

Volume 41, Number 2, 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043603ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043603ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mockle, D. (2000). Mondialisation et État de droit. *Les Cahiers de droit*, 41(2), 237–288. <https://doi.org/10.7202/043603ar>

Article abstract

In following dialectic reasoning, avenues of analysis are proposed to assess the insolvable contradiction that puts the vectors of globalized expansion at odds with the requisites of the Rule of Law. The issue of their reciprocal compatibility cannot be eluded because the two phenomena are based upon hegemonic premises, which allow them to lay claim to the preeminence of distinct fields. Thus, during the 1990s, the tangible progression of the Rule of Law as a means of expression for constitutional democracy beyond the limited circle of occidental countries contributed to the latent universalization of the principle, but also of the development of a rhetoric that transformed it into a myth that forms the basis of contemporary political debates. The ideas (constitutionalism, political democracy, the « juridical handling » of fundamental freedoms) that nurture discussions on the Rule of Law point the political and institutional practices of sovereign states in a specific direction. Conversely, globalization is associated with the emergence of « borderless laws » and the creation of new machinery for imposing regulations that would reduce state sovereignty in various areas currently under their exclusive jurisdiction. Since the integrity of national legal systems is solidly based upon the prevalence of constitutional standards, the effectiveness of the Rule of Law and constitutionalism may become shaky owing to the multiplication of legal systems in potential competition with one another. Globalization offers fertile ground for devising various scenarios wherein states no longer have precedence over the dynamics for creating standards or setting reference points. If this analysis highlights the exacerbation of many contradictions, it correspondingly underscores the complementarity arising from the limits of the State being outpaced by the classical sources of international law. Between the globalization of the Rule of Law and its correlative integration into the multiform realities of globalization, current transformations demonstrate the need for reformulating the Rule of Law.

Mondialisation et État de droit

Daniel MOCKLE*

En suivant une démarche dialectique, des pistes d'analyse sont proposées en vue de mesurer la contradiction insoluble qui oppose les vecteurs d'expansion de la mondialisation aux exigences de l'État de droit. Le problème de leur compatibilité réciproque ne peut être éludé, car les deux phénomènes reposent sur des prétentions hégémoniques, ce qui leur permet de revendiquer la prééminence dans des champs distincts. Ainsi, durant la décennie 90, la progression tangible de l'État de droit comme mode d'expression de la démocratie constitutionnelle au-delà du cercle restreint des pays occidentaux a contribué à l'universalisation latente du principe, mais aussi au développement d'une rhétorique qui l'a transformé en mythe constitutif du débat politique contemporain. Les idées (le constitutionnalisme, la démocratie politique, la « justiciabilité » des droits fondamentaux) qui alimentent le discours sur l'État de droit orientent dans une direction précise les pratiques politiques et institutionnelles des États souverains.

À l'opposé, la mondialisation est associée à l'émergence d'un droit sans frontière et à la création de nouveaux mécanismes de régulation qui pourraient réduire la souveraineté des États dans divers champs qui sont de leurs compétences propres. Comme l'intégrité des droits nationaux repose en définitive sur la primauté des normes constitutionnelles, l'effectivité de l'État de droit et du constitutionnalisme peut devenir aléatoire par la multiplication des ordres juridiques en situation potentielle de concurrence. La mondialisation offre un terrain fertile pour concevoir divers scénarios où la dynamique de création des normes de même que la détermination des principes de référence ne sont plus du ressort des États. Si la présente étude montre ainsi l'exacerbation de plusieurs contradictions, elle souligne en revanche la complémentarité qui résulte du dédoublement de la limitation de l'État par les sources classiques du droit

* Professeur, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal.

international. Entre la mondialisation de l'État de droit et son intégration corrélative à la réalité multiforme de la mondialisation, les transformations en cours montrent la nécessité d'une reconceptualisation de l'État de droit.

In following dialectic reasoning, avenues of analysis are proposed to assess the insolvable contradiction that puts the vectors of globalized expansion at odds with the requisites of the Rule of Law. The issue of their reciprocal compatibility cannot be eluded because the two phenomena are based upon hegemonic premises, which allow them to lay claim to the pre-eminence of distinct fields. Thus, during the 1990s, the tangible progression of the Rule of Law as a means of expression for constitutional democracy beyond the limited circle of occidental countries contributed to the latent universalization of the principle, but also of the development of a rhetoric that transformed it into a myth that forms the basis of contemporary political debates. The ideas (constitutionalism, political democracy, the « juridical handling » of fundamental freedoms) that nurture discussions on the Rule of Law point the political and institutional practices of sovereign states in a specific direction.

Conversely, globalization is associated with the emergence of « borderless laws » and the creation of new machinery for imposing regulations that would reduce state sovereignty in various areas currently under their exclusive jurisdiction. Since the integrity of national legal systems is solidly based upon the prevalence of constitutional standards, the effectiveness of the Rule of Law and constitutionalism may become shaky owing to the multiplication of legal systems in potential competition with one another. Globalization offers fertile ground for devising various scenarios wherein states no longer have precedence over the dynamics for creating standards or setting reference points. If this analysis highlights the exacerbation of many contradictions, it correspondingly underscores the complementarity arising from the limits of the State being outpaced by the classical sources of international law. Between the globalization of the Rule of Law and its correlative integration into the multi-form realities of globalization, current transformations demonstrate the need for reformulating the Rule of Law.

	<i>Pages</i>
1. La mondialisation de l'État de droit	244
1.1 L'expansion d'un modèle hégémonique	244
1.2 L'universalisation du principe et la prééminence du constitutionnalisme	256
2. La reconfiguration de l'État de droit	265
2.1 Le dédoublement de la limitation de l'État par le droit	267
2.2 Les nouveaux espaces normatifs	272
2.3 La recherche de nouvelles formes de légitimité	278
Conclusion	284

Le titre « Mondialisation et État de droit » annonce, pour reprendre une formule connue, « un vaste programme » dont l'issue finale reste incertaine. Le rapprochement des deux réalités multiformes et hégémoniques que sont la mondialisation et l'État de droit soulève en termes radicaux, et sans possibilité d'esquive, le problème de leur compatibilité réciproque. La fin du xx^e siècle est marquée par la progression irréversible de ces deux phénomènes apparemment contradictoires qui, dans leur sphère propre, semblent en situation de prééminence plus ou moins absolue. *A priori*, une opposition latente découle de la simple juxtaposition des deux termes puisque le caractère multinational et transversal de la mondialisation semble peu compatible avec une notion telle que l'État de droit, laquelle reste dépendante de la prééminence héliocentrique de l'État sur le développement du droit, ainsi que de la structuration de la puissance politique de l'État par le droit. Dans une perspective de droit public et de philosophie politique, cette incompatibilité est également présente puisque les fondements de l'État de droit sont issus du programme politique des Lumières, ainsi que des prémisses du libéralisme et de la modernité sur une vaste période qui englobe les xix^e et xx^e siècles. Dans un autre registre, la question de l'État de droit ne peut pas être dissociée de celle de la souveraineté, puisque encore faut-il que la primauté des normes constitutionnelles puisse être effective sur les autres ordres juridiques¹.

Une opposition découle de la contradiction apparente des deux phénomènes en pleine expansion. La mondialisation est généralement associée

1. Les siècles précédents ont été marqués par l'expansion des États souverains sur les autres modes d'organisation politique: H. SPRUYT, *The Sovereign State and Its Competitors*, Princeton, Princeton University Press, 1994, p. 153.

à l'émergence d'un « droit sans frontière² » ou d'un « droit mondial³ » qui pourrait réduire la souveraineté des États dans divers champs qui sont de leurs compétences propres⁴. Cette évolution peut être perçue ou interprétée comme une menace quant à l'intégrité des droits nationaux dont l'effectivité repose non seulement sur le principe de souveraineté⁵ mais également sur la primauté des normes constitutionnelles. La suprématie de l'ordre constitutionnel interne est particulièrement manifeste pour de nombreux pays occidentaux depuis l'avènement de la justice constitutionnelle.

-
2. Sur l'idée récurrente de disparition des frontières : P. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation. Vers la fin des frontières ?*, coll. « Ramses », Paris, IFRI Dunod, 1993, p. 38 (mondialisation des échanges commerciaux). Dans le domaine des flux migratoires et de la police des étrangers aux frontières, l'effacement des frontières relève encore du mythe. Les études n'abordent en général le sujet que sous l'angle de la circulation des biens, des capitaux, des services et des marchandises.
 3. Les rares travaux disponibles qui ont le grand mérite de poser en termes clairs ce questionnement ne tiennent pas suffisamment compte de l'enfermement des juristes dans leurs propres traditions, systèmes et langues, avec pour résultat de graves problèmes de communication. À titre d'exemple, M. Delmas-Marty analyse l'« illusion mondialiste » sous la forme du possible, du raisonnable et du souhaitable, sans réellement tenir compte de cette difficulté, comme si la mondialisation ne pouvait se faire que par le haut en bifurquant implicitement les pesanteurs culturelles : M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 25. Selon cet essai, fort intéressant pour les questions posées, le problème découle d'une opposition trop manichéenne et exclusive entre les lois du marché et les droits de la personne, avec l'absence corrélative de réflexion sur l'harmonisation des systèmes juridiques. Il s'agit d'un défi majeur dont la complexité dépasse de très loin le clivage traditionnel entre systèmes issus de l'univers romano-germanique et des traditions de common law, lesquelles sont également plurielles. À l'échelle d'un article, la question est analysée en termes plus explicites par F. COLLART DUTILLEUL, « De la diversité des traditions juridiques et des cultures à la constitution d'espaces politiques et marchands (Europe et Amériques) », dans CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMMERCIALE, *Ordres juridiques et espaces marchands*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 3, à la page 6. L'ouvrage offre d'autres études sur les difficultés engendrées par la diversité des traditions juridiques, notamment celle de G. SOULIER, « Vers un droit uniforme ou vers un droit commun en Europe ? », p. 17, à la p. 21, qui rappelle, à juste titre, la complexité de l'Europe sur le plan du droit.
 4. K. BENYKHELF et G. LEFEBVRE, « L'internationalisation du droit et l'affirmation de la souveraineté : réflexions théoriques et pratiques », dans COLLOQUE CONJOINT DES FACULTÉS DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS ET DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *Souveraineté et intégration*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, pp. 189, 199.
 5. J.A. CAMILLERI et J. FALK, *The End of Sovereignty ?*, Aldershot, Edward Elgar, 1992, p. 236 (réponses incertaines mais appel à la reconceptualisation du sujet). Par ailleurs, la question du droit n'est pas nécessairement associée à l'étude du principe de souveraineté, comme en témoigne l'ouvrage de G. MAIRET, *Le principe de souveraineté : historiques et fondements du pouvoir moderne*, coll. « Folio », Paris, Gallimard, 1997, p. 195. *A contrario*, voir l'étude du professeur J.-Y. MORIN, « Droit et souveraineté à l'aube du XXI^e siècle », (1987) *A.C.D.I.* 47-114, qui préconise un équilibre entre les deux éléments complémentaires et antinomiques que sont le droit et la souveraineté (p. 110).

Cette dernière a profondément modifié la dynamique de création des normes, ainsi que le rôle des principaux acteurs dans la détermination des principes de référence. Associée à d'autres garanties (chartes et déclarations de droits fondamentaux, indépendance et impartialité des cours et tribunaux, multiplication des recours de toute nature en faveur des citoyens, encadrement législatif et constitutionnel des pouvoirs extraordinaires réservés à l'exécutif), la justice constitutionnelle est la principale manifestation de l'expansion planétaire de l'État de droit. Même si l'ensemble de la communauté des États est encore loin d'être conforme à ce modèle, la progression de l'État de droit a été l'un des phénomènes marquants de la fin du xx^e siècle. Sur le plan chronologique, ce progrès qualitatif coïncide objectivement avec le phénomène de la mondialisation. Aux fins de la présente étude, il s'agit de déterminer si cette convergence chronologique oppose des réalités divergentes et contradictoires ou, à l'inverse, si elle correspond à une recomposition interne et externe de l'action étatique qui pourrait être interprétée comme un phénomène global de transformation des institutions publiques et privées.

En suivant une démarche dialectique, cette étude a pour objet d'analyser cette contradiction apparemment insoluble entre, d'une part, la progression tangible de l'État de droit comme mode d'expression de la démocratie constitutionnelle, ainsi que l'universalisation des idées-forces qui alimentent le discours sur l'État de droit, véritable rhétorique à laquelle ne peut plus échapper la souveraineté des États dans leurs rapports avec la communauté internationale (l'exemple yougoslave est éloquent) et, d'autre part, la mondialisation, dont les vecteurs d'expansion, tels que la dimension globale des échanges, l'internationalisation des normes techniques et scientifiques, l'utilisation d'autres formes de régulation et de règlement des litiges, la création de nouveaux circuits par réseaux informatisés, la précarisation de populations vulnérables et l'aggravation des inégalités, le recul ou la stagnation de divers droits perçus comme essentiels (droit de l'environnement, droit social, droit du travail, droits de la personne), ainsi que l'instauration d'une *Lex Mercatoria* sans frontières, sont fréquemment interprétés comme les signes tangibles d'une diminution de la capacité d'action de l'État⁶. D'où cette opposition latente ou apparente entre la mondialisation et l'État de droit qui peut être analysée dans le sens d'une exacerbation des contradictions : deux phénomènes en expansion qui reposent sur des prémisses ou des méthodes contradictoires posent de toute évidence, pour la communauté des chercheurs, des interrogations de divers

6. S. STRANGE, *The Retreat of the State : The Diffusion of Power in the World Economy*, New York, Cambridge University Press, 1996, pp. 3, 91.

types⁷. Si éventuellement le diagnostic devait se révéler contradictoire, comment dès lors expliquer ce qui peut ressembler à une impasse ? À l'inverse, il est nécessaire d'évaluer la pertinence de cette contradiction, car il est possible d'envisager des scénarios où la mondialisation requiert, tout au contraire, l'existence d'une communauté d'États de droit. Dans cette perspective multiple, faut-il concevoir la mondialisation avec, sans, ou contre l'État de droit ? Faute du recul nécessaire, les réponses ne sont que fragmentaires et peuvent être contradictoires.

Aux antipodes des craintes que suscite la mondialisation pour l'intégrité des droits nationaux, il est essentiel de constater que, pour le droit, le xx^e siècle passera sans doute à l'histoire comme le siècle de la justice constitutionnelle, le xix^e siècle ayant été celui de la codification. Cette consécration représente l'aboutissement du constitutionnalisme qui aura ainsi permis, sous diverses formes et à différents niveaux, la mise en œuvre d'un vaste programme en vue d'assujettir ou d'orienter la puissance politique de l'État par le droit, notamment le droit public en ses divers composants : droit constitutionnel, libertés publiques, droit administratif et droit pénal. Ce qui peut paraître encore plus paradoxal, en dehors de la question du droit, c'est la problématique de la puissance de l'État. Contrairement à ce qui avait été annoncé au début du siècle, le xx^e siècle ne représente pas un processus inéluctable de dépérissement de l'État. Tout au contraire, l'exacerbation de la puissance de l'État a été la marque spécifique de ce siècle⁸, au point d'atteindre la puissance maximale. Il faut simplement en faire le constat désolant à travers la diversité déconcertante des régimes autoritaires, dictatoriaux, théocratiques ou totalitaires qui ont marqué l'évolution du siècle. Sur ce plan, le bilan global du xx^e siècle reste troublant en dépit des progrès incontestables de la démocratie politique durant la dernière décennie (les années 90 représentent une étape majeure). Fait plus significatif pour le phénomène étatique, l'évolution du siècle est marquée par la croissance exponentielle de la communauté des États en quatre grandes vagues : la première issue des conséquences du traité de Versailles (28 juin 1919), la deuxième, de la décolonisation (décennies 60 et 70), la troisième, de l'éclatement de l'empire soviétique (1989) et, enfin, la quatrième et dernière vague, liée à la dynamique identitaire et aux mouvements sécessionnistes, revêt des proportions spectaculaires, un peu comme si l'émiettement de la planète était devenue une tendance généralisée. Pour plusieurs

7. F. CRÉPEAU, « L'État de droit entre polyarchie multiculturelle et anarchie globalisée », (1997) 10 *R.Q.D.I.* 215-225, *in fine*.

8. Il est utile à cet égard de revoir le témoignage capital de B. CHARBONNEAU, *L'État*, Paris, Economica, 1987, notamment le cinquième livre sur le Leviathan devenu appareil de terreur et appareil de mort (p. 393).

grandes fédérations, les pressions sécessionnistes sont incontestables (Inde, Indonésie, Brésil, Mexique, Russie, Canada). L'Europe occidentale, loin d'échapper à la tendance, en représente un exemple éloquent. De 23 États qu'elle comptait en 1923, elle a plus que doublé avec 50 États en 1999. Depuis août 1999, le Monténégro, dernier demandeur au titre du statut d'État indépendant, confirme une tendance qui ne semble connaître aucune limite. La fin du xx^e siècle est donc incontestablement marquée par une quête du modèle étatique puisque de nombreux peuples ou populations revendiquant une identité nationale estiment, pour diverses raisons liées à l'histoire et la géographie, en avoir été privés⁹. Avec les revendications des populations autochtones ou traditionnelles, ce phénomène nécessite des raffinements supplémentaires. Sur le plan quantitatif, la tendance lourde n'est manifestement pas celle de la régression de l'État et de ses avatars multiples à des fins d'« autonomie gouvernementale ».

Les ambitions de cette étude sont plus modestes, car il s'agit de départer la problématique complexe et contradictoire qui met en opposition l'expansion du modèle de l'État de droit par rapport aux conséquences de la mondialisation. Comme la problématique repose sur l'affirmation de deux thèses dont l'opposition peut être postulée de façon provisoire à des fins heuristiques, il est indispensable d'en exposer le contenu. Notre analyse obéit ainsi à l'ordre chronologique par le rappel de la portée et de la signification du phénomène de l'État de droit, lequel a précédé la mondialisation, même si la genèse de cette dernière exige également des balises temporelles qui laissent augurer une longue gestation. L'antériorité de l'État de droit, ne serait-ce que dans l'explicitation du principe et sa mise en œuvre, doit être rappelée, car elle représente un facteur de stabilité et de pérennité. Loin d'être nécessairement une menace, la mondialisation pourrait être un catalyseur qui favoriserait l'expansion du phénomène de l'État de droit. Le commerce international ne peut guère fonctionner dans le cadre de systèmes politiques où la corruption est généralisée et le droit marginalisé. Les pressions politiques, ainsi que les remontrances, faites par le Canada, en 1999, dans les cas de l'Indonésie et de l'Ukraine, en constituent

9. C. RIOUX, *Voyage à l'intérieur des petites nations*, Montréal, Boréal, 2000 (nations étudiées : Catalogne, Écosse, Slovaquie, Pays basque, Irlande, Slovaquie, Belgique). Les différences entre minorités ethniques, ethnies, peuples et nations sont sources de confusions récurrentes. Il existe des minorités de toute nature (religieuse, linguistique) qui ne peuvent être confondues avec des peuples en situation minoritaire. Un peu dans ce sens, G. Heraud propose une distinction entre « les ethnies sans État » par opposition aux minorités incluses dans les États : G. HERAUD, *L'Europe des ethnies*, 3^e éd., coll. « Axes Savoir », Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1993, pp.17, 76.

des exemples éloquentes. La mondialisation de l'État de droit, avec les sanctions consécutives réservées aux États déviants, est une réalité tangible qui peut être mesurée. Les pressions exercées par l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN) sur la République yougoslave lors des événements du printemps 1999 montrent que les principes sous-jacents de l'État de droit, en cas de violations graves et manifestes, peuvent faire l'objet de sanctions militaires. Dans de nombreux cas, ces sanctions sont de nature commerciale et économique par l'instauration d'embargos ou de boycottages (Birmanie, Afrique du Sud (avant 1994), Libye). Même si la pertinence de ces sanctions est souvent l'objet de vives controverses compte tenu du caractère multiforme et intolérable des embargos, unilatéraux du fait d'une puissance hégémonique (États-Unis contre Cuba) ou internationaux par conseil de sécurité interposé (Iraq), ce phénomène n'en montre pas moins le désir latent de démocratisation et de respect des droits fondamentaux pour l'ensemble de la communauté des États souverains.

1. La mondialisation de l'État de droit

Cette expansion planétaire qui peut être interprétée, à certains égards, comme un phénomène concomitant, voire un vecteur d'expansion, de la mondialisation, repose sur deux tendances fortes, celle de la croissance numérique des États de droit et celle, plus complexe, de l'universalisation du principe. La première dimension est plus facile à circonscrire car elle relève, à la limite, de l'inventaire ou de l'état des lieux. Cependant, comme il est indispensable d'avoir recours à des critères matériels pour proposer une définition relativement précise de l'État de droit, la problématique de l'universalisation du principe en est la conséquence logique. Est-il possible de faire abstraction de la généalogie proprement occidentale de la notion ou, au contraire, faut-il recourir à une analyse contextuelle compte tenu des difficultés d'adaptation et de transposition qui surgiront inévitablement pour les droits non occidentaux ?

1.1 L'expansion d'un modèle hégémonique

Dans un premier temps, la croissance numérique retient l'attention. La liste des États de droit « autoproclamés » en est la première illustration puisqu'il s'agit des États où une disposition de la Constitution, généralement placée parmi les premiers articles, les définit expressément en cette qualité. Faute d'une recension planétaire qui pourrait être exhaustive, le cas de l'Europe occidentale offre dix exemples où la volonté de rupture avec le passé est manifeste. Par ordre chronologique, il s'agit d'abord de l'Allemagne (cette préséance semble logique puisque le droit public allemand est à l'origine du *Rechtsstaat* au début du XIX^e siècle) par le jeu de

l'article 28 de la *Loi fondamentale du 23 mai 1949* dont il faut souligner le cinquantième anniversaire de sa proclamation (1949-1999)¹⁰. Viennent ensuite le Portugal (article 2 de la Constitution du 2 avril 1976), l'Espagne (préambule et article 1 de la Constitution du 27 décembre 1978), la Hongrie (article 2 de la Constitution du 20 août 1949, révisée en 1989 et en 1994), la Bulgarie (article 4 de la Constitution du 12 juillet 1991), la Roumanie (article 1 de la Constitution du 21 novembre 1991), la Macédoine (préambule de la Constitution du 17 novembre 1991), la Slovénie (article 2 de la Constitution du 23 décembre 1991), la Slovaquie (article 1 de la Constitution du 1^{er} septembre 1992), la République tchèque (article 1 de la Constitution du 16 décembre 1992), la Moldavie (préambule de la Constitution du 27 août 1994), la Fédération de Russie (article 1 de la Constitution du 12 décembre 1993) où la réalité de l'État de droit ne semble relever que des apparences, et, enfin, l'Albanie (préambule de la Constitution du 22 novembre 1998). Dans les constitutions de la Communauté des États indépendants (CEI), l'État de droit est explicitement reconnu comme principe formel, outre le cas de la Fédération de Russie, en Azerbaïdjan, en Kirghizistan, en Ouzbékistan, au Tadjikistan, au Turkménistan et en Ukraine¹¹. Parmi cette liste, il serait utile de pouvoir départager les véritables démocraties constitutionnelles de celles qui pratiquent le « constitutionnalisme apparent » (*Scheinkonstitutionalismus*). La réprobation devient une nécessité lorsqu'il s'agit de systèmes politiques qui affirment ostensiblement qu'ils ont les vertus de l'État de droit et qui adoptent des pratiques politiques qui en sont fort éloignées¹². Pour l'affirmation de l'État de droit, il faut constater qu'il s'agit d'une expansion largement orientée vers l'Europe centrale et orientale, là où la pensée juridique allemande et la sphère d'influence de l'Allemagne sont des facteurs déterminants (*Rechtsstaat*). L'adhésion officielle n'est pas toutefois une règle généralisée comme en témoignent, à des

10. Sur l'État de droit en République fédérale d'Allemagne, voir parmi les travaux du professeur Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : l'État de droit », (1984) *Revue du droit public*, 1203-1226, et, « Le constitutionnalisme allemand », *Pouvoirs*, vol. 66, 1993, pp. 5, 6. Voir également : A. BLECKMANN, « L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, vol. 22, 1982, pp. 5-27 ; C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1997, p. 103.

11. N. MARIE, *CEI : où en est l'État de droit ?*, coll. « Problèmes politiques et sociaux, 821 », Paris, La Documentation française, 1999, p. 10.

12. Comme le montre l'étude coordonnée par N. MARIE, *op. cit.*, note 11, p. 5, au sujet de la CEI, les grands principes de l'État de droit se heurtent à une réalité qui les contredit directement : la séparation des pouvoirs réduite à une apparence et au leurre, la volonté des dirigeants d'exercer un pouvoir sans partage afin de conserver des privilèges, l'omnipotence de fonctionnaires corrompus ainsi que l'existence de groupes mafieux liés au pouvoir.

niveaux très différents, les États baltes de même que la Croatie, la Fédération de Bosnie, dont les bases politiques et juridiques semblent très fragiles, ainsi que ce qui reste de la Fédération yougoslave, où le passé modèle encore le présent. Fortement contrasté, le devenir de la démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale reste encore un vaste chantier¹³. Pour reprendre la formule du professeur Jean-Pierre Massias, cette réalité peut être appréhendée comme étant le droit constitutionnel de la transition démocratique¹⁴.

Parmi les États qui n'adhèrent pas explicitement à l'État de droit par une disposition constitutionnelle, il est relativement facile de déterminer deux groupes, soit les États de droit « par nature » et ceux qui le sont « par destination » en fonction de la configuration de leur système institutionnel et juridique. Cette méthode reprend le scénario naguère utilisé en droit civil pour la distinction des immeubles par nature et par destination. Parmi le premier groupe figurent les États où la notion d'État de droit est une notion fondamentale du droit constitutionnel, tant dans la littérature savante que dans le discours officiel¹⁵. En dépit de l'absence d'une reconnaissance officielle sur le plan de la Constitution écrite, il s'agit d'un principe effectif qui est au centre de la construction du droit public, ce qui en fait, en pratique, une sorte de norme fondamentale non écrite¹⁶. Il s'agit notamment de la France (absence de référence directe à l'État de droit dans la Constitution du 4 octobre 1958), de l'Italie (même phénomène pour la Constitution du 27 décembre 1947) ainsi que des Pays-Bas (Constitution du 17 février 1983) et de la Grèce (Constitution du 9 juin 1975). Les États scandinaves, à cause

13. Voir notamment la contribution majeure du professeur J.-P. MASSIAS, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Paris/Clermont-Ferrand, LGDJ/Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1998, pp. 317 et suiv., sur la création et l'organisation des nouvelles cours constitutionnelles en Europe de l'Est où l'influence du modèle kelsénien est déterminante. L'ouvrage offre également un éclairage précieux sur des expériences qui relèvent désormais du passé, comme c'est le cas du Tribunal constitutionnel de la République démocratique allemande et du Comité de surveillance constitutionnelle de l'URSS. Des développements substantiels sont consacrés à la Pologne et à la Hongrie. Autre contribution majeure, celle de l'ouvrage collectif paru sous la direction du professeur S. MILACIC (dir.), *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale*, Bruxelles, Bruylant, 1998, où plusieurs dimensions sont analysées : le contexte européen et l'influence de l'Union européenne, la fonction exécutive, la protection juridictionnelle des droits de la personne, la représentation politique, ainsi que des analyses contextuelles pour plusieurs États de l'Europe orientale (neuf États sont analysés dans la seconde partie).

14. J.-P. MASSIAS, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1999, pp. 7-13.

15. M. TROPER, « Le concept d'État de droit », (1992) *Droits* 51.

16. J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1994, p. 58.

de l'ancienneté de leurs constitutions orientées vers l'affirmation de monarchies parlementaires, échappent également à l'adhésion explicite. Compte tenu de la proximité de l'Allemagne, il est concevable que l'État de droit puisse y connaître une zone d'influence, encore qu'il soit difficile de la mesurer. Ailleurs, en Afrique ou en Amérique du Sud, la présence de l'État de droit à titre de principe de base du droit constitutionnel reste tributaire des filiations coloniales ou de la sphère d'influence de leur ancienne mère patrie, par exemple, le Portugal, l'Espagne ou la France. Pour l'Afrique, l'influence de la culture juridique française est directement à l'origine de l'explicitation formelle du principe de l'État de droit au Bénin (préambule de la Constitution du 11 décembre 1990), au Gabon (article 5 de la Constitution du 26 mars 1991), au Mali (préambule de la Constitution du 25 février 1992), au Cap-Vert (article 2 de la Constitution du 4 septembre 1992), au sein de la République de Djibouti (préambule de la Constitution du 4 septembre 1992), au Togo (préambule de la Constitution du 27 septembre 1992), dans le cas de la République centrafricaine (préambule de la Constitution du 14 janvier 1995), au Tchad (préambule de la Constitution du 14 avril 1996) ainsi qu'au Niger (article 8 de la Constitution du 12 mai 1996)¹⁷. Dans d'autres constitutions, même si l'État de droit n'est pas posé comme principe, des formules ou des périphrases, voire la réalité institutionnelle, renvoient à la réalité tangible de l'État de droit, comme au Sénégal, en Guinée ou au Cameroun. Comme en Europe orientale, la décennie 90 constitue un moment fort pour la reconnaissance constitutionnelle du principe de l'État de droit. La carte constitutionnelle et politique de l'Afrique reste toutefois plus contrastée que celle de l'Europe orientale. Dix ans après le renouveau qui a marqué le début des années 90, la démocratisation reste encore chaotique pour certaines parties du continent, avec une liste qui ne cesse de s'allonger en fait de désillusions (République démocratique du Congo, Rwanda, Burundi, Congo, Sierra Leone, Liberia, Angola, Éthiopie, Érythrée, Nigeria, Côte d'Ivoire). Malgré la consolidation des institutions démocratiques dans des États de droit comme le Bénin et le Mali, le coup d'État militaire reste une constante de la politique africaine, même dans des États de droit « autoproclamés » comme le Niger.

Dans le troisième groupe, il faut ranger les systèmes qui relèvent de la tradition anglo-américaine du droit public et dont la structuration reste tributaire des notions propres à l'univers de la common law. Pour ce groupe

17. J.-Y. MORIN, *Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des États ayant le français en partage*, Bruxelles, Bruylant/AUPELF-UREF, 1999 (Bénin (p. 281), Gabon (p. 297), Mali (p. 420), Cap-Vert (p. 484), Djibouti (p. 504), Togo (p. 529), République centrafricaine (p. 620), Tchad (p. 632), Niger (p. 648)).

qui présente diverses adaptations du modèle britannique, il est approprié de parler des États de droit « par destination » puisqu'il s'agit de systèmes politiques qui répondent généralement aux exigences de l'État de droit sans que cette notion propre à la tradition continentale du droit public ait été à l'origine de la conceptualisation du droit public. La contrepartie en a été la *rule of law*, ce qui suscite une comparaison stimulante quant au cheminement des deux notions, État de droit et *rule of law*, et quant à la nature de leur contribution réciproque pour l'avancement de la démocratie politique. En dépit des origines distinctes des deux notions et de la spécificité de leur contenu, nos recherches montrent l'existence de points de convergence sur les finalités, la principale différence résultant surtout de la question des moyens, notamment quant au rôle du droit public¹⁸. Le discours des droits fondamentaux et le développement de la justice constitutionnelle favorisent ce rapprochement dans une perspective de standardisation du droit public. À cet égard, l'internationalisation, l'indétermination ainsi que l'indifférenciation de certains éléments qui figurent dans la problématique de l'État de droit facilitent une comparaison avec les exigences traditionnelles de la *rule of law*¹⁹. La dimension comparative a été rendue explicite par la référence directe à l'État de droit dans le préambule de la Constitution intérimaire du 22 décembre 1993²⁰ de l'Afrique du Sud (référence abandonnée subséquentement dans la Constitution du 8 mai 1996) et dans deux arrêts de 1992 de la Cour suprême du Canada²¹. Pour ces deux exemples, la coexistence de deux traditions juridiques au sein du même État explique ces analogies et la recherche d'équivalence. La mouvance anglo-américaine du droit public pose également en des termes identiques la question de l'autoproclamation. Ainsi, le Canada présente par le jeu du préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés (Loi constitutionnelle de 1982)* un exemple d'adhésion explicite à la *rule of law* (« primauté du droit » dans la version française). Il en va de même pour l'article 1 c) de la Constitution du 8 mai 1996 de l'Afrique du Sud.

L'évolution récente de la Grande-Bretagne sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois confirme la progression militante des idées qui alimentent le constitutionnalisme. Le projet suggéré dans le livre blanc de 1997, *Rights Brought Home : The Human Rights Bill*, est devenu réalité

18. D. MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* » (1994) 35 C. de D. 823, 856 (perfectionnement du droit public).

19. *Id.*, 827.

20. REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, *Government Gazette/Staatskoerant*, vol. 343, n° 15466, 28 janvier 1994 (publication officielle).

21. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 641 ; *Vidéotron ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques inc.* [1992] 2 R.C.S. 1065, 1075.

avec l'adoption en 1998 de la *Human Rights Act*²². Cette loi reprend en annexe plusieurs dispositions de la *Convention européenne des droits de l'homme* (articles 2 à 12, 14 et 16 à 18). La répression de violations contraires à ces dispositions par le recours au contrôle judiciaire vise au premier chef l'action administrative (article 6)²³. La Cour saisie du litige peut utiliser les moyens appropriés pour sanctionner l'illégalité commise et attribuer des dommages si elle possède la compétence requise à cette fin (article 8). Ce détour peut toucher par ricochet la loi puisqu'il permettra indirectement au juge britannique de neutraliser toute disposition législative incompatible avec le contenu de la Convention. Par contre, pour la contestation directe de la compatibilité des lois et règlements (*primary legislation*) avec la Convention, la solution retenue est respectueuse à l'égard de la souveraineté traditionnelle du Parlement puisque le juge ne pourra que prononcer des déclarations d'incompatibilité (*declaration of incompatibility*). Ce constat prévu par l'article 4 n'emporte aucune censure, annulation ni non-application, mais une obligation de réforme de la part des deux chambres du Parlement à la suite de l'intervention du ministre responsable (article 10 : *remedial action*). En comparaison du type de justice constitutionnelle qui fonctionne au Canada et aux États-Unis, cette approche peut sembler timide. Elle reflète néanmoins la volonté de parvenir à un compromis à la suite des critiques récurrentes contre l'absence d'un véritable *bill of rights* en Grande-Bretagne et montre, du même coup, la volonté des autorités britanniques de se rapprocher de l'esprit et des finalités des diverses formes de contrôle de la constitutionnalité des lois qui existent au sein de l'Union européenne²⁴. La spécificité du modèle anglais reflète cette convergence par analogie avec la réalité de l'État de droit, lequel reste, à titre de programme politique et juridique, multiforme dans les moyens et les solutions retenus. Les divisions traditionnelles entre les divers types de droit public tendent à devenir plus perméables avec l'émergence de modèles syncrétiques.

22. *Human Rights Act*, U.K. 1998, c. 42.

23. *Id.*, art. 6(1) : « It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right ».

24. Pour la genèse de cette réforme et des commentaires généraux, voir : P. DOOKHY et R. DOOKHY, « Le développement du contentieux de la loi en Angleterre », (1999) *Rev. fr. dr. adm.* 159, 167 (solutions possibles) et 168 (projet du gouvernement britannique). Pour un commentaire général, voir : LORD IRVINE OF LAIRG, « The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights », (1998) *Public Law* 221-236. Pour l'analyse exégétique des dispositions de la loi : F. KLUG, « The Human Rights Act 1998, *Pepper v. Hart* and All That », (1999) *Public Law* 246-273. Pour la question de l'application aux litiges de droit privé : M. HUNT, « The « Horizontal Effect » of the Human Rights Act », (1998) *Public Law* 423-443, réponse affirmative (p. 442).

En comparaison de ces trois groupes (adhésion officielle au principe, norme fondamentale non explicitée et convergence par analogie), le système chinois est plus énigmatique et ne peut être éludé compte tenu de l'importance géopolitique de la Chine. Déjà, avant les faits nouveaux caractérisés par six amendements constitutionnels (1998-1999), qui montrent ainsi le souci des autorités chinoises de se ranger ostensiblement dans le premier groupe (adhésion officielle aux principes de l'État de droit en mars 1999 à l'article 5 de la *Constitution de la République populaire de Chine*²⁵), la Constitution du 4 décembre 1982 annonçait la renaissance du droit²⁶ dans les institutions relevant de l'appareil d'État (suprématie de la Constitution prévue dans l'article 5), par opposition à l'appareil du Parti communiste chinois (PCC)²⁷. Les modifications subséquentes de la Constitution²⁸ et l'essor incontestable du droit chinois ont entraîné des conditions plus propices qui ont été abondamment commentées. La genèse et la dynamique de cette évolution restent néanmoins complexes. À titre d'exemple, en 1990, la *Loi sur le contentieux administratif* a été promulguée, ainsi que la *Loi sur l'indemnisation par l'État* (1994), ce qui représente un apport significatif pour l'essor du droit administratif en Chine²⁹. La « grande coupure » résulte toutefois de l'engagement explicite du PCC lors du xv^e Congrès de septembre 1997, à Beijing, afin de donner une priorité absolue à la construction de l'État de droit en Chine³⁰. Cette orientation a été confirmée par une déclaration du ministre de la Justice en avril 1998³¹ et par le désir exprimé par la neuvième Assemblée populaire nationale en mars 1999 afin d'introduire un nouvel amendement constitutionnel pour assurer la pleine légitimité de l'État de droit (nouvelle version de l'article 5 de la Constitu-

-
25. « La République populaire de Chine gouverne selon la loi et met en place un État de droit socialiste », *Perspectives chinoises*, n° 53, 1999, p. 76 (tableau comparatif des amendements constitutionnels depuis 1982).
 26. « The dominant theme expressed throughout the document was the overwhelming need to create orderly, accountable, legally-regulated political institutions and procedure » : R. BAUM, « Modernization » and Legal Reform in Post-Mao China : The Rebirth of Socialist Legality », *Studies in Comparative Communism*, vol. 19, 1986, pp. 69, 92.
 27. Pour cette distinction entre appareil d'État et appareil du Parti, voir : P. ARDANT, « L'organisation du pouvoir central en Chine : théorie et réalité », *Pouvoirs*, vol. 3, 1977, pp. 29, 30.
 28. L. ZHAO, « L'évolution récente de la Constitution chinoise », (1996) 37 *C. de D.* 643, 645 et suiv. (premier amendement du 12 avril 1988).
 29. L. JINMING, « Nouveau développement du droit administratif en Chine », (1996) 37 *C. de D.* 707, 711.
 30. Z. YONGNIAN, « Du gouvernement par la loi à l'État de droit ? », *Perspectives chinoises*, n° 54, 1999, p. 31.
 31. G. CHANG LI, « Renforcer la voie vers l'État de droit », *Journal Renmin Ribao* (6 avril 1998), p. 1 (*Le Quotidien du peuple*).

tion). Les termes employés (*yi fa zhi guo*, soit littéralement « dépendre, utiliser et s'appuyer sur la loi pour gouverner »), qui peuvent être interprétés comme « gouvernement par la loi », correspondent au contenu idéologique de l'État de droit par l'association explicite entre la réalité du pouvoir politique de l'État et la question du droit formulée selon les exigences de la loi. Si par contre l'expression *yi fa zhi guo* est interprétée plus largement comme « gouverner le pays par la loi³² », la compatibilité avec la signification globalisante de la *rule of law* est également vraisemblable (application de la loi à tous les acteurs juridiques). Dans le climat actuel d'acculturation, la majorité des juristes occidentaux et chinois ne sont pas en mesure de faire cette différence faute d'une bonne connaissance de la diversité du droit occidental, plus ou moins réduit à un tout. Les besoins utilitaires nés de la nécessité des traductions du droit chinois dans les diverses langues occidentales engendrent plusieurs amalgames réducteurs. Il en résulte des difficultés terminologiques qui reflètent parfois beaucoup de confusion entre les deux grandes traditions juridiques de l'Occident. Les expressions juridiques n'en ont pas moins un sens précis, même en chinois³³. Le stade antérieur du fazhi ou « gouvernement du pays par la loi » (*rule by law*) n'est pas considéré par les juristes sinologues comme l'équivalent de la *rule of law* et, encore moins, de l'État de droit. Le terme fazhi est par contre approprié pour exprimer la réalité de la légalité socialiste³⁴. L'origine précise des transformations récentes en faveur du *yi fa zhi guo* mériterait des recherches supplémentaires. Plusieurs y verront une influence diffuse de l'Occident (discours de l'État de droit). L'hypothèse d'une filiation directe avec le *Rechtsstaat* n'est pas à exclure à cause de l'influence du constitutionnalisme allemand sur les professeurs de droit public du Japon durant la première partie du xx^e siècle³⁵, laquelle est encore à l'origine d'échanges scientifiques entre le Japon et l'Europe continentale. Depuis plus d'une décennie, les échanges universitaires ont repris entre juristes chinois et japonais. En revanche, dans une perspective d'échanges de professeurs pour l'enseignement du droit, la formation des juristes chinois est largement orientée vers le continent nord-américain, ce qui

-
32. C. JIANFU, « La révision de la Constitution en République populaire de Chine », *Perspectives chinoises*, n° 53, 1999, p. 66, insiste sur les ambiguïtés inhérentes de l'expression « gouverner le pays par la loi ».
 33. Nous remercions particulièrement Me Hélène Piquet, sinologue et juriste, spécialiste du droit chinois, pour ses commentaires et suggestions, ainsi que pour de nombreux échanges d'idées sur la Chine et la terminologie juridique chinoise.
 34. J.-P. CABESTAN, « Chine : un État de lois sans État de droit », *Revue Tiers-Monde*, vol. 147, 1996, pp. 649, 659.
 35. Y. HIGUCHI, « Un grand paradoxe ou la notion d'Occident dans les problèmes constitutionnels actuels », *Pouvoirs*, vol. 35, 1985, pp. 22, 28.

suppose, à long terme, une influence des notions propres aux systèmes de common law³⁶.

Cette adhésion historique de la Chine au discours de l'État de droit survient dans la période 1997-1999, à la fin du xx^e siècle. Le débat est désormais ouvert entre ceux qui sont persuadés de l'inévitabilité d'une convergence du système politico-juridique de la Chine avec le modèle occidental³⁷, par opposition à ceux qui voient l'incompatibilité du développement actuel de la Chine avec toute forme de démocratie véritable³⁸. Ce débat risque d'être largement faussé ou tronqué si l'erreur communément répandue, qui consiste à confondre l'État de droit avec la démocratie politique, est réactivée. L'unanimité qui semble régner dans la Chine de Jiang Zemin à propos de la nécessité de construire l'État de droit, ce qui inclut le PCC et l'Assemblée populaire nationale (APN), peut constituer un terrain propice pour l'élaboration formelle de l'État de droit (incluant le contrôle de la constitutionnalité des lois) sans qu'il y ait pour autant le phénomène du multipartisme à l'occidentale. Les plus cyniques verront peut-être dans cette évolution l'exact contrepoint du « constitutionnalisme soviétique » issu de la Constitution soviétique du 7 octobre 1977. Si l'évolution de la défunte URSS (néo-constitutionnalisme soviétique) a été interprétée par le professeur Milacic comme un artifice de pure rhétorique destiné au monde occidental³⁹, l'idée maximaliste du droit qui semble animer une partie

36. À titre d'exemple, l'ouvrage de N. Liu repose entièrement sur une grille d'analyse du type britannique lorsque l'auteur tente d'expliquer la réalité occidentale (« rule of law in the West ») : N. LIU, *Judicial Interpretation in China*, Hong Kong, Sweet & Maxwell, 1997, p. 198.

37. R.C. KEITH, *China's Struggle for the Rule of Law*, Londres, St. Martin's Press, 1994, pp. 8-27 (« The Chinese Rule of Law Debate »). L'analyse de Keith est prudente et nuancée. Dans le contexte de l'après-Tian'anmen (4 juin 1989), elle montre l'existence de facteurs structurels et politiques (réformes économiques, stabilité interne, progrès incontestable du droit dans certains champs) favorables à un rapprochement avec les conceptions occidentales. L'auteur ne cherche pas pour autant à minimiser l'ampleur des problèmes et des contradictions (tensions entre culture politique et culture juridique) : (p. 213) et insiste pour des changements (p. 224). L'ouvrage n'en reste pas moins une contribution essentielle pour mesurer « the growing interaction of Chinese and Western legal ideas » (p. 225).

38. Y. ZHENG, « Development and Democracy : Are They Compatible in China ? », *Political Science Quarterly*, vol. 109, 1994, pp. 235-259, 245 (réponse négative) ; J.-P. CABESTAN, *loc. cit.*, note 345, 659 (réponse négative).

39. S. MILACIC, « La Constitution soviétique du 7 octobre 1977 comme discours de politique internationale », dans J. BÉGUIN (dir.), *L'Union soviétique dans les relations internationales*, Paris, Economica, 1982, p. 129, à la page 153. *A contrario*, les travaux du professeur Jean-Pierre Massias mettent en évidence la tentative réelle de construction d'un droit constitutionnel en URSS par la réorganisation du Parlement soviétique (création du Congrès des députés du peuple en décembre 1988), la reconfiguration de

importante des élites chinoises ainsi que l'essor de la profession juridique et les campagnes de sensibilisation au droit menées par les autorités chinoises auprès de la population n'annoncent pas nécessairement une répétition identique, dans la perspective d'une issue fatale pour le « constitutionnalisme socialiste » en Chine. Il ne faut surtout pas perdre de vue que la culture politique et juridique de la Chine n'est pas celle de la Fédération de Russie, et que le monde chinois constitue une civilisation distincte et originale⁴⁰. Des efforts importants sont actuellement déployés pour la formation de juristes, juges et avocats⁴¹, ce qui met en évidence une relation au droit, au demeurant fort complexe, à la lumière du relativisme culturel. Dans la perspective de l'État de droit, les obstacles restent néanmoins considérables : l'absence de système judiciaire proprement indépendant, efficace et transparent, le manque de juristes compétents, la corruption généralisée de l'appareil d'État, l'existence d'un parti-État régalién qui fonctionne au-dessus de la légalité, le sous-développement de la législation et de plusieurs domaines du droit, notamment en droit public, et, enfin, la subordination du droit à la politique du PCC⁴². Le système politico-juridique chinois connaît actuellement des tensions considérables nées de

l'institution présidentielle (réforme constitutionnelle du 14 mars 1990) et, surtout, la création par la loi du 23 décembre 1989 du Comité de surveillance constitutionnelle dont le bilan est considéré comme largement positif en dépit des limites de ses interventions (faiblesse de ses moyens d'annulation et manque de tradition en matière de justice constitutionnelle) : J.-P. MASSIAS, *op. cit.*, note 14, pp. 175-223.

40. B. MELKEVIK, « Un regard sur la culture juridique chinoise : l'École des légistes, le confucianisme et la philosophie du droit », (1996) 37 *C. de D.* 603-627, *in fine* (plusieurs constats, notamment l'idée d'un droit essentiellement bureaucratique et le principe de l'harmonie toujours présupposée, du type irénique). Cette analyse est sévère en ce sens qu'elle formule le constat de l'absence de droit (*de jus*), ce qui réintroduit la pertinence d'une grille « occidentalocentrique » pour l'analyse du droit en Chine. L'originalité du droit chinois, avec des principes structurels différents de ceux de l'Occident, milite en faveur de l'idée de tradition juridique et de culture juridique : A. ERH-SOON TAY, « Culture juridique chinoise », dans W. CAPELLER et T. KITAMURA (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 205, à la page 205. De même, la conception chinoise du droit a fait l'objet d'une importante contribution du professeur Xiaoping Li afin de dégager plusieurs notions fondamentales (le *Fa*, le *Li* et le *Yi*, le *Dao* et la Raison) : X. LI, « La civilisation chinoise et son droit », (1999) *Rev. Int. de Droit comparé* 505-541, 518 et suiv.
41. L. JIAXIANG et L. XU, « L'enseignement du droit en Chine et ses perspectives d'avenir », (1996) 37 *C. de D.* 629, 632 (développement rapide de l'enseignement du droit).
42. Sur ces difficultés, voir l'analyse pessimiste de J.-P. CABESTAN, *loc. cit.*, note 34, 659-667 (réponse négative par le constat de l'absence d'État de droit en Chine). Pour d'autres analyses sur le problème récurrent de la corruption, voir : J. ANDRIEU, « Chine ; une économie communautarisée, un État décomposé », *Revue Tiers-Monde*, vol. 147, 1996, pp. 669, 671 ; J.-L. ROCCA, « La corruption et la communauté », *Revue Tiers-Monde*, vol. 147, 1996, pp. 689, 691. Pour la récente modification constitutionnelle de mars 1999,

cette dynamique contradictoire entre le ralliement officiel à la problématique de l'État de droit et une réalité qui dément en apparence toute possibilité de transformation⁴³. À cet égard, le modèle chinois est exemplaire, car ses difficultés sont celles de nombreux États asiatiques du type autoritaire où les élites éclairées désirent un renouveau démocratique axé sur les principes du constitutionnalisme. L'exemple de la Chine réintroduit également la question latente du droit constitutionnel de la transition démocratique⁴⁴. La question fondamentale de la contradiction entre la suprématie constitutionnelle et l'hégémonie du PCC ne pourra dès lors être éludée.

L'État de droit ainsi que la *rule of law* ne peuvent échapper aux difficultés que pose une analyse transversale qui dépasse les limites géographiques de l'Occident. Pour éviter les pièges que suscitent inévitablement la diversité des traditions juridiques et la simple adhésion officielle à l'État de droit par constitution interposée (explicitation constitutionnelle du principe), une démarche très stricte est indispensable. Les travaux du professeur Jacques-Yvan Morin, de l'Université de Montréal, sont exemplaires à cet égard puisqu'ils représentent l'aboutissement de plusieurs années de recherche afin de privilégier des indicateurs précis aux fins de l'analyse de 175 textes constitutionnels⁴⁵. Ce travail encyclopédique ne pouvait aboutir que moyennant la recherche et l'explicitation des garanties constitutionnelles de l'État de droit, notamment l'indépendance et l'impartialité des juges comme exigences du procès équitable, la « justiciabilité » des droits fondamentaux, l'expression du principe de l'État de droit et les conditions de suspension des droits constitutionnels en état d'urgence. Toutefois, ce vaste travail d'investigation montre le clivage fondamental entre les constitutions du type « continental » et celles du type « anglo-américain » dans l'expression du renouveau constitutionnel qui marque l'évolution de la

C. JIANFU, *loc. cit.*, note 32, 72, dresse également un constat négatif : « En réalité, le rapport politique du Parti (xve congrès du Parti en 1997) parle peu de l'État de droit : les notions de suprématie de la loi (sur le Parti et ses politiques), d'indépendance de la justice et de contrôles et d'équilibres sont toutes absentes du rapport politique. Celui-ci désigne le gouvernement par la loi et non pas l'État de droit. Les convictions des universitaires chinois, me semble-t-il, sont détachées de la réalité et au mieux sont une profession de foi sans fondement. »

43. Sur le caractère « insaisissable et énigmatique » de l'évolution politico-juridique de la Chine, voir : J.-L. DOMENACH, « Réflexions sur l'avenir du système politique chinois », *Revue Tiers-Monde*, vol. 147, 1996, pp. 713, 717.
44. Sur le caractère pluridimensionnel de la transition démocratique, voir, par analogie, l'ouvrage de J.-P. MASSIAS, *op. cit.*, note 14, p. 8.
45. J.-Y. MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, coll. « Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye », La Haye, Martinus Nijhoff Pub., 1995, pp. 126 et suiv.

dernière décennie, incontestablement la plus importante pour le rayonnement et l'expansion planétaire de l'État de droit⁴⁶.

Cette progression ne peut être réduite à la seule dimension des États souverains puisque l'expression du principe figure dans des documents internationaux. La Conférence de Copenhague de juin 1990 sur la dimension humaine et politique de la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) en constitue un exemple (deuxième et troisième résolutions de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE), d'autant plus significatif que le Canada figure parmi les pays signataires. La version anglaise du texte renvoie toutefois à la notion de *rule of law*, ce qui peut être interprété de diverses manières (convergence, polycentrisme ou ambiguïté ?). Cependant, au-delà des querelles exégétiques, au demeurant inévitables dans un contexte multilingue, c'est la construction de l'État de droit par des mécanismes tangibles qui retient davantage l'attention, notamment au niveau supranational. Même si l'Union européenne a renoncé à adhérer à la *Convention européenne des droits de l'homme*, le système européen est structuré en fonction de mécanismes (Cour de justice des communautés européennes) ou de principes (proportionnalité) qui renvoient à la réalité de l'État de droit. L'étude des principes garantis par la *Convention européenne des droits de l'homme* et par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sert les fins de notre démonstration. La construction européenne oblige en effet à repenser l'État de droit dans sa dimension transnationale, supranationale et internationale, ce qui introduit la question de l'universalisation du principe. La diversité des droits nationaux ainsi que la césure traditionnelle entre le droit public continental et celui du type anglo-américain rendent indispensable une analyse plus nuancée. Cette investigation devient plus exigeante dès que la question de la légalité socialiste est posée (Chine, Vietnam, Laos, Corée du Nord, Cuba), et l'internationalisation ne peut être considérée comme acquise.

46. Pour ce qui est des pays francophones ainsi que des États participants aux sommets de la francophonie, J.-Y. MORIN, *op. cit.*, note 17, rassemble dans son ouvrage les dispositions constitutionnelles portant sur les droits et libertés fondamentales en suivant la même démarche encyclopédique. Les dispositions sont ainsi regroupées sous quatre rubriques : 1) les droits et libertés reconnus aux personnes ; 2) la « justiciabilité » des droits et sa procédure ; 3) la protection du système constitutionnel de garanties ; 4) les rapports du droit international et du droit interne.

1.2 L'universalisation du principe et la prééminence du constitutionnalisme

Le débat classique qui alimente les controverses sur l'universalité des droits fondamentaux peut resurgir si l'État de droit est postulé à titre de principe immanent. Entre transcendance et relativisme, le questionnement peut osciller selon les mêmes prémisses, et les réponses peuvent être tout aussi contradictoires que celles qui sont proposées pour justifier l'existence des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme » (Préambule de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*). Déjà, en monde anglo-saxon, quelques rares auteurs ont affirmé l'universalité de la *rule of law*⁴⁷ moyennant une épuration radicale du concept, notamment en le privant de sa coloration britannique. Dans le sillage du Congrès international de New Delhi en 1959, un consensus minimal avait été dégagé en fonction de quelques éléments généraux (« free society, individual liberties, equality, supremacy and certainty of the law, judicial process »), ce qui permettait d'entretenir quelques espoirs sur l'universalisation du principe. En 40 années (1959-1999), les expériences politiques du xx^e siècle ont été si déroutantes qu'il est désormais plus difficile de formuler des principes qui puissent faire de la *rule of law* un « concept opérationnel » susceptible de transcender la diversité des cultures juridiques et des régimes politiques⁴⁸. L'idée d'une « validité universelle » ne fait pas nécessairement l'unanimité⁴⁹, et la littérature savante oriente davantage l'analyse de la *rule of law* en fonction du contexte propre aux systèmes de tradition anglo-britannique.

Dans un contexte de diversité culturelle et de relativisme, l'État de droit ne peut guère prétendre, tout comme la *rule of law*, à cet universalisme *de facto*⁵⁰. À titre de produit du droit public continental, la notion reste largement méconnue en Amérique du Nord et dans de nombreux pays de tradition britannique. Pour surmonter ce clivage, les textes internationaux fonctionnent sur la base d'un compromis pragmatique en considérant

47. I. HARDEN et N. LEWIS, *The Noble Lie. The British Constitution and the Rule of Law*, Londres, Hutchinson, 1988, p. 17.

48. Cet obstacle ne diminue en rien l'importance et la centralité du concept en vue de mesurer les fondements du droit constitutionnel dans les pays occidentaux, notamment ceux de tradition britannique : L.B. TREMBLAY, *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal/Kingston, McGill/Queen's University Press, 1997, p. 3.

49. T.R.S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 21.

50. J.-Y. MORIN, « Grandeur et misère de l'État de droit en tant que norme universelle », dans R. HUDON et R. PELLETIER (dir.), *L'engagement intellectuel : mélanges en l'honneur de Léon Dion*, Sainte-Foy, PUL, 1991, p. 105, à la page 141.

l'équivalence réciproque des deux notions. Outre les inconvénients de cet amalgame un peu simpliste, l'association des deux notions renvoie directement à la culture politique et juridique de l'Occident, ce qui soulève des difficultés incontestables aux fins de l'universalisation du principe.

En vue de résoudre cet obstacle, l'approche volontariste laisse entrevoir la possibilité d'une adhésion rationnelle à l'État de droit par la communauté internationale, ce qui permet de concevoir que le principe peut être rendu universel à défaut d'offrir l'universalisme immanent revendiqué par le courant néo-jusnaturaliste en matière de droits fondamentaux. Ramené ainsi à sa dimension proprement matérielle, l'État de droit apparaît comme un dispositif institutionnel et juridique qui prédétermine l'exercice de la puissance politique de l'État par des garanties dites « constitutionnelles ». Comme son fonctionnement dépend de la suprématie effective des normes constitutionnelles, de recours, de garanties, de mécanismes, d'institutions judiciaires ou administratives, de chartes et de déclarations énumérant des droits fondamentaux dont la justiciabilité est assurée, de l'indépendance et de l'impartialité des juges, ainsi que de l'existence de procès équitables, il apparaît, en définitive, comme un modèle qui peut circuler à l'échelle planétaire en dépit du contexte proprement occidental de sa genèse. Une revue de la littérature savante sur l'État de droit met en lumière cette dimension formelle où la recherche d'un « instrument efficace » de limitation du pouvoir politique de l'État apparaît comme une constante⁵¹.

Il est dès lors utile de clarifier la nature de cette « invention » en fonction de ses origines, car les conditions de son émergence reposent sur des facteurs qui concernent l'ensemble de la communauté internationale. Un retour sur la question des sources montre que les difficultés que l'Occident a cherché à résoudre ne sont pas cantonnées à l'évolution de la philosophie politique aux XVIII^e et XIX^e siècles dans les systèmes monarchiques et républicains de l'Europe occidentale, ainsi qu'en Amérique du Nord. Les revendications formulées dépassent ces contingences géographiques et temporelles puisqu'elles sont directement à l'origine du libéralisme, de la modernité et du constitutionnalisme.

Comme l'expression le laisse entendre, l'État de droit pose en termes non équivoques la question des relations du droit avec l'État. Chercher à en retracer les origines oblige à suivre l'émergence difficile et laborieuse,

51. L. HAMON, « L'État de droit et son essence », (1990) *Revue française de droit constitutionnel* 699, 709 ; J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 16, p. 149.

marquée par des reculs ou des éclipses⁵², d'un dispositif politique et institutionnel où « *le Pouvoir arrête le Pouvoir*⁵³ » selon la formule connue de Montesquieu. Comme le terreau historique initial se situe entre la Réforme (contestation de l'autorité absolue de l'Église au XVI^e siècle) et les Lumières anglaises du XVII^e siècle (*Grande remontrance de 1641*, décapitation de Charles I Stuart le 30 janvier 1649, *Bill of Rights du 23 février 1689*), pour connaître ensuite les conditions effectives de son apparition avec le programme politique des Lumières (Leibniz, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Condorcet, Kant), il n'est que trop facile d'insister sur l'« occidentalocentrisme » de la notion⁵⁴. Ce relativisme culturel serait une erreur, bien que l'histoire des institutions politiques montre le rôle décisif de l'Occident dans la conceptualisation de l'État de droit. L'assujettissement progressif des fonctions exécutive et législative à des règles supérieures n'est pas dans l'absolu un phénomène purement occidental, même si c'est l'Occident qui a été le cadre de nombreuses luttes où le droit, investi d'une valeur propre, a été revendiqué contre l'arbitraire et la discrétion des autorités publiques⁵⁵. La gestation occidentale d'un « principe-institution » appartenant autant au droit public qu'à la philosophie politique a été marquée par deux grandes étapes qui apparaissent comme des conquêtes décisives et irréversibles : 1) le contrôle de la légalité de l'action administrative et gouvernementale devant des cours administratives ou judiciaires⁵⁶ ; 2) le contrôle de la constitutionnalité des lois par de hautes cours constitutionnelles (France et Allemagne) ou par des cours judiciaires du type cour suprême (États-Unis et Canada). Si le premier mouvement a coïncidé avec le développement du droit administratif dans la seconde partie du XIX^e siècle et une importante partie du XX^e, le second fait encore figure de nouveauté, même s'il est possible d'en retracer les origines plus en amont avec les idées de Hans Kelsen ou encore la précocité des expériences entreprises dans un contexte fédéral de répartition des compétences (par la Cour suprême des États-Unis en 1803 et par la Cour suprême du Canada en 1875).

52. Sur le romantisme et le totalitarisme, voir : B. BARRET-KRIEDEL, *L'État et les esclaves*, Paris, Payot, 1989, pp. 167 et suiv.

53. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, Livre XI, p. 300.

54. Voir à ce sujet D. BOUTET, *Vers l'État de droit*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 1991, p. 54, qui remonte à l'Antiquité, notamment pour souligner la contribution de la science juridique romaine à l'analyse juridique de l'État, ainsi que pour l'introduction de la distinction droit public/droit privé.

55. « L'État de droit, c'est l'anti-Léviathan » : M. MIAILLE, « Le retour de l'État de droit », dans D. COLAS (dir.), *L'État de droit*, coll. « Questions », Paris, PUF, 1987, p. 215, à la page 218.

56. Dans le contexte du Colloque du Deuxième Centenaire du Conseil d'État (13-15 décembre 1999, Paris, Grand Amphithéâtre de la Sorbonne), il est important de rappeler le rôle décisif de la France dans l'élaboration du droit administratif.

La dimension « militante » de l'État de droit est incontestable, car la dynamique de son expansion dépend de nombreux moyens qui reposent sur la nécessité d'une évolution juridique et institutionnelle. L'État de droit apparaît ainsi comme un projet inachevé dans la plupart des démocraties occidentales, ou comme un « instrument perfectible » qui requiert une transformation des institutions en vue de répondre à l'esprit du constitutionnalisme. L'exemple canadien en constitue une bonne illustration puisque le programme politique de l'État de droit repose en définitive sur un vaste éventail de mesures qui progressent de façon très inégale dans divers domaines : le rétrécissement du caractère purement discrétionnaire de la Prérogative royale par des lois du Parlement, la multiplication des recours en droit administratif (*ombudsmans*, mécanismes de plaintes, recours administratifs, essor de la justice administrative), le rôle des autorités administratives spéciales relevant directement du Parlement et des assemblées législatives, la dynamique des chartes et des droits fondamentaux dans la revendication de diverses formes de libertés, ainsi que l'égalité de traitement et, enfin, la prééminence plus ou moins absolue du droit jurisprudentiel constitutionnel issu de l'interprétation judiciaire de ces chartes⁵⁷.

En insistant sur la question du droit, l'expansion de l'État repose, en pratique, sur la croissance illimitée du droit. La multiplication des normes, recours et garanties tend à se confondre, à la limite, avec le programme politique du normativisme. De façon plus explicite, c'est la question du droit public qui se trouve directement posée par la conjonction des divers éléments qui le constituent ou qui l'alimentent : le constitutionnalisme, le passage du « droit politique » au droit constitutionnel, le rôle du droit administratif et du droit pénal⁵⁸, l'impartialité et l'indépendance des cours et tribunaux, l'essor de la justice constitutionnelle, l'affirmation d'un corpus minimal de droits et libertés dont le fondement est garanti par des dispositions constitutionnelles et le droit d'exercer un recours en cas d'atteinte ou de violation. L'étude du sujet « État de droit » peut dès lors évoluer vers la notion de modèle ou de paradigme avec des avantages et des inconvénients⁵⁹.

57. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11). Pour le Québec : *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

58. Le droit pénal est l'un des champs constitutifs du droit public dans les systèmes anglo-américains.

59. M. MIAILLE, « L'État de droit comme paradigme », dans A. MAHIOU (dir.), *L'État de droit dans le monde arabe*, Paris, CNRS, 1997, p. 29, à la page 34.

Si la question de l'État de droit suppose ainsi une certaine relation au droit, deux autres dimensions doivent également être prises en considération pour « objectiver » les conditions minimales de son existence⁶⁰. La notion relève également de la philosophie politique sous l'angle du libéralisme et du constitutionnalisme. Un bref rappel de leurs exigences particulières est essentiel, car il permet de compléter la présentation en vue de reconnaître des conditions objectives de réalisation susceptibles de transcender les clivages nationaux. Par une démarche déterministe du même type que celle qui animait Montesquieu dans *L'esprit des lois*⁶¹, l'affirmation du principe de l'État de droit dépendrait de conditions politiques et juridiques qui pourraient être explicitées avec une relative précision. Dès lors, le fait que c'est en Occident que ces conditions suffisantes ont été réunies ne permet pas d'exclure, *a priori*, que ce phénomène peut également se manifester ailleurs dans d'autres espaces politiques, notamment en Orient et dans le monde arabe⁶². Des États du continent africain et de la zone Asie-Pacifique rejoignent ainsi le modèle de l'État de droit en offrant des conditions relativement favorables. Leur nombre reste toutefois limité. Cependant, il suffit parfois d'un modèle prépondérant, comme celui de l'Afrique du Sud⁶³, pour qu'une progression puisse devenir plausible à l'échelle d'un continent. De même, des documents internationaux comme la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (26 juin 1981 ; en vigueur le 21 octobre 1986) ainsi que la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* (22 novembre 1969 ; entrée en vigueur le 18 juillet 1978) témoignent d'une volonté de reconnaissance de valeurs, de droits et de principes indispensables pour l'existence de l'État de droit. La *Déclaration de Bangkok* (2 avril 1993) pose toutefois la question du relativisme culturel pour l'Asie.

60. Il est difficile d'objectiver parfaitement cette notion, ce qui justifierait, comme le propose Jacques Chevallier, de faire état des « doctrines de l'État de droit ». L'État de droit a été littéralement promu au rang de mythe dans les sociétés contemporaines, ce qui rend son appréhension de plus en plus difficile : J. CHEVALLIER, « Les doctrines de l'État de droit », dans P. TRONQUOY (dir.), *Le droit dans la société*, coll. « Cahiers français, 288 », Paris, La Documentation française, 1998, pp. 3-8.

61. MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 53, Livre III, chap. II, p. 143.

62. A. MAHIOU (dir.), *loc. cit.*, note 59. Sur le rôle des cours constitutionnelles au sein du monde arabe, voir les études publiées dans la troisième partie de l'ouvrage suivant : CENTRE D'ÉTUDES DES DROITS DU MONDE ARABE, *Les constitutions des pays arabes* (Colloque de Beyrouth, 1998), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 231 et suiv.

63. *Constitution of the Republic of South Africa 1996* (chapitre 2 : « Rights » et chapitre 9 : « State Institutions Supporting Constitutional Democracy »). Les études disponibles en français sont en nombre limité : F. DREYFUS, « De la Constitution intérimaire à la nouvelle Constitution : la fin du régime de transition », dans G. CONAC, F. DREYFUS et N. MAZIAU (dir.), *La République d'Afrique du Sud*, coll. « La Vie du droit en Afrique »,

La recherche de causes objectives n'est pas suffisante car l'État de droit ne peut pas être réduit à sa seule dimension de droit public. Il n'est pas que la « pure invention » de quelques professeurs de droit public sur une période temporelle qui irait de 1832 à 1922 (de Robert von Mohl⁶⁴ à Raymond Carré de Malberg⁶⁵), mais bien le résultat tangible d'un programme politique alimenté par le libéralisme et le constitutionnalisme. Selon l'analyse proposée par Philippe Raynaud⁶⁶, le programme politique du libéralisme se résumerait à trois conditions : 1) la nécessité d'une distinction entre l'État et la société civile ; 2) l'équilibre et le partage fonctionnel des pouvoirs ; et 3) la défense systématique de l'autonomie de la sphère économique. En fonction de ces nécessités, P. Raynaud constate que l'« évolution politique des démocraties occidentales a donc conduit à une réhabilitation générale de plusieurs des idées-mères de la tradition libérale⁶⁷ », ce qui réintroduit un creuset historique qui est bien celui de l'Occident. Le rappel de quelques « classiques » de cette filiation occidentale ne semble avoir pour seul horizon que l'évolution des idées dans l'Atlantique nord : la philosophie politique de John Locke (*Deux traités du gouvernement civil*, 1690)⁶⁸, une certaine partie de Montesquieu (*De l'esprit des lois*, 1748)⁶⁹, Thomas Paine (*Les droits de l'Homme*, 1791)⁷⁰, Guillaume de Humboldt (*Des limites de l'action de l'État*, 1791)⁷¹, Benjamin Constant

Paris, *Economica*, 1999, p. 16 (élaboration constitutionnelle démocratique) ; E. SPITZ, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle sud-africaine relative aux droits de l'Homme », dans G. GONAC, F. DREYFUS et N. MAZIAU (dir.), *op. cit.*, p. 48 (commentaire à propos de l'influence et de la signification de l'arrêt du 6 juin 1995 relatif à l'inconstitutionnalité de la peine de mort).

64. R. VON MOHL, *La science policière selon les principes de l'État de droit*, Tubingen, Laupp, 1832-1834.
65. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920-1922, pp. 231 et suiv.
66. P. RAYNAUD, « Libéralisme », dans P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 338-344.
67. *Id.*, 338.
68. Le chapitre II du deuxième traité contient le passage célèbre sur « l'état de nature » : J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967, p. 287.
69. MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 53, Livre XI, pp. 291-326.
70. T. PAINE, *Les droits de l'homme*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1991, p. 61. (lien entre les droits naturels de la personne et ses droits civils).
71. W. VON HUMBOLDT, *The Sphere and Duties of Government*, Londres, Chapman, 1854, chap. II, p. 11 ; M. SCHAUB, « Wilhelm von Humboldt : l'État de droit comme État limité », dans J. BIDEZ et G. LABICA (dir.), *Libéralisme et État de droit : actes du colloque « Libéralisme et État de Droit »*, C.N.R.S., 27 et 28 mai 1988, coll. « Philosophie », Paris, Méridiens Klincksieck, 1992, p. 19.

(*De la liberté des Anciens et des Modernes*, 1819)⁷², John Stuart Mill (*De la liberté*, 1859)⁷³ et également le premier Tocqueville, inclassable et encore profondément sceptique dans ses analyses : *De la démocratie en Amérique* (1835)⁷⁴, ainsi que l'évolution subséquente que représente *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856)⁷⁵. Toutefois, dans la mesure où le libéralisme considère la distinction entre l'État et la société civile comme une donnée fondamentale et « naturelle », il récuse du même coup l'idée d'une domination complète de l'État sur la société et appréhende le premier comme un moyen essentiel en vue de garantir des droits ou de protéger la société civile. En assignant des fins aussi précises à l'État⁷⁶, le libéralisme en perpétue paradoxalement l'absolue nécessité, ce qui n'est pas sans conséquence pour la suite de la réflexion sur la mondialisation. De même, ses principes structurants, soit la limitation de la souveraineté de l'État et l'autonomie de la société civile, peuvent gagner en extension contre l'ancienne organisation « autoritaire » de la société qui est propre autant à l'Occident qu'à l'Orient.

Si le libéralisme postule un programme politique surtout centré sur la question de la liberté, il laisse clairement entendre que des conditions « objectives » sont requises aux fins de sa réalisation. Son principal défaut structurel, souvent endémique, n'en reste pas moins le peu d'attention accordé à la question des moyens, d'où le caractère indispensable du constitutionnalisme qui en est, à certains égards, le prolongement. Sans l'articulation d'un dispositif institutionnel et politique précis, le libéralisme risque de n'être que l'expression de l'économie libérale et de théories

-
72. B. CONSTANT, « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », dans B. CONSTANT et M. GAUCHET, *De la liberté chez les Modernes*, coll. « Pluriel », Paris, Librairie générale française, 1980, p. 491 : « Notre liberté, à nous, doit se composer de la jouissance paisible de l'indépendance privée » (p. 501) ; « L'indépendance individuelle est le premier des besoins modernes » (p. 506). Voir sur cette dimension de l'œuvre de Constant : S. HOLMES, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1994, p. 341.
73. J. STUART MILL, *On Liberty*, 2^e éd., Londres, Parker & Son, 1859, chap. IV : « Of the Limits to the Authority of Society over the Individuals ». En version française : J. STUART MILL, *De la liberté*, coll. « Folio/Essais », Paris, Gallimard, 1990, chap. IV, p. 176.
74. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. II, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990, p. 97 (rapports entre individualisme et démocratie).
75. A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, NRF, 1952, pp. 48, 319 (critique du jacobinisme centralisateur et autoritaire qui perpétue les méthodes de l'Ancien Régime).
76. Il ne s'agit pas ici de prendre position sur les devoirs que le libéralisme impose aux individus. Sur cette question, voir : L. JAUME, « Problèmes du libéralisme. De Mme de Staël à Tocqueville », (2000) 30 *Droits* 151-162, *in fine* (culture morale et responsabilité).

économiques qui ne présupposent aucune forme particulière d'organisation pour l'État, si ce n'est la nécessité de l'autonomie de la sphère marchande. D'où le rôle prépondérant accordé à la question du droit, au détriment du politique, en vue de franchir ce bond qualitatif qui permet d'organiser la question de la liberté en fonction de mécanismes juridiques⁷⁷. Le terme « constitution » exprime l'idée d'ordre ou d'organisation. L'articulation de l'État par le droit en constitue la marque spécifique. La hiérarchisation des sources du droit en fonction de la primauté des lois constitutionnelles est l'expression d'un principe d'ordre qui va autant dans le sens de la limitation que du fonctionnement. En reprenant pour l'essentiel les critères dégagés par O. Beaud⁷⁸, le constitutionnalisme repose sur quatre propriétés formelles qui confèrent une dimension proprement fonctionnelle et juridique au programme politique issu des Lumières : 1) l'organisation et le fonctionnement de l'État qui sont d'abord régis par le droit public, ce qui transforme de façon latente le pouvoir politique de l'État en compétences juridiques ; 2) la protection effective des individus par des droits explicitement énumérés dans des documents de nature constitutionnelle, avec la possibilité d'un recours en cas d'atteinte potentielle pour en garantir le respect⁷⁹ ; 3) le partage fonctionnel des pouvoirs suivant l'esprit qui anime l'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*⁸⁰ ; et 4), enfin, la dimension hiérarchique du constitutionnalisme, la Constitution étant supérieure aux autres normes juridiques, ce qui suppose le principe de non-contrariété⁸¹.

Ce programme politique et institutionnel est directement à l'origine de la prééminence des cours constitutionnelles et du droit constitutionnel dans l'explicitation judiciaire des droits et libertés, ainsi que dans la constitutionnalisation de plusieurs champs du droit, même en droit privé⁸². Dans

77. « Si le constitutionnalisme procède indubitablement de la philosophie politique libérale, sa spécificité provient du fait que la limitation du pouvoir politique qu'il poursuit est réalisée au moyen du droit, au moyen de la Constitution conçue comme juridique » : O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », dans P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *op. cit.*, note 66, pp. 117-118.

78. *Id.*, 119. Ces critères correspondent à la conception usuelle ou classique de la « Constitution-norme », dite « conception normative ».

79. Ce deuxième élément rejoint explicitement la dimension libérale.

80. « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » : *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, art. 16.

81. À titre d'exemple : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit » : *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 57, art. 52 (1).

82. C. ATIAS, « La civilisation du droit constitutionnel », (1991) 7 *Revue française de droit constitutionnel* 435, 436 (thèse de la constitutionnalisation du droit civil).

tous les systèmes politiques qui relèvent de la mouvance du constitutionnalisme et de l'État de droit, les décisions rendues en dernière instance par le juge constitutionnel soulèvent les mêmes débats et polémiques. Au Canada ou ailleurs, le scénario est identique au point de devenir un stéréotype de la vie politique. En février 1999, un imposant rassemblement de la communauté haredim à Jérusalem avait pour cause l'indignation provoquée par la décision de la Cour suprême d'Israël cassant l'exemption de service militaire pour plus de 30 000 jeunes adultes issus de cette communauté et autorisant l'ouverture de certains types de commerces le jour du sabbat. Par des arrêts de ce type, la Cour suprême fait ainsi évoluer la société israélienne là où, à cette époque, le gouvernement de M. Nétanyahou ne le pouvait pas ou ne le voulait pas. Ce constat est à peu près identique pour la Cour suprême du Canada à la lumière du regain polémique qui a marqué les décisions du 20 mai 1999, l'une ayant pour objet de consacrer les droits linguistiques des accusés dans les affaires criminelles devant toutes les cours du Canada, ce qui revient à imposer des exigences minimales de bilinguisme sur le plan judiciaire⁸³, alors que la seconde avait pour objet de sanctionner l'omission du législateur ontarien pour inclure les conjoints de même sexe dans le droit à la pension alimentaire pour les conjoints de sexe différent⁸⁴. Toujours dans un contexte canadien, l'affaire *Delwin Vriend* du 2 avril 1998 constitue la limite maximale de l'interventionnisme judiciaire⁸⁵ et rend particulièrement ostensible cette prépondérance du juge constitutionnel sur la volonté des représentants élus du Parlement et des

83. L'accusé, Jean Victor Beaulac, était inculpé de meurtre devant les tribunaux de la Colombie-Britannique et ne pouvait bénéficier d'un procès dans sa langue. Dans un jugement unanime sur l'issue du pourvoi, la Cour a rejeté les motifs invoqués par les tribunaux inférieurs afin de refuser un procès dans la langue de l'accusé. La Cour interprète ainsi l'article 530 du *Code criminel* dans un sens favorable à la reconnaissance du droit à un procès devant un juge et un jury parlant les deux langues officielles du Canada : *Beaulac c. Sa Majesté La Reine*, [1999] 1 R.C.S. 768, 796 (j. Bastarache).

84. En Ontario, la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. (1990), c. F-3, a été modifiée de façon à inclure les couples non mariés de sexe différent dans le droit à l'obligation alimentaire entre conjoints. En omettant le cas des conjoints de même sexe, le législateur a été sanctionné pour violation du droit à l'égalité reconnu par l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, 27, 58 (j. Cory). Le juge Gonthier est dissident.

85. En Alberta, l'*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, n'offrait aucune disposition afin d'inclure l'orientation sexuelle dans les motifs de discrimination illicite. Le plaignant, Delwin Vriend, professeur au King's College à Edmonton, avait été congédié pour cause d'homosexualité sans qu'il ait fait aucun acte répréhensible dans le cadre de son emploi. La Cour suprême a sanctionné l'omission du législateur sur le fondement d'une violation injustifiée de l'article 15 (1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* : *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 (le juge Major est dissident en partie).

assemblées législatives au sein de la Fédération canadienne. L'affaire du *Renvoi sur la Sécession du Québec* (20 août 1998) met explicitement en lumière le rôle de la Cour suprême dans l'explicitation des principes structurants du droit constitutionnel au Canada : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme, la primauté du droit et le respect des minorités⁸⁶.

Peu importe qu'il s'agisse de la France ou du Canada, le développement de la justice constitutionnelle et le rôle consécutif des juges⁸⁷ ont pris une ampleur telle qu'ils ont mobilisé les travaux d'équipes entières de recherche, avec des contributions contrastées sur le pouvoir des juges⁸⁸. Au Canada, il est devenu banal de constater que l'interprétation judiciaire de la *Charte canadienne des droits et libertés* a profondément modifié le paysage politique et juridique⁸⁹. L'attention de la communauté juridique est largement dirigée vers cette dynamique jurisprudentielle qui détermine les normes de référence. La fin du xx^e siècle pourrait ainsi projeter une image rassurante fondée sur le triomphe apparent du constitutionnalisme et de l'État de droit au détriment des autres sources de transformation ou de déstabilisation.

2. La reconfiguration de l'État de droit

Plusieurs scénarios peuvent être envisagés si les postulats sont organisés de façon à concevoir le développement de la mondialisation contre l'État de droit ou, encore, avec ou sans l'État de droit. En l'état actuel des

86. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 247 (analyse des principes constitutionnels). Pour une comparaison utile avec un autre système fédéral, voir les « choix structurants de l'ordre juridique allemand » (la République, la démocratie, le fédéralisme, le principe d'État de droit, le principe d'État social) : C. AUTEXIER, *op. cit.*, note 10, p. 88. Pour un commentaire de l'arrêt de 1998 : M.-L. GÉLY, « La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l'évolution du fédéralisme : la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatérale du Québec », (1999) *Revue du droit public* 1645, 1659 (principes constitutionnels sous-jacents).

87. D. ROUSSEAU, « L'élaboration de la loi et l'action du juge », dans P. TRONQUOY, *op. cit.*, note 60, pp. 9-16.

88. Sur une base sélective, voir : M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, coll. « Droit public positif », Paris/Aix-Marseille, Economica/PUAM, 1990, p. 215 (contrôle juridictionnel des lois et principe de démocratie en droit comparé) ; G. TIMSIT, *Les figures du jugement*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1993, p. 147 (typologie des jugements) ; A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1997, p. 185 (choix judiciaires des valeurs).

89. D. SCHNEIDERMAN et K. SUTHERLAND (dir.), *Charting the Consequences : The Impact of the Charter of Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, pp. 343-355. Il existe également des publications qui ont pour seul but et objet le dénigrement de la Cour suprême : F.L. MORTON et R. KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, Toronto, Broadview Press, 2000, chap. 1 (conclusion).

choses, le caractère multiforme que revêt le phénomène de la mondialisation ne permet pas de structurer la réflexion selon des certitudes ou des prémisses propres à la recherche expérimentale de base. Des indices permettent toutefois d'examiner quelques hypothèses. La difficulté la plus importante n'en reste pas moins la conceptualisation des deux phénomènes à l'étude, puisque, selon les orientations retenues, il peut en découler des éléments de convergence ou de divergence.

Dans un premier temps, c'est la convergence qui doit être soulignée, car la superposition d'un droit supranational ne fait que renforcer et dédoubler la limitation interne de l'État par les contraintes constitutionnelles propres à chaque système étatique. Il en résulte une double limitation de l'État par le droit qui pose en termes explicites la question de la hiérarchie des normes. Les normes constitutionnelles qui constituent le fondement de l'État de droit auront-elles préséance sur les normes issues du droit international ? Ce premier cas de figure est relativement rassurant, car il oppose des formes « classiques » dans l'élaboration des normes officielles (sources « classiques » du droit constitutionnel et du droit international). Le second serait plus trouble, car la mondialisation est à l'origine de nouveaux espaces normatifs et de formes inédites de régulation qui soulèvent plusieurs interrogations sur le plan de la « juridicité », de l'opposabilité et de la justiciabilité des normes non étatiques. La confrontation entre le droit étatique issu de fondements légitimes (normes constitutionnelles et mécanismes de l'État de droit) et les nouveaux acteurs de la normativité débouche sur des solutions aléatoires. En effet, de nombreux problèmes liés à l'effectivité, à la sanction et à la détermination de la juridiction compétente surgissent aussitôt. L'un des scénarios qui peut être envisagé, le plus pessimiste dans la perspective de l'État de droit, résulte de la création d'un droit transnational parallèle par l'élaboration de normes commerciales, scientifiques et technologiques, avec le recours à des modes de règlement des litiges qui échapperaient en grande partie aux divers droits nationaux.

Si la mondialisation est à l'origine de nouvelles formes de régulation, tant pour les acteurs que pour les mécanismes de production des normes et de règlement des différends, des questions encore plus complexes en découlent non seulement pour l'harmonisation entre divers ordres normatifs, mais encore davantage pour des considérations de légitimité, de démocratie politique, de protection des droits fondamentaux et de défense du « bien commun ». Pour plusieurs champs du droit (environnement, travail, social), la reconfiguration d'un nouvel ordre mondial n'est pas nécessairement annonciatrice de progrès si les nécessités économiques l'emportent sur les libertés publiques et les droits politiques.

Le fossé qui sépare cette dynamique de celle de l'État de droit est considérable, car elle risque d'opposer en définitive les intérêts de ceux qui dominent le marché au projet de démocratie constitutionnelle induit par le discours de l'État de droit. Dès lors, la question de la convergence ou de l'incompatibilité ne peut être éludée.

2.1 Le dédoublement de la limitation de l'État par le droit

Le projet de démocratie constitutionnelle⁹⁰, dont l'émergence remonte au XVIII^e siècle et dont la réalisation effective n'est devenue possible qu'à la fin du XX^e siècle, est-il compatible avec la mondialisation ? Les réponses peuvent être très différentes selon la position des acteurs ou des chercheurs. Si le terrain privilégié est celui de l'observateur interne qui suit la dynamique des grands arrêts de principe de la Cour suprême du Canada ou du Conseil constitutionnel en France⁹¹, la mondialisation n'aurait tout au plus qu'un statut marginal. La figure du juge et le développement du droit jurisprudentiel constitutionnel monopolisent l'attention, au point de rendre moins visibles ces nouveaux enjeux du droit, internes et externes, dont l'importance structurelle reste pourtant déterminante pour la compréhension de notre époque. D'un point de vue « interne », celui des divers droits nationaux, l'actualité juridique reste largement dominée par les derniers arrêts des hautes cours constitutionnelles avec, pour contrepartie, un phénomène de médiatisation qui varie sensiblement selon les endroits. La comparaison France-Canada est éloquent, car le parvis de la Cour suprême du Canada fait l'objet de manifestations sporadiques de la part de groupes ou de personnes qui désirent afficher leur réprobation à l'égard des positions retenues par la Cour. En contrepartie, il serait pour le moins étonnant de voir défiler à Paris des groupes de manifestants devant le Palais-Royal qui abrite le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, la localisation exacte de ces institutions étant, au demeurant, peu connue de la grande majorité de la population française⁹². Si le Conseil constitutionnel a retenu l'attention

90. C.J. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF, 1958, p. 31. Le système politique canadien a été explicitement présenté comme une « démocratie constitutionnelle » par la Cour suprême du Canada : *Le Conseil scolaire du comté de Brant et le procureur général de l'Ontario c. Eaton*, [1997] 1 R.C.S. 241, 264 (J. Sopinka).

91. *Actes du colloque organisé par le Conseil constitutionnel, du 27-28 octobre 1998*, « Le Conseil constitutionnel à quarante ans », Paris, LGDJ, 1999.

92. En France, le débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle ainsi que les commentaires des dernières décisions du Conseil constitutionnel, même s'ils tendent parfois à gagner la presse écrite, restent surtout confinés à la littérature savante. Sur le contraste qu'offrent les modèles nord-américain et français, voir : G. CALVÈS, « France-États-Unis : deux cultures juridiques », dans P. TRONQUOY (dir.), *op. cit.*, note 60, pp. 28-34.

médiatique en 1999, ainsi que durant le premier trimestre de l'an 2000, ce sont pour des motifs fort différents de ceux qui sont habituellement invoqués au Canada pour la Cour suprême⁹³. Hormis cette affaire, somme toute assez marginale, les différences entre les deux cultures juridiques expliquent largement ce phénomène. Le système politique canadien est grandement inspiré du modèle américain où le droit de *judicial review* de l'action législative est offert à l'initiative de tout justiciable qui estime que la loi porte atteinte à ses droits fondamentaux garantis par la Constitution, et ce, dans le cadre de tout litige (civil, pénal ou administratif). Ce type de contrôle fondé sur l'accessibilité de la justice constitutionnelle est concret et *a posteriori*, ce qui contraste avec le modèle français, où les modalités de saisine du Conseil constitutionnel (*a priori*, questions abstraites et initiative laissée aux parlementaires) reflètent la sacralisation de la loi dans la tradition juridique française⁹⁴.

En raison de l'influence croissante de la justice constitutionnelle et de son expansion continue, il y a incontestablement des éléments qui militent en faveur de la prépondérance du modèle de l'État de droit. Le phénomène suppose ni plus ni moins la prépondérance complète du constitutionnalisme dans sa dimension normative et effective de protection de droits fondamentaux avec le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois. Dès lors, le risque de méprise est réel si l'attention est orientée exclusivement vers les juges et la dynamique irréversible qui marque l'expansion du droit jurisprudentiel constitutionnel. Un arrêt qui sanctionne des cas de violation de droits fondamentaux pour des conjoints du même sexe est immédiatement promis au succès médiatique, ce qui a souvent pour effet de reléguer les autres vecteurs de transformation du droit (nouveaux modes

93. Poursuivi pour « complicité et recel d'abus de biens sociaux » au préjudice du groupe Elf Aquitaine depuis le 29 avril 1998, le président démissionnaire du Conseil constitutionnel, Roland Dumas, devra être jugé par un tribunal correctionnel. Ainsi en a conclu le procureur de la République chargé de l'enquête, Jean-Pierre Dintilhac, au terme d'un réquisitoire de 80 pages déposé le 9 février devant deux juges d'instruction ; H. GATTEGNO, « Le parquet demande le renvoi de M. Dumas devant le tribunal correctionnel », *Le Monde*, sélection hebdomadaire, (19 février 2000), p. 8. Roland Dumas avait été nommé à la présidence du Conseil constitutionnel en 1995 par François Mitterrand. Sa démission a été remise le 1^{er} mars 2000. Le chef de l'État a désigné son successeur : G. COURTOIS, « Jacques Chirac a nommé Yves Guéna président du Conseil constitutionnel », *Le Monde*, sélection hebdomadaire, (11 mars 2000), p. 11.

94. Pour des études comparatives : L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, coll. « Que sais-je ? », n° 2293 » Paris, PUF, 1986 ; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3^e éd., coll. « Clefs », Paris, Montchrestien, 1998, p. 13 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1996, p. 45.

de règlement des litiges, transformation des modes de régulation, pluralisme, nouvelles technologies, mondialisation) à la littérature savante.

Ce danger de méprise à l'égard de la constitutionnalisation du droit est alimenté par ce qui constitue l'espace politique et institutionnel des droits fondamentaux. Conçus pour protéger les individus contre la puissance étatique dans le contexte particulier de son extension maximale avec l'interventionnisme économique et le développement des politiques sociales (dans les années 70), ils perdent une part importante de leur effectivité devant la question du pouvoir en droit privé et, également, devant la diversification des lieux de pouvoir. La problématique du pouvoir a été largement posée en fonction du pouvoir politique de l'État⁹⁵, notamment à cause de son potentiel de nuisance qui semble récurrent à la lumière des expériences désastreuses du xx^e siècle. Non seulement le droit privé a ignoré en grande partie la question du pouvoir et des pouvoirs, en la reléguant implicitement au droit public⁹⁶, mais, de la même manière, le constitutionnalisme a négligé la question globale des formes non étatiques de pouvoirs (réalité des pouvoirs économiques et financiers). Ce qu'il gagne ainsi en profondeur (contrôle de l'action étatique), il le perd à l'échelle horizontale par une sorte d'irréalisme ou d'aveuglement devant la diversité des lieux de production du droit. Ce problème est d'abord interne à cause de la concentration non négligeable de diverses formes de pouvoirs au sein d'entreprises et d'organismes non gouvernementaux. De même, la superposition à l'ordre juridique national de différentes catégories de droits supranationaux pose le problème multiforme du décloisonnement des systèmes juridiques. L'obligation de repenser la hiérarchie des normes et la primauté du droit étatique sont à l'origine d'un questionnement nouveau sur la centralité du droit étatique. La limitation du pouvoir politique de l'État n'est plus pensée selon les données classiques de l'autolimitation et de l'« hétérolimitation » qui ont été à l'origine de l'État de droit⁹⁷. Ce questionnement « classique » supposait une distinction de principe entre le droit et l'État (Hobbes, Hegel) et l'impossibilité qu'il puisse exister au-dessus de l'État souverain une puissance qui soit capable de le limiter juridiquement. L'aboutissement logique de cette analyse a engendré le constat que l'ordre juridique tout entier est l'œuvre de l'État et qu'il ne repose en définitive que sur sa seule volonté propre (Carré de Malberg, Kelsen). Cette grille d'analyse ne peut guère

95. L'œuvre de Georges Burdeau en est un exemple éloquent. Voir notamment : B. CHANTEBOUT (dir.), *Le pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*, coll. « Droit public positif », Paris/Aix-Marseille, Economica/PUAM, 1993.

96. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, coll. « Droit civil », Paris, Economica, 1985, p. 141.

97. J. CHEVALLIER, « L'État de droit », (1988) *Revue du droit public* 313, 347 et suiv.

résister si la souveraineté de l'État fait l'objet de limites externes, ce qui correspond aux nouvelles données induites par la mondialisation. Par contre, toute analyse sur la puissance de l'État ne peut éluder la permanence des régimes dictatoriaux, dont le nombre déconcertant confirme la réalité brute de la souveraineté sous ses formes les plus primaires, même au prix de l'isolement et des sanctions.

Si la problématique de l'État de droit repose en grande partie sur une logique de limitation du pouvoir de l'État (mécanismes internes), la mondialisation pose également la question de la limitation du pouvoir de l'État en fonction de données externes (intégration économique, droit supranational, traités et conventions, organisations supraétatiques). La logique de cette double évolution n'est donc pas nécessairement contradictoire, car elle aboutirait au constat de la limitation de la puissance politique de l'État suivant deux étapes historiques : limitation interne (autolimitation) et limitation externe (« hétérolimitation⁹⁸ »). Les deux séquences temporelles sont celles de l'expansion de la justice constitutionnelle et de l'internationalisation des normes, lesquelles culminent et se chevauchent dans la fin du xx^e siècle (en dépit d'une longue gestation qui n'est pas du même type). L'État serait ainsi de plus en plus limité non seulement par les normes constitutionnelles mais également par l'interpénétration des sources supraétatiques⁹⁹, au point que certains observateurs n'hésitent pas à mettre l'État de droit en accusation, ce dernier étant considéré comme le simple instrument de la mondialisation marchande. En privant l'État des moyens essentiels de sa souveraineté et en le dévitalisant par la prépondérance du juridique sur le politique, le système de l'État de droit ne permettrait plus l'élaboration du droit suivant les termes classiques de la démocratie politique¹⁰⁰. L'histoire dément pourtant cette mise en accusation. Avec regrets, il faut constater que, depuis la plus haute Antiquité, le grand commerce international s'est développé entre des empires foncièrement despotiques, rendant ainsi vaine la question de la démocratie politique dans la dynamique des échanges marchands¹⁰¹. Depuis les événements de la Place Tian'anmen (4 juin 1989), le système politique chinois ne fait que confirmer cette dissociation de fait entre démocratie politique et rapports marchands.

98. Ce terme est employé ici dans un sens très différent des thèses classiques où diverses théories du type jusnaturaliste ont été invoquées en vue de justifier un dispositif extrinsèque de limitation de la puissance étatique.

99. B. STIRN, « Droit national, droit européen, droit international », dans P. TRONQUOY (dir.), *op. cit.*, note 60, pp. 19-26.

100. B. MERTZ, *L'État de droit en accusation*, Paris, Kimé, 1996, p. 86.

101. Voir parmi les travaux de Fernand BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, coll. « Champs », Paris, Flammarion, 1988, p. 60.

Une telle accusation n'est pas dénuée de tout fondement, car elle montre que l'État de droit et la mondialisation souffrent d'un déficit multiforme sur le plan de la démocratie politique. À la violence de certaines polémiques sur le développement de la justice constitutionnelle font pendant des interrogations du même type sur la mondialisation. Dans les deux cas, le constat ultime serait le même : les populations et leurs représentants élus (parlements) seraient impuissants devant l'érosion de leur pouvoir politique (déclin de la représentation). Tant pour l'État de droit que pour les vecteurs de la mondialisation, les circuits de production des normes de référence échapperaient, à divers degrés, aux parlements et aux parlementaires. Pour la justice constitutionnelle, le débat récurrent sur le « gouvernement des juges » est largement connu. En contrepoint, le fait qu'un marché mondial peut produire ses propres règles et méthodes de règlement des différends réintroduit les mêmes questions sur le déficit de légitimité et de démocratie. Ce phénomène se traduit par l'émergence de nouveaux pouvoirs qui transcendent la suprématie de la loi¹⁰². L'État de droit pose explicitement la question des contre-pouvoirs au sein de l'État (contrôle juridictionnel et primauté de la norme constitutionnelle), alors qu'en contrepartie la mondialisation introduit la prolifération de tiers pouvoirs extérieurs à l'État. Cette double configuration est très éloignée des positions de ceux qui conçoivent la démocratie en termes essentiellement politiques, au sens d'une démocratie directe du type plébéien, comme le montre le référendum d'initiative populaire.

Pourtant, au-delà de ce simple parallélisme, la question de la mondialisation requiert une analyse plus fine. Il est symptomatique de constater la confluence des deux phénomènes dans l'accroissement de l'autorité des juges. Les nouveaux circuits de production des normes technologiques et scientifiques ne peuvent échapper au contrôle judiciaire dans le cadre normal des litiges devant les juridictions nationales. Le juge est inévitablement appelé à trancher non seulement pour établir la juridicité et l'opposabilité de ces normes mais également pour en évaluer la conformité avec les normes constitutionnelles. Les deux systèmes politiques, ceux de la France et du Canada, reposent sur la primauté de la norme constitutionnelle sur les autres sources de droit¹⁰³. À titre de témoignage de cette prééminence pour les États membres de l'Union européenne, la ratification du traité de

102. D. MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », dans J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois*, Paris/Québec, L'Harmattan/PUL, 1996, p. 17, à la page 39.

103. Pour la France, l'article 54 de la Constitution du 4 octobre 1958 permet la saisine du Conseil constitutionnel en vue de vérifier la conformité d'un traité avec la Constitution avant la ratification ou l'approbation de celui-ci. Si le Conseil constate qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le

Maastricht a été précédée de révisions constitutionnelles pour l'Allemagne, la France, l'Espagne et le Portugal. Plus récemment, le Conseil constitutionnel a été sollicité par le président de la République afin de déterminer si l'adhésion de la France à la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* était compatible avec la Constitution¹⁰⁴. Sur ce plan, les fondements traditionnels de l'État de droit ne sont pas remis en cause, même si une part non négligeable du droit étatique tire ses sources de traités ou de conventions, notamment en matière de droit du travail, de droit public économique et de droit commercial.

La confrontation « ultime » entre normes constitutionnelles et normes internationales obéit à des conditions précises à condition que le droit supranational ait fait l'objet d'actes de procédure explicites d'élaboration. Si tel n'est pas le cas, la confrontation entre le droit étatique et des formes autres de régulation ou de production des normes reste beaucoup plus aléatoire, ce qui requiert un autre type d'analyse.

2.2 Les nouveaux espaces normatifs

Pour les circuits classiques d'élaboration des normes (législation et réglementation), le droit public fonctionne en pratique comme s'il n'y avait qu'un seul véritable acteur : l'État. Malgré la diversité des personnes morales de droit public, le système normatif est ordonné dans une perspective verticale suivant le principe de la délégation de pouvoirs. De même, en droit international public, il n'y avait traditionnellement qu'une communauté d'États souverains et strictement égaux, la personnalité juridique étant prioritairement l'apanage des États. Pendant longtemps, l'État, seul centre de pouvoir dans l'ordre interne, s'est imposé comme unique acteur de la société internationale. Ce n'est subsidiairement que l'idée d'une communauté internationale composée de diverses institutions a progressé, notamment avec le droit des organisations internationales. Cet élargissement soulève néanmoins de délicates questions pour l'attribution de la personnalité juridique à des organisations non gouvernementales.

La création de nouveaux espaces normatifs et la diversification des acteurs ne revêtent pas toutefois qu'une dimension supranationale. Cette idée d'hétérogénéité se retrouve au niveau infraétatique au sein des ordres juridiques nationaux. Des recherches récentes ont mis en lumière l'impor-

ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution. Pour le Canada, l'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été rédigé dans le même esprit (voir *supra*, note 31).

104. Cons. constit. 15 juin 1999, *Décision n° 99-412 DC, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, A.J.D.A. 1999, pp. 573-579 (Chr. J.-E. SCHOETTL).

tance accrue des « acteurs sous-nationaux territoriaux¹⁰⁵ » dans le développement de la régionalisation. Le terme est utilisé ici dans son sens proprement régionaliste, à l'exclusion de la constitution d'ensembles régionaux supraétatiques, comme le montre la construction européenne¹⁰⁶. Il s'agit de mettre en évidence le rôle moteur des structures régionales dans l'élaboration de politiques propres à des entités territoriales reconnues et consacrées (provinces, régions, départements). Peu importe que le cadre soit fédératif ou unitaire, la poussée des revendications locales ajoute des formes nouvelles de régulation là où existait il y a peu de temps une conception plus unitaire des politiques publiques. La reconfiguration de l'espace étatique est elle-même un facteur de diversification. Tant au niveau infraétatique que dans la perspective d'institutions supraétatiques, la souveraineté de l'État ne peut plus être pensée en termes exclusifs, même si les États sont directement à l'origine de la multiplication des espaces normatifs. L'idée d'un État complètement unitaire n'a peut-être été qu'une illusion, car déjà, depuis quelques décennies, dans les systèmes anglo-américains, l'éclatement du type polycentrique est la règle. Pour l'Administration, des impératifs de spécialisation, d'expertise et de dépolitisation ont favorisé la création d'organismes administratifs autonomes (commissions, agences, offices, conseils, régies). Chaque organisme possède une autonomie significative (personnalité morale et moyens financiers) afin de gérer des domaines sensibles à l'abri des influences du pouvoir politique. Ce modèle administratif circule désormais à l'échelle de plusieurs pays occidentaux par le développement des « autorités administratives indépendantes ». Loin d'être un monolithe, l'État devient progressivement une réalité plurielle¹⁰⁷ composée d'une multitude de sous-ensembles normatifs qui reflètent en ordre dispersé, notamment en matière de droit administratif, la reconfiguration des institutions publiques. Avant même que la problématique de la mondialisation soit soulevée, la pluralité des acteurs est déjà un

105. C. PHILIP et P. SOLDATOS (dir.), *Au-delà et en deçà de l'État-nation*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 17 ; M. SAVY et P. VELTZ (dir.), *Économie globale et réinvention du local*, Datar, Éditions de l'Aube, 1995 ; C. HARVIE, *The Rise of Regional Europe*, coll. « Historical Connections », Londres, Routledge, 1994, p. 1 ; G. AMMON, *L'Europe des régions*, Paris, Economica, 1996, p. 61 (renaissance du fait régional).

106. Dans certaines études, l'évolution de l'Union européenne, l'Accord de libre-échange nord-américain ainsi que d'autres accords de coopération économique régionale, comme en Asie (exemples de l'East Asian Economic Caucus ou du groupe Asia 10) sont associés au phénomène de la régionalisation, ce qui dénote un problème pour la définition de la « région » et du « régionalisme » : R. HIGGOTT, « Mondialisation et gouvernance : l'émergence du niveau régional », *Problèmes économiques*, vol. 2.611-2.612, 7-14 avril 1999, p. 21.

107. Sur cet « État pluriel », voir : J. CHEVALLIER, *L'État*, coll. « Connaissance du droit », Paris, Dalloz, 1999, p. 114.

fait accompli, avec en retour la création de nouveaux espaces normatifs en matière de droit public.

Ce constat préliminaire permet de mesurer le danger de confusion qui menace la communauté des chercheurs si certaines dimensions sont négligées. Le pluralisme conserve en effet tous les attributs du droit officiel puisqu'il est le produit direct des circuits traditionnels d'élaboration des normes (législation, traités, conventions). Il s'agit d'un pluralisme de juxtaposition qui est parfaitement compatible avec le constitutionnalisme et l'État de droit. Si spectaculaire soit-il, il ne concerne en réalité que la pratique d'États souverains qui conservent encore la maîtrise de la terminologie, des mécanismes et des sanctions. En effet, le consensus des États en vue de remédier à des problèmes récurrents par la création d'institutions supranationales ne correspond qu'à la « face officielle » de la mondialisation. Ainsi, la création à Rome le 17 juillet 1998 de la Cour pénale internationale (CPI), qui aura son siège à La Haye, pour juger et prévenir par la dissuasion quatre catégories de crimes (crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crime d'agression, cette dernière catégorie n'ayant pas été définie) pourrait être interprétée comme un pas supplémentaire dans l'élaboration d'un droit international humanitaire susceptible de transcender la notion traditionnelle de souveraineté qui implique la maîtrise d'un territoire et de sa population. Sur 160 pays représentés, 120 ont finalement adopté le projet de statut, ce qui suppose leur acceptation de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés. Ce désaisissement volontaire en vue de remédier à des problèmes qui concernent la communauté internationale ne constitue qu'une partie de la dimension « officielle » du processus d'internationalisation des normes. Des modifications constitutionnelles sont parfois nécessaires, comme c'est le cas en France¹⁰⁸. Au Canada, la procédure interne de ratification des traités devant le Parlement suffit à des fins d'harmonisation¹⁰⁹.

En contrepartie, si l'internationalisation est évaluée sous l'angle de la mondialisation des échanges commerciaux¹¹⁰, elle ne revêt plus la même

108. Cons. constit. 22 janv. 1999, *Décision n° 98-408 DC, Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, A.J.D.A. 1999, pp. 230-235 (Chr. J.-E. SCHOETTL).

109. *Loi concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence*, Projet de loi C-19, (1^{re} lecture), 10 décembre 1999 (présenté par le ministre des Affaires étrangères, M. Lloyd Axworthy).

110. J. ADDA, *La mondialisation de l'économie*, 3^e éd., t. 1, Paris, La Découverte, 1998, p. 5 (formation de l'espace économique international); M. DUROUSSET, *La mondialisation de l'économie*, Paris, Ellipses, 1994. Ces auteurs analysent la croissance du commerce international, l'internationalisation des marchés financiers, la transformation des politiques économiques et la mondialisation des entreprises.

signification pour l'intégrité du droit étatique¹¹¹. L'analyse « mercantile » correspond au sens des représentations dominantes où les termes « transnationalisation », « globalisation », « mondialisation » rejoignent des réalités économiques, ce qui déforme une évolution complexe et multiforme qui dépasse, par la variété de ses manifestations, la sphère marchande¹¹². La mondialisation se concrétise avant tout par l'essor des réseaux, des échanges d'information, de l'accès aux banques informatiques et, par la mobilité des acteurs (individus, entreprises, États, organisations intergouvernementales et organisations non gouvernementales (ONG))¹¹³. Dans un sens plus restreint, avec des effets réducteurs pour la compréhension du phénomène de la mondialisation, la dimension marchande se caractérise par la réalité du marché unifié en tant que zone unique pour les échanges commerciaux et la production ainsi que par l'existence d'entreprises transnationales engagées dans la commercialisation des biens et services¹¹⁴. De même, l'élaboration des politiques de régulation macroéconomique plus ou moins « libérale » présente une incidence considérable sur la politique budgétaire et la politique monétaire des États¹¹⁵. Dès lors, le phénomène de la transnationalisation ne revêt plus la même signification, car les frontières deviennent poreuses, et la question de la perte de maîtrise des États sur l'élaboration du droit est directement posée. Pour le contenu des droits nationaux, cette évolution présente deux dimensions qui sont distinctes, même si elles se recoupent à divers degrés.

Dans cette perspective, la mondialisation influe dans un premier temps, sur le contenu des droits nationaux par champs particuliers, avec des résultats qui peuvent varier considérablement selon les domaines.

111. G. LEBEL, « La mondialisation : une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques », dans F. CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 17, à la page 19 ; P.-P. PROULX, « La mondialisation de l'économie et le rôle de l'État », dans F. CRÉPEAU (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 123-140, à la page 125.

112. R. BOYER, « Les mots et les réalités », dans *Mondialisation. Au-delà des mythes*, coll. « Les Dossiers de l'État du monde », Paris, La Découverte & Syros, 1997, p. 13, à la page 37 (vraies et fausses nouveautés de la mondialisation). L'ouvrage d'O. Dollfus présente un effort méritoire afin d'expliquer le phénomène dans sa globalité, sans référence exclusive à la dimension économique : O. DOLLFUS, *La mondialisation*, coll. « Bibliothèque du citoyen », Paris, Presses de sciences politiques, 1997, p. 12.

113. P. MOREAU DEFARGES, *La mondialisation*, coll. « Que sais-je ?, n° 1687 », Paris, PUF, 1997, p. 46 (acteurs de la mondialisation).

114. G. LAFAY, *Comprendre la mondialisation*, Paris, Economica, 1996, p. 37 (jeu des entreprises) et p. 51 (mouvements de capitaux).

115. G. KÉBABDJIAN, *L'économie mondiale*, Paris, Seuil, 1994, p. 206.

Ainsi, pour le droit du travail¹¹⁶, le droit de l'environnement¹¹⁷, le droit social¹¹⁸ et le droit de la concurrence¹¹⁹, des normes et des pratiques transnationales peuvent miner considérablement la spécificité du droit étatique, car elles ne sont pas réductibles à un territoire national (extranéité). Les accords multilatéraux comme l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)¹²⁰ ou la création, en 1995, de l'OMC¹²¹ représentent un droit institutionnel et substantiel qui s'impose aux États. Dans un second temps, les techniques mêmes du droit sont repensées en fonction de formes nouvelles de régulation. La transnationalisation touche l'utilisation des techniques contractuelles¹²², le règlement des litiges par l'introduction de solutions de rechange et l'élaboration des normes suivant des exigences qui ne sont plus celles du droit. La transformation du droit emprunte alors les couleurs de l'« alternatifisme » puisque tout semble désormais possible en vue d'élaborer des circuits de réglementation et de règlement des conflits qui soient indépendants des droits nationaux. C'est ici que se cristallise le plus l'idée d'un « droit sans frontières » où la dimension territoriale n'est plus pertinente. La mondialisation se traduirait ainsi par un double redéploiement, l'un modifiant le contenu des normes, l'autre, les techniques de régulation. Tout ce qui tombe indistinctement sous l'appellation « modes

-
116. P. VERGE, « Mondialisation et fonctions du droit du travail national », (1999) 40 *C. de D.* 437, 447 (transnationalité normative et institutionnelle).
117. M. GRANDBOIS, « Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants », (1999) 40 *C. de D.* 545, 571 (programmes de labellisation écologique).
118. A. SUIPIOT et P. CHAUMETTE, « Les répercussions de l'espace marchand sur les politiques sociales des États », dans CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMMERCIALE, *op. cit.*, note 3, pp. 167, 178 ; P. CHAUMETTE, « Le droit social comme élément de la concurrence internationale », dans CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMMERCIALE, *op. cit.*, note 3, pp. 197, 202.
119. H. PÉRINET-MARQUET, « Concurrence, souveraineté et intégration », dans COLLOQUE CONJOINT DES FACULTÉS DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS ET DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL, *op. cit.*, note 4, pp. 95, 98 (réduction progressive du droit souverain de fausser le jeu de la concurrence).
120. AFFAIRES EXTÉRIEURES ET COMMERCE EXTÉRIEUR, *Accord de libre-échange nord-américain : vue d'ensemble et description - Canada, États-Unis, Mexique*, Ottawa, Affaires extérieures et commerce extérieur, 1992 ; N. LACASSE et L. PERRET (dir.), *Le libre-échange dans les Amériques : une perspective continentale*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994 ; L. PERRET (dir.), *L'évolution du libre-échange dans les Amériques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1999.
121. T. FLORY, *L'Organisation mondiale du commerce : droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
122. Voir les diverses études de l'ouvrage collectif suivant : J.-P. COLSON et D. LEMIEUX (dir.), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Québec, Institut québécois des hautes études internationales, Université Laval, 1997.

alternatifs » semble promis à un développement exponentiel pour dépasser les contraintes du droit étatique.

Pour cette évolution, la question de l'élaboration des normes technoscientifiques est exemplaire¹²³. La production de normes sous des formes non orthodoxes (recommandations, codes de conduite, principes directeurs, standards, *guidelines*) par un faisceau d'organismes nationaux et internationaux gouvernementaux ou non gouvernementaux offre un cadre nouveau pour le déploiement d'une normativité dont la rationalité est de nature technologique¹²⁴. En comparaison des normes classiques du droit étatique, ces nouveaux mécanismes associés au phénomène de la normalisation¹²⁵ suscitent des questions complexes liées à leur nature, à leur juridicité, à leur fondement, à leur publicité, à leur portée ainsi qu'à leur justiciabilité devant les instances nationales. La tendance dominante se résume à la négation par les juges de leur statut de règle de droit¹²⁶, ce qui pose des problèmes complexes sur le plan de l'opposabilité et de la justiciabilité. Devenues « invisibles », elles offrent un terrain fertile pour le recours à de nouveaux modes de règlement des litiges afin que les acteurs intéressés puissent s'en prévaloir. Outre le fait que le problème de leur harmonisation et de leur réception en matière de droit public interne reste entier, la normativité transnationale semble annonciatrice du dépérissement du rôle traditionnel des États dans l'élaboration de normes à contenu scientifique, avec en retour des problèmes de légitimité puisque les populations nationales n'auraient plus de contrôle sur des règles qui les touchent directement. Le besoin d'harmonisation des règles pourrait ainsi se traduire par une « défonctionnalisation » progressive des parlements au profit des autorités administratives indépendantes et des organismes non étatiques de régulation. De plus, l'expansion de formes déviantes, inclassables et rebelles aux catégories officielles du droit, en matière de droit tant inter-

123. K. BOUSTANY *et autres*, « Mondialisation et État de droit : quelques réflexions sur la normativité technologique », (1996) 34 A.C.D.I. 233-248.

124. K. BOUSTANY, « Technologie(s) et phénomène d'internationalisation des normes », dans R. CÔTÉ et G. ROCHER (dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 363.

125. L. BOY, « La valeur juridique de la normalisation », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, p. 183.

126. CE Ass. 5 mars 1999, M. ROUQUETTE, Mme LIPIETZ et autres, *Rev. fr. dr. adm.* 1999. 372-377 (note D. DE BÉCHILLON et P. TERNEYRE) ; A.J.D.A. 1999, 422-424 (Chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR). Ces problèmes récurrents sur la juridicité des normes obligent à revenir sur des dimensions essentielles : D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 239 (définition de la norme juridique).

national que public, suppose un laborieux processus de reconceptualisation des mécanismes de réglementation¹²⁷.

La question est dès lors relativement simple si elle est cantonnée à la seule dimension du pouvoir. Si les États perdent une part significative de leur capacité de régulation des flux économiques et technologiques¹²⁸, c'est leur souveraineté qui en sort amoindrie. Si cette évolution leur nuit sur le plan de l'efficacité et de l'identité, c'est la signification réelle du constitutionnalisme et de l'État de droit qui risque d'être sérieusement minée. Dans certains domaines du droit, les États pourraient encore prétendre à une pleine maîtrise des outils normatifs, quitte à faire de la surenchère comme en témoigne le droit pénal, alors qu'en contrepartie la suprématie des normes constitutionnelles n'aurait plus guère de sens pour de nouveaux espaces normatifs. Les sociétés occidentales seraient ainsi réduites à l'impuissance devant la lente dévitalisation des éléments fondateurs de la démocratie politique qui restent indissociables de la problématique de l'État de droit.

2.3 La recherche de nouvelles formes de légitimité

Pour résoudre la question de la démocratie politique, une polarisation trop exclusive vers l'État dans ses multiples émanations, ainsi que vers les formes traditionnelles d'action de la puissance publique, n'offre plus les mêmes certitudes et peut en outre devenir, à certains égards, une illusion. De nos jours, la capacité globale de régulation des gouvernements et des parlementaires n'est plus conforme au modèle traditionnel compte tenu de la multiplication des acteurs publics et privés, nationaux ou transnationaux, internes ou externes, qui jouent un rôle de plus en plus significatif dans l'élaboration des politiques publiques et dans le règlement des différends.

Dans ce contexte dominé par la diversification des sources du droit, la surenchère actuelle sur le rôle des juges doit être relativisée. Certes, à cause de la croissance actuelle des sources extraétatiques et non étatiques, les juridictions nationales seront de plus en plus sollicitées dans des litiges où l'éclatement du cadre national sera rendu plus visible, et nul doute que le contrôle de la constitutionnalité des lois reste promis à un bel avenir. À cet égard, le déclin des formes classiques de la démocratie politique favorise la

127. K. BOUSTANY et N. HALDE, « Mondialisation et mutations normatives : quelques réflexions en droit international », dans F. CRÉPEAU (dir.), *op. cit.*, note 111, pp. 37-59.

128. H.F. HENNER, « Recul de l'État et nouvelles configurations du pouvoir », *Problèmes économiques*, vol. 2.611-2.612, 7-14 avril 1999, 12-13.

judiciarisation des rapports sociaux¹²⁹. Toutefois, l'insistance actuelle sur « la montée en puissance des juges »¹³⁰ et sur le rôle politique de la fonction judiciaire au sein du monde anglo-américain¹³¹ ou européen¹³², parfois trop exclusive, cache en réalité l'expansion de nouvelles formes de régulation, tant dans la réalité même du droit public qu'à l'extérieur du cadre étatique. Avec le débat récurrent du type « cours contre parlements » ou « juge contre législateur », la question de la légitimité reste, pour l'essentiel, un problème interne dans l'équilibre des pouvoirs au sein de l'État¹³³. Même si la question ne cesse de poser à la théorie politique et constitutionnelle de redoutables problèmes¹³⁴, elle postule implicitement la suprématie de la Constitution-norme sur les autres sources de droit. En France, cette thèse a été confirmée par l'arrêt *Sarran* rendu par l'assemblée du contentieux du Conseil d'État le 30 octobre 1998, où il a été jugé que la suprématie conférée par l'article 55 de la *Constitution française du 4 octobre 1958* envers les engagements internationaux¹³⁵ « ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle¹³⁶ ». En dernière analyse, la

-
129. M. Mandel offre une analyse de ce phénomène pour les débats linguistiques au Canada : M. MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, pp. 191-263 (judiciarisation des politiques linguistiques).
130. « La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation », *Colloque de l'Institut canadien d'administration de la justice, Québec, 13-16 octobre 1999*, (non publié). Sur l'activisme judiciaire, l'ouvrage publié sous la direction de K.M. HOLLAND, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York, St. Martin Press, 1991, p. 2, propose une classification des juridictions constitutionnelles par ordre décroissant d'activisme avec, au premier rang, les États-Unis, le Canada, l'Australie et l'Allemagne.
131. M. MANDEL, *op. cit.*, note 129, p. 89. De même, A. LAJOIE *op. cit.*, note 88, p. 194, constate que le « forum judiciaire est devenu le second pôle de la démocratie ».
132. F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 127, chap. 8 (inflexions de la loi).
133. Ce constat n'a en rien pour objet de diminuer la complexité du processus qui a mené à l'instauration du contrôle de la constitutionnalité des lois. À titre d'exemple, pour la période révolutionnaire, l'ouvrage de M. Gauchet lui confère une intelligibilité nouvelle en montrant que le tiers pouvoir dont rêvaient les révolutionnaires se concrétise de nos jours par le phénomène des cours constitutionnelles : M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs : la souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995, pp. 267, 276.
134. La progression du contrôle de la constitutionnalité des lois oblige à repenser la répartition des pouvoirs dans les démocraties occidentales : F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, pp. 179 et suiv. (effets induits).
135. « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois » : « Art. 55 de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958 » : H. OBERDORFF (dir.), *Les constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 1992, p. 135.
136. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, « À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 30 octobre 1998, *Sarran* et autres : le point de vue du constitutionnaliste », (1999) *Rev. fr. dr. adm.* 5 :

norme constitutionnelle interne a primauté sur toute autre norme, comme le montre l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* au Canada¹³⁷. Ce constat, valable pour toutes les sources formelles du droit, vaudrait toutefois uniquement dans l'ordre juridique interne que constitue le droit canadien. Dans l'ordre externe, le Canada reste lié par ses engagements internationaux.

Si la primauté apparente des normes constitutionnelles peut encore rassurer, elle ne peut en revanche monopoliser la totalité du champ normatif. Les transformations de la régulation juridique supposent de nouveaux lieux de production du droit et de nouvelles formes de règlement des conflits¹³⁸. Tout aussi significatif que la progression du constitutionnalisme, ce phénomène transcende les droits nationaux sans qu'il soit possible de l'associer directement à la seule mondialisation. Une part importante de cette dynamique repose sur un processus interne de réévaluation des formes traditionnelles de régulation¹³⁹. Des éléments structurels propres au droit sont en cause puisque l'enjouement pour ces nouveaux modes découle en grande partie d'un vaste processus, critique et multiforme, sur la production des normes (loi et réglementation), ainsi que sur le règlement des litiges durant les deux dernières décennies du xx^e siècle. L'efficacité des deux mécanismes classiques, loi et jugement, semble compromise en partie par la complexité croissante des structures économiques et sociales. Dans cette perspective élargie, la prolifération des formules de rechange est annonciatrice d'une recomposition de l'espace public où l'hétérogénéité¹⁴⁰ succède à la

la suprématie de la Constitution sur les engagements internationaux ne vaut toutefois que dans l'ordre interne. Les auteurs constatent que le système juridique français ne peut être moniste que dans l'ordre infraconstitutionnel. Dans l'ordre interne, la Constitution peut avoir ainsi une place supérieure aux traités. Sur la suprématie formelle de la Constitution sur le droit d'origine externe, voir également : O. GOHIN, « La Constitution française et le droit d'origine externe », (1999) *Rev. fr. dr. adm.* 77, 80. Pour une interprétation minimisante de la portée de l'arrêt *Sarran*, voir G. TEBOUL, « Ordre juridique international et ordre juridique interne », (1999) R.D.P. 697.

137. *Loi constitutionnelle de 1982*, *loc. cit.*, note 81.

138. L. BOY, dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *loc. cit.*, note 125, pp. 75, 209.

139. C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, p. 71.

140. L'hétérogénéité est l'une des caractéristiques de la postmodernité en droit : A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, p. 153. Pour l'étude des transformations du droit administratif et des différents modèles d'administration, le thème de l'hétérogénéité a été l'objet des travaux du professeur Timsit : G. TIMSIT et N. BELLOUBET-FRIER, « L'administration : vers un nouveau modèle ? », dans G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, coll. « Les Voies du droit », Paris, PUF, 1997, p. 43, à la page 54 (« Vint le temps de l'hétérogénéité »).

pure centralité du droit étatique. Les transformations de la régulation juridique¹⁴¹ sont de plus en plus associées à des mécanismes de rechange, ou modes autres de régulation¹⁴², que la littérature savante relie au droit postmoderne. En dépit de la persistance des formes traditionnelles de la modernité sur lesquelles repose en grande partie le droit contemporain¹⁴³, le débat, toutefois nuancé, est désormais engagé entre les partisans d'un droit néo-moderne¹⁴⁴ ou ceux d'un droit postmoderne¹⁴⁵.

Dans ce contexte, il ne faut pas s'étonner que la question de la démocratie soit reformulée sur une base plurielle en vue de dépasser ses formes classiques associées à la démocratie parlementaire¹⁴⁶. Si l'État n'est plus l'unique expression du pouvoir, le besoin de démocratisation est réorganisé sur une base transversale pour associer la totalité des acteurs, au niveau tant infraétatique que supraétatique. Comme pour les modes de rechange, la même inflation terminologique traduit cette recherche de nouveaux modes de gouvernement : « gouvernance », « gouvernabilité », « gouvernementalité ». Issu de nouvelles idées en vue de démocratiser le fonctionnement des entreprises par l'engagement de tous les acteurs visés

-
141. En droit anglo-américain, le terme *regulation* renvoie à la totalité des techniques juridiques (contrats, actes juridictionnels, permis, règlements, directives, formulation de politiques) ainsi que des institutions, publiques ou privées, dont peut se servir l'État comme procédés de gouvernement. Sa transposition en droit français suscite en revanche un vaste débat, car les contours sont loin d'être clairs : J. CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », dans M. MIAILLE, *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71 ; A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998, p. 47, à la page 69.
142. F. HOULE et D. MOCKLE, « Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit administratif fédéral », (1998) 36 *Osgoode Hall L. J.* 703, 763 ; D. MOCKLE, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », dans J.-L. BAUDOIN (dir.), *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 85, à la page 90.
143. Le constat en a été dressé par F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », (1999) *Rev. fr. dr. adm.* 722, 737.
144. C.-A. MORAND, *op. cit.*, note 139, p. 209 (conclusion nuancée sur la postmodernité juridique).
145. J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *op. cit.*, note 141, pp. 30, 40 (présentation nuancée du droit postmoderne comme antimodernité ou hypermodernité).
146. J.-F. THUOT, *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Montréal, Nota Bene, 1998, p. 163 (définition de la « démocratie fonctionnelle » par opposition à la démocratie représentative). Cet ouvrage représente une contribution utile quant à plusieurs questions : déclin de la représentation au profit de la représentativité, apparition de formes de régulation excentrées et autonomes, juridicisation du rapport politique, pratiques consensuelles.

(*corporate governance*¹⁴⁷), ce mouvement a rapidement gagné la sphère proprement politique pour des considérations géopolitiques liées à la sécurité et au développement. Sous l'impulsion de Willy Brandt et d'anciens chefs d'État ou d'organisations internationales, la Conférence de Stockholm (Stockholm Initiative on Global Security and Governance), tenue en avril 1991, a permis d'élaborer l'idée de « gouvernance globale » (*concept of global governance*) pour la société mondiale. Le document final est pauvre en fait de contenu juridique, à l'exception toutefois du droit international public où des propositions sont formulées pour le rendre plus effectif, ainsi que dans le cas des Nations Unies qui font également l'objet de propositions de réforme¹⁴⁸.

L'objectif principal de la « gouvernance » consiste à reformuler la question de la régulation et de la démocratie pour tous les acteurs engagés dans l'élaboration des politiques publiques : syndicats, groupes d'entreprises, collectivités locales, institutions administratives, associations de défense, salariés, usagers, clients. Si la détermination de l'intérêt collectif résulte de l'interaction des acteurs publics et privés, ce mouvement peut donner l'impression d'une réappropriation de ce que l'État coordonnait en des termes plus ou moins exclusifs malgré l'importance des mécanismes de consultation mis en place depuis quelques décennies. La dynamique qui anime le thème de la « gouvernance » semble issu des mêmes prémisses que les nouveaux modes de régulation. Dans le même esprit, ce thème se singularise par la recherche de nouvelles techniques de gouvernement ou de modes différents de gouvernement en vue de combler des besoins que les modes traditionnels d'intervention de l'État ne parviennent pas à satisfaire¹⁴⁹. Dans certains domaines, comme celui du commerce électronique ou des réseaux informatisés, les capacités d'intervention de l'État sont réduites. Dans un contexte de diversification des acteurs, le constat préliminaire suppose que la question du pouvoir est une question transversale qui ne peut plus être conceptualisée uniquement à l'échelle de l'État.

147. S.D. PROWSE, *Corporate Governance in an International Perspective: A Survey of Corporate Control Mechanisms among Large Firms in the United States, the United Kingdom, Japan and Germany*, Bâle, Bank for International Settlements, Monetary and Economic Department, 1994.

148. COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighborhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 48 : cet ouvrage comprend une longue énumération de *values* dans le style anglo-américain (*respect for life, liberties, justice and equity, mutual respect, caring, integrity*) dont le contenu et la pertinence ne sont pas toujours clairs à la lumière des instruments juridiques internationaux déjà fort nombreux. La partie consacrée au droit international public est plus stimulante (pp. 308-329), ainsi que l'attention accordée à la réforme des Nations Unies (p. 225).

149. J. CHEVALLIER (dir.), *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, p. 10.

L'objectif est de favoriser une démocratisation globale dans des espaces ou des lieux où la chose n'a jamais été revendiquée, comme en témoigne le secteur bancaire. Les techniques de « gouvernance » ne peuvent que favoriser des techniques déjà connues - participation, consultation, négociation, adaptation des modes de gestion - pour coordonner et concilier les intérêts des « acteurs multiples », privés et publics. La recherche de consensus réintroduit donc comme paradigme dominant la technique contractuelle, ce qui permet l'affirmation plus marquée d'un « ordre juridique conventionnel¹⁵⁰ » par rapport à l'unilatéralité traditionnelle de la loi et du jugement. La contractualisation des rapports sociaux apparaît ainsi comme l'un des éléments moteurs de cette réappropriation (*self-governance*) qu'il est illusoire de réserver à la seule société civile, puisque tous les acteurs publics et privés sont touchés.

Il importe avant tout de prendre acte de cette revendication de formes différentes de gouvernement. La « gouvernance » représente une problématique nouvelle qui exige de l'ouverture, mais aussi des nuances. L'existence d'un mouvement ayant pour objet de démocratiser plus en profondeur certaines institutions qui obéissent à la logique marchande ou à des valeurs proches de la main invisible peut apparaître comme un progrès significatif. Cependant, compte tenu de son ambitieux programme — société politique autorégulée, accessibilité à la norme, autogestion juridique —, ce mouvement semble quelque peu irréaliste si la question de l'État est éludée. À cet égard, deux réserves doivent être formulées.

La première est essentielle dans la perspective de l'État de droit. En comparaison des sources infra et supraétatiques qui alimentent le discours actuel sur les mutations du droit, seul l'État, en sa qualité d'État de droit, a fait l'objet et est réellement l'expression d'une démocratisation relativement exhaustive de ses modes de fonctionnement (même si la chose demeure perfectible). La question de la démocratie politique reste intimement associée au droit public puisque, en dehors du cercle restreint des institutions proprement étatiques, seules les collectivités locales sont visées, et, parfois, d'autres personnes morales de droit public, comme les ordres professionnels, ainsi que certaines universités où existent des processus électifs. Le mouvement syndical se démarque toutefois de cette entreprise du droit public. À cet égard, le principal mérite de la « gouvernance » est de formuler cette question dans d'autres espaces, ceux des institutions privées et de la société internationale. Le besoin de démocratisation peut emprunter des méthodes similaires à celles qui ont été élaborées en matière de droit public ou, au contraire, offrir des solutions nouvelles.

150. J. CAILLOSSE, *Introduire au droit*, coll. « Clefs », Paris, Montchrestien, 1993, p. 101.

La seconde réserve résulte du constat de la contradiction non résolue qui alimente la recherche consacrée à la pérennité de la puissance étatique versus la création de nouveaux espaces « hors État ». En dépit de la rhétorique de transformation qui alimente le discours contemporain sur l'évolution du droit, la radicalisation de la modernité est un fait marquant qui ne peut être éludé. Une part essentielle du champ normatif appartient encore à l'État ou à des communautés d'État. En témoignent avec éloquence la vigueur du constitutionnalisme et de la justice constitutionnelle, le développement du droit européen, l'approfondissement et l'affinement du contrôle social par le recours sans cesse accru au droit pénal et au droit administratif. Si des éléments de renouveau et de mutation sont présents en vue de répondre aux exigences de la mondialisation, ils n'effacent pas pour autant des espaces qui relèvent toujours de la configuration classique de l'État de droit : démocratie parlementaire, constitutionnalisme, primauté du droit, justiciabilité des normes. Les nouveaux mécanismes de régulation ne gommant pas automatiquement le passé, car le droit perpétue en strates multiples des institutions relevant de différentes époques. Dans ce contexte, la mondialisation ajoute incontestablement des perspectives nouvelles, mais elle ne peut oblitérer les modes de régulation qui caractérisent les époques antérieures, et encore moins des traditions entières du type common law ou droit civil. La nouveauté induite par l'expansion de la mondialisation doit ainsi composer avec des traditions juridiques qui offrent des solutions précises à des phénomènes analysés jusqu'ici de façon plus ou moins exhaustive, tant en matière de droit privé qu'en ce qui concerne le droit public.

Conclusion

Le rapprochement des deux réalités hégémoniques que sont la mondialisation et l'État de droit a été formulé comme une « question ultime », plus ou moins absolue, ne laissant guère de place au compromis, comme si l'un des deux phénomènes devait effacer la puissance de l'autre par effet de concurrence. Le perdant prédéterminé n'est évidemment pas la mondialisation. Cette dernière permet d'esquisser de nombreux scénarios pessimistes pour l'État de droit. La radicalisation de cette confrontation peut paraître inéluctable avec pour seule issue une impasse quant à l'avenir du projet de démocratie constitutionnelle induit par le discours de l'État de droit. La mondialisation offre incontestablement de nouveaux modèles de régulation où des mécanismes inédits laissent augurer qu'elle pourrait se matérialiser « contre » ou « sans » l'État de droit. Toutefois, ce n'est là qu'une première analyse, et la situation est infiniment plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord.

Outre le fait que les deux phénomènes ne relèvent pas des mêmes prémisses politiques et historiques, il est *a priori* difficile de comparer l'État de droit, dont les bases institutionnelles sont principalement juridiques, avec un phénomène aussi multiforme que la mondialisation. À certains égards, la contradiction peut sembler flagrante entre le juridique et l'économique, mais c'est en fait oublier que les deux réalités n'opèrent pas dans le même registre. L'analyse du discours savant et de la littérature montre clairement que les deux rhétoriques peuvent se déployer dans des espaces différents dont le recoupement n'est que partiel, voire inexistant, ce qui dément la tentation de constituer un cliché facile fondé sur la « confrontation ultime » du droit et de l'économie. Sur ce plan, il est aléatoire de mettre en parallèle des choses qui ne sont pas comparables, même si cette recherche soulève des questions incontournables.

La disparité de principe se démultiplie dès que l'évaluation pratique des deux phénomènes est posée dans ses dimensions géographiques. En dépit de leurs prétentions hégémoniques en vue de parvenir à l'universalisation dans le discours politique, ni l'État de droit ni la mondialisation ne sont encore des réalités universelles. Ils offrent la propriété commune d'être asymétriques, et c'est probablement cette dimension inégalitaire qui constitue la réponse à la difficile question posée au début de la présente étude. Il est banal de constater que seule une partie des États souverains peut correspondre aux exigences minimales de l'État de droit. De même, de nombreuses activités restent prisonnières de frontières géographiques bien définies. Tout comme l'État de droit, la mondialisation est asymétrique et non homogène, ce qui montre que les activités humaines ne se mondialisent pas au même rythme¹⁵¹. Pour le droit, la perméabilité des frontières et l'internationalisation des normes sont loin d'être acquises avec la cristallisation de la puissance souveraine des États sur les flux migratoires et les mouvements de population. Plus que jamais auparavant, le droit pénal est une matière locale qui permet à plusieurs États occidentaux de mener des politiques répressives contre diverses formes de déviance, l'Amérique étant représentative de cette évolution. De même, les politiques sociales ont été abandonnées aux contraintes budgétaires et aux nécessités de redressement économique sans que les populations les plus vulnérables puissent contester les orientations retenues en fonction des droits économiques et sociaux reconnus par la communauté internationale. Avec ou sans le discours de l'État de droit, la souveraineté des États est un fait difficilement contestable dans certains domaines. En outre, la mondialisation ne touche qu'une

151. S. VALASKAKIS, « La mondialisation, phénomène asymétrique, source de dysfonctionnements », *Problèmes économiques*, vol. 2.611-2.612, 1999, p. 6, à la page 7.

partie de l'humanité avec des disparités de plus en plus grandes entre les pays industrialisés et les pays en développement. Les inégalités progressent également au sein des pays riches. Des phénomènes économiques conservent encore un caractère éminemment local dès que la question de la répartition de la richesse est posée, ainsi que d'autres dimensions qui influent sur les conditions de travail, comme le statut de la main-d'œuvre, la syndicalisation, la discrimination, le chômage structurel.

Ces dimensions locales permettent de mesurer l'écart entre, d'une part, des réalités sociales et politiques qui restent rebelles à des formes globales de régulation et, d'autre part, des modèles qui sont proposés, voire imposés, comme des facteurs de développement. Sur ce point, l'État de droit, comme modèle hégémonique de développement politique, rejoint de nombreuses exigences imposées aux pays en voie de développement, sans qu'il soit possible par ailleurs d'établir une corrélation définitive avec les exigences du Fonds monétaire international (FMI) et de l'OMC. La rencontre de Seattle (décembre 1999) démontrerait plutôt le contraire¹⁵², en mettant en évidence l'étendue du déficit humain et politique dont souffrent les vecteurs d'expansion de la mondialisation. Cependant, peu importe que ce soit le Cambodge ou la Malaisie, des exigences relatives à la primauté du droit, à la justice et à l'indépendance de la magistrature sont posées aux fins de l'aide internationale et de l'investissement. Ce « fait brut » de la « démocratisation imposée » laisse augurer que les éléments les plus déterminants de la dualité État de droit/*rule of law* finiront par dominer l'ensemble de la communauté des États par l'élaboration de divers modèles syncrétiques qui matérialisent la démocratie politique en sa forme juridique. Sur ce point, le professeur Jacques Chevallier pose un diagnostic essentiel en rappelant que « l'État de droit se présente dans les sociétés contemporaines comme une véritable contrainte axiologique dont dépend la légitimité politique¹⁵³ ». Non seulement « tous les acteurs politiques sont tenus de sacrifier au culte de l'État de droit », mais, également, tout État qui se respecte doit désormais revendiquer cette qualité « qui apparaît comme un label nécessaire sur le plan international »¹⁵⁴.

Une évolution est perceptible. Si le thème de l'État de droit se mondialise, son expansion fait désormais partie de la mondialisation et tend à se confondre en partie avec ce phénomène analysé trop exclusivement selon des vecteurs économiques. Certes, la question du droit est déter-

152. « OMC : la conférence de Seattle a échoué », *Le Monde*, sélection hebdomadaire (11 décembre 1999), p. 1.

153. J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 60, 8.

154. *Ibid.*

minante dans la conceptualisation et l'organisation des espaces transnationaux, ce qui milite en faveur de moyens pour assurer la primauté effective des garanties juridiques. La mondialisation dépend en pratique, de l'existence d'une communauté d'États de droit. La question de l'État de droit doit ainsi être reformulée en conséquence, même si sa fonction première a été de répondre à des impératifs de fondation du droit public interne. Sa transposition dans le champ du droit international public en est un exemple significatif, mais également sa recomposition, voire son intégration, dans les structures supranationales. L'Union européenne est une construction orientée vers l'établissement tangible d'un État de droit, avec les pressions consécutives en matière de rectitude politique et juridique pour les membres récalcitrants¹⁵⁵. Le modèle est donc promis à dépasser largement les limites exclusivement nationales qui ont présidé à son élaboration. C'est désormais un mythe qui s'impose à la communauté internationale à titre de formule rituelle et magique dont l'invocation suffit à produire une série d'effets de légitimation¹⁵⁶. Ce mythe constitutif du débat politique contemporain associe systématiquement l'idée de démocratie à l'État de droit, notamment en ce qui concerne le droit international public. L'approche incantatoire reste toutefois très formelle et devra être réévaluée pour montrer les limites du modèle dans la réalisation de la démocratie politique.

La tension dialectique esquissée au départ ne se résorbe pas pour autant. À l'image rassurante de l'État de droit inclus dans l'expansion de la mondialisation, d'autres dimensions, plus troublantes, réintroduisent la mondialisation dans sa globalité politique et économique. La contradiction subsiste, à la fois dans les moyens et les finalités, car ce qui est désigné par « mondialisation » n'a pas été conçu comme un projet démocratique, et encore moins comme un projet fondé sur des prémisses institutionnelles et juridiques comparables à celles de l'État de droit. L'expansion de ce dernier, même promu au rang de mythe et de contrainte axiologique, pourra-t-il combler cet écart ? Pour la communauté internationale, c'est une vaste entreprise qui dépend en définitive de la volonté de l'Occident de transmettre un imaginaire juridique et politique prédéterminé par son propre droit public. En dépassant les contingences relatives de ses propres clivages — *rule of law* et État de droit —, l'Occident n'aura guère d'autre choix que de proposer un projet démocratique afin de tenir compte du

155. « L'Europe isole l'Autriche », *Le Monde*, sélection hebdomadaire (5 février 2000), p. 1, l'Union européenne refuse toute relation politique avec un gouvernement autrichien intégrant l'extrême droite.

156. J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 60, 8.

surinvestissement symbolique que représente le droit dans les sociétés contemporaines. Dans cette dynamique de choix ultimes, les acteurs de la mondialisation, pour leur part, ne pourront pas échapper aux questions essentielles que le droit public cherche à résoudre depuis ses origines.