



**HAL**  
open science

## La définition du standard européen de l'État de droit

Éric Carpano

► **To cite this version:**

Éric Carpano. La définition du standard européen de l'État de droit. RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen, 2019, n° 2019/2, p. 255-272. hal-02265324

**HAL Id: hal-02265324**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-02265324>**

Submitted on 10 Jan 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# La définition du standard européen de l'État de droit

Éric Carpano. La définition du standard européen de l'État de droit. *RTDEur. Revue trimestrielle de droit européen*, 2019, n° 2019/2, p. 255-272. ([hal-02265324](https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02265324))

Eric Carpano, Professeur de droit public, Chaire Jean Monnet

Université Jean Moulin – Lyon3

*Résumé – L'Etat de droit est un standard du droit constitutionnel européen, produit d'une communauté de valeurs et érigé en étalon de normalité dans l'UE. Il plonge ses racines dans l'histoire européenne de la lutte pour la prééminence du droit contre l'arbitraire et incarne la forme juridique du libéralisme politique. Dynamique, servant de support à de multiples revendications, l'Etat de droit a, en tant que standard, un contenu évolutif étroitement lié à la nature et la finalité du discours qui le porte, oscillant entre une conception formelle portée par la Cour de justice et une conception matérielle axée sur les valeurs relayée par les institutions politiques de l'Union.*

*Summary – The rule of law is a standard of european constitutional law, the product of a community of values and a tool of normality in EU. It has its roots in the European history of the struggle for the rule of law against arbitrariness and embodies the legal form of political liberalism. Dynamic, serving as a support for multiple demands, the rule of law has, as a standard, an evolving content closely related to the nature and the goals of the discourse that carries it, oscillating between a formal conception of the ECJ and a material conception, based on values, relayed by the Union's political institutions.*

L'Union européenne « repose sur le principe de la démocratie et sur le principe l'État de droit »<sup>1</sup> ; elle est « fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités »<sup>2</sup>. Cette consécration européenne de la notion d'Etat de droit, tout à la fois comme un *principe* et une *valeur* de l'Union, signifie deux choses : d'abord que l'Union elle-même se constitue, en tant qu'organisation politico-juridique, en une *Union de droit*, régie par la prééminence du droit (*rule of law*), au sein de laquelle ses institutions et ses Etats membres ne peuvent échapper au contrôle de la légalité de leurs actes avec la charte constitutionnelle de l'Union<sup>3</sup> ; ensuite, que l'Union est une *Union d'Etats de*

---

<sup>1</sup> Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>2</sup> Article 2 du traité sur l'Union européenne.

<sup>3</sup> Selon une formule rituelle inaugurée par l'arrêt Les Verts (CJCE, Les Verts/Parlement, 294/83, EU:C:1986:166, point 23), « l'Union est une Union de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes, notamment, avec les traités, les principes généraux du droit ainsi que les droits fondamentaux » (voir, CJUE, 3 octobre 2013, Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 9 ; CJUE, 6 octobre 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, point 60 ; CJUE, 29 mai 2018, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a., C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335).

*droit*<sup>4</sup>. Le respect de l'Etat de droit est une condition d'appartenance à l'Union qui s'impose aux Etats candidats à l'adhésion mais aussi aux Etats membres<sup>5</sup>. C'est dans ce cadre qu'ont été mis en place différents mécanismes, formels et informels, de contrôle du respect de l'Etat de droit dans l'Union européenne. L'obligation de respecter les exigences de l'Etat de droit est donc une norme juridique de l'UE qui s'impose tant aux Etats membres qu'à l'Union elle-même<sup>6</sup>. Après avoir servi à consolider les mécanismes de contrôle de légalité dans l'Union (*Les Verts*), l'Etat de droit est désormais brandi comme un étendard pour lutter contre les tentations illibérales de certains de ses Etats membres<sup>7</sup>.

Consacré par les droits positifs nationaux<sup>8</sup>, européens et internationaux<sup>9</sup>, repris largement par la doctrine, l'Etat de droit est à la mode. Il fonde les discours de légitimité et sert de support à toutes formes de revendications<sup>10</sup>. Une telle promotion peut paraître suspecte alors même que la doctrine ne cesse depuis l'origine d'en dénoncer l'imprécision, la tautologie<sup>11</sup> au point que certains proposent purement et simplement de s'en passer dès lors que ce concept ne remplirait aucun critère de scientificité<sup>12</sup>. Paradoxal ! L'Etat de droit est une notion aujourd'hui incontournable des discours doctrinaux et normatifs, dont le respect des exigences peut constituer une obligation juridique sanctionnée, alors même qu'il s'agirait d'une notion polysémique dont la signification est ambivalente et le contenu variable<sup>13</sup>. Cette apparente contradiction témoignerait de sa nature juridique : l'Etat de droit serait un standard constitutionnel.

Un standard est « *un principe partagé et reconnu par le plus grand nombre* »<sup>14</sup> et servant à ce titre de modèle de référence. Il vise à permettre « *la mesure des comportements et des situations en termes de normalité* »<sup>15</sup>. Les standards constituent une technique de réalisation du droit dont le contenu est déterminé par son interprète lors de son application à une situation donnée. Il présuppose une communauté de valeurs qui l'établit en normalité existante (*normalité interne*) et l'investit en étalon de normalité (*normalité externe*), le consensus dont il fait l'objet étant facilité par sa plasticité : il est à la fois une moyenne et un modèle<sup>16</sup>. La consécration d'un standard constitutionnel global est le résultat d'un processus complexe de consolidation qui l'établit comme modèle de référence (*modèle d'adhésion* et *modèle d'évaluation*). Il est le produit d'une co-construction, par sédimentation progressive, s'inscrivant dans l'espace et le

---

<sup>4</sup> C. Vial, « Un paradoxe cohérent et surmontable : le difficile respect de l'État de droit dans l'Union (des États) de droit », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, Lexisnexis, 2018, p. 1

<sup>5</sup> D. Sinou, « Le respect de l'Etat de droit comme condition de participation à l'Union européenne », in Société française de droit international (dir.), *L'Etat de droit en droit international*, Paris, A. Pedone, 2009, p. 239, spéc. p. 244

<sup>6</sup> CJUE, Gde ch., ord, 27 novembre 2017, *Commission / Pologne*, aff. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, point 102.

<sup>7</sup> K. Rupnik, « The crisis of liberalism », *Journal of democracy*, 29 (3), 2018, pp.24-38.

<sup>8</sup> Voir infra, I-A.

<sup>9</sup> J-Y Morin, « L'Etat de droit : émergence d'un principe de droit international », RCADI, tome 254, 1995.

<sup>10</sup> J. Chevallier, « L'Etat de droit », RDP, 1988, p. 314.

<sup>11</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1990, p. 304.

<sup>12</sup> L. Heuschling, *Etat de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 25.

<sup>13</sup> E. Carpano, *Etat de droit et droits européens. L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 117 et ss.

<sup>14</sup> D. Rousseau, Préface, M. Disant, G. Lewkovicz et P. Türk, *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

<sup>15</sup> S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 72 et ss.

<sup>16</sup> R. Pound, « The administrative application of legal standards », *Reports of the American Bar Association*, Vol. 44 (1919), pp. 445-465.

temps, impliquant différents acteurs (constituant, juge, institutions, doctrine, experts, opinion publique) qui participent à l'écriture collective d'un récit commun, fait d'emprunts réciproques, dans lequel s'ancre le standard<sup>17</sup>.

De manière paradoxale, la question de la définition et du contenu d'un standard européen de l'Etat de droit ne s'était pas véritablement posée au sein de l'Union européenne jusqu'à un passé récent<sup>18</sup> tant il était vrai qu'il faisait l'objet d'une large unanimité après la chute des démocraties socialistes de l'Est. L'Etat de droit incarnait la victoire du modèle libéral occidental<sup>19</sup>. Son inscription dans la charte constitutionnelle de l'Union après le traité de Maastricht était symbolique et remplissait une fonction essentiellement performative. C'est à la faveur des revendications illibérales en Europe, exacerbées par un reflux identitaire et nationaliste, que le standard européen de l'Etat de droit a pris tout son sens et qu'il est devenu nécessaire d'en interroger le contenu. Il est ancré dans l'histoire européenne et le produit d'une construction réticulaire transnationale et supranationale, dont l'Union européenne, en tant que communauté de valeurs, est l'héritière (I). Son contenu évolutif est partiellement déterminé et oscille dans l'Union entre une conception stricte formelle et une conception plus substantielle (II).

## **I – La construction réticulaire du standard européen de l'Etat de droit**

L'Etat de droit est un standard du droit constitutionnel européen non pas seulement par ce que le droit de l'Union européenne l'érige en principe et en valeur de l'Union européenne. Il l'est aussi parce qu'il s'agit d'un principe constitutionnel et d'une valeur communs aux Etats membres qui fait l'objet d'un consensus autour duquel s'articule l'ordre constitutionnel des démocraties libérales : il en constitue l'un des paradigmes organisationnels au même titre que la démocratie. Le consensus dont il fait l'objet comme modèle de limitation du pouvoir est le résultat d'un processus historique de consolidation (A) qui l'a conduit à être érigé en principe constitutionnel européen (B).

### **A. L'Etat de droit, une notion européenne**

Là où la démocratie est un mode d'organisation du pouvoir, l'Etat de droit désigne un mode de limitation du pouvoir qui vise à empêcher l'arbitraire afin de garantir la primauté de l'individu. C'est une idée européenne qui plonge ses racines au plus profond de l'histoire politico-juridique de l'Europe (1) et qui sera conceptualisée à partir du 19<sup>ème</sup> siècle sous le néologisme de *Rechtsstaat* (Etat de droit) en incarnant la forme juridique de libéralisme politique (2).

---

<sup>17</sup> A-M. Slaughter « A Typology of Transjudicial Communication » (1994) 29 U. Rich. L. Rev. 101; E. Carpano, « L'émergence d'une jurisprudence globale des droits fondamentaux », Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Turpin, *Etat du droit, état des droits*, LGDL, Lextenso, 2017, pp. 499-514.

<sup>18</sup> Voir toutefois, J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, Paris, L.G.D.J., 2000 ; R. Hoffmann & alii, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Muller, Heidelberg, 1996 ; M-L Fernandez Estaban, *The rule of law in the European constitution*, Kluwer, 1999 ; E. Carpano, *Etat de droit et droits européens. L'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'eupéanisation des systèmes juridiques*, Paris, L'Harmattan, 2005. Désormais, la littérature est abondante. On citera par exemple, Th. Konstadinides, *The rule of law in the EU : The internal dimension*, Bloomsbury, Modern studies in european law, 2017.

<sup>19</sup> A l'instar du libéralisme (F. Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992), l'Etat de droit devait marquer la « fin de l'histoire » de l'organisation des sociétés occidentales (voir les critiques de J. Chavallier, « La mondialisation de l'Etat de droit », Mélanges Philippe Ardant, Paris, LGDJ, 1999, p. 33.

## 1. L'idée de prééminence du droit en Europe

La définition du standard européen de l'Etat de droit est le résultat d'un processus historique de construction d'un gouvernement par le droit: il s'agissait de substituer à la volonté du prince et l'arbitraire, la volonté de la loi et de son autorité. Ce combat n'est pas nouveau. Bien avant la naissance de l'Etat moderne, il y a près de 2400 ans, Aristote avait déjà posé la question en ces termes : « *il est (...) préférable que la loi règne plutôt que l'un quelconque des citoyens et, d'après le même principe, même (si) certains individus détiennent l'autorité, il faut les établir comme gardiens et ministres des lois* »<sup>20</sup>. A quelques variations près, les Lumières, les révolutionnaires français et les libéraux allemands du *Vormärz* ne diront pas autre chose.

L'histoire moderne de la prééminence du droit, commence en Angleterre avec la *Magna Carta* de 1215 et se poursuit d'une part avec l'affirmation progressive de la primauté de la loi et du Parlement (modèle Lockien de la primauté du droit) et d'autre part avec le combat des juridictions de common law pour soumettre l'activité de l'exécutif, jusqu'à la *royal prerogative*, au contrôle juridictionnel (le modèle Cokien de la primauté du droit)<sup>21</sup>. Dicey verra dans ces deux conceptions les traits fondamentaux de la constitution britannique articulée autour de la notion de *Rule of law*<sup>22</sup>. Eclairés par les Lumières, les révolutionnaires français et américains poursuivront cette entreprise. Il y a, il est vrai, quelques paradoxes à considérer à l'instar de Carré de Malberg que la révolution française est l'un des berceau de l'Etat de droit alors que la conception révolutionnaire du « règne de la loi » qui imprènera pendant près de deux siècles des générations de juristes constituera un obstacle de taille à l'instauration d'un véritable Etat de droit (constitutionnel) en France. Pourtant, bien avant sa conceptualisation moderne sous la forme du *Rechtsstaat*, la doctrine française s'était forgée son propre concept d'un Etat limité par le droit : la *république*<sup>23</sup>. La république est un Etat des lois<sup>24</sup> ; c'est ce que Carré de Malberg appellera l'Etat légal. Le passage de l'Etat légal à l'Etat constitutionnel, en ce qu'il incarne la figure contemporaine de l'Etat de droit, est certes le produit de la culture juridique américaine mais l'idée était également tout entière contenue dans l'article 16 de la DDHC aux termes duquel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution »<sup>25</sup>.

Le combat pour la prééminence du droit a pu ainsi se faire sous différents étendards : la common law (Edouard Coke), le règne de la loi (John Locke et Rousseau), la République (Rousseau, Kant, la révolution), la constitution (Article 16 DDHC, *Marbury v Madison*), le *due process of law* (5<sup>ÈME</sup> amendement de la constitution américaine) ou encore le *rule of law* (Dicey). Toutes ces notions ont en commun de vouloir enfermer l'exercice du pouvoir dans un cadre de droit afin d'éviter l'arbitraire. Telle est la profonde essence de l'Etat de droit qui en constitue l'expression la plus récente : l'Etat de droit c'est la forme juridique de libéralisme politique.

## 2. L'Etat de droit, la forme juridique de libéralisme

<sup>20</sup> Aristote, *Politique*, III, XVI, 3 et 5, n°1287a.

<sup>21</sup> E. Carpano, précité, pp. 41-53.

<sup>22</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the law of the Constitution*, 10ème éd., Préf. E.C.S. Wade, Londres, Macmillan and Co Ltd, 1959, sp. 183.

<sup>23</sup> S. Goyard-Fabre, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 277.

<sup>24</sup> Pour Jean-Jacques Rousseau, il faut comprendre par république « tout Etat régi par les lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être : car alors seulement l'intérêt public gouverne et la chose publique est quelque chose. Tout gouvernement légitime est républicain » in *Le contrat social*, in *Œuvres complètes*, Paris, La Pléiade, 1964, T III, Livre I, Chap. 3, p. 379.

<sup>25</sup> En ce sens, M. Miaille, « L'Etat de droit dans la Constitution », in 1791. La première constitution française, Paris, Economica, 1993, p. 23.

L'association des termes *Recht* (droit) et *Staat* (Etat), sous le néologisme *Rechtsstaat* (Etat de droit), a fait son apparition pour la première fois sous la plume Wilhelm Pertersen (1758-1815), dit Placidus, en 1798, pour désigner l'école de Kant<sup>26</sup>. Mais ce sont les libéraux allemands du *Vormärz* (Carl Theodor Welcker et Carl Rodecker von Rotteck)<sup>27</sup> qui vont lui donner son acception moderne en opposant le *Rechtsstaat*, réceptacle des revendications libérales de la bourgeoisie allemande, à l'Etat « providence » frédéricien (*Polizeistaat*) et l'Etat monarchique autoritaire (*Obrigkeitsstaat*). L'échec de la révolution de 1848 brisera l'espérance d'une liberté politique que le *Rechtsstaat* devait incarner. A partir de 1848 s'ouvre une longue période de la crise de la théorie libérale du *Rechtsstaat* qui trouvera son point d'orgue dans la tragédie nazie. Cette période est marquée par un processus de formalisation et de dépolitisation de la théorie de l'Etat de droit qui imprègne encore aujourd'hui l'appréhension que l'on a du concept comme en témoigne l'approche essentiellement formelle et procédurale que les institutions européennes ont de l'Etat de droit. Il ne s'agit plus de s'interroger sur les buts de l'Etat, mais sur la manière dont l'Etat doit fonctionner pour garantir l'effectivité du respect du droit. Ce processus de formalisation de la théorie de l'Etat de droit, initié par Stahl, va aboutir à l'assimilation pure et simple de l'Etat de droit à la légalité, de telle sorte que l'Etat de droit n'est rien d'autre que l'état du droit administratif bien ordonné. Il devient en Allemagne un instrument pour « *soumettre complètement l'administration au droit et (...) développer en conséquence, une théorie générale du droit administratif équivalente à celle du droit privé* »<sup>28</sup>. En Allemagne comme en Italie, la théorie de l'Etat de droit va servir dans cette perspective de support au développement et à l'approfondissement du contrôle juridictionnel de l'administration qui en devient le critère fondamental. La soumission de l'administration au droit passe par l'instauration de son contrôle juridictionnel afin que soit pleinement garantie la légalité de son action : c'est sous la plume de Otto Bähr et Rudolph Gneist en Allemagne ou Spaventa et Orlando en Italie, que la théorie de Etat de droit va se juridictionnaliser et s'identifier progressivement à la justice administrative<sup>29</sup>. De même, pour Carré de Malberg, « *L'Etat de droit est donc celui qui – en même temps qu'il formule des prescriptions relatives à l'exercice de sa puissance administrative – assure aux administrés, comme sanction de ces règles, un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle à l'effet d'obtenir l'annulation, la réformation ou en tout cas la non application des actes administratifs qui les auraient enfreintes* »<sup>30</sup>. L'Etat de droit c'est donc d'abord le contrôle de l'administration. Mais pas seulement. Ce sera aussi le contrôle du Parlement. La réception doctrinale très tardive de la théorie de l'Etat de droit en France illustre cette extension de la logique juridictionnelle de l'Etat de droit. Déjà Carré de Malberg pouvait relever que la France de la troisième république ne « *s'était pas élevée jusqu'à la perfection de l'Etat de droit* »<sup>31</sup>. Pour lui « *la vraie dénomination à donner à l'Etat français sous ce rapport serait plutôt celle d'Etat légal* » qui « *tend purement à assurer la suprématie de la volonté du corps législatif et (...) n'implique que la subordination de l'administration aux lois* »<sup>32</sup>. Dans l'Etat de droit, aucune autorité, pas même le parlement, ne peut échapper au contrôle de la légalité/constitutionnalité de ses actes. Ce discours constitutionnel de l'Etat de droit va justifier sa mobilisation en France à partir de 1974. C'est à

<sup>26</sup> Luc Heuschling rappelle que Placidus oppose d'un côté les « Rechts-Staats-Lehrer » (les théoriciens de l'Etat de droit) et de l'autre les « Staats-Rechts-Lehrer » (les théoriciens du droit de l'Etat), L. Heuschling, op.cit., p. 49.

<sup>27</sup> O. Jouanjan, « Présentation », in O. Jouanjan (dir.), Les figures de l'Etat de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire constitutionnelle et intellectuelle de l'Allemagne, Strasbourg, PU Strasbourg, 2001, p. 16.

<sup>28</sup> M. Fromont et A. Rieg, Introduction au droit allemand, Tome 1, Paris, Cujas, 1977, p. 33.

<sup>29</sup> E. Carpano, précité, pp. 83-137.

<sup>30</sup> R. Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, T1&2, Recueil Sirey, Réimpression, CNRS, Paris, 1962. p. 489-490.

<sup>31</sup> Ibid. p. 492.

<sup>32</sup> Ibid. p. 490.

l'occasion de l'élargissement des modalités de saisine du Conseil constitutionnel que le discours de l'Etat de droit va ressurgir et s'imposer durablement dans l'espace dogmatico-doctrinal comme la figure de l'Etat constitutionnel<sup>33</sup>.

## **B. L'Etat de droit, un principe européen**

Le discours de l'Etat de droit n'est pas resté cantonné au débat doctrinal. Si la chose qu'il décrit a été progressivement mise en œuvre dans les démocraties occidentales à partir de la fin du 19<sup>ème</sup> siècle par le développement et l'approfondissement des modalités du contrôle de l'action des autorités publiques, de la justice constitutionnelle et de la protection des droits fondamentaux, la notion va intégrer le droit positif, sous la forme d'un principe constitutionnel à partir du milieu du 20<sup>ème</sup> siècle (1). Mais c'est surtout au début des années 1990, après l'effondrement du bloc communiste, que l'Etat de droit va accéder à une nouvelle dignité constitutionnelle incarnant la victoire de la démocratie libérale, relayée par les organisations européennes et internationales (2).

### **1. Un principe constitutionnel national**

En gestation sous la République de Weimar, l'Etat de droit fut inséré sous la forme d'un principe constitutionnel pour la première fois au lendemain de la barbarie Nazie dans la loi fondamentale allemande de 1949. C'est dans une moindre mesure dans des conditions historiques post-traumatiques similaires que le principe de l'Etat de droit a été intégré au sein des constitutions portugaise et espagnole après la chute des régimes totalitaires salazariste et franquiste et dans les constitutions de la plupart des pays d'Europe centrale et orientale après la fin des régimes communistes<sup>34</sup>.

Dans ces constitutions le principe de l'« Etat de droit » (Estonie, Lituanie, Macédoine) peut aussi être « démocratique » (Hongrie, Pologne, Portugal, République tchèque, Slovaquie), « social » (Slovénie), ou les deux à la fois (Allemagne, Espagne, Bulgarie, Roumanie). A l'exception du cas portugais où l'expression « Etat de droit démocratique » ambitionnait chez les constituants de réconcilier socialisme et Etat de droit, ces formules n'emportent pas, au regard des pratiques constitutionnelles, de différences substantielles dans la conception de l'Etat de droit et se limitent, en fin de compte, à symboliser sémantiquement la dimension substantielle de l'Etat de droit et son ancrage dans les valeurs sociales et démocratiques de la société libérale. Selon les cas, c'est l'Etat (Hongrie) ou la République (Pologne) qui se constitue en Etat de droit. En Allemagne, le principe du *Rechtsstaat* (article 28 LF) s'impose aux Länder et renvoie au fond commun des valeurs de l'Union européenne (article 23 LF). En réalité, l'article 28LF impose non seulement aux états fédérés de respecter le principe du *Rechtsstaat* mais, en même temps, il rétroagit sur l'ordre juridique fédéral en le qualifiant en creux d'Etat de droit. Si la loi fondamentale n'en comporte aucune définition, il est précisé qu'il s'agit de « l'Etat de droit ... au sens de la présente loi fondamentale » de telle sorte que le principe du *Rechtsstaat* serait « immanent » à la loi fondamentale. Il « découle (...) des dispositions de l'article 20 al. 3 (...) et des articles 1 al. 3, 19 al. 4, 28 al. 1, ainsi que de la conception d'ensemble de la loi fondamentale »<sup>35</sup>. L'absence de définition de l'Etat de droit et de ses exigences est une caractéristique commune de ces consécutions constitutionnelles et c'est le juge constitutionnel

---

<sup>33</sup> L. Heuschling, précité.

<sup>34</sup> F. PARMENTIER, *Les chemins de l'Etat de droit. La voie étroite des pays entre Europe et Russie*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014

<sup>35</sup> BVerfGE 2, 403 ; 25, 290 ; 49, 163

qui en a défini le contenu. Le juge allemand a rappelé que « ce principe ne comporte pas d'ordres ou d'interdictions constitutionnels valables pour toutes les espèces et clairement établis dans tous leurs détails ; ce principe requiert au contraire des concrétisations variables selon les données de fait »<sup>36</sup>. L'acceptation de l'indétermination fondamentale du principe est partagée par le tribunal constitutionnel portugais pour qui « le principe de l'Etat de droit (...) repose sur un ensemble de règles et de principes dispersés dans le texte constitutionnel sous-tendant l'idée de soumission du pouvoir aux principes et aux règles juridiques qui garantissent aux citoyens la liberté, l'égalité et la sécurité »<sup>37</sup> ou par le tribunal constitutionnel polonais pour qui « le contenu de la clause d'Etat démocratique de droit comporte toute une série de règles lesquelles, même si elles ne sont pas expressément énoncées dans le texte de la constitution, peuvent être déduites de l'essence même et de l'axiologie de cette clause »<sup>38</sup>. Toutefois, en dépit de cette indétermination a priori, l'observateur est frappé par la congruence des exigences du principe de Etat de droit dégagées par les juges constitutionnels nationaux<sup>39</sup> que synthétise la liste des critères de l'Etat de droit dressée par la Commission de Venise<sup>40</sup>.

## 2. Un principe constitutionnel européen

Dans l'Union, l'avènement du discours de l'Etat de droit est concomitant avec la chute du bloc communiste au tournant des années 1990 et symbolise la victoire du modèle de la démocratie libérale, aujourd'hui pourtant ébranlée. L'Europe post-communiste, devait se penser sous le signe du triptyque, droits de l'homme / démocratie / Etat de droit comme le souligne la Charte de Paris pour une nouvelle Europe qui fut sans doute le premier texte européen à réactiver le thème de l'Etat de droit<sup>41</sup>. L'effondrement du bloc communiste a précipité la nécessité de véhiculer et d'installer les structures de la démocratie libérale à l'Est et la figure de l'Etat de droit pouvait servir d'instrument privilégié pour en relayer le discours<sup>42</sup>. Ce discours a été porté par un certain nombre d'experts et de « pèlerins constitutionnels » spécialistes de « l'ingénierie constitutionnelle »<sup>43</sup> financés par les organisations européennes<sup>44</sup>. Mais derrière cette soudaine et conjoncturelle réactivation de la notion d'Etat de droit, on trouve un discours de l'Etat de droit beaucoup plus ancien et discret au sein des organisations européennes<sup>45</sup>, soutenu d'abord par la Cour EDH et le Conseil de l'Europe, puis plus tardivement, par les institutions de l'Union européenne.

Si le mot apparaît au tournant des 1990 dans les textes européens, la chose qu'elle décrit est plus ancienne. Elle est contenue dans le principe de prééminence du droit (*rule of law*) consacré dans le préambule de la CEDH ; l'article 3 du Statut de Londres du 5 mai 1949 en fait une

---

<sup>36</sup> BVerfGE 45, 187 (246).

<sup>37</sup> TC portugais, n° 1204/96 du 27 novembre 1996, DR I, p. 130.

<sup>38</sup> TC polonais, 4 janvier 1999, AIJC, 1999, p. 854.

<sup>39</sup> Voir notre étude, E. Carpano, précité.

<sup>40</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, « Liste des critères de l'Etat de droit », CDL-AD(2016)007.

<sup>41</sup> Charte de Paris pour une nouvelle Europe, 21 novembre 1990 (CSCE).

<sup>42</sup> Sur le pouvoir attractif du concept d'Etat de droit, voir notamment, M. MIAILLE, « Le retour de l'Etat de droit. Le débat en France », in D. COLAS (dir), L'Etat de droit, Paris, PUF, coll 'Questions', 1987, p216 et ss.

<sup>43</sup> Y. MENY (dir.), Les politiques de mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet, L'harmattan, Paris, 1993

<sup>44</sup> G. BUQUICCHIO et P. GARRONE, « L'harmonisation du droit constitutionnel européen : la contribution de la Commission européenne pour la démocratie par le droit », Revue de droit uniforme/ Uniform Law Review 1998-2/3, pp. 323-338.

<sup>45</sup> La contribution des organisations européennes, telles que le Conseil de l'Europe ou l'Organisation sur la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE, ex-CSCE), à la promotion du modèle de l'Etat de droit fut à cet égard déterminante. V. J-Y MORIN, « L'Etat de droit : émergence d'un principe du droit international », RCADI, 1995, Tome 254, p. 202 et ss.



condition d'appartenance au Conseil de l'Europe. Il s'agit d'« *un des éléments du patrimoine spirituel commun aux Etats membres du Conseil de l'Europe, auxquels ceux-ci ont déclaré leur attachement sincère* »<sup>46</sup>. Ce principe de prééminence du droit est équivalent à celui d'Etat de droit. Il l'est par sa traduction anglaise (*rule of law*) que l'on assimile désormais au sein du droit positif européen et international à l'Etat de droit<sup>47</sup>. Il l'est également par les exigences qui lui sont rattachées<sup>48</sup> au point de considérer que l'expression « prééminence du droit » ne serait qu'un aléa sémantique de l'histoire du droit européen eu égard à la promotion récente et nouvelle de la notion d'Etat de droit. Nous en voulons pour preuve également la substitution des termes « prééminence du droit » dans le préambule du traité de Maastricht par les termes « Etat de droit » dans le préambule du traité d'Amsterdam sans que le contenu de ce préambule n'ait été substantiellement modifié. Inversement, la Cour EDH elle-même n'hésite plus à recourir à la notion d'Etat de droit, en complément ou en substitut, de la prééminence du droit<sup>49</sup>.

Dans l'Union européenne, le discours de l'Etat de droit est plus récent. C'est sous la notion de « communauté de droit » dans l'arrêt *les Verts* que le concept d'Etat de droit investit l'ordre juridique communautaire en 1986<sup>50</sup>. D'utilisation marginale<sup>51</sup>, il se transfigura en « Union de droit » sans jamais être explicitement consacré par les traités<sup>52</sup>. Le traité de Maastricht est le premier traité de l'Union à faire référence à l'Etat de droit au terme d'une formule qui ne cessera d'être reprise et développée dans les traités ultérieurs: les parties contractantes confirment dans le préambule «leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'Etat de droit » ; avec le traité d'Amsterdam, ces principes sont érigés en principes communs aux Etats membres et fondent l'Union (article 6§1) ; avec le traité de Lisbonne ce sont désormais des valeurs fondatrices de l'Union, le préambule de la Charte des droits fondamentaux ajoutant que l'Union est fondée sur les principes de la démocratie et de l'Etat de droit. Parallèlement, sur la base des critères de Copenhague, l'Etat de droit constitue un des chapitres de négociation en vue de l'adhésion à l'Union. C'est également à cette même époque, dans un contexte post-effondrement du bloc communiste et pré-adhésion, et alors que les premières tentations illibérales émergent en Europe centrale (Autriche), que la notion d'Etat de droit va faire une éphémère irruption dans la jurisprudence de la Cour<sup>53</sup>. Les références à l'Etat de droit dans la jurisprudence de la Cour resteront par la suite limitées<sup>54</sup>, tournées davantage vers l'Union que vers les Etats membres, jusqu'à ce que la crise de la démocratie libérale en Hongrie et en Pologne ne vienne susciter une nouvelle orientation de sa mobilisation<sup>55</sup>. Parallèlement, les discours doctrinaux, politiques et institutionnels sur l'Etat de droit se sont renforcés, à la suite de la dégradation continue de la

---

<sup>46</sup> Cour EDH, 21 juillet 1975, *Golder*, Série A, n°18, pp. 16-17, §34.

<sup>47</sup> CPIJ, 4 décembre 1935, série A/B, n°65, pp. 39 et ss ; Charte de Paris ; TUE ; Charte des droits fondamentaux.

<sup>48</sup> E. Carpano, précité, pp. 279-296.

<sup>49</sup> Par exemple, Cour EDH, 23 juin 2016, *Bakka c. Hongrie*, Req. 20261/12, §164.

<sup>50</sup> Arrêt *les Verts*, précité.

<sup>51</sup> CJCE, 23 avril 1986, Parti écologiste « Les Verts », aff. 294/83, Rec 1353 ; CJCE, Ord. 13 juillet 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88, Rec. I-3365 ; CJCE, Avis., 14 décembre 1991, Espace économique européen, avis 1/91, Rec. I-6079 ; CJCE, 23 mars 1993, *Beate Weber*, aff. C-314/91, Rec. I-1093 ; CJCE, 30 juin 1993, Parlement européen c/ Conseil et Commission, aff. C-181/81 et C-248/91, Rec. I-3685 ; TPI, 2 octobre 2001, *Jean-Claude Martinez, Charles de Gaulle, Front national et Emma Bonino et autres contre Parlement européen*, Aff. jointes T-222/99, T-327/99 et T-329/99 ; TPI, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie S. A. / Commission*, aff. T-177/01, Rec. II-2365 ; CJCE, 25 juillet 2002, *UPA*, aff. C-50/00, Rec. I-6677 ; *KADI etc XXX*

<sup>52</sup> CJUE, Gde ch., 29 juin 2010, *E et F*, aff. C-550/09, 2010 I-06213, point 44.

<sup>53</sup> CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, aff. C-103/97, ECLI:EU:C:1999:52, pt. 24.

<sup>54</sup> Liste des arrêts XXX.

<sup>55</sup> CJUE, Gde ch., 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 13

situation de l'Etat de droit un peu partout Europe<sup>56</sup>, offrant un contexte plus favorable à sa réception dans la jurisprudence de la Cour de justice. Différentes initiatives pour l'Etat de droit ont ainsi été prises. La Commission de Venise a proposé une standardisation des critères l'Etat de droit<sup>57</sup>, reprise par la Commission européenne, et a rendu différents avis sur la situation de l'Etat de droit en Pologne<sup>58</sup> et en Hongrie<sup>59</sup>. Dans l'Union européenne, le Conseil a souhaité en 2013 mettre en place un nouveau dialogue sur l'Etat de droit avec les Etats membres, sur une base annuelle<sup>60</sup>. C'est dans ce cadre que la Commission européenne a mis en place en 2014 un mécanisme de traitement des problèmes systémiques touchant à l'Etat de droit dans les Etats membres de l'Union. Ce nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit crée un instrument d'alerte rapide pour mettre fin aux menaces qui pèseraient sur l'avenir de l'Etat de droit dans les Etats membres, avant que les conditions d'activation des mécanismes prévus à l'article 7 du TUE ne soient réunies<sup>61</sup>. Cet instrument participe activement à cette standardisation de l'Etat de droit en établissant un véritable réseau d'évaluation du respect de ces exigences. Il prévoit notamment que la Commission européenne pourra se fonder sur les « indications provenant des sources disponibles et d'institutions reconnues, dont notamment les instances du Conseil de l'Europe », elle pourra même « lorsque cela est approprié, demander l'avis du Conseil de l'Europe et/ou de sa Commission de Venise »<sup>62</sup>. Ce dialogue a été engagé sans succès avec la Pologne dès janvier 2016 ; et le 20 décembre 2017, la Commission a invoqué pour la première fois la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 1, en présentant une proposition motivée de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la Pologne, de l'Etat de droit<sup>63</sup>. L'échec politique des mécanismes du respect de l'Etat de droit a déplacé le combat sur le terrain judiciaire, les juges nationaux et la Commission invitant tour à tour la Cour de justice à prendre position sur ou à sanctionner les violations des exigences de l'Etat de droit en particulier en Pologne. C'est dans ce contexte spécifique que la Cour de justice a été amenée définir plus précisément les contours du standard européen de l'Etat de droit que l'Union européenne envisageait d'imposer à ses Etats membres.

## II – La systématisation incomplète du standard européen de l'Etat de droit

---

<sup>56</sup> La dégradation de la situation de l'Etat de droit est généralisée en Europe qu'il s'agisse du développement des législations d'exception sécuritaires dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, des traitements des migrants et des minorités comme les Roms par exemple ou d'une remise en cause plus directe des structures de l'Etat de droit comme en Hongrie, en Pologne, en Roumanie ou en Bulgarie. Voir, F. Benoît-Rohmer, *RTDE*, 2015, p. 149.

<sup>57</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, « Liste des critères de l'Etat de droit », CDL-AD(2016)007,

<sup>58</sup> Avis de la Commission de Venise n° 904/2017, du 11 décembre 2017, sur le projet de loi portant modification de la loi sur le Conseil national de justice, sur le projet de loi portant modification de la loi sur la Cour suprême, proposés par le Président de la République de Pologne, et sur la loi sur l'organisation des tribunaux ordinaires ; et avis de la Commission de Venise n° 892/2017, du 11 décembre 2017, sur la loi relative au ministère public; Avis sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel de Pologne.

<sup>59</sup> Par exemple, 943/2018 - Hongrie - Loi sur l'entrée en vigueur de la loi sur les cours administratives et quelques mesures transitoires ; 919/2018 - Hongrie - Avis sur la compatibilité du projet de paquet législatif «Stop Soros» du Gouvernement hongrois avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

<sup>60</sup> Conclusions du Conseil sur les droits fondamentaux et l'Etat de droit et sur le rapport 2012 de la Commission sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, réunion du Conseil Justice et Affaires intérieures, Luxembourg, 6-7 juin 2013, partie c.

<sup>61</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'Etat de droit, COM(2014) 158 final

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Le collège des commissaires a décidé, le 27 juin 2018, d'habiliter le premier vice-président Frans Timmermans à engager la procédure d'infraction

La question ici n'est pas tant celle de savoir *ce que doit être* le standard européen de l'Etat de droit, mais *ce qu'il est* en droit positif. Quelle est la conception que les institutions européennes se font du standard de l'Etat de droit ? En d'autres termes, quelles sont les différentes exigences qui s'imposent aux Etats membres et aux institutions en vertu du principe de l'Etat de droit tel que consacré par le droit positif ? C'est à partir de l'étude du discours et des usages des institutions européennes de la notion de l'Etat de droit (le sens c'est l'usage) que nous proposons ici d'en identifier le contenu. Précisons ici que les notions de Communauté de droit, d'Union de droit ou d'Etat de droit telles que consacrées par le droit de l'Union européenne participent à la même définition d'une communauté politico-juridique soumise à la prééminence du droit<sup>64</sup>.

Historiquement, deux conceptions de l'Etat de droit s'opposent : d'un côté une conception dominante, formelle et procédurale, de l'Etat de droit ; de l'autre une conception plus large ajoutant à cette approche formaliste une dimension matérielle ou substantielle de l'Etat de droit mettant en évidence la consubstantialité de l'Etat de droit, de la démocratie et des droits de l'homme. Ces deux conceptions de l'Etat de droit se retrouvent dans l'Union européenne, l'un produit d'un discours normatif restrictif (A), l'autre d'un discours politique plus large (B).

### **A. Une conception formelle et procédurale**

Le droit positif de l'Union européenne opérerait une distinction claire entre l'Etat de droit et d'autres standard fondamentaux de l'ordre constitutionnel européen tels que la démocratie et les droits de l'homme (1). La Cour de justice s'inscrit dans cette perspective en développant une conception principalement formelle et procédurale de l'Etat de droit (2)

#### **1. L'Etat de droit, un standard autonome**

L'Etat de droit se présenterait comme un standard autonome et distinct de la démocratie et des droits de l'homme. Les traités de l'Union européenne le confirmeraient en distinguant le principe de la démocratie et le principe de l'Etat de droit (préambule de la Charte) et les valeurs de dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, de respect des droits de l'homme et des minorités sur lesquelles est fondée l'Union européenne (art. 2 TUE). Doit-on en conclure qu'il s'agit là de valeurs différentes et indépendantes les unes des autres ? L'article 7 TUE prévoit que le Conseil peut, sous certaines conditions, sanctionner un « risque clair de violation grave par un Etat membre des valeurs visées à l'article 2 ». Suffit-il qu'une valeur soit violée ou faut-il au contraire que plusieurs d'entre elles le soient ? La marque du pluriel (« valeurs ») pourrait signifier qu'au moins deux de ses valeurs le soient. Une telle interprétation n'aurait un sens que si les notions sont indépendantes les unes des autres. Mais peut-on sérieusement imaginer que la liberté ou l'égalité soient violées sans que les droits de l'homme ne le soient ? La violation de l'une quelconque de ces valeurs n'entraîneraient-elles pas *ipso facto* atteinte également à l'Etat de droit ? Il en résulte selon nous deux hypothèses : soit les articles 2 et 7 TUE sont mal formulés ; soit ils reflètent effectivement l'intention du constituant et dans ce cas il faudrait retenir une conception restrictive de l'Etat de droit au sens

---

<sup>64</sup> Dire que l'Union européenne est une Union de droit (*Union governed by the Rule of law*) ou que l'Union est fondée sur le principe de l'Etat de droit (préambule de la Charte) c'est la même chose. Le renvoi au principe de l'Etat de droit est un renvoi à un principe autonome de régulation du pouvoir, indépendant des formes étatiques qui ont vu son développement originel. L'Union est ainsi une Union de droit en ce que les actes de ses institutions peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité : à ce titre elle est fondée sur le principe de l'Etat de droit. Voir E. Carpano, précité, p. 257.

du traité. Selon la première hypothèse, la redondance des valeurs énoncées sous la forme d'un catalogue très large s'expliquerait par la volonté d'insister sur la dimension libérale de l'Union européenne. A cet égard, la rédaction du préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'UE est bien mieux formulée puisqu'elle distingue d'un côté les valeurs fondamentales (dignité humaine, liberté, égalité, solidarité) sur lesquelles se fonde l'Union européenne et, de l'autre, les principes structurels (démocratie et Etat de droit) sur lesquels repose l'Union. Selon la seconde hypothèse, la formulation de l'article 2, éclairée par l'article 7, dénoterait la volonté du constituant de ne retenir qu'une conception formelle de l'Etat de droit (légalité, séparation des pouvoirs, sécurité juridique, justiciabilité etc.) sans considération pour l'Etat de droit matériel (droits de l'homme, démocratie, égalité, liberté, justice sociale etc.), ces valeurs/principes étant énumérés par ailleurs de manière autonome. Cette conception restrictive de l'Etat de droit rejoint celle défendue par Joseph Raz pour qui l'Etat de droit (*rule of law*) n'est qu'une des vertus d'un système juridique à l'aune duquel il doit être jugé. Il ne doit pas être confondu avec la démocratie, la justice, l'égalité, les droits de l'homme ou le respect de la dignité humaine »<sup>65</sup>. Le système juridique d'un Etat de droit doit répondre à certaines qualités – Lon Fuller parle de la « moralité interne du droit »<sup>66</sup> – pour lui permettre d'assurer la prééminence du droit et se préserver contre l'arbitraire. Ce sont ces exigences formelles et procédurales que reprendra la Commission de Venise en 2016 pour dresser une liste des critères de l'Etat de droit. Parmi ces critères, on trouve : la légalité, la sécurité juridique, la prévention de l'abus de pouvoir, l'égalité devant la loi et la non-discrimination, et l'accès à la justice.

## 2. Une définition jurisprudentielle restrictive

La Cour de justice partage cette même conception formelle de l'Etat de droit qu'elle eu l'occasion de développer au titre de la Communauté de droit, de l'Union de droit ou du respect du principe de l'Etat de droit. L'essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'Etat de droit s'articule autour des exigences complémentaires de légalité et de justiciabilité. C'est dans l'arrêt *les Verts*, que la Cour a inauguré cette ligne jurisprudentielle en considérant que dans une Communauté de droit « *ni les Etats membres, ni les institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes avec la Charte constitutionnelle de base que constituent les traités* ». Ainsi définie, la Communauté de droit/union de droit signifie d'une part que l'action des Etats membres et des institutions s'exerce dans le respect de la hiérarchie des normes au sommet desquelles trône « la charte constitutionnelle » dont font partie les principes généraux du droit et d'autre part, que leur action est soumise à un contrôle juridictionnel effectif. Selon la Cour de justice, ce standard de l'Etat de droit s'articule autour de trois exigences : la légalité, la justiciabilité et la séparation des pouvoirs.

### a) Droit au droit

La légalité est un principe constitutif du standard de l'Etat de droit au point de se confondre avec lui. La consubstantialité de la légalité et de l'Etat de droit peut être illustrée par l'analyse comparative de différentes versions linguistiques de l'arrêt *Granaria* du 13 février 1979<sup>67</sup>. Cet arrêt est présenté par la doctrine allemande comme la première consécration explicite du

---

<sup>65</sup> J. Raz, « The Rule of Law and its Virtue », in J. Raz, *The authority of law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, pp.210-229

<sup>66</sup> L. Fuller, *The morality of law*, 4<sup>th</sup> ed., Yale UP, New Haven, 1969 pp. 33-38 (à propos de la parabole du roi Rex).

<sup>67</sup> CJCE, 14 février 1979, *Granaria*, aff. 101/78, ECLI:EU:C:1979:38, pt. 5.

principe du *Rechtsstaat* en droit communautaire<sup>68</sup> alors que la version française de l'arrêt de ne fait que référence au « principe de légalité communautaire »<sup>69</sup>. La version allemande de l'arrêt renvoie à la notion de « *Rechtsstaatlichkeit* » et la version anglaise à celle de « *rule of law* »<sup>70</sup>. Ce sont ces deux notions que l'on retrouve dans les versions anglaise et allemande de l'article 2 TUE ainsi que dans tous les arrêts de la Cour renvoyant à la notion d'Etat de droit. Au terme de l'arrêt *Granaria*, ce principe de légalité (*Rechtsstaatlichkeit/rule of law*) implique outre la possibilité de contester la légalité des actes de l'Union, l'obligation pour tous les sujets du droit communautaire « *de reconnaître la pleine efficacité des règlements tant que leur non-validité n'a pas été établie* »<sup>71</sup>. Dans un Etat de droit, l'action des autorités publiques bénéficient d'une présomption de légalité<sup>72</sup>. La Cour rappelle à cet égard que « *dans tous les systèmes juridiques des Etats membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal* »<sup>73</sup>. Cette exigence du respect de la légalité dans un Etat de droit a été rappelée de manière explicite dans l'affaire de la forêt *Bialowieza* : « *le fait de faire respecter par un Etat membre les mesures provisoires adoptées par le juge des référés, en prévoyant l'imposition d'une astreinte en cas de non-respect de celles-ci, vise à garantir l'application effective du droit de l'Union, laquelle est inhérente à la valeur de l'Etat de droit consacrée à l'article 2 TUE et sur laquelle l'Union est fondée* »<sup>74</sup>. Le juge constitutionnel espagnol affirme de la même manière que « *le principe de légalité est inhérent à l'idée d'Etat de droit* »<sup>75</sup>. La Cour de justice ne va toutefois pas aussi loin que la Cour européenne des droits de l'homme<sup>76</sup> ou certaines cours constitutionnelles dans l'étendue du rattachement de la légalité à l'Etat de droit qui déduisent du principe constitutionnel de l'Etat de droit les principes de sécurité juridique<sup>77</sup>, de non rétroactivité des lois-pénales<sup>78</sup>, de publicité des lois<sup>79</sup>, de confiance légitime<sup>80</sup> ou encore de proportionnalité<sup>81</sup>. Ces principes sont consacrés en droit de l'Union mais ne sont expressément ancrés dans le principe de l'Etat de droit.

## b. Droit au juge

<sup>68</sup> Voir par exemple, R. Hoffmann, « *Rechtsstaatsprinzip und Europäisches Gemeinschaftsrecht* », in R. Hoffmann & alii, *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, Muller, Heidelberg, 1996, p. 323.

<sup>69</sup> CJCE, 14 février 1979, *Granaria*, aff. 101/78, ECLI:EU:C:1979:38, pt. 5.

<sup>70</sup> Voir toutefois, CJUE, 17 janvier 2019, *Petar Dzivev e.a.*, C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30. La version française parle des « exigences du principe de légalité et de l'Etat de droit » alors que les versions anglaise et allemande évoquent respectivement « *the principle of legality and the rule of law* » et « *der Gesetzmäßigkeit und der Rechtsstaatlichkeit* ».

<sup>71</sup> *Granaria* précité, pt. 5.

<sup>72</sup> CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, aff. C-103/97, ECLI:EU:C:1999:52, point 24 ; CJCE, 28 octobre 2004, *Commission / Portugal*, aff. C-185/02, ECLI:EU:C:2004:668, point 26.

<sup>73</sup> CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. 46/87 et 227/88, Rec. 2859.

<sup>74</sup> CJUE, Gde ch., ord., 27 novembre 2017, *Commission / Pologne*, aff. C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, point 102.

<sup>75</sup> TC, 67/1989, 15 septembre 1989.

<sup>76</sup> La Cour EDH relie par exemple, le principe de prééminence du droit (*rule of law*) aux principes de prévisibilité du droit et de sécurité juridique (Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, Série A, n°30).

<sup>77</sup> Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 7, 92 ; 10, 331, 22, 239 ; 35, 47 ; 49, 164 ; Tribunal constitutionnel portugais, n°9/84 du 1<sup>er</sup> février 1984, DR, p. 283 ; CC hongrois, décision n°9/1992, du 28 décembre 1992

<sup>78</sup> CC allemande, BVerfGE 13, 261 ; CC tchèque, décision, IV. US, 215/94, du 8 juin 1995, EECR, 1997, vol 4, n°1, p 27-33 ; Tribunal polonais, 15 septembre 1998, AIJC, 1998, p. 906 ; Tribunal constitutionnel Polonais, TC n°9/84 du 1<sup>er</sup> février 1984, DR, p. 283.

<sup>79</sup> BVerfGE, 65, 283

<sup>80</sup> BVerfGE 30, 403. Voir O. Pfersmann, « *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand* », RFDA, 2000, p. 243. ; TC polonais, 4 janvier 1999, AIJC, 1999, p. 854

<sup>81</sup> BVerfGE, 19, 342. ; Tribunal constitutionnel portugais, n°282/86 du 21 octobre 1986, DR I, p. 207.

L'exigence de légalité de l'action des autorités publiques dans un Etat de droit ne vaut que s'il existe un moyen de sanctionner son non-respect. Le droit au droit et le droit au juge sont les deux facettes d'une seule et même médaille. Sous ce point de vue, la Cour de justice s'inscrit dans le prolongement des jurisprudences constitutionnelles nationales qui font du droit au recours juridictionnel une composante fondamentale de l'Etat de droit<sup>82</sup>. Pour la Cour « l'existence d'un contrôle juridictionnel est inhérente à l'existence d'un Etat de droit »<sup>83</sup>. Dans les arrêts les *Verts*, *Segi*<sup>84</sup> et *Gestoras pro amnistia*<sup>85</sup>, *Advocaten voor de Wereld*<sup>86</sup>, *Jégo-Quéré*<sup>87</sup>, *Kadi*<sup>88</sup>, *H / Conseil*<sup>89</sup>, *Rosneft*<sup>90</sup>, le standard de la Communauté de droit/Union de droit justifie l'extension du contrôle juridictionnel de la légalité des actes de l'Union ; il peut aussi servir aussi à légitimer la qualité « rechtsstaatlich » de l'Union pour justifier le maintien de l'ordre juridictionnel existant comme dans les affaires *UPA*<sup>91</sup> ou *Inuit Tapiriit Kanatami*<sup>92</sup> par exemple. Mais dans les deux cas, il est directement rattaché au droit à un recours juridictionnel effectif. Cette exigence s'impose également aux Etats membres. Dans l'affaire *UPA*, la Cour avait rappelé que la Communauté de droit imposait aux « Etats membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridiction effective »<sup>93</sup>, obligation qui sera constitutionnalisée par le traité de Lisbonne (article 19§1, al.2 TUE). Le droit à un recours juridictionnel effectif exige que les Etats mettent en place des voies de recours pour assurer le respect des dispositions du droit de l'Union<sup>94</sup>. Dans l'affaire *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* la Cour rappelle que « l'Union est une Union de droit dans laquelle les justiciables ont le droit de contester en justice la légalité de toute décision ou de tout autre acte national relatif à l'application à leur égard d'un acte de l'Union »<sup>95</sup>. L'obligation de mettre en place ces voies de recours consacrée par l'article 19 TUE « concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE »<sup>96</sup> et vaut dans « tous les domaines couverts par le droit de l'Union »<sup>97</sup>.

L'Etat de droit n'implique pas seulement le droit à un juge; il implique également le *droit à un bon procès* (procès équitable) et à *un bon juge* (indépendant et impartial). Dans l'affaire *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, la Cour a ainsi rappelé que « la garantie d'indépendance, qui est inhérente à la mission de juger (...) s'impose non seulement au niveau de l'Union, pour les juges de l'Union et les avocats généraux de la Cour, ainsi que le prévoit l'article 19, paragraphe 2, troisième alinéa, TUE, mais également au niveau des États membres,

<sup>82</sup> Par exemple, BVerfGE 76, 423

<sup>83</sup> CJCE, 11 septembre 2008, *Unión General de Trabajadores de la Rioja*, ECLI:EU:C:2008:488, aff. jointes C-428 à 434/06, point 80 ; CJUE, Gde ch., 19 juillet 2016, *H / Conseil et Commission*, aff. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, point 41 ; CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 95 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Club Hotel Loutraki e.a. / Commission*, aff. C-131/15 P, ECLI:EU:C:2016:989, point 49. ; CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 36.

<sup>84</sup> CJCE 27 fév. 2007, *Segi e. a. c/ Conseil*, C-355/04 P, Rec. I-1657, point 51

<sup>85</sup> CJCE 27 fév. 2007, *Gestoras Pro Amnistia e. a. c/ Conseil*, C-354/04 P, Rec. I-1579, point 51

<sup>86</sup> CJCE, Gde ch., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261.

<sup>87</sup> TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie c/ Commission*, T-177/01, ECLI:EU:T:2002:112

<sup>88</sup> CJCE, Grde ch., 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461

<sup>89</sup> CJUE, Gde ch., 19 juillet 2016, *H / Conseil et Commission*, aff. C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, point 41

<sup>90</sup> CJUE, Gde ch., 28 mars 2017, *Rosneft*, aff. C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236

<sup>91</sup> CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, aff. C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, point 38.

<sup>92</sup> CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 9

<sup>93</sup> *UPA*, précité, point 40.

<sup>94</sup> CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 95.

<sup>95</sup> CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 31.

<sup>96</sup> *Ibid*, pt 32

<sup>97</sup> *Ibid*. pt. 32

pour les juridictions nationales »<sup>98</sup>. Dans l'affaire *LM*, la Cour de justice précise que cette garantie d'indépendance est une composante de l'Etat de droit : « *l'exigence d'indépendance des juges relève du contenu essentiel du droit fondamental à un procès équitable, lequel revêt une importance cardinale en tant que garant de la protection de l'ensemble des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et de la préservation des valeurs communes aux États membres énoncées à l'article 2 TUE, notamment, de la valeur de l'État de droit* »<sup>99</sup>. Et c'est parce qu'il existait un risque que l'indépendance de la Cour suprême polonaise (*Sąd Najwyższy*) ne soit pas garanti que la Cour de justice a décidé d'ordonner, au nom de la préservation de l'Etat de droit, la suspension à titre provisoire de certaines dispositions de la réforme du système judiciaire polonais<sup>100</sup>. Dans toutes ces affaires, la Cour visait indirectement dans un cas (*Associação Sindical dos Juízes Portugueses*<sup>101</sup>), directement dans les deux autres (*LM* et *Commission c/ Pologne*) la réforme du système judiciaire polonais.

La liste des critères du standard européen de l'Etat de droit est ouverte et l'ensemble des garanties du droit à un procès équitable sont susceptibles de l'intégrer comme nous avons eu l'occasion de le montrer ailleurs<sup>102</sup>. Ces garanties existent déjà mais ne sont pas explicitement rattachées à l'Etat de droit. Elle n'en font pas moins partie intégrante en ce qu'elles contribuent à sa défense et à son développement.

### c. Séparation des pouvoirs

De manière plus discrète, la Cour de justice a inscrit également la séparation des pouvoirs dans la définition du standard européen de l'Etat de droit<sup>103</sup>. Il s'agit d'un retour à l'origine même du libéralisme politique tel que l'incarne l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme. Si la Cour a reconnu que « *le principe de la séparation des pouvoirs régissant les relations entre les différentes institutions de l'Union caractérise le fonctionnement de cette dernière en tant qu'Union de droit* »<sup>104</sup>, la séparation des pouvoirs est essentiellement conçue dans une perspective juridictionnelle comme une garantie de l'indépendance de la justice, notamment au sein des Etats membres. Un Etat membre peut être à la fois législateur, administrateur et juge « pour autant que ces fonctions sont exercées dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un Etat de droit »<sup>105</sup> de telle sorte que le recours en responsabilité contre un Etat membre pour violation du droit de l'Union peut être introduit devant ses juridictions sans que le droit au juge garanti par le principe de l'Etat de droit ne soit remis en cause. De même, dans les affaires *Kovalkovas* et *Krzysztof Marek Poltorak* la Cour rappelle que le pouvoir judiciaire doit être distingué « *conformément au principe de séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un État de droit, du pouvoir exécutif. Ainsi, les autorités judiciaires s'entendent traditionnellement comme les autorités participant à*

<sup>98</sup> Ibid, pt. 42

<sup>99</sup> CJUE, Grde Ch., 25 juillet 2018, *LM*, C-216/18 PPU Point 48.

<sup>100</sup> CJUE, Grde Ch., Ordonnance, 17 décembre 2018, *Commission c/ Pologne*, C-619/38, ECLI:EU:C:2018:1021

<sup>101</sup> Dans l'arrêt *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* qui concernait la réduction de la rémunération des magistrats de la Cour de comptes au Portugal, la Cour insiste très longuement sur l'indépendance du pouvoir judiciaire dans un Etat de droit sans que ces développements ne soient absolument nécessaires à la résolution du litige. On ne comprend ces développements, qui s'apparentent à un obiter dictum, qu'en référence aux réformes contestées en Pologne du système judiciaire. Voir, L. Pech & S. Platon, « Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case », *CLMR*, vol. 5, n°6, 2018, pp.1827-1854

<sup>102</sup> E. Carpano, précité, pp. 376-409.

<sup>103</sup> D. SIMON, « Etat de droit et compétences de l'Union européenne », V. HEUZE et J. HUER (dir.), *Construction européenne et Etat de droit*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2012, p. 21.

<sup>104</sup> CJUE, ord., 18 avril 2013 *Germanwings*, aff. C-413/11, ECLI:EU:C:2013:246, point 18

<sup>105</sup> CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, point 58

*l'administration de la justice, à la différence, notamment, des ministères ou des autres organes gouvernementaux, qui relèvent du pouvoir exécutif*»<sup>106</sup>. La Cour de justice est sur la même ligne que la Commission de Venise<sup>107</sup> et la Cour EDH<sup>108</sup>. Ce sont des inquiétudes tenant à l'indépendance des juges et à la séparation des pouvoirs qui ont conduit également la Commission européenne à adopter sa proposition motivée à l'encontre de la Pologne<sup>109</sup>.

## **B. Une conception matérielle de l'Etat de droit : le discours politico-juridique**

L'Etat de droit est, par-delà sa formalisation juridique, l'objet d'un discours politique plus large qui permet d'organiser « en un ensemble relativement cohérent non seulement des représentations (le pouvoir, le droit, la liberté), mais également des pratiques qui confortent et renouvellent en même temps l'organisation moderne des dominations sociales »<sup>110</sup>. Sous ce point de vue, ontologiquement, l'Etat de droit ne saurait être l'Etat de n'importe quel droit<sup>111</sup> faute de quoi on viderait le concept des « des significations politiques et idéologiques qu'il a historiquement revêtues » et « le socle de valeurs et de croyances qui lui donnent une dimension très spécifique »<sup>112</sup>. L'Etat de droit est étroitement lié à l'idée d'autonomie et de liberté de l'individu. Il véhicule un ensemble de valeurs dont il permet la protection, largement relayé par les institutions européennes qu'il s'agisse de la démocratie ou des droits de l'homme<sup>113</sup>.

Selon une conception matérielle de l'Etat de droit, sa forme se confond avec sa substance en ce qu'elle lui donne un sens : il existerait un lien consubstantiel entre la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'homme, ces principes participant conjointement à la constitution d'un ordre démocratique et libéral<sup>114</sup> ; l'Etat de droit, en tant qu'expression de l'idée de liberté serait une condition fonctionnelle de la démocratie, et la démocratie étant en retour elle-même gardienne de l'Etat de droit<sup>115</sup>.

Les institutions de l'Union européenne se font l'écho de cette définition matérielle de l'Etat de droit. Dans son cadre pour le renforcement de l'Etat de droit, la Commission européenne écrit ainsi à propos des principes constitutifs de l'Etat de droit : « *La Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme ont toutes deux confirmé que ces principes ne constituaient*

---

<sup>106</sup> CJUE, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, aff. 477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861 point 36

<sup>107</sup> Liste des critères de l'Etat de droit, « 74. La justice doit être indépendante. L'indépendance signifie qu'elle n'est soumise à aucune pression extérieure ni à aucune influence ou manipulation politique, surtout émanant de l'exécutif. Cette exigence fait partie intégrante du principe démocratique fondamental de la séparation des pouvoirs. Le juge doit échapper à toute influence ou manipulation politique ».

<sup>108</sup> Par exemple, Cour EDH, GC, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, Req. n°20261/12, §164-165.

<sup>109</sup> Voir points 171 à 186 de l'exposé des motifs de la proposition motivée de la Commission. Le 3 avril 2019, la Commission a introduit une nouvelle procédure d'infraction en adressant à la Pologne une lettre de mise en demeure concernant le nouveau régime disciplinaire pour les juges (*communiqué de presse*, IP/19/1957)

<sup>110</sup> M. Miaille, « Le retour à l'Etat de droit. Le débat en France », in D. Colas (dir.), *L'Etat de droit*, PUF, Paris, 1987, p. 216.

<sup>111</sup> E. Diaz, « Teoría general del Estado de derecho », *Revista de estudios políticos*, 1963, p. 21 ; T.R.S. Allan, « Legislative supremacy and the rule of law : democracy and constitutionalism », *CLJ*, 1985, p. 117.

<sup>112</sup> J. Chevallier, « L'Etat de droit », *RDP*, 1988, p. 363 et 365.

<sup>113</sup> Voir en ce sens par exemple la Cour constitutionnelle tchèque : « L'Etat de droit ne peut rester neutre sur le plan des valeurs démocratiques après la chute du régime totalitaire. Il n'est pas basé exclusivement sur une conception formelle mais sur une conception matérielle » (CC Tchéque, décision PI.US 19/93 du 21 décembre 1993, *EEC Reporter*, 1997, vol. 4, n°2, p. 149).

<sup>114</sup> E. W. Böckenförde, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, trad. O. Jouanjan, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2000, sp. 277.

<sup>115</sup> P. W. Akermans, « « Rule of law, Rechtsstaat » et droits de l'homme : clef de voûte de la démocratie », *ERPL/REDP*, vol. 13, 2001, pp. 55-67.



*pas des exigences purement formelles et procédurales. Elles sont le moyen d'assurer la mise en œuvre et le respect de la démocratie et des droits de l'homme. L'(E)tat de droit est donc un principe constitutionnel doté d'un contenu à la fois formel et matériel. Ainsi, le respect de l'(E)tat de droit est intrinsèquement lié à celui de la démocratie et des droits fondamentaux: les seconds ne sauraient exister sans le premier, et vice-versa. Les droits fondamentaux ne sont effectifs que s'ils peuvent être invoqués en justice (droits «justiciables»). La démocratie n'est protégée que si le rôle fondamental du système judiciaire, notamment des juridictions constitutionnelles, est de nature à garantir la liberté d'expression, la liberté de réunion et le respect des règles régissant le processus politique et électoral »<sup>116</sup>.*

Si la Cour EDH fait un lien explicite entre la prééminence du droit et la société démocratique, la Cour de justice ne s'est ralliée à cette conception que de manière incidente. Dans l'affaire *Parti de la prospérité et autres contre Turquie* du 31 juillet 2001, la Cour EDH a considéré qu'il « existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie. La loi ayant pour fonction d'établir des distinctions sur la base de différences pertinentes, il ne saurait y avoir de réelle prééminence du droit sur une longue période si les personnes soumises aux mêmes lois n'ont pas le dernier mot au sujet de leur contenu et de leur mise en œuvre »<sup>117</sup>. Pour la Cour EDH, « une société démocratique est fondée sur la prééminence du droit »<sup>118</sup>. Cette consubstantialité de la démocratie et de la prééminence du droit se révèle notamment quant aux exigences similaires dégagées des deux principes dessinant les contours d'un Etat de droit démocratique ou d'une société démocratique de droit<sup>119</sup>. De son côté la Cour de justice n'associe qu'exceptionnellement les deux notions, sa conception de l'Etat de droit et de la démocratie étant essentiellement formelle. Elle l'avait initié à propos de l'élargissement de la notion de démocratie au-delà de sa conception procédurale en y intégrant la liberté d'expression<sup>120</sup> ; elle l'a confirmé dans l'arrêt *Painer* en considérant que, « eu égard à la vocation de la presse, dans une société démocratique et un État de droit, d'informer, sans restrictions autres que celles strictement nécessaires, le public, il ne saurait être exclu qu'un éditeur de presse puisse contribuer ponctuellement à l'accomplissement d'un objectif de sécurité publique en publiant une photographie d'une personne recherchée »<sup>121</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de justice relative à la légitimation du Parlement européen avait révélé le lien Etat de droit/démocratie : dans l'affaire *les Verts*, la Communauté de droit concourrait tout à la fois à la reconnaissance du Parlement européen (et du principe démocratique) et à l'encadrement du principe démocratique par l'Etat de droit ; dans l'affaire *Tchernobyl*, c'est l'Etat de droit qui permet au Parlement de faire respecter par la Cour de justice l'intégrité du respect du principe démocratique<sup>122</sup>. Mais à la différence de la jurisprudence de la Cour EDH, il n'y a pas de superposition des deux principes dans l'ordre juridique de l'Union comme l'indique d'ailleurs le préambule de la Charte. En revanche, le lien entre l'Etat de droit et les droits de l'homme s'est fait plus explicite dans la jurisprudence de la Cour de justice. L'Etat de droit se substantialise par les valeurs qu'il intègre et qu'il a la charge de protéger. A partir de l'arrêt *UPA*, le lien Communauté /Union de droit et droits fondamentaux sera

---

<sup>116</sup> Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit, COM(2014) 158 final, p. 5.

<sup>117</sup> Cour EDH, 31 juin 2001, *Refah Partisi – Parti de la Prospérité c/ Turquie*, RTD 2002, p. 983, obs. S. Sottiaux et D. de Prins.

<sup>118</sup> Cour EDH, 6 juin 2002, *Katsaros c/ Grèce*.

<sup>119</sup> E. Carpano, précité, p. 443-444.

<sup>120</sup> CJCE, 13 Décembre 2001, *Michael Cwick*, C-340/00P, REc. I-10269, pt. 18 ; CJUE, 14 février 2019, *Sergejs Buivids*, C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122

<sup>121</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Painer*, ECLI:EU:C:2011:798, C-145/10, point 113.

<sup>122</sup> CJCE, 4 octobre 1991, *Parlement européen c. Conseil*, 70/88, ECLI:EU:C:1991:373

explicite, la Cour rappelant de manière rituelle que « l'Union est une Union de droit dans laquelle tout acte de ses institutions est soumis au contrôle de la conformité avec, notamment, les traités, les principes généraux du droit ainsi que les droits fondamentaux »<sup>123</sup>. L'Union de droit n'est pas l'Union de n'importe quel droit : elle est une Union qui protège les droits fondamentaux. Par delà la pétition de principe, convenons que ce lien Union de droit/Droits fondamentaux n'emporte pour l'instant aucune conséquence juridique concrète dès lors que la Cour ne s'est pas servie de la notion pour établir ou étendre sa compétence juridictionnelle en matière de droits fondamentaux, pour inclure de nouveaux droits ou pour interpréter de manière extensive certains d'entre eux.

## Conclusion

Par-delà l'apparente indétermination du concept d'Etat de droit, l'approche historico-comparative des discours de l'Etat de droit en Europe permet de mettre en évidence un noyau dur de significations se cristallisant autour de l'idée de réalisation de la primauté de l'individu par le droit. Le droit européen (CEDH et UE) a participé à la convergence des conceptions nationales de l'Etat de droit et à l'émergence d'un standard européen commun qui constitue aujourd'hui une moyenne et un modèle de l'ordre public constitutionnel européen. Le standard est dynamique dans son essence et son contenu est nécessairement évolutif. Il répond à différentes nécessités : approfondir l'ordre juridique de l'Union (*Les Verts*), légitimer l'ordre juridique de l'Union (*UPA*) ou garantir l'effectivité du droit de l'Union (*Forêt Bialowieza*). A ce dernier égard, le respect de l'Etat de droit dans l'Union européenne n'est pas qu'une question de valeurs. Il s'agit également d'une condition de mise en œuvre du droit de l'Union européenne<sup>124</sup>. Dans sa dernière évolution jurisprudentielle, la Cour de justice saisit les atteintes de l'Etat de droit en Pologne du fait de la réforme du système judiciaire au travers des risques d'affectation du système de l'Union (reconnaissance mutuelle et droit au juge) et de la bonne application du droit de l'Union. La définition d'un standard européen de l'Etat de droit par la Cour de justice est donc aussi pragmatique et instrumentale. L'ancien président de la Cour de justice, Vassilios SKOURIS, ne disait pas autre chose lorsqu'il rappelait qu' « attendre (...) de la Cour de justice qu'elle développe un concept européen de l'Etat de droit reviendrait à lui attribuer une tâche qui ne lui est pas confiée . (...) la Cour agit avec précaution : elle limite sa motivation au minimum requis afin d'éviter, d'une part, de trop peser sur d'éventuelles évolutions jurisprudentielles futures, et, d'autre part, d'influencer les ordres juridiques nationaux au-delà du strict nécessaire »<sup>125</sup>. Le crise de l'Etat de droit en Pologne et en Hongrie aura eu raison de ce self-restraint de la Cour de justice.

j

---

<sup>123</sup> Par exemple, CJUE, 6 octobre 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650.

<sup>124</sup> La Commission européenne elle-même le reconnaît explicitement : « Son respect est une condition indispensable non seulement à la protection de toutes les valeurs fondamentales visées à l'article 2 du TUE, mais aussi au respect de l'ensemble des droits et obligations découlant des traités et du droit international. La confiance de tous les citoyens de l'Union et des autorités nationales dans les systèmes juridiques de tous les autres États membres est capitale pour que l'UE dans son ensemble fonctionne comme « un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures » (...). C'est pourquoi l'Union a tout intérêt à préserver et à renforcer l'état de droit sur l'ensemble de son territoire », Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, un nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit, COM(2014) 158 final, p. 2.

<sup>125</sup> V. SKOURIS, « L'Union européenne en tant que Communauté de valeurs. L'exemple de l'Etat de droit », in *L'exigence de justice. Mélanges en l'honneur de Robert Badinter*, p. 701, spéc. p. 708.