

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL

COLLOQUE DE BRUXELLES

**L'ÉTAT DE DROIT
EN
DROIT INTERNATIONAL**

Paris
EDITIONS PEDONE
13 rue Soufflot

2009

véhiculées par la notion, que nous avons liées à une sorte de « fantasme du monisme juridique »¹⁹³. Si on se place dans une perspective réaliste, en revanche, l'Etat de droit apparaît comme un outil rhétorique de légitimation, voire une forme d'instrumentalisation de type idéologique. Sans doute la référence à l'Etat de droit peut-elle traduire tantôt l'une, tantôt l'autre, tantôt l'une et l'autre de ces deux perspectives. Ici aussi, plus encore que pour l'hypothèse de l'absence de valeur juridique ajoutée qui a constitué l'essentiel du présent rapport, on se trouve devant une piste de réflexion qui sera sans doute utilement confrontée à des événements particuliers dans la suite de ce colloque.

LE REGARD D'UN COMPARATISTE : L'ETAT DE DROIT DANS ET AU-DELA DES CULTURES JURIDIQUES NATIONALES

par

Luc HEUSCHLING

Professeur de droit public, Université de Lille 2

L'Etat de droit est-il un idéal commun aux Européens, voire à l'humanité tout entière ? L'Anglais, l'Américain, l'Australien ou le Nigérian qui évoqueront, à tour de rôle, le terme de « Rule of law » (au sens de « règne du droit »), l'Allemand ou l'Autrichien qui argueront du principe de « Rechtsstaat » (lit. Etat de droit), le Français qui usera du terme « Etat de droit » mais qui, peut-être, évoquera aussi le « principe de légalité », voire la « République » et la « démocratie », l'Espagnol et les Américains du sud qui parleront du « Estado de derecho », le Russe qui arguera du « pravovoe gosudarstvo » (Etat de droit), le Japonais qui se référera à l'expression « Hôchikokka » ou « Hôchikoku » (Etat de droit), le juriste chinois qui mettra en avant le « shehui zhuyi fazhi guojia » (Etat socialiste de droit), le Thaïlandais qui parlera de « Lack Nititham », le juriste arabe qui parlera tantôt de « dawlet al-qanoun » (Etat de droit), tantôt de « saydet al-qanoun » (souveraineté de la loi), le juriste gabonais qui se revendiquera de « l'Etat de droit », etc. — parlent-ils tous de la même chose ? Ont-ils tous le même *concept* à l'esprit, la même *réalité juridique* (droit positif) en vue ?

A en croire les Etats eux-mêmes, un tel accord existe, du moins sur le « principe ». C'est ce que suggère une première lecture — hâtive ? — de divers textes qui, au niveau de l'Europe (petite ou grande) voire au niveau mondial, prennent acte de ce consensus.² Est-ce là — hypothèse n°1 — le signe d'une convergence de vues sur quelques éléments essentiels du règne du droit,

¹ Le terme anglais « rule of law » peut également signifier « règle de droit ». Au vu de ce double sens, il me semble opportun d'attribuer au terme « rule of law » en français un double genre : *la* rule of law (d'après *la règle de droit*) et *le* rule of law (d'après *le règne du droit*).

² V. l'exemple topique, au niveau de l'UE, de l'art. 6 al. 1 du traité UE qui affirme que « l'Etat de droit [ou Rule of law] est un « principe commun aux Etats membres » ». V. aussi, au niveau mondial, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (préambule, al. 3). Dans le cadre du Conseil de l'Europe, cf. le Statut de Londres de 1949 (al. 3 du préambule ; art. 3) et la CEDH de 1950 (dernier alinéa du préambule). Au sein de la CSCE, voir la Déclaration de Copenhague du 29 juin 1990 et la Charte de Paris pour une nouvelle Europe des 19 et 21 novembre 1990.

¹⁹³ V. M. CHEMILLIER-GENDREAU, « L'Etat de droit au carrefour des droits nationaux et du droit international » in *Mélanges Guy Braibant, op.cit.*, pp. 57-68.

nonobstant la différence des mots et des droits positifs ? Ou est-ce – hypothèse n°2 – un véritable dialogue des sourds, où chaque partie du traité lit sa version linguistique du texte, comprend son terme clé à sa façon, mais ignore ce que pensent ses interlocuteurs au sujet de leur propre terme clé ? Que l'on suive les thèses radicales des linguistes Sapir & Whorf³, celles de Savigny ou celles, d'ordre herménéutique, de Pierre Legrand⁴, le constat serait à chaque fois le même : un authentique accord entre les nations est ontologiquement impossible, chaque interlocuteur étant enfermé dans son propre univers linguistique, épistémologique et culturel. Voilà ressuscités le spectre de Babel et l'idée selon laquelle un traité n'est qu'une simple juxtaposition d'actes unilatéraux des États... Sans aller jusque-là, des voix plus modérées diront que l'entente est en soi possible, mais que, en l'espèce, elle n'existe point. Qu'y a-t-il de commun, en matière d'État de droit, de droit et des droits de l'homme, entre les dictatures et les démocraties, entre les États sécularisés et des quasi-théocraties comme l'Iran ou l'Arabie saoudite, entre les pays de « civil law » et ceux de « common law » ?⁵ Pire – hypothèse n°3 – à en croire certains observateurs, ce type de disposition est un véritable « *trick* »⁶, une ruse. Sous ce discours consensuel se cacheraient une dérive « impérialiste » voire un « terrorisme intellectuel »⁷. A moins que – hypothèse n°4 – tout ce débat relatif à « État de droit », « Rule of law », « Rechtsstaat », etc. ne soit qu'un vain débat de mots, de la rhétorique (sous-entendu : du bavardage...) sans aucune incidence réelle ? Pourquoi faudrait-il en tant que juriste prendre au sérieux ce genre de termes – et a fortiori s'interroger sur leurs éventuelles variations de sens d'un pays à l'autre –, si d'éminents théoriciens du droit, dont Keisen, Michel Troper, Geoffrey Marshall, Philip Kunig, etc., leur ont dénié tout intérêt pratique et/ou scientifique ?

Au sein de ce riche débat, la présente étude vise à corroborer l'hypothèse n°1, étant précisé que son champ d'application géographique se limitera, pour des raisons de temps, à l'Europe et, au sein de l'Europe, à ces trois pays qui, en matière de règne du droit, ont souvent été érigés en modèle, à savoir la Grande-Bretagne, la France et l'Allemagne. Si, sur le sujet (à entées multiples !) de l'articulation entre droit et pouvoir, chacun des trois pays a développé sa propre tradition, avec ses défis, ses héros, ses références classiques, ses temps forts et

³ N. JOURNET, « L'hypothèse Sapir-Whorf. Les langues donnent-elles forme à la pensée ? », in J.F. DORTIER (dir.), *Le langage, Nature, histoire et usage*, Paris, Sciences humaines, 2001, p. 185 et ss. Selon Sapir, « no two languages are ever sufficiently similar to be considered as representing the same social reality. The world in which different societies live are distinct worlds, not merely the same world with different labels attached. »

⁴ P. LEGRAND, « European Legal Systems Are not Converging », in *Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 75 ss. ; « Comparer », *RIDC*, 1996, p. 279 et ss. ; « Le primat de la culture », in P. de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *Le droit privé européen*, 1998, p. 1 et ss.

⁵ Cette distinction traditionnelle, élaborée surtout par des privatistes, est de nos jours érigée en « *summa differentia* » par Pierre Legrand. Pour une illustration sur le thème de l'État de droit, cf. par ex. C. VARGA, « Varieties of Law and Rule of Law », *AKSP*, 1996, p. 61 et ss.

⁶ M. LOUGHLIN, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Grossbritannien », in A. VON BOGDANDY, P. CRUZ VILLALON, P.M. HUBER (dir.), *Handbuch des Publicum Europaei*, Müller, Heidelberg, t. 1, 2007, p. 270.

⁷ P. LEGRAND, « Le primat de la culture », *op. cit.*, p. 15 resp. p. 10. Cpr. J. CHEVALLIER, « État de droit et relations internationales », *AFRI*, 2006, p. 12 et ss.

ses défaites, – bref, tout ce qui fait la « chair historique » d'une théorisation –, et si, de nos jours, les droits positifs des trois pays (la concrétisation actuelle des concepts) divergent encore sur des points non négligeables, il existe toutefois une ossature conceptuelle commune.

Une telle affirmation est moins révolutionnaire qu'il n'y paraît.⁸ L'existence de ce dénominateur conceptuel commun s'éclaire à la lumière de quatre paramètres historiques qui sont autant de facteurs d'unification⁹. D'ailleurs, quiconque connaît ces trois cultures juridiques pourrait en conclure que, partout, il est admis que le droit joue (et doit jouer) un rôle crucial de régulateur de la vie en société. On dira toutefois que le concept commun ainsi dégagé est assez décharné, mince (« thin » diront les auteurs anglophones¹⁰), fade et peu précis. Pourquoi faut-il du droit ? Quel droit d'ailleurs ? Avec quel contenu ? Sous quelle forme ? Aussi la véritable question scientifique ne porte-t-elle pas tant sur l'existence de ce noyau conceptuel commun, mais sur son ampleur. Or, à l'heure actuelle, ce concept commun ne cesse de s'étroffer : c'est un concept dense, ambigu (« a thick concept »). L'entente porte sur des points multiples et cruciaux, même si – il ne faut point l'occulter –, il subsiste encore des divergences, même au niveau conceptuel. Ces convergences sont décelables à trois niveaux d'analyse : du point de vue des mots (I - partie), du point de vue de la nature des concepts (II - partie) et du point de vue du contenu des concepts (III - partie).¹¹

⁸ Déjà en 1984, Neil MacCormick formulait la thèse alors iconoclaste (et, en partie, excessive), selon laquelle il n'existerait « aucune différence essentielle entre le concept du Rechtsstaat et le concept britannique-américain de Rule of law » (« Der Rechtsstaat und die rule of law », *Juristenzeitung*, 1984, p. 65).

⁹ Le premier facteur d'unification (l'unité qui vient « d'en bas ») a trait à l'existence de sources d'inspiration communes aux différentes conceptualisations nationales (les héritages de la Grèce antique, de l'Église catholique, de la féodalité, du libéralisme, etc.). Le deuxième facteur – l'unité par « l'influence d'à côté » – a trait aux phénomènes des transferts et emprunts juridiques (avec, depuis 1970 et surtout 1989, un rayonnement très important du droit allemand : la germanisation du droit public en Europe). Le troisième facteur a trait à un certain parallélisme fonctionnel entre les pays qui, à partir des mêmes prémisses, et en-dehors de toute influence externe, arrivent à des résultats similaires (l'unité qui vient « de l'intérieur »). Enfin, le quatrième facteur concerne le rôle croissant du droit supra- et international (l'unité qui vient « d'en haut »), avec notamment l'impact décisif de la CEDH et du droit de l'UE.

¹⁰ C. SAMPFORD, « Reconciling the Rule of Law for a Globalizing World », in S. ZIFCAK (dir.), *Globalization and the Rule of Law*, London, Routledge, 2005, p. 9 et ss.

¹¹ Eu égard à l'étendue du sujet et aux contraintes éditoriales, les notes de bas de page ont été réduites à un minimum. Pour plus de détails, cf. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law, Dalloz*, Paris, 2002 et « État de droit. Étude de linguistique, de théorie et de dogmatique juridiques comparées », in H. BAUER, C. CALLESS (dir.), *Verfassungsprinzipien in Europa. Constitutional Principles in Europe. Principes constitutionnels en Europe*, Sakkoulas/Berliner Wissenschafts-Verlag/Bruyats, 2008, p. 103-155. Parmi les monographies récentes, cf. E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, Paris, Harmattan, 2006 ; T. CAROTHERS (dir.), *Promoting the Rule of Law Abroad*, Washington, Carnegie, 2006 ; M. LOUGHLIN, *Sword & Scales*, Oxford, Hart, 2000 ; B.Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, Cambridge, CUP, 2004 ; P. COSTA, D. ZOLO (dir.), *The Rule of Law : History, Theory, and Criticism*, Springer, 2007 et les divers écrits de M. Kryger.

I. LES MOTS. LE RECENTRAGE DES DISCOURS AUTOUR DE DEUX ARCHETYPES SEMANTIQUES

Le droit, comme tout artefact de l'esprit, s'exprime dans des mots. Aussi pour le saisir, est-il utile d'en saisir d'abord les mots. Sur notre sujet, le comparatiste observe de nos jours une forte uniformisation des discours en Europe et dans le monde. Bien sûr, on objectera – et à juste titre – que l'unité *sémantique* ne garantit pas l'unité *conceptuelle* : un même mot peut désigner deux sens radicalement différents (polysémie) alors que, à l'inverse, deux mots distincts peuvent désigner une même idée ou chose (synonymie). Il n'empêche : l'harmonisation des terminologies est un premier pas, important, vers l'harmonisation du fond, des idées et, partant, des pratiques. Autour de ces *mots fédérateurs* peut se nouer et se cristalliser un dialogue des cultures. Pour l'instant, cette unité sémantique n'est pas parfaite car, pour évoquer la problématique qui nous préoccupe ici, l'humanité utilise non pas *un* mot clé, mais *deux* : d'une part, le syntagme anglais de « Rule of law » et, d'autre part, le vocable allemand de « Rechtsstaat ». Exportés dans le monde entier (soit tel quel, soit sous forme d'une traduction littérale), les deux termes font figure d'archétypes sémantiques. L'existence de ce duo est, en soi, un signe indéniable de rapprochement car la diversité terminologique aurait pu être pire (on est loin de Babel). D'ailleurs, à l'époque des Lumières, la diversité était plus importante : l'Europe connaissait alors pas moins de *quatre* prototypes sémantiques qui dans leur polyphonie, formaient ce que j'appellerai le trésor linguistique commun de l'Europe en matière de règne du droit (A). De ce quatuor, on est passé, au gré des aléas de l'histoire, à un duo (B).

A. Le trésor linguistique commun de l'Europe sous les Lumières

Au cœur de la réflexion des XVII^e et XVIII^e siècles se situe, on le sait, l'idéal de la liberté de l'individu. Celle-ci sert d'étalon à la fois à la doctrine classique de common law et aux diverses théories du contrat social. Le droit – un droit libéral, tantôt rationnel ou raisonnable, tantôt écrit ou non-écrit – est le creuset du lien social et politique. Ce rôle fondamental assigné au droit transparait à la fois dans la métaphore du contrat social – quoi de plus juridique qu'un contrat ? – et dans l'image d'origine biblique (en référence à St Pierre) du « rocher » (selon Coke, la common law est le rocher inébranlable sur lequel repose la société politique anglaise, le « Commonwealth »). Au sujet de cette époque, on a beaucoup glosé, et à juste titre, sur les différences épistémologiques entre, d'un côté, le constructivisme des cathédrales théoriques du droit naturel et, de l'autre, la démarche plus empirique, casuistique et prudentielle de la common law. Coke, Hale et, à moindre degré, Blackstone sont davantage juges et fins stratèges politiques que philosophes, même si, il faut le noter, ils sont aussi à l'origine d'une doctrine : la doctrine dite classique de common law. Quoi qu'il en soit, ces derniers partagent certains postulats essentiels que, plus tard, les

Lumières théoriseront de façon abstraite. Quels sont-ils ? Il importe de protéger la *liberté* contre l'arbitraire du *pouvoir*, quel qu'il soit, public ou privé. Deux épouvantails guident en effet les pas de Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant, etc. : d'une part, l'état de nature, où l'ennemi de la liberté est l'autre (les autres individus) et, d'autre part, l'absolutisme royal, où l'ennemi est le roi, le gouvernement. Leur réponse à ce double défi est d'établir une forme politique qui substitue au règne débridé de la volonté du plus fort (roi/voisin) l'empire de la loi, d'une loi juste car libérale. Ce « government of laws », en lieu et place d'un « government of men »¹², implique une certaine séparation des pouvoirs.¹³

A partir de ce critère assez général, les esprits de l'époque opposent la forme idéale du pouvoir politique et sa forme pathologique. Cette dernière est qualifiée de « despotisme » que l'on dira encore despotisme « oriental » (par opposition au despotisme « éclairé »). Ce terme va s'imposer grâce au rayonnement de *L'Esprit des lois*. Pour Montesquieu, le « despotisme » est le mal politique par excellence, où « un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et ses caprices » (Liv. II, chap. 1). De l'autre côté, il y a le régime politique idéal qui est désigné par quatre catégories de termes, que l'on retrouve à la fois en Angleterre (aussi bien chez les penseurs de la common law que chez les théoriciens du contrat social), en France, en Allemagne et ailleurs en Europe.

Il s'agit, en premier lieu, du terme « Etat » (« Staat », « State »), d'un Etat dont le droit est un élément substantiel. L'Etat se définit – pensez à Hobbes – comme une personne artificielle (morale). Né en vertu du droit (le contrat social et/ou la Constitution), l'Etat agit *pour* le droit (droit naturel) et *par* le droit (droit positif). A ce premier terme clé s'ajoute la référence classique, inspirée de Rome, de la « République » (« Republik », « Commonwealth ») Est République toute entité politique – même régie par un roi – qui promeut la *res publica* (la chose publique, l'intérêt général). Si, à l'heure actuelle, dans la plupart des pays européens (la France mise à part), le terme « République » a été relégué à la marge de la réflexion juridique sur l'Etat – il a perdu son statut de macroconcept et ne sert plus qu'à désigner *un aspect*, du reste mineur, de l'organisation politique : l'absence de monarque –, il en fut autrement dans le passé. Ainsi, le mot « République », « Commonwealth » ou « Republik » était le mot phare d'auteurs aussi divers que Sir Thomas Smith, Bodin, Coke, Hale, Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, Rotteck, etc. A ces deux types de termes 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), « Rechts Herrschaft », « Herrschaft des Gesetzes », « empire des lois », « règne de la loi », « *Loynahme* » (au lieu de

¹² Art. 30 de la Constitution du Massachusetts de 1780.

¹³ Séparation dont les accents et perspectives varient selon les doctrines. L'idée d'un droit ancestral qui est inscrit dans les coutumes populaires, et que le juge se contente de découvrir, amène la doctrine classique de common law à défendre très tôt le concept d'indépendance de la justice par rapport à un pouvoir politique (le roi, voire le parlement) qui est perçu comme un acteur exogène à l'univers du droit. A l'inverse, l'idée que le droit est, par excellence, un droit écrit, posé par un législateur démocratique, inspire aux penseurs du droit naturel une autre ligne de démarcation. Leur configuration des pouvoirs est axée sur la différenciation entre l'élaboration de la loi et l'application de celle-ci.

Royaume), « régime constitutionnel », « principe de légalité », « government of laws », « empire of laws », « course of law » (Blackstone), « Rule of law », « due process of law », etc. Inspirées de la terminologie des Anciens – le « *nomon archain* » d'Aristote, le « *nomos basiléus* » de Pindare, le « *lex est omnium regina* » du Digeste, le « *imperia legum* » de Tite-Live –, ces expressions ont toutes pour particularité de se référer à l'idée de suprématie du droit, sans qu'il ne soit fait mention du pouvoir politique. Celui-ci est sémantiquement occulté. La quatrième catégorie se situe à mi chemin entre la 1^{re} et la 3^e en ce qu'elle lie les deux termes de « Etat » et de « droit ». Au sein de cette association, le pouvoir est perçu tantôt comme le premier ennemi du droit (le règne du droit *contre* l'Etat), tantôt comme son principal vecteur (le règne du droit *à travers* l'Etat). L'Allemagne en a produit trois exemples : le « *Verfassungsstaat* » (Etat constitutionnel), le « *Gesetzesstaat* » (Etat légal) et, surtout, le plus célèbre et le plus ancien d'entre eux, le « *Rechtsstaat* ». Mais, contrairement à une opinion répandue outre-Rhin, le terme « *Rechtsstaat* » n'est pas une création totalement spécifique au génie allemand. A l'étranger, des formules similaires – le « droit gouvernement » de Bodin¹⁴ ou la formule anglaise de « *lawful government* » (Locke) – avaient vu le jour, sans toutefois rencontrer un succès notable.

B. D'un quatuor sémantique vers le duo « Rule of law »/« Rechtsstaat »

Alors qu'à l'époque des Lumières, les quatre archétypes sémantiques étaient présents, à des proportions variables, dans chacun des trois pays et servaient à tour de rôle, à définir la juridicité du pouvoir¹⁵, l'évolution subséquente va voir le triomphe, d'abord national puis international, des deux mots phares de « Rule of law » et « *Rechtsstaat* ».

1. La propulsion du terme « Rule of law » au coeur du discours juridique anglais

Alors qu'initialement (au XVII^e siècle) le syntagme « Rule of law » n'occupait qu'un rang relativement marginal parmi les quatre catégories de termes en Angleterre, il va connaître un succès fulgurant vers la fin du XIX^e siècle. Cette évolution s'explique à la fois par le déclin des termes concurrents et par le prestige de celui qui a propulsé le terme sur le devant de la scène du droit, du droit constitutionnel à savoir, Albert Venn Dicey. Le mot « State », déjà assez peu utilisé aux XVII^e et XVIII^e siècles (à cause de son lien avec l'absolutisme), continue à péricliter. Depuis Blackstone jusqu'à aujourd'hui, la doctrine anglaise ignore ainsi la théorie, si importante sur le continent, de la personnalité juridique de l'Etat. L'ancien mot clé de « Commonwealth » tombe

¹⁴ « 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. 1). A noter qu'à l'époque le terme « gouvernement » (en français, mais aussi en anglais) désignait le pouvoir politique dans sa globalité, autrement dit l'Etat.

¹⁵ Ces différents termes étaient d'ailleurs à l'époque en partie synonymes.

également en désuétude dès le milieu du XVII^e siècle. Dans l'esprit du public anglais, le terme évoque par trop la République proclamée en 1649 par Cromwell, avec ses dérives dictatoriales et son lot d'agitations gauchistes. Locke a tenté d'en extirper les connotations péjoratives pour en (re)faire le mot d'ordre d'une doctrine intrinsèquement libérale. Or ses efforts s'avèrent vains. Dès lors la voie est libre pour l'expression « Rule of law » popularisée par Dicey.

Le concept diceyen est un concept éminemment *whig*, libéral (même, par certains aspects, ultralibéral). Selon une première définition de Dicey, le « Rule of law » désigne « the security given under the English constitution to the rights of individuals »¹⁶. Associée chez Dicey à la récusation du *Welfare State*, du pouvoir discrétionnaire et du droit administratif, l'expression a failli être récusée par Robson et Jennings¹⁷. D'ailleurs, à partir de 1945, le discours sur le « Rule of law » se tarit peu à peu. Lorsque la doctrine constitutionnaliste s'y réfère encore, elle se contente en général d'un bref renvoi (critique) à Dicey. Les quelques paroles originales sur le sujet ont du mal à se faire entendre.¹⁸ Geoffrey Marshall va même jusqu'à dénier tout intérêt propre à l'expression qui ne serait qu'un « *umbrella term* » dénué de toute valeur propre.¹⁹ Les praticiens aussi s'y intéressent peu. Dans la mise en place de l'Etat providence, les partis politiques visent plutôt à contourner les idées associées à ce terme. Quant aux juges, ils ont quasiment déserté le terrain du contrôle de l'exécutif.²⁰ De manière générale, le discours anglais des droits et libertés s'assoupit sur ses lauriers d'antan (ses hauts faits du XVII^e siècle, sa victoire sur le nazisme).

Or, à partir des années 1980, le discours de « Rule of law » va connaître une véritable renaissance. Sous le règne de la Dame de fer, les stigmatisations de violations des droits de l'homme ne cessent d'enfler. Un nouveau courant intellectuel, formé de professeurs de droit, de juges supérieurs et d'acteurs politiques – le « *liberal normativism* » (M. Loughlin)²¹ – voit le jour. Son objectif est la meilleure garantie des « Human Rights ». Ses sources d'inspiration sont, péle-mêle, la doctrine de Dworkin, la CEDH, les pactes des NU, le droit des autres pays anglo-saxons (USA, Canada, Australie, etc.) et, enfin, le modèle continental d'une Constitution écrite et d'une cour constitutionnelle. Se réappropriant le terme de « Rule of law », ces acteurs lui injectent un nouveau souffle et contenu (la référence aux droits de l'homme) et lui assignent un rôle paradigmatique qui, dans certains cas, va jusqu'à éclipser le principe de

¹⁶ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., 1915, chap. IV.

¹⁷ Ils optent, dans un premier temps, pour le terme « reign of law » avant d'en revenir à la formule de Dicey.

¹⁸ V. notamment, à partir de 1945, la redéfinition plus formelle du Rule of law chez certains théoriciens du droit comme Hayek, Fuller, Raz, Finnis, MacCormick, etc (*cf. infra* III B). Certains de leurs propos sont assez iconoclastes. Ainsi Joseph Raz, professeur de théorie du droit à Oxford, va jusqu'à inclure dans le concept de rule of law le principe d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

¹⁹ G. MARSHALL, « The Rule of Law: Its Meaning and Scope », *Cahiers de philosophie politique et juridique de Caen*, n°24, 1993, p. 43 et ss.

²⁰ Cette période d'après-guerre est qualifiée de « great depression » par H. W. R. WADE et C. F. FORSYTH, *Administrative Law*, 9^e éd., Oxford, OUP, 2004, p. 16.

²¹ M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon, 1992, p. 206 et ss.

souveraineté du Parlement. L'instrument juridique qui est censée mettre en musique ce concept varie selon les auteurs : soit il s'agit de régénérer l'esprit libéral d'antan de la common law (notamment en matière de contrôle de l'administration : c'est le « common law constitutionalism » de T.R.S. Allan), soit il s'agit, de façon plus révolutionnaire, de défendre l'idée d'une Constitution écrite rigide (la question resurgit régulièrement depuis les années 1990) : soit il s'agit – option plus pragmatique – d'incorporer en droit britannique la CEDH (ce qui donnera le Human Rights Act de 1998). En tout cas, le terme « Rule of law » occupe désormais une place centrale en doctrine, dans la jurisprudence²² et dans les textes (art. 1 du Constitutional Reform Act 2005).

2. La success story du terme de « Rechtsstaat » en Allemagne

Si le vocable « Rechtsstaat » se situe de nos jours au cœur de la pensée juridique et politique d'outre-Rhin, il n'en fut pas toujours ainsi. La success story de ce discours a connu des accrocs, des fluctuations et même des éclipses. Forgé de manière quasi fortuite par Placidus en 1798, le néologisme de « Rechtsstaat » deviendra, dans la 1^{re} moitié du XIX^e siècle, le mot d'ordre de certains tenants du libéralisme (Welcker, Mohl, etc.) dans leur lutte contre la monarchie absolue. Ce faisant, le terme « Rechtsstaat » tend à supplanter la notion de « Staat » et, surtout, celle de « Republik », les deux termes clés de la doctrine libérale de Kant. Le premier terme fait l'objet de tant d'investissements idéologiques contradictoires, et garde une certaine réputation sulfureuse – évoquant la « ragnone di stato » de Machiavelli – que ces auteurs libéraux se sentent obligés de préciser, par l'adjonction de ce préfixe, le type d'Etat qu'ils préconisent²³. Quant au terme « Republik », il fait désormais peur dans les cercles cultivés. Il évoque par trop les méfaits de la Terreur et devient le mot d'ordre des milieux révolutionnaires de gauche (les « jacobins allemands » ou « républicains »).

Après 1848 ce premier discours du « Rechtsstaat » s'essouffie, à la fois parce qu'il a, en partie, réussi à se concrétiser (tous les Etats ont désormais une Constitution) et parce que son fondement épistémologique (le droit naturel) s'effondre. L'idéalisme laisse la place à une vision plus pratique et technique (c'est le début du positivisme juridique), plus désabusée (influence de Marx oblige) ou plus cynique (après l'adulation du Dieu « Raison », on en vient à l'idolâtrie du Dieu « Etat » et de sa « puissance » : le célèbre « Machtstaat »). Discretité, le terme disparaît quasiment de la théorie de l'Etat et du droit constitutionnel sous la plume des grands auteurs positivistes tels que Laband, Gerber et Jellinek. Au centre de leur réflexion scientifique se situe le « Staat », l'Etat, défini comme une personnalité juridique. Dans cette dernière théorie, on retrouve le souci (libéral) de la nécessaire subordination du pouvoir politique au droit. Mais la définition du droit n'est plus la même : désormais le droit se réduit

au seul droit posé par l'Etat lui-même (théorie de l'autolimitation). Ce crépuscule du discours du « Rechtsstaat » s'achève, et se consume, avec la célèbre critique de Kelsen selon lequel tout Etat est, par définition, un Etat de droit. Le terme n'est qu'un pléonasmisme ; il est inutile pour le scientifique du droit.

C'est seulement dans le champ du droit administratif, chez des auteurs comme Gneist, Bähr, Mayer, que le terme se maintient à la fin du XIX^e siècle. Il continue à y déployer son potentiel critique et normatif, en servant à exiger et à légitimer l'institution de la justice administrative. De là il sera, sous la République de Weimar, repris par certains constitutionnalistes comme Thoma, Heller et Schmitt. Ceux-ci placent l'accent tantôt sur la théorie de l'autolimitation, tantôt sur le droit naturel (qui connaît un début de renaissance), tantôt sur les droits de l'homme inscrits dans la Constitution, tantôt sur le rôle du juge à titre de garant de la Constitution. Or, d'autres auteurs – on pense à Smend – continuent à l'ignorer. Le renouveau du discours du « Rechtsstaat » date, en vérité, de la chute du III^e Reich. Consacré *expressis verbis* dans le texte des diverses constitutions allemandes (au niveau fédéré et fédéral), le terme accède au rang de concept paradigmatique à la fois dans la jurisprudence et dans la doctrine. Il n'est nulle question juridique qui ne soit, d'une manière ou d'une autre, analysé sous le prisme du « Rechtsstaat », à tel point que son usage devient par moments inflationniste.

3. La diffusion des deux archétypes en Europe et dans le monde

A l'heure actuelle, la réflexion sur la régulation juridique du pouvoir, que ce soit au sein des Etats ou au niveau international, se fait par le biais des deux archétypes sémantiques du « Rule of law » et du « Rechtsstaat ». Le rayonnement du syntagme anglais est ancien : il a emprunté les sentiers tracés par le colonialisme britannique pour se propager ensuite au sein de la zone d'influence américaine.²⁴ C'est aussi le terme « Rule of law » (et non celui de « Rechtsstaat ») qui, après 1945, a imprégné les premiers documents internationaux faisant référence à ce type de macroconcept. En témoignent l'alinéa 3 du préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme et le principe de « Rule of law / prééminence du droit » dans le droit du Conseil de l'Europe et de la CEDH. De même, le droit communautaire ne connaissait à ses débuts que des termes proches du vocable « Rule of law »²⁵, avant que le discours du « Rechtsstaat » ne vienne l'imprégner à partir du traité de Maastricht de 1992.

L'expansion internationale du discours du « Rechtsstaat » a connu deux temps forts : à la fin du XIX^e siècle et après la chute du mur de Berlin, lorsque le droit allemand sert à nouveau de modèle à un nombre croissant de pays (la

²⁴ L'archétype sémantique « rule of law » est présent en Grande-Bretagne, en Irlande, en Malte, en République tchèque, en Croatie, en Serbie, en Monténégro, en Bosnie-Herzégovine, en Macédoine et, en dehors de l'Europe, aux Etats-Unis, au Canada, en Australie, en Nouvelle-Zélande, etc. Cf. L. HEUSCHLING, « Etat de droit. Etude de linguistique, de théorie et de dogmatiques juridiques comparées », *op. cit.*

²⁵ V. l'expression, aujourd'hui quelque peu oubliée de « respect du droit/Rechtswahrung/observance of the law » (art. 220 CE ; ex-art 164 CE). Cf. P. PESCATORE, « Art. 164 » in V. CONSTANTINESCO et alii (dir.), *Traité instituant la CEE*, Paris, 1992, p. 941 et ss.

²² V. les références chez Lord BINGHAM, « The Rule of Law », *Cambridge Law Journal*, vol. 66, 2007, p. 67.

²³ La langue allemande connaît alors pléthore de ces constructions autour de la racine « Staat » : « Rechtsstaat », « Verfassungsstaat » (Etat de la raison), « Volksstaat » (Etat du peuple), « Kulturstaat » (Etat civilisé), « Polizeistaat » (Etat de police), plus tard « Machtstaat » (Etat puissance), « Obrigkeitsstaat » (Etat autoritaire).

germanisation du droit public en Europe). À partir de la fin du XIX^e siècle, des professeurs de droit, que ce soit en France, en Italie, en Espagne²⁶ ou ailleurs, s'approprient le terme allemand via une traduction littérale. En France, le premier grand publiciste à importer le terme est non pas Carré de Malberg, comme l'on croit souvent à tort, mais Duguit (en 1907). Ce qui rend le terme allemand attractif aux yeux des juristes de la III^e République, ce n'est pas tant l'idée générale de juridicité du pouvoir, ni celle des droits de l'homme, de la séparation des pouvoirs ou du contrôle juridictionnel de l'administration (principes déjà connus en droit français). Le caractère novateur, et même révolutionnaire du terme réside dans l'assimilation conceptuelle, opérée par Gneist, Bähr et Mayer, entre la règle juridique et la sanction juridictionnelle. Il n'y a de « droit » et, partant, « d'Etat de droit » au sens strict, que si, à tous les étages de la hiérarchie des normes, il existe un juge. Ainsi, sous la III^e République, le discours de « l'Etat de droit » sert de support idéologique à la revendication d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Ce discours ne réussit toutefois pas à briser la tradition jacobine de défiance à l'égard de la justice, qui, de surcroît, est revigorée par le nouveau discours du « gouvernement des juges » importé en 1921 des Etats-Unis. Face à la résistance du droit positif, qui reste hostile à un tel contrôle, le discours de « l'Etat de droit » s'éteint au début des années 1930. Il ne sera exhumé qu'à partir des années 1970, dans le sillage de l'ascension fulgurante du Conseil constitutionnel. Le concept « Etat de droit » conforte et accélère cette évolution qui, sous les auspices de la figure du juge, réintroduit le thème des droits de l'homme au cœur de l'Etat. Ce faisant, le concept s'agglutine et, en partie, se substitue aux discours traditionnels relatifs à « l'Etat » (défini en référence tantôt à la théorie positiviste de la personnalité juridique de l'Etat, tantôt à la théorie jurnaturaliste du contrat social) et à la « République », terme qui, en France, garde un fort potentiel de légitimation de par son évocation des valeurs dites « républicaines ». La continuité d'une définition essentiellement libérale de ces deux expressions explique toutefois le silence relatif des Français (et aussi du droit constitutionnel positif) sur « l'Etat de droit », même à l'heure actuelle.

À l'inverse, ailleurs, en Europe du sud ou en Europe centrale et orientale, l'engouement pour le discours du « Rechtsstaat » paraît sans limites.²⁷ En général, sa traduction littérale figure en exergue de la nouvelle Constitution post-dictatoriale et constitue une notion phare au sein de la jurisprudence constitutionnelle. Le droit inter- et supranational, à son tour, n'est pas resté insensible à ce phénomène, comme le montre l'exemple du droit de l'UE. Déjà, en 1986, la Cour de justice consacre de façon précoce le concept de « Communauté de droit », qui est le décalque sémantique du « Rechtsstaat », avant que, à partir de 1992, le terme « Rechtsstaat » ne figure en bonne et due place dans toutes les versions linguistiques du traité sur l'Union européenne (sauf les versions anglaise et maltaise).

²⁶ Sur l'acclimatation du discours du « Rechtsstaat » en Espagne et en Italie, cf. E. CARPANO, *op. cit.*

²⁷ Une seule donnée chiffrée : à l'heure actuelle, sur les 27 pays membres de l'UE, 24 utilisent dans leur discours juridique le terme « Rechtsstaat » ou une traduction littérale. Cf. le tableau récapitulatif in L. HEUSCHLING, « Etat de droit. Etude de linguistique... », *op. cit.*

De ce *melting pot*, de ces différents lieux où les deux prototypes sémantiques de « Rule of law » et « Rechtsstaat » se côtoient – au sein des pays à culture juridique mixte (Canada²⁸, Chypre, Afrique du sud²⁹, etc.), dans les réseaux intellectuels mondiaux (à l'instar de la Commission internationale des juristes³⁰), dans les organisations internationales intergouvernementales (SDN³¹, ONU, Banque mondiale³², UE, CSCE), etc. –, émerge un « modèle syncretique » (D. Mockle) qui va jusqu'à la « fusion des notions »³³. De plus en plus d'acteurs tendent à se servir de ces deux termes clés et, *a fortiori*, de leurs traductions nationales respectives comme des synonymes. Exprimé sous forme d'équation, le résultat est le suivant :

Proposition n°1 : « Rechtsstaat » = « Rule of Law »

Etant sous-entendu (en vertu d'une certaine lecture de la théorie des familles de droit) que :

Proposition n°2 : Rechtsstaat (All.) = Etat de droit (F) = Stato di diritto (I) = Estado de derecho (Esp.) = Rättsstat (Suède) = ... etc.

et

Proposition n°3 : « Rule of law » (UK) = « Rule of Law » (USA) = « Rule of Law » (Canada) = « Vladavina prava » (Croatie) = ... etc.

Est-ce justifié ? Exprimée d'une façon aussi radicale, la thèse ne peut que susciter des réserves, que ce soit au niveau des propositions n°2 et 3 et, *a fortiori*, à l'égard de la proposition n°1. En vérité, l'unité qui existe sur le fond est partielle, et non totale. Il y a harmonie, et non uniformité.

II. LE FOND.

LES SIMILITUDES DU POINT DE VUE DE LA NATURE DES CONCEPTS

Cette harmonie quant au fond transparaît lorsqu'on s'intéresse tout d'abord, d'un point de vue épistémologique, à l'économie générale ou à l'ossature de ces discours. A ce titre, on étudiera successivement le contenu général de ces discours (A, B), leur champ d'application (C) et, enfin, leurs liens fonctionnels avec le droit positif (D).

²⁸ D. MOCKLE, « L'Etat de droit et la théorie de la rule of law », *Les Cahiers de droit* (Montréal), vol. 35, n°4, 1994, p. 823 et ss.

²⁹ L. C. BLAAU, « The Rechtsstaat Idea compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights », *South African Law Journal*, vol. 107, 1990, p. 76 et ss.

³⁰ K. P. SOMMERMANN, « Entwicklungsperspektiven des Rechtsstaates : Europäisierung und Internationalisierung eines staatsrechtlichen Leitbegriffs », in *Festschrift Delff Merren*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, p. 82.

³¹ V. l'avis de la Cour permanente de justice internationale sur la compatibilité de certains décrets-lois dantziétois avec la Constitution de la Ville libre, 4.12.1935, *Publications de la CPJI*, série AB, n°65, p. 39, 54, cf. D. SPIELMANN, « Une internationalisation avant la lettre des droits de l'homme ? A propos de l'avis consultatif de la CPI du 4.12.1935 », *Liber Amicorum L. Wildhaber*, Kehl, Engel, 2007, p. 403 et ss.

³² S. SCHLEMMER-SCHULTE, « The World Bank's Role in the Promotion of the Rule of Law in Developing Countries », *Liber Amicorum Ibrahim F. J. Shihada*, La Haye, Kluwer, 2001, p. 677 et ss.

³³ K. P. SOMMERMANN, *op. cit.*, p. 82.

A. Des mots supports et vecteurs de théorisations

Chacun des termes, y inclus le terme « Rule of Law », est l'objet et la source de constructions théoriques. Un tel constat contredit le préjugé anti-théorique dont sont affublés en général les Anglais et le droit anglais. Le droit de la common law, précisément, ne serait pas le résultat d'une démarche rationaliste, guidée par des principes généraux, mais le fruit bigarré de décisions prises au cas par cas, sous l'empire principalement de considérations pragmatiques. La théorie n'y aurait pas de place. De là il n'est qu'un pas pour affirmer qu'en matière de théorie, il y a trois pays et trois choix opposés : en Allemagne, patrie de Kant et des grands systèmes philosophiques du XIX^e siècle, la pratique et la science juridiques auraient atteint les sommets glacés de l'abstraction, au risque de se couper du monde réel ; à l'inverse, le droit et la science juridique anglais resteraient empêtrés dans les méandres de la casuistique (il n'y a pas de théorie) ; quant à la France, pays de Descartes et des « philosophes » du XVIII^e siècle à la plume alerte et élégante, le droit aurait fait le choix de la voie médiane à la théorie claire et brillante, qui ne soit point trop philosophique.³⁴

S'il comporte une part de vérité, ce lieu commun est toutefois aussi caricatural. A ce sujet, il faut se garder de tomber dans le piège qui consiste à prendre le droit et la culture juridique d'un pays pour un bloc monolithique.³⁵ Cela vaut pour la France³⁶ ou l'Allemagne³⁷, mais aussi pour le Royaume-Uni. A ce sujet, on ne dira jamais assez que le droit *britannique* ne se réduit pas au droit *anglais*³⁸ et surtout, que le droit *anglais* ne se réduit pas à la seule *common law*. Il y a, à côté de celle-ci, tout le corpus sans cesse croissant du droit écrit (le *statute law*), dont les fondations s'inscrivent dans une tradition intellectuelle étrangère, et même hostile, à la common law. L'idée de souveraineté, et d'un droit écrit (d'une législation que Bentham voulait même codifiée) repose avant tout sur les théories de Bodin, Hobbes, Locke, Bentham, des radicaux du XIX^e siècle, sans oublier les avocats du Welfare State. La common law, de prime abord méfiante à l'égard de cette source de droit concurrente, ne lui a reconnu une place qu'à contrecœur, et non sans réserves. Autrement dit, le juriste anglais

³⁴ Cf. par ex. J. BARTHELEMY, P. DUEZ, *Droit constitutionnel*, 1^{er} éd., Paris, Dalloz, 1926, p. 7 (« A mi-côte entre les sommets glacés de la doctrine allemande et le positivisme concret de la doctrine anglo-saxonne, il y a place pour une méthode constitutionnelle proprement française ») ; A. ESMÉIN *Précis de droit constitutionnel français et étranger*, 7. éd., Paris, Sirey, 1927, p. 55 (il se plaint de ces « abstractions germaniques qui pénétrèrent difficilement dans les cerveaux français ») ; J. SALMON, J.L. PARKER, *Jurisprudence*, 9^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1937, p. 17 ; P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, V. aussi les références citées in L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.*, p. 165, p. 265.

³⁵ Piège auquel n'échappent pas, par ex., les écrits précités de C. Varga ou P. Legend. La prudence s'impose à plus forte raison lorsqu'il s'agit de cerner la culture de toute une « famille de droit ». Sur la différence par ex. entre le « Rule of law » au RU et au Canada (critère de la constitution écrite 1) : R. ELLIOT, « The Rule of Law in Canada », *Liber Amicorum L. Wittlicher*, 2007, p. 1213 et ss.

³⁶ A-t-on oublié que, en France, pays du culte de la loi, de la loi écrite, codifiée, claire, etc., le droit administratif a été, et continue à être essentiellement un droit prétorien, un « *judge made law* » ?

³⁷ Au-delà des considérations de principe, la Cour constitutionnelle fédérale suit, à l'occasion, faire droit à des considérations pragmatiques.

³⁸ Ce serait oublier les Ecossais et le droit écossais. Ainsi, la doctrine écossaise est beaucoup plus ouverte à l'idée d'une Constitution écrite et de limites à la souveraineté du Parlement que la doctrine anglaise.

n'est pas seulement common lawyer. De toute manière, la common law – dont on vante, à juste titre, le caractère spongieux – sait aussi à l'occasion, pour se ressourcer, se servir de théorie, de nouvelles théories.

La présence de théorisations dans la culture juridique anglaise est illustrée, entre autres, par l'œuvre même de Dicey. Quoi de plus systématique que de réduire, comme l'a fait l'éminent professeur d'Oxford, toute la Constitution britannique si complexe à *trois principes généraux* : les principes de souveraineté et de « Rule of law » (volet juridique de la Constitution), à quoi s'ajoute le principe des conventions constitutionnelles (volet moral de la Constitution) ? La définition diceyenne du « Rule of law », qui se décline en trois critères, est également un petit bijou de systématité. C'est que, précisément, pour le professeur de droit qu'est Dicey – qui s'inscrit dans le sillage de l'épistémologie de Bentham et Austin –, la systématité est la seule chose utile, et spécifique, que la réflexion *universitaire* sur le droit peut apporter à la pratique juridique.³⁹ Or il n'y a pas que Dicey. Si le goût pour la théorie est plutôt rare chez les Sujets de Sa Majesté, le vocable « Rule of law » est précisément de ceux qui amènent les juristes anglais à réfléchir sur le droit dans sa globalité. En témoignent les définitions, parfois d'un haut niveau d'abstraction, que l'on trouve sous la signature de certains professeurs de droit, voire de théorie du droit (Raz, Finnis, MacCormick, Allan, etc.), mais aussi, de nos jours, sous la plume de nombreux juges supérieurs.⁴⁰

On répliquera qu'il ne s'agit là que de théorisations descriptives⁴¹, inductives et *a posteriori*. Le droit (la common law) se ferait toujours de façon traditionnelle : la théorie ne vient qu'après. D'ailleurs, ajoutera-t-on, il n'y a pas, à l'origine du droit anglais (de tout le droit anglais) une déclaration de principes généraux comme on en trouve ailleurs. Or, c'est oublier qu'à l'origine même de la common law, de la common law libérale tel qu'elle émerge à partir du XVII^e siècle, il y a chez Coke, Hale, Lord Camden, Lord Mansfield, etc. une vision politique *globale* qui inspire et oriente, dans un sens *libéral*, les décisions d'espèce. L'idée générale de liberté n'était pas, il est vrai, consacrée ni sous forme d'un seul principe, ni sous la forme d'une liste de principes (*les libertés*). Il n'en reste pas moins qu'elle a inspiré, innervé, le droit de la common law à titre d'idée directrice morale, de boussole.⁴² De toute façon, quel que soit l'avis

³⁹ D. SUGARMAN, « Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition », in W. TWINNING (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford, Blackwell, 1986, p. 26 et ss.

⁴⁰ W. par ex., Lord BINGHAM, *op. cit.* ; Lord WOOLF, « The Rule of Law and a Change in the Constitution », *Cambridge Law Journal*, 2004, p. 317 et ss. ; Lord STEYN, « Democracy, the Rule of Law and the Role of Judges », *EHRLR*, 2006, p. 243 ss. ; les conférences récentes de Lord Goldsmith, Sir John Laws, etc.

⁴¹ Cet argument sera contredit plus tard (voir infra II.D).

⁴² C'est en référence à l'idée de liberté que Coke, en partie, *transforme* la common law d'anlan (un droit médiéval, forgé pour une société agraire) en un droit éminemment libéral, individualiste et capitaliste. Dans l'œuvre de Blackstone, les deux héritages de la doctrine classique de common law et de la théorie du droit naturel (Locke, Burlamaqui) s'entrecroisent. Selon lui, la Constitution se définit, en premier lieu, par trois « droits absolus » (sécurité, liberté, propriété) qui sont à la fois des « rights of all mankind » et des « birthrights of the people of England ». A ces droits premiers s'ajoutent, ensuite, cinq « droits auxiliaires » qui sont censés en assurer la mise en œuvre (l'existence d'un Parlement libre, la subordination de la

sur le passé du droit anglais, les temps présents font le jeu d'un raisonnement juridique plus systématique, abstrait, déductif et normatif. La cause en est, au niveau doctrinal, le concept de « Rule of Law » défendu par le « liberal normativism » et, au niveau du droit positif, l'adoption du Human Rights Act de 1998 (HRA). En vertu de cette loi, les droits de l'homme, définis sous forme de principes généraux, deviennent le point d'horizon incontournable pour tout praticien du droit, quel qu'il soit, depuis le Parlement de Westminster jusqu'aux juges et avocats.

B. Des « concepts arborescences » aux frontières évanescentes

En jetant un premier regard – global – sur l'objet de ces discours, le comparatiste constate que leur contenu ne se limite ni à une seule règle (technique), ni à une seule idée (générale), et pas même à un nombre relativement petit, maniable, de paramètres. Chacun des trois termes « Rechtsstaat », « Etat de droit », « Rule of law » englobe une pluralité débordante et souvent déconcertante de composantes. Ces trois termes désignent, suivant la distinction de Dworkin, non pas une *règle* juridique, mais un *principe* juridique. Il s'agit même de principes d'une nature particulière (par rapport à d'autres principes) en égard à leur degré d'abstraction extrêmement élevé. Ce sont des *meta-principes* : chaque mot clé se définit par une suite de renvois successifs, d'abord à certains principes constitutifs qui, à leur tour, renvoient à d'autres principes & sous-principes et, *in fine*, au gré de ramifications de plus en plus fines, à pléthore de règles techniques.

Certains ont tenté de chiffrer le nombre des composantes : si Dicey réduit le concept de « Rule of law » à trois principes, Geoffrey de Q. Walker en comptait 12⁴³ et Lord Bingham énonçait, lui, 8 « sub-rules ». En Allemagne, Katarina Sobota a dénombré pas moins de 142 éléments pour le principe du « Rechtsstaat »⁴⁴ instructive à première vue (elle illustre notamment « la conception sophistiquée ou hypertrophiée »⁴⁵ du Rechtsstaat en Allemagne), l'approche quantitative s'avère en vérité discutable. Comment compter ces composantes, sachant que chaque composante est, à son tour, une construction complexe ? Ainsi, les trois types de discours renvoient à l'idée de droit, à l'idée de

prétogative royale, le droit au juge, le droit de pétition, le droit de résistance). Lire ses *Commentaries*, t. 1, p. 117-141. Le rôle phare de l'idée de liberté ressort également dans les propos de Lord Camden dans la célèbre affaire *Entick v Carrington* de 1765 : « The great end, for which men entered into society, was to secure their property. That right is preserved sacred and incommunicable in all instances, where it has not been taken away or abridged by some public law for the good of the whole. » I. LOVELAND, *Constitutional Law*, London, Butterworths, 1996, p. 69, voit dans cette affaire une illustration paradigmatique de la perméabilité de la common law du XVIII^e siècle aux idées lockiennes. V. aussi J. BARKER, « Human Rights and the Rule of Law in Renaissance England », *Northwestern University Journal of International Human Rights*, vol. 2, 2004, p. 3 et ss. Que l'idée de liberté serve de boussole est prouvée, *a contrario*, dans le désastre de la célèbre affaire *Malone* (1979). La doctrine actuelle du common law constitutionnaliste, dont l'un des défenseurs les plus ardents est le professeur T.R.S. ALLAN, vise précisément à restituer à la common law ce cap libéral qu'elle a perdu de vue après 1945.

⁴³ G. de Q. WALKER, *The Rule of Law*, Melbourne, Melbourne UP, 1988.

⁴⁴ K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 254 et ss.

⁴⁵ K. P. SOMMERMANN, *op. cit.*, p. 84.

pouvoir politique (« Etat ») et à l'idée de « règne » (subordination). L'idée du droit, à son tour, renvoie au minimum (car d'autres renvois, éventuellement à l'idée de justice, sont possibles) à l'idée de règles abstraites et impersonnelles et, partant, à l'idée de séparation des pouvoirs et de là on en arrive, entre autres, à l'idée du juge, d'un juge impartial et indépendant, etc. Ce qu'il faut en retenir, c'est que les concepts « Etat de droit », « Rechtsstaat », « Rule of law » sont des constructions à étages, à strates (« concept gigoogne »). L'image suggérée est celle de poupées russes, de cascades, ou, plus précisément, d'une arborescence au sein de laquelle il est possible de distinguer entre, d'une part, le mot clé (qui est le point de départ de cette chaîne conceptuelle) et, d'autre part, ses diverses composantes (les maillons successifs de la chaîne : principes, sous-principes, règles).

Se pose la question de savoir où s'arrête cette chaîne de raisonnement ? Où se situe la frontière entre le champ de significations couvert par le label « Etat de droit » et celui couvert par d'autres termes clés tels que « droits de l'homme », « démocratie », « séparation des pouvoirs », « République », « Etat providence », etc. ? Leurs périmètres respectifs sont-ils nettement délimités ou se chevauchent-ils ? Surtout : le découpage sémantique de l'univers juridique – du « ciel étoilé du droit » – est-il le même dans les trois pays ? Or, comme l'on verra (infra III. B), les trois discours convergent à l'heure actuelle sur l'idée d'une nécessaire inclusion des droits de l'homme (du moins les droits de l'homme de la 1^{re} génération). Le lien avec la démocratie est plus malaisé à cerner car, tantôt les deux sont confondus, tantôt ils sont distingués (dans ce cas, la démocratie est établie en général à côté, voire en dessous de l'Etat de droit).

C. Des « macro-concepts » aux champs d'application des plus vastes

Ce type de concept embrasse non seulement une partie ou une branche du droit, mais *tout* le droit. Il s'adresse à tous les organes de l'Etat et, même, à tout type de pouvoir (politique, voire social). Certes, à certains moments du passé, le champ d'application de ces concepts s'était rétréci au point de ne plus viser qu'un domaine précis de la vie en société et du droit⁴⁶. Or, à l'heure actuelle, les diverses théorisations en sont revenues à l'ampleur initiale : le « Rechtsstaat », le « Rule of law » ou « l'Etat de droit » nous disent quelque chose sur *le* droit et *le* pouvoir. Ce sont des macro-concepts. Ici l'on pourrait toutefois être tenté d'induire d'une différence *linguistique* une différence *conceptuelle*. En l'absence du mot « State », le concept de « Rule of law » ne s'adresse-t-il pas à toute forme de pouvoir politique (étatique ou non-étatique)⁴⁷ alors que, à l'inverse, le concept

⁴⁶ Ainsi, chez Gneist et Mayer à la fin du XIX^e siècle, le discours du « Rechtsstaat » visait seulement le statut juridique et juridictionnel de l'administration. Chez Dicey, le concept de « Rule of Law » s'adresse par certaines facettes au droit administratif (qui n'est pas censé exister) et par d'autres notamment au droit pénal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). En France, dans le passé, le discours de « l'Etat de droit » s'est souvent focalisé quasi exclusivement sur la question du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

⁴⁷ V. par ex. le recours à la notion très vague de « communauté » chez A. W. BRADLEY, K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, 12e éd., Londres, Longman, 1997, p. 105 : « First

de « Rechtsstaat/Etat de droit » implique nécessairement l'existence d'un Etat ? Il serait alors absurde de vouloir transplanter l'Etat de droit (mais non le « Rule of Law ») au niveau inter- ou supranational, notamment à l'UE, tant que celle-ci n'est pas un Etat (situation qui, pour beaucoup, n'est ni donnée ni souhaitable).

Sur cette question, l'on observe à la fois que les mots peuvent tantôt accélérer tantôt freiner la pensée et l'action, et qu'en même temps, le moment venu, des considérations pratiques (le fond) peuvent venir à bout de toute rigueur sémantique. D'abord, il ne faut pas surestimer le degré d'abstraction de la conceptualisation anglaise. Souvent les auteurs anglais ont réfléchi, implicitement, sur le régime du droit dans le cadre de l'Etat.⁴⁸ Mais il est certain que, une fois que la question de la transposition se pose, la situation verbale leur permettait une plus grande flexibilité. Le problème – et problème de fond il y a – est sémantiquement moins visible. Sur le continent, l'obstacle est plus visible et peut difficilement être évité. Or, va-t-on, au sein de l'UE, renoncer à toutes les vertus libérales de « l'Etat de droit » parce que, strictement parlant, l'UE n'est pas un Etat ? Un tel résultat serait hautement préjudiciable du point de vue pratique. C'est pourquoi les acteurs et auteurs du continent ont fait preuve de créativité pour éviter l'écueil. Celui-ci est, du coup, réduit à une simple « affaire de mots ». Ainsi, d'aucuns, même sur le continent, privilégient des vocabulaires inspirés du terme anglais de « Rule of law » (« Rechts Herrschaft », « règne du droit », etc.). Deuxième stratégie rhétorique : on substitue au mot « Etat » dans « Etat de droit » le terme « Communauté » ou « Union ». D'où les néologismes de « Communauté de droit » et « Union de droit ». Troisième stratégie : tout en continuant à se référer au terme « Etat de droit/Rechtsstaat », d'aucuns nient la présence ou l'incidence du mot « Etat/Staat ». Il s'agit de penser « un état de droit sans Etat »⁴⁹, ce qui fait d'ailleurs qu'en français certains écrivent « état de droit » avec e minuscule.⁵⁰ Ils considèrent que l'Etat de droit est un vocabulaire qui caractérise avant tout la nature du droit, et non celle de l'Etat. L'on fait comme si l'expression « Rechtsstaat/Etat de droit » s'était cristallisée autour de la racine « Recht/droit » alors que l'histoire du mot « Rechtsstaat » indique le contraire (le « Rechtsstaat » est, chez Welcker ou Mohl, une variante du concept générique de « Staat »).

Au final, il apparaît que la différence sémantique ne doit pas être surévaluée (côté anglais) et que, du côté du continent, elle est en train d'être gommée. Dans les deux cas toutefois, on escamote une question de fond qui vaut la peine d'être posée : est-il possible de penser, et de réaliser, un « état de droit » sans Etat ? Est-il possible de faire fonctionner un régime juridique libéral qui ne dispose pas de la contrainte – laquelle est toujours monopolisée par les Etats ?

the rule of law expresses a preference for law and order within a community rather than anarchy, warlike and constant strife. »

⁴⁸ Explicite : N. MacCORMICK, *op. cit.*, p. 67. Dicey et Jennings raisonnent clairement dans le cadre de l'Etat nation.

⁴⁹ M. DELMAS MARTY, *La réfondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, p. 126.

⁵⁰ En allemand, on observe un glissement sémantique qui, en partie, va dans le même sens et qui consiste à remplacer le terme « Rechtsstaat » par le terme « Rechtsstaatlichkeit » (lit : étanchéité de droit ; ce qui est le propre de l'Etat de droit).

D. Des concepts utiles sur le plan descriptif et surtout normatif

De nos jours, chacun des trois termes s'est imposé dans le paysage du droit, à la fois dans la science et à des degrés plus variables, dans la pratique du droit. Ce fait mérite d'être souligné car il n'allait pas de soi. Dans le passé, l'intérêt pratique et/ou scientifique de ce type de terme a fait l'objet de critiques radicales, dans les trois pays, et ce souvent de la part de théoriciens prestigieux.⁵¹ Les arguments étaient de trois ordres. 1° Ce type de terme est inutile dans le discours académique et pratique dans la mesure où il ne s'agit que d'un banal synonyme – d'un pléonasmisme disait Kelsen – par rapport à un terme traditionnel bien implanté. 2° Ce type de terme est à bannir de tout discours qui se veut scientifique car il est imprégné d'idéologie (critique de « l'impureté »)⁵². 3° Ce type de terme est inutile pour le praticien (et peut-être même pour le scientifique) car sa valeur ajoutée – l'apport propre du mot clé par rapport à ses diverses composantes – est nulle. 4° Il s'agit d'un simple « Sammelbegriff (notion additive) » (P. Künig) ou « umbrella term » (G. Marshall)⁵³. Or ces trois critiques ont fait long feu. Tout porte à croire que cette catégorie de mots n'est pas un simple phénomène de mode, mais répond, du côté des auteurs mais aussi du côté des praticiens, à des besoins structurels qui ne seraient pas satisfaisants autrement. Leur utilité, par rapport au droit positif, se situe à deux niveaux, descriptif et normatif.

Evoquons d'abord, en passant – car là n'est pas l'essentiel –, la fonction simplement *descriptive* de ces termes. Leur intérêt pour la science juridique est de synthétiser, sous un seul mot, un vaste ensemble d'informations sur un droit positif donné. Ce label, accolé ou refusé, donne une première image, globale, du droit de ce pays. Il a un intérêt classificatoire. A cet égard, on ne saurait valablement reprocher au mot « Etat de droit » d'être une simple notion additive, car c'est précisément en cela que réside sa vertu heuristique⁵⁴. Dira-t-on que le mot « régime parlementaire » est inutile car, techniquement parlant, seules ses composantes (les deux règles de la responsabilité politique et du droit de dissolution) importent au juriste ? En revanche, s'il existe déjà dans l'outillage conceptuel du juriste un terme traditionnel, qui sert à désigner le même objet que le vocable (nouvellement importé d'Allemagne) « d'Etat de droit », le principe épistémologique d'économie commande d'éviter toute redondance et tout

⁵¹ Cette mise en cause ne relève donc pas d'une sorte de démagogie anti-théorique.

⁵² Argument que j'avais soutenu dans ma thèse (*op. cit.*, p. 418 et ss.).

⁵³ Argument déjà présent chez Kelsen et développé par M. TRÖPNER, « Le concept d'Etat de droit », *Droit*, n°15, 1992, p. 51 et ss.

⁵⁴ La présence, si visible de nos jours, de ce type de terme dans les constitutions ou les traités internationaux garantissant les droits de l'homme est un phénomène récent qui date seulement de 1945, voire de 1948. Est-ce à dire que tous les textes antérieurs, dans lesquels ce type de terme ne figurait point (ex. les deux Pactes de l'ONU de 1966, la Déclaration américaine de droits et devoirs de l'homme de 1948, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, la quasi-totalité des constitutions libérales d'avant 1945 ou 1989) étaient moins libéraux, moins juridiques ?

⁵⁵ P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, Mohr, 1986, V, aussi, dans le présent recueil, l'article d'Olivier Corten.

⁵⁶ Cette fonction synthétique est même utile pour les praticiens : à travers un seul mot, les auteurs d'un texte (Constitution, traité) peuvent désigner un faisceau de normes auxquelles ils adhèrent sans devoir nécessairement les énumérer.

« mille-feuilles discursif ». Mais, comme il a été dit, là n'est pas l'essentiel. L'usage dominant, passé et présent, de ce type de terme dans les trois pays est d'ordre *normatif*. Le mot a la fonction d'une norme ou, plus exactement, d'un faisceau de normes. C'est un standard, étalon – a « yardstick » dit Ian Loveland⁵⁷ – ou idéal qui s'inscrit dans l'héritage de ce vaste mouvement, aux multiples facettes, que sont les libéralismes. Pour cerner de plus près cet usage normatif – ou plutôt : ces usages normatifs –, il convient de s'intéresser à la *position* du mot (hors ou dans le droit positif) et à ses *relations* avec celui-ci.

Du point de vue de la *source* de ce concept normatif, trois hypothèses sont à différencier : le concept normatif est ancêtre soit dans le droit naturel, soit dans le droit positif, soit dans les deux à la fois. Historiquement, le terme clé se situe d'abord à l'extérieur du droit positif : il est dans « l'air du temps ». C'est un pur concept de droit naturel (d'aucuns diront concept « philosophique », « politique » ou « idéologique ») qui permet de penser, de façon critique et constructive, le droit positif, et notamment sa première source qu'est la Constitution (écrite ou non-écrite). Il est présent lorsque sont jetées les fondations d'un nouvel Etat ou régime. Une fois ce cap passé, le concept est, à des degrés variables, positif : il s'inscrit dans le droit positif. La réception a trait, au minimum, à certaines ou à toutes les composantes du concept. Elle atteint un niveau maximal lorsque l'expression même de « Rule of law », « Rechtsstaat » ou « Etat de droit » figure *expressis verbis* dans le droit positif, et notamment au frontispice de la Constitution. La dynamique de constitutionnalisation du mot « Rechtsstaat » a été lancée par l'Allemagne après 1945 (cf. art. 3 Const. Bavière 1946 ; art. 28 LF 1949, etc.). Relayée dans les années 1970 par le Portugal et l'Espagne, elle va connaître après 1989 un succès fulgurant spécialement en Europe centrale et orientale et au niveau du traité de l'UE.

Le Royaume-Uni et la France restent quelque peu en retrait par rapport à ce *mainstream*. En droit britannique, le terme « Rule of law » avait d'abord été consacré, par ci par là, par les juges, avant d'être reconnu comme un principe constitutionnel dans l'article 1 du Constitutional Reform Act de 2005. A ce titre, il ne jouit toutefois pas d'un statut supra-légal (au sens continental) : une simple loi peut, si elle est suffisamment explicite et précise, le contredire. En France, le mot « Etat de droit » n'est reconnu pour l'instant ni dans la Constitution ni dans la jurisprudence constitutionnelle. Depuis peu, le terme « infiltrer » toute fois le droit français à la fois de l'extérieur (via les divers traités, dont le traité UE) et, d'en bas, par le biais de diverses réglementations sectorielles de rang infra-constitutionnel (voir par ex. en matière de droit des étrangers art. L741-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).⁵⁸ Dans les textes et la jurisprudence, il n'est pas encore, officiellement, un terme phare valable pour tout le droit positif. En tant que concept de droit positif, il a au mieux un simple statut légal en droit français (cf. l'art. L741-4 précité) et son champ d'application se limite dès lors à des domaines restreints (le droit des étrangers par ex.). Sur ce point, le comparatiste constate donc une certaine différence :

⁵⁷ I. LOVELAND, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁸ Pour d'autres considérations, cf. le moteur de recherche sur législation. Il arrive aux juges judiciaires et administratifs de s'en servir à l'occasion, mais cet usage reste rare et confidentiel.

si, dans les trois pays, le terme respectif agit aussi bien de l'extérieur que de l'intérieur du droit positif, son rôle en tant que concept de droit positif est toutefois plus développé en Allemagne.

Analysé du point de vue de son *impact* sur les normes de droit positif visées par lui, le concept normatif (situé dans ou hors du droit positif) peut avoir trois fonctions. 1° Le concept normatif a une fonction *critique, créatrice et dynamique*. Il sert à faire évoluer le droit positif, en en sapant l'autorité morale et/ou juridique, et en appelant à la création d'un nouveau droit positif, que ce soit par le biais d'une révolution, d'une réforme législative ou d'une action judiciaire. Lorsqu'il est officiellement inscrit dans le droit positif, il peut servir d'écluse et de porte d'entrée à de nouvelles exigences présentes dans « l'air du temps » et véhiculées, notamment, par le discours extra-positif de l'Etat de droit.⁵⁹ 2° Le concept normatif a une fonction *conservatrice* : il sert à décrire le droit positif, mais aussi et surtout à le légitimer et ainsi à figer le *statu quo*.⁶⁰ 3° Le concept normatif, ou idéologique, a une fonction *mystificatrice* : il sert à occulter une partie de la réalité du droit positif.⁶¹ Si, du point de vue comparatiste, ces trois fonctions sont présentes, à des degrés variables, dans les trois discours, il faut souligner le rôle prééminent dans le passé récent de la 1^{re} fonction. Que ce soit en Allemagne à partir de 1945, en France à partir des années 1970, en Grande-Bretagne après 1990, ce type de discours a surtout servi à refonder/réformer le système dans un sens plus libéral.

III. LE FOND.

LES SIMILITUDES DU POINT DE VUE DU CONTENU DES CONCEPTS

A présent il convient de diagnostiquer l'étendue des convergences du point de vue des contenus substantiels véhiculés – à titre normatif et/ou descriptif – par les divers termes. Compte tenu de l'étendue de ces trois « concepts-arborescences », je me limiterai à un premier éclairage sommaire.

⁵⁹ Ainsi la Cour constitutionnelle fédérale allemande a déduit le principe de proportionnalité du concept de « Rechtsstaat ». Pour d'autres exemples de découvertes préfortiennes, cf. les célèbres affaires *Golder* (CoEDH, 21.2.1975, série A, n°18), *Les Verts c. Parlement* (CIJCE, 23.4.1986, aff. 294/83) et *Décree-lois danois* (CPL, 4.12.1935, série A/B, n°65).

⁶⁰ Cette fonction est illustrée de façon paradigmatique par la théorie du « Rule of law » de Dicey. Loin de se satisfaire d'exposer sur un ton neutre le droit positif anglais, Dicey glorifie les vertus libérales du *statu quo* hérité du XVIII^e siècle, qu'il entend immuniser contre toute évolution néfaste ou inutile (introduction d'un droit administratif à la française ou d'une Constitution écrite). Participe également à cette fonction la déduction, à partir du concept de « Rule of law », « Rechtsstaat », etc. d'un *devoir moral* d'obéissance au droit positif. Cf. A. W. BRADLEY, K. D. EWING, *op. cit.*, p. 112 ; O. HOOD PHILLIP, P. JACKSON, *Constitutional and Administrative Law*, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 36 (affaire *Francombe v Mirror Group Newspaper Ltd.* de 1984).

⁶¹ A cet égard l'exemple de Dicey est à nouveau très éclairant. Lorsqu'il expose sa méthodologie, Dicey revendique d'être un positiviste fidèle à Bentham et Austin. Or, dans sa théorie du « Rule of Law », il occulte tout un pan du droit positif, à savoir l'existence, déjà à son époque, d'un droit administratif anglais et de juridictions administratives spéciales.

A. Le droit, creuset du lien social et politique

Au cœur des trois traditions intellectuelles se situe l'idéal commun, théorisé de façon paradigmatique par Aristote, du gouvernement des lois. C'est au droit qu'il revient d'informer la vie en société (les relations entre individus) et de régir le pouvoir politique. Le rôle éminent ainsi conféré au droit se fait au détriment d'autres logiques d'organisation sociale. On peut en identifier au moins quatre qui, selon les pays, occupent une place plus ou moins importante à côté ou à l'encontre du modèle du règne du droit.

1° Est exclu le règne de la *force*, non seulement sous la forme du règne du plus fort (anarchie, guerre civile, « zones de non droit »), mais aussi sous l'image plus avenante de la justice rendue par soi-même (la justice dit « populaire », spontanée, qui peut aller jusqu'auynchage).

2° Est exclu la régulation *immédiate et exclusive* de la société par l'*idée morale* de justice, la religion ou les mœurs. L'idéal prôné en grande majorité par les trois traditions est non pas le règne d'une justice sans lois, ni le règne de lois sans justice, mais le règne d'une justice médiatisée par des lois. C'est ce qui ressort du rejet quasi-unanime du modèle platonicien du roi-philosophe, caractérisé par l'absence de lois (« *anomia* »⁶²). Selon Platon, le roi-philosophe doit disposer d'un pouvoir discrétionnaire illimité. La présence de lois, règles générales et impersonnelles, est inutile car le roi-philosophe, de par son éducation, ne saurait être injuste. La présence de lois est même contre-productive car, à l'inverse du roi, les lois, elles, peuvent être source d'injustice : à force de généraliser, elles négligent l'infime diversité des cas d'espèce. Cet idéal platonicien de l'« *anomia* » a subi plusieurs critiques décisives : celle d'Aristote qui voit dans le pouvoir discrétionnaire d'un homme la porte ouverte à l'arbitraire (selon lui, la justice ne saurait être réalisée qu'à travers l'instrument des lois)⁶³ ; celle de Platon lui-même qui concède qu'en pratique le système du gouvernement des lois est utile pour les dirigeants de la société⁶⁴ ; celle enfin des auteurs libéraux qui, au nom de la sécurité des citoyens⁶⁵ et/ou du bon fonctionnement de l'économie⁶⁶, exigent que

⁶² PLATON, *Le politique*, 291e. C'est dans ce dialogue, moins connu, que Platon révèle la quintessence de sa pensée sur l'absence de lois, thème sur lequel son *opéra magna* *La République* reste plus évanescent.

⁶³ ARISTOTE, *Les politiques*, III, 1287a. Cf. J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, § 136: « The legislative or supreme authority cannot assume to itself a power to rule by extemporary arbitrary decrees, but is bound to dispense justice, and decide the rights of the subjects by promulgated standing laws, and known authorised judges ».

⁶⁴ PLATON, *Le politique*, 294e-295b. Selon la même logique, les positivistes allemands de la fin du XIX^e siècle mais aussi un auteur comme Lon Fuller affirmeront que nul pouvoir ne pourrait se dispenser de cet instrument de commandement qu'est la loi. L'argument est empiriquement contestable. L'exemple de la dictature nazie prouve qu'un pouvoir politique peut, en partie, gouverner sans lois ou même à l'encontre de ses propres lois. C'est dire que le gouvernement des lois n'est pas une fatalité, mais, en soi, un idéal qui est fragile, et qui a besoin d'être justifié.

⁶⁵ L'argument de sécurité juridique est des plus anciens. MONTESQUIEU parlait de la « tranquillité de l'esprit » (*Esprit des lois*, Liv. XI, chap. 6) qui assure aux individus l'existence de lois. L'argument fut déjà avancé en 1695 par le libéral écossais Lord Stair. Celui-ci évoquait « the prime interest of men to enjoy their rights, not only in safety and security, but in confidence and quietness of mind » (cité par D.N. MACCORMICK, *op. cit.*, p. 68).

⁶⁶ Argument mis en avant par la Banque mondiale. Cf. S. SCHLEMMER-SCHULTE, *op. cit.*, p. 679 qui cite Smith, Ricardo et Max Weber.

l'action de l'Etat soit prévisible, ce qui implique la présence de lois générales et impersonnelles, publiques, prospectives, claires, etc. Le rôle ainsi conféré au droit (positif) ne va pas toutefois, même chez Aristote, jusqu'à éclipser la morale ou l'idée de justice (droit naturel). Dans nos sociétés, les inhibitions, tabous, interdits et commandements de la morale, ou plutôt des morales, continuent à jouer un rôle important, voire crucial, qui dépasse parfois celui du droit positif. Mais en aucun cas les normes morales jouissent d'un statut d'exclusivité dans la régulation du lien social. Elles agissent en *interaction* avec le droit, selon des rapports variables et complexes (convergence, renforcement mutuel, complémentarité, interpénétration, contradiction, parallélisme, etc.)⁶⁷

3° Est exclu le modèle d'une régulation de la société par le jeu d'une *volonté politique* à qui serait laissée toute liberté. Ce modèle alternatif de la « personnalisation du pouvoir » et de l'expansion du pouvoir discrétionnaire transparaît de façon paradigmatique dans l'état d'exception. Dans ce cas de figure, un peuple se fie davantage à la capacité d'action d'une personne (le « sauveur de la nation ») qu'à l'application de règles prédéfinies.⁶⁸ Un autre exemple a trait à la place occupée par la volonté du peuple. Sur ce point apparaît le particularisme du droit français qui, à l'inverse des autres pays, admet que la volonté populaire exprimée par référendum est « souveraine » et n'est point liée par les règles du droit constitutionnel. Même si l'idée de l'Etat de droit s'oppose de plus en plus, dans les trois pays, à un volontarisme démocratique débridé (de la part du peuple et/ou de ses élus), l'ampleur de cet ascendant varie selon le vécu historique et surtout les traumatismes de chaque pays.⁶⁹

4° Est écarté le modèle alternatif incarné, de façon topique, dans l'institution africaine des *palabres*, où la pacification des conflits résulte non pas de l'application stricte d'une règle préalablement définie, mais d'un *arrangement* entre les parties une fois le litige né. La multiplication des mécanismes d'arbitrage et de médiation dans les différents pays illustre toutefois l'attractivité de ce modèle concurrent.

⁶⁷ Ainsi, le christianisme n'exige point que la société soit soumise directement et exclusivement à la Bible. Il admet l'existence et l'autonomie (partielle) du pouvoir politique séculier. La vision chrétienne est caractérisée par une double médiatisation : la justice de Dieu est d'abord inscrite (médiatisée) dans cette « Loi » suprême qu'est la Bible, qui, à son tour, doit être rétranscrite par le pouvoir séculier dans les lois du droit positif. La nécessaire médiatisation de l'idée de justice par des lois formelles – idéal repris par les Lumières – transparaît de la façon la plus claire dans le principe de légalité en droit pénal (*nullum crimen, nulla poena sine lege* ; interdiction du raisonnement par analogie). L'identité de ce modèle ressort également de la comparaison avec d'autres modèles culturels. La philosophie confucianiste, par exemple, recourt au droit et aux juridictions et privilégie la vertu morale, les rites et l'éducation pour maintenir l'harmonie sociale. Par ailleurs, dans certains pays musulmans, le Coran est directement applicable à la société.

⁶⁸ Cet aspect mériterait, à lui seul, une étude comparée approfondie à l'heure où, partout, au nom de la lutte contre le terrorisme, l'exécuteur se voit octroyer un pouvoir d'action de plus en plus large. Faute de temps, je me limiterai ici à « l'Etat de droit des jours ordinaires », non sans être conscient que ce dernier ne reflète pas la totalité de la réalité.

⁶⁹ Le fait que le Royaume-Uni (comme d'ailleurs la France, la Suisse, les pays du Bénélux, les pays scandinaves) n'ait point cédé aux sirènes de la dictature dans les années 1920/1930 explique, en grande partie, la prééminence du principe de la souveraineté du Parlement.

B. Le double volet, formel et matériel, du concept normatif de règne du droit

L'image du droit véhiculée par les trois discours n'est pas une définition minimaliste ou nominaliste : est droit ce qu'on appelle ainsi, est droit ce que l'on trouve dans le droit positif. Il s'agit, à l'inverse, d'une définition exigeante qui, face à tout ou partie du droit positif, érige certains standards. Ceux-ci sont à la fois d'ordre formel et matériel. Sur ce point, il existe à l'heure actuelle une nette convergence⁷⁰ alors que, dans le passé – au lendemain de 1945 – les perspectives divergeaient nettement.

Alors qu'à la fin du XIX^e siècle, la théorie allemande du « Rechtsstaat » s'était affaiblie et n'exigeait plus que le respect par l'Etat de son propre droit positif (quels qu'en soient l'origine, démocratique ou non, et le contenu, juste ou injuste), le traumatisme du III^e Reich va servir de catalyseur à la reforme du concept. Le potentiel normatif ou critique du concept s'étioffe : pour être digne d'un « Rechtsstaat », le droit positif doit non seulement présenter certains traits formels et procéduraux (hiérarchie des normes, suprématie de la Constitution, réserve de la loi votée par le Parlement, contrôle juridictionnel systématique, caractère écrit, public, prospectif du droit, etc.), mais en outre son contenu doit être conforme à un certain idéal humaniste. La « dignité de l'être humain » (art. 1 LF), dont découlent les divers « droits fondamentaux (Grundrechte) » (art. 2 à 19 LF), se situe désormais à l'épicentre du concept de « Rechtsstaat ».⁷¹

En France, au lendemain de la seconde guerre mondiale, les constituants de la IV^e République ont certes proclamé les droits de l'homme (en vérité, surtout les droits socio-économiques), mais le contrôle de constitutionnalité de la loi est mort-né. A l'inverse, en 1958, le contrôle de la loi existe de façon embryonnaire, mais les droits de l'homme, eux, sont totalement absents du texte de la Constitution gaulliste. C'est dans ce contexte que se déploie, à partir des années 1970, le discours de « l'Etat de droit ». Celui-ci va d'abord accompagner et renforcer la révolution déclenchée en 1971 par le Conseil constitutionnel, avant d'incorporer d'autres aspects à l'instar du rôle de la CEDH, l'article 55, l'exigence de la sécurité juridique, l'intelligibilité de la loi, etc. En tout cas, le discours français est

⁷⁰ Ce consensus est acté dans l'art. 2 de la Déclaration de Copenhague du 29 juin 1990 sur la dimension humaine de la CSCE. S'opposant au totalitarisme, l'Etat de droit/rite of law ne signifie pas « simplement une légalité formelle, assurant régularité et cohérence dans l'insécurité 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 ».

⁷¹ Le « Rechtsstaat » se définit donc, en son essence, comme un « Gerechtigkeitsstaat » (Etat juste). La proposition, iconoclaste, de K. Sobota de positionner les droits fondamentaux à l'extérieur du concept de Rechtsstaat n'a été suivie ni par la doctrine ni par la jurisprudence.

⁷² A noter : alors que le concept de dignité humaine est au cœur du concept et de la pratique du Rechtsstaat, il était, jusqu'à récemment, à peine connu des juristes anglais (voir maintenant, par ex., Equality Act 2006, art. 3). En France, le concept est présent à la fois en doctrine et en droit positif, mais n'a pas le rôle maritial qui lui est reconnu en Allemagne.

positionné sur le double créneau, formel (« le droit au droit », « le droit au juge », etc.) et matériel (« le droit aux droits de l'homme »).⁷³

En Grande-Bretagne, l'idéal de la liberté individuelle était déjà présent au cœur des réflexions de Coke, Locke, Blackstone et même encore chez Dicey. Le concept normatif était là aussi, quoique d'une autre façon, formel et matériel. Or, comme on l'a dit, ce discours traditionnel, diceyen, s'endort sur ses lauriers ou se tait peu à peu après 1945. Surgit alors, au sein des cénacles de la théorie du droit, sous la plume de Hayek, Fuller, Goodhart, Raz, Fins, MacCormick, etc., une nouvelle définition. Ces auteurs prônent un découpage analytique plus net entre les trois idéaux de la « democracy », des « human rights » et du « Rule of law » : si le premier idéal a trait à l'origine institutionnelle de la loi, le second au contenu substantiel de la loi, le troisième – celui de « Rule of law » – se limite, quant à lui, à la question des qualités formelles de la loi. Le concept normatif de « Rule of law » exige du droit positif qu'il satisfasse certains critères d'ordre formel tels que la généralité, la clarté, l'intelligibilité⁷⁴, la non-rétroactivité, la stabilité, l'absence de contradiction, la hiérarchie, l'existence d'un contrôle juridictionnel, l'indépendance et l'impartialité de la justice, etc. Il est à noter que le critère de la nature écrite du droit ne figure point dans cette liste. Cette définition sera à son tour dépassée, à partir des années 1980, par le « liberal normativism » qui prône une définition normative à double volet – formel et matériel.⁷⁵ Cette rationalisation n'est toutefois pas un simple retour à la définition ancienne de règne du droit de Locke, Blackstone ou Dicey. Elle les dépasse, en s'inspirant du discours continental. Projetés au cœur du concept de « Rule of law », les « Human Rights » sont définis de façon *abstrait* et sont proclamés dans un texte *écrit* (HRA, CEDH). On dira même – voir le point suivant – qu'ils jouissent désormais, de façon indirecte (via le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme), d'un statut *supralegal*.

⁷³ La définition plus restrictive de l'Etat de droit proposée par O. PEERSMANN (« Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'Etat de droit » in O. JOUANIAN (dir.), *Figures de l'Etat de droit*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 66 et ss.) n'a pas été reprise au sein de la doctrine française.

⁷⁴ Ces auteurs s'inscrivent ainsi en faux contre la vision d'un Lord Evershed qui, encore en 1945, voyait l'une des forces du Rule of law dans le « mystère » entourant la common law (voir la citation chez M. LOUGHLIN, *Sword & Scales*, *op. cit.*, p. 74). Sur le caractère occulte de la common law, cf. L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, p. 187.

⁷⁵ Une exception notable : selon Jeffrey Jowell, l'une des figures de proue du « liberal normativism », les droits de l'homme se situent non pas à l'intérieur mais à l'extérieur du concept de « Rule of law ». J. JOWELL, « The Rule of law and its Underlying Values », in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 6^e éd., Oxford, OUP, 2007, p. 5 et ss. L'affirmation de J. RIVERS, « Rechtsstaatsprinzip and Rule of Law Revisited », *Festschrift für St. Starck, Mohr, Tübingen*, 2007, p. 891, selon lequel le discours dominant de rule of law en Angleterre est toujours formaliste, est toutefois contestable. Sur la matérialisation, voir par ex. J. BELL, « Le règne du droit et le règne du juge. Vers une interprétation substantielle de l'Etat de droit », in *Mélanges G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 15 et ss. ; D. FELDMAN (cd.), *English Public Law*, Oxford, OUP, 2004, p. 33 ss. ; Lord BINGHAM, *op. cit.*, p. 75 (subnote n°4).

C. La concrétisation de ce concept formel et matériel dans les trois pays

Comment se décline au niveau du discours et, *a fortiori*, au niveau de la pratique du droit positif ce concept normatif commun à double volet, formel et matériel ? Ici s'ouvre un vaste champ d'étude qu'il est, bien sûr, impossible d'explorer dans toutes ses ramifications. L'on se limitera à deux aspects.

1° Evouons d'abord la question clé de la *forme écrite ou non-écrite du droit* de l'Etat de droit. A ce sujet, il est loisible de distinguer, avec Hayek, entre deux modèles idéaux. D'un côté, il y a le modèle évolutionniste de l'ordre social que Hayek appelle « Cosmos » : le droit est généré spontanément, d'en bas, par la société ; il est dégagé au cas par cas, au fil de l'histoire, et constitue le fruit d'une sédimentation dans laquelle se cristallisent la sagesse et l'expérience de générations successives ; le droit et spécialement la Constitution sont non écrits (coutumier et/ou jurisprudentiel). A l'inverse, dans l'ordre social qualifié de « Taxis » par Hayek, le droit ressemble à un temple grec : il est le fruit d'une démarche constructiviste qui fait table rase du passé ; le droit est issu de la volonté d'une autorité politique qui, d'en haut, en suivant les seuls ordres de la Raison, jette, à un moment précis, les fondations d'un nouvel ordre social ; le droit, et en premier lieu le droit constitutionnel, est écrit. Si le modèle « Taxis » a laissé une empreinte indélébile sur la mentalité juridique continentale et celui de « Cosmos » sur l'esprit juridique anglais, il ne faut toutefois pas perdre de vue l'aspect « impur », mélangé, des cultures juridiques.

Ainsi, sur le continent, les divers discours (« Rechtsstaat », « principe de légalité », « Etat », « Etat de droit », etc.) vouent certes un culte, plus ou moins fort, au droit écrit (à la loi, en particulier) et dévient souvent à la jurisprudence la qualité juridique de précédent. Or, à l'abri voire avec la bénédiction de ces discours normatifs subsistent des corpus importants de droit non-écrit.⁷⁶ La culture juridique britannique à son tour est double. Si le concept de régime du droit défendu par la doctrine classique de common law est viscéralement hostile à tout droit écrit, à l'inverse Hobbes, Locke, Bentham, les radicaux du XIX^e siècle et les défenseurs du Welfare State valorisent exclusivement l'instrument du droit écrit (législation, réglementation). En pratique, les deux sources de droit que sont la common law et la statute law coexistent dans un équilibre précaire qui, depuis le XIX^e siècle, et surtout depuis 1945, voit l'ascension continue du dernier. Pourrait, curieusement, l'on a vu que, depuis Dicey, Raz, MacCormick jusqu'aux « liberal normativists »⁷⁸, le critère de l'écrit est globalement absent de

leur discours de « Rule of law ». ⁷⁹ Sur ce point précis, il existe donc une divergence entre les *discours* de part et d'autre du Channel, bien que les *pratiques* des droits positifs tendent à se rapprocher.

2° Un autre facteur discriminant classique entre, d'un côté, la vision britannique du « Rule of law » et les visions allemandes et françaises du « Rechtsstaat », de l'autre « Etat », etc. a trait au *constitutionalisme*. Si les discours et pratiques du continent mettent en avant le rôle primordial de la Constitution écrite, rigide et supralégale ainsi que de la justice constitutionnelle (avec, au cœur, la question du contrôle de la loi), le concept classique (diceyen) de Rule de law ignore le critère d'une Constitution écrite et rigide (« entrenched »). Il l'ignore tant dans une perspective *descriptive* que *normative* : non seulement il n'existe pas une telle Constitution en droit positif⁸⁰ mais, en outre, il n'est ni possible⁸¹ ni souhaitable d'en établir une. Or, de nos jours, cette vision classique est dépassée ou en voie de l'être.

A ce titre, il faut prendre en compte un faisceau de phénomènes dispersés et complexes qui, si on les met bout à bout (ce que les observateurs britanniques eux-mêmes ne font pas toujours), laissent entrevoir une tout autre image. 1° Sur le plan axiologique, s'est opérée les dernières années, chez une partie (mais seulement une partie) des « liberal normativists », un télescope entre l'idée du constitutionalisme écrit et l'idéal de Rule of Law. 2° *Souhaitable* (du moins selon d'aucuns), l'idée d'une Constitution écrite est désormais aussi *concevable*. Le verrou de la souveraineté du Parlement a, en partie, sauté : la création, en droit britannique, d'une distinction hiérarchique parmi les lois parlementaires – entre lois ordinaires et lois à rang supérieur – est jugée possible à la fois par la doctrine⁸² et par les juges.⁸³ Reste à voir ce qui, dans les pratiques du droit positif, a été *effectivement* réalisé. En 2007, le gouvernement Brown a dit réfléchir

⁷⁶ L'expansion du droit écrit est due à d'autres facteurs tels l'activisme du pouvoir politique, l'impact du droit communautaire (droit en grande partie écrit) et l'influence de la CEDH qui, dans certains cas, exige, au nom du principe de légalité, l'existence de normes écrites.

⁷⁷ Selon l'exposé classique de Dicey, la Grande-Bretagne ne dispose que d'une constitution non écrite. Celle-ci est formée à la fois de règles juridiques (de common law et de statute law) et de règles non juridiques ou morales (les conventions de la constitution). Le statut de cette Constitution varie en fonction de chaque source concernée. Au mieux, elle dispose d'un rang légal. Le Parlement peut donc abroger ou modifier la Constitution par une simple loi, étant entendu que, selon la théorie traditionnelle de la souveraineté du Parlement, cette abrogation n'est pas nécessairement explicite : elle peut être implicite (« implied repeal »).

⁷⁸ Selon la lecture classique du principe de souveraineté du Parlement, le Parlement actuel ne peut se lier lui-même ou lier ses successeurs.

⁷⁹ Sur l'inflexion du concept de souveraineté du Parlement, le Parlement actuel ne peut se lier lui-même, p. 269 et ss.

⁸⁰ Une première illustration en est le statut particulier du European Communities Act (ECA) de 1972. Les juges ont reconnu à cette loi un rang distinct, car supérieur à la plupart des lois postérieures. Une loi britannique postérieure qui, sur un point, contredit le droit communautaire, ne révoque pas, de façon implicite et ponctuelle, le ECA (comme le voudrait la théorie traditionnelle du « implied repeal ») ; elle *viole* le ECA, ce qui lui vaut d'être *invalidée* comme en ont jugé la Chambre des Lords dans la célèbre affaire *Factortame*. Selon les juges, le ECA ne peut être révoqué par une loi postérieure que de façon globale et explicite. Le Parlement souverain a donc refusé à s'autolimiter, ou, en d'autres termes, le Parlement de 1972 a réussi à restreindre la souveraineté des Parlements subséquents.

⁷⁶ Pour d'autres aspects et convergences, cf. A. WEBER, « Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2008, p. 267 et ss.

⁷⁷ Il suffit de penser, pour l'Allemagne, à la jurisprudence sans cesse croissante de la Cour constitutionnelle fédérale et, pour la France (pourant réputée pour son légicentrisme !), à l'existence du droit administratif, droit essentiellement prétorien.

⁷⁸ Chez ces derniers, l'exigence de l'écrit est présente tout au plus à travers l'exigence d'une Constitution écrite.

à un projet d'une Constitution écrite, rigide⁸⁴, mais celle-ci n'a pas vu le jour pour l'instant. Du côté de la common law, Sir John Laws, dans un obiter dictum désormais célèbre de la décision de la Cour d'appel *Thoburn v. Sunderland City Council* [2003] QB 151 (p. 62 *sq.*), a affirmé que, selon lui, il y avait en droit britannique une distinction entre « ordinary statutes » et « constitutional statutes ». A l'inverse des premières, les « lois constitutionnelles » ne pourraient être abrogées par le Parlement de façon implicite. De façon similaire, divers juges ont estimé que le Parlement de Westminster ne pouvait, de façon implicite, déroger à des « constitutional » ou « fundamental rights »⁸⁵. Pour ce faire, le législateur devrait utiliser un langage des plus explicites. En récusant ainsi la règle traditionnelle du « implied repeal », les juges redéfinissent, dans un sens plus restrictif, les conditions de leur subordination au Parlement et donc le principe de souveraineté.

Enfin, il faut évoquer le Human Rights Act (HRA) de 1998 qui incorpore les droits de l'homme de la CEDH en droit britannique. Celui-ci autorise, d'abord, les juges à interpréter « dans la mesure du possible » (art. 3 al. 1) toutes les lois dans un sens qui soit conforme aux droits de l'homme. Là aussi la règle du implied repeal est écartée.⁸⁶ L'art. 3 al. 2 du HRA interdit toutefois aux juges d'invalider une loi lorsque, de façon claire et explicite, le texte de la loi contredit un droit de l'homme. Dans ce cas, l'article 4 al. 2 du HRA les autorise « juste » à édicter une déclaration constatant officiellement cette incompatibilité. *A priori*, cette « déclaration d'incompatibilité » peut paraître sans grand intérêt car, au vu du droit britannique (du HRA), le Parlement est totalement libre de ne pas réagir. Or, dès lors que le texte du HRA n'est que la transcription des droits de l'homme de la CEDH, la déclaration d'incompatibilité vaut reconnaissance, par un organe officiel de l'Etat britannique, d'une violation de la CEDH, ce que la Cour européenne des droits de l'homme ne manquera pas de relever... Aussi, sauf à s'exposer à une condamnation de la Cour de Strasbourg, ou (cas extrême) à se retirer de la CEDH, le Parlement de Westminster est obligé d'abroger le texte de loi incriminé.⁸⁷ Il s'ensuit que, si le HRA ne jout pas d'une suprématie au sens fort (continental) – car nul juge (ni le juge britannique, ni le juge de Strasbourg) n'est habilité à annuler ou à écarter de son propre chef une loi du Parlement de Westminster⁸⁸ –, le HRA jout néanmoins d'un statut supralégal au sens faible⁸⁹, dans la mesure où les juges peuvent, à l'aune de ce texte, obliger⁹⁰ le Parlement à revoir sa copie. Pris en tenailles entre le juge britannique et la CoEDH – dans

⁸⁴ V. à ce sujet les articles dans le n°1 (de 2008) de la revue *Public Law*.

⁸⁵ V. D. FELDMAN (dir.), *English Public Law*, Oxford, OUP, 2004, p. 345.

⁸⁶ A. LESTER, K. BEATTIE, « Human Rights and the British Constitution », in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, p. 71.

⁸⁷ En pratique, à chaque fois qu'une loi a été déclarée incompatible, celle-ci a été aussitôt modifiée. Cf. A. LESTER, K. BEATTIE, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁸ S'il s'agit en revanche d'une loi votée par le Parlement d'Ecosse ou d'Irlande du nord, celle-ci peut être invalidée par les juges britanniques. Les lois dévolutions ont accordé aux droits de l'homme du HRA un statut supralégal (au sens fort).

⁸⁹ D'après D. FELDMAN (dir.), *English Public Law*, *op. cit.*, p. 422, « it a form of judicial review ».

⁹⁰ Selon D. FELDMAN (dir.), *op. cit.* p. 423, le caractère obligatoire de la modification législative résulterait d'une convention de la Constitution.

une sorte de jeu de « boomerang » –, le Parlement de Westminster a, en matière des droits de l'homme, cessé d'être souverain au sens d'antan.

Au vu de tous ces éléments, il apparaît que la Constitution britannique est prise dans un triple mouvement de *crystallisation*, d'*élévation* et de *juridictionnalisation*. La Constitution est de plus en plus formalisée, écrite, bien qu'elle ne soit pas encore codifiée au sein d'un document unique. Son rang au sein de la hiérarchie des normes est aspiré vers le haut. Le pouvoir des juges, en liaison avec la Constitution, ne cesse de croître, sans toutefois atteindre le niveau de compétences dont peut se targuer le *Bundesverfassungsgericht* à Karlsruhe. L'écart avec le continent se réduit, mais persiste. La dynamique évoquée d'élévation ne vise, de façon désordonnée, que certaines parties de la Constitution⁹¹. La suprématie se fonde non pas, comme sur le continent, sur le critère de la rigidité, mais sur celui de l'interdiction d'une révocation implicite. Dans le cas du HRA et du ECA, la supériorité de la loi interne est adossée, en outre, à l'existence d'un traité international qui, en l'absence d'une dénonciation en bonne et due forme, lie l'Etat britannique. Les effets de cette suprématie sont également variables : si dans le cas d'une contradiction d'une loi avec le ECA, la sanction est l'invalidation judiciaire de la loi, la contradiction avec le HRA débouche « seulement » sur une abrogation (obligatoire) de la loi par le Parlement de Westminster. Le Royaume-Uni se rapproche donc du modèle continental du constitutionnalisme écrit et supralégal, mais il ne l'épouse pas – pas encore ? – totalement.

* * *

On l'aura compris : le chemin parcouru, en termes de rapprochement des cultures, est vaste et impressionnant. Dans certains cas, il a entraîné de véritables révolutions culturelles. Précisément, les cultures juridiques nationales ne sont ni des *monolithes* ni des entités *figées*, éternelles, auxquels les peuples eux-mêmes ne sauraient toucher.⁹² En même temps, qui dit « convergence », ne dit point « uniformité ». Si, dans les trois pays, une même dynamique se fait jour dans la théorie et la pratique du régime du droit – avec, au cœur, le renforcement des droits de l'homme et l'ascension des juges à titre de gardiens « naturels » des valeurs fondamentales de la Cité –, le résultat final, que ce soit à Londres, à Paris ou à Berlin (ou plutôt : à Karlsruhe), n'est pas forcément le même.

⁹¹ Si les dispositions constitutionnelles relatives à l'adhésion à l'Europe (ECA) et aux droits de l'homme (HRA) jouissent d'un statut nouveau, spécial (du reste différencié), en revanche, toutes les règles constitutionnelles relatives à la séparation horizontale des pouvoirs gardent pour l'instant leur rang traditionnel.

⁹² C'est pourtant ce que suggèrent parfois les écrits de Pierre Legend.