

Publié dans J.B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 541 ss.

A noter : dans la version publiée par Dalloz, certaines traductions étrangères du mot « *Rechtsstaat* » (cf. infra le tableau) ont été mal reproduites. La version présente est la version exacte.

Etat de droit

Luc Heuschling

Professeur de droit public, Université de Lille 2

[541] Le droit public français connaît depuis le dernier quart du XX^e siècle de profondes mutations.¹ Ces transformations affectent le droit non seulement dans ses règles techniques, mais aussi dans ses catégories intellectuelles. Certaines sont frappées de désuétude ; d'autres voient leur signification ou leur fonction se modifier substantiellement ; de nouveaux concepts et mots d'ordre voient également le jour. Parmi eux, il y a lieu de citer « l'Etat de droit ».² Ce concept est à la fois le reflet et la source d'inspiration d'une profonde mutation en droit français. Sur certains aspects – en particulier sur la figure du juge –, ce concept marque un virage à 180° de la part du droit français. L'objet de la présente contribution est de diagnostiquer l'impact du droit européen ou plus exactement : *des* droits européens³ sur l'émergence et l'enracinement de ce nouvel idéal.

¹ Pour un aperçu global, cf. J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2008.

² Sur ce nouveau discours, J. Chevallier, *op. cit.* et *L'Etat de droit*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 2003 ; L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002 ; id. « Etat de droit. Etude de linguistique, de théorie & de dogmatique juridiques comparées », in H. Bauer & C. Calliess (dir.), *Verfassungsprinzipien in Europa – Constitutional Principles in Europe – Principes constitutionnels en Europe*, Sakkoulas/Berliner Wissenschafts-Verlag/Bruylant, 2008, p. 103-155 ; id., « Le regard d'un comparatiste : L'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », in *L'Etat de droit en droit international, Colloque de la Société française pour le droit international*, Bruxelles, 5-7 juin 2008 (à paraître chez Pédone) ; E. Carpano, *État de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europeanisation des systèmes juridiques*, Paris, L'Harmattan, 2005 ; M. Loisel, *Le concept d'Etat de droit dans la doctrine juridique française*, thèse dactyl., Paris 2, 2000.

³ En l'espèce, pour ce qui est de l'Etat de droit, il convient d'entendre par « droit européen » non seulement le droit de l'UE et le droit du Conseil de l'Europe, mais aussi le droit, tantôt mou tantôt dur, d'autres organisations européennes à l'instar de la CSCE/OSCE.

De prime abord, il convient de signaler la configuration particulière dans laquelle se pose, en l'espèce, la question de l'eupéanisation. Alors que, dans d'autres exemples, la problématique est souvent le théâtre d'une confrontation entre, d'un côté, un droit public français qui est ancré dans ses certitudes traditionnelles [542] et, de l'autre, un droit européen « trublion » qui pousse à un *aggiornamento*, la situation diffère dans le cas du concept d'Etat de droit. La présence en droit français de cet idéal est le fruit d'une mutation relativement récente qui, du reste, n'est pas encore achevée⁴. Sur l'Etat de droit, le droit français se présente non pas sous l'apparence d'une entité stable et statique (« une forteresse assiégée »), mais ressemble davantage à un train en mouvement ou à un terrain en glissement. Face à cela, le droit européen disposait *in abstracto* de trois options : soit de freiner voire d'arrêter ce mouvement déclenché par d'autres acteurs, soit d'essayer de l'infléchir, soit de le conforter, voire l'accélérer (on verra que c'est la troisième option qui prévaudra). En tout cas, pour cerner l'apport spécifique du droit européen, il nous faut élargir notre horizon à ces autres facteurs d'évolution.

Ainsi qu'on le verra en détail, la mutation conceptuelle et institutionnelle de l'Etat de droit est due à trois foyers d'impulsion. En partie, elle est le fruit de la *capacité d'auto-renouvellement* de la pensée juridique et politique française. L'Etat de droit renvoie, en partie, à un phénomène endogène (« fait maison ») ou « autonome » (au sens de la science de droit comparé). Il a été déclenché, en fonction du contexte propre à la France, par des acteurs français qui se servent entre autres de ressources et de modèles propres au génie national. Cela dit, cette évolution doit aussi beaucoup au rayonnement du droit étranger, d'un droit étranger en particulier qu'est le droit allemand (la « germanisation » du droit public français). A ce titre, l'on peut parler d'une *influence externe horizontale*. C'est à ces deux facteurs que vient s'ajouter, enfin, l'impact du droit international et européen (*influence externe verticale*). Il est à noter que, lorsque ces trois facteurs agissent de concert⁵, il n'est pas toujours facile de savoir à qui est revenu le rôle décisif. Au vu du paradigme du nationalisme juridique hérité du XIX^e siècle (le droit est, par essence, national), les acteurs du système juridique national sont parfois enclins, pour ne pas froisser des susceptibilités eurosceptiques ou ethnocentristes, à

⁴ Dernier élément en date : la création par la loi de révision du 23 juillet 2008 d'une procédure de renvoi préjudiciel d'une exception d'inconstitutionnalité visant une loi auprès du Conseil constitutionnel.

⁵ Voir, à titre d'illustration, les conclusions de P. Frydman sous CE, ass. 17.2.1995, *Marie et Hardouin*, *Rec. Lebon*, p. 85 *sq.* Le commissaire de gouvernement propose au Conseil d'Etat d'opérer un revirement de jurisprudence en s'appuyant à la fois sur des arguments de droit (administratif) interne, de droit européen (art. 6 CEDH), de droit comparé, à quoi il ajoute même des arguments de sociologie et de droit privé (français). Dans sa décision, le Conseil suit la solution de Frydman, en s'appuyant toutefois uniquement sur l'argument de droit administratif interne.

minorer voire à cacher l'influence réelle des sources externes.⁶ A noter également que ces différents facteurs agissent selon des modes opératoires distincts, ce que le terme générique [543] d'« influence » risque d'occulter. Or les techniques et chemins empruntés ainsi que les éventuels écueils et résistances rencontrés ne sont pas forcément les mêmes. Il n'est qu'à penser à la différence évidente entre, d'un côté, « l'influence » du droit étranger et, de l'autre, « l'influence » du droit interne (ex : du droit constitutionnel) et du droit international et européen. Dans le premier cas, il s'agit d'une influence qui, de façon idéale, est fondée sur la Raison et la persuasion ; dans le second cas, l'influence – le terme peut paraître faible – renvoie pour l'essentiel⁷ aux mécanismes de la hiérarchie des normes telle que prévue par le droit positif (ex. art. 61 C., art. 55 C.).

C'est à l'aide de cette grille d'analyse qu'il convient d'étudier l'impact du droit européen sur la catégorie intellectuelle de l'Etat de droit. La précision « catégorie intellectuelle » n'est pas fortuite : ce qui nous intéresse, c'est la construction de l'esprit appelée « Etat de droit », et non le détail de sa réalité institutionnelle en droit positif. La question clé est, en effet, de savoir jusqu'à quel point, et selon quelles modalités, les droits européens amènent le juriste français à repenser ses concepts. Or, alors que sur d'autres sujets (il suffit de penser au concept de « souveraineté »...), l'Europe se fait l'instigateur d'une véritable révolution intellectuelle, sur le concept d'Etat de droit l'Europe joue surtout le rôle de relais et de renfort. C'est un rôle réduit comparé au rôle d'instigateur, lequel revient, pour l'Etat de droit, aux deux autres facteurs d'évolution. En même temps, c'est un rôle appréciable, si l'on tient compte du fait que la position de ce concept en France était, et est encore en partie de nos jours, assez délicate, voire difficile, tant il heurte de front certaines traditions ancrées dans les esprits depuis 1789, voire d'avant (la vieille méfiance vis-à-vis de la justice, la glorification d'une certaine démocratie volontariste).

⁶ L'on sait, par des échanges avec certains membres du Conseil constitutionnel, que celui-ci s'inspire parfois du droit étranger, notamment de la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe. Pourtant jamais le Conseil, à l'instar d'ailleurs de tous les autres juges français, n'admet de citer cette source d'inspiration étrangère dans sa décision. Sur le rôle du droit comparé dans la jurisprudence française, cf. L. Heuschling, « Comparative Law and the European Convention on Human Rights in French Human Rights Cases » in E. Özücü (ed.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, London, UKNCCL/BIICL, 2003, p. 23 sq.

⁷ L'influence de ces normes n'est toutefois pas liée exclusivement à la hiérarchie. Un exemple célèbre, tiré du droit britannique, l'illustre. L'on se souvient que, selon Dicey, le principe constitutionnel du « Rule of Law » interdisait toute création d'un droit administratif. Pourtant, la Constitution n'ayant pas un rang supérieur à la loi, le Parlement aurait pu créer un tel droit administratif par le biais d'une simple loi. Or, pendant longtemps, il ne l'a pas fait par respect précisément pour la Constitution. Celle-ci se voit reconnaître une autorité, du moins morale et historique, alors même qu'elle est dépourvue de primauté en droit strict.

I. Une mutation amorcée avant la naissance de l'Europe

A l'inverse d'autres concepts fondamentaux du droit public français, celui « d'Etat de droit » est assez récent. Tant le mot (d'origine allemande, comme l'on sait) que certaines idées saillantes qui lui sont associées (le rôle crucial du juge) marquent une véritable césure dans l'histoire du droit constitutionnel français et d'ailleurs, par extension, du droit français en général. Que ce mot soit de nos jours érigé en mot d'ordre, ou mot phare, auxquels certains vouent un véritable « culte » (le culte de l'Etat de droit), cela marque une nette réorientation du droit français. Car, par [544] son aura, cette nouvelle étoile apparue dans la voûte céleste du droit éclipe d'autres, plus traditionnelles, à l'instar d'un certain concept de démocratie. Comment s'explique l'*apothéose* de ce terme ?

Reprenons, à cet égard, le fil de l'histoire.⁸ C'est un auteur allemand, Placidus, qui, en 1798, crée (par un jeu de mots !), le néologisme allemand de « *Rechtsstaat* ». Né de façon fortuite, le terme est néanmoins voué à connaître un grand sort dès lorsqu'il est repris, au début du XIX^e siècle, par plusieurs des grands ténors du libéralisme allemand du *Vormärz* (1815-1848). Ceux-ci en font leur mot d'ordre dans leur lutte contre l'absolutisme royal. Le terme est synonyme d'un certain programme libéral, réformiste mais non révolutionnaire, qui, comparé aux libéralismes français et anglais, reste en retrait. Aussi n'est-il pas surprenant qu'aucun auteur libéral ou juriste français du XIX^e siècle n'ait essayé de s'emparer de ce terme clé, et de l'importer en France, alors même que le discours du « *Rechtsstaat* » était partiellement connu dans divers cercles éclairés de France. Le terme « *Rechtsstaat* » sera certes traduit en français – d'abord, en 1844, par « Etat légal », puis, dès 1868, par la traduction canonique, et plus exacte, d'« Etat de droit » –, mais il faut attendre 1907 pour qu'un juriste français, en l'espèce Léon Duguit, s'approprie le terme pour en faire un concept *applicable et opposable au droit positif français*. Le terme renvoie à un idéal : l'idéal d'un régime politique où l'Etat est soumis au droit, à la Constitution, aux droits de l'homme et – aspect qui ne cessera de prendre de l'ampleur – à un juge. L'Etat de droit implique, comme l'affirmeront avec force Hauriou et Carré de Malberg, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Face à un droit positif silencieux sur cette question (les trois lois constitutionnelles de 1875 n'en soufflent mot), la doctrine se sert du concept normatif d'Etat de droit soit pour orienter l'interprétation par les juges ordinaires de ce silence (éclairé à la lumière de ce concept, le silence prend le sens non pas d'une interdiction, mais, au contraire,

⁸ Pour tout ce qui suit, voir L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.*, p. 323 sq.

d'une autorisation et même d'une obligation !) soit, lorsque cette première tactique échoue, pour inviter le pouvoir politique à une révision de la constitution.

Ce premier temps fort de la rhétorique française de l'Etat de droit est donc le fruit d'une rencontre entre, d'un côté, une *demande interne* (les besoins des juristes français à disposer d'un concept normatif qui puisse servir certaines fins : fonder le caractère obligatoire du droit public, penser un droit idéal, juguler l'absolutisme parlementaire, etc.) et, de l'autre, une *offre externe attractive*, celle de la science juridique allemande, vers laquelle les regards français se tournent de plus en plus depuis la guerre perdue de 1870. Or, sous la plume de Bähr, Gneist et Mayer, la doctrine allemande de la fin du XIX^e siècle propose, sous le terme « Rechtsstaat », un concept sensiblement revu par rapport à l'époque du *Vormärz*. Entre-temps, le concept a gagné en attractivité aux yeux des Français. Selon ces auteurs allemands, seule une norme sanctionnée par un juge est une véritable norme juridique ; aussi le « Rechtsstaat » implique-t-il, dans le champ du droit administratif, l'existence d'une justice [545] administrative. Ce qui attire cette fois-ci l'intérêt des auteurs français, c'est le lien conceptuel intime entre le droit et le juge. Un tel lien est étranger à la tradition française de 1789 qui s'évertue, au contraire, à ériger un organe politique (le parlement, le peuple, etc.) en gardien ultime du droit. C'est cette prémisse conceptuelle que les juristes de la III^e République reprennent de leurs confrères allemands, en l'appliquant toutefois non pas à l'administration, mais au Parlement. Alors qu'outre-Rhin le discours du « Rechtsstaat » servait à justifier l'existence d'un juge administratif, celui d'« Etat de droit » servira, quant à lui, à justifier l'existence d'un juge constitutionnel. « L'importation » n'est donc pas un simple acte passif de réception, mais aussi un acte créatif d'adaptation.

Or, ce nouvel idéal « d'Etat de droit » ne va pas s'acclimater en France : le terme et le concept tombent dans l'oubli à partir des années 1930. La greffe est rejetée. Ses plus célèbres défenseurs (Duguit, Hauriou, Carré de Malberg) décèdent ; toutes les stratégies d'établir un contrôle de constitutionnalité des lois échouent, entre autres à cause du nouveau discours – importé en 1921 des Etats-Unis par Edouard Lambert – du « gouvernement des juges » ; le temps n'est plus aux grandes cathédrales théoriques, mais à une science constitutionnelle plus proche du terrain politique (Barthélemy, Duverger). Enfin, le terme « Etat de droit » n'a pas réussi à supplanter les concepts concurrents de « l'Etat » (l'Etat issu du contrat social, ou l'Etat personne morale), de la « République » (laquelle incarne les valeurs républicaines : liberté, égalité, fraternité, laïcité, etc.), de la « démocratie » (terme clé qui est mis en avant dans la littérature scientifique à partir des années 1930) ou encore du « principe de légalité » (auquel se réfère le Conseil d'Etat). Tous ces termes traditionnels, qui, en partie ou en totalité,

ont le même objet et fonction que le nouveau terme clé « Etat de droit », jouissent d'une aura et d'un ancrage bien plus solides.

L'oubli durera jusqu'à la fin des années 1970. Parmi les facteurs qui sont à l'origine de la renaissance du discours de l'Etat de droit figurent, comme l'on sait, d'une part, la création du Conseil constitutionnel en 1958 et, d'autre part, sa métamorphose en gardien des droits de l'homme à la suite de sa célèbre décision du 16 juillet 1971 (Liberté d'association). C'est dans le sillage de ces événements que le discours français de l'Etat de droit renaît de ses cendres. Pour ses avocats, l'objectif est, en partie, de *décrire* sous ce terme le nouvel état du droit positif, mais aussi, et surtout, de le *légitimer*. Le concept est avant tout d'ordre normatif ou idéologique. Les auteurs qui s'en font le héraut (notamment l'équipe aixoise réunie autour de Louis Favoreu) se réfèrent à la fois à la doctrine de la III^e République (spécialement à la distinction de Carré de Malberg entre « Etat légal » et « Etat de droit »), à la théorie de Kelsen (alors même que celui-ci a toujours réfuté le terme d'Etat de droit) et, surtout, aux divers discours de l'Etat de droit en Allemagne, en Italie, en Espagne, au Portugal, etc. Un rôle particulier revient à l'Allemagne qui, tant sur la pratique que sur la science de l'Etat de droit, fait incontestablement figure de modèle.

Alors que, outre-Rhin, le mot « Rechtsstaat » avait été, en partie, discrédité vers la fin du XIX^e siècle (le mot clé de la science du droit public des Gerber, Laband [546] et Jellinek était le concept d'« Etat »), il fera l'objet d'un véritable culte au lendemain de 1945. Alors que la démocratie est vue avec une méfiance certaine (puisqu'elle a ouvert les portes au despote que fut Hitler), l'Etat de droit est paré de toutes les vertus. Il est, selon Gustav Radbruch, comme le pain et l'eau quotidiens : on ne saurait s'en passer... L'apothéose du mot est totale : le « Rechtsstaat » est érigé en terme phare – « Leitbegriff » disent certains auteurs allemands – non seulement au sein de la doctrine juridique, mais aussi dans les discours des hommes politiques, des médias, des citoyens, des savants (philosophes, sociologues, etc.), des juges (la Cour constitutionnelle en a fait un concept paradigmatique) et, *last but not least*, de la Constitution elle-même. Si, dans le texte de la Constitution fédérale, le terme est assez peu visible et exposé (il apparaît seulement dans l'art. 28 de la Loi fondamentale de 1949, position en retrait qui sera regrettée par la doctrine et corrigée par la Cour de Karlsruhe), dans certaines constitutions fédérées, à l'instar de l'art. 3 de la Constitution de Bavière de 1946⁹, il figure au frontispice de la Constitution, dans le premier ou l'un des premiers articles. La

⁹ Art. 3 al. 1 : « La Bavière est un Etat de droit, un Etat civilisé (Kulturstaat) et un Etat social ».

solution d'inscrire cet idéal dans le texte de la Constitution, et même au tout début du corps du texte, s'imposera peu à peu dans le monde. Relayée dans les années 1970 par les constituants portugais et espagnols, l'ascension du terme atteint son apogée après la chute du mur de Berlin, lorsque toutes les nouvelles constitutions d'Europe centrale et orientale se revendiquent, dès le début, de « l'Etat de droit » (voir infra le tableau).

L'emplacement du terme, au sein même de la Constitution, n'est pas anodin : en général, le terme est situé non pas dans un préambule à la valeur juridique incertaine (emplacement qui risquerait de le ravalier à une simple figure rhétorique), ni dans une disposition plus lointaine et plus technique (ce qui en réduirait le champ d'application et nierait sa fonction de macro- ou méta-concept). D'aucuns diront peut-être que, du strict point de vue juridique, l'emplacement au sein du texte constitutionnel importe peu. Abstraction faite de la question (à part) du préambule et de l'hypothèse d'une consécration explicite de limites matérielles au pouvoir de révision, tous les articles seraient formellement sur un pied d'égalité. Le choix de l'emplacement ne serait qu'une affaire d'écriture et/ou d'affichage politique. A cette vision s'oppose toutefois une autre lecture, qui n'est pas sans impact dans la réalité jurisprudentielle du droit, où les premiers articles énoncent les principes les plus fondamentaux du système constitutionnel. Entre les mains de juges activistes, ceux-ci peuvent servir de fondement à la création de nouvelles règles. Ils peuvent guider l'interprétation et/ou la conciliation des autres dispositions constitutionnelles. Il se peut même que le juge dégage, à partir de ces principes *premiers* (au double sens du terme), un noyau dur de la Constitution insusceptible de révision. [547]

Tableau : L'expansion du discours du « Rechtsstaat » en Europe (UE)				
Pays¹⁰	Traduction littérale nationale	Présence dans le texte de la Constitution¹¹	Présence dans la jurisprudence	Présence en doctrine & dans le discours politique
Pays-Bas	« Rechtsstaat »	Non (Grondwet 1815)	?	Oui
Belgique	« Etat de droit » & « Rechtsstaat » (all./flam.)	Non (Const. 1831)	Cour constit. : oui	Oui
Luxembourg	« Etat de droit » & « Rechtsstaat » (all./lux.)	Non (Const. 1868)	Cour constit. : non Tribunal administratif : très marginal	Oui
Autriche	« Rechtsstaat »	Non (Const. Fédérale 1920) ¹²	Cour constit. : oui	Oui
Lettonie	« Tiesiska valsts »	Non (Const de 1922)	?	Oui
Irlande	Aucune. Présence du discours du	« Rule of Law » : Non	Rule of Law : oui	Rule of Law : oui

¹⁰ Les pays sont rangés en fonction de la date d'élaboration de leur constitution écrite.

¹¹ La version prise en compte est la version en vigueur à l'heure actuelle (janvier 2009).

¹² Parmi les neuf Etats fédérés, le terme « Rechtsstaat » est présent dans la constitution récente de quatre *Länder* (Burgenland, Salzbourg, Haute Autriche, Vorarlberg).

Italie	« Rule of law » « Stato di diritto »	(Const. 1937) Non (Const. 1947)	Cour constitutionnelle : rare, récent Conseil d'Etat : oui	Oui
Allemagne	« Rechtsstaat »	Art. 28 al. 1 LF 1949 ¹³ et, depuis récemment, Art. 16 al. 2 ; 23 al. 1 LF	Oui	Oui
Hongrie	« Jogállam »	Préambule, art. 2 al 1 Const. 1949 (révision post-1989)	Oui	Oui
Danemark	« Retsstat »	Non (Const. 1953)	?	Oui
France	« Etat de droit »	Non (Const. 1958)	Non	Oui
Chypre	« κράτος δικαίου » (Kratos Dikaiou)	Non (Const. 1960)	Oui	Oui
Malte	Aucune. Discours de « Rule of Law » (en maltais : « Saltna tad-Dritt »)	Rule of Law : Non (Const. 1964)	Rule of Law : oui	Rule of Law : oui
Suède	« Rättsstat »	Non (Const. 1974)	?	Oui
Grèce	« κράτος δικαίου » (Kratos Dikaiou)	Art. 25 Const. 1975 (révision de 2001)	Oui	Oui
Portugal	« Estado de direito »	Préambule ; art. 2 ; 7 al. 6 ; 8 al. 4 ; 9 Const. 1976	Oui	Oui
Espagne	« Estado de derecho »	Préambule, art. 1 al. 1 Const. 1978	Oui	Oui
Slovénie	« Pravna država »	Art. 2 Const. 1991	Oui	Oui
Roumanie	« Stat de drept »	Art. 1 al. 3 ; 37 al. 2 C. 1991	Oui	Oui
Bulgarie	« правова държава » (Pravova dăržava)	Préambule, art. 4 C 1991	Oui	Oui
République tchèque	« Právní stát »	Préambule, Art. 1 ; 9 al. 2 Const. 1992	Oui	Oui
Slovaquie	« Právny štát »	Art. 1 ; 134 al. 4 C. 1992	Oui	Oui
Estonie	« Õigusriik »	Art 10 Const. 1992	Oui	Oui
Lituanie	« Teisinės valstybė »	Préambule Const. 1992	?	Oui
Pologne	« Państwo prawne (ou: prawa) »	Art. 2 ; 51 al. 2 Const. 1997	Oui	Oui
Finlande	« Oikeusvaltio »	Art. 2 Const. 1999	?	Oui
UK	Aucune. Présence du discours du « Rule of law »	Rule of Law : Art. 1 Constitutional Reform Act 2005	Rule of Law : oui	Rule of Law : Oui

En France, l'expression « Etat de droit » est loin d'avoir le même statut paradigmatique qu'en Allemagne ou ailleurs. La Constitution de 1958 l'ignore. Ni le Conseil constitutionnel¹⁴ ni les juges judiciaires ou administratifs n'en ont fait une norme constitutionnelle non écrite. Depuis peu, le terme « infiltre » toutefois le droit positif à la fois via divers traités, dont le traité UE, et par diverses réglementations sectorielles nationales depuis le droit des étrangers (où se trouve sa première et unique consécration législative : art. 5 de la loi du 10 décembre 2003) jusqu'à la circulaire du 20 mai 2008 relative à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées contre l'Etat.¹⁵ De façon rarissime, les juges utilisent le terme soit en citant [549] les arguments des parties, soit en référence à un texte (art. 5 précité ; art. 6 traité UE), soit à titre purement rhétorique (« atteintes indignes d'un Etat de droit », le nécessaire respect du droit, etc.). Mais, abstraction faite de ces consécutions

¹³ Le terme est également présent, dès 1946, dans les constitutions de divers *Länder* (Bavière, Hambourg, Bade-Wurtemberg, Sarre, etc.).

¹⁴ Pour l'instant, le Conseil a toujours rejeté les invitations de requérants allant dans ce sens.

¹⁵ Pour d'autres occurrences, allez sur le site internet www.legifrance.gouv.fr (rubrique : « Rechercher un JO »/« Recherche experte »).

marginales en droit positif, le terme est, et reste, avant tout une notion utilisée par la *doctrine* (une *partie* de la doctrine juridique) et, à moindre mesure, par les acteurs politiques. Beaucoup d'hommes politiques continuent en effet à se référer aux idéaux traditionnels de « l'Etat », de la « République » et de la « démocratie ». En ce sens, l'existence d'un véritable « culte » autour de l'Etat de droit est à nuancer. Le discours n'est pas encore intériorisé par tous. La justice doit encore, et toujours, lutter pour sa place, ses pouvoirs, son financement et son indépendance...

II. Une mutation relayée et consolidée par l'Europe

Le concept d'Etat de droit, tel qu'il se cristallise d'abord sous la III^e République puis, surtout, dans les années 1980, renvoie à l'idée de subordination du pouvoir politique au droit, à la Raison juridique, laquelle revendique avec succès une certaine autonomie. Ce faisant, le concept de démocratie (électorale), synonyme de simple règne de la volonté, se trouve relégué à un second rang. L'Etat de droit, c'est à la fois le droit au droit (un droit positif hiérarchisé, clair, accessible, etc.), le droit aux droits de l'homme (appelés aussi « droits fondamentaux »), et le droit au juge. C'est sur ce dernier point que le discours de l'« Etat de droit » est le plus révolutionnaire. Autour du Conseil constitutionnel puis, par extension progressive, des autres juges (les juges ordinaires), se cristallise une nouvelle image du juge qui n'a plus grand-chose à voir avec la conception traditionnelle, héritée de 1789. D'un statut secondaire, voire marginal (simple « serviteur de la loi », simple « service public »), le juge accède, avec le concept d'Etat de droit, au rang d'acteur central de la Cité, et ce au détriment des élus démocratiques. Alors qu'autrefois, le juge était censé être une simple « bouche de la loi », il est présenté de plus en plus dans le discours de l'Etat de droit comme le gardien des valeurs de la société, le défenseur des droits fondamentaux, le « ministre de l'équité »¹⁶. Alors qu'autrefois, en France, l'indépendance était souvent accordée par les politiques du bout des lèvres, et subissait de leur part des entorses graves et régulières, le concept d'Etat de droit appelle à prendre enfin le principe d'indépendance de la justice au sérieux.¹⁷

¹⁶ G. Canivet, « Discours de rentrée lors de l'audience solennelle de la Cour de cassation du 6 janvier 2006 », *Le Monde*, 7 janvier 2006, p. 21. Si d'antan les juges « simples bouches de la loi » disposaient, en vérité, déjà d'un pouvoir (le pouvoir d'interpréter la loi et de combler les lacunes de celle-ci), ce pouvoir a changé d'ampleur voire de nature à mesure que les juges se voient accordés le droit d'invalidier une loi au regard de normes (la Constitution, les droits de l'homme, les traités) dont le degré d'abstraction, et donc d'imprécision, est autrement plus élevé.

¹⁷ L. Heuschling, « Why Should Judges Be Independent? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in K.S. Ziegler, D. Baranger & A.W. Bradley (dir.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, p. 199-223.

[550] L'implantation du concept d'Etat de droit s'est faite d'abord à l'abri de toute influence du droit européen puisqu'elle le précède en grande partie. Elle est le fruit, comme on l'a vu, à la fois de la capacité d'auto-renouvellement de la pensée juridique française et du rayonnement du modèle allemand du « Rechtsstaat ». Encore faut-il apprécier à sa juste mesure l'impact de l'influence étrangère : ainsi, le modèle étranger des cours constitutionnelles n'a joué aucun rôle dans la création du Conseil constitutionnel en 1958 qui est le fruit davantage de considérations internes (il faut protéger l'exécutif). Pour ce qui est de la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, on ignore si le Conseil avait les yeux braqués sur la tradition française de 1789 ou s'il avait jeté un coup d'œil au-delà des frontières... L'apport initial des droits européens à la construction de ce nouvel idéal est donc mince, voire inexistant. Déjà, il convient de ne pas oublier que la ratification de la CEDH n'intervient que très tardivement (en 1974). Quant au droit communautaire, il est présent dès les années 50 ; il se fait même le défenseur d'un certain idéal du règne du droit car son existence même en dépend, l'intégration étant d'abord et avant tout une « intégration par le droit »¹⁸. Mais, comme l'on sait, le droit communautaire ignore au tout début, sur le fond, la dimension libérale de l'Etat de droit (la référence aux droits de l'homme). Il ignore d'ailleurs aussi, du moins jusqu'en 1992, le vocable même d'« Etat de droit ».

Inexistant au début, l'apport des droits européens se développe toutefois par la suite, une fois que la mutation était lancée.¹⁹ L'influence est d'abord perceptible sur le plan sémantique. Si les instances du Conseil de l'Europe utilisent peu ou prou l'expression « Etat de droit », et privilégient depuis ses débuts le vocable clé de « rule of law / prééminence du droit »²⁰, l'UE s'est approprié le terme « Etat de droit » à partir du traité de Maastricht de 1992. Au sein même du traité de l'UE, le terme est en pleine phase d'ascension symbolique et juridique : consacré d'abord dans le préambule et dans des articles reculés, de moindre importance, il n'a cessé, au gré des diverses réformes, d'avancer dans l'ordre des articles, conformément au *mainstream* des Etats européens.²¹ Déjà auparavant, dès la fin de la guerre

¹⁸ Sur ce thème : J.P. Jacqué, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », *Philosophie politique*, n°1, 1991, p. 119 sq. ; A. Chalandon, « Le droit moteur de l'Europe », *Revue administrative*, 1986, p. 427 sq.

¹⁹ Sur ce qui suit, cf. L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.*, p. 296 sq., E. Carpano, *op. cit.*, 2^e partie.

²⁰ Préambule et art. 3 du Statut du Conseil de l'Europe signé à Londres en 1949 ; dernier alinéa du préambule de la CEDH de 1950.

²¹ En 1992, le traité de Maastricht introduit le terme dans le préambule (al. 3) et à l'art. J.1. (al. 2) du traité UE ainsi qu'à l'art. 130 U du traité CE. Avec le traité d'Amsterdam de 1997 apparaît l'actuel art. 6 UE qui, dans son alinéa 1^{er}, consacre de façon emblématique les « principes communs aux Etats membres » dont le principe de « l'Etat de droit ». Dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, le terme figure, dès le

froide, une [551] autre organisation européenne – la CSCE/OSCE – avait également participé par divers documents emblématiques à l'exaltation du nouvel idéal commun de « l'Etat de droit démocratique ». ²² Ainsi, tous les Etats membres de l'UE, ou de l'OSCE – et parmi eux surtout ceux dont la Constitution ignore encore le terme, à l'instar de la France ²³ – sont, peu à peu, habitués à l'idée du rang prééminent du terme « Etat de droit ». L'influence des droits européens ne se limite toutefois pas seulement au mot, même s'il ne faut sous-estimer le poids des mots : le fait qu'un terme soit dans l'air du temps vaut déjà un premier succès pour le concept, qui peut se targuer d'être un concept évident et consensuel.

Au niveau de la définition du concept, les droits européens n'apportent guère d'innovation radicale car ils se font le relais d'un concept dont la charpente a déjà été établie au niveau national. La définition de « l'Etat de droit » contenue dans l'art. 2 de la Déclaration de Copenhague du 29 juin 1990 mérite à cet égard d'être citée car elle est représentative du concept prédominant non seulement au sein de l'OSCE, mais aussi de l'UE et de la CEDH : « L'Etat de droit ne signifie pas simplement une légalité formelle assurant régularité et cohérence dans l'instauration et la mise en œuvre de l'ordre démocratique mais bien la justice fondée sur la reconnaissance et la pleine acceptation de la valeur suprême de la personne humaine et garantie par des institutions offrant un cadre pour son expression la plus complète » ²⁴. Il faut préciser que, au sein de l'UE comme du Conseil de l'Europe, il va de soi que le meilleur garant du droit et des droits de l'homme est censé être non pas un organe politique, mais le juge. Ce juge est de surcroît un juge audacieux et activiste. Se démarquant très nettement du droit international général qui, traditionnellement, est plus rétif au mode juridictionnel de résolution des litiges, le droit européen reprend et conforte, à l'inverse, la logique de juridictionnalisation de l'Etat de droit qui s'était développé en droit interne, dans certains droits internes.

début, à l'alinéa 1^{er} du préambule et dans l'art. 2 du corps du texte. Selon le traité de Lisbonne, la référence passe, au sein du préambule du traité UE, de l'al. 3 à l'al. 2 ainsi que, dans le corps du texte, de l'art. 6 à l'art. 2.

²² Voir surtout la Déclaration de Copenhague du 29 juin 1990, la Charte de Paris pour une nouvelle Europe des 19 et 21 novembre 1990 ainsi que les divers documents de travail élaborés par la Commission de Venise. E. Decaux, *Sécurité et coopération en Europe. Textes officiels du processus de Helsinki (1973-1992)*, Paris, La documentation française, 1992.

²³ En 1992, sur les 12 Etats membres de l'UE seuls 3 avaient formellement consacré le terme dans le texte de leur Constitution (All., Esp, Port.). En 1997, le ratio était de 3 sur 15. A l'heure actuelle, il est de 15 sur 27.

²⁴ Cité d'après E. Decaux, *op. cit.*, p. 230. Ainsi, en droit communautaire, alors qu'au début le concept de « Communauté de droit » dégagé en 1986 (*Les Verts c. Parlement*) par la CJCE se focalisait sur les aspects formels du droit (hiérarchie, justiciabilité), le concept va s'élargir à la garantie des droits fondamentaux à partir de la décision du 25 juillet 2002 *Union de los Pequeños Agricultores*.

La véritable innovation qu'apporte le droit européen ne se situe pas tant sur le plan de la *définition du concept* que sur celui de sa *mise en œuvre*. Il va sans dire (mais ce point dépasse déjà les limites du présent article²⁵) que le droit européen, spécialement le droit de la CEDH, s'est souvent avéré être une source d'impulsion majeure lorsqu'il s'agit, en détail, de définir le régime juridique de telle ou telle composante de l'Etat de droit, à l'instar de telle ou telle liberté. Les droits européens ont engendré [552] également une reconfiguration majeure de l'architecture institutionnelle de l'Etat de droit. Celui-ci se présente désormais en France sous la forme d'un Etat de droit à double voie et à double étage. Double voie, car, à l'intérieur du droit français, le concept d'Etat de droit se réalise par deux mécanismes : d'une part, le contrôle de constitutionnalité et, d'autre part, le contrôle de conventionnalité. Ce second bras de l'Etat de droit (qui, chronologiquement, aurait pu être le premier²⁶) doit son existence en particulier à l'Europe. C'est la perspective du futur rôle du droit international et européen qui a poussé les constituants, d'abord en 1946 (art. 26 Const.), puis en 1958 (art. 55 Const.), à consacrer le rang supra-légal des traités et, ce faisant, à poser un jalon décisif sur la voie du passage de l'Etat légal vers l'Etat de droit. L'Etat de droit est également à deux étages, puisque à la garantie du droit et des droits de l'homme par les diverses juridictions françaises (Conseil constitutionnel, juges ordinaires) s'ajoute désormais la garantie assurée, au niveau supranational, par les deux juridictions que sont la CJCE et la CoEDH.

Mais, toutes ces innovations, aussi importantes qu'elles soient, se situent d'avantage au niveau de la *concrétisation* du concept d'Etat de droit. Le *concept* quant à lui est, dans son essence, le même. L'exemple du concept d'Etat de droit montre donc que, si les droits européens instillent souvent de nouvelles logiques au droit public français, il faut se garder d'exagérer la portée de ce propos. L'Europe n'est pas seulement ce « troubleur » ou « agitateur » que l'on esquisse souvent ; elle se fait aussi, à l'occasion, le gardien et réceptacle de concepts et règles qui ont fait leurs preuves en droit interne, du moins dans certains droits internes.²⁷ C'est ce qui nous amène aussi, en conclusion, à relativiser le thème si cher aux autorités supranationales et à la science de droit européen de « l'autonomie conceptuelle »²⁸. Si celle-ci est bien réelle, elle n'est pas sans limites.

²⁵ Pour cela, voir un premier aperçu non exhaustif (tant la matière est vaste) dans l'ouvrage d'E. Carpano.

²⁶ Cette graine plantée dans la Constitution française dès 1946 (donc bien avant que l'on institue un contrôle de constitutionnalité) tardera toutefois à éclore, puisqu'il faut attendre 1975, voire 1989.

²⁷ Cette dimension conservatrice est perdue de vue par ex. dans l'article de O. Maetz, « L'influence des concepts communautaires sur le droit public français », in G. Eckert, Y. Gautier, R. Kovar, D. Ritleng (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Presses universitaires de Strasbourg, 2007, spéc. p. 187 sq.

²⁸ Voir par ex. J.C. Gautron, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, spéc. p. 35 sq. (« autonomie notionnelle »).

