenue un terme universellement répandu. En français s'est imposée l'expression de «prééminence du droit» comme équivalent linguistique de *rule of law* et, en allemand, c'est d'abord l'expression *Herrschaft des Rechtes* qui a été utilisée, tout d'abord dans la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)[18], puis dans le Statut du Conseil de l'Europe (1949)[19]. Le vieux concept historique allemand de *Rechtsstaat* ne fait son entrée sur la scène

---

15 Projet de la Commission de la révision constitutionnelle du Conseil national du 21 novembre 1997, FF 1998 291 et 367.

16 Aubert/Mahon (note 7) citent en note 2, p. 39–40 «PV 5331, Commission du Conseil des Etats, 9 novembre 1998».

17 Le Message du 20 novembre 1996 indique que les travaux préparatoires «ont à vrai dire débuté au milieu des années soixante» (FF 1997 I 138).

18 L'expression *rule of law* fait son entrée sur le plan international après la guerre avec la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), où le troisième considérant formule l'idée que *«it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law»* (l'équivalent dans la version officielle en français de *«by the rule of law»* est «par un régime de droit», et, dans la traduction allemande, *«durch die Herrschaft des Rechtes»*).

19 Un an plus tard l'expression *rule of law* s'impose dans le Statut du Conseil de l'Europe, adopté à Londres le 5 mai 1949, entré en vigueur pour la Suisse le 6 mai 1963: le préambule rappelle l'attachement inébranlable des Etats membres «*to the spiritual and moral values which are* […] *the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy*» (l'équivalent français de *«the rule of law»* est «la prééminence du droit», et allemand c'est *«Herrschaft des Rechtes»*); en outre, l'art. 3 du Statut prévoit que chaque membre *«must accept the principle of the rule of law…»* (en français: «reconnaît le principe de la prééminence du droit»; en allemand: *«erkennt den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts»*).

internationale, comme équivalent officiel de *rule of law*, qu'en 1950, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[20]. Le remplacement de *Herrschaft des Rechtes* par *Rechtsstaat* comme équivalent de *rule of law* se fait ainsi à la suite de l'adoption, le 23 mai 1949, d'une *«Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland»*, qui utilise à son article 28 l'expression *Rechtsstaat*[21].

La Cour européenne a souligné dans plusieurs décisions l'importance du principe de la prééminence du droit: «[…] la Commission attribue beaucoup d'importance aux mots ‹prééminence du droit› *(to the expression ‹rule of law›)*; d'après elle, ils éclairent l'article 6 […] On peut […] admettre, avec le gouvernement, que le préambule n'inclut pas la prééminence du droit dans l'objet et le but de la Convention […] La Cour estime pourtant, avec la Commission, que l'on aurait tort de voir dans cette mention un simple ‹rappel plus ou moins rhétorique›, dépourvu d'intérêt pour l'interprète de la Convention. […] Il en est d'autant plus ainsi que le Statut du Conseil de l'Europe […] se réfère à deux reprises à la prééminence du droit *(to the rule of law)*: une première fois dans le préambule […], et une seconde fois dans l'article 3 […]»[22].

Comme on le voit, le contexte européen et international n'allait pas dans le sens du principe de l'Etat de droit, mais dans celui de la prééminence du droit. Cela conduit à notre avis, dans l'esprit d'une interprétation conforme, à considérer que les mots «Etat régi par le droit» donnent rang constitutionnel au principe de la prééminence du droit.

III. Les traités européens (UE)

L'expression *Rechtsstaat* semble avoir pris récemment la place de l'expression anglaise *rule of law* comme point de référence sur le plan européen, renversant ainsi la situation antérieure. «Etat de droit» est désormais utilisé dans l'Union européenne comme ce qui permet de bien comprendre la notion juridique sous-jacente, et c'est l'expression allemande que l'on s'efforce de copier dans

20 La CEDH reprend l'expression *rule of law* en parlant dans son préambule de *«common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law»*, avec la même traduction en français que ce qu'on vient de voir («patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit»). En allemand apparaît alors pour la première fois l'expression *Rechtsstaat («ein gemeinsames Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit»)*. En italien, l'expression *rule of law* est rendue, comme en français, par *«preeminenza del diritto»*.

21 L'art. 28 prévoit, en effet, que «Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen». Sur le site du Ministère de la justice, ce texte est traduit en anglais de la façon suivante: «The constitutional order in the Länder must conform to the principles of a republican, democratic and social state governed by the rule of law, within the meaning of this Basic Law». On rattache aussi le Rechtsstaatsprinzip à l'art. 20 al. 3 de la Grundgesetz, qui ne contient pas l'expression, mais en explique le sens.

22 *Golder c/Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, § 34, GACEDH, n. 26.

toutes les autres langues, sauf l'anglais. Depuis le Traité de Maastricht en 2002, on fait en effet figurer l'expression *«Rechtsstaat»* dans le préambule du Traité sur l'Union européenne, et on utilise en français «Etat de droit», en italien *«Stato di diritto»*, en espagnol *«Estado de Derecho»*, en portugais *«Estado de direito»*, en maltais *«l-istat tad-dritt»*, etc. L'expression française forgée quand la compréhension du concept sous-jacent était abordée à partir de la formule anglaise, c'est-à-dire l'expression «prééminence du droit», n'est plus utilisée. Il en va de même des expressions italienne *(«preeminenza del diritto»)* ou allemande *(«Herrschaft des Rechtes»)* correspondantes.

A l'origine de cette tendance, il y a bien sûr le phénomène de la «locomotive» allemande en Europe, et l'influence culturelle diffuse qui en résulte. Mais il y aussi, indépendamment de l'influence de l'Allemagne, la tentation forte de réduire le principe de la «prééminence du droit» (le principe d'un Etat «régi par le droit») à un principe de légalité compatible avec une conception positiviste du droit. Comme on va le voir plus loin, Judith N. Skhlar considère que ces concepts deviennent *«meaningless»*, de purs *«self-congratulory devices»*, dès qu'on les aborde indépendamment de l'enjeu politique qui leur a donné naissance.

Après la partie descriptive qui précède, nous allons maintenant aborder trois sections d'analyses. Alors que la deuxième et la troisième portent, respectivement, sur le principe de la «prééminence du droit» *(rule of law)* et celui de «l'Etat de droit» *(Rechtsstaat)*, la première section d'analyses est consacrée à deux arrêts du TF. Pour ne pas situer la question du principe formulé à l'art. 5 al. 1 Cst. *«intellectually, in a political vacuum»*, suivant la bonne formule de Judith N. Skhlar[23], il nous a en effet paru nécessaire de partir des deux arrêts du TF de 2003 sur la naturalisation par la voie des urnes. Avec un Tribunal fédéral qui intervient contre un referendum pour l'organisation d'un vote démocratique en ville de Zurich sur une question aussi politique que l'octroi du droit de cité, en brandissant à juste titre le quasi-slogan *«insoweit sind auch der direkte Demokratie verfassugsrechtliche Grenzen gesteckt»*[24], on touche du doigt qu'en Suisse, en raison de l'art. 5 al. 1 Cst. (c'est la thèse qu'on va défendre), l'Etat est «régi par le droit» et le droit impose en conséquence des limites à la démocratie – un «droit» qui, dans cette affaire, n'est pas constitué par les droits de l'homme, mais par une certaine «disposition des choses, par laquelle le pouvoir arrête le pouvoir»[25]. Ce «droit» qui limite la démocratie, c'est-à-dire cette «disposition des choses», c'est, selon l'arrêt du TF, un dispositif constitutionnel garantissant un procès équitable même en dehors de toute procédure judiciaire ou administrative dans laquelle une personne essaierait de faire valoir un droit patrimonial ou un droit de l'homme, donc indépendamment de toute ingérence

23 Shklar (note 10), p. 21.
24 ATF 129 I 232, JdT 2004 I 588, consid. 5.
25 C'est l'expression de Montesquieu (note 6).

dans un droit. C'est quelque chose d'inconcevable pour les positions en faveur du *Rechtsstaatsprinzip*, mais pas pour celles qui considèrent que l'art. 5 al. 1 Cst. donne au concept de prééminence du droit *(rule of law)* un rang constitutionnel.

On assiste ainsi dans un pays où il y a plusieurs versions officielles de la Constitution et des lois, à la compréhension d'un principe complexe de droit constitutionnel qui s'effectue dans le contexte d'une certaine tension – celle qu'installe l'absence d'équivalence des formulations dans les trois langues.

C. Les deux arrêts du Tribunal fédéral de 2003 sur la naturalisation par la voie des urnes: un reflet du principe de prééminence du droit (rule of law), ou du principe de l'Etat de droit (Rechtsstaatsprinzip)?

On va surtout examiner l'arrêt relatif aux naturalisations intervenues par la voie des urnes dans la Commune d'Emmen, le 12 mars 2000[26]. Un certain nombre de demandeurs de naturalisation (23) couvrant un total de 56 personnes ont fait l'objet d'un vote des citoyens et citoyennes. Le droit de cité a été accordé à 6 candidats originaires d'Italie, et refusé aux autres, principalement des ressortissants de l'ex-Yougoslavie. Cinq requérants ont recouru contre ce refus, et le TF a accepté la demande d'annulation de la décision communale, en raison notamment d'absence de procédure équitable (absence de décision reposant sur une motivation).

L'affaire arrivait au bon moment pour tester la nouvelle disposition constitutionnelle sur le «droit» comme limite de l'activité de l'Etat (art. 5 al. 1 Cst.), autrement dit, selon notre thèse, sur «la prééminence du droit»: la nouvelle constitution avait été acceptée par le peuple et les cantons le 18 avril 1999, et elle était entrée en vigueur le 1er janvier 2000.

Bien que le TF n'ait pas explicitement fait référence à l'art. 5 al. 1 Cst., nous allons expliquer la *ratio decidendi* de ces deux décisions en recourant à cette disposition, c'est-à-dire au principe que la Suisse est un «Etat régi par le droit», au principe du droit comme limite à l'activité de l'Etat. Expliquer la décision du TF simplement comme assimilation du vote communal à un acte juridique de nature administrative, c'est, nous semble-t-il, ne parler que de la conséquence; et, en ne parlant que de la conséquence, on risque de la prendre pour le principe d'où elle découle!

La voie de droit au TF était ouverte, selon la décision du TF, aussi bien parce qu'il y avait un intérêt juridiquement protégé découlant directement de l'interdiction de la discrimination, que pour violation des garanties de procédure te-

26 ATF 129 I 217, JdT 2004 I 574.

nant à une décision communale dépourvue de toute motivation, parce que prise par la voie des urnes.

Le point central de la décision du TF, c'est l'appréciation qu'avec ce vote en matière d'octroi du droit de cité ou de refus, «les citoyens de la Commune d'Emmen […] assument une tâche étatique» *(«nehmen eine staatliche Aufgabe wahr»)* (consid. 2.2.1): c'est l'appréciation du TF qu'il s'agit d'une «activité de l'Etat» qui relève de l'art. 5 al. 1 Cst., et qui, donc, trouve sa limite dans le «droit». L'autre arrêt du même jour contient plus d'éléments à ce sujet[27]. Il précise que l'on a affaire à une telle activité «lorsqu'une décision touche directement la situation juridique d'un particulier», peu importe par qui elle est prise, même si elle est prise «par un parlement» (consid. 3.2) ou dans le cadre du fonctionnement de la démocratie directe. Le point central est qu'il s'agisse d'activités étatiques «dans lesquelles quelqu'un – en tant que partie – est touché matériellement, en particulier quand il peut être atteint de manière plus intense que d'autres personnes» (consid. 3.2). Cela correspond donc «en principe à toutes les procédures qui sont de nature à se terminer par des injonctions individuelles et concrètes» (consid. 3.2). L'exigence pour déclencher l'application de l'art. 5 al. 1 Cst., c'est donc qu'il s'agisse d'une «mesure individuelle et concrète», d'«une décision sur le statut juridique de particuliers» (consid. 3.3).

Nous revenons à l'arrêt sur le refus de naturalisation, qui est intervenu par la voie des urnes dans la Commune d'Emmen (ATF 129 I 217, JdT 2004 I 574). Après avoir analysé la question de la violation de l'interdiction de la discrimination, que nous laissons de côté, le TF aborde la question de l'exigence de procédure équitable, c'est-à-dire la question du «droit» qui limite cette activité de l'Etat lorsque cette activité est constituée de «mesures individuelles et concrètes», d'«une décision sur le statut juridique de particuliers». Le TF précise d'entrée de cause, avec beaucoup de pertinence, que le grief relatif au problème de la procédure équitable ne concerne pas uniquement le résultat du vote, mais «remet en question la procédure de naturalisation par les urnes en tant que telle» (consid. 3).

Elle présente en elle-même une grave déficience par rapport à l'exigence de procédure équitable: elle ne constitue pas une décision fondée sur des raisons, donc adéquatement motivée, ou tout au moins susceptible de recevoir une motivation adéquate. C'est un point central pour notre étude. Le concept de la Suisse comme Etat régi par le «droit», qui a désormais rang constitutionnel, pose en effet la question difficile de savoir ce qu'est ce «droit» qui régit l'Etat. En examinant plus bas la tradition anglaise de la prééminence du droit *(rule of law)*, on découvrira que ce droit n'est pas constitué par des dispositions de droit matériel. Il a un contenu qui ne renvoie pas à un droit ou une liberté matériel.

27 Il s'agit de l'arrêt sur l'initiative communale demandant le recours à la voie des urnes pour les naturalisations dans la commune de Zurich (ATF 129 I 232, JdT 2004 I 588).

Montesquieu soulignait déjà cet aspect procédural, au moyen de cette idée que «par la disposition des choses», notamment l'aménagement adéquat du pouvoir de juger (totalement séparé de l'exécutif et du législatif), le pouvoir de l'exécutif et du législatif, ou celui ou celle qui l'exerce, «trouve des limites», non pas seulement dans le droit matériel (pas d'ingérence dans un droit!), mais aussi du fait que «le pouvoir arrête le pouvoir». Comme il n'existe pas de droit à la naturalisation, c'est en l'occurrence une protection importante; c'est même probablement la seule qui existe.

Nous consacrons à cette question toute la section D. ci-dessous. Le but est de saisir l'impact concret précis qui caractérise le principe de prééminence du droit de l'art. 5 al. 1 Cst. lorsqu'il intervient dans des situations de ce genre. Cette question va être abordée par le TF dans l'autre arrêt du même jour[28]. Le TF va développer dans cet autre arrêt une véritable philosophie de la motivation, selon laquelle l'obligation de motiver est justifiée par des raisons intrinsèques, des questions de justice matérielle minimale, de procédure équitable. Motiver la décision s'impose notamment afin d'«éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations non pertinentes» *(«von unsachlichen Erwägungen»)*, c'est-à-dire comme autocontrôle dans le cadre de la recherche rationnelle de la décision à prendre *(«im Sinne einer selbstkontrolle zur Rationalisierung der Entscheidfindung»)*. Bien plus, une telle obligation de motiver existe d'autant plus intensément que la situation juridique à trancher a un caractère plus indéterminé: il y a l'idée exprimée par le TF de «la compensation du caractère indéterminé de la situation par un renforcement des droits de procédure»; en effet, «plus l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation et plus les éléments matériels qui doivent être pris en considération dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation sont variés, plus il convient de fixer des exigences strictes pour la motivation» (consid. 3.3). Par rapport à la personne visée, la motivation doit être envisagée comme la capacité de la décision de la «convaincre de la justesse, ou à tout le moins de l'objectivité *(Sachlichkeit)* du résultat» (con-sid. 3.5).

Au vu de ce *«rechtsstaatliche Defizit der Initiative»*, le TF affirme de façon précise et percutante (consid. 5) qu'il faut admettre qu'il y a aussi en ce sens des limites de droit constitutionnel à la démocratie *(«insoweit sind auch der direkte Demokratie verfassugsrechtliche Grenzen gesteckt»)*. On peut considérer qu'il fait ainsi expressément référence, bien que de façon discrète, à l'intitulé de l'art. 5 Cst. (*«Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns»*, «Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit», *«Stato di diritto»*), ainsi qu'à l'idée du «droit» comme limite, qui figure dans l'alinéa 1 de l'article.

28 Il s'agit de l'arrêt sur l'initiative communale demandant le recours à la voie des urnes pour les naturalisations dans la commune de Zurich (ATF 129 I 232, JdT 2004 I 588).

D. Le principe de prééminence du droit, de rule of law («l'Etat régi par le droit»)

Explique-t-on mieux ces arrêts du TF lorsque la formule de l'art. 5 al. 1 Cst. («le droit est […] la *limite* de l'activité de l'Etat») est comprise comme l'affirmation qu'en Suisse l'Etat est «*régi* par le droit», c'est-à-dire qu'en Suisse il y a «*prééminence* du droit», «*rule* of law», «*Herrschaft* des Rechtes»? Nous sommes en train de répondre positivement.

Il est utile pour qui veut aborder cette façon de comprendre l'art. 5 al. 1 Cst., de partir d'une courte description de ce qui caractérise vraiment la perspective anglo-saxonne, afin de fixer les idées. Comme il ne s'agit pas d'une question relevant des universités et du monde académique, mais de la pratique séculaire du droit en Angleterre, nous proposons comme point de départ la formule utilisée sur le site d'un bureau d'avocats *(barristers)* de Londres: «*The rule of law is the* […] *legal principle* […] *that law should govern a nation* […], *as opposed to governance by the arbitrary decisions of individuals and government officials holding public office*»[29]. Cette courte description a notamment l'intérêt de supprimer toute ambiguïté sur le sens du mot *rule*: elle met en évidence que les mots «*rule* of *law*» signifient que «*law* should *rule* the nation». Elle permet aussi de saisir le caractère prescriptif du principe *(«should»)*. L'autre sens du mot *rule* est ainsi écarté (celui qui en français se traduit par «règle»); et, de plus, il est désormais clair que le principe de la prééminence du droit ne doit pas être compris comme la description d'un état de chose, mais comme une prescription.

Indépendamment de ces deux premiers points, rappelons les critiques de Joseph Raz contre l'utilisation large souvent faite de *rule of law*: on vise souvent par ces mots, dit-il, l'ensemble des valeurs qui font partie d'un bon système juridique. Raz remarque pertinemment dans son article de 1977 que *«if the rule of law is the rule of good law then to explain its nature is to expound a complete social philosophy»*[30]. Il relève aussi que si l'on identifie ce principe à celui de la légalité, *«the rule of law seems to amount to an empty tautology»*.[31] Il a parfaitement raison dans ces deux critiques, nous semble-t-il, et elles constituent le troisième et le quatrième point de nos remarques préliminaires: le principe de la prééminence du droit n'est pas identique à celui de la légalité, et il n'est pas non plus une façon commode de désigner l'ensemble des dispositions matérielles correspondant au droit désirable.

En revanche, la conception que Raz propose dans la partie positive de son article – les mots *rule of law* désigneraient selon lui les bonnes propriétés for-

29 ‹www.5chancerylane.com/the-rule-of-law-a-legal-principle/› (site consulté le 20 avril 2017).

30 Joseph Raz, The Rule of Law and its Virtue, in: The Authority of the Law: Essays on Law and Morality, p. 210–229, Oxford 1979, p. 210–229, p. 211; l'article a été initialement publié en 1977 dans The Law Quarterly Review.

31 *Ibid.*, p. 213.

melles de la loi, quel que soit le contenu de cette dernière, comme l'interdiction de la rétroactivité – ne nous paraît pas convaincante, bien que l'idée de rechercher le droit visé par le principe dans autre chose qu'un contenu de droit matériel soit juste. Juddith N. Shklar a bien vu le point faible des analyses formalistes comme celle de Raz: elle indique dans un article de 1987 que le principe de la prééminence du droit *(rule of law)* devient quelque chose d'insignifiant dans la doctrine contemporaine, parce que la finalité ou l'enjeu politique (au sens noble du terme) qui donnait son sens au principe a été oubliée[32].

La finalité ou l'enjeu politique dont parle Shklar est pourtant quelque chose de simple à comprendre: il suffit de prêter un peu d'attention aux formules utilisées dans le passage de Montesquieu déjà cité plus haut. Montesquieu y parle de l'utilité pour la liberté, d'une constitution telle que «par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir», de sorte que dans cet Etat la tendance «que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser», «trouve des limites». Les deux décisions du TF de 2003 examinées plus haut constituent selon nous un bon exemple du type d'un enjeu dans lequel le principe peut se manifester avec tout son tranchant. Shklar est sans concession dans sa critique des conceptions formelles[33] en matière de *rule of law*: *«The contemporary theories fail because they have lost a sense of what the political objectives of the ideal of the Rule of Law originally were and have come up with no plausible restatement. The upshot is that the Rule of Law is now situated, intellectually, in a political vacuum»*[34].

Il ne faudrait pas que le lecteur pense qu'on est en train de se pencher sur quelque chose de poussiéreux, oublié de tous, et dont on a même perdu la signification. Ce qu'oublie totalement la théorie du droit pur de Kelsen et l'*analytical jurisprudence* d'Hart et de Raz n'a en effet pas pour autant disparu de la pratique du droit. L'arrêt de la High Court of Justice, du 3 novembre 2016, sur l'obligation de la Couronne et du gouvernement britannique d'obtenir un acte du Parlement pour pouvoir activer l'article 50 du Traité sur l'Union européenne, à la suite du referendum en faveur du Brexit, repose entièrement sur le principe de la prééminence du droit[35]. Après le résultat dramatique du referendum, compte tenu de l'important enjeu politique, le rôle que reconnaît la Cour à ce principe n'aboutit manifestement pas à situer le principe, intellectuellement parlant, *in a «political vacuum»*[36]. L'arrêt précise que *«the subordination of the Crown (i.e. the executive government) to the law is the foundation of the rule of law in the United Kingdom. It has roots well before the war between the Crown*

32 Shklar (note 10), p. 21.

33 Raz (note 30), p. 216, souligne qu'il défend une *«formal conception of the rule of law»* (p. 216): c'est pour lui l'ensemble des propriétés de la loi, qui permettent à cette dernière d'être *«capable of guiding the behaviour of its subjects»* (p. 214).

34 Shklar (note 10), p. 21.

35 The High Court of Justice, Case nº: CO/3809/2016 and CO 3281/2016, 03/11/2016.

36 Cf. note 34.

and Parliament in the seventeenth century but was decisively confirmed in the settlement arrived at with the Glorious Revolution in 1688 and has been recognized ever since»[37]. Le considérant suivant, consacré à cette origine ancienne, cite un arrêt de la Cour présidée par le célèbre juge Sir Eward Coke dans les années 1610: *«the King by his proclamation or other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or the customs of the realm»*[38]. Dans l'affaire de la sortie de l'Union européenne, la Cour a attiré l'attention sur un aspect essentiel du principe de «prééminence du droit» dans la situation politique dans laquelle se trouvait le Royaume-Uni après le referendum: la sortie de l'UE décidée démocratiquement allait modifier substantiellement la législation anglaise, et le principe dans le Royaume-Uni en matière de législation est que *«the Crown in Parliament is sovereign and that legislation enacted by the Crown with the consent of both Houses of Parliament is supreme»*[39]. La High Court a jugé que la modification du droit, bien qu'indirecte, l'emportait sur la combinaison entre l'aspect démocratique du referendum et la compétence du gouvernement en matière de traités internationaux. La cour anglaise aurait probablement pu proclamer dans cette affaire, comme le TF l'a fait dans l'affaire de la naturalisation par la voie des urnes: *«Insoweit sind auch der direkten Demokratie verfassungsrechtliche Grenzen gesteckt»*![40]

Il est vrai que, dans le cas du Brexit, le principe de la prééminence du droit exigeait le respect de *procédures* constitutionnelles en matière de modification législative, alors que, dans le cas de la naturalisation par la voie des urnes, le principe de la prééminence du droit exigeait le respect de *procédures*, de niveau constitutionnel aussi, mais en matière de «décision sur le statut juridique de particuliers» bien déterminés[41]. Quel est le point commun qui fait que, dans les deux cas, il s'agit d'une question de prééminence du droit, de *rule of law*? Comme on va le voir, c'est qu'il s'agit dans les deux cas d'un «droit» auquel on reconnaît dans le cas d'espèce – en Angleterre, dans le cas du Brexit, en Suisse, dans le cas de la naturalisation par la voie des urnes – une portée telle qu'il *régit* l'Etat en cause. Il s'agit d'un «droit» *consistant dans les deux cas en une certaine «disposition des choses» au niveau constitutionnel, et non pas dans des règles de droit matériel*. Raz n'avait donc pas tort de se tourner vers une dimension qui ne tient pas au contenu du droit matériel pour comprendre la *rule of law*, mais en s'attachant aux propriétés formelles de toute loi, il ne s'est pas tourné dans la bonne direction – vers la dimension qui donne sa signification au principe de la prééminence du droit. C'est une dimension politique comme l'a dit Shklar[42], mais loin de prêter attention à une telle dimension, Raz

37 Consid. 26.
38 The *Case of Proclamations* (1610) 12 Co. Rep. 74.
39 Consid. 20.
40 ATF 129 I 232, JdT 2004 I 588, consid. 5.
41 ATF 129 I 232, JdT 2004 I 588, consid. 3.3.
42 Cf. note 34.

reproche à Friedrich A. Hayek[43] de raisonner de façon telle que *«the rule of law is transformed to encompass a form of government …»*![44]

Que signifie «disposition des choses» en matière de constitution (Montesquieu pensait à la constitution anglaise)? On le pressent déjà en lisant l'arrêt de la High Court dans l'affaire du Brexit, que l'on vient d'évoquer: c'est un certain ordre constitutionnel, qui fait qu'en Angleterre une majorité lors d'un referendum ne suffit pas. Un grand juriste anglais de la fin du 19e siècle, le constitutionnaliste A. V. Dicey, donne une bonne idée de ce qu'est une «disposition des choses», quand il tente d'expliquer pourquoi en Angleterre le principe de la souveraineté du Parlement, d'une part, et, d'autre part, le principe de la prééminence du droit ne sont pas, malgré les apparences, en contradiction l'un avec l'autre. Au contraire, dit-il, la souveraineté du Parlement favorise le principe de la prééminence du droit en raison de caractéristiques qui distinguent le Parlement anglais *«from other sovereign powers»*[45]. Parmi ces caractéristiques, il y a le fait que le Parlement anglais, consistant en la Couronne, en la House of Lords, et en la House of Commons, ne peut trancher que *«through the combined action of its three constituent parts»*. Pour cette raison, c'est-à-dire en raison de cette «disposition des choses» (voilà donc un exemple de ce que Montesquieu vise par cette expression), *«parliamentary sovereignty has favoured the rule of law»*.

Si l'on y réfléchit bien, on voit en effet que ce n'est ni la souveraineté du Parlement qui est décisive ni celle de la Couronne, mais celle de la loi constitutionnelle de base qui détermine la fonction de chacun en matière de pouvoir législatif. C'est ce genre de règles qui gouvernent, qui régissent l'Etat, et le principe de la prééminence du droit conduit à affirmer leur domination (en allemand c'est le mot *Herrschaft*[46] qui est utilisé) sur l'Etat, par principe, dans des situations nouvelles et problématiques, ou qu'on perçoit comme nouvelles, comme le Brexit ou la naturalisation par la voie des urnes. Relevons que, quand on parle de souveraineté du Parlement en Angleterre, le mot «Parlement» est une abréviation pour désigner *«the Crown in Parliament»*, comme le relève le considérant 20 de la décision de la High Court[47].

Le principe de la séparation des pouvoirs entendu selon l'exemple de *«the Crown in Parliament»*, repris par Montesquieu et par Locke[48], proscrit l'attribution de l'intégralité de la fonction législative à un organe unique, et exige, en

43 Friedrich A. Hayek, Droit, Législation et Liberté, t. II, Paris 1981.

44 Raz, (note 30), p. 227. En réalité, toute la doctrine de la prééminence du droit porte sur le contenu particulier de certaines règles secondaires, y compris de la règle de reconnaissance ultime.

45 A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of Constitution, Londres 1889, p. 331.

46 Cf. note 19.

47 Cf. note 35.

48 Les meilleures explications se trouvent dans la lettre 47 de Madison, dans Le Fédéraliste, Paris 2012, p. 379–386; voir à ce sujet Mark Lahmer, La constitution américaine dans le débat français: 1795–1848, Paris 2001, p. 10 ss.

plus du bicaméralisme (qui organise une séparation au sein de l'organe législatif lui-même), un équilibre de pouvoir législatif (ce qu'au 18e siècle on appelait une «balance de pouvoir») par distribution de la fonction législative à plusieurs (la Couronne en Angleterre, le peuple par referendum facultatif en Suisse, ou le Président aux USA, prend part au processus législatif en disposant d'un droit de veto). C'est une «disposition des choses» par laquelle le pouvoir arrête le pouvoir, c'est-à-dire un mécanisme constitutionnel, une sorte de norme (une norme qui a le même type de contenu que les règles qui précisent une façon de faire, par exemple les règles de jeu). Le principe de la prééminence du droit indique comment s'orienter pour trancher les cas où l'on a affaire à une question difficile, à un domaine encore inexploré. Le droit qui se développe ainsi, et qui consacre le principe de la prééminence du droit, ou qui le reflète, c'est une certaine disposition des choses au niveau constitutionnel. On verra plus loin comment Aristote en fait la théorie, en expliquant d'une part que c'est un certain type de norme, en expliquant d'autre part pourquoi ce type de norme a un rôle central au niveau constitutionnel, c'est-à-dire quel est l'enjeu politique.

Il y a une autre décision célèbre du tribunal présidé par le juge Coke. Elle nous intéresse plus que celle citée par la Cour dans l'affaire du Brexit, parce qu'elle est plus proche de la question tranchée par le TF en 2003: en effet, elle ne porte pas sur un problème de distribution du pouvoir législatif, mais sur une question de «décision sur le statut juridique de particuliers» bien déterminés, comme dans l'arrêt du TF sur la naturalisation par la voie des urnes. Dans cette affaire tranchée par le tribunal présidé par Coke, la question était de savoir si le souverain, parce que souverain, peut trancher les cas qui concernent des particuliers en lieu et place des tribunaux ordinaires, dans des cas spéciaux qui impliquent des décisions prises par des tribunaux ecclésiastiques, ou si cela est contraire au principe de «la prééminence du droit». On va voir que cette décision, c'est en substance, il y a plus de 400 ans, la reconnaissance du lien étroit entre «le droit à un procès équitable», c'est-à-dire notamment l'accès à un tribunal indépendant et impartial, et ce que la Cour européenne appelle «le principe fondamental de la prééminence du droit»[49]. Il faut savoir que le juge Sir Edward Coke a été Chief Justice sous le Roi Jacques Ier, jusqu'au moment où en 1616 il sera démis de ses fonctions, deviendra député aux Communes, et verra ses manuscrits confisqués par Charles Ier en 1628 (le roi défendu par Hobbes, un roi finalement jugé par le Parlement et condamné à mort pour des questions qui relevaient ainsi de la prééminence du droit). On va voir la réaction du tribunal et

49 *Sunday Times c/Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 55, *GACEDH*, n. 57. La Cour a affirmé que le droit à un procès équitable «consacre le principe fondamental de la prééminence du droit …»; la version anglaise dit plus précisément que ce droit *«reflects the fundamental principle of the rule of law»*. Dans *Goldner c/Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 34, *GACEDH*, n. 26, dont on a cité un large extrait en regard de la note 22, la Cour soutient que «la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux (*one can scarcely conceive of the rule of law without* […]»).

du roi dans cette affaire où le roi voulait supprimer le droit à un procès équitable en suspendant le fonctionnement normal de la justice dans certaines affaires, pour remplacer dans ces affaires la décision des juges par sa décision personnelle. Pour mettre les choses en perspective, relevons que l'affaire de la naturalisation par la voie des urnes tranchée par le TF en 2003, et encore plus l'initiative populaire fédérale «Pour des naturalisations démocratiques» dans toute la Suisse, rejetée par le peuple et les cantons le 1er juin 2008, avaient un but semblable à celui du roi: remplacer le fonctionnement ordinaire de la justice, dans certaines affaires, par une décision du souverain, constitutionnellement «définitive».

Le cas litigieux surgit en 1607 parce que Bancroft, archevêque de Canterbury, vient se plaindre au roi Jacques Ier de la pratique suivie par les cours de *common law*, qui se permettent souvent d'interdire qu'on exécute les décisions des cours ecclésiastiques, pour des raisons tirées de la *common law*. Le roi convoque «ses» juges, et leur déclare qu'il a le pouvoir de juger lui-même ces questions suivant le vœu de Bancroft, parce que les juges sont ses délégués, et qu'il peut donc se saisir personnellement de toute affaire. Dans *The case of Prohibitions* (1607), 12 Co. Rep. 64[50], Sir Edward Coke fait état de la position adoptée par le tribunal, selon laquelle «le roi en personne ne peut juger aucune affaire qu'elle soit criminelle ou civile; […] de telles affaires doivent être décidées et jugées par une cour de justice […]. Aucun roi, après la conquête, ne s'est attribué le droit de rendre justice dans aucune affaire […] A cela le roi oppose que le droit est fondé sur la raison et qu'il a autant de raison que les juges. A quoi je répondis que […] les affaires qui concernent la vie, les héritages, les biens et le patrimoine […] ne doivent pas être décidées par la raison naturelle, mais par la connaissance argumentée et raisonnée du droit *[are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law]*; que le droit nécessite une longue étude et expérience avant qu'on puisse le maitriser *[which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it]* […] Cela offensa gravement le roi, qui dit que, si cela était vrai, il devrait être soumis au droit *[he should be under the law]*, mais que ce serait une trahison de le prétendre; à quoi je répondis que Bracton a dit *quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege [that the King ought not to be under any man but under God and the law]*».

Le plus important du point de vue de la *rule of law* n'apparaît pas dans la reprise du texte de Bracton, qui n'est pas complète. Le texte complet est, après la virgule, «[…] *sed sub Deo et lege quia lex facit regem* (parce que c'est la loi qui fait le roi)»[51]. Bracton, qui fut juge pendant vingt ans au 13e siècle sous le règne d'Henri III, donne dans la partie manquante la raison pour laquelle le

50 Owen Hood Phillips, Leading Cases in Constitutional Law, Londres 1957, Ch. 13, p. 46–47.

51 La phrase latine est donc: «Ipse tamen rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem».

souverain est soumis au droit: «parce que c'est la loi qui fait le souverain»! La loi est entendue ici, c'est manifeste, comme une certaine «disposition des choses»[52] en matière constitutionnelle. C'est cette «disposition des choses» dont Montesquieu dit ce qu'elle doit être, avec son affirmation sur la séparation et l'indépendance des tribunaux qu'«il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice»[53].

La dernière observation que nous voulons faire sur cette conception de la prééminence du droit en Angleterre a trait à une heureuse «disposition des choses» qui s'est imposée comme évidente aux Anglais, en raison de circonstances historiques. Il y a en effet quelque chose de plus radical que la fragmentation du pouvoir législatif *(«the Crown in Parliament»)* dont on a parlé plus haut, quelque chose qui est présent en arrière-fond des deux décisions du tribunal présidé par Coke, aussi bien celle qui refuse au roi le pouvoir de faire les lois, que celle qui lui refuse le pouvoir de faire le juge: il y a l'existence de la *common law* et de ses tribunaux, c'est-à-dire d'un droit qui n'a pas sa source dans la volonté d'un législateur souverain, quel qu'il soit. En Angleterre, en raison de la *common law*, «le droit est plus ancien que la législation»[54], et, chose extraordinaire, cela ne tient pas à une doctrine du droit naturel ou à une limite extrinsèque au droit (par exemple une théorie morale). Cela tient exclusivement à ce que Montesquieu appelle une «disposition des choses» en matière constitutionnelle, par laquelle «le pouvoir arrête le pouvoir»!

La «disposition des choses» aux origines de la *common law* est le résultat de l'histoire: lorsque l'Angleterre a été prise en 1066 par Guillaume le Conquérant et une caste de barons normands qui continuèrent à parler français pendant quelque deux siècles, le droit coutumier saxon et les tribunaux qui l'administraient continuèrent à subsister, le pouvoir royal (même après la période des rois normands) n'intervenant dans l'élaboration du droit que de manière indirecte, par la jurisprudence de ses tribunaux jugeant en appel des tribunaux coutumiers[55]. La *common law* est une limite externe à l'activité de l'Etat, sans que pour autant on ait eu besoin de recourir à l'hypothèse d'une limite externe autre que les décisions que des tribunaux impartiaux produisent quand ils tranchent équitablement les affaires qui leur sont soumises, autre donc que la justice matérielle minimale à l'œuvre dans le travail des juges, lorsqu'il est fait impartialement[56].

---

52 Montesquieu (note 6), Livre XI, ch. IV.

53 *Ibid.*, Livre XI, ch. VI. C'est ce principe prescriptif qui est reflété dans la décision du TF contre la naturalisation par la voie des urnes.

54 Philippe Nemo, Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains, Paris 2002, p. 253, qui renvoie à Friedrich A. von Hayek, The Constitution of Liberty, édité par Ronald Hamowy, Chicago 2011.

55 Nemo (note 54), p. 263–264.

56 Sur cette justice matérielle, voir Torrione, Justice distributive aristotélicienne en droit fiscal selon la jurisprudence du TF: une étude de philosophie du droit sur la notion de «Sachgerechtigkeit», RDS 129/2010, p. 131–161. Voir aussi p. 181–198 dans Torrione, La jurisprudence du

Dans les paragraphes qui précèdent, on a conceptualisé les choses en matière de *rule of law* à l'aide de Montesquieu. Comme on l'a dit à plusieurs reprises, celui-ci, analysant la constitution anglaise, pose en substance le diagnostic suivant: c'est une constitution dans laquelle «par une disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir»[57], et une telle constitution contient un arrangement favorable à la liberté politique. On saisit ainsi l'enjeu politique qui seul permet de situer la question de la *rule of law* sur le terrain qui lui donne sa portée exacte. C'est un progrès. Mais en même temps avec cette notion de «disposition des choses», on a affaire à quelque chose qui n'est pas complètement abouti au niveau conceptuel chez Montesquieu. Il s'agit de faire un pas de plus.

On propose de le faire par un grand saut par-dessus les siècles, en passant de Montesquieu à Aristote, pour deux raisons:

1. L'expression *rule of law* correspond exactement aux mots utilisés en grec par Aristote, à de nombreuses reprises, pour exprimer l'idée que «nous ne laissons pas l'homme nous gouverner, nous voulons que ce soit la loi»[58], qu'en effet «le gouvernement de la loi est plus souhaitable que celui d'un des citoyens»[59], et qu'«une […] espèce de démocratie c'est de faire participer au pouvoir tous les citoyens, et en outre que la loi règne *(αρχειν δε τον νόμον)*»[60];
2. parmi les raisons qui sont données par Aristote en faveur du gouvernement de la loi[61], la plus fondamentale est la suivante: «il n'est pas juste de gouverner plus que d'être gouverné, et ce qui est juste c'est l'alternance à égalité,

---

Tribunal fédéral sur les limites de la propriété privée face à l'impôt, et la conception de l'Etat et du droit qu'elle implique. Républicanisme et philosophie aristotélicienne du droit vs. Libéralisme et philosophie hobbesienne du droit, in: Bénédict Winiger/Matthias Mahlmann/Sophie Clément/Anne Kühler (édit.), La propriété et ses limites/Das Eigentum und seine Grenzen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie – Beihefte, Vol. 154, p. 165–215.

57 Cf. note 6.

58 Aristote, Ethique à Nicomaque, V.10, 1134a35–1134b1, trad. par J. Tricot, Paris 2007, p. 267.

59 Aristote, Les Politiques, III.16, 1287a19, trad. par P. Pellegrin, Paris 1993, p. 267.

60 *Ibid.*, IV.3, 1292a2. Les expressions «gouvernement de la loi», «règne de la loi» et «souveraineté de la loi» sont utilisées dans les traductions françaises d'Aristote, les deux premières expressions dans celle de Pierre Pellegrin (Les Politiques, *op. cit.*, III.16, 1287a19, p. 267 pour la première, et IV.3, 1292a2, p. 293 pour la deuxième), et la troisième dans celle de J. Tricot (La Politique, III.16, 1287a19 Paris 1970, p. 274). Toutes les traductions anglaises utilisent une expression tout à fait fidèle au texte grec, *rule of law*, par exemple celle de Richard Robinson (Politics, Book III and IV, 1289a19, Oxford 1995, p. 58). Voir en outre dans cette traduction en note du traducteur le développement p. 60–62 qui commence par les mots suivants: *«The whole of this chapter is an argument in favor of the rule of law …»*. Interprétant fidèlement la pensée d'Aristote, John Adams a affirmé, dans un texte qui a influencé la formation des constitutions modernes et du constitutionnalisme contemporain, que *«the very definition of a Republic is an Empire of laws, not of men»* (Thoughts on Government, 1776, in: Jack N. Rakove, Founding America. Documents from the Revolution to the Bill of Rights, New York 2006, p. 79–86, p. 80).

61 Par exemple, la raison donnée dans l'Ethique à Nicomaque: «parce qu'un homme ne le fait que dans son intérêt propre et devient un tyran» (V.10, 1134a35–1134b1, trad. par J. Tricot, Paris 2007, p. 267).

mais cela c'est déjà une loi, car l'ordre est une loi, donc le gouvernement de la loi est plus souhaitable […]»[62].

Par l'exemple rudimentaire du «à tour de rôle», Aristote explique pourquoi une certaine «disposition des choses» peut permettre de sortir de l'aporie selon laquelle «il n'est pas juste de gouverner plus que d'être gouverné», et comment, en conséquence, on arrive à la prescription «que la loi règne *(αρχειν δε τον νόμον)*», c'est-à-dire au principe de la prééminence du droit, de la *rule of law*. En effet, analyse Aristote, l'arrange-ment ou «disposition des choses» qui doit gouverner, quel qu'il soit, est un «ordre» (on utilise ce sens du mot «ordre» quand on parle, par exemple, d'«ordre» constitutionnel), et tout ordre est une loi[63].

D'où l'idée qu'être libre[64] au niveau politique suppose la soumission à une loi – la loi qui formule la règle qui caractérise un certain ordre, par exemple «chacun à tour de rôle». Quand Cicéron dit «nous sommes tous soumis aux lois, afin de pouvoir être libres» («*legum* […] *omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*»)[65], il vise précisément cela, lui qui connaissait bien le texte d'Aristote. Cette approche d'origine aristotélicienne était fréquemment utilisée à Rome par les partisans de la République, contre l'Empire – voir par exemple l'affirmation de Cornelius Nepos dans la biographie de Caton l'Ancien: «alors la cité était gouvernée non pas par la puissance, mais par le droit»[66].

Les arrangements que constituent «chacun à tour de rôle» ou «selon le tirage au sort» sont très sommaires, et l'histoire constitutionnelle montre que le développement progressif de mécanismes et de structures plus complexes s'est fait au fur et à mesure d'observations et d'expériences en matière de gouvernements et d'institutions politiques, pendant des siècles, et continue encore à notre époque. Il y a en effet les mécanismes plus complexes que le tirage au sort, développés à Rome à l'époque de la République, en Angleterre au 17e siècle, puis aux Etats-Unis à partir de 1776 avec les constitutions des divers Etats puis la constitution fédérale, en France à partir de 1789, et enfin dans le monde con-

62 Les Politiques (note 60), III.16, 1287a17–20, p. 267.

63 S'agissant du lien entre ces mécanismes constitutionnels et la justice matérielle dans la philosophie d'Aristote, voir Henri Torrione, La philosophie politique d'Aristote, 3e partie de l'étude intitulée: La redécouverte d'Aristote par Marie-Dominique Philippe a-t-elle aussi de l'intérêt dans le domaine de la philosophie politique et de la philosophie du droit?, Aletheia, 44 (2014), 93-146.

64 John Adams, deuxième président des Etats-Unis, affirme à propos de la liberté politique, ou plutôt de son contraire, que «the evil to be avoided is tyranny, that is to say, the summa imperii, or unlimited power, solely in the hands of the one, the few, or the many» (Defense of the Constitutions of Government of the United States of America against the attack of M. Thurgot in his Letter to Doctor Price, Londres 1794, vol. I, p. 99).

65 Cicéron, Pro Cluentio, 53.146, in: M. Nisard, Œuvres complètes de Cicéron, Tome II, Paris 1841, p. 482.

66 Cicéron, La Repubblica, a cura di Francesca Nenci, Milan 2008, p. 47 de l'introduction: *«tum non potentia, sed jure res publica administrabatur»*.

temporain: séparation du pouvoir judiciaire, fragmentation du pouvoir législatif, bicaméralisme, CEDH, etc.

C'est ce type de «droit» que vise le mot *law* dans l'expression *rule of law*, un droit fait de procédures, de mécanismes, d'arrangements constitutionnels, de «disposition des choses». Le principe de la prééminence du droit indique comment s'orienter pour trancher les cas, les controverses. Il n'impose pas grand-chose pour ces nouveaux cas problématiques en termes de procédures, de mécanismes et d'arrangements constitutionnels, mais seulement une sorte de noyau intangible. Montesquieu indique quel est ce noyau intangible par l'affirmation déjà citée qu'«il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice»[67]. La Cour européenne en parle comme du «droit à un procès équitable»[68]. Et, comme le souligne Shklar, il y a dans la version que Montesquieu donne du principe de la prééminence du droit, un but politique bien précis, unique: *«to protect the ruled against those who rule»*[69]. C'était déjà ce qui inspirait chez Aristote la réflexion que «nous ne laissons pas l'homme nous gouverner, nous voulons que ce soit la loi»[70]. Pour atteindre ce but unique, on a défini un moyen central, un noyau intangible (mais ce n'est pas l'unique moyen): le droit effectif à un procès équitable. C'est un moyen qui suppose, selon Shklar, qu'on puisse regarder le juge *«as the citizen's most necessary, and also most likely, protector»*[71].

E. Rechtsstaatsprinzip («Stato di diritto»)

Comme on va le voir, les deux arrêts du TF en 2003 en matière de naturalisation par la voie des urnes ne reflètent pas le principe de l'Etat de droit. Il est vrai que les mots «Etat de droit» sont fréquemment utilisés, mais par commodité, et il y a des situations dans lesquelles, malgré l'usage du mot, c'est en réalité plutôt le concept de la prééminence du droit qui est utilisé.

Pour arriver à cette conclusion, il faut prendre en compte la philosophie de Kant, qui seule permet, nous semble-t-il, de définir précisément le concept d'Etat de droit, et donc d'utiliser les mots en question de façon rigoureuse. Comme on va le voir, la conception de Kant est strictement libérale, en ce sens qu'elle pense le droit et l'Etat exclusivement à partir des éléments que constituent les droits individuels. Le concept d'Etat de droit est entièrement dans la dépen-

67 Montesquieu (note 6), Livre XI, ch. VI.

68 *Golder c/Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, § 34, GACEDH, n. 26. Voir Sudre (note 26), p. 375, qui relève que c'est une terminologie forgée par la Cour européenne à propos de l'article 67, § 1 de la Convention.

69 Skhlar (note 10), p. 24, qui précise que la protection n'est pas seulement nécessaire *contre «the violent urges of kings»*, mais aussi contre *«the arbitrariness of legislatures»*.

70 Aristote (note 59), V.10, 1134a35–1134b1, trad. par J. Tricot, Paris 2007, p. 267.

71 Skhlar (note 10), p. 25.

dance des droits, alors que le concept de *rule of law* n'a pas cette dépendance[72].

Avant d'aborder Kant, précisons que nous n'allons pas ici examiner la conception formelle de l'Etat de droit, qui conduit à identifier ce principe au principe de la légalité. On renvoie aux considérations sommaires de la section B.I. ci-dessus, ainsi qu'à l'objection de Raz contre ce type d'approche[73].

On ne va pas non plus examiner la conception matérielle de l'Etat de droit, c'est-à-dire l'utilisation de l'expression pour renvoyer à un droit matériel dont le contenu est aussi proche que possible de l'idéal. C'est une approche très répandue depuis que l'Allemagne a introduit l'expression *Rechtsstaat* dans l'art. 28 de sa loi fondamentale de 1949, pour désigner l'ordre constitutionnel dont les principes sont ceux d'un Etat républicain, démocratique et social au sens des articles de cette même loi fondamentale, en particulier des vingt premiers articles (qui sont une énumération complète des droits). Comme l'indique Jacques Chevalier, cela conduit à «surdéterminer le contenu conceptuel dont les juristes […] avaient à l'origine lesté» cette expression[74]. On se souvient de l'objection de Raz contre la conception de la *rule of law* qui la trans-forme en *«rule of good law»*; cela vaut aussi contre une certaine conception ma-térielle de l'Etat de droit[75].

Pour comprendre pourquoi le concept de *Rechtsstaat* ne peut pas avoir la même portée que celui de prééminence du droit, en particulier pourquoi il n'est pas en jeu dans les deux arrêts du TF sur les naturalisations par la voie des urnes, il faut remonter jusqu'à la philosophie de Kant. On découvre que, dans cette philosophie, tous les concepts politiques sont indissolublement liés à l'existence de droits, et ils n'offrent aucune perspective de protection en l'absence de l'ingérence dans un droit, quand c'est une question de procédure équitable dans un domaine comme la naturalisation, où il n'y a pas le droit de l'obtenir.

Kant n'a sans doute pas utilisé l'expression *Rechtsstaat*, mais il en a pensé la notion en utilisant l'expression de *status juridicus*, qu'il traduisait en allemand par *rechtlicher Zustand*, une expression que certains finiront par remplacer par *Rechtsstaat*[76]. Cet état juridique est caractérisé par «la réunion d'une multiplicité d'hommes sous des lois juridiques»[77]. Pour Kant, le *status juridicus* s'oppose à l'état qui n'est pas juridique, «c'est-à-dire un état dans lequel personne n'est assuré de ce qui est sien contre la violence»[78]. «L'état qui n'est pas juridi-

72 Cf. la remarque de Shklar, en rapport avec note 30.

73 Cf. note 31.

74 Jacques Chevallier, Article «Etat de droit», in: Joël Andriantsimbazovina/Hélène Gaudin/Jean-Pierre Marguénaud/Stéphane Rials/Frédéric Sudre (édit.), Dictionnaire des droits de l'homme, Paris 2008, p. 390.

75 Cf. note 30.

76 Joachim Hruschka, Kant und der Rechtsstaat, Fribourg/Munich 2015, p. 14–22.

77 Kant, Métaphysique des mœurs II. Doctrine du droit, trad. par Alain Renaut, Paris 1994, p. 128, § 45 de la Doctrine universelle du droit.

78 *Ibid.*, p. 122, § 42.

que […] s'appelle *l'état de nature (status naturalis)*»[79]. C'est un état dans lequel les hommes «ne commettent les uns envers les autres absolument aucune injustice s'ils se font la guerre»; c'est un état de liberté, mais «de liberté étrangère à toute loi extérieure»[80], c'est-à-dire à toute loi régissant «les rapports extérieurs des hommes entre eux»[81].

C'est un certain Johann Wilhelm Placidus qui met en circulation l'expression *Rechts-staat* en 1798, pour désigner la doctrine de l'Etat *de droit* caractéristique du système critique de Kant, par opposition aux doctrines qui conçoivent l'Etat et les lois en fonction du bonheur des citoyens. Kant part, en effet, dans sa doctrine de l'Etat, du principe qu'«il n'y a qu'un unique droit inné», la liberté, «qui est cet unique droit originaire revenant à l'homme de par son humanité»[82], et il conçoit l'Etat et les lois positives en fonction de cet unique *droit*.

Pour Kant, ce qui caractérise le *status juridicus*, ce que donc on appellera l'Etat de droit, «ce n'est pas tant des lois que se donne un Etat déjà constitué, que des lois qui rendent possible l'institution d'un Etat»[83], des lois «*a priori*, nécessaires»[84], relevant de «la raison pure législatrice *a priori* qui n'a d'égard à aucune fin empirique (toutes les fins empiriques sont comprises sous le nom universel de bonheur)»[85], des lois qui par rapport à ces hommes réunis sous elles «concernent uniquement la forme juridique de leur coexistence (constitution)»[86].

L'Etat de droit, c'est ce que Kant appelle «l'Etat *dans son idée*, tel qu'il doit être selon de purs principes de droit, laquelle Idée sert de norme *(norma)* pour toute réunion effective en vue de constituer une république»[87]. Le concept de droit dépend de «l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être concilié avec l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté»[88]. C'est un concept de droit qui «provient en totalité du concept de *liberté* dans les rapports extérieurs des hommes entre eux», en ce sens que ce concept c'est «la limitation de la liberté de chacun à la condition de pouvoir s'accorder avec la liberté d'autrui»[89]. Ce qui le caractérise c'est d'être «le droit des hommes *sous des lois publiques de contrainte*, qui accordent à chacun le

79 *Ibid.*, p. 120, § 41.
80 *Ibid.*, p. 121, § 42.
81 Kant, Sur le lieu commun: il se peut que ce soit juste en théorie, mais, en pratique, cela ne vaut rien, trad, Françoise Proust, Paris 1994, p. 64.
82 Ibid., Division de la doctrine du droit, B, p. 26 («Freiheit […] ist dieses einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit, zustehende Recht»).
83 Kant (note 81), p. 65.
84 Kant (note 76), p. 128, § 45.
85 Kant (note 81), p. 64.
86 Kant (note 76), p. 120, § 41: «[…] die rechtliche Form ihres Beisammenseins (Verfassung) […]».
87 *Ibid.*, p. 128, § 45.
88 *Ibid.*, Introduction à la doctrine du droit, B, p. 17.
89 Kant (note 81), p. 64.

sien et le protège contre toute intervention d'autrui»[90]. La constitution civile est ainsi «le rapport d'hommes *libres* qui sont pourtant soumis à des lois de contrainte»[91].

F. Conclusion

On a vu avec l'exemple de l'art. 5 al. 1 Cst. que parfois les versions de la loi ne sont pas équivalentes dans les différentes langues, et que cela se produit aussi s'agissant de principes constitutionnels. Il semble toutefois que l'ouverture de l'éventail des possibilités qu'assure la multiplicité des versions a presque toujours des avantages quand il s'agit de principes. Le contenu d'un principe est de toute façon toujours indéterminé, même lorsqu'il fait l'objet d'une formulation dans une seule langue. Le juriste sait que l'indétermination orientée qui caractérise les principes ne fait sens pour la solution du cas que si elle est rapportée aux particularités du cas ou aux caractéristiques de la situation. La pluralité des versions ne modifie pas l'approche, qui intègre déjà l'indétermination. La pluralité a même des avantages: elle permet peut-être d'aborder le cas avec l'esprit plus libre, avec plus d'objectivité. Comme l'a montré Jean-Marc Narbonne dans son essai sur le rôle de la pensée critique en Occident[92], l'effort d'objectivité et l'apprentissage de l'impartialité ont toujours bénéficié de la pluralité des langues, de se mettre dans la position inconfortable de penser ce qu'on pense dans au moins deux langues, dans au moins deux cultures, pour mieux le mettre à l'épreuve. *Audiatur et altera pars*.

Résume

■

Zusammenfassung

■

90 *Ibid.*, p. 64.
91 Idem.
92 Jean-Marc Narbonne, Antiquité critique et modernité. Essai sur le rôle de la pensée critique en Occident, Paris 2016.