**Hans KELSEN, Théorie pure du droit, VI**

**41. L’identité de l’Etat et du droit**

**c) L’ « auto-obligation » de l’Etat ; l’Etat de droit**

 Selon la doctrine traditionnelle, l’Etat, qui existerait comme une réalité sociale indépendamment du droit, commencerait par créer le droit, puis se soumettrait ensuite à ce droit –pour ainsi dire de sa libre volonté. Et c’est alors seulement qu’il serait un Etat de droit. C’est ce processus qu’elle appelle l’ « auto-obligation de l’Etat ».

Seule l’analyse de la notion d’Etat qui a été présentée dans les pages précédentes permet de comprendre ce dont il s’agit en réalité. Contre la conception traditionnelle, il faut observer tout d’abord qu’il est impossible de penser un Etat qui ne soit pas soumis au droit. Car l’Etat n’existe que dans les actes étatiques, c’est-à-dire des actes accomplis par des êtres humains et qui sont attribués à l’Etat en tant que personne juridique. Et semblable attribution n’est possible que sur la base de normes juridiques qui définissent et règlent ces actes d’une façon spécifique. Dire que l’Etat crée le droit, c’est seulement dire que des hommes dont les actes sont attribués à l’Etat en vertu du droit créent le droit. Ce qui signifie que le droit règle sa propre création. Un processus par lequel un Etat qui précèderait le droit dans son existence créerait ce droit ne se rencontre pas et ne peut pas se rencontrer. Ce n’est pas l’Etat qui se soumet au droit créé par lui ; c’est le droit qui règle la conduite d’êtres humains –et en particulier leurs actes qui ont pour objet la création du droit- et qui par là se soumet ces hommes.

On ne pourrait parler d’une auto-obligation de l’Etat qu’en ce sens que les obligations et les droits qui sont attribués à la personne Etat sont établis précisément par l’ordre juridique dont cette personne Etat est la personnification. Cette attribution à l’Etat, c’est-à-dire le fait de rapporter à l’unité de l’ordre juridique, et la personnification corrélative de cet ordre sont –il ne faut cesser de l’affirmer et réaffirmer- une pure et simple opération intellectuelle, un instrument auxiliaire de la connaissance. Mais le seul objet réel de la connaissance, c’est le droit.

Dès lors que l’on reconnaît que l’Etat est un ordre juridique, tout Etat est un Etat de droit, et ce terme d’Etat de droit représente un pléonasme. En fait cependant, on l’emploie pour désigner un type d’Etat particulier, qui répond aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique. En ce sens spécifique, l’ « Etat de droit » est un ordre juridique relativement centralisé qui présente les traits suivants : la juridiction et l’administration y sont liées par des lois, c’est-à-dire par des normes générales qui sont décidées par un parlement élu par le peuple, avec ou sans la collaboration d’un chef d’Etat qui est placé à la tête du gouvernement ; les membres du gouvernement y sont responsables de leurs actes ; les tribunaux y sont indépendants ; et les citoyens s’y voient garantir certains droits de liberté, en particulier la liberté de conscience et de croyance, et la liberté d’exprimer leurs opinions.

(…)

**e) La dissolution du dualisme du droit et de l’Etat**

 Une fois que l’on a reconnu que l’Etat, ordre de conduite humaine, est un ordre de contrainte relativement centralisé, et que l’Etat en tant que personne juridique est la personnification de cet ordre de contrainte, le dualisme de l’Etat et du droit se dissout : il apparaît en effet qu’il représente purement et simplement un de ces dédoublements qui naissent du fait qu’après avoir fondé l’unité de son objet, la connaissance l’hypostasie : la notion de personne n’est en effet rien de plus ni d’autre que l’expression d’une semblable unité.

D’un point de vue de la théorie de la connaissance, un parallélisme se révèle ainsi entre ce dualisme de la personne Etat et de l’ordre juridique, d’un côté, et le dualisme théologique de Dieu et du monde de l’autre, -lequel est également lourd de contradictions. De même que la théologie affirme que pouvoir et volonté sont l’essence de Dieu, de même la théorie de l’Etat et du droit présente la puissance et la volonté comme l’essence de l’Etat. De même que la théologie affirme tout à la fois la transcendance de Dieu à l’égard du monde et son immanence dans le monde, la théorie dualiste de l’Etat et du droit affirme tout à la fois la transcendance de l’Etat à l’égard du droit, son existence méta-juridique, et son immanence dans le droit. De même que Dieu créateur du monde doit, dans le mythe de son incarnation en un être humain, venir dans le monde, se soumettre aux lois du monde, c’est-à-dire à l’ordre de la nature, naître, souffrir et mourir, -de même l’Etat doit, dans la théorie de son auto-obligation, se soumettre au droit créé par lui-même. Et de même que la voie vers une véritable science de la nature n’est rendue libre qu’avec l’apparition du panthéisme, qui identifie Dieu avec le monde, c’est-à-dire avec l’ordre de la nature, -de même l’identification de l’Etat avec le droit, le fait de reconnaître que l’Etat est un ordre juridique, est la condition nécessaire d’une véritable science du droit. Mais si l’on pénètre ainsi l’identité de l’Etat et du droit, si l’on comprend que le droit –le droit positif, qui ne doit pas être identifié avec la justice- est précisément ce même ordre de contrainte qu’est l’Etat pour une connaissance qui ne demeure pas prisonnière d’images anthropomorphiques, mais qui perçant à travers le voile de la personnification, pénètre jusqu’aux normes posées par des actes humains, -alors on aperçoit qu’il est purement et simplement impossible de justifier l’Etat par le droit. De même qu’il est impossible de justifier le droit par le droit –à supposer, bien entendu, que l’on ne prenne pas ce mot « droit » une fois au sens de droit positif, une autre fois au sens de droit juste, c’est-à-dire de justice. Et alors on aperçoit que la tentative pour légitimer l’Etat comme un Etat « de droit » est en réalité parfaitement inadéquate, pour la raison que tout Etat doit nécessairement être un Etat de droit en ce sens que tout Etat est un ordre juridique. Ces affirmations ne représentent cependant en aucune manière un jugement de valeur politique. En prétendant limiter la notion d’Etat de droit aux seuls Etats qui répondent aux postulats de la démocratie et de la sécurité juridique, on se condamne logiquement à admettre que seuls peuvent être considérés comme des ordres juridiques « véritables » des ordres de contrainte qui présentent ce caractère. Mais une telle idée est un préjugé de droit naturel. Un ordre de contrainte relativement centralisé qui a un caractère autocratique et qui, parfaitement flexible, sans limitation aucune, n’offre aucun degré de sécurité juridique, est lui aussi un ordre juridique ; et si l’on distingue ordre et collectivité, la collectivité fondée par un tel ordre de contrainte est une collectivité juridique, est un Etat. Un positivisme juridique conséquent ne peut connaître le droit, tout de même que l’Etat, que comme un ordre de contrainte de la conduite humaine –et comme rien d’autre-, sans que cette affirmation implique rien touchant la valeur morale ou de justice de cet ordre. C’est dire que l’Etat se laisse comprendre juridiquement au même degré que le droit lui-même ni plus ni moins.

Cette dissolution du dualisme Etat-droit, fondée sur une analyse de critique méthodologique, signifie en même temps l’anéantissement radical et absolu d’une des plus efficaces idéologies de légitimité. Et c’est ce qui explique la résistance passionnée que la doctrine traditionnelle du droit et de l’Etat oppose à la thèse de l’identité de l’Etat et du droit, qu’a apportée la théorie pure du droit.