



HAL
open science

La crise de l'État de droit en Europe. De quoi parle-t-on ?

Éric Carpano

► **To cite this version:**

Éric Carpano. La crise de l'État de droit en Europe. De quoi parle-t-on ?. *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019, chron. n° 29 (www.revuedlf.com) (Quel État de droit dans une Europe en crise ? (dir. Éric Carpano et Marie-Laure Basilien-Gainche)), <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/>. hal-02277327

HAL Id: hal-02277327

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-02277327v1>

Submitted on 16 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 CRISE DE L'ÉTAT DE DROIT EN EUROPE. DE QUOI PARLE-T-ON ?

 revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/

Article par [Éric Carpano](#)

Chronique classée dans [Dossier, Droit de l'Union Européenne](#)

Appartient au dossier : "[Quel État de droit dans une Europe en crise ?](#)"

RDLF 2019 chron. n°29

Mot(s)-clef(s): [démocratie](#), [Droits fondamentaux](#), [état de droit](#), [libéralisme](#), [Union européenne](#)

Eric Carpano, Professeur de droit public, Chaire Jean Monnet, Directeur du Centre d'études européennes, Université Jean Moulin Lyon 3

I- L'ÉTAT DE DROIT, LA FORME JURIDIQUE DU LIBÉRALISME POLITIQUE

Il est habituel de considérer que la notion d'État de droit ne veut rien dire : elle serait au mieux une coquille vide et servirait de réceptacle à diverses revendications (contradictaires allant de l'affirmation de l'autorité de l'État à la protection des droits individuels) [1] ; elle serait au pire tautologique comme le disait Kelsen (puisque tout État agissant au moyen du droit ne peut être que de droit) [2]. C'est ainsi que certains proposent purement et simplement de s'en passer, dès lors que ce concept ne remplirait aucun critère de scientificité[3].

Pourtant, la notion d'État de droit est solidement ancrée dans l'histoire des concepts politico-juridiques : c'est ontologiquement la forme juridique du libéralisme politique[4] (voir la contribution de Céline de Romainville dans ce dossier, « La protection de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne et l'exigence de légalité »). C'est un mode de limitation du pouvoir (qui vise à éviter l'arbitraire), là où la démocratie est un mode d'organisation du pouvoir (qui gouverne ?). L'État de droit constitue l'ossature de la démocratie libérale. C'est une idée européenne qui plonge ses racines au plus profond de l'histoire européenne et qui sera conceptualisée à partir du xix^e siècle, sous le néologisme de *Rechtsstaat* (État de droit), en incarnant la forme juridique de libéralisme politique. L'association des termes *Recht* (droit) et *Staat* (État), sous le néologisme *Rechtsstaat* (État 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[5]. Mais ce sont les libéraux allemands du *Vormärz* (Carl Theodor Welcker et Carl Rodecker von Rotteck)[6] qui vont lui donner son acception moderne, en opposant le *Rechtsstaat*, à l'État « providence » frédéricien (*Polizeistaat*) et l'État monarchique autoritaire (*Obrigkeitsstaat*). L'échec de la révolution de 1848 brisera l'espérance d'une liberté politique que le *Rechtsstaat* devait incarner.

À 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'État de droit, qui imprègne encore aujourd'hui l'appréhension essentiellement formelle et procédurale que les institutions européennes ont du concept. Il ne s'agit plus de s'interroger sur les buts de l'État, mais sur la manière dont l'État doit fonctionner pour garantir l'effectivité du respect du droit. Ce processus de formalisation de la théorie de l'État de droit, initié par Stahl, va aboutir à l'assimilation pure et simple de l'État de droit à la légalité, de telle sorte que l'État 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 »[7]. En Allemagne comme en Italie, la théorie de l'État 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 Bähr et Gneist, en Allemagne, ou Spaventa et Orlando, en Italie, que la théorie d'État de droit va se juridictionnaliser et s'identifier progressivement à la justice administrative[8]. De même, pour Carré de Malberg, « l'État 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 »[9]. L'État 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'État de droit en France illustre cette extension de la logique juridictionnelle de l'État 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'État de droit »[10]. Dans l'État 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'État de droit va justifier sa mobilisation en France, à partir de 1974. C'est à l'occasion de l'élargissement des modalités de saisine du Conseil constitutionnel que le discours de l'État de droit va ressurgir et s'imposer durablement dans l'espace dogmatico-doctrinal comme la figure de l'État constitutionnel[11].

Et c'est cette même logique libérale qui va présider à l'avènement du discours de l'Etat de droit dans l'Union européenne de manière concomitante avec la chute du bloc communiste, au tournant des années 1990. L'Etat de droit 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 / État 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'État de droit[12]. 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'État de droit pouvait servir d'instrument privilégié pour en relayer le discours[13] ce qui justifiera notamment son intégration dans la charte constitutionnelle de l'Union à partir du traité de Maastricht[14].

Si l'on conçoit l'Etat de droit comme un modèle de limitation de pouvoir et de lutte contre l'arbitraire (ce qui correspond à sa conceptualisation originelle), la notion d'Etat de droit devient assez claire. Il s'agit d'enfermer l'action des autorités publiques dans un cadre de droit afin de se prémunir contre l'arbitraire par divers contre-pouvoirs permettant de garantir les droits fondamentaux individuels et collectifs. Au fond, nulle mieux que la Cour de justice n'a défini la profonde essence de l'Etat de droit dans son arrêt *les Verts* en 1986, en considérant en substance que dans un Etat de droit nulle autorité, nulle institution ne saurait échapper au contrôle de la légalité de ses actes avec les normes fondamentales du système juridique[15].

II- L'ETAT DE DROIT N'EST PAS L'ETAT DE N'IMPORTE QUEL DROIT !

L'Etat de droit est consacré comme une valeur de l'Union européenne au même titre que le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, ainsi que le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités[16] (voir la contribution de Romain Tinière dans ce dossier, « Etat de droit et valeurs de l'Union »). 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 État 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 étaient 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 le soient ? La violation de l'une de ces valeurs n'entraînerait-elle pas *ipso facto* atteinte également à l'État 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'État de droit au sens 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. À 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 État 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'État de droit (légalité, séparation des pouvoirs, sécurité juridique, justiciabilité, etc.), sans considération pour l'État 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'État de droit rejoint celle défendue par Joseph Raz, pour

qui l'État 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[17]. Le système juridique d'un État de droit doit répondre à certaines qualités[18] 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'État 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[19]. La Cour de justice de l'Union européenne partage cette même conception formelle de l'État de droit qu'elle a eu l'occasion de développer au titre de la Communauté de droit, de l'Union de droit ou du respect du principe de l'État de droit. L'essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'État de droit s'articule autour des exigences complémentaires de légalité et de justiciabilité[20] (voir la contribution de Lauren Blatière dans ce dossier, « La protection évolutive de l'Etat de droit par la Cour de justice de l'Union européenne ; voir également à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la contribution de Céline de Romainville précitée dans ce dossier).

L'État 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 »[21]. Sous ce point de vue, ontologiquement, l'État de droit ne saurait être l'État de n'importe quel droit[22], faute de quoi on viderait le concept « 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 »[23]. L'État 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, qu'il s'agisse de la démocratie ou des droits de l'homme[24].

Cette conception matérielle, extensive de l'Etat de droit, est relayée par la Commission européenne. Dans son cadre pour le renforcement de l'État de droit, la Commission européenne écrit ainsi, à propos des principes constitutifs de l'État de droit : « La Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme ont toutes deux confirmé que ces principes ne constituaient 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'État de droit est donc un principe constitutionnel doté d'un contenu à la fois formel et matériel. Ainsi, le respect de l'État 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 »[25]. C'est en ce sens aussi que la Cour EDH rappelle dans l'affaire *Parti de la prospérité et autres c/ Turquie* du 31 juillet 2001, 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 »[26]. De manière plus limitée, la Cour de justice considère de son côté 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 »[27]. L'Union de droit n'est pas l'Union de n'importe quel droit : elle est une Union qui protège les droits fondamentaux.

Réduire l'Etat de droit à sa seule dimension formelle aurait pour conséquence de vider le concept de sa substance historique. L'Etat de droit n'a un sens qu'en raison de sa finalité. Cela ne signifie pas évidemment que l'Etat de droit et les droits fondamentaux sont des concepts équivalents. L'Etat de droit est un concept parapluie (*umbrella term*) dont les droits fondamentaux constituent une composante et participent au fonctionnement de la démocratie. Les droits fondamentaux en font ainsi nécessairement partie intégrante en ce qu'ils sont les supports nécessaires à la préservation de l'autonomie et de la liberté individuelle contre l'oppression du pouvoir.

III- L'ETAT DE DROIT, UN MODÈLE EN CRISE

Le cadre posé, allons plus loin dans l'identification des figures de la crise de l'Etat de droit en Europe. Il y a encore une vingtaine d'années, au début des années 2000, l'Etat de droit était un horizon, une espérance, une quête. C'était une dynamique qui orientait l'évolution des systèmes juridiques dans le monde occidental vers plus de contrôle des autorités publiques et de libertés pour les individus (on parlait avec Fukuyama de la *Fin de l'Histoire* et de la démocratie libérale comme stade ultime de développement des sociétés humaines). Les lois sécuritaires post-2001 commençaient tout juste à être adoptées mais faisaient encore l'objet d'une réticence de la part de la majorité de la classe politique, d'une défiance judiciaire (de la part des juridictions internes[28] comme des juridictions européennes[29]), et d'une désapprobation dans l'opinion publique.

20 ans plus tard, le consensus dont faisait l'objet l'Etat de droit au lendemain de la chute du mur de Berlin est érodé, contesté et menacé. De la Pologne à la Hongrie, en passant par l'Italie, l'Autriche, voire le Royaume-Uni et la France, les forces réactionnaires, populistes, identitaires ou xénophobes ont réussi à imposer un nouvel agenda antilibéral qui bouleverse les structures de l'Etat de droit et affecte la garantie des droits. Les démocraties libérales elles-mêmes, partagées entre un rejet de la mondialisation et une adhésion au néolibéralisme, se convertissent au libéralisme autoritaire qui tend à imposer un libéralisme économique en dehors du libéralisme politique[30].

Le fait que la présence de ces forces politiques au sommet du pouvoir, sur les bancs des assemblées ou au second tour d'une élection présidentielle soit devenu banal pour une grande partie de l'opinion publique et de la classe politique internationale constitue déjà une victoire idéologique inquiétante. L'entrée massive de l'extrême droite au gouvernement en Autriche en 2017 à des postes stratégiques n'a suscité que très peu de réaction comparée à ce qui s'était passé en 2000. Le président de la Commission, Jean-Claude Juncker, pouvait ainsi déclarer le 20 décembre 2017 : « Pour moi, il n'y a pas à douter que le nouveau chancelier fédéral suivra un cap clairement pro-européen, car c'est écrit dans le programme de gouvernement (...). Ce que contient le programme de ce gouvernement convient à presque 100 % à la Commission ». Un brevet d'europanité vaut plus qu'un brevet de libéralisme politique !

Cette crise de la démocratie libérale qui ébranle les structures de l'Etat de droit n'est pas cantonnée à l'Europe. C'est une crise globale comme l'a montré Yasha Mounk dans son livre *Le peuple contre la démocratie*[31]. Elle l'est par ses origines : mondialisation des échanges, dilution du politique, crainte de déclassement social et économique, crise identitaire, crise sécuritaire, crise environnementale. Plus fondamentalement, on assiste à une transformation des formes de domination, une « tyrannie douce » (Aldous Huxley) dont la datacratie (domination par les algorithmes et l'exploitation globale des données personnelles) est la forme la plus contemporaine de remise en cause des logiques et des structures de l'Etat de droit et de la démocratie libérale[32] : la domination n'est plus simplement le fait des Etats, elle l'est désormais également du fait de groupes privés (Google, Amazon, Facebook, Apple) qui peuvent influencer les choix démocratiques des peuples[33]. Cette crise de la démocratie libérale est également globale par ses effets : montée des populismes et des tentations illibérales ou autoritaires (Brésil, Etats-Unis, Hongrie, Pologne, Turquie, Russie), multiplication des lois sécuritaires, restriction des libertés, etc.

Les figures de la crise sont ainsi multiples. Certaines sont directes et immédiates et participent d'une démarche illibérale assumée. La Pologne et la Hongrie assument un démantèlement (*backsliding*) des structures de l'Etat de droit et de la démocratie libérale (*Rule of law Backsliders*[34]). D'autres sont plus indirectes et latentes et affectent la plupart des démocraties libérales européennes.

A- L'Etat de droit démantelé

Les études comparées des transitions constitutionnelles (la « *transitologie* ») considéraient les pays dits du groupe de Visegrad (Hongrie, Pologne, République Tchèque et Slovaquie) comme des modèles[35]. Le retournement illibéral de certains de ces régimes en est d'autant plus exemplaire. Ce basculement remonte à 2010 pour la Hongrie (après la victoire de la coalition de centre-droit entre le Fidesz et les chrétiens-démocrates (KDNP)) et 2015 pour la Pologne (à la suite de l'entrée au gouvernement du Parti droit et justice (PiS)). Dans des contextes politiques et historiques différents, les

manifestations et les ressorts du démantèlement de la démocratie libérale sont similaires dans les deux pays. Il repose sur une limitation des contre-pouvoirs (justice, presse, syndicats, université), au nom de la souveraineté nationale et de la sécurité nationale reposant sur une exacerbation de l'identité constitutionnelle[36].

C'est en Hongrie que ce mouvement a été initié. A partir de 2011, les révisions de la constitution ainsi que l'adoption de différentes lois sur les médias, la réforme des universités, l'abaissement de l'âge de départ en retraite des juges, les nominations au sein de l'agence de protection des données, ont suscité l'inquiétude de la Commission européenne[37], du Parlement européen[38], du Conseil de l'Europe[39], et l'opposition de la Cour constitutionnelle hongroise. L'ancien Président de la Hongrie et fondateur de la Cour constitutionnelle, Laszlo Solyom, pouvait ainsi déclarer en 2013 : « en Hongrie, l'Etat de droit a cessé d'exister » [40]. La Cour constitutionnelle elle-même a fait l'objet de diverses mesures qui, selon la Commission de Venise, constituent « une menace pour l'Etat de droit et le fonctionnement du système démocratique »[41]. Son budget et ses compétences ont été réduits après 2010, sa composition et les règles de nomination modifiées, l'*actio popularis* abolie et les références aux arrêts antérieurs à 2012 interdites[42]. La Cour suprême n'a pas échappé à cette reprise en main du pouvoir exécutif : le mandat du président de la Cour suprême a été interrompu à la faveur de la modification de sa dénomination (Kuria) et de ses compétences[43]. D'une manière générale, c'est l'indépendance du pouvoir judiciaire qui est en cause avec, par exemple, les nouveaux pouvoirs conférés au président du Bureau national judiciaire, proche de Orbán, qui gère les nominations judiciaires. Le nouveau système de justice administrative, placé sous l'autorité du premier ministre, suscite les mêmes inquiétudes[44].

En Pologne, la remise en cause des structures de l'Etat de droit s'est concentrée sur la justice à partir de 2016 (voir la contribution de Lucie Laithier dans ce dossier, «Analyse et portée du modèle de l'Etat de droit lors du récent épisode des crises polonaises»). C'est d'abord le tribunal constitutionnel polonais qui a vu ses pouvoirs et son budget réduits. Son mode de fonctionnement a été réformé : les trois juges élus par l'ancienne législature furent remplacés par trois juges nouvellement élus dans des conditions jugées inconstitutionnelles[45]. Après avoir neutralisé le tribunal constitutionnel, la majorité assurée au Parti droit et justice s'en est pris à la Cour suprême[46], au Conseil national de la magistrature[47] et aux juridictions ordinaires[48]. L'objectif de ces réformes est de permettre à la majorité de reprendre en main la justice. Ces réformes ont justifié le déclenchement de l'article 7 TUE. Parallèlement, la Commission a introduit plusieurs recours en manquement contre la Pologne dont l'un a abouti le 24 juin 2019 à la condamnation de la Pologne du fait de sa législation relative à l'abaissement de départ à la retraite des juges de la Cour suprême[49]. L'avocat général Evgeni Tanchev a estimé également dans ses conclusions dans l'affaire *Krajowa Rada Sądownictwa e.a* que la chambre disciplinaire de la Cour suprême polonaise ne satisfait pas aux exigences de l'indépendance judiciaire garantie par le droit de l'Union[50]. En Roumanie, les pouvoirs de la Cour constitutionnelle ont été restreints en 2010 et la réforme du système judiciaire suscite la crainte du Conseil de l'Europe[51] et du Parlement européen[52] eu égard au standard de l'Etat de droit. L'indépendance de la justice est également directement menacée en Slovaquie, en Bulgarie ou encore à Malte[53].

B- L'Etat de droit contourné

D'une manière générale, l'Etat droit est entré dans une phase d'affaiblissement dans la plupart des démocraties occidentales sous l'effet des politiques sécuritaires post-2001[54] (voir la contribution de Catherine Gauthier dans ce dossier, « Asile et menace terroriste »), des pressions populistes sur les politiques migratoires et des mutations néolibérales du capitalisme qui imposent un nouvel ordre politico-social.

La réponse politico-juridique aux attentats du 11 septembre 2001, incarnée par le *Patriot act* américain, est le point de départ du tournant sécuritaire des démocraties libérales. Après les Etats-Unis, le Royaume-Uni, la France ou encore l'Allemagne vont se doter de législations de plus en plus sécuritaires, en introduisant des régimes d'exception. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a accepté en 2004 la réactivation d'une loi nazie de 1933 sur les internements de sûreté. Au Royaume-Uni, il a fallu l'intervention de la *House of Lords* en 2004 pour que la détention illimitée des étrangers soit écartée. En France, les lois anti-terroristes se sont multipliées (18 lois en 30 ans) jusqu'à la proclamation de l'état d'urgence en 2015 qui sera renouvelé pendant deux années, puis banalisé sous la forme d'un régime juridique ordinaire d'exception : ce qui était extraordinaire et logé dans l'état d'exception, devient ordinaire intégré dans l'Etat de droit[55]. Ce qui caractérise toutes ces lois antiterroristes, en France comme ailleurs, c'est leur caractère dérogoire par rapport au droit commun. A situation exceptionnelle, réponse exceptionnelle, mesures exceptionnelles. L'exception, se niche au cœur

même du discours législatif anti-terroriste, conçu comme la contre-violence de l'Etat de droit démocratique. Le terrorisme est perçu comme une attaque des fondements de l'Etat de droit démocratique qui pour se défendre va suspendre une partie de ses dispositifs de protection pour lutter plus efficacement contre l'ennemi qui le menace (Carl Schmitt). L'état d'exception crée une parenthèse dans le cours normal de la légalité, en rendant légal ce qui ne pouvait l'être sous l'empire de la loi ou du régime ordinaire : l'état d'exception opère une redistribution des règles d'habilitation des autorités normatrices et autorise des restrictions de libertés qui n'auraient pas été autorisées sous l'empire de la loi ordinaire.

L'état d'exception pur, tel qu'on a pu le connaître avec le 3^{ème} Reich en tant que régime d'exception du régime de Weimar, sans contrôle, ni limite n'existe plus. L'état d'exception prétend aujourd'hui être subordonné à l'Etat de droit. Ce nouveau modèle de l'état d'exception peut prendre une double forme : il peut tout d'abord être un état d'exception de droit résultant d'une proclamation formelle de l'état d'exception (état d'urgence par exemple) sous le contrôle plus ou moins poussé du juge ; cet état d'exception peut aussi ne pas résulter d'une proclamation formelle de l'état d'exception, mais résulter de l'adoption de mesures exceptionnelles qui font de l'Etat de droit un Etat de droit d'exception[56]. La France a connu les deux versions de cet état d'exception. Dans un premier temps, à l'inverse des Etats-Unis ou du Royaume-Uni, les autorités françaises ont logé le dispositif anti-terroriste dans le cadre juridique de droit commun en y incluant des régimes dérogatoires avec des incriminations, des procédures et des garanties spécifiques en matière de terrorisme en rupture avec le droit commun. Au nom de la prévention, les pouvoirs des autorités administratives se sont renforcés au détriment de ceux des autorités judiciaires, garantes ultimes des droits et des libertés fondamentaux. Dans un second temps, le dispositif anti-terroriste, après les attentats du 13 novembre 2015, a été inscrit dans l'état d'urgence qui institue un état d'exception formel autorisant notamment les perquisitions administratives, les assignations à résidence, les zones de sécurité, les limitations du droit de manifester ou encore la fermeture des lieux de culte. Cet état d'urgence fut prorogé à 6 reprises jusqu'au 31 octobre 2017. Mais la fin formelle de l'état d'urgence ne signifie pas pour autant la fin matérielle de l'état d'exception. L'exception est désormais intégrée dans le droit commun par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme [57] qui incorpore dans la loi ordinaire une partie du dispositif de l'état d'urgence. L'Etat de droit se transfigure alors en « Etat de surveillance » (Delmas-Marty)[58]. Le tournant sécuritaire fait entrer l'exception dans le droit commun, l'état d'exception est transfiguré en Etat d'exception de droit ou Etat de droit d'exception[59] : la procédure pénale, l'enquête terroriste, la rétention administrative, transmissions des données personnelles (voir la contribution de Nina Le Bonniec dans ce dossier, « La sécurité au détriment de l'Etat de droit avec les accords PNR ? ») etc... sont autant de lieux dominés par ce qui était encore considéré il y a quelques années comme « exceptionnel »[60].

L'exception est aussi un mode d'administration de la politique migratoire qui déroge aux structures de l'Etat de droit démocratique, au point d'apparaître comme la norme de gestion des flux migratoires[61] : généralisation des camps de migrants, délégalisation de la politique migratoire (voir la contribution de Mauro GATTI), contournement de la hiérarchie de normes par le recours aux normes de *soft law*, neutralisation des droits fondamentaux des migrants ((voir la contribution de Louis Imbert dans ce dossier, « L'érosion jurisprudentielle des droits fondamentaux face à l'argument de la crise migratoire »)), criminalisation des ONG d'aide aux migrants (voir la contribution de Marjorie Beulay dans ce dossier, « L'action des acteurs privés dans la gestion des frontières. Quel Etat de droit pour les questions migratoires ? ») etc... sont autant d'éléments qui contribuent à établir un état d'exception permanent en matière migratoire.

Les démocraties qui se revendiquent libérales participent ainsi également à l'affaiblissement de l'Etat de droit. Elles le font de manière directe mais circonscrite dans des domaines de sécurité intérieure (terrorisme) ou de politique externe (politique migratoire) ; elles le font également de manière plus indirecte mais plus générale. L'Etat de droit est menacé de l'intérieur par la dilution, au mieux des capacités d'action des contre-pouvoirs (parlements contournés, tribunaux engorgés, presse dépendante financièrement) et de leur mobilisation, au pire de leur existence même (le gouvernement par les experts (« l'expertocratie ») ou encore le gouvernement par les nombres[62] ou les algorithmes (« datacratie »[63])) produit d'un néo-libéralisme tenté par le « libéralisme autoritaire » qui affecte la dimension matérielle et sociale de l'Etat de droit. La notion paradoxale de « libéralisme autoritaire », forgée par Herman Heller, décrit un système libéral sur le plan économique et autoritaire sur le plan des libertés individuelles et des droits sociaux[64]. Ce serait un libéralisme sélectif en rupture avec l'unité du libéralisme[65] qui vise au démantèlement de l'Etat providence : l'Etat se recentre sur les trois fonctions fondamentales de sécurité, police et justice ; et se désengage des autres domaines d'intervention comme la solidarité, la culture ou l'éducation. Les droits sociaux en sont les victimes alors qu'ils peuvent être perçus comme la condition de la pleine jouissance des droits et libertés[66]. La logique de marché et de concurrence met l'Etat de droit au service du capital (Hayek) et ce n'est pas là le moindre des paradoxes : l'Etat de droit avait été conçu pour se prémunir de l'oppression du pouvoir étatique ; par l'Etat de droit, articulé autour d'une constitution économique dans un espace global et sans frontières, le marché profite de la primauté des droits économiques sur les droits sociaux et

du ressort de leur justiciabilité pour s'imposer[67]. Si la Pologne a focalisé l'attention des institutions de l'UE, c'est aussi parce que la remise en cause de l'Etat de droit était susceptible d'affecter la mise en œuvre du droit de l'UE et donc le fonctionnement du marché[68] : la *rule of law* est la meilleure garantie du bon fonctionnement du marché disait Hayek ; l'Etat de droit, c'est la forme juridique du libéralisme et celle qui permet au marché de se déployer avec le minimum d'entrave, surtout lorsque, dans une logique ordolibérale, le marché fait l'objet d'une protection constitutionnelle[69].

* * *

La question de la crise de l'Etat de droit en Europe dépasse donc la seule question des politiques illibérales de la Pologne ou de la Hongrie. Mais celles-ci en sont le symbole en ce qu'elles défient directement les valeurs de l'Union et son identité. Si le mécanisme de l'article 7 TUE n'est pas en mesure de sanctionner effectivement le respect de ses valeurs, l'ordre juridique de l'UE recèle des ressources normatives et juridictionnelles permettant, notamment par la voie de l'article 19 TFUE et l'action en manquement de sanctionner les Etats qui porteraient atteinte à la dimension juridictionnelle de l'Etat de droit[70] (voir contribution de Sébastien Platon dans ce dossier, « Le respect de l'Etat de droit dans l'UE: la CJ à la rescousse ? »). Mais le droit ne peut pas arrêter une révolution, il peut seulement ralentir la dégénérescence progressive des structures démocratiques. L'Union européenne traverse un moment populiste et réactionnaire sans précédent depuis la fin de la seconde guerre mondiale. La question est dès lors – pour reprendre les mots de Yascha Mounk – de savoir si ce moment va se transformer en époque et remettre en cause jusqu'aux fondements de la démocratie libérale. Les veilles démocraties libérales européennes n'ont pas seulement un devoir de vigilance à l'égard des tentations illibérales de certains Etats membres de l'Union ; elles ont aussi un devoir d'exemplarité au risque sinon de démonétiser le discours des valeurs qui le porte et de saper les fondements de la liberté.

[1] J. Chevallier, *L'État de droit*, RD publ. 1988. 314.

[2] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2^e éd., Paris, Bruxelles, LGD, Bruylant, 1990, p. 304.

[3] L. Heuschling, *État de droit. Rechtsstaat. Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 25.

[4] E. Carpano, « La définition d'un standard européen de l'Etat de droit », RTDE, avril-juin 2019, pp. 255-272.

[5] Luc Heuschling rappelle que Placidus oppose, d'un côté, les « Rechts-Staats-Lehrer » (les théoriciens de l'État de droit), et de l'autre, les « Staats-Rechts-Lehrer » (les théoriciens du droit de l'État), L. Heuschling, *op. cit.*, p. 49.

[6] O. Jouanjan, Présentation, in O. Jouanjan (dir.), *Les figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire constitutionnelle et intellectuelle de l'Allemagne*, Strasbourg, PU Strasbourg, 2001, p. 16.

[7] M. Fromont et A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, t. 1, Paris, Cujas, 1977, p. 33.

[8] 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, pp. 83-137.

[9] R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1 & 2, Recueil Sirey, Réimpression, CNRS, Paris, 1962. p. 489-490.

[10] *Ibid.*, p. 492.

[11] L. Heuschling, préc.

[12] Charte de Paris pour une nouvelle Europe, 21 nov. 1990 (CSCE).

- [13] Sur le pouvoir attractif du concept d'État de droit, v. not., M. Miaille, Le retour de l'État de droit. Le débat en France, in D. Colas (dir.), *L'État de droit*, Paris, PUF, coll. Questions, 1987, p. 216.
- [14] E. Carpano, « La définition d'un standard européen de l'Etat de droit », *RTDE*, avril-juin 2019, sp. 263.
- [15] CJCE, 23 avr. 1986, *Parti écologiste « Les Verts »*, aff. 294/83Rec. 1353.
- [16] TUE, art. 2.
- [17] J. Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in J. Raz, *The authority of law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 210-229.
- [18] L. Fuller, *The morality of law*, 4th ed., Yale UP, New Haven, 1969 p. 33-38 (à propos de la parabole du roi Rex).
- [19] Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), « Liste des critères de l'État de droit », CDL-AD(2016)007
- [20] Voir E. Carpano précité.
- [21] M. Miaille, Le retour à l'État de droit. Le débat en France, in D. Colas (dir.), *L'État de droit*, PUF, Paris, 1987, p. 216.
- [22] 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. 117.
- [23] J. Chevallier, *L'État de droit*, RD publ. 1988. 363 et 365.
- [24] V. en ce sens par exemple la Cour constitutionnelle tchèque : « L'État 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 » (Cour const. Tchèque, décision PI.US 19/93 du 21 déc. 1993, EEC Reporter, 1997, vol. 4, n° 2, p. 149).
- [25] 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.
- [26] CEDH, 31 juin 2001, *Refah Partisi – Parti de la Prospérité c/ Turquie*, req. 41340/98, RTDH, 2002. 983, obs. S. Sottiaux et D. de Prins.
- [27] Par ex. CJUE, 6 oct. 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, EU:C:2015:650, préc.
- [28] *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 (Belmarsh case).
- [29] CJCE, 3 sept. 2008, *Kadi e.a.*, aff. C-402/045 P et 415/05P ; Cour EDH, Gr. Ch., 19 janv. 2009, *Abou Qatada et autres c. Royaume-Uni* req. n° 3455/05.
- [30] Michael A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, *Critical Sociology*, (2019) 10.
- [31] Y. Munk, *Le peuple contre la démocratie*, (trad.), L'observatoire, 2018, 528p.
- [32] Ph. Vion-Duri, *La nouvelle servitude volontaire*, FYP EDITIONS, 2016.
- [33] D. Helbing et alii, « Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence?, in D. Helbing (ed.), *Towards Digital Enlightenment. Essays on the Dark and Light Sides of the Digital Revolution*, Springer ed., 2019, p. 78-98.
- [34] L. Pech and K.L. Scheppele, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU » (2017) 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 3.
- [35] K. Rupnink, « Démocrature en Europe du Centre-Est : trente ans après 1989 », *Pouvoirs*, 2019/2, n°169, pp. 73-84.

- [36] D. Kochenov, « Rule of law crisis in the new member states of the EU : the pitfalls of overemphasising enforcement », *Reconnect working papers* (Leuven), n°1, 2018, 28p.
- [37] *Statement from the President of the European Commission and the Secretary General of the Council of Europe on the vote by the Hungarian Parliament of the Fourth amendment to the Hungarian Fundamental Law, 11 mars 2013.*
- [38] Dans une résolution de mai 2017, il « estime que la situation actuelle en Hongrie représente un risque clair de violation grave de valeurs visées à l'article 2 du traité UE et qu'elle justifie le lancement de la procédure prévue à l'article 7, paragraphe 1, du traité UE ».
- [39] Voir par exemple, Avis sur trois questions juridiques découlant du processus de rédaction de la nouvelle Constitution hongroise CDL-AD(2011)001 ; Avis concernant les lois cardinales (organiques) sur le pouvoir judiciaire CDL-AD(2012)020.
- [40] « Ex-president urges successor to veto constitutional changes », *MTI*, Budapest, 11 mars 2013.
- [41] Commission de Venise avis du 11 mars 2016 concernant les amendements du 22 décembre 2015 à la loi sur la Cour constitutionnelle en Pologne.
- [42] Le Comité aux droits de l'homme des NU a également fait part de ses préoccupations s'agissant de la réforme de la Cour constitutionnelle hongroise : Comité des droits de l'homme, observations finales concernant le sixième rapport de la Hongrie, CCPR/C/HUN/CO/6, 9 mai 2018.
- [43] La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Hongrie au motif que cette décision CourEDH, GC, 23 juin 2016, *Baka / Hongrie*, Req. n°20261/12.
- [44] Commission de Venise, avis du 18 mars 2019 sur la loi relative aux juridictions administratives et loi relative à l'entrée en vigueur de la loi sur les juridictions administratives et certaines règles transitoires, CDL-AD(2019)004
- [45] T.T. Koncewicz, « Of Institutions, Democracy, Constitutional Self-Defence » (2016) 53 *Common Market Law Review* 1753.
- [46] Abaissement de l'âge de la retraite des juges de 70 à 65 ans ce qui permet le renouvellement de 27 des 72 membres de la Cour suprême dont la présidente.
- [47] Les membres du CNM seraient élus à la majorité simple par la Diète et non plus choisis par les juges.
- [48] Compétence pour le ministre de la justice de nommer et démettre de leurs fonctions les présidents des tribunaux ordinaires.
- [49] CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18.
- [50] Concl AG Tachev du 27 juin 2019 sous *Krajowa Rada Sądownictwa e.a*, aff. C-585/18, C-624/18 et C-625/18.
- [51] Avis sur les amendements au code pénal et au code de procédure pénale, adopté par la Commission de Venise, 19-20 octobre 2018, CDL-AD (2018) 021 ; Avis sur les projets d'amendements de la loi n°303/2004 sur le statut des juges et des procureurs, la loi n_304/2044 sur l'organisation judiciaire et la loi n°317/2004 sur le Conseil supérieur de la magistrature, Commission de Venise, 19-20 octobre 2018, CDL-AD (2018) 017.
- [52] Résolution du Parlement européen du 13 novembre 2018 sur l'Etat de droit en Roumanie, 2018/2844 (RSP).
- [53] European Parliament resolution on the situation of the rule of law and the fight against corruption in the EU, specifically in Malta and Slovakia (2018/2965(RSP)).
- [54] Mireille Delmas-Marty. *Libertés et Sûreté les Mutations de L'État de Droit*. Revue de Synthèse, Springer Verlag/Lavoisier, 2009, 130 (3), pp.465-491.

[55] Olivier Beaud & Cécile Guérin-Bargues, *L'Etat d'urgence : une étude constitutionnelle historique et critique*, 2018, 204 p

[56] Marie-Laure Basilien-Gainche, *Etats de droit & états d'exception. Une conception de l'Etat*, Paris, PUF, 2013, 315 p

[57] (JORF n°0255 du 31 octobre 2017)

[58] Entretien avec Mireille Delmas Marty : Loi antiterroriste : « Nous sommes passés de l'Etat de droit à l'Etat de surveillance », *Le Monde*, 11 octobre 2017

[60] M. Troper, « L'État d'exception n'a rien d'exceptionnel », dans THÉODOROU (Spyros), dir., *L'État d'exception dans tous ses états*, Marseille, Éditions Parenthèses, 2007, p. 163-176).

[61] M-L Basilien Gainche, « les droits des migrants en Europe : la normalisation de l'exception », in E. Carpano et G. Marti (dir.), *L'exception en droit de l'Union européenne*, coll. Droits européens, Presses universitaires de Rennes, 2019, pp. 249-264.

[62] A. Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015, 512 p.

[63] D. Cardon, « Le pouvoir des algorithmes », in Pouvoir « Datacratie », 2018/1, n°164, p.63-73.

[64] Hermann Heller, « Autoritärer Liberalismus », *Die Neue Rundschau*, vol. 44, 1933, pp. 289-298.

[65] V. Valentin, « Sur les fondements du libéralisme », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2003/1, n°17, pp. 49-71.

[66] A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 184 p.

[67] B.Dima, F. Barna & M-L Nachescu (2018) « Does rule of law support the capital market? », *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 31:1, 461-479.

[68] CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18.

[69] M. Wilkinson, « *Authoritarian liberalism in Europe: a common critique of neoliberalism and ordoliberalism* », *Critical Sociology*, 2019, 10.

[70] CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18.

Éric Carpano, «La crise de l'Etat de droit en Europe. De quoi parle-t-on ?»
RDLF 2019 chron. n°29 (www.revuedlf.com)