

SOCIETAS IURIS PUBLICI EUROPAEI (SIPE)

Verfassungsprinzipien in Europa
Constitutional Principles in Europe
Principes Constitutionnels en Europe

Hartmut Bauer & Christian Calliess (ed.)

2 0 0 8



ANT. N. SAKKOULAS



BERLINER
WISSENSCHAFTS-VERLAG



BRUYLANT

Etat de droit
Etude de linguistique, de théorie & de dogmatique
juridiques comparées

*Luc Heuschling**

Crucial, le présent sujet — « L'Etat de droit » en tant que « principe constitutionnel en Europe » — n'est pas exempt d'une certaine complexité. Que veut dire « Etat de droit » ? Quel est l'objet exact de l'étude : porte-t-elle sur le *mot* — et d'ailleurs quel mot : « Etat de droit », « Rechtsstaat » ou « Rule of law » ?¹ — ou sur l'*idée*, le concept qui, le cas échéant, peut être désigné encore par d'autres termes, synonymes ?²

* *Professeur, Université de Lille 2.* Je tiens à exprimer mes vifs remerciements à tous ceux qui m'ont aidé gracieusement dans mes recherches sémantiques, et spécialement : Pr. K. AGAPTOU-JOSIPHIDES (Nicosie), Dr. P.O. CAILLE (Paris I), Pr. L. CHOUKROUNE (HEC Paris), Dr. G. COGLIANDRO (Rome/Londres), M. V. FLORES (Paris I), Pr. J. GERKRAETH (Luxembourg), Pr. D. HINZ (Luxembourg), Dr. L. MALFERRARI (CJCE), Pr. J. NIPOPOULOS-STRAKAS (Athènes), Dr. A. JOILANSIN (Dundee), Dr. K. MADI, Pr. E. NIERRAMI (Paris XIII), Dr. K. SAMMUT (CJCE), Pr. M. VERDUSSIN (Louvain), Pr. H. YAMAMOTO (Tokyo) et surtout Pr. H. KÜPPER (Institut für Osterreich, München).

1. Le programme du colloque ayant été rédigé dans les trois langues de travail de la SIPE, le titre officiel de la présente contribution variera entre « Rechtsstaat » (version allemande), « Etat de droit » (version française) et « Rule of law » (version anglaise). En vérité, ainsi qu'on le verra, le champ sémantique de la problématique est encore plus riche (« prééminence du droit », « Communauté de droit », « Union de droit », « respect du droit », etc.), ce qui pose la question d'un terme générique sur le plan à la fois académique et politique.

2. Voir la distinction faite par certains linguistes entre la sémasiologie (recherche qui part du *signifiant* pour en étudier la signification) et l'onomasiologie

En quoi l'Etat de droit est-il non seulement une norme juridique, mais une norme juridique ayant rang de « principe » ? Quelles en sont les implications en comparaison avec une simple *régle* juridique ? Enfin, de quelle(s) « Constitution(s) en Europe » est-il question ?

Afin de circonscrire le sujet, il est utile de commencer par la dernière question. Selon l'acception traditionnelle, il n'y a de Constitution que la Constitution des Etats nations. Le sujet devrait donc s'entendre comme l'étude de l'Etat de droit au sein des ordres constitutionnels des différents Etats. Une telle étude de droit comparé devrait couvrir pas moins d'une vingtaine, voire une quarantaine de pays et de traditions, ce qui équivaut à une tâche digne d'Hercule... Cette première acceptation, restrictive, du mot « Constitution » est toutefois discutée et discutée. Le constitutionnalisme ne se réduit plus comme d'antan au seul Etat constitutionnel. Depuis 1945, le constitutionnalisme a débordé le cadre étroit de l'Etat pour s'implanter ailleurs, au niveau supranational, au sein de la « petite Europe » (l'Union européenne) et de la « grande Europe » (le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme).³ Au contact avec certaines idées maîtresses du droit constitutionnel — les droits de l'homme, le pouvoir politique/la souveraineté, la démocratie —, le droit international se « constitutionnalise »⁴ : sa nature et son régime se transforment. D'un droit jusque-là éminemment intersubjectif, car interétatique, il devient un droit de plus en plus objectif, ce qui entraîne un certain nombre de conséquences du point de vue de son régime juridique.⁵ Selon une terminologie emprun-

(étude qui part du *signifié* pour voir comment la langue l'exprime).

3. Sur ce qui suit voir L. HEUSCHLING, « Etat constitutionnel, souveraineté et intégration politique », in : M. SALCEDO CASTRO (dir.), *Constitución e integración*, 2006, pp. 159.

4. Voir la démonstration percutante de B. O. BRVDÉ : « Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts », *Der Staat* 2003, pp. 61.

5. Le changement ne se réduit donc pas à un simple changement d'étiquette. On peut identifier au moins trois conséquences : 1. L'inapplication, en droit de l'UE et de la CEDH, du principe de réciprocité qui prévalait traditionnellement en matière d'exécution d'un traité ; 2. La substitution de canons d'interprétation ob-

tée à la science du droit comparé, les catégories du droit constitutionnel viennent transformer — « fertiliser » diront certains — le droit international. Le droit international n'est plus ce qu'il était : il est devenu *autre*. Mais qu'est-il devenu exactement ? Est-il devenu — première option — un droit international nouveau, différent, car « constitutionnalisé » (il est un *mélange*, un hybride) ou — seconde option — s'est-il métamorphosé totalement au point de devenir, à son tour, un droit constitutionnel *au plein sens* du terme ? Il est à noter que ce que l'on appelle communément la « constitutionnalisation » désigne, ainsi qu'il ressort du terme même, une *évolution* et non un état. C'est le processus qui consiste à appliquer ou à reconnaître à un acte juridique donné des traits caractéristiques du concept de Constitution. Reste à connaître l'ampleur de cette mutation : est-elle allée jusqu'à son aboutissement ultime (la constitutionnalisation a donné naissance à une Constitution dans tous les sens du terme) ou s'est-elle arrêtée au milieu, dans un entre-deux équivoque qui ne rentre dans aucune des catégories intellectuelles classiques ? L'on serait alors face à une réalité nouvelle, et étrange, qui serait ni un traité au sens classique, ni une Constitution au sens strict, mais une « Constitution partielle (Teilverfassung) », une « Constitution matérielle (ou fonctionnelle), mais non formelle » ou encore un « traité constitutionnel ». A travers ces formules, certains auteurs admettent et valorisent l'hypothèse de l'existence d'actes *mixtes* ou *hybrides* et s'opposent à cette partie de la doctrine qui, obnubilée par un certain idéal de pureté, continue à penser en termes binaires (un acte est soit un traité, soit une Constitution) et qui refuse de voir dans

jectivistes (effet téléologique, théorie du droit vivant) aux canons subjectivistes (recherche de la volonté des parties contractantes) ; 3. L'application de l'idée de citoyenneté et de démocratie aux organisations supranationales (UE) : la simple présence des représentants de l'Etat (principalement l'exécutif) ne suffit plus pour fonder la légitimité des règles du droit communautaire. A cela s'ajoute une réflexion sur le plan *pédagogique* et *scientifique*. Relevant désormais aussi du droit constitutionnel, le droit de l'UE et de la CEDH devient un champ de savoir ouvert aux analyses à la fois des « européanistes » et des « constitutionnalistes ». Les premiers ne peuvent plus arguer de l'autonomie conceptuelle du droit européen pour prétendre à l'exclusivité de leur regard.

Pentre-deux autre chose que des « bâtards » (stériles, dangereux) et des « monstres conceptuels ».⁶

Sur ce sujet, le monde académique et politique est profondément divisé. Un premier groupe, qui bat en retraite, continue à analyser l'Europe à travers le prisme des seules règles du droit international ; un deuxième groupe l'envisage à la lumière de catégories mixtes, mixtes internationales mi-constitutionnelles ; un troisième optera résolument pour les seuls concepts du droit constitutionnel, d'un droit constitutionnel classique ou révisé car post-national.⁷ Personnellement, j'estime qu'il faut à l'heure actuelle — car la matière est éminemment évolutive, du moins en ce qui concerne l'UE — revenir la deuxième option, celle de la mixité.⁸ Nous sommes (encore) dans un entre-deux, incertain, fluctuant et, du coup, déconcertant. Schématiquement, on peut dire que, du point de vue matériel ou fonctionnel, il s'agit bien d'un phénomène constitutionnel, mais que, du point de vue formel et procédural, les actes concernés relèvent encore largement des règles du droit international public. En outre, il convient de ne pas confondre, bien qu'ils soient proches par certains aspects, le « mi-constitutionnalisme » de l'UE et le « mi-constitutionnalisme » de la CEDH. Une telle différenciation s'impose pour deux raisons. D'une part, le processus de constitutionnalisa-

6. Pour une apologie des bienfaits des « monstres conceptuels », lire M. DILLAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit* (III). La refondation des pouvoirs, 2007, pp. 99.

7. J. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, 2004.

8. La mixité apparaît nécessairement à l'occasion de profonds changements lorsque ceux-ci ne prennent pas la forme d'une césure révolutionnaire nette, où l'on passe d'un paradigme à un autre *sans transition*. L'histoire de la création des Etats fédéraux (Etats-Unis, Allemagne) est éloquente à cet égard : en l'absence de révolution, ces pays sont passés d'une logique de droit international (une confédération fondée sur un traité) à une logique constitutionnelle (un Etat fédéral fondé sur une Constitution), avec, au milieu, une phase plus ou moins longue où les deux logiques s'enchevêtraient, se mélangaient. Ainsi, aux Etats-Unis, la Constitution fédérale de 1787 est née d'une révision de l'Acte fondateur de la Confédération qui était un traité. Voir E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération d'Etats », *Revueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)* tome 294 (2002), pp. 39.

tion a atteint un stade beaucoup plus avancé dans le cas de l'UE. Ainsi, la question d'une citoyenneté, qui est l'une des innovations les plus osées de l'UE, ne se pose guère pour le Conseil de l'Europe. Dans le cadre de la CEDH, les transferts de souveraineté ont trait principalement au pouvoir juridictionnel [la mise en place de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH)] alors que la construction communautaire touche aux trois fonctions étatiques. D'autre part, la dynamique de constitutionnalisation est toujours en cours pour ce qui est de l'UE car on ignore jusqu'où ira, à terme, cette « union sans cesse plus étroite » (cf. la question, cruciale, d'une force publique européenne, d'un Etat européen, d'un pouvoir constituant européen). A l'inverse, les traits saillants du système de la CEDH semblent acquis. Certes, on peut encore prévoir des évolutions ponctuelles, mais, sauf surprise, nul ne s'attend à un bond en avant spectaculaire. Dans un cas, le mélange — le dosage de chacune des deux composantes — s'est stabilisé, dans l'autre il est instable.

Au vu de ces considérations, le champ de la présente étude devra couvrir, dans la mesure du possible, à la fois le droit des Etats nations (on étudiera surtout trois pays modèles : l'Allemagne, la Grande-Bretagne et la France⁹), le droit de l'UE et le droit de la CEDH (pour des raisons de temps, ce dernier système ne sera abordé que de façon incidente).

Venons-en maintenant au cœur de la problématique : l'Etat de droit.¹⁰ De prime abord, celui-ci semble aller de soi. Son existence en tant que principe¹¹ immervant le corpus des divers droits constitutionnels

9. Sur le rayonnement de la culture juridique de l'Europe occidentale en Europe centrale et orientale, voir H. KÜPNIK, « Rechtskultur(en) in Ostmitteleuropa », *Berichte und Beiträge des Geisteswissenschaftlichen Zentrums Geschichte und Kultur Ostmitteleuropas*, 1999, pp. 331.

10. Pour l'instant, je laisse volontairement dans l'ambiguïté si l'objet visé est le mot (le discours, le référent, le signifiant) ou l'idée (le concept, le référent, le signifié).

11. Quelques mots sur le mot « principe ». A la différence d'une simple règle constitutionnelle, un principe constitutionnel a des fonctions spécifiques dont le nombre varie selon les systèmes : 1. Les principes constitutionnels résument en

en Europe paraît presque une évidence de nos jours. « Rechtsstaat — was sonst ? »¹² est-on tenté de dire. Beaucoup semble acquis du point de vue pratique et théorique. Les progrès de l'Etat de droit dans les différents droits nationaux et européens depuis 1945 et, particulièrement, depuis la chute du mur de Berlin, sont frappants. La littérature scientifique sur ce sujet est également des plus vastes et riches.¹³ L'Etat de droit fait indéniablement partie du *ius commune* à tel point d'ailleurs que l'on peut s'interroger : Où est (encore) le problème ? Que reste-t-il à dire du point de vue de l'analyse scientifique des droits constitutionnels européens ?

quelques mois clés l'identité de la Constitution. Ils contribuent ainsi à son intelligibilité notamment par le grand public (rôle cognitif et pédagogique). 2. Les principes participent à l'acceptation sociale de la Constitution (rôle idéologique de légitimation). 3. A partir de principes, les acteurs (constituant, législateur, gouvernément, juge) peuvent dégager de nouvelles normes (fonction créatrice ou matricielle). 4. En tant que fondement intellectuel d'autres normes de la Constitution, un principe guide l'interprétation de celles-ci (hiérarchie matérielle). 5. Les principes les plus fondamentaux de la Constitution peuvent être soustraits à toute révision constitutionnelle ou être soumis à une procédure de révision plus complexe que la procédure de révision ordinaire (hiérarchie formelle). 6. Dans une perspective comparative et européenne, la focalisation sur les principes permet de dégager des convergences entre les pays au-delà des divergences des règles techniques. L'analyse des principes ouvre ainsi la voie à un éventuel rapprochement politique. Voir A. VON BOGDANDY, « Europäische Prinzipienlehre », in: id. (dir.), *Europäische Verfassungsrecht*, 2003, pp. 149 ; M. L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, 1999, pp. 38-60.

12. Voir H. LISKEN, E. DENNINGER, R. MOKROS (dir.), *Rechtsstaat — was sonst ? [L'Etat de droit — quoi d'autre ?] Ausgewählte Schriften*, 1996.

13. Pour un aperçu de la bibliographie voir E. CARPANO, *Etat de droit et droits européens*, 2005 ; B.Z. TAMANAHA, *On The Rule of Law. History, Politics*, Theory, 2004 ; L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, 2002 ; FERNANDEZ ESTEBAN (voir *supra* note 11) ; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997 ; J.Y. MORIN, « L'Etat de droit », *RCA/DI* tome 254 (1995) ; G. DE Q. WALKER, *The Rule of Law*, 1988 ; P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, 1986 ; F. A. HAYEK, *Die Verfassung der Freiheit* (1960), trad. de l'angl., 1971.

Après tout, il n'est contesté par personne que les exigences suivantes, qui sont au cœur de l'Etat de droit,¹⁴ sont communes aux Européens, à savoir : — que le pouvoir politique doit agir non pas « selon son bon plaisir », mais par le biais de règles juridiques générales, prospectives, publiées et hiérarchisées, auxquelles doivent se conformer les décisions individuelles ; — que le contrôle de la hiérarchie des normes revient en grande partie à des juges impartiaux et indépendants ; — que le droit positif ainsi établi doit être conforme à l'idéal des droits de l'homme ; — que les pouvoirs doivent être non pas concentrés, mais séparés ; — que la puissance publique est responsable en cas d'acte dommageable, etc. Cette liste pourrait être détaillée et allongée. L'idéal ainsi esquissé inspire à la fois les institutions des Etats et celles de l'Europe (UE, CEDH). Autour de ces idées s'est cristallisé au cours de l'histoire un consensus, dont l'existence est certifiée à la fois par les autorités publiques¹⁵ et par une très large partie de la communauté scientifique. Ceci dit, ce consensus est parfois artificiel et mou. 1° Il laisse dans l'ombre certaines divergences, que ce soit, par exemple, au sujet de l'existence d'une Constitution écrite, de l'ampleur du pouvoir des juges ou de la garantie des droits socio-économiques.¹⁶ 2° Ce consensus est parfois hypocrite : beaucoup d'Etats européens (y inclus certaines vieilles démocraties d'Europe occidentale), qui, à l'extérieur, se drapent dans les habits de l'Etat de droit, ne respectent pas toujours en interne, que ce soit en droit ou en fait, les principes ainsi visés, ou ne les respectent que depuis peu de temps. 3° L'idéal consensuel ainsi esquissé, s'il écarte certaines solutions — l'Etat de droit n'est

14. Est visé ici le *concept* de l'Etat de droit et pas forcément le *mot*.

15. Lire, dans le cadre de la CSCE, la Charte de Paris pour une nouvelle Europe des 19 et 21 novembre 1990 et surtout, dans le cadre de l'Union européenne, l'art. 6 al. 1 du traité UE : « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, *principes qui sont communs aux Etats membres.* » Voir aussi le futur art. 2 UE tel que prévu par le traité de Lisbonne.

16. Voir les tiraillements actuels et passés au sein de l'UE au sujet du statut juridique de la Charte des droits fondamentaux.

pas un simple label, totalement creux¹⁷ —, reste en même temps relativement imprécis : il y a différentes façons de réaliser l'Etat de droit. L'Etat de droit est une cathédrale aux multiples chapelles...

L'unité autour de l'Etat de droit ne doit pas, en effet, être envisagée comme une *uniformité*, mais comme une certaine *harmonie*, *consonance* ou *cohérence*. Souvent la source d'inspiration axiologique — une certaine pensée libérale et individualiste — est similaire, même si les catégories épistémologiques et les techniques juridiques mises en œuvre peuvent différer. On pense à la célèbre image de l'arbre au tronc unique mais aux ramifications multiples, qui sert d'emblème à la Société de législation comparée à Paris. Cette cohérence au-delà des divergences — parfois réelles — se reflète d'abord, ce qui peut surprendre, dans les *mots*. L'Europe n'est pas Babylone ou, du moins, n'est pas condamnée à l'être. Derrière l'apparent foisonnement sémantique qui déroute à première vue — « Etat de droit », « Rechtsstaat », « Rule of law », « Rechtsgemeinschaft (Communauté de droit) », « précéminence du droit », « respect du droit », etc. —, il y a, enfouie, une certaine unité ou harmonie (A.). A plus forte raison, cette cohérence émerge lorsque l'on s'attache au fond, même s'il faut reconnaître que cette convergence n'est pas totale (B.).

A. Polyphonie - l'intime harmonie des mots et des langues

La diversité des mots (des différents mots dans les différentes langues) ne rime pas — pas nécessairement — avec cacophonie. Pour s'en convaincre, il convient d'abord de faire un inventaire de cette diversité

17. Ainsi, le discours de l'Etat de droit des dictatures relève très souvent de la propagande. Les droits de l'homme affichés dans la Constitution d'une dictature, s'il en existe une, sont contredits soit par le texte lui-même (exemple : la Constitution de l'URSS de 1977, chap. VII), soit par le droit infraconstitutionnel, soit par la pratique administrative. Même l'Etat de droit au sens minimum du respect par la dictature de ses propres lois n'est pas toujours garanti : il est, hélas, un fait avéré que les dictatures tendent à assassiner leurs opposants politiques ; il est un fait également que tout régime, même le plus dictatorial, a un intérêt objectif à maintenir le code pénal et l'incrimination de l'assassinat ; de là découle nécessairement un décalage entre droit et réalité.

(1.) avant d'en décaler les ressorts profonds, ce qui permettra de réduire tant soit peu la complexité (II.).

I. Une situation digne de Babel ?

1. A la recherche d'un terme générique fédérateur

Pour faire l'Europe, pour imaginer ou ressusciter l'idéal d'un droit commun et d'une science juridique commune,¹⁸ il faut d'abord la penser. Pour la penser, il faut des mots.¹⁹ Les Européens parlant plusieurs langues — ni le latin, ni le français ni même l'anglais ne sauraient être considérés comme *la* langue européenne²⁰ —, le droit se doit également d'être polyglotte. La solution la plus simple serait d'avoir dans toutes les langues nationales des mots *fédérateurs* car symétriques. Facilement repérables d'une langue à l'autre, à l'instar des traductions littérales, ces mots fédérateurs pourraient servir de ponts entre les cultures et de points de cristallisation à une pensée commune. Un exemple paradigmatique est le terme « démocratique » (« Demokratie », « democracy », « demokracia » [hongr.], « demokratija » [lituanien], « демократија » [bulgare], « demokrazija » [maltais], etc.) qui, depuis ses origines grecques, a été adopté dans toutes les langues européennes voire mondiales.²¹ Certes, on objectera — et à juste titre — que l'unité sémantique

18. A. J. ARNAUT, Pour une pensée juridique européenne, 1991 ; P. HÄBERLI, Europäische Rechtskultur, 1997.

19. Sur la linguistique juridique, voir G. CORNU, Linguistique juridique, 2ème éd., 2000 ; H. E. S. MATTLA, Comparative Legal Linguistics, 2006.

20. Parfois, au sein de l'UE, dans des débats entre spécialistes, les adages en latin servent de langue commune aux juristes (voir J. SCHWARZ, European Administrative Law, 2006, p. clxxxv). Or en l'espèce, si le latin et même le grec peuvent fournir des termes phares (voir infra), la fonction cognitive et pédagogique des principes constitutionnels s'oppose à leur usage. La même remarque vaut à l'égard de l'anglais, en pleine expansion dans les institutions de l'UE, et du français, qui est la langue exclusive dans laquelle la CJCE délibère.

21. D'autres illustrations en sont les termes de « séparation des pouvoirs » (Trennung der Gewalten, separation of powers), « liberté » (Freiheit, liberty), « égalité » (Gleichheit, equality), « droits de l'homme » (Menschenrechte, Human Rights), « droits fondamentaux » (Grundrechte, fundamental rights), « Républi-

ne garantit pas l'unité conceptuelle : un même mot peut désigner deux sens radicalement différents ; inversement, deux mots différents peuvent désigner la même chose ou idée. Il n'en reste pas moins que l'unité des mots peut grandement faciliter l'unité du sens.

Toute pensée — et donc aussi le droit — s'appuie sur des mots. Je ne crois pas que les mots soient au début de tout (ce serait tomber dans un travers du *linguistic turn*). Il y a d'abord le fond, « die Sache » (dans le cas de l'Europe : les défis éthiques, politiques, militaires, économiques, sociaux, etc. posés aux Européens). On aurait cependant tort de négliger l'importance des mots car, en s'adressant à la Raison et/ou à l'affect, les mots guident et orientent l'esprit. Le cerveau humain ne peut penser autrement qu'à travers des mots. Les mots configurent un certain espace intellectuel : ils opèrent, selon la terminologie des linguistes, un « découpage » du monde (réel et/ou intellectuel).²² A partir d'un certain mot, certaines voies s'ouvrent alors que d'autres voies, en soi possibles, sont occultées ou reléguées.²³ Certaines portes sont ouvertes, d'autres fermées.²⁴ Les mots peuvent accélérer la progression du penseur en l'amenant au centre névralgique de la problématique, ou, à

que » (Republic/Commonwealth), « Etat » (Staat, state), etc.

22. V. NYCKEES, « Les mots, les choses... et nous », in : J. F. DORTIER (dir.), *Le langage. Nature, histoire et usage*, 2001, p. 130.

23. Raisonner sur la chose publique, la *res publica*, à partir du mot « Etat de droit » plutôt qu'à partir d'un autre (« démocratie ») n'est pas neutre. Même s'il existe indubitablement des carrefours, où les deux chemins (qui sont d'ailleurs plutôt deux ensembles de chemins) se croisent et se recroisent (par exemple sur le principe d'égalité, le principe de liberté), le point de départ marque, dans une certaine mesure, la suite du raisonnement. Il fixe des priorités, des hiérarchies matérielles : là l'idée du droit (comme un élément existant objectivement), ici l'idée du sujet, du peuple et de sa volonté. Ainsi, il est plus aisé, et rapide, de dégager l'idée de l'indépendance de la justice en partant de l'« Etat de droit » qu'en partant de « démocratie ».

24. Ainsi, la langue anglaise ne comporte qu'un seul terme « Rule of law » pour désigner le règne du droit aux différents échelons du pouvoir (Etat nation, UE, CEDH, niveau mondial). De ce fait, elle « gomme » sémantiquement les éventuelles différences à l'inverse de l'allemand et du français qui, en utilisant différents mots, suggèrent l'idée d'une nécessaire différenciation conceptuelle.

l'inverse, l'entraver en le faisant buter sur certains écueils²⁵ et même l'induire en erreur en l'égarant dans des détours ou, pire, dans des voies sans issue (« Holzwege »). Ce faisant, les mots facilitent, ou non, l'imagination de solutions inédites. A l'égard des mots, la prudence (si ce n'est une certaine méfiance) est donc de mise. Cela vaut également en l'espèce car, ainsi que l'a dit si finement l'historien R. C. VAN CAENEGEM dans son étude sur le Rechtsstaat, « the problems start with the very word ».²⁶

Quelle est, en effet, la dénomination exacte de ce principe de *ius commune* dont l'existence a été affirmée en introduction ? Quel terme convient-il de mettre en exergue au sein de la Constitution européenne (dans ses différentes versions linguistiques) ? Existe-t-il un terme unique, fédérateur ? De prime abord, l'on est tenté (surtout si l'on est originaire de l'Europe continentale), de répondre par l'affirmative. N'est-il pas un terme — celui de « Rechtsstaat » — qui, de nos jours, fait figure de référence phare en Europe, voire dans le monde entier ? Ce syntagme apparu en 1798 en Allemagne (dans un livre publié à... Strasbourg !) a suscité, et suscite encore, un véritable culte. Il a fait l'objet, depuis le XIX^{ème} siècle, d'innombrables réceptions et traductions littérales.²⁷ Il a même été inscrit dans le droit de l'UE. Or, en dépit de ce

25. Quiconque réfléchit sur le mot « Etat de droit/Rechtsstaat » ne peut esquisser de s'interroger sur la présence et le sens du mot « Etat/Staat », problème que les Anglais ignorent en raison de l'absence du mot « state » dans l'expression « Rule of law ».

26. R. C. VAN CAENEGEM, « The 'Rechtsstaat' in Historical Perspective », in : *Legal History: A European Perspective*, 1991, p. 185.

27. A l'heure actuelle, au sein de l'UE, le discours du « Rechtsstaat » est présent dans 24 Etats (exceptions : UK, Irlande, Malte ; voir le tableau n°1 en annexe). S'y ajoutent, sur le continent européen, les pays suivants : la Suisse (« Rechtsstaat/Etat régi par le droit/Etat de droit/Stato di diritto », art. 5 Const. féd. 1999), la Norvège (« Rettsstat »), l'Albanie (« shteti i të drejtës » ; préambule Const.), la Turquie (« hukuk devleti » ; art. 2, art. 5, art. 68 al. 4 Const. 1982), la Moldavie (« stat de drept » ; préambule, art. 1 al. 3 Const.), l'Ukraine (« pravova derzava » ; art. 1 Const.), la Biélorussie (« pravavaja dzjarzava » ; art. 1 al. 1 Const.), la Russie (« pravovoe gosudarstvo » ; art. 1 al. 1 Const.). Au-delà de l'Europe, le terme est présent également au Japon (« Höchstkōka ») ou « Höchstkōku »), en Chine (« shtc-

rayonnement, il serait haïf de conclure aussitôt à l'unité de l'Europe, tant du point de vue sémantique que du point de vue conceptuel. Trois limites sont à mentionner à cet égard.

2. Les trois obstacles à l'unité sémantique

Premièrement, le Royaume-Uni et certains autres pays²⁸ résistent au discours du « Rechtsstaat ». Les Anglais continuent à utiliser le vocable traditionnel de « Rule of law », au sens de « règne du droit ».²⁹ Les deux traductions littérales du terme « Rechtsstaat » que d'aucuns ont proposé en anglais — « State governed by the Rule of law » ou, plus rarement, « Law State » — n'ont connu aucun écho. L'expression « Rule of law » a également été inscrite en 1950 dans la CEDH, donnant ainsi naissance, dans la version française, au principe de « prééminence du droit ». L'originalité du syntagme britannique réside dans l'absence de toute référence à « l'Etat » (au « State »). Pour cette raison d'ailleurs, le terme a également les faveurs de certains auteurs *du continent* dans huit zhuvi fazhi guojia » ; Etat socialiste de droit), au Canada/Québec, en Afrique francophone, en Amérique latine (« Estado de derecho ») et dans le monde arabe (« dawlet al-qanoun », en plus du terme « saydet al-qanoun » qui signifie la souveraineté de la loi).

28. Voir l'Irlande et Malte. Certains pays d'Europe centrale et orientale se servent également d'expressions signifiant littéralement « règne du droit/de la loi » : la République tchèque (« vláda zákona », terme ignoré par la Const.), la Croatie (« vladavina prava » ; art. 3 Const.), la Bosnie-Herzégovine (art. 1 Const. ; « u skladu sa zakonom » ; « sukladno zakonu » ; « vladavina prava »), la Serbie (« vladavina prava » ; art. 1 Const. 2007), le Monténégro (« vladavina prava » ; art. 4 Const.), la Macédoine (« vladeehte pravoto » ; art. 8 Const.). C'était également le cas de Chypre dans le passé, avant que l'anglais ne soit remplacé en tant que langue juridique et administrative par le grec et que le terme « Kratos dikaiou » (= Etat de droit) ne se substitue à l'expression « Rule of law ».

29. Le terme anglais « rule of law » peut également signifier « règle de droit ». Cette acception plus technique est du reste la plus fréquente et probablement la plus ancienne. Pour éviter toute confusion, certains auteurs anglais écrivent « Rule of law » avec R majuscule lorsqu'ils visent le sens large (convention reprise ici). Par ailleurs, contrairement à un usage courant, il me semble préférable d'attribuer, en français, le genre masculin au terme « Rule of law » : *le* « Rule of law » car *le* « règne du droit ».

le cadre de l'UE (voir infra). Au vu de tous ces éléments, il paraît peu probable que le discours de la « Rule of law » disparaisse dans l'avenir et laisse place à un discours homogène.

La deuxième limite a trait aux pays ayant importé le terme « Rechtsstaat ». Sans même s'interroger sur la question de savoir si, dans tel pays, la traduction littérale a la même signification que le terme original allemand, il convient de noter que, sur le simple plan discursif, la traduction littérale ne jouit pas forcément du même poids, prestige et statut juridique (en droit positif et dans la doctrine juridique) que le mot « Rechtsstaat » en droit allemand. Ainsi, en France, l'expression « Etat de droit » a un statut marginal en droit positif (infrane). La Constitution de 1958 l'ignore. Ni le Conseil constitutionnel ni les juges judiciaires ou administratifs, lorsque ces derniers ont interprété la Constitution, n'en ont fait une norme constitutionnelle non écrite.³⁰ Depuis peu, le terme « inflitrc » toutefois le droit positif à la fois d'en haut/d'à côté (via les divers traités, dont le traité UE) et, d'en bas, par le biais de diverses réglementations sectorielles de rang infra-constitutionnel, depuis le droit des étrangers (où se trouve sa première et unique consécration législative : art. 5 de la loi du 10 décembre 2003 = art. L741-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) jusqu'à la déontologie des avocats (Art. 21.1.1. de la décision du ministre de la justice du 12 juillet 2007 portant adoption du règlement intérieur national de la profession d'avocat).³¹ De façon rarissime, les juges utilisent le terme soit en citant les arguments des parties, soit en référence à un texte (art. 5 précité ; art. 6 UE), soit à titre purement rhétorique (« atteintes indignes d'un Etat de droit », le nécessaire respect de l'ordre, etc.). En vérité, le terme est, et reste, avant tout une notion utilisée par la *doctrine*, par une *partie* de la doctrine juridique. Même dans le discours des acteurs politiques, le terme est assez peu fréquent. Ce vocable, relativement nouveau, est concurrencé par des notions traditionnelles — « Etat », « République », « règne de la loi »,

30. Recherche effectuée en sept. 2007 à partir des moteurs de recherche des sites www.conseil-constitutionnel.fr et www.legifrance.gouv.fr

31. Pour d'autres consécrations, voir le moteur de recherche sur

« principe de légalité », etc. — qui ont, en partie ou en totalité, la même fonction et qui jouissent d'une attractivité autrement plus élevée. Ainsi, si le rôle d'un principe constitutionnel est de susciter l'adhésion des citoyens, et en l'espèce de favoriser l'intégration européenne, il faut reconnaître que le terme français « Etat de droit » — qui, en France, est à peine connu du grand public — n'est guère susceptible de fournir à l'UE ce surcroît de légitimité tant espéré. De ce point de vue, un discours axé sur le mot d'ordre de « République » ou des « droits de l'homme » serait plus efficace en France.

La troisième limite concerne le niveau supranational. La transposition du discours du « Rechtsstaat » au niveau supranational, que ce soit en droit communautaire ou, plus rarement, en droit de la CEDH, soulève une difficulté d'ordre conceptuel.³² En droit communautaire, le terme « Rechtsstaat/Rechtsstaatlichkeit », « Etat de droit », etc. — “traidit” rendu en anglais par « Rule of law » — apparaît pour la première fois en 1992 dans le traité de Maastricht. A l'heure actuelle, il figure en bonne place à la fois au sein des traités UE et CE,³³ de la charte des droits fondamentaux de l'UE, du traité constitutionnel³⁴ et du traité de

32. Là aussi une brève comparaison avec le terme « démocratie ». Celui-ci peut, de prime abord, s'appliquer à tout pouvoir politique (national, infranational, supranational), sans que cela ne pose un problème sémantique. Encore que... Pour certains analystes, la transposition à l'UE du mot « démocratie » ne va pas de soi. Car qui dit démocratie dit « demos », donc peuple, *in* peuple, le peuple européen ! Or l'existence d'un tel peuple est contestée, ce qui a amené certains à forger le néologisme de « démocratie » (le gouvernement *des peuples*). Voir J. GIERKATH, « Les conditions de la démocratie dans l'UE », *Revue Universelle des Droits de l'Homme* (Rev. univ. dr. hom.) 2004, pp. 363.

33. Le terme figure à cinq endroits : al. 3 du préambule UE ; art. 6 § 1 UE ; art. 11 § 1 UE ; art. 177 § 2 CE ; art. 181a § 1 CE. Le discours sur « l'Etat de droit » est également présent dans de nombreux textes émis par les autorités communautaires, concernant notamment les relations avec les Etats tiers. Voir le moteur de recherche sur <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/> En revanche, la Cour de justice mobilise peu le terme « Etat de droit ». Voir HEUSCHLING (voir *supra* note 13), p. 302 ; CARPANO (voir *supra* note 13), pp. 269.

34. Le terme figure à quatre endroits : al. 1 du préambule ; art. 1-2 ; al. 2 du préambule de la partie II (= Charte des droits fondamentaux) ; art. III-292.

Lisbonne actuellement en discussion. Or, si le syntagme « Rule of law » peut, à raison de sa structure sémantique, s'appliquer à n'importe quelle entité politique (étatique ou non-étatique), il n'en va pas de même pour le terme continental « Rechtsstaat/Etat de droit ». Sa transposition pose problème car elle pourrait laisser croire que l'UE — ou le Conseil de l'Europe ? — est un Etat !³⁵ Cela reviendrait à toucher le point tabou par excellence de la construction communautaire. Il est vrai que l'UE n'est pas, pour l'instant, un Etat au plein sens du terme (il lui manque notamment l'exercice de la contrainte). Or rien n'interdit de penser que l'UE ne pourrait le devenir un jour (auquel cas le terme « Etat de droit » ne poserait plus de problème), sachant qu'à l'heure actuelle l'UE constitue déjà, à bien des égards, une entité para-étatique... Quoi qu'il en soit, afin d'éviter cette association fâcheuse et/ou inexacte, les auteurs et les auteurs ont eu recours à trois stratégies rhétoriques.

La première réponse historique a été de privilégier, dans les textes juridiques et dans les travaux scientifiques, le terme plus maniable car plus aséptisé de « Rule of law » ou d'autres termes qui s'en rapprochent. D'où, en droit de la CEDH, le célèbre principe de « Rule of law/prééminence du droit ».³⁶ En droit communautaire, il faut citer l'expressi-

35. Une telle conclusion s'imposerait à deux conditions : 1. La qualification « Etat de droit » implique nécessairement que l'entité ainsi qualifiée soit au préalable/aussi un Etat. Cela est le cas si l'on retient la définition usuelle selon laquelle l'Etat de droit implique la soumission de l'Etat au droit (des lois, une entité doit d'abord être un Etat avant de devenir un Etat de droit) ou si l'on estime, avec KETSJEN et d'autres, que l'Etat, au sens juridique, est par définition un Etat de droit (Etat = Etat de droit), ce qui signifie encore, si l'on renverse l'équation, que tout Etat de droit est un Etat (Etat de droit = Etat). 2. Le destinataire visé, en droit communautaire, par le concept « Etat de droit » est non pas un Etat membre (voir en ce sens : al. 3 du préambule du UE) ou un Etat tiers (voir art. 11 al. 2 UE), mais l'UE/CE elle-même. Or, la formulation assez ambiguë et habile de l'art. 6 al. 1 UE (« L'Union est fondée sur le principe de l'Etat de droit ») évite d'affirmer que l'UE est un Etat de droit.

36. L'expression « Rule of law/prééminence du droit » figurait d'abord dans le Statut de Londres du 5.5.1949 établissant le Conseil de l'Europe (voir al. 3 du préambule et art. 3). Elle sera reprise dans l'alinéa 5 du préambule de la CEDH de 1950. Au début, les pays germanophones (Allemagne, Autriche, Suisse) tradui-

on, introduite en 1957 et aujourd'hui quelque peu passée sous silence, de « respect du droit/Rechtswahrung/observance of the law » (art. 220 CE ; ex-art 164 CE).³⁷ Dans la déclaration de Copenhague sur l'identité européenne du 14 décembre 1973 est mentionné le principe du « régime de la loi/Rule of law ». Depuis 1992, ce dernier terme est repris dans la version anglaise du traité UE, alors que les autres versions parlent de « l'Etat de droit ». La deuxième réponse a consisté à adapter et à transposer à la Communauté le terme d'« Etat de droit/Rechtsstaat ». Est né ainsi le néologisme « Rechtsgemeinschaft/Communauté de droit/Community based on the Rule of law », avancé par l'Allemand *Walter Hallstein* et repris par la CJCE dans sa décision *Les Verts c. Parlement européen* (aff. 294/83 du 23.4.1986, § 23). Dans le même registre, on peut évoquer la récente notion doctrinale de « l'Union de droit ».³⁸ Enfin, la troisième attitude, de plus en plus fréquente à l'heure actuelle, consiste à nier la présence ou, du moins, l'incidence du mot « Etat/Staat » dans l'expression « Etat de droit/Rechtsstaat ».³⁹ L'idée sous-jacente à cette dernière option est de considérer que l'Etat de droit est un vocable qui « caractérise avant tout la nature du droit, et non celle de l'Etat ».⁴⁰ L'on fait comme si le noyau de l'expression « Rechtsstaat/Etat de droit » était le mot « Recht/droit » et non le mot « Staat/

Etat » (ce qui est contraire à la vérité historique). L'Etat n'est que le vecteur conjoncturel, et donc remplaçable, de cette vision axiologique du droit, laquelle peut venir se greffer sur tout autre type de pouvoir politique. Chez certains, cette vision du *signifié* s'est même répercutée au niveau du *signifiant*. En langue française, certains auteurs vont jusqu'à rédiger « Etat de droit » non pas avec un E majuscule comme il se doit, mais avec c minuscule (« état de droit »).⁴¹ Or, rédigé ainsi, le syntagme signifie simplement « situation de droit » (« rechtlicher Zustand » ou « status juris » dirait-on avec *Kant* et *Ahrens*⁴²). En allemand, plutôt que de parler de « Rechtsstaat », certains auteurs préfèrent utiliser le terme « Rechtsstaatlichkeit »⁴³ (lit. « étaticité de droit », ce qui est le propre de l'Etat de droit). Ce dernier terme est d'ailleurs prédominant au sein de la version allemande des textes communautaires.⁴⁴

Nous voilà donc face à une impressionnante constellation de mots clés (voir les tableaux 1 & 2 en annexe) gravitant autour de l'idée du « régime du droit ». C'est ce dernier terme que je propose ici comme appellation générique. Une telle diversité peut dérouter. En se servant de ces différents mots, les auteurs pensent-ils la même chose ? Se situent-ils dans le même espace intellectuel ? On est loin des vertus pédagogiques.

41. Voir, entre autres, DEJLMAS-MARTY (voir *supra* note 6), pp. 264. L'erreur apparaît pour la première fois chez HAURIOU.

42. Pour les références, voir HEUSCHLING (voir *supra* note 13), p. 43 et 349.

43. Y a-t-il une différence entre ces deux termes allemands ? PHILIP KUNIG (« Der Rechtsstaat », *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgesicht*, tome 2, 2001, p. 424) propose de distinguer entre le « Rechtsstaat », qui désigne un *type d'Etat* au sein de la nomenclature établie par la théorie générale de l'Etat, et la « Rechtsstaatlichkeit », qui englobe *l'ensemble des normes* que se doit de respecter un régime pour être qualifié de « Rechtsstaat ». Cette distinction, qui se rapproche de la thèse avancée par P. CRUZ VILLALON, n'est toutefois pas adoptée par toute la doctrine allemande.

44. Sur les cinq occurrences au sein des traités UE et CE, le terme « Rechtsstaatlichkeit » est présent à trois reprises (al. 3 préambule UE ; art. 6 UE ; art. 11 UE). A noter sa présence dans l'un des articles les plus emblématiques, à savoir l'article 6 UE. Dans le traité constitutionnel figurait à chaque fois l'expression « Rechtsstaatlichkeit ». Cette tendance est confirmée par le traité de Lisbonne.

saient le terme par « Vorherrschaft des Gesetzes » (lit. : « prééminence de la loi »). Depuis peu (voir pour la RFA : BGBl. II 2002, p. 1054), la traduction officielle est « Rechtsstaatlichkeit » (lit. : « étaticité de droit »).

37. P. PESCATORE, « Art. 164 », in : V. CONSTANTINESCO et alii (dir.), *Traité instituant la CEE*, 1992, pp. 941. Sur son rôle important dans la jurisprudence de la CJCE, voir FERNANDEZ ESTEBAN (voir *supra* note 11), pp. 106.

38. J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, 2000. Le terme n'est pas utilisé par la CJCE. Seule occurrence trouvée (sept. 2007) : concl. avoc. gén. POLARIS MADURO du 16.12.04, aff. C-160/2003, Espagne c. Eurojust, § 17, 19, 21.

39. On aboutirait ainsi en quelque sorte au pendant de la critique de KEJLSSEN : là où KEJLSSEN a dénié toute valeur à la présence du préfixe « Recht », on nierai ici l'intérêt de la racine « Staat ».

40. Intervention orale de P. CRUZ VILLALON lors du débat qui a suivi la précédente conférence. Selon CARPANO (voir *supra* note 13), p. 252, « l'Etat de droit » est un « principe générique de régulation du pouvoir » (lire aussi p. 257).

ques qu'est censé déployer le constitutionnalisme. Pourtant, derrière cette nébuleuse de termes aux variations parfois infimes, il est possible de discerner une certaine cohérence, un certain ordre.

II. Esquisse d'une certaine cohérence sémantique

1. Querelle de mots, querelle de vérités ?

Avant de se lancer dans des recherches lexicales dont l'étendue peut donner le vertige, il convient de s'interroger sur les enjeux réels de la question. Ne serait-ce pas « couper les cheveux en quatre (Haarspaltrei) », ⁴⁵ travers par excellence des juristes à en croire déjà Erasme de Rotterdam ? N'est-ce pas s'attacher à des vétilles que de suivre à la trace certaines variations sémantiques, d'un pays à l'autre, alors que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) elle-même, face au défi de l'interprétation d'un traité rédigé en plusieurs langues, s'intéresse moins au(x) texte(s), au(x) mot(s), et à leurs éventuelles variations, qu'à leur contenu (à l'idée, à la finalité, au système) ? ⁴⁶ Le droit européen n'est-il pas nécessairement amené à gommer ces nuances terminologiques ? De toute manière, est-il nécessaire de s'intéresser au terme clé (quel qu'il soit du reste) inscrit dans l'art. 6 UE ? Ne suffit-il pas, pour savoir ce que signifie la norme « Etat de droit » ? « Rechtsstaatlichkeit » ? « Rule of law » ? « Oikeusvaltio » ? « Pravni stat » / etc. de se référer aux dispositions techniques du corps du traité qui viennent préciser ce qu'il faut entendre par là ? ⁴⁷

Conclure à partir de ces deux arguments à l'inutilité de la recherche serait néanmoins erroné. Il est vrai qu'en posant la règle de l'équivalence des différentes versions linguistiques des traités (art. 314 CE), les

45. S. ZWIG, *Triumph und Tragik des Erasmus von Rotterdam*, 1982, p. 67.

46. Voir PESCATORE (voir *supra* note 37), p. 963.

47. En outre, dès qu'on descend des hauteurs de la théorie la plus abstraite — niveau où, en l'espèce, les Européens n'utilisent pas la même terminologie (les uns parlant de « Rule of law », les autres de « l'Etat de droit »), et que l'on descend dans des débats plus techniques, l'unité sémantique se refait, tous les Européens utilisant des termes symétriques à l'instar de « séparation des pouvoirs », « droits de l'homme », « hiérarchie des normes », etc.

Etats ont *ipso facto* posé l'équation : « Etat de droit » = « Rechtsstaat » = « Estado de derecho » = « Państwo prawne » = « Kratos Dikaion » = ... = « Rule of law ». Or, il reste à savoir si, au fond, l'équation posée par les acteurs est exacte. Aux scientifiques d'y répondre !

Le second argument, aussi séduisant soit-il, pêche également par un raccourci. Pour s'en convaincre, il faut revenir à la nature de la norme juridique en cause, à son caractère de « principe ». L'Etat de droit est, en vérité, un principe d'une nature particulière, car il se situe à un niveau d'abstraction très élevé, plus élevé qu'un principe « ordinaire ». Il s'agit, à l'instar des notions de « démocratie » ou de « République », d'un principe structurant fondamental. C'est un *méta-principe* en ce que le mot clé « Etat de droit » se définit par une suite de renvois successifs, d'abord à certains principes constitutifs (l'idée du droit, les droits de l'homme, la séparation des pouvoirs, la sécurité juridique, etc.) qui, à leur tour, renvoient à d'autres principes & sous-principes et, *in fine*, au gré de ramifications de plus en plus fines, à des règles techniques. L'imagerie suggérée est celle de poupées russes, de cercles concentriques ou, plus précisément, d'une arborescence au sein de laquelle il est possible de distinguer entre, d'une part, le mot clé (le méta-principe) et, d'autre part, ses diverses composantes (principes, sous-principes, règles). Le droit positif ne se contente jamais — fort heureusement — de consacrer exclusivement le terme du méta-principe. ⁴⁸ Il arrive toutefois qu'une Constitution en consacre les composantes (toutes ou certaines), mais non le terme clé lui-même. Est-ce à dire que la présence de ce dernier, par exemple dans l'art. 6 UE, est, en vérité, superflue et qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder ? C'est ce que pourrait laisser croire, *mutatis mutandis*, la thèse défendue en droit allemand par *Philipp Künig* et en droit anglais par *Geoffrey Marshall*. Selon ces deux auteurs, ce type de terme (Rechtsstaat, Rule of law) ne constitue qu'un « Sammelbegriff » (notion additive) ou « umbrella term » (terme parapluie) dont l'apport prop-

48. Car même si ces principes résument la Constitution « dans son ensemble », ils ne peuvent la remplacer. Sinon une Constitution pourrait se limiter à un article — « Le pays X est un Etat de droit démocratique, social, républicain (ou monarchique), unitaire (ou fédéral) » — ce qui serait bien sûr absurde.

re — en-dehors du simple renvoi aux diverses composantes — serait nul.⁴⁹ Aussi tout le travail juridique doit-il porter sur les composantes.

Cette thèse, radicale, est-elle confirmée par le droit positif (national, européen) ? Sur ce point, il faut se garder de toute généralisation hâtive, car l'attitude des juges face à de tels méta-principes oscille entre deux extrêmes : tantôt ils ignorent purement ces termes (alors même qu'ils figurent dans les textes), en estimant que ces notions sont trop abstraites et donc trop « politiques » ;⁵⁰ tantôt, au contraire, ils se servent du mot clé (peu importe d'ailleurs qu'il soit mentionné ou non dans les textes) à titre de réservoir normatif afin de compléter ou de dépasser, de façon dynamique et créative, le droit établi.⁵¹ Cette dernière lecture a ainsi les faveurs, en droit allemand, du *Bundesverfassungsgericht*. Et c'est ce modèle allemand qui sera également repris, en droits européens, à la fois par la CJCE⁵² et par la CourEDH.⁵³ Dès lors, le scienti-

49. KUNIG (voir *supra* note 13); G. MARSHALL, « The Rule of law. Its Meaning and Scope », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n° 24 (1993), p. 43.

50. Voir, *mutatis mutandis*, l'attitude des juges suisses et français à l'égard du principe général de « démocratie ». Voir les rapports nationaux de G. BIAGGINI et de L. HEUSCHLING, in : H. BAUER / P. M. HUBER / K. - P. SOMMERMANN (dir.), *Demokratie in Europa*, 2005.

51. Le facteur explicatif essentiel pour comprendre cette divergence ne réside pas dans cette donnée empirique qu'est la présence du terme dans le texte de la Constitution. Après tout, un juge peut l'ignorer là où il est présent (voir note 51) ou, à l'inverse, l'introduire là où il est absent (voir tableau n° 1). En vérité, le rôle décisif revient à des facteurs intellectuels et épistémologiques liés à la culture juridique du pays (le caractère plutôt abstrait ou empirique du raisonnement juridique, la croyance en l'objectivité des constructions scientifiques, la légitimité d'un certain activisme judiciaire, etc.).

52. Voir les nombreuses illustrations citées par M. L. FERNANDEZ ESTEBAN.

53. Dans la célèbre affaire *Goldner*, la Cour estime que la référence à la « pré-éminence du droit », expression qui, de surcroît, ne figure que dans le préambule de la CEDH, ne doit pas être réduite à « un simple rappel plus ou moins rhétorique, dépourvu d'intérêt pour l'interprète de la Convention » (Arrêt du 21.2.1975, Série A, n° 18, § 34, p. 17). Elle en a déduit de nouveaux droits non explicitement consacrés par le texte de la CEDH.

fique est en droit de se poser la question de savoir si ce réservoir est artificiellement rempli au gré de la volonté des juges ou s'il puise son contenu dans des convergences objectives entre les traditions nationales. Or cohérence il y a.

2. Le trésor linguistique commun de l'Europe : les quatre mots types

Pour commencer, sur le plan sémantique, l'unité de l'Europe au-delà de sa diversité,⁵⁴ il convient d'opérer un bref retour en arrière et de se placer à l'époque des Lumières. La théorie des Lumières a joué un rôle crucial d'unification en ce qu'elle a marqué de son sceau et les *idées* et les *mots* des juristes en Europe. C'est ce dernier aspect — la création d'un socle terminologique commun — qui mérite ici une attention particulière. Au cœur de la réflexion des Lumières se situe, comme l'on sait, la liberté de l'individu qu'il importe de protéger contre l'arbitraire du pouvoir, quel qu'il soit, privé ou public. La réponse à ce double défi est d'établir une forme politique qui substitue au règne débridé de la volonté du plus fort l'empire de la loi, au « government of men » le « government of laws ».⁵⁵ Il faut, pour citer *Immanuel Kant* (1724-1804), « eine Staatsverfassung wo das Gesetz selbstherrschend ist, und an keiner besondern Person hängt (une Constitution étatique où la loi commande par elle-même et ne dépend d'aucune personne particulière) ».⁵⁶ Car à l'instant où l'homme est soumis à la volonté d'autrui, à son bon vouloir, il n'est plus libre. Comme l'a dit *Voltaire* (1694-1778) « la liberté consiste à ne dépendre que de lois ». « Un peuple libre (...) obéit aux Loix — disait *Jean-Jacques Rousseau* (1712-1778) —, mais il n'obéit qu'aux Loix et c'est par la force des Loix qu'il n'obéit pas aux hommes ».⁵⁷

54. Pour une analyse détaillée, voir HEUSCHLING (voir *supra* note 13), pp. 35, 49, 169, 323, 343.

55. Art. 30 de la Constitution du Massachusetts de 1780.

56. I. KANT, *Metaphysik der Sitten*. Rechtslehre (1797). *Werkausgabe*, éd. Weischedel, tome VIII, § 52, p. 464.

57. J. J. ROUSSEAU, Lettres écrites de la Montagne (1764). *Œuvres complètes*, tome III, 1964, Lettre VIII, p. 842.

A partir de ce critère, les Lumières opposent radicalement deux types de régimes. D'un côté, il y a le « despotisme » (dit aussi despotisme « oriental »), mal politique par excellence, où « un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et ses caprices » selon la célèbre définition de *Montesquieu* (1689-1755).⁵⁸ Ce régime est l'incarnation même de ce que *Rousseau* appelle, quant à lui, la « dépendance personnelle »,⁵⁹ autrement dit un régime où le pouvoir est exercé selon le bon plaisir de celui ou de ceux qui gouvernent, et qui n'ont en vue que leur propre intérêt égoïste. Il se caractérise fondamentalement par l'absence de lois, soit qu'il n'y en ait pas du tout (les dirigeants jouissent d'un pouvoir discrétionnaire), soit que celles qui existent n'en sont pas véritablement (le pouvoir politique n'obéit pas, en pratique, à ses propres lois ; quant aux citoyens, ils ne sont point obligés en conscience d'obéir à des lois injustes).

De l'autre côté, il y a le régime politique idéal, fondé sur le contrat social, et qui respecte les deux critères des droits de l'homme et de la séparation des pouvoirs (art. 16 de la Déclaration de 1789). Cette forme politique idéale est désignée par les Lumières et leurs héritiers que sont les libéraux du XIX^{ème} siècle par quatre catégories de termes, que l'on retrouve dans chacun des trois pays (Allemagne, Angleterre, France). Abstraction faite de certaines différences,⁶⁰ ces quatre types de mots sont souvent des synonymes. Ensemble, ils forment le trésor linguistique commun de l'Europe. Il s'agit, en premier lieu, du terme « Etat » (« Staat », « State »), auquel il faut ajouter aussitôt la référence classique, inspirée de Rome, mais aujourd'hui quelque peu reléguée (sauf en France), de la « République » (« Republik », « Commonwealth »). A cela s'ajoute — troisièmement — une catégorie de termes focalisés sur le maître mot « droit » (« Recht », « Law »), un droit qui est censé « régner », « gouverner ». Les exemples sont variés : « Rechtszustand » (*Kant*), « Reichsherrschaft », « empire des lois », « règne de la loi »,

58. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois. Œuvres complètes*, tome 2, 1951, Livre II, chap. 1, p. 239.

59. J. J. ROUSSEAU, *Contrat social. Œuvres complètes*, tome III, Livre I, chap. VII, p. 364.

60. Différences évoquées *infra* note 67 et sous le point B.1.3°.

« Loyaume » (au lieu de *Royaume* !), « government of laws », « empire of laws » et « Rule of law ».⁶¹ Inspirées de la terminologie des Anciens — le « nomon archéin (νόμον ἀρχεῖν) » d'*Aristotele*, le « nomos basilous » de *Pindare* (*Fragments*, n°169), le « lex est omnium regina » du *Digeste* (1.3.2) —, ces expressions ont toutes pour particularité de se référer à l'idée de prééminence du droit sans qu'il ne soit fait mention du pouvoir politique. La loi règne, en lieu et place de la volonté faillible et partant dangereuse de l'homme, d'un homme : le roi. Le pouvoir politique est, du point de vue sémantique, occulté, car inconnu (à croire qu'il n'y aurait plus besoin d'un pouvoir politique...). A l'inverse, la quatrième catégorie se situe à mi-chemin entre la 1^{ère} et la 3^{ème} en ce qu'elle lie les deux termes d'« Etat » et de « droit ». Dans cette association, le pouvoir peut être perçu à tour de rôle comme le premier ennemi du droit (le règne du droit *contre* l'Etat) ou comme son principal vecteur (le règne du droit *à travers* l'Etat). L'Allemagne a produit trois exemples de ce type : le « Verfassungsstaat » (Etat constitutionnel), le « Gesetzestaats » (Etat légal) et, surtout, le plus célèbre et le plus ancien d'entre eux, le « Rechtsstaat ». Ce néologisme allemand forgé en 1798 par *Placidus* (1758-1815)⁶² deviendra au cours du XIX^{ème} siècle un terme central de la science de l'Etat, notamment parmi les auteurs libéraux. Mais, contrairement à une opinion répandue outre-Rhin, le terme « Rechtsstaat » n'est pas une création spécifique au génie allemand.

61. L'expression « Rule of law » au sens de règne du droit remonte jusqu'au XV^{ème} siècle. ALBERT VENN DICEY (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, réimp. de la 8^{ème} éd. de 1915, 1982, p. 107) cite ainsi l'extrait d'une décision de justice datant du règne d'Henri VI : « La Ley est le plus haute inheritance, que le roy ad ; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rutes, et si la ley ne fuit, nul roi, nul inheritance sera. » Les premières occurrences identifiées du terme datent surtout du tournant des XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, mais son usage reste assez épisodique. Il n'apparaît guère sous la plume des grands auteurs du XVII^{ème} siècle, qu'il s'agisse des juristes naturalistes (HOBBS, LOCKE) ou des fondateurs de la pensée classique de la *common law* (COKE, HALE, BLACKSTONE). Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle, sous l'influence décisive des écrits de DICEY, que le terme « Rule of law » accède au rang de référence centrale dans le discours juridique.

62. PLACIDUS, *Literatur der Staatslehre. Ein Versuch*, 1798, p. 73.

Des formules similaires ont vu le jour, bien avant, chez des penseurs français et anglais, sans toutefois rencontrer un succès notable. Il en est ainsi de l'expression « droit gouvernement »⁶³ de Jean Bodin (1529-1596) et de celle de « lawful government » employée notamment par John Locke (1632-1704).⁶⁴

Ces quatre groupes de termes sont, en large partie, des synonymes. Ils définissent la juridicité du pouvoir politique moderne en accordant à l'individu une place de premier ordre. Une telle conclusion peut paraître surprenante, voire incongrue à l'heure actuelle où, sur le continent, les juristes ont tendance à manier et à différencier les deux concepts d'« Etat » et d'« Etat de droit ». La célèbre critique de Kelsen,⁶⁵ selon lequel le terme « Rechtsstaat » est un pléonasmе, est certes évoquée, mais, très souvent, elle est aussitôt écartée d'un revers de main. Pourtant cette synonymie, totale ou partielle, se vérifie pour la théorie des Lumières. Sur l'identité entre « Etat/State/Staat » et « République/Commonwealth/Republik », les écrits de *Hobbes*, *Locke*, *Rousseau*, *Kant* et d'autres sont formels.⁶⁶ La « République » était pour beaucoup de libéraux (les fondateurs de la théorie classique de la *common law*, *Locke*, *Rousseau*, *Kant*, *Rothek*, etc.) le maître mot de leur théorie politique. C'est le régime où la « chose publique [la res publica] est quelque cho-

se »,⁶⁷ un régime fondé sur un contrat social,⁶⁸ et régi par des lois — c'est un « droit gouvernement » (*Bodin*), un « Etat régi par des lois » (*Rousseau*)⁶⁹ —, où règne l'intérêt général et dans lequel les libertés des individus sont garanties. Le nœud de la démonstration concerne donc, pour l'essentiel, l'équation avancée ici entre « Etat/Staat » et « Etat de droit/Rechtsstaat ».

La distinction des deux termes comme renfermant deux concepts différents n'est justifiée que si le second terme ajoute quelque chose par rapport au premier. Ce « quelque chose » est situé en général dans l'ajout du droit : selon une définition usuelle, l'Etat de droit implique la soumission de l'Etat au droit. Etat + droit = Etat de droit. Or, comme l'a montré *Kelsen*, une personne physique ne peut prétendre agir au nom de l'Etat, personne abstraite, que s'il est habilité à cet effet par une norme juridique, s'il détient une compétence. Le droit est donc un critère inhérent à la définition de l'Etat. Il y a identité entre « Etat », défini comme personne morale, et « Etat de droit ».⁷⁰ Ce que l'on sait moins, c'est que *Kelsen* n'est pas le seul ni même le premier à avoir mis à jour cette identité, même s'il faut reconnaître que cette découverte — qui se fait même dans une perspective jusnaturaliste — reste souvent implicite, inconsciente ou inexploitée.⁷¹ En effet, ce que les jusnaturalistes al-

63. « La République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine » (*Six Livres de la République*, Liv. I, chap. I). La proximité des formules saute aux yeux si l'on se rappelle qu'à l'époque le terme « gouvernement » (en français, mais aussi en anglais) désignait le pouvoir politique dans sa globalité, autrement dit l'Etat.

64. J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, intro. P. LASLETT, 1994, préface, p. 137, Livre II, chap. VIII, p. 333, chap. XVII, p. 397.

65. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, réimpr. 2ème éd., 1992, p. 314.

66. T. HOBBS, *Leviathan*, éd. Macpherson, 1985, Introduction, p. 81; LOCKE (voir *supra* note 64), chap. X du *Second Treatise*, § 133, p. 355; ROUSSEAU (voir *supra* note 59), Livr. I, chap. VI, p. 362; KANT (voir *supra* note 56), § 43, p. 429. A noter toutefois que le terme République, chez d'autres auteurs (dont MONTESQUIEU), avait parfois un sens plus restreint : la « République » est une forme d'Etat parmi d'autres ; elle s'oppose à la monarchie. C'est d'ailleurs ce sens restreint qui est aujourd'hui le plus fréquent en Allemagne et en Angleterre, mais non en France.

67. ROUSSEAU (voir *supra* note 59), Livre II, chap. VI, p. 380.

68. Voir la célèbre définition du « Commonwealth » par Sir THOMAS SMITH en 1583 : « A Commonwealth is called a society or common doing of a multitude of free men collected together and united by a common accord and convenants among themselves, for the conservation of themselves as well in peace as in warre ».

69. ROUSSEAU (voir *supra* note 59), Livre II, chap. VI, p. 379.

70. Identité qui transparaît dans le fait que, à la fin du XIX^{ème} siècle, parmi les fondateurs de la théorie allemande de l'autolimitation, certains désignent ce pouvoir politique autolimité par le terme « Rechtsstaat » (ainsi HERTING) et d'autres par le simple mot « Staat » (ainsi JELLINEK). Or, dans les deux cas, la réalité désignée est la même. JELLINEK a du reste admis, quoique de façon incidente et furtive, l'identité entre l'Etat, personne juridique, et l'Etat de droit. Voir HEUSCHLING (voir *supra* note 13), p. 104.

71. On trouve des aperçus chez PLACIDUS, ROTHACK, PRIZER, BLUNTSCHLI, AHRENS. Voir HEUSCHLING (voir *supra* note 13), p. 37 (49).

lemands du début du XIX^{ème} siècle (*Welcker, Mohl*, etc.) appellent le « Rechtsstaat », à savoir un régime fondé sur le contrat social, garant des droits de l'homme et qui agit par le biais de lois positives votées par le Parlement, n'est, en gros, rien d'autre que ce que les libéraux français ou anglais appellent tout simplement « Etat » ou « State ». Le mot « Recht/droit » dans « Rechtsstaat/Etat de droit » est superflu, redondant : le droit — un concept libéral du droit, car défini à l'aune du droit naturel — est déjà intégré dans la définition de l'Etat. De ce point de vue, un régime politique qui comporte certes des lois positives, mais des lois contraires au droit naturel, n'est pas digne d'être qualifié d'Etat ; ce sera au mieux un « quasi-Etat ». La distinction ne se ferait pas, comme on tend à le faire aujourd'hui, entre, d'un côté, l'« Etat » (avec une définition peu exigeante du droit : est droit ce que le pouvoir appelle ainsi) et, de l'autre, l'« Etat de droit » (avec un concept plus exigeant, car normatif du droit), mais entre « Etat » (au sens authentique du terme) et « non-Etat » (i.e. le despotisme).

3. Clarification des termes du débat & unité intellectuelle de l'Europe

Cette thèse quant à la (relative) interchangeabilité de ces quatre catégories de termes à l'époque des Lumières et même parfois plus tard est intéressante à plusieurs titres.

Premièrement, lorsque l'on souhaite étudier l'Etat de droit d'un point de vue historique et/ou comparatif, il ne faut pas se contenter de l'étude du *discours* de l'« Etat de droit », du « Rechtsstaat », de la « Rule of law ». Au-delà du mot, il y a l'*idée* et celle-ci a été véhiculée également, avec des accents parfois différents, sous d'autres termes. Ainsi, il a existé en France, sous couvert du terme « Etat », un concept du régime du droit avant que ne s'établisse, à partir de 1907, le discours de « l'Etat de droit ». ⁷² Une telle vision plus sophistiquée et plus juste de l'articula-

72. Le terme français « Etat de droit » — traduction littérale de l'allemand « Rechtsstaat » — apparaît une première fois en 1868 chez HENRICH AHRENS. Il faut attendre la III^e République, plus exactement la période 1907-1930, pour voir son usage se répandre parmi les juristes français. Le premier grand maître du droit public français à introduire le terme fut, d'ailleurs, non pas RAYMOND CARRE DE

tion entre mot et concept, réfèrent et référé, empêche d'avoir une vision tronquée de l'histoire. ⁷³

Deuxièmement, cette thèse fait ressortir la continuité d'une certaine unité intellectuelle entre les doctrines juridiques nationales nonobstant la divergence des discours. En effet, au cours du XIX^{ème} siècle, l'unité sémantique de l'Europe des Lumières s'effrite. Chacune des trois nations va privilégier, parmi les quatre catégories de termes, un terme spécifique. L'Angleterre va opter pour la formule « rule of law » mise en avant par *Dicey* (à quoi il faut ajouter, en l'absence de toute définition juridique de « State », le concept de « Crown » ⁷⁴). En Allemagne, après des fluctuations — à la fin du XIX^{ème} siècle, le concept central pour penser l'encadrement juridique du pouvoir est le « Staat », défini comme une personne juridique —, le droit et la science juridique vont adopter, à partir de Weimar, le terme clé de « Rechtsstaat ». En France, la situation est plus complexe en raison d'une sédimentation de plusieurs mots clés, au demeurant partiellement redondants. Le premier terme clé est celui d'Etat. Le terme garde une forte charge valorisante, l'Etat étant défini tout à la fois, au sens formel, comme une personne morale et, de façon matérielle, comme le gardien de l'intérêt général, du contrat social, des droits de l'homme et des valeurs républicaines. Il y a un second mot clé qui est celui de République, qui renvoie à la fois à l'absence de roi, mais aussi aux valeurs dites « républicaines » (i.e. les droits de l'homme) et au suffrage universel. A cela s'est ajouté, plus récemment, le nouveau mot d'ordre « Etat de droit ». Chacun de ces

MALBERG comme on le croit si souvent (à tort), mais LÉON DUGUIT. Ce premier discours français de « l'Etat de droit » périclite toutefois rapidement dans les années 1930. Le terme disparaît et ne sera exhumé que dans les années 1970.

73. Ainsi certains historiques qui, d'antan ou même encore aujourd'hui, passent sous silence l'apport de la France des Lumières et de la Révolution française à l'idée européenne du régime du droit, ou qui réduisent l'apport de la France au nouveau discours de « l'Etat de droit », sont réducteurs. Elles occultent notamment ce que la théorie allemande du « Rechtsstaat » de l'époque du *Vormärz* (1815-1848) doit aux principes de 1789.

74. Ainsi, un fonctionnaire se définit, en droit anglais, comme un « serviteur de Sa Majesté », là où, sur le continent, il est défini comme un « organe de la personne morale de l'Etat ».

termes contribue, à sa façon, à penser le pouvoir politique comme un pouvoir politique encadré par le *droit*, par un *certain* droit (libéral).

Troisièmement, la thèse ici défendue de l'équation entre « Etat » et « Etat de droit » permet de mieux comprendre certains débats juridiques contemporains. Qu'est-ce qui se passe en effet lorsque, dans un système juridique donné, l'un des pouvoirs publics (législateur ou juge) proclame tout à coup que le système — pourtant déjà juridiquement organisé — est désormais un système « de droit » ? On peut penser à la jurisprudence *Les Verts c. Parlement européen* de la CJCE (la « *Communauté* » devient une « Communauté de droit ») et à la proclamation, après la chute du mur de Berlin, par les *Etats* de l'ancien bloc de l'Est de leur volonté d'être des « *Etats de droit* ». Est-ce à dire que, avant cette date, il n'y avait ni droit, ni juges, ni juristes ? Que le système était un despotisme, où régnait le pouvoir discrétionnaire du prince, et que, partant, il faut tout construire à partir de zéro ? Au vu de l'exemple de la Communauté européenne, une telle conclusion serait pour le moins absurde. La thèse ici défendue permet de dire que la Communauté de droit n'est pas née en 1986 ; en 1986, on a simplement ajouté un élément (l'acceptation, par la CJCE, des recours dirigés contre le Parlement européen). En vérité, dans cet exemple, j'ajout du suffixe « de droit » ne marque pas un basculement radical du *non-droit* vers le *droit*, mais une transition d'un *droit* vers un *autre droit* censé être meilleur. Une vision de l'encadrement juridique est remplacée par une autre, plus exigeante.

Ces questions terminologiques étant clarifiées, il convient à présent de s'intéresser plus directement au fond.

B. Convergences - l'invention, au double sens du mot, d'une unité au fond

Analysé sous l'angle européen, l'Etat de droit peut donner lieu successivement à trois types d'interrogations : 1. A partir de quels matériaux — en référence à quel modèle national ou à quelle idée commune s'il en existait (*ius commune* au sens n°1) — a été institué le régime du droit au niveau supranational (*ius commune* au sens n°2) ? 2. Quel a été l'impact rétroactif du modèle européen de régime du droit, une fois

établi, sur les différents modèles nationaux ? 3. Quel est le résultat actuel de ce double mouvement ascendant et descendant ? Jusqu'à quel point les différents droits, nationaux et supranationaux, convergent-ils (*ius commune* au sens n°3) ? La présente étude se focalisera sur la première problématique et se limitera, pour des raisons de temps, au seul cas du droit communautaire. Son objectif cognitif est de mieux faire ressortir l'identité et les spécificités — en quelque sorte le « code génétique » — du régime du droit établi au niveau supranational, en le restituant dans la généalogie des différentes traditions nationales. Il s'agit de repérer ce que le droit de l'UE (la « création ») doit à ses « créateurs » (les Etats) — soit à tous, soit à certains, soit à un seul — sachant que, sur certains points, le modèle communautaire s'avère « *svi generis* », sans véritable antécédent.

La comparaison des différentes traditions nationales du régime du droit révèle d'importantes convergences qui ont rendu possible la construction d'un Etat de droit européen. Ces convergences résultent tantôt de sources d'inspiration communes à l'instar de la pensée grecque ou de la théorie des Lumières (l'unité par l'influence « d'en bas »), tantôt d'échanges réciproques entre les nations à l'instar du rayonnement en Europe des conceptions anglaises de la liberté, des idées de la Révolution française, du discours allemand du « *Rechtsstaat* » après 1945 (l'unité par l'influence « d'à côté »), tantôt d'un certain parallélisme.⁷⁵ Si l'unité est ainsi en quelque sorte « donnée », elle est toutefois aussi « construite ». Le modèle supranational du régime du droit est le fruit d'une « invention » au double sens du terme : découverte & création. Aussi convient-il de distinguer nettement entre ce qui était donné en termes d'unité — le *input* constitué par le *ius commune* au sens n°1 (1.) — et ce qui a été effectivement établi : le *output* du modèle communautaire de régime du droit ou le *ius commune* au sens n°2 (11.).

75. Au titre des facteurs d'unification, n'est pas mentionnée ici l'influence « par en haut », c'est-à-dire l'homogénéisation des droits nationaux sous l'impact du droit supranational. Le choix de la problématique n°1 implique d'étudier l'état de l'unité avant l'intervention de ce dernier paramètre.

1. *Le input constitué par l'héritage du passé*

Aussi bigarrée qu'elle soit, la riche histoire du règne du droit en Europe⁷⁶ n'en révèle pas moins certaines convergences. Ce dénominateur commun sera éclairé de façon chronologique à travers l'étude de cinq moments décisifs.

1. L'héritage grec : Aristote et l'idée du « ton nomon archein »

Le point de départ de cet héritage commun se situe en Grèce⁷⁷ et, en particulier, dans l'œuvre d'*Aristote*. Son apologie du « τὸν νόμον ἀρχεῖν (ton nomon archein) », du « gouvernement de la loi » — d'une loi juste — au détriment du « gouvernement d'un individu », fût-il de mérite, va durablement marquer les esprits et les pratiques en Europe.⁷⁸ Dans l'aire culturelle européenne, c'est le droit qui informe le lien social.⁷⁹ Pour s'en convaincre sur le plan des idées, il suffit de penser au rôle paradigmatique joué par la métaphore du « contrat social ». Qu'y a-t-il de plus juridique qu'un contrat ?⁸⁰ Selon Aristote, c'est par le médium des lois, au sens formel, qu'est censée être réalisée l'idéal de justice. En Europe, le bon fonctionnement de la société ne repose, pour l'essentiel, ni sur le modèle platonicien⁸¹ d'un roi-philosophe qui réalise le juste de façon immédiate en l'absence de lois (« anomia »), ni sur le règne des seules règles de la morale, des mœurs⁸² ou de la religion,⁸³ ni

76. Pour un premier aperçu : J. BRAND & H. HATTENHAUER (dir.), *Der Europäische Rechtsstaat. 200 Zeugnisse seiner Geschichte*, 1994. Pour une analyse plus détaillée des points 2^o à 5^o, voir HEUSCHLING (voir *supra* note 13).

77. Sur les origines grecques de nombre de facettes de la théorie moderne de l'Etat de droit (règne de la loi ; loi juste ; lois écrites, stables & peu nombreuses ; articulation hiérarchique entre loi, règlement et décision particulière ; l'obéissance aux lois, etc.), voir J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque*, 2002.

78. ARISTOTE, *Les politiques*, III, 1287a.

79. H. CONIG, « Das Recht als Element der Europäischen Kultur », *Historische Zeitschrift*, tome 238, 1984, pp. 1.

80. Autre illustration : la théorie allemande du « Verfassungspatriotismus » (patriotisme constitutionnel).

81. Lire PLATON, *Le politique*, à partir de 291d.

82. A l'inverse du modèle prôné, en Asie, par la philosophie confucianiste.

sur l'idéal de la médiation, très présent dans la culture traditionnelle de l'Afrique,⁸⁴ où la solution d'un litige (le rétablissement de la paix sociale) découle moins de l'application stricte de règles préétablies — celle-ci étant du reste assez floues du fait de leur caractère oral —, que d'un arrangement recherché à travers les palabres. Toutefois, si toutes les sociétés européennes se revendiquent du modèle d'*Aristote*, il est un truisme que la culture du respect des règles du droit varie selon les pays et les époques.⁸⁵ Or le mode de fonctionnement antagoniste, appelé pudiquement le « système D », est précisément une dérive qui opère à l'abri de la lumière. Il n'est guère érigé en modèle alternatif sérieux. Quant au pouvoir discrétionnaire, si son existence est nécessaire et inévitable, il n'est admis qu'à titre complémentaire, à l'intérieur d'un certain cadre fixé par le droit. En outre, il continue à susciter la méfiance en ce qu'il peut servir de tremplin à l'arbitraire, surtout dans les dictatures.⁸⁶ En revanche, il existe un modèle de régulation sociale potenti-

Celle-ci réclame le recours au droit et aux juridictions et privilégie la vertu morale, les rites et l'éducation pour maintenir l'harmonie sociale. Li MA, *Pouvoir et philosophie* chez Zhu Yuanzhang: Despotisme et légitimité, 2002.

83. Sur ce point l'héritage du christianisme est fondamental puisque ce dernier appelle à distinguer entre le religieux et le séculier (« Rendez à César ce qui est à César, à Dieu ce qui est à Dieu »). A l'inverse, dans les sociétés musulmane et juive, le droit et la religion, la science juridique et la théologie sont inextricablement liés. Voir H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 3ème éd., 2007, chap. 4 et 6.

84. Voir R. DAVID & C. JAUFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11ème éd., 2002, p. 443 (457) ; GLENN (voir *supra* note 83), chap. 3.

85. Il n'est qu'à penser aux différences culturelles dans le respect des règles du code de la route et de la Constitution. Ainsi, en France, la V^e République s'est illustrée des sa jeunesse par des violations flagrantes de la Constitution, avec la double bénédiction du chef de l'Etat et du peuple (usage de l'art. 11, etc.). Par la suite, la V^e République s'est installée dans un décalage permanent entre le texte de la Constitution (art. 20 : le gouvernement détermine la politique de la nation) et la réalité politique (le rôle prédominant du président de la République).

86. Sur ce point il faut se défaire du préjugé selon lequel les dictatures seraient, en général, des Etats de droit du point de vue formel. L'exemple du III^e Reich démontre largement le processus de corruption des qualités formelles du droit et l'envahissement croissant du pouvoir discrétionnaire. Voir aussi *supra* note 18.

lement antagoniste, et qui, de surcroît, jouit d'une légitimité très forte dans certains pays : il s'agit d'une certaine conception de la démocratie qui réduit celle-ci au règne de la volonté de la majorité.

2. L'héritage médiéval : la Magna Carta de 1215

En second lieu, il convient d'évoquer la vision médiévale du droit.⁸⁷ Commune à tous les pays européens au Moyen Âge, cette conception a affirmé de façon radicale l'extériorité du droit par rapport au pouvoir politique. Le droit est un donné objectif : il existe dans les usages et coutumes du couple. Le pouvoir politique, quel qu'il soit, n'a pas pour fonction de *faire* le droit — c'est la conception ultérieure du droit, celle qui va découler de la théorie de la souveraineté. Le rôle du politique se limite à *découvrir* le droit : à le recueillir, par écrit, à travers la codification des coutumes, et à le déclarer de façon ponctuelle à l'occasion d'un procès. À l'inverse de Rome, où l'Empereur était officiellement détenteur du respect des lois, le pouvoir politique féodal est pensé à travers le prisme de l'institution juridique du contrat (féodal). En témoigne la *Magna Carta* anglaise de 1215 qui en est un exemple (le plus illustre) parmi d'autres. Ce modèle sera certes combattu par la nouvelle théorie de la souveraineté, mais il réussira à marquer de façon durable les esprits en Europe. Il inspirera, comme l'on sait, les fondateurs de la doctrine dite « classique »⁸⁸ de la *common law* (Sir *Edward Coke*, Sir *Matthew Hale* et Sir *William Blackstone*). Il survivra même, *mutatis mutandis*, à travers l'œuvre des Lumières. La figure de pensée du contrat social fait écho à l'idée du contrat féodal ; l'affirmation par les Lumières d'un droit naturel supérieur et antérieur à l'État souverain fait écho à

87. Un mot sur l'héritage de Rome. Celui est d'abord partiel. Comme l'on sait, l'Angleterre est restée en grande partie à l'écart du mouvement de réception du *Corpus juris civilis*. Il est également ambigu. D'un côté, le droit privé romain a véhiculé l'idée, riche d'avenir, de l'autonomie individuelle dont s'inspireront les Lumières ; de l'autre côté, en droit public, le principe « *princeps legibus solutus est* » (Digeste, I,3,31) a sabordé l'idée même de l'encadrement juridique du pouvoir politique.

88. G. POSTEMA, *Benham and the Common Law Tradition*, 1986 ; R. CORTERRELL, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 1989, chap. 2.

la thèse médiévale de l'extériorité du droit par rapport au pouvoir politique.

3. L'héritage de la philosophie des Lumières

Le troisième dénominateur commun se situe dans la philosophie des Lumières, selon laquelle l'individu devient l'anne et la mesure du droit, de la société et de l'État. Cette vision imprègne profondément et la doctrine classique de la *common law* et les diverses théories sur le contrat social, depuis *Hobbes*, *Locke*, *Rousseau*, *Kant* jusqu'aux libéraux de la première moitié du XIX^e siècle (*Constant*, *Tocqueville*, *Mill*, *Wolker*, *Rothek*, *Mohl*, etc.). L'on sera pourtant tenté d'opérer ici une différenciation : alors que, sur le continent, l'idée des droits de l'homme a donné lieu à des proclamations abstraites (la plus célèbre étant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789), il n'en est rien en Angleterre. Les techniques juridiques sont différentes : là une proclamation de principes au sein d'une Constitution écrite, ici une récusation d'abus avec une protection casuistique des libertés par les juges. Les catégories épistémologiques le sont également : là la théorie du droit naturel moderne, ici plutôt⁸⁹ la doctrine de la *common law*. Or les deux sont animés par la même préoccupation : il s'agit de combattre l'ennemi commun qu'est l'absolutisme royal. L'un (la théorie du contrat social) le fait au nom des « droits naturels de l'homme », l'autre (la doctrine de la *common law*) au nom des « droits historiques des Anglais ». Or, sur le fond, il s'agit souvent du même substrat, des mêmes droits.

Un deuxième point de convergence concerne la séparation des pouvoirs. Parmi tous les pouvoirs, un rôle particulier revient au Parlement : c'est à lui de *faire* le droit (le droit positif) par la voie de la législation. En découle une théorie ambitieuse de la Loi aux multiples accents : la loi se doit d'être un gage de raison et de liberté de par son contenu ; de par sa forme, et afin que chaque individu sache ce à quoi il est tenu, la loi doit être publique et prospective, écrite voire codifiée, claire, cohé-

89. Il ne faut point oublier que le droit naturel moderne n'est pas absent en Angleterre (il suffit de penser à LOCKE) et s'est même mélangé, chez BLACKSTONE, avec la pensée de la *common law*.

rente et stable ; de par son origine, elle doit être l'œuvre d'un législateur dont la configuration interne (répartition du parlement, représentation, suffrage restrictif, démocratique, débat public, etc.) est censée empêcher *ab initio* toute loi liberticide ; la loi, une fois votée, s'impose de par son autorité morale et par la force du glaive. C'est cette loi que sont censés appliquer l'exécutif et le judiciaire. Le règne du droit s'identifie ainsi au règne de la législation et du législateur. Or, ici, il faut aussitôt mentionner deux réserves historiques importantes. La première a trait à l'étendue des pouvoirs du Parlement : alors qu'en Angleterre et en France, la démocratie représentative est très fortement développée, en Allemagne, au sein de la monarchie constitutionnelle du XIX^{ème} siècle, les pouvoirs du Parlement et, partant, de la société à l'égard de l'Etat sont plus faibles.⁹⁰ Le second bémol concerne l'Angleterre. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, l'apologie susmentionnée de la Loi et du Législateur n'est pas absente en Angleterre.⁹¹ Il est vrai, toutefois, que ce modèle a été vigoureusement contesté, souvent avec succès dans le passé, par la *common law*. Au constructivisme rationaliste, fondé sur une vision de la société comme « Taxis »,⁹² la doctrine de la *common law* des

90. Cette différence sera gommée au cours du XX^{ème} siècle. Cela dit, à l'heure actuelle, le principe démocratique n'a pas la même force (au sein ou à l'encontre de l'Etat de droit) dans les différents pays. Il n'est qu'à penser à la différence entre, d'un côté, la France qui, avec DE GAULLE, a glorifié le référendum, et, de l'autre, la Loi fondamentale de 1949 qui, suite aux souvenirs de Weimar et du III^e Reich, se méfie des dérives potentielles du *volksgesetz* et ne prévoit, au niveau fédéral, quasiment aucun mécanisme de démocratie semi-directe.

91. Sur ce point, il existe, en filigrane, une lignée d'auteurs et de théories dont l'existence est souvent occultée par la théorie de la *common law*. Cette autre tradition, minoritaire, transparaît dans les écrits de LOCKE sur le rôle du pouvoir législatif, dans les critiques virulentes de BENTHAM à l'égard de la *common law* qualifiée de « droit fait pour des chiens », dans l'apologie par le même auteur de la codification, dans l'affirmation de la souveraineté du Parlement de Westminster et, enfin, dans les diverses théorisations du Rule of law (développé par LON FULLER jusqu'à JOSEPH RAZ) qui, en insistant sur l'aspect formel (i.e. écrit !) du droit, réintègre l'équation opérée par les *common lawyers* et reprise par DICEY selon laquelle : le « Rule of law » = le règne de la *common law*.

92. F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, tome 1, trad. de Langl, 1995.

XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles oppose l'image d'un droit ancestral, coutumier, qui se développe de manière spontanée et casuistique. C'est au juge, en tant que « *lex loquens* », qu'il revient de « découvrir » ce droit. L'hostilité des juristes de *common law* aura surtout deux effets majeurs. D'une part, les Anglais ont rejeté l'institution d'une Constitution écrite. D'autre part, alors même que le Parlement avait été déclaré souverain, le poids effectif de la législation parmi les sources du droit était traditionnellement moindre comparé à l'exemple de la France.⁹³

Un troisième point d'attente concerne le juge, serviteur de la loi. L'accord porte d'abord sur le principe d'indépendance du juge : le juge n'est censé obéir qu'à la loi, ou plus largement au droit, et non à des injonctions politiques. L'accord porte ensuite sur le rejet de la solution américaine de *Marbury v. Madison* (1803). En Europe, il est interdit au juge, ou il s'interdit lui-même, de contrôler la validité de la loi, que ce soit au regard de la *common law* (après 1688, les juges anglais abandonnent le précédent *Dr. Bonham's Case* de 1610) ou au regard de la Constitution écrite (sa suprématie est censée être assurée par des garanties politiques).⁹⁴ Toutefois, si l'on creuse la question du juge, des divergences importantes surgissent : alors que les Anglais, sous l'influence de la *common law*, reconnaissent aux juges supérieurs un rôle émi-

93. Cette divergence sera toutefois relativisée par la suite : le rôle en Grande-Bretagne du droit écrit (lois, règlements) ne cessera de croître, d'abord au XIX^{ème} siècle sous l'impulsion des théories réformistes de BENTHAM et, au XX^{ème} siècle, sous l'impact des théories de l'Etat providence. Voir A. V. DICEY, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the nineteenth century*, 2ème éd., 1914. Inversement, sur le continent, on reconnaît progressivement un rôle accru aux juges.

94. En France, tout contrôle juridictionnel de la loi est interdit de façon expresse par les Constitutions de 1791 et de 1793. En 1795, notwithstanding les souvenirs de la Terreur, le contrôle est à nouveau récusé par le constituant (échec du projet de SUREY visant à créer un « jury constitutionnaire »). Par la suite, du XIX^{ème} siècle jusqu'à la V^{ème} République incluse, les juges français refuseront systématiquement de contrôler de façon incidente la constitutionnalité des lois. De même, en Allemagne, les idées d'un ROBERT MOHL prônant la transplantation du modèle américain ne rencontrent aucun écho chez les juges, et ce jusqu'à la République de Weimar.

ment dans la création des règles de droit, la France fait preuve d'une méfiance viscérale à l'égard du juge, à qui on dénie tout pouvoir (c'est un automate à syllogismes)⁹⁵ et dont on va parfois jusqu'à supprimer, *de facto* ou *de jure*, l'indépendance.⁹⁶

4. L'héritage des juristes de la 2^e moitié du XIX^e siècle : la juridictionnalisation

Le quatrième moment clé se situe à la fin du XIX^e siècle. L'aspect formel, ou plus exactement juridictionnel, du régime du droit est désormais au centre des débats. L'enjeu immédiat est le contrôle juridictionnel de l'administration, soit par un juge spécial (modèle français, repris en Allemagne), soit par le juge de droit privé (modèle anglais).⁹⁷ Or, au-delà des divergences quant à l'identité du juge, les théories dans les trois pays convergent sur la nécessité du juge. D'une position relativement marginale — jusque-là le juge était un garant parmi d'autres du régime du droit, à côté voire en dessous du Parlement —, le juge se trouve propulsé au cœur du régime du droit. C'est à cette époque que sont posés les ressorts intellectuels de la dynamique de juridictionnalisation. Inspiré du droit privé, celle-ci se déploie d'abord en droit administratif avant de rebondir plus tard, après 1945, à la fois en droit constitutionnel

95. Du moins lorsqu'il s'agit du juge judiciaire. Car, en France (schizophrénie collective ?), l'image du juge est tout autre lorsqu'il s'agit du juge administratif. A l'instar du droit anglais, le droit administratif français a été dans une très large mesure forgé par le juge (le Conseil d'Etat), sans que cela n'émeuve outre mesure la doctrine et le public.

96. L. HEUSCHLING, « Why Should Judges Be Independent? Reflections on COKE, MONTESQUIEU and the French Tradition of Judicial Dependence », in : K. S. ZIEGLER / D. BARANGER / A. W. BRADLEY (dir.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, 2007, pp. 199. Cette méfiance s'est perpétuée jusqu'au XX^e siècle. Cela dit, vis-à-vis de l'extérieur, la France se revendique des idées de MONTESQUIEU, ce qui a rendu possible l'article 6 de la CEDH. D'où un phénomène de « boomerang » : si la justice française a acquis une indépendance et un pouvoir croissants au cours de la 2^{ème} moitié du XX^e siècle, c'est aussi grâce au droit européen.

97. S. CASSISI, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni*, trad. ital., 2000.

(création de cours constitutionnelles) et en droit international (création de la CIJ, de la CJCE, de la CourEDH, de la CPL, etc.). L'argument décisif est un certain concept (restrictif) du droit, selon lequel le droit et la contrainte, la norme juridique et la sanction juridictionnelle se confondent. Cette définition est déduite du droit privé⁹⁸ qui est considéré comme un droit parfait en ce qu'il lie étroitement l'existence de règles positives avec la contrainte et l'office du juge. En Allemagne, cette évolution s'opère avec les écrits d'*Otto Bähr* (1817-1895), de *Rudolf von Gneist* (1816-1895) et d'*Otto Mayer* (1846-1924). Au nom du « Rechtsstaat », ils réclament avec succès l'instauration et/ou la consolidation d'un contrôle juridictionnel de l'administration. Selon *Bähr*, qui avait été magistrat de droit privé, une norme, fût-elle inscrite dans un texte juridique, n'est pas strictement parlant une norme juridique si elle est dépourvue d'une sanction juridictionnelle. Il s'agit tout au plus d'une règle morale.⁹⁹ Aussi, si l'on veut le régime du droit, il faut admettre le contrôle du juge ! Est écartée par là même l'idée d'une éventuelle garantie du droit par des organes politiques. La même logique est également à l'œuvre, du côté des Anglais, chez *Albert Venn Dicey* (1835-1922). Ce dernier reprend la définition du droit de JOHN AUSTIN (1790-1859), selon lequel il n'y a de droit que s'il y a un juge.¹⁰⁰ De là découle

98. Déjà en 1795, *Steyes* justifiait la création du jury constitutionnaire en arguant de l'exemplarité du droit privé. Voir son discours du 2 thermidor an III : « Une constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien; si c'est un corps de lois, on se demande où sera le gardien, où sera la magistrature de ce code. Il faut pouvoir répondre. Un oubli en ce genre serait inconcevable autant que ridicule dans l'ordre civil; pourquoi le souffrirez-vous dans l'ordre politique ? » L'argument sera repris, deux siècles après, dans la célèbre affaire *Goldner* jugée par la Cour européenne des droits de l'homme (21.2.1975, Série A, n°18, § 34, p. 17) : « Or en matière civile la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux ».

99. O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, réimp. de l'éd. de 1864, 1961, pp. 12 et 56 ; O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2ème éd., 1914, pp. 47. On retrouvera cet argument plus tard chez KIESEN et ses disciples dont, en France, CHARLIS EISENMANN. Celui-ci influencera à son tour les écrits de LOUIS FAVORIS, fondateur de l'influente école d'Aix-en-Provence.

100. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), 1998.

chez *Dicey* l'identification du « Rule of law » à l'office du juge.¹⁰¹ Quant aux juristes français, ils commencent sous la III^{ème} République à se défier de la tradition révolutionnaire de méfiance vis-à-vis des juges. En droit privé, le rôle créateur de la jurisprudence commence à être admis. En droit administratif la doctrine fait de plus en plus confiance au Conseil d'Etat comme garant des droits individuels face à l'administration.¹⁰² Surtout, en droit constitutionnel, *Léon Duguit* (1859-1928), *Maurice Hauriou* (1856-1929) et *Raymond Carré de Malberg* (1861-1935) invoquent l'autorité et le prestige du nouveau mot d'ordre de « l'Etat de droit », importé d'outre-Rhin, pour exiger la mise en place d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Le discours doctrinal de « l'Etat de droit » échoue toutefois à infléchir les mentalités du monde politique et judiciaire, qui reste obnubilé par la crainte du « gouvernement des juges ».¹⁰³

5. L'héritage d'Hitler : le rayonnement du modèle du Bundesverfassungsgericht

Le cinquième moment se situe juste après 1945, en Allemagne. L'Allemagne d'après-guerre va devenir l'épicentre d'une nouvelle dynamique européenne du régime du droit. Traumatisée par les horreurs du régime totalitaire du III^{ème} Reich, l'Allemagne va ériger l'idée du « Rechtsstaat » — terme qui revient dans le giron du droit constitution-

pp. 14, 27, 263. Selon Austin, le « droit » international et le « droit » constitutionnel ne sont pas du droit positif, mais seulement de la « morale positive (positive morality) ». De là découle aussi la distinction fondamentale chez *DICEY* entre « constitutional law » et « constitutional conventions ».

101. A. V. *DICEY*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, ré-impr. de la 8^{ème} éd. (1915), 1982, p. 115 (voir le 3^{ème} critère de sa définition du « Rule of law »).

102. M. J. *REDOR*, De l'Etat légal à l'Etat de droit, 1992, pp. 152.

103. Pour d'autres aspects du régime du droit, il faut admettre de profondes divergences entre les trois pays à cette époque. Ainsi, alors qu'en Allemagne les débats académiques sont dominés par l'école du positivisme juridique, et spécialement par la célèbre théorie de l'autolimitation de l'Etat (*HERKING, JELLINEK*), la doctrine publiciste française est, dans sa grande majorité, hostile au juspositivisme.

nel et dont le contenu sera considérablement enrichi — en paradigme de son système politique. Avant d'être une démocratique ou un Etat fédéral, l'Allemagne se pense et s'institutionnalise d'abord comme un Etat de droit.¹⁰⁴ L'essence du Rechtsstaat est l'idée de la dignité humaine (art. 1 al. 1 LF), déclinée à travers la liste des droits fondamentaux (art. 2 à 19). La sauvegarde de cet idéal de société, dont les éléments « essentiels » sont figés de jure pour l'éternité (art. 79 al. 3 LF), est confiée non pas à une autorité politique — solution désormais inconcevable — mais à un juge spécial, le *Bundesverfassungsgericht* à Karlsruhe. La Cour constitutionnelle fédérale jouit de pouvoirs de contrôle sans commune mesure : elle contrôle le respect de la Constitution et, parfois même du droit naturel, par l'intégralité des acteurs, qu'il s'agisse du pouvoir constituant originaire, du pouvoir de révision, du législateur, de l'exécutif, du « *treaty making power* », des cinq ordres de juridictions, du peuple agissant par référendum, des *Länder*, des partis ou encore des personnes privées. Nulle part ailleurs (si ce n'est dans d'autres pays tout autant marqués par une expérience dictatoriale comme l'Italie ou plus tard les pays de l'Europe du sud et les PECO), la garantie juridictionnelle des droits de l'homme n'a pris une telle ampleur.

A l'inverse, l'Angleterre et la France d'après-guerre — auxquels on pourrait ajouter les pays scandinaves et les pays du Benelux — restent d'abord à l'écart de cette nouvelle dynamique. L'Angleterre, considérant que son système politique n'a point démerité, le maintient tel quel (absence de Constitution écrite, absence de contrôle juridictionnel des lois). Quant à la France, elle proclame certes, en 1946, les droits de l'homme dans sa Constitution (avec d'ailleurs un fort accent sur les droits socio-économiques), mais elle se refuse à tout contrôle juridictionnel à l'égard du législateur, et encore davantage à l'égard du pouvoir

104. G. *RADBRUCH*, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht » (1946) in : id., *Rechtsphilosophie*, 1999, p. 219 : « Demokratie ist gewiss ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, dass nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern ». Lire aussi l'article représentatif de W. *KÄGI*, « Rechtsstaat und Demokratie », *Festschrift Giacometti*, 1953, pp. 107.

de révision. La situation sous la V^{ème} République ne se présente guère mieux. Au début, jusqu'à la fameuse décision « Liberté d'association » du Conseil constitutionnel (16 juillet 1971), les droits de l'homme sont même absents de la nouvelle Constitution. Celle-ci consacre certes un début de contrôle de constitutionnalité des lois, mais, en raison de la crainte persistante du « gouvernement des juges », le rôle du Conseil constitutionnel est des plus limités (contrôle *a priori*, pas de saisine par les individus, pas de contrôle systématique des lois, pas de contrôle des lois référendaires et des révisions constitutionnelles, attitude de *judicial self restraint*). Dans ces deux pays, c'est l'influence du droit comparé et surtout le poids de l'Europe (UE, CEDH) qui va pousser les deux systèmes à se rapprocher davantage du modèle allemand, sans toutefois l'égaliser. Ainsi, on a assisté dans les trois pays à une commune tendance à la matérialisation¹⁰⁵ et à la juridictionnalisation de l'idéal du règne du droit. Toutefois, le résultat atteint en droit positif peut varier.¹⁰⁶

105. Ce consensus transparaît dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, la CEDH de 1950 et les divers documents issus du processus de Helsinki. Voir notamment la Déclaration de Copenhague du 29 juin 1990 qui énonce dans son article 2 que « l'Etat de droit ne signifie pas simplement une légalité formelle assurant régularité et cohérence dans l'instauration et la mise en œuvre de l'ordre démocratique mais bien la justice fondée sur la reconnaissance et la pleine acceptation de la valeur suprême de la personne humaine et garantie par des institutions offrant un cadre pour son expression la plus complète » (reproduit in E. DECAUX, Sécurité et coopération en Europe. Textes officiels du processus de Helsinki (1973-1992), 1992, p. 230).

106. Au Royaume-Uni, depuis l'affaire *Factortame* de 1991, les juges se reconnaissent le pouvoir d'invalider une loi en cas d'incompatibilité avec le droit communautaire. En-dehors toutefois du champ d'application du droit communautaire, il est toujours interdit aux juges de censurer une loi, notamment au regard des droits de l'homme (art. 3 du *Human Rights Act* 1998). Selon le *Human Rights Act*, le juge britannique peut seulement interpréter « dans la mesure du possible » les dispositions de la loi dans un sens libéral. Si une telle interprétation constructive ou neutralisante s'avère impossible, il est obligé d'appliquer la loi. Il peut tout au plus faire une « déclaration d'incompatibilité » adressée aux autorités politiques. A elles de décider, éventuellement, de modifier la loi.

II. Le *output* : le règne du droit effectivement inséminé au sein de la CE/UE

Le modèle — syncrétique — du règne du droit établi au niveau communautaire s'inscrit à la fois, comme l'écrivit *Armin von Bogdandy*, « dans la continuité et dans la rupture ». ¹⁰⁷ De ce point de vue, il faut distinguer plusieurs hypothèses. Premier cas de figure : il existe un *ius commune* au sens n°1. Souvent, le droit communautaire se contente de le reprendre [1a], ¹⁰⁸ mais il lui arrive aussi de le récuser [1b]. ¹⁰⁹ Une telle rupture peut surprendre par son iconoclasme et appelle une justification. Celle-ci consiste en général dans l'affirmation du caractère *viri generis* de l'intégration communautaire. Or, au fur et à mesure que l'UE se constitutionnalise et se rapproche du modèle de l'Etat (fédéral), l'argument perd de sa force de conviction. Second cas de figure : il n'existe pas de règle de *ius commune* au sens n°1, mais une variété de modèles nationaux. Dans ce cas, le droit communautaire reprend tantôt le modèle de la majorité des pays [2a], ¹¹⁰ tantôt il s'inspire d'une solution minoritaire [2b], ¹¹¹ tantôt il mélange les traditions [2c], ¹¹² tantôt il crée de toutes pièces une solution inédite [2d]. ¹¹³ C'est à l'aide de cette grille que l'on peut au mieux cerner l'identité du règne du droit établi au sein de la CE/UE.

107. VON BOGDANDY (voir *supra* note 11), p. 166 (italique de l'auteur).

108. Voir par ex. l'héritage d'ARISTOTE (infra point 2°), le principe d'égalité, l'indépendance et l'impartialité de la justice, les droits de l'homme de la première génération, la hiérarchie des normes, etc.

109. Voir infra points 3° (rôle du Parlement européen), 5° (recours en cassation) et 6° (absence de contrainte).

110. Voir infra point 3° (contrôle juridictionnel du Parlement).

111. Voir infra point 1° (consécration du mot clé « Etat de droit » dans le texte de la Constitution).

112. Voir infra point 4° (le mi-constitutionnalisme actuel de l'UE).

113. Voir infra point 5° (monopolisation du pouvoir d'interprétation du droit communautaire).

1. La consécration symbolique du terme clé

Un premier point à relever concerne la présence et la place du mot clé dans les textes. La consécration en 1950, sur initiative du représentant britannique,¹¹⁴ d'un terme aussi abstrait que « Rule of law/prééminence du droit » dans le préambule — mais seulement dans le préambule — de la CEDH¹¹⁵ est une petite révolution culturelle, à la fois pour le Royaume-Uni, mais aussi pour la quasi-totalité des autres Etats (en 1950, le seul Etat, parmi les quatorze Etats signataires de la CEDH, à avoir formellement constitutionnalisé le mot « Rechtsstaat », ou un terme similaire, est la RFA). Même lorsque, quarante ans plus tard, les Etats européens décident en 1992 d'inscrire le terme « Etat de droit/Rule of law » dans le traité sur l'UE, la décision est, certes, dans « l'air du temps », mais elle n'en constitue pas moins une innovation par rapport à la majorité des Constitutions des Etats membres. La tendance actuelle à ériger le mot « Etat de droit » en terme phare de la Constitution, et à le mettre en exergue dans le préambule et dans les premiers articles, est amorcée en 1946 avec la Bavière (art. 3 Const. 1946).¹¹⁶ Dans les années 1970, elle est reprise par les constituants portugais et espagnols, pour s'imposer enfin, après la chute du mur de Berlin, dans les nouvelles Constitutions en Europe centrale et orientale. En 1992, le terme figure ainsi dans le traité de Maastricht, quoique à des endroits relativement peu visibles. En 1997, avec le traité d'Amsterdam, le terme gagne en visibilité, en prestige et en poids, en étant inscrit désormais dans l'emblématique article 6 UE, qui, si le traité de Lisbonne est ratifié, deviendra même l'article 2 UE. Or, en 1992, sur les 12 Etats membres seuls 3 ont formellement reconnu le terme dans leur

114. J.-Y. MOKIN, « La prééminence du droit dans l'ordre juridique européen », *Essays in honour of K. SKUBISZEWSKI*, 1996, p. 669.

115. Auparavant voir déjà l'alinéa 3 du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (« rule of law/régime de droit »).

116. Au niveau fédéral, le mot est certes présent (en 1949 une seule fois : art. 28 LF), mais il était quelque peu en retrait car il ne figurait pas (et ne figure d'ailleurs toujours pas) dans les articles centraux 1 et 20 LF.

Constitution nationale.¹¹⁷ En 1997, le ratio est de 3 sur 15. A l'heure actuelle, il est de 15 sur 27.¹¹⁸

2. Le rôle crucial du droit dans le processus d'intégration communautaire

Pour ce qui est du fond, l'idée du règne du droit, au sens premier de l'existence formelle de règles, joue incontestablement un rôle crucial dans le fonctionnement de la CE/UE. Sur ce point, fondamental, l'Europe — CE/UE, mais cela vaut aussi pour la CEDH —, s'appuie sur l'existence d'un *ius commune* (au sens n°1) partagé par tous les Etats. A vrai dire, au niveau supranational le droit joue même, ainsi que l'ont noté nombre d'observateurs,¹¹⁹ un rôle plus important qu'au sein des sociétés étatiques. L'Etat (surtout s'il s'agit d'un Etat nation ancien comme c'est le cas pour la large majorité des 27 Etats membres) doit sa capacité « d'intégration » (*Smend*) certes au droit, à l'existence de lois communes fondées sur des valeurs communes, mais aussi à d'autres facteurs extra-juridiques. Ceux-ci sont, au moins, de trois ordres : 1. un vécu social commun (partage d'une langue, d'un imaginaire, de traditions, d'un héritage, de fêtes, d'un espace médiatique dits « communs »¹²⁰) ; 2. la jouissance partagée d'un bien-être matériel (paix, croissance économique, solidarité, etc.) dû en partie au rôle joué par l'Etat ; 3. un vécu politique commun (le fait pour un peuple de « vouloir agir ensemble » : par un vote, un débat, une manifestation, une révolution). A l'inverse, au niveau supranational, le lien établi par le droit joue un rôle plus important. Si la conscience européenne est un

117. All., Esp., Port. Bien sûr, ce chiffre doit être revu à la hausse et frôle les 12 sur 12 si l'on prend en compte non seulement le texte constitutionnel, mais aussi la jurisprudence constitutionnelle, le discours de la doctrine juridique et, enfin, le discours politico-médiatique.

118. Voir le tableau n°1 (annexe). Ce chiffre inclut le Royaume-Uni en raison du *Constitutional Reform Act* (art. 1).

119. Voir VON BOGDANDY (voir *supra* note 11), p. 167 ; J. P. JACQUIE, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, n°1, 1991, pp. 127 ; CAPPANO (voir *supra* note 13), pp. 277 (renvois).

120. Il reste à vérifier jusqu'à quel point ces facteurs sont véritablement communs à tous les citoyens d'un Etat nation...

phénomène qu'on ne saurait totalement ignorer (nonobstant l'absence d'une langue commune unique), l'identité européenne n'a toutefois pas encore acquis, selon les pays et les catégories sociales, la même densité que le lien national. Quant au facteur matériel, soit il n'est pas toujours intériorisé à sa juste mesure (bien-être économique, paix), soit il fait défaut (Etat providence). Enfin, le vécu démocratique reste relativement embryonnaire : l'Europe n'est pas née dans les urnes, ni sur les barricades (on pense à 1789, 1848 ou 1989 !). La CE/UE est une innovation créée par voie de traités négociés, en secret, entre les exécutifs. Lors du récent débat sur le traité constitutionnel, l'option — prématurée ? — de conférer à l'UE des assises populaires fermées par le biais de l'élection d'une Assemblée constituante européenne et l'organisation d'un référendum dans *tous* les Etats, n'a pas été retenue. Au vu de tous ces éléments, le droit accède au rang de « liant » primordial pour la société européenne. A noter que ce droit est à la fois un droit majoritairement écrit, avec toutefois un rôle actif, voire activiste des juges,¹²¹ et un droit qui, suite à la pression exercée par la Cour constitutionnelle d'Allemagne et d'Italie — deux pays qui étaient à la pointe de la maturation de l'Etat de droit au niveau national — se revendique également de l'idéal des droits de l'homme.

3. L'ascendant de l'idée du règne du droit sur l'idée de la démocratie

Le rôle crucial du règne du droit, comme *premier* principe structurant du droit de l'UE, ressort également lorsqu'on analyse le rapport avec son « alter ego » qu'est le principe démocratique. Sur ce point, l'UE se rapproche davantage du modèle allemand que des modèles français ou anglais. Au niveau de l'UE, le principe de l'Etat de droit l'emporte, en effet, en termes de préséance et de poids, sur l'idée de démocratie. A ses débuts, le processus communautaire se caractérisait.

121. Modèle du « ni ni » : l'Europe ne se revendique ni du modèle radical de la doctrine de la *commun law* du XVII^{ème} siècle, ni de l'illustre modèle rationaliste et légicentriste où tout le droit est dans la loi, dans l'écrit. Comme déjà indiqué (voir note 94), les pratiques et les discours de l'Angleterre et de l'Europe continentale s'étaient rapprochés sur ce point bien avant la construction communautaire.

comme l'on sait, par un certain déficit démocratique : les citoyens n'étaient représentés que par les exécutifs nationaux auxquels s'ajoutait, comme centre de pouvoir, la Commission européenne formée d'experts. Le Parlement européen avait peu ou prou de pouvoirs. De même, il n'y avait pas (et il n'y a toujours pas) de mécanismes de démocratie semi-directe au niveau européen et l'existence même d'un sujet politique européen (le *demos* européen) est encore contestée de nos jours. Il s'en suit également l'absence, au niveau européen, de tout discours apologétique et mystificateur du peuple et de sa volonté supposée « souveraine », qui ne connaîtrait point de bornes.¹²² L'idée de souveraineté du Parlement, chère au droit britannique et, autrefois, au droit français, est également récusée. C'est l'objet de la décision *Les Verts c. Parlement européen* de 1986.¹²³ Ainsi, à condition que la CJCE puisse être saisie¹²⁴ et le soit effectivement, tous les actes des autorités communautaires et des Etats membres agissant dans le cadre de la CE sont soumis à un contrôle juridictionnel.

4. La nature du constitutionnalisme communautaire

Un autre aspect du règne du droit qui mérite attention, a trait au constitutionnalisme. Sur ce point délicat, tout semble opposer les pays

122. Discours présent, à l'inverse, dans certains Etats et notamment en France. A titre d'illustration, on peut citer l'adage « *Lex populi, vox dei* », certains extraits célèbres tirés du *Qu'ext-ce que le tiers Etat ?* de SHYVIES (chap. 5 : « La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. [...] « De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême »), certains discours du général DE GAULLE (« Le peuple est la Cour suprême ») et, enfin, la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 6 novembre 1962 (une loi adoptée par référendum, alors même qu'elle a été adoptée de façon inconstitutionnelle, n'est point justiciable car elle est « l'expression directe de la souveraineté nationale »).

123. En 1986, la quasi-totalité des 12 Etats membres ont mis en place un contrôle juridictionnel de la loi au regard de la Constitution nationale (exceptions : UK, NL, L) et des traités internationaux (exception : UK).

124. Voir à ce sujet le débat relatif à la recevabilité des recours en annulation des particuliers (art. 230 CE) et à la justiciabilité des actes adoptés dans le cadre des titres V et VI du traité UE.

de part et d'autre de la Manche. Pour les pays du continent, la Constitution, pilier fondamental de l'État de droit, est écrite ; elle est une construction d'ensemble faite en une seule fois ; elle est élaborée par le pouvoir politique ; elle proclame de façon abstraite les droits de l'homme ; elle est supérieure à la loi. À l'inverse, l'Angleterre persiste dans son refus d'un tel modèle ainsi qu'en témoigne l'échec dans les années 1990 de divers projets visant à doter le Royaume-Uni d'une Constitution écrite, rigide et sanctionnée par une cour constitutionnelle. Pour les Anglais, la Constitution est « non écrite » (i.e. elle a plusieurs sources) ; elle est engendrée dans et par l'histoire ; elle n'est pas faite, mais dégagée de manière casuistique par les juges ; elle n'est pas supérieure à la loi. Étant donné cette opposition tranchée, vouloir doter l'Europe d'une Constitution (au sens continental) ne serait-ce pas imposer, de façon impérialiste, à l'Angleterre un modèle qui lui est étranger et auquel elle ne tardera pas d'opposer son veto ? Tentative, une telle conclusion est néanmoins discutable.

D'une part, cette opposition, si elle était pertinente dans le passé, ne l'est plus, ne l'est plus autant à l'heure actuelle. La part des sources écrites (des lois), et donc du constructivisme, dans la Constitution britannique ne cesse de croître. Celle-ci est de moins en moins le fruit de la *common law*. En outre, la culture juridique de l'Angleterre évolue en ce qu'elle s'ouvre, depuis l'influence de la CEDH et le vote du *Human Rights Act* de 1998, à l'idée d'une déclaration abstraite de droits.¹²⁵ Enfin, l'idée d'un texte à valeur supra-légale fait également son chemin sous la pression du principe de suprématie du droit communautaire. Sur ces points, la culture juridique anglaise se rapproche de l'esprit continental.

D'autre part, la critique manque de pertinence en ce que le mi-constitutionnalisme actuel de l'UE est, par certains aspects, plus proche de l'esprit du constitutionnalisme anglais que du constitutionnalisme continental. En l'état actuel du droit positif, l'UE n'a pas encore une Constitution au plein sens (continental) du terme. Ce qui manque est précisément le pouvoir constituant, c'est-à-dire l'idée d'un pouvoir poli-

125. La résistance actuelle du gouvernement britannique à la Charte de l'UE est due, semble-t-il, surtout à la présence des droits socio-économiques.

tique qui, à une date donnée, embrasse de son regard toute la société et lui donne de manière globale et pour un laps de temps très long (plusieurs générations) le cadre juridique censé lui convenir. Face à cette ambition hautement rationaliste et constructiviste, la doctrine de la *common law* du XVIII^{ème} siècle opposait l'idée, reprise plus tard par Burke, d'une Constitution historique et évolutive dont les juges sont les oracles. Or, si l'on regarde du côté de l'UE, la « charte constitutionnelle » à laquelle se réfère la CJCE s'identifie non pas à un acte, mais à cette succession d'actes que sont les différents traités qui, suivant la logique fonctionnaliste, s'ajoutent et se superposent. C'est le juge qui en dégage la quintessence, et jusqu'à récemment — jusqu'à la rédaction de la Charte de l'UE des droits fondamentaux — c'était le juge, et non une assemblée politique élue, qui avait défini les droits fondamentaux. L'image de l'acte constituant est absente. La Constitution de l'UE n'est pas faite ; elle est en train de se faire « par (petites) étapes ». Sur ce point, l'UE, du fait de sa spécificité — du fait de sa différence avec un État nation *établi* — est assez proche de l'esprit du constitutionnalisme anglais. En définitive, le mi-constitutionnalisme actuel de l'UE est un mélange (instable) des deux traditions constitutionnelles.¹²⁶

5. La figure du juge dans le système communautaire

On ne saurait évoquer le règne du droit sans évoquer la figure du juge. La création, en 1951, de la CJCE est une solution novatrice et constitue un jalon majeur dans le processus de juridictionnalisation de la sphère politique. La décision de soumettre tous les litiges, en dernier lieu, non pas à un organe politique mais à un organe juridictionnel marque une double césure : par rapport à la tradition du droit international et par rapport aux traditions du droit constitutionnel national. En 1951, sur les six États signataires du traité de la CECA, seuls deux États (l'Allemagne et l'Italie) ont institué un contrôle juridictionnel

126. Dans l'avenir, la part continentale de ce mélange, qui pour l'instant se reflète le plus dans le principe de la suprématie, va probablement augmenter. En témoigne l'incorporation de la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévue dans le traité de Lisbonne. Il n'est pas exclu non plus qu'un jour l'UE se dote, pour des raisons entre autres de lisibilité, d'un texte constitutionnel *mixte*.

systematique des différents pouvoirs politiques, y compris du législateur. Non seulement il existe désormais un juge au niveau supranational, mais, en outre, celui-ci se reconnaît un rôle très actif. Cela vaudra d'ailleurs à la CJCE, mais aussi à la CEDH, le reproche récurrent du « gouvernement des juges ».¹²⁷ Quant aux juges nationaux agissant en tant que juges communautaires de droit commun, ils jouissent d'un statut inédit qui rompt radicalement avec l'image traditionnelle du juge, quel que soit le pays. En vertu des règles de l'article 234 CE, la fonction des juridictions nationales supérieures se limite, à l'égard du droit communautaire, à deux fonctions parmi cinq fonctions imaginables¹²⁸ : 1° qualifier les faits de l'espèce ; 2° appliquer la norme de droit communautaire. Afin de garantir l'unité de l'interprétation du droit communautaire, et en l'absence de tout recours en cassation devant la CJCE, les péres fondateurs des traités ont enlevé aux juges nationaux suprêmes le droit d'interpréter le droit communautaire (1^{er} aspect) afin de le concentrer entre les mains de la CJCE (2^{ème} aspect). Cette solution n'a pas véritablement de précédent.¹²⁹ Pour ce qui est du premier aspect, l'on est certes tenté d'évoquer le modèle français du juge bouche de la loi. Ce modèle a donné naissance, sous la Révolution française, au célèbre mécanisme du référé législatif et s'est même perpétué du côté du Conseil d'Etat, et ce jusqu'en 1990, avec le « référé diplomatique »

127. Savoir si les juges de la CJCE, ou de la CEDH, sont plus activistes que leurs collègues nationaux est une vaste question à laquelle on ne saurait répondre ici, faute d'éléments de réponse concernant les divers Etats membres. Pour le cas de la France, il faut éviter de tomber dans le piège de comparer la pratique de la CJCE avec le seul modèle — en grande partie théorique — du « juge bouche de la loi ». La comparaison se doit de mesurer l'étendue du pouvoir de la CJCE à l'aune de la réalité, et notamment de celle réalité qu'est le Conseil d'Etat qui — ne l'oublions pas — a fait le droit administratif français.

128. En droit comparé, un juge peut se voir reconnaître cinq fonctions juridictionnelles essentielles (in crescendo) : 1. Qualifier les faits ; 2. Appliquer la norme juridique établie par autrui (le législateur) ; 3. Interpréter la norme légale ; 4. Contrôler la validité de la norme légale ; 5. Définir soi-même la norme générale par voie de précédent.

129. Contra : P. PISCATORI, « Art. 177 », in: CONSTANTINISCO *et alii* (voir *supra* note 37), pp. 1073.

(l'obligation pour le Conseil d'Etat de renvoyer toute question d'interprétation d'un traité au gouvernement). Or, dans les deux cas, l'autorité à qui est déléguée la question d'interprétation est une autorité *politique*. Le second aspect pourrait faire penser, *mutatis mutandis*, à la concentration de la justice constitutionnelle en Allemagne. Or, si en vertu de l'art. 100 al. 1 LF, les juridictions ordinaires (*Fachgerichte*) doivent décider la question de la *validité* d'une loi à la Cour à Karlsruhe, elles gardent en revanche le pouvoir d'*interprétation* (et de la loi et de la Constitution). Le modèle communautaire du règne du droit se caractérise ici par une double originalité : d'une part, l'absence de recours en cassation (pourtant présent dans *tous* les Etats) et, d'autre part, la monopolisation du pouvoir d'interprétation au profit de la CJCE (solution inconnue dans *tous* les droits nationaux).

6. Un modèle de règne du droit sans contraignant

Une dernière spécificité, majeure, du règne du droit au niveau supranational (CE/UE et CEDH) a trait à l'absence de contraignant. Ni l'UE ni, à plus forte raison, le Conseil de l'Europe ne disposent de forces publiques pour assurer l'exécution de leur droit à l'égard d'un Etat récalcitrant. Dès lors, la soumission des Etats au droit repose entièrement sur leur bonne volonté, guidée le cas échéant par des calculs d'intérêts, des arguments legalistes (« la loi est la loi, il faut lui obéir », argument auquel les juges nationaux ne sont pas insensibles), des considérations de légitimité, à quoi s'ajoute la menace d'astreintes et d'une mise au ban par les autres Etats. Toutefois, dans la mesure où l'UE se rapproche du modèle d'un Etat fédéral et que l'idée d'une force publique européenne (police, armée) commence à être évoquée par-ci par-là dans le discours politique, il n'est pas exclu que cette particularité — qui est due aux origines de droit international public du processus communautaire —, disparaisse à terme. A l'inverse, une telle évolution semble totalement utopique dans le cas de la CEDH. De ce point de vue, il est probable que la différence, évoquée en introduction, entre le mi-constitutionnalisme de l'UE et le mi-constitutionnalisme de la CEDH sera amenée à se creuser dans l'avenir.

Annexes :

La constellation sémantique gravitant autour de l'idée du règne du droit

Tableau n°1 : La pénétration du discours du « Rechtsstaat » dans les Etats membres de l'UE¹⁰⁰

| Pays | Term(s) clé(s) | Présence dans le texte de la Constitution ¹³¹ | Présence dans la jurisprudence | Présence en doctrine & dans le discours politique |
|-----------|--|--|---------------------------------------|---|
| Allemagne | Rechtsstaat* | Art. 16 al. 2 ; 23 al. 1 ; 28 al. 1 LF 1949 | Oui | Oui |
| | Etat de droit* | Non (Const. 1958) | Non | |
| France | Autres : Etat ; République ; Démocratique ; principe de légalité** | Oui | Oui | Oui |
| | Stato di diritto* | Non (Const. 1947) | Cour constitutionnelle : rare, récent | Oui |
| Pays-Bas | Rechtsstaat* | Non (Grondwet 1815) | ? Conseil d'Etat : oui | Oui |

130. Le présent tableau s'intéresse à la réception actuelle du terme allemand « Rechtsstaat » dans les traditions nationales des Etats membres de l'UE. Dans la rubrique « mot(s) clé(s) » apparaît donc d'abord la traduction littérale du terme « Rechtsstaat » lorsqu'elle existe. Lorsque j'ai eu connaissance de termes clés concurrents (et en premier lieu des termes se rapprochant de la formule « Rule of law »), je l'ai indiqué ; mais je ne prétends pas être exhaustif sur ce dernier point. Pour la clarté de la présentation, j'ai apposé à chaque fois un astérisque (*) lorsque le terme en question est la traduction littérale du mot « Rechtsstaat ». L'apposition de deux astérisques (**) signifie, à l'inverse, que la structure sémantique du terme se rapproche de celle de « Rule of law ».

131. La date indiquée pour les différentes constitutions est la date de leur élaboration. Lorsque le terme a été introduit par une révision ultérieure, la date est indiquée entre crochets.

| | | | | |
|--------------------|---|--|---|-----|
| Luxembourg | Etat de droit & Rechtsstaat (all./lux.)* | Non (Const. 1868) | Cour constit. : non | Oui |
| Belgique | Etat de droit & Rechtsstaat (all./fran.)* | Non (Const. 1831) | Cour constit. : oui | Oui |
| | Rechtsstaat* | Non (Const. 1953) | ? Tribunal administratif : très marginal | Oui |
| Danemark | Rechtsstaat* | Non (Const. 1953) | ? oui | Oui |
| UK | Rule of law** | Art. 1 Constitutional Reform Act 2005 | Oui | Oui |
| Irlande | Rule of law** | Non (Const. 1937) | Cour suprême : oui | Oui |
| Grèce | κράτος δικαίου (Kratos Dikaiou)* | Art. 25 Const. 1975 [2001] | Oui | Oui |
| Portugal | Estado de direito* | Préambule : art. 2 ; 7 al. 6 ; 8 al. 4 ; 9 Const. 1976 | Oui | Oui |
| Espagne | Estado de derecho* | Préambule, art. 1 al. 1 Const. 1978 | Oui | Oui |
| Autriche | Rechtsstaat* | Non (Const. fédérale 1920) ¹³² | Cour constit. : oui | Oui |
| | Rättsstat* | Non (Const. 1974) | ? oui | Oui |
| Finlande | Oikeusvaltio* | Art. 2 Const. 1999 | ? oui | Oui |
| Pologne | Panstwo prawne (ou: prawo)* | Art. 2 ; 51 al. 2 Const. 1997 | Oui | Oui |
| République tchèque | Právní stát* | Préambule, Art. 1 ; 9 al. 2 Const. 1992 | Oui | Oui |
| | vláda zákona** | Non | ? oui | Oui |
| Slovaquie | Právny štát* | Art. 1 ; 134 al. 4 C. 1992 | Oui | Oui |
| Hongrie | Jogállam* | Préambule : art. 2 al 1 Const. 1949 | Oui | Oui |

132. Au niveau des Etats fédérés, le terme « Rechtsstaat » est toutefois présent dans le texte constitutionnel de quatre Länder parmi neuf (Burgenthal, Salzburg, Oberösterreich, Vorarlberg).

| | | | | |
|----------|------------------------------------|---------------------------------|-----|-----|
| Estonie | Õigusriik* | Art 10 Const. 1992 | Oui | Oui |
| Lettonie | Tiesiska valsts* | Non (Const de 1922) | ? | Oui |
| Lituanie | Tiesines valstybė* | Preamble Const. 1992 | ? | Oui |
| Slovenie | Pravna država* | Art. 2 Const. 1991 | Oui | Oui |
| Malte | Saltna tad-Dritt** | Non (Const. 1964) | Oui | Oui |
| | Rule of law***133 | | | |
| Chypre | κράτος δικαίου* (Kratos Dikaton) | Non (Const. 1960) | Oui | Oui |
| Roumanie | Stat de drept* | Art. 1 al. 3 : 37 al. 2 C. 1991 | Oui | Oui |
| Bulgarie | Правова държава* (Pravova dăržava) | Preamble, art. 4 C 1991 | Oui | Oui |

133. A Malte, les juges utilisent parfois directement le terme anglais « Rule of law » dans leurs décisions rédigées en maltais, le terme maltais « Saltna tad-Dritt » s'inspirant de toute manière du terme anglais (« Saltna » = royaume, rège : « Dritt » = droit). Le terme « I-stat tad-dritt » que l'on trouve dans la version maltaise du traité UE, à titre de traduction de « Rechtsstaat/Etat de droit », est en vérité inexact. Ce terme existe bien dans la terminologie juridique maltaise mais il signifie « état du droit »/« état actuel des lois ». La traduction littérale correcte de « Rechtsstaat » aurait été « I-stat ta' dritt » (avec i majuscule et sans l'article défini « d-»), mais cette formule n'est guère connue des juristes et juges maltais. Il serait donc plus logique, et cohérent avec la tradition maltaise, que l'art. 6 UE fasse apparaître la formule « Saltna tad-Dritt ».

Tableau n°2 : Les discours au niveau supranational

| Organisation | Term(s) dit(s) | Présence dans les textes | Présence dans la jurisprudence | Présence en doctrine & dans le discours politique |
|--------------|---|---|--------------------------------|---|
| UE | Respect du droit/ Rechtswahrung/ Observance of the law | Art. 220 CE (ex-art. 164) | Oui | Oui |
| | Communauté de droit/ Rechtsgemeinschaft/ Community based on the Rule of law | Non | Oui | Oui |
| | Etat de droit/ Rechtsstaat(fisheity)/ Rule of law | Préambule UE ; Art. 6 et 11 UE Art. 177 et 181a CE | Oui (rare) | Oui |
| | Union de droit/ Rechtsunion/ Union governed by the rule of law | Non | Non | Oui (très rare) |
| CEDH | Rule of law/ Prééminence du droit (trad. all : Vorherrschaft des Gesetzes/ Rechtsstaatlichkeit) | Préambule | Oui | Oui |
| | Etat de droit/ Rechtsstaat | Non | Oui (très rare) | Oui (rare) |