



HAL
open science

Par-delà la souveraineté étatique dans l'Union : État de droit et intégration

Éric Carpano

► **To cite this version:**

Éric Carpano. Par-delà la souveraineté étatique dans l'Union : État de droit et intégration. *Federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2020, 43-59 (31/2020), <https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?artid=44442&dpath=document&dfile=13112020113656.pal-03035999>

HAL Id: hal-03035999

<https://hal.science/hal-03035999>

Submitted on 23 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.

Éric Carpano. Par-delà la souveraineté étatique dans l'Union : État de droit et intégration. *Federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2020, p. 43-59 (n° 31/2020)
<https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=44442&dpath=document&dfile=13112020113656.pdf&content=Fascicolo%2Bn%2E%2B31%2F2020%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B>. ([hal-03035999](#))

Par-delà la souveraineté étatique dans l'Union : Etat de droit et intégration *
di Eric Carpano

Professeur de Droit public
Chaire Jean Monnet

Directeur du Centre d'études européennes. Université Jean Moulin – Lyon 3

Abstract [Fr]: L'État de droit, qui est une valeur fondamentale de l'Union Européenne, ainsi qu'une condition nécessaire à l'adhésion et à la permanence des États membres en son sein, a connu des crises répétées ces dernières années. Ces crises touchent à la fois le niveau supranational européen, notamment en raison de sa structure multi niveaux, et les systèmes juridiques des États membres. La contribution se concentre sur les principaux éléments qui peuvent être considérés comme indicatifs de l'État de droit, en soulignant leur importance dans l'équilibre du système juridique européen.

Abstract [It]: Lo Stato di diritto è uno dei valori fondamentali su cui si fonda l'UE e uno dei criteri che consentono di entrare e rimanere nell'Unione europea stessa. Negli ultimi anni ha attraversato ripetute crisi, sia a livello sovranazionale europeo (anche a causa della struttura multilivello dell'Unione) che a livello di Stati membri. Il testo riflette sul significato che l'Unione europea attribuisce allo Stato di diritto, sottolineando l'importanza del principio per l'intero sistema dell'UE.

Abstract [En]: The rule of law is one of the basic value on which the EU is founded and one of the criteria which allow to enter and to stay in the European Union itself. Over the last years it has experienced repeated crisis, both at the European supranational (also because of the multilevel structure of the Union) and at the Member States level. The paper reflects on the meaning that the European Union attributes to the rule of law, underlying the importance of the principle for the whole EU system.

Sommario: 1. Les enjeux. 2. La crise de l'Etat de droit. 3. L'Etat de droit, un modèle intégrationniste. 3.1. Une Union de droit. 3.2. Une Union d'Etats de droit. 4. La standardisation européenne de l'Etat de droit. 4.1. Le droit au juge. 4.2. La légalité. 4.3. La séparation des pouvoirs. 5. Conclusion.

1. Les enjeux

La crise de l'Etat de droit en Europe révèle une crise tout à la fois du libéralisme

politique dont il constitue la forme juridique et de l'intégration elle-même¹. Elle met également en lumière la redéfinition de la puissance de l'Etat dans un espace globalisé et déterritorialisé dans lequel l'exercice du pouvoir étatique relève d'une souveraineté partagée entre l'Etat membre et l'Union européenne². La forme et la nature de l'Etat de droit dans cet espace multiniveaux s'en trouve transfiguré : l'Etat de droit national participe tout autant à la définition d'une *Union de droit* que celle-ci le modélise. L'Union se constitue, en tant qu'organisation politico-juridique, en une Union de droit, dans laquelle les Etats membres comme les institutions de l'UE, se soumettent à la prééminence du droit (*rule of law*)³. C'est une Union de droit multiniveaux dans laquelle les Etats membres eux-mêmes, par l'établissement des « voies de recours nécessaires pour assurer aux justiciables le respect de leur droit à une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », participent à la réalisation de l'Etat/l'Union de droit⁴ sous le contrôle de l'Union. L'Union est ainsi, aussi et avant tout, une *Union d'Etats de droit*⁵. Le respect de l'Etat de droit est une condition d'appartenance à l'Union, en tant que valeur et paradigme organisationnel, qui s'impose aux Etats candidats à l'adhésion mais aussi aux Etats membres⁶. Emergerait ainsi une nouvelle figure de l'Etat de droit, *l'Etat de droit intégré*⁷. L'Etat de droit n'est plus dès lors simplement défini nationalement mais, en tant que partie de l'Union de droit, il fait corps avec elle et certaines de leurs structures sont interdépendantes : l'Etat de droit est la condition d'une Union de droit effective et l'Union de droit rétroagit sur les Etats de droit nationaux en les modélisant.

2. La crise de l'Etat de droit

En Europe, l'Etat de droit revêt une signification toute particulière. Il apparaît comme un standard du droit constitutionnel européen, produit d'une communauté de valeurs et érigé en étalon de normalité plongeant ses racines dans l'histoire européenne de lutte pour la prééminence du droit⁸. Il est le produit d'une construction réticulaire entre les niveaux

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ E. Carpano et M.-L. Basilien-Gainche (dir.), *Quel Etat de droit dans une Europe en crise*, n° spécial, RDLF 2019 chron. n° 36, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/>.

² N. Walker, « Late Sovereignty in the European Union », in N. Walker (ed), *Sovereignty in transition*, Oxford, Hart, 2003.

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

⁴ CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, point 32 ; 25 juillet 2018, *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, point 50 ; CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531.

⁵ C. Vial, « Un paradoxe cohérent et surmontable: le difficile respect de l'Etat 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. 823-831.

⁶ 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

⁷ Selon Beligh Nabli, « L'idée même d'« État intégré » suggère l'existence d'un type d'État dont la spécificité résulte de son appartenance à l'Union européenne, de son mode de rapport à l'organisation à laquelle il appartient. La singularité de l'État intégré tient en effet au type de rapport qu'il entretient avec les institutions de l'Union et les autres États membres auxquels il est lié par une interdépendance structurelle qui se manifeste par les principes de coopération loyale, de solidarité et de confiance mutuelle. D'un côté, les États membres ne sont pas extérieurs ou tiers par rapport à l'Union, ils la composent : ils sont de l'Union et dans l'Union. De l'autre, l'Union est intégrée dans les États membres, comme l'atteste le développement d'un « droit national de l'intégration européenne » », in B. Nabli, *L'Etat intégré. Contribution à l'étude de l'Etat membre de l'Union européenne*, Pedone, 2019, 116p.

⁸ E. Carpano, « La définition d'un standard européen de l'Etat de droit », RTDE, avril-juin 2019, pp. 255-272.

nationaux et supranationaux (Conseil de l'Europe et Union européenne), faite d'emprunts et d'influences réciproques⁹. L'Etat de droit est tout à la fois un réceptacle des valeurs européennes et le paradigme organisationnel des systèmes libéraux européens qui protège l'individu et l'ordre juridique lui-même. Dans l'Union, l'Etat de droit est une contrainte axiologique (les valeurs) et fonctionnelle (l'intégration) en ce qu'il constitue la courroie de transmission de l'intégration. La crise de l'Etat de droit en Europe est donc aussi la crise du projet européen et affecte directement le développement de l'intégration.

Il y a encore une vingtaine d'années, au début des années 2000, l'Etat de droit était un horizon. 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 internes¹⁰ comme des juridictions européennes¹¹), 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, les Pays-Bas, le Royaume-Uni ou 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 politique¹².

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*¹³. 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 : 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 peuples¹⁴. 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

⁹ 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.

¹⁰ *A and others v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56 (Belmarsh case).

¹¹ 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.

¹² Michael A. Wilkinson, « Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism », *Critical Sociology*, (2019) 10.

¹³ Y. Munk, *Le peuple contre la démocratie* (trad.), L'observatoire, 2018, 528 p.

¹⁴ 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.

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*¹⁵). D'autres sont plus indirectes et latentes et affectent la plupart des démocraties libérales européennes. 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-2001¹⁶, des pressions populistes sur les politiques migratoires et des mutations néo-libérales du capitalisme qui imposent un nouvel ordre politico-social. Les démocraties qui se revendiquent libérales participent ainsi également à l'affaiblissement de l'Etat de droit.

Cette crise de l'Etat de droit est donc globale. On assiste à une remise en cause de l'équilibre marché / démocratie (*le capital plutôt que le peuple*¹⁷) sous l'effet notamment de l'ouverture des marchés et de la financiarisation des économies dans un espace global de plus en plus difficile à réguler. Selon Gramsci, la crise est un entre deux ; un interrègne : l'ancien ordre se meurt et le nouveau n'est pas encore né, et dans cet interrègne naissent tous les dérèglements¹⁸. Nous en sommes là, comme le relève Balibar, entre la fin de l'Etat nation souverain et l'émergence d'une hypothétique souveraineté post-nationale¹⁹. Et l'enjeu de ce passage c'est la régulation d'un capitalisme global libéré des frontières étatiques et des contrôles démocratiques classiques de l'Etat nation. Cette tension n'est pas propre à l'UE. C'est une tendance contemporaine lourde qu'accélère la globalisation²⁰. Mais dans l'UE, cette tension est exacerbée en raison de la nature même du processus d'intégration et de la protection constitutionnelle du marché en dépit des cadres réglementaires mis en place. L'Etat de droit a été conçu dans cet espace global dérégulé comme un rempart contre la remise en cause des libertés des opérateurs économiques et comme une garantie de l'ordre marchand et ce au détriment le cas échéant des choix démocratiques.

Ce néolibéralisme est un libéralisme sélectif en rupture avec l'unité du libéralisme²¹ 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 libertés²². 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'imposer²³. 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

¹⁵ L. Pech and K.L. Scheppele, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU » (2017) 19 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 3.

¹⁶ 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.

¹⁷ W. Streeck, « Auf den Ruinen der Alten Welt: Von der Demokratie zur Marktgesellschaft » *Blätter für deutsche und internationale Politik* 12, (2012), pp. 61-72; « Was nun, Europa? Kapitalismus ohne Demokratie oder Demokratie ohne Kapitalismus » *Blätter für deutsche und internationale Politik* 4 (2013) pp. 57-68.

¹⁸ A. Gramsci, *Cahiers de prison*, cahier 3, §34, p. 283, éd. Robert Paris, Gallimard, 1996.

¹⁹ E. Balibar, *Nous citoyens d'Europe: les frontières, l'Etat, le peuple*, éd. La découverte et Syros, 2001, p. 293.

²⁰ P. Diamond (ed.), *The crisis of Globalization: Democracy, Capitalism and inequality in the Twenty-first Century*, I.B. Taudis ed., coll. Policy Network, 2018, 304 p.

²¹ V. Valentin, « Sur les fondements du libéralisme », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2003/1, n° 17, pp. 49-71.

²² A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010, 184 p.

²³ B. Dima, F. Barna & M-L Nachescu (2018) « Does rule of law support the capital market? », *Economic Research-Ekonomska Istraživanja*, 31:1, 461-479.

l'UE et donc le fonctionnement du marché²⁴ : 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 constitutionnelle²⁵. Dans l'UE, cette tension est exacerbée en raison de la nature même du processus d'intégration et de la protection constitutionnelle du marché en dépit des cadres réglementaires mis en place.

3. L'Etat de droit, un modèle intégrationniste

C'est dans ce contexte, que l'on peut prendre toute la mesure de la crise de l'Etat de droit du point de vue de l'intégration. L'Union européenne « repose sur le principe de la démocratie et sur le principe l'État de droit » (préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union) ; 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 » (art. 2 TUE). La constitutionnalisation 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 une *Union de droit* sur le modèle de l'Etat de droit ; ensuite, que l'Union est une *Union d'Etats de droit*

3.1. Une Union de droit

Selon la Cour de justice, l'Union européenne 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 »²⁶. Héritière de la notion de *Communauté de droit* consacrée dans l'arrêt *Les verts*, la notion est essentiellement formelle et procédurale et se distingue des notions de démocratie et de droits de l'homme. Elle s'articule autour des exigences complémentaires de légalité et de justiciabilité. Aux termes de la jurisprudence de la Cour de justice – rejoignant celle des cours constitutionnelles nationales –, la notion d'Union de droit signifie, d'une part, que l'action des institutions et des Etats membres 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 les droits fondamentaux, et d'autre part, que leur action est soumise à un contrôle juridictionnel effectif. C'est cette dimension juridictionnelle de l'Etat de droit qui domine la définition de l'Union de droit : nulle autorité de ne doit pouvoir échapper au contrôle de la légalité de ses actes avec le droit de l'Union. Dans les arrêts *les Verts*, *Segi*²⁷ et *Gestoras pro amnistia*²⁸, *Advocaten voor de Wereld*²⁹, *Jégo-Quééré*³⁰, *Kadi*³¹, *H/Conseil*³², *Rosneft*³³, la notion d'Union de droit justifie l'extension du contrôle juridictionnel de la légalité des actes de l'Union ; il peut aussi servir à légitimer la qualité « *rechtsstaatlich* » de l'Union pour justifier le maintien du système contentieux existant comme l'illustrent les affaires *UPA*³⁴ ou *Inuit Tapiriit Kanatami*³⁵ par

²⁴ CJUE, 24 juin 2019, *Commission c/ Pologne*, C-619/18.

²⁵ M. Wilkinson, « *Authoritarian liberalism in Europe: a common critique of neoliberalism and ordoliberalism* », *Critical Sociology*, 2019, 10.

²⁶ CJUE, 29 mai 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW e.a.*, C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335.

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

²⁸ CJCE 27 fév. 2007, *Gestoras Pro Amnistia e. a. c/ Conseil*, C-354/04 P, Rec. I-1579, point 51.

²⁹ CJCE, Gde ch., 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, ECLI:EU:C:2007:261.

³⁰ TPICE, 3 mai 2002, *Jégo-Quééré et Cie c/ Commission*, T-177/01, ECLI:EU: T:2002:112.

³¹ CJCE, Grde ch., 3 septembre 2008, *Kadi*, C-402/05 P et C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461.

³² CJUE, Gde ch., 19 juillet 2016, *H/ Conseil et Commission*, C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, point 41.

³³ CJUE, Gde ch., 28 mars 2017, *Rosneft*, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236.

³⁴ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil*, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, point 38.

³⁵ CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, EU:C:2013:625, point 9.

exemple. Mais dans les deux cas, il est directement rattaché au droit à un recours juridictionnel effectif et repose sur la nécessité d'un système complet de voies de recours nationaux et européens garantissant la prééminence du droit de l'Union, nécessité parfois contestable comme l'ont révélé les situations contentieuses dans les affaires *Jégo-Quéré* et *UPA*, situations auxquelles le traité de Lisbonne n'a pas complètement remédié³⁶.

Cette dimension formelle de l'Union de droit n'en est pas moins finalisée et comporte une dimension matérielle qui lui donne un sens. Dans son arrêt *Kadi*, la Cour précisait que « le contrôle, par la Cour, de la validité de tout acte communautaire au regard des droits fondamentaux doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome à laquelle un accord international ne saurait porter atteinte »³⁷. Si l'Etat/Union de droit ne se confond pas avec la démocratie ou les droits de l'homme, il en est le complément nécessaire.

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 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 »³⁸. L'Union de droit n'est ainsi pas l'Union de n'importe quel droit : elle est une Union qui doit protéger les droits fondamentaux et doit permettre la consolidation de la démocratie dans l'Union³⁹ pour se muer en *Union de droit démocratique*.

Elle n'en est pas encore une. L'incomplétude de l'Union de droit tient, d'une part, aux failles du système de l'Union lui-même, et, d'autre part, à sa nature même : c'est une Union de droit multiniveaux, qui repose sur la participation de ces Etats membres et qui requiert que ceux-ci soient des Etats de droit pour des raisons tant axiologiques que pour garantir l'effectivité des droits que les individus tirent du droit de l'Union. L'Etat de droit se présente alors comme un instrument de l'intégration européenne.

3.2. Une Union d'Etats de droit

Ce n'est que récemment que l'Union européenne a été pensée au travers du prisme de l'Etat de droit et ce discours européen sur l'Etat de droit s'est accéléré ces dernières années à la faveur de la crise identitaire et du moment illibéral/populiste que traversent plusieurs Etats membres de l'Union⁴⁰. La question du caractère « rechtsstaatlich » des Etats membres n'en

³⁶ L. Fromont & A. Van Wayenberge, « La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach », *Cahiers de droit européen*, 2015, pp. 113-150.

³⁷ Précité, § 316.

³⁸ 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, p. 5.

³⁹ 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.

⁴⁰ K. Rupnink, « Démocrature en Europe du Centre-Est: trente ans après 1989 », *Pouvoirs*, 2019/2, n° 169, pp. 73-84 ; L. Pech and K.L. Scheppele, « Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU » (2017) 19 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 3.

était pas une auparavant, tant l'Etat de droit faisait l'objet d'un consensus politique, y compris dans les pays d'Europe centrale et orientale qui, au lendemain de l'effondrement du bloc soviétique, s'étaient convertis au libéralisme et avaient inscrit au frontispice de leur constitution le principe de l'Etat de droit.

La chute du mur de Berlin et l'avènement de la démocratie libérale en Europe sont à l'origine de la réactivation de la notion d'Etat de droit qui sera intégrée dans le droit primaire de l'Union à partir du traité de Maastricht selon 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 TUE) ; 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 Copenhague⁴¹, l'Etat de droit va constituer un des chapitres de négociation en vue de l'adhésion à l'Union⁴². Le respect de l'Etat de droit devient ainsi explicitement une condition d'adhésion à l'Union européenne. Toutefois, il est de l'aveu de tous que cette dimension de l'adhésion fut très largement sous-évaluée lors de l'élargissement de 2004. Face aux retards en matière de respect des critères de l'Etat de droit, un mécanisme de coopération et de vérification avait bien été créé spécifiquement pour la Bulgarie et la Roumanie lors de leur adhésion à l'Union en 2007. Ce mécanisme devait les aider à combler les lacunes subsistant dans les domaines de la réforme judiciaire, de la lutte contre la corruption et, pour la Bulgarie, de la criminalité organisée⁴³. La crise de l'Etat de droit en Europe⁴⁴ a conduit la Commission à revaloriser plus encore la prise en compte de ces exigences dans les négociations d'adhésion et dans sa politique de voisinage⁴⁵. C'est ainsi que la stratégie pour les Balkans occidentaux de février 2018 met l'accent sur les réformes de l'Etat de droit et rappelle que le respect de l'Etat de droit est une condition essentielle pour l'adhésion à l'Union européenne⁴⁶.

Le respect de l'Etat de droit est aussi une obligation continue pour les Etats membres : il s'agit tant d'une responsabilité constitutionnelle interne que d'une responsabilité vis-à-vis de l'Union et des autres Etats membres (par le jeu de la confiance mutuelle⁴⁷). C'est évidemment d'abord une question de valeur (article 2 TUE) sans quoi l'Union européenne serait privée du socle commun sur lequel elle repose et par lequel elle agrège des volontés communes. Selon la Cour, « il ressort de l'article 49 TUE, qui prévoit la possibilité pour tout Etat européen de demander à devenir membre de l'Union, que celle-ci regroupe des Etats qui

⁴¹ Les critères d'adhésion à l'Union ont été définis lors du Conseil européen de Copenhague en 1993 et renforcés lors du Conseil européen de Madrid en 1995. Ils sont au nombre de trois : 1/ la présence d'institutions stables garantissant la démocratie, l'Etat de droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection; 2/ une économie de marché viable et la capacité à faire face aux forces du marché et à la pression concurrentielle à l'intérieur de l'UE; 3/ l'aptitude à assumer les obligations découlant de l'adhésion, notamment la capacité à mettre en œuvre avec efficacité les règles, les normes et les politiques qui forment le corpus législatif de l'UE (l'acquis) et à souscrire aux objectifs de l'union politique, économique et monétaire.

⁴² Plus particulièrement le chapitre 23 – Pouvoir judiciaire et droits fondamentaux – et le chapitre 24 – Justice, liberté et sécurité.

⁴³ https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/rule-law/assistancebulgaria-and-romania-under-cvm/reports-progress-bulgaria-and-romania_fr.

⁴⁴ E. Carpano et M.-L. Basilien-Gainche (dir.), *Quel Etat de droit dans une Europe en crise*, n° spécial, *RDLF* 2019 chron. n° 36, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/>.

⁴⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil « Poursuivre le renforcement de l'état de droit au sein de l'Union - Etat des lieux et prochaines étapes envisageables ». [COM (2019) 163 final].

⁴⁶ COM (2018) 65 final.

⁴⁷ CJUE, 25 juillet 2018, C-216/18, *LM*.

ont librement et volontairement adhéré aux valeurs communes visées à l'article 2 TUE, respectent ces valeurs et s'engagent à les promouvoir, le droit de l'Union reposant ainsi sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, lesdites valeurs (...). Cette prémisse implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres et, notamment, leurs juridictions dans la reconnaissance de ces valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, dont celle de l'État de droit, et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre »⁴⁸. Mais c'est aussi une question structurelle sans quoi le droit de l'Union européenne se trouverait privé de son effectivité. Cette obligation résulte directement du traité lui-même (article 2 TUE, article 49 TUE et article 19 TUE) et indirectement du principe de coopération loyale (article 4, paragraphe 3, du TUE) qui souligne l'obligation des États membres de faciliter l'accomplissement par l'Union de sa mission et de s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. Il appartient ainsi aux États et à l'Union de garantir que certains États membres n'affectent pas la mise en œuvre du droit de l'Union résultant d'une remise en cause des structures et des principes de l'État de droit.

Pour garantir le respect de l'État de droit par les États membres, l'Union dispose de différents instruments. Si l'attention s'est focalisée sur l'article 7 TUE qui permet à l'Union d'agir en cas de manquements graves en matière d'État de droit dans un État membre⁴⁹, celle-ci – compte tenu de sa complexité – se révèle peu efficace pour sanctionner efficacement ces manquements⁵⁰. Pour pallier ces difficultés, le Conseil a souhaité en 2013 mettre en place un nouveau dialogue sur l'État de droit avec les États membres, sur une base annuelle⁵¹. C'est dans ce cadre que la Commission européenne a établi en 2014 un mécanisme de traitement des problèmes systémiques touchant à l'État de droit dans les États membres de l'Union. Ce nouveau cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit crée un instrument d'alerte rapide pour mettre fin aux menaces qui pèseraient sur l'avenir de l'État de droit dans les États membres, avant que les conditions d'activation des mécanismes prévus à l'article 7 du TUE ne soient réunies⁵². Cet instrument participe activement à la standardisation européenne de l'État 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 »⁵³. Ce dialogue a été engagé sans succès avec la Pologne dès janvier 2016 ; et le 20 décembre 2017, la Commission a invoqué pour la

⁴⁸ CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18, pts 42-43.

⁴⁹ Cette procédure a été déclenchée à deux reprises : en décembre 2017, par la Commission, en ce qui concerne la Pologne (Proposition de décision du Conseil relative à la constatation d'un risque clair de violation grave, par la République de Pologne, de l'état de droit [COM(2017) 835 final du 20.12.2017]) et en septembre 2018, par le Parlement européen, en ce qui concerne la Hongrie (Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée [2017/2131 (INL)]).

⁵⁰ Le Parlement européen a constaté que la situation s'était détériorée en Pologne depuis le déclenchement de l'article 7 paragraphe 1 en décembre 2017, et que le mécanisme n'était pas efficace : Communiqué de presse, Session Plénière, Commission LIBE, 16 janvier 2020, État de droit en Hongrie et Pologne : la situation s'est détériorée.

⁵¹ Conclusions du Conseil sur les droits fondamentaux et l'État 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.

⁵² 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.

⁵³ *Ibid.*

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. L'échec politique des mécanismes du respect de l'Etat de droit a déplacé le combat sur le terrain judiciaire, les juges nationaux⁵⁴ 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. La Cour de justice rendra plusieurs décisions majeures sanctionnant la Pologne en 2019, l'une sur l'indépendance de la Cour suprême⁵⁵, l'autre sur la réforme des juridictions de droit commun⁵⁶. De même, dans l'affaire *A.K. / Krajowa Rada Sadownictwa* relative à la création d'une nouvelle chambre disciplinaire au sein de la Cour suprême polonaise, elle donnera au juge de renvoi polonais les moyens de sanctionner ce mécanisme jugé contraire au principe d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire⁵⁷. La Cour de justice a été invitée par les juges nationaux également à prendre position sur l'incidence de certaines défaillances généralisées en matière d'indépendance du pouvoir judiciaire pour la confiance mutuelle sur laquelle se fondent les instruments adoptés dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁵⁸. Le respect de l'Etat de droit est l'affaire de tous les Etats membres qui, s'ils n'ont pas confiance dans le respect des droits fondamentaux et du système judiciaire par un autre Etat membre, ne sauraient donner effet aux décisions adoptées par cet Etat ou y renvoyer une personne⁵⁹.

C'est dans ce contexte spécifique que la Cour de justice a été amenée à définir plus précisément les contours de modèle d'Etat de droit que l'Union européenne entend imposer à ses Etats membres.

4. La standardisation européenne de l'Etat de droit

La standardisation européenne de l'Etat de droit résulte tout à la fois du droit Conseil de l'Europe que du droit de l'Union. La Commission de Venise a proposé une standardisation des critères l'Etat de droit⁶⁰, reprise par la Commission européenne, et a rendu différents avis sur la situation de l'Etat de droit en Pologne⁶¹ et en Hongrie⁶². La Cour EDH a de son côté contribué à la protection européenne de l'Etat de droit⁶³. Si l'on s'en tient au seul droit de

⁵⁴ CJUE, GC, 19 novembre 2019, *A.K. / Krajowa Rada Sadownictwa*, affaires jointes C-585/18, C-624/18 et C-625/18; CJUE, 25 juillet 2018, C216/18, *LM*.

⁵⁵ CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18.

⁵⁶ CJUE, GC, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, C-192/18.

⁵⁷ CJUE, GC, 19 novembre 2019, *A.K. / Krajowa Rada Sadownictwa*, affaires jointes C-585/18. Cependant, le Gouvernement polonais n'a pas supprimé la Chambre disciplinaire. Celle-ci est toujours en activité. Aussi, la Commission a initié une procédure de recours en manquement contre la Pologne le 23 janvier 2020 à ce sujet. Le 8 avril 2020, la CJUE a rendu une ordonnance dans laquelle elle fait droit à la demande de mesures provisoires de la Commission (Ordonnance de la CJUE, C-791/19 R, *Commission c. Pologne*, 8 avril 2020).

⁵⁸ CJUE, 25 juillet 2018, C216/18, *LM*.

⁵⁹ S. Platon, «Le respect de l'Etat de droit dans l'Union européenne: la Cour de justice à la rescousse?», in E. Carpano et M-L Basilien Gainche (dir.), *Quel Etat de droit dans une Europe en crise*, n° spécial, RDLF 2019 chron. n°36, <http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-crise-de-letat-de-droit-en-europe-de-quoi-parle-t-on/>.

⁶⁰ Commission européenne pour la démocratie par le droit, « Liste des critères de l'Etat de droit », CDL-AD (2016)007.

⁶¹ 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.

⁶² 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.

⁶³ C. de Romainville, « La protection de l'Etat de droit par la Convention européenne des droits de l'homme- La Cour européenne et l'exigence de légalité », in E. Carpano et M.-L. Basilien-Gainche (dir.), *Quel Etat de droit dans une Europe en crise*, n° spécial, RDLF 2019 chron. n°36, <http://www.revuedlf.com/cedh/la-protection-de->

l'Union, c'est la Cour de justice qui est venue, par touches successives, dessiner les contours d'un modèle européen commun de l'Etat de droit dans et de l'Union : progressivement, au nom de l'application effective du droit de l'Union et du droit à une protection juridictionnelle effective des sujets du droit de l'Union, la Cour de justice est venue saisir les structures nationales de l'Etat de droit. Ce standard européen de l'Etat de droit s'articule autour des principes de justice, de légalité et de séparation des pouvoirs.

4.1. Le droit au juge

Fondamentalement, l'europeanisation de l'Etat de droit national répond à la nécessité de garantir l'effectivité du droit de l'Union par le juge⁶⁴. Elle se traduit par l'europeanisation du droit à un recours juridictionnel effectif, considéré comme le pilier de l'Etat de droit. Cette exigence s'impose tout autant aux Etats membres qu'à l'Union elle-même. Elle est la garantie que les droits issus du droit de l'Union seront effectivement protégés dans un système où la complétude des voies de droit repose d'abord sur le juge national, juge européen de droit commun. Il en résulte plusieurs conséquences.

En premier lieu, le principe de l'Etat de droit et la complétude des voies de recours (« ni les institutions, ni les Etats membres ne sauraient échapper au contrôle de la légalité de ses actes ») impliquent que les individus doivent pouvoir « 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 »⁶⁵. A cet égard, 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'Union⁶⁶. Dans ce cadre, en application du principe de coopération loyale, le juge national doit, dans toute la mesure du possible, interpréter et appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux requérants de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte de l'Union de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier⁶⁷. Par exemple, la Cour a pu considérer que même en l'absence de disposition nationale prévoyant un contrôle juridictionnel de la légalité d'une décision administrative ordonnant le placement en rétention de demandeurs de protection internationale ou de ressortissants de pays tiers dont la demande d'asile a été rejetée, le juge national doit se déclarer compétent pour se prononcer sur la légalité d'un tel placement en rétention ; mieux le droit de l'Union habilite cette juridiction à libérer immédiatement les personnes concernées s'il estime que ce placement constitue une rétention contraire au droit de l'Union⁶⁸. Cette affaire confirme que pour la Cour, « l'existence d'un contrôle juridictionnel est inhérente à l'existence d'un Etat de droit »⁶⁹. Cette obligation de mettre en place ces voies de recours et, par extension d'interpréter ces modalités de manière à favoriser leur effectivité, « concrétise la valeur de l'Etat de droit affirmée à l'article 2 TUE »⁷⁰ et vaut dans « tous les domaines couverts par le droit de l'Union »⁷¹.

letat-de-droit- par-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme-la-cour-europeenne-et-lexigence-de-legalite/

⁶⁴ J. Rideau, « Le droit au juge: conquête et instrument de l'Etat de droit », in J. Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 1998, sp. 3.

⁶⁵ CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 31.

⁶⁶ CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 95.

⁶⁷ UPA, § 42.

⁶⁸ CJUE, 20 mai 2020, *FMS e.a.*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU.

⁶⁹ 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*, C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, point 41 ; CJUE, Gde ch., 6 octobre 2015, *Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, point 95 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Club Hotel Loutraki e.a. / Commission*, C-131/15 P, ECLI:EU:C:2016:989, point 49 ; CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, point 36.

⁷⁰ CJUE, Gde ch., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, aff. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, pt 32.

⁷¹ Ibid. pt. 32.

Il en résulte en second lieu que la Cour de justice se reconnaît compétente pour contrôler également le bon fonctionnement du système judiciaire national quand bien même l'organisation de la justice dans les États membres relève de la compétence des États membres dès lors que celle-ci est susceptible d'affecter les conditions de la mise en œuvre du droit de l'Union⁷². C'est à ce titre que la Cour de justice s'est reconnue compétente pour contrôler le respect du principe de l'État de droit en Pologne : dès lors que les juridictions nationales sont amenées à garantir le respect du droit de l'Union, toute remise en cause du système juridictionnel affecte l'ensemble du système de l'Union. Pour que le droit au juge soit garanti, le justiciable doit pouvoir accéder à un bon juge, à savoir un 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, pour les juridictions nationales »⁷³. Dans l'affaire *LM*, la Cour de justice précise que cette garantie d'indépendance est une composante de l'État 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 »⁷⁴. C'est donc sur ce fondement que la Cour de justice va sanctionner la réforme de la Cour suprême polonaise (*Sąd Najwyższy*)⁷⁵ et des juridictions de droit commun⁷⁶ eu égard notamment à l'abaissement de l'âge de départ à la retraite des juges et au pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif de prolongation de l'activité des juges. Cette exigence d'indépendance des juridictions, tant à l'égard des pouvoirs législatif qu'exécutif est l'expression du principe de la séparation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement d'un État de droit⁷⁷.

D'une manière plus générale, c'est l'ensemble de la fonction juridictionnelle nationale qui a été revalorisée et renforcée par le droit de l'Union (à l'instar du droit de la CEDH) participant ainsi à une redéfinition des figures de l'État de droit. La Cour de justice s'est appuyée dès l'origine sur les juridictions nationales notamment dans le cadre du renvoi préjudiciel en engageant un dialogue avec elles et en valorisant leur office de juge européen de droit commun. C'est cet office européen du juge national qui caractérise le mieux ce qu'est l'État de droit intégré. En tant qu'organe de l'État investi d'une fonction européenne (fonction de justice), il exerce une fonction juridictionnelle européanisée, dans le cadre d'un procès national lui-même de plus en plus européanisé, disposant le cas échéant de pouvoirs juridictionnels européens spécifiques qui ont un effet de débordement sur l'office du juge et les garanties accordées aux justiciables dans un État de droit. Dans ce cadre, le juge national doit disposer de la plénitude de ses compétences⁷⁸. Cette jurisprudence conduit à une extension du contrôle juridictionnel national à l'égard des actes législatifs, exécutifs, y compris les actes de gouvernement⁷⁹. Le juge voit ses pouvoirs juridictionnels renforcés au nom de l'effectivité du droit de l'Union notamment en matière de protection juridictionnelle

⁷² CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18, § 52.

⁷³ Ibid, pt. 42.

⁷⁴ CJUE, Grde Ch., 25 juillet 2018, *LM*, C-216/18 PPU Point 48.

⁷⁵ CJUE, GC, 24 juin 2019, *Commission c. Pologne*, C-619-18.

⁷⁶ CJUE, GC, 5 novembre 2019, *Commission c. Pologne*, C-192/18.

⁷⁷ CJUE, 20 mai 2020, *FMS e.a.*, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU.

⁷⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, ECLI: ECLI:EU:C:1978:49.

⁷⁹ CE, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-loire, RFDA*, 2000, p. 59, concl. F. Lamy, *AJDA*, 2000.

provisoire⁸⁰. Il se voit ainsi investi de pouvoirs plus étendus lui permettant de rendre plus effective la protection des droits des sujets du droit de l'Union.

4.2. La légalité

Il est habituel de voir dans le principe de légalité le fondement de l'Etat de droit en ce qu'il limite le pouvoir des autorités publiques⁸¹. En cela, il est la « pièce maîtresse de l'architecture juridique et politique dans les pays se réclamant du libéralisme. Il signifie tout d'abord que le droit se présente sous la forme d'un ordre structuré et hiérarchisé, comportant des niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres [...]. Mais le principe de légalité implique aussi, et plus généralement l'assujettissement de la puissance d'Etat : l'activité des divers organes de l'Etat va se trouver encadrée et régie par le droit ; ayant besoin d'un titre juridique pour agir, ils sont soumis à un ensemble de règles, qui s'imposent à eux de façon contraignante et constitue tout à la fois le fondement, le cadre et les limites de leur action »⁸². Le respect de la légalité est ainsi une garantie tout à la fois contre l'arbitraire des pouvoirs publics et l'effectivité de l'ordre juridique. Cette double dimension de la légalité est confirmée par la jurisprudence de la Cour de justice qui fait de légalité (*Rechtsstaatlichkeit/rule of law*) un principe constitutif de l'Etat de droit au point de se confondre avec lui⁸³.

Elle signifie d'abord que « 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 »⁸⁴. Mais la Cour en a aussi une conception plus fonctionnelle conçue comme un instrument de l'effectivité du droit de l'Union. La Cour a rappelé ainsi que dans un Etat de droit, l'action des autorités publiques bénéficie d'une présomption de légalité⁸⁵. Au terme de l'arrêt *Granaria*, ce principe de légalité implique notamment l'obligation pour tous les sujets du droit de l'Union « de reconnaître la pleine efficacité des règlements tant que leur non-validité n'a pas été établie »⁸⁶.

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 »⁸⁷.

Le droit de l'Union européenne contribue également à une reconfiguration de l'Etat de droit national par la transformation de la légalité qu'il opère. Son impact est double. En premier lieu, le droit de l'Union a accéléré la démonétisation de la loi, formelle et parlementaire, qui continuait de sous-tendre une certaine conception de l'Etat de droit, à savoir l'Etat légal comme il pouvait prévaloir au Royaume-Uni, au Danemark, aux Pays-Bas et bien entendu en France. Celle-ci est désormais concurrencée par et subordonnée au droit de l'Union, la loi inconventionnelle pouvant même engager la responsabilité de l'Etat⁸⁸. Il y a là

⁸⁰ Par exemple, CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, *Rec.* I-2433 ; CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Südderithmarschen*, C-143/88 et C-92/89, *Rec.* I-415 ; CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, 465 et 466/93, *Rec.* I-3799 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Krüger*, C-334/95, *Rec.* I-4517.

⁸¹ S. Flogaitis, « La notion de principe de légalité », *EPLR/REDP*, 1998, p. 654 ; J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 219 ; J. Chevallier, « La dimension symbolique du principe de légalité », *RDP*, sp. 1651.

⁸² J. Chevallier, *op. cit.*, sp. 165.

⁸³ *Granaria* précité, pt. 5.

⁸⁴ CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, aff. 46/87 et 227/88, *Rec.* 2859.

⁸⁵ CJCE, 4 février 1999, *Köllensperger et Atzwanger*, C-103/97, ECLI:EU:C:1999:52, point 24 ; CJCE, 28 octobre 2004, *Commission / Portugal*, C-185/02, ECLI:EU:C:2004:668, point 26.

⁸⁶ *Granaria* précité, pt. 5.

⁸⁷ CJUE, Gde ch., ord, 27 novembre 2017, *Commission / Pologne*, C-441/17 R, ECLI:EU:C:2017:877, pt. 102.

⁸⁸ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame III*, C-46/93 et C-48/93, *Rec.* I-1029.

un changement manifeste de paradigme. En second lieu, le droit de l'Union européenne a renforcé les exigences de légalité / juridicité par l'élargissement de son champ et de sa modulation. La Cour européenne des droits de l'homme⁸⁹ comme certaines cours constitutionnelles déduisent du principe de légalité dans un Etat de droit les principes de sécurité juridique⁹⁰, de non rétroactivité des lois-pénales⁹¹, de publicité des lois⁹², de confiance légitime⁹³ ou encore de proportionnalité⁹⁴. Ces principes sont consacrés en droit de l'Union mais ne sont pas expressément ancrés dans le principe de l'Etat de droit. Ils ne s'en imposent pas moins aux Etats membres et contribuent à configurer un modèle européenisé de l'Etat de droit, un Etat de droit *de* l'Union. C'est donc par le prisme des principes généraux du droit qui expriment les « exigences de la conscience juridique du temps et [...] celles de l'Etat de droit »⁹⁵ que la légalité peut se trouver substantiellement enrichie par le droit européen⁹⁶. On pense ici en particulier à l'influence directe ou indirecte de certains principes généraux du droit de l'Union comme le principe de sécurité juridique⁹⁷ ou de proportionnalité⁹⁸ qui constituent des principes régulateur et modérateur du modèle européen de l'Etat de droit⁹⁹. Elargie et enrichie, la légalité, pierre angulaire de l'Etat de droit, est ainsi redessinée par le droit de l'Union européenne.

4.3. La 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 droit¹⁰⁰. 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 »¹⁰¹, 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 »¹⁰² de telle sorte que le recours en responsabilité contre un Etat membre pour

⁸⁹ 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).

⁹⁰ Cour constitutionnelle allemande, BVerfGE 7, 92 ; 10, 331, 22, 239 ; 35, 47 ; 49, 164 ; Tribunal constitutionnel portugais, n° 9/84 du 1^{er} février 1984, *DR*, p. 283 ; CC hongrois, décision n° 9/1992, du 28 décembre 1992.

⁹¹ 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^{er} février 1984, *DR*, p. 283.

⁹² BVerfGE, 65, 283.

⁹³ 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.

⁹⁴ BVerfGE, 19, 342 ; Tribunal constitutionnel portugais, n° 282/86 du 21 octobre 1986, *DR I*, p. 207.

⁹⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 95.

⁹⁶ J-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, Paris, 2003, pp. 140-335.

⁹⁷ F. Chaltiel, « La sécurité juridique », in J-B Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 579.

⁹⁸ B. Bertrand et J. Sirinelli, « La proportionnalité », in J-B Auby, *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 623.

⁹⁹ E. Carpano, *Etat de droit et droit européen*, précité, pp. 355-421.

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ CJUE, ord., 18 avril 2013 *Germanwings*, C-413/11, ECLI:EU:C:2013:246, pt. 18.

¹⁰² CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811, pt. 58.

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 l'administration de la justice, à la différence, notamment, des ministères ou des autres organes gouvernementaux, qui relèvent du pouvoir exécutif »¹⁰³. La Cour de justice est sur la même ligne que la Commission de Venise¹⁰⁴ et la Cour EDH¹⁰⁵. 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 Pologne¹⁰⁶.

5. Conclusion

L'intégration européenne est une intégration par le droit qui a réorienté la réalisation de l'Etat de droit vers son propre dessein. Il constitue un socle de valeurs mais surtout un instrument de l'intégration, intégration libérale tant dans sa nature que de son objet. Le respect de l'Etat de droit est non seulement une condition d'une mise en œuvre effective du droit de l'UE mais aussi la garantie du fonctionnement d'un marché sans entrave¹⁰⁷. La Commission européenne ne dit pas autre chose : « 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 »¹⁰⁸. Il n'est pas anodin que l'UE ait décidé de sanctionner la Hongrie pour non-respect du principe de l'Etat de droit plutôt que pour violation du principe démocratique tout aussi affecté par la politique illibérale menée depuis 2011 en Hongrie. Au fond, cette modélisation européenne de l'Etat de droit révèle, par-delà le discours légitimant des valeurs, les modalités de réalisation du projet européen : domestiquer la puissance de l'Etat (membre), par le marché et le droit, au nom de l'intégration.

¹⁰³ CJUE, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, 477/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:861 pt. 36.

¹⁰⁴ 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 ».

¹⁰⁵ Par exemple, Cour EDH, GC, 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12, § 164-165.

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ B.Z. Tamanha, « The dark side of the relationship between the rule of law and liberalism », *NYU Journal of Law and Liberty*, 2008, p. 516-547.

¹⁰⁸ 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.