

**Ordre et transgression
Les leviers juridiques du progrès**

Journées organisées à l'occasion du bicentenaire du rétablissement du Barreau de Paris

**UNESCO
le 26 juin 2010**

**Intervention de Jean-Marc Sauvé¹
Vice-président du Conseil d'Etat**

L'arme du droit

Le droit est-il une arme ?

La réponse ne fait aucun doute. Elle est affirmative : le droit est une arme. Il est même l'arme de la civilisation. Machiavel ne disait-il pas qu' « Il y a deux manières de combattre, l'une par les lois, l'autre par la force : la première sorte est propre aux hommes, la seconde est propre aux bêtes »² ?

Le droit est une arme de la civilisation : il est, tout autant qu'un instrument de régulation de la société, l'arme de la démocratie et celle de l'économie (I). Mais pour que le droit soit cette arme de la civilisation, la place et la responsabilité des juges et des juristes, comme « la puissance politique des légistes », doivent être pleinement reconnues et acceptées (II). Pour toutes ces raisons, le droit produit par l'Union européenne est assurément, pour l'Europe unie, une source de cohésion interne et une arme dans la compétition internationale (III).

I. Le droit, instrument de régulation de la société, est une arme de la civilisation : il est l'arme de la démocratie et celle de l'économie.

Le droit est, à l'évidence, un instrument essentiel de régulation de la société. Il est ainsi l'outil principal qui gouverne les rapports entre les personnes : c'est le sens même de l'échange de droits et obligations réciproques qui procède du contrat, mais c'est aussi le sens, plus généralement, de l'ensemble du droit civil et, à bien des égards, celui du droit administratif aussi, dont la vocation est de régir les rapports entre les collectivités publiques entre elles et entre les collectivités publiques et les personnes privées. Le droit est également porteur des valeurs de la société. Tel le sens du droit pénal, mais aussi du droit social, au

¹ Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du Vice-président du Conseil d'Etat.

² Machiavel, *Le Prince*, cap XVIII, traduction par C. Ferrari, Bureaux de la publication, Paris, 1866, p. 139.

travers duquel le droit se fait une arme de la cohésion de la société : entre les générations, entre la collectivité et les personnes les plus fragiles, entre employeurs et salariés dans les entreprises ... Le droit social est ainsi porteur de valeurs collectives, celles-là même que résume le « principe de solidarité nationale », fondement de l'organisation de la sécurité sociale rappelé par l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale.

Au-delà de cette fonction essentielle de régulation sociale, le droit est aussi une arme. Le « pouvoir juridique »³ est en effet l'un des trois pouvoirs démocratiques - l'une des « puissances modératrices de la démocratie » selon Pierre Bouretz-, et il est aussi une source et une composante de la richesse économique.

A.- Le droit est une arme de la démocratie. Dans l'équilibre des pouvoirs propre à ce régime, la force du droit est de contenir la puissance du politique pour l'empêcher de devenir arbitraire. Trois dynamiques le mettent en évidence.

1.- La première est celle qui a conduit à la soumission de l'Etat au droit. En France, elle est notamment l'œuvre du juge administratif. Le recours en excès de pouvoir, qui est une caractéristique de la juridiction administrative française, a été, du fait de ses spécificités, l'instrument principal de ce processus. Il est un recours largement ouvert, dont l'exercice n'est subordonné qu'à la justification d'un intérêt à agir –et non à celle d'un droit subjectif lésé-. Il est, surtout, un recours « ouvert même sans texte contre tout acte administratif » qui a « pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité »⁴. Il tire de ces atouts sa qualité d'« arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés »⁵ Le juge administratif n'a cessé d'approfondir le processus de soumission de l'Etat au droit, et de renforcer sa protection des citoyens contre l'arbitraire. L'on peut penser en particulier à la réduction de la catégorie des mesures d'ordre intérieur, notamment dans le milieu carcéral –sous l'influence, d'ailleurs, de la Convention européenne des droits de l'homme-⁶. Les pouvoirs de ce juge d'intervenir en urgence et de délivrer des injonctions à la puissance publique, le cas échéant sous astreinte, se sont aussi spectaculairement développés.

2.- La soumission de l'Etat au droit est aussi, parallèlement, le fruit de l'approfondissement du contrôle de constitutionnalité des lois. Ce contrôle contribue à faire contrepoids au pouvoir du législateur. Il permet à chaque citoyen, lorsqu'il peut être exercé à son initiative, de s'approprier le respect des droits et libertés garantis par la Constitution et de s'en servir, en particulier contre la puissance publique. Il est ainsi une source d'imprégnation de la société par le droit. Le cas des Etats-Unis, où la Cour suprême s'est reconnu l'existence d'un tel pouvoir de contrôle des lois au regard de la Constitution depuis la décision *Marbury c/ Madison* de 1803 l'atteste⁷. En France, le contrôle de constitutionnalité institué par la

³ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, PUF, 2^{ème} édition, 2007, p. 91.

⁴ CE ass. 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec. p. 110.

⁵ G. Jèze, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'institut international de droit public*, 1929, p. 180.

⁶ CE ass. 14 décembre 2007, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Boussouar et M. Planchenault*, Rec. p. 495 et p. 474, avec les conclusions de M. Guyomar et CE ass. 14 décembre 2007, *M. Payet*, Rec. p. 498. Le juge examine chaque catégorie de décision en déterminant, eu égard à leur nature et à leurs effets, celles qui sont susceptibles de faire l'objet d'une présomption irréfragable de justiciabilité, (par exemple une décision de changement d'affectation d'une maison centrale à une maison d'arrêt), tout en réservant les cas pour lesquels les autres décisions mettraient en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus.

⁷ Tocqueville fait également du contrôle de constitutionnalité des lois une source du pouvoir du juge. Il explique en effet la puissance du juge aux Etats-Unis, le « pouvoir politique » dont il est revêtu, par le fait que « les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois » (*De la démocratie en Amérique*, I, cap VI, Edition GF 1981 p. 169).

Constitution du 4 octobre 1958, puis l'extension des sources de ce contrôle à l'ensemble du « bloc de constitutionnalité »⁸ et enfin l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité⁹, dont l'un des objectifs est de permettre aux citoyens de s'approprier la Constitution, vont aussi dans le sens d'un renforcement de la place du droit dans la société et, partant, de la subordination croissante de l'Etat au droit.

3.- La troisième dynamique qui met en évidence la force du droit comme modérateur du pouvoir politique dans la démocratie est celle de la soumission progressive des Etats à un droit supranational, en particulier aux conventions et aux systèmes juridiques définissant les droits fondamentaux, qui deviennent alors opposables par les personnes aux Etats devant le juge national et même, dans certains cas, devant un juge international. Le développement des droits fondamentaux est en effet une expression évidente de l'extension de la place du droit dans la société et, partant, de l'approfondissement de la démocratie¹⁰. Le système de la Convention européenne des droits de l'homme est l'un des exemples les plus aboutis de cette consécration du droit. La « prééminence du droit » y est en effet affirmée comme une valeur commune aux Etats signataires de la Convention¹¹ et le mécanisme du recours individuel devant un organe juridictionnel supranational –clef de voûte du système de la Convention¹²– permet à chaque personne de faire valoir ses droits contre l'Etat. Le principe de subsidiarité, qui conduit chaque juge national à être le juge de droit commun du droit de la Convention, de même que l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le sens du renforcement de l'effet horizontal de la Convention – c'est-à-dire de son invocabilité et de son applicabilité aux relations entre les personnes privées-, participent en outre à la diffusion, dans l'ensemble de la société, de la garantie des droits.

B.- Le droit est également une arme de l'économie ou, pour le dire autrement, le système juridique est une « composante socio-culturelle de la compétitivité économique »¹³. Le droit définit en effet un cadre général qui peut être plus ou moins propice à l'exercice des activités économiques et il offre également des instruments, des outils juridiques, qui peuvent contribuer au développement de ces activités.

1.- Pour offrir un cadre favorable à l'exercice des activités économiques, le droit doit d'abord être l'expression d'un système juridique qui protège les libertés économiques que sont, en particulier, la libre concurrence, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté d'entreprendre et, plus généralement, les libertés individuelles. Tel est le sens de l'obligation

⁸ Sous l'effet de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, dite « liberté d'association » (décision n° 71-44 DC, loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association).

⁹ A la suite de l'article 61-1 de la Constitution dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République et de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹⁰ Ainsi, selon Pierre Bouretz, « l'expérience totalitaire livre sans doute la première clef d'explication de la redécouverte du droit », car elle a marqué –avec l'attention portée aux droits fondamentaux qu'elle a engendrée– la consécration du droit comme rempart contre le politique. Pierre Bouretz, *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 11.

¹¹ Voir sur ce point le Préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle... »

¹² CEDH grande chambre, 4 février 2005, *Mamatkoulou et Askarov c/ Turquie*, Requêtes n°s 46827/99 et 46951/99.

¹³ L. Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'Etat*, op. cit. idem, p. 233.

faite aux collectivités publique, que ce soit dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique – en particulier lorsqu'elles édictent des mesures de police administrative¹⁴ - ou que ce soit lorsqu'elles entendent prendre en charge une activité économique, de prendre en considération et de respecter, sous le contrôle du juge, la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la concurrence. Dans ce dernier cas, en particulier, le Conseil d'Etat a jugé que, pour intervenir sur un marché, les personnes publiques doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, qui peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée. En outre, une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci¹⁵.

Le droit doit également permettre un équilibre adéquat entre ces libertés économiques et le respect de l'intérêt collectif – de l'intérêt général - : il doit fournir les moyens d'une régulation économique efficace, mais aussi permettre aux collectivités publiques de prendre en considération, dans leur action, l'ensemble des intérêts dont elles ont la charge et non pas seulement le seul respect du strict droit de la concurrence. Ainsi, lorsque la personne publique agit, non pas en qualité d'opérateur économique, mais de puissance publique et que son intervention, à ce titre, est susceptible d'affecter des activités entrant dans le champ d'application du droit de la concurrence, l'objectif du fonctionnement concurrentiel des marchés est un des éléments qu'elle prend en compte, mais pas le seul : l'autorité publique doit tenir compte de l'impact de ses décisions sur la concurrence et, notamment, du point de savoir si elles risquent de compromettre le fonctionnement concurrentiel de tel ou tel marché, pour adapter le contenu et la portée de ses décisions, mais il est indispensable de lui laisser, en droit, une marge d'appréciation à opérer entre l'impératif de la concurrence et les autres intérêts dont elle a la charge¹⁶.

Pour offrir un cadre juridique adapté à l'exercice des activités économiques, le droit doit également être la source d'une sécurité juridique suffisante en garantissant l'accessibilité, la stabilité et la prévisibilité des règles juridiques. Le droit continental, qui a montré sa flexibilité et sa capacité d'adaptation est, par son mode d'élaboration, sa construction même et, souvent, sa codification, un instrument précieux au service de la sécurité juridique et, en particulier, de la sécurité des relations contractuelles. Il a ces dernières décennies renforcé sa contribution à ce qui est devenu, sinon un principe constitutionnel, du moins un principe général du droit, y compris dans l'Union européenne¹⁷, par les exigences particulières qu'il manifeste à l'égard du législateur, du pouvoir réglementaire, voire même du juge qui ne peuvent sans restriction édicter des règles rétroactives ou remettre en cause des situations contractuelles en cours¹⁸.

¹⁴ CE sect. 22 novembre 2000, *Sté L et P Publicité SARL*, Rec. p. 525.

¹⁵ CE ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. p. 272.

¹⁶ Voir sur ce point les considérations générales du rapport public du Conseil d'Etat de 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, EDCE, La documentation française, Paris, 2002.

¹⁷ CJCE 26 février 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*, Rec. p. 1005

¹⁸ Voir sur ce point, notamment, la décision du 24 mars 2006, par laquelle l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a reconnu l'existence d'un principe de sécurité juridique, faisant obligation à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle, en particulier lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées (CE ass, 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young Audit et autres*, Rec. p.155). Par une décision d'assemblée du 8 avril 2009, le Conseil d'Etat a également jugé, à propos de dispositions législatives limitant la durée des contrats de délégation de service public, que dans le cas où une loi n'a pas expressément prévu, sous réserve, le cas échéant, de mesures

2.- Pour favoriser la compétitivité, le droit doit également proposer des outils juridiques qui permettent aux acteurs économiques de mener à bien et de développer leurs activités. Les définitions des divers types de contrat et la nature des relations juridiques créées par chacun d'entre eux, par exemple, sont autant de facteurs qui peuvent influencer sur les décisions des opérateurs économiques. C'est ce que souligne la Commission européenne dans le « livre vert » relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats¹⁹ qui vient d'être publié. Témoigne également de l'influence de l'ingénierie juridique contractuelle sur l'économie le développement récent des contrats de partenariat. Ces contrats, qui permettent l'association étroite des acteurs publics et du secteur privé en permettant à chacun des partenaires d'assumer les responsabilités et les risques qu'il est le mieux à même d'endosser, traduisent la recherche d'un équilibre entre la voie contractuelle et l'action unilatérale (tout comme le régime du contrat administratif en général d'ailleurs) et ils constituent, de ce fait, un instrument juridique adapté au service du développement économique. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel se sont attachés à en définir les contours de manière précise avec pour objectif la lisibilité et la sécurité juridique de cet outil contractuel²⁰.

II. Pour que le droit soit l'arme de la civilisation, la place et la responsabilité des juges et des juristes dans la cité, comme la « puissance politique des légistes » dans la société, doivent être pleinement reconnues et acceptées.

A.- A la pleine expression de l'arme du droit, correspond une place particulière des juristes et des juges dans la cité. La « puissance » des premiers est un reflet de la force du droit et l'autorité des seconds doit se conjuguer avec leur écoute du corps social.

1.- Pour que le droit remplisse sa mission de modération de la puissance du politique, il ne doit pas être qu'une expression de l'Etat lui-même. Il doit aussi être une arme de la société. En cela, le développement de la figure du juriste, qui reflète l'imprégnation du droit dans le corps social est une expression de la force de l'arme du droit. Dans la société française, l'opposition traditionnelle entre le politique et le juridique est un révélateur de ce que le premier –le politique- s'est à bien des égards construit sans le juridique, voire même contre lui en le soumettant à son autorité. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires issu de la loi des 16-24 août 1790, de même que la procédure dite de « référé législatif », créée par l'article 21 de la Constitution de 1791, qui contraignait

transitoires, l'application des normes nouvelles qu'elle édicte à une situation contractuelle en cours à la date de son entrée en vigueur, la loi ne peut être interprétée comme autorisant implicitement une telle application de ses dispositions que si un motif d'intérêt général suffisant, lié à un impératif d'ordre public, le justifie, et que s'il n'est pas dès lors porté une atteinte excessive à la liberté contractuelle (CE ass. 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, Rec. p. 116, avec les conclusions d'E. Geffray)

¹⁹ Livre vert de la Commission, relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM(2010) 348/3, 1^{er} juillet 2010.

²⁰ Voir sur ce point, notamment, les précisions apportées par la décision du Conseil d'Etat du 29 octobre 2004, *Sueur et autres* (Rec. p. 393 avec les conclusions de D. Casas), quant à la définition de la notion d'urgence, dont l'existence est une des conditions posées par la jurisprudence constitutionnelle pour qu'une collectivité publique puisse avoir recours à un contrat de partenariat. La définition de l'urgence qui figure aujourd'hui dans l'ordonnance du 17 juin 2004 est celle d'« un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible ». Cette définition, qui a assoupli en partie la définition précédente, résulte de la modification de l'ordonnance sur les contrats de partenariat par l'article 2 de la loi du 23 juillet 2008. Cette modification a été expressément reconnue conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (CC, décision du 24 juillet 2008, loi relative aux contrats de partenariat).

le tribunal de cassation à s'adresser au corps législatif toutes les fois qu'il croyait nécessaire d'interpréter la loi ou de former une nouvelle règle de droit, sont des exemples de ce que la démocratie s'est construite en France en s'opposant au droit, voire en l'asservissant.

Cette place réduite du droit dans la société française a longtemps subsisté. Elle s'est même incarnée dans l'art et la littérature où la figure du juriste est souvent présentée de manière caricaturale et ridicule, du Chicaneau –tout un programme- des *Plaideurs* de Racine au Busiris de *La guerre de Troie n'aura pas lieu* de Giraudoux, en passant par les dessins et les peintures de Daumier croquant des avocats et des juges fats, soumis ou corrompus. La fonction à laquelle les juristes ont pendant longtemps été limités dans l'administration et dans les entreprises, celle de traduire et mettre en forme des décisions – parfois illégales-prises au nom d'autres intérêts (le « French way of doing business »), est un autre prolongement de cette construction française d'un Etat et d'une société –presque- sans le droit.

Mais le renforcement de l'imprégnation de la société par le droit et l'affermissement qui en découle de la force du droit sont aujourd'hui sensibles. L'importance prise, dans les entreprises et, plus généralement dans l'économie, par la fonction de conseil en est un exemple. Elle a pour corollaire le développement des professions juridiques et celui de la figure du juriste, à l'instar du « lawyer » aux Etats-Unis. Dans les administrations, cette évolution se traduit par la généralisation des directions juridiques dans l'ensemble des services et par l'association des juristes en amont de l'élaboration des politiques publiques – et non plus seulement *ex-post*-. L'importance du juriste et de l'avocat dans la démocratie est donc réelle et le développement de la culture juridique en France et en Europe va dans le sens de la consolidation de la figure du droit comme arme de la démocratie, traduisant ainsi dans les faits l'analyse de Tocqueville selon laquelle « le gouvernement de la démocratie est favorable à la puissance politique des légistes »²¹.

2.- Parallèlement au développement de la figure du juriste, le renforcement de la puissance du droit comme arme de la démocratie nécessite une évolution de la place et du rôle du juge qui, tout en restant l'expression de l'autorité de l'Etat, doit aussi être un porte-parole de la société.

A chacun des deux modes extrêmes de régulation de la société – régulation étatique d'un côté et société contractuelle de l'autre- correspond une figure particulière du juge, figures que peuvent représenter, selon François Ost, d'un côté l'image de Jupiter et de l'autre celle d'Hercule²². Le juge jupitérien correspond au modèle juridique classique du droit codifié, s'articulant en forme hiérarchique et pyramidale, dans laquelle la matière juridique prend la forme dominante de la loi – dont le juge n'est que la « bouche » selon l'expression de Montesquieu²³- et, plus largement, de l'acte juridique unilatéral. Dans cette figure théorique, le juge place la légalité comme condition nécessaire et suffisante de la validité de la règle, sans toutefois questionner sa légitimité et sans se préoccuper de son effectivité. La figure d'Hercule, quant à elle, désigne le juge qui, par son activité débordante (ses travaux), se présente plus en « ingénieur social » qu'en homme de loi. Il tranche des litiges, mais il se

²¹ Tocqueville, « De l'Esprit légiste aux Etats-Unis et comment il sert de contrepoids à la démocratie », *de la Démocratie en Amérique*, I op. cit. idem. p. 366.

²² François Ost, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Pierre Bouretz (dir.), op. cit. idem. pp. 241 et sq.

²³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, cap. 6. : « les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la vigueur ».

fait aussi conseil, voire médiateur, et il sait adapter ses décisions aux circonstances de l'espèce. Cette figure du juge conduit à relativiser la suprématie du législateur, mais elle conduit aussi à ramener le droit au fait. La référence de ce juge n'est alors pas le code ni la loi, mais le dossier, c'est-à-dire la décision d'espèce, les faits. Le juge-Hercule n'est plus le garant d'une norme –du droit-, mais simplement un arbitre des faits.

L'arme du droit ne peut trouver sa pleine expression qu'en dépassant cette dichotomie traditionnelle de la figure du juge. Le juge « moderne », auquel correspond sans doute en partie la figure d'Hermès de François Ost, reste l'expression de la puissance de l'Etat et du droit : il n'existe pas d'arme du droit sans une reconnaissance de l'autorité du juge et sans une pleine et entière exécution de ses décisions. Cette autorité du juge est aussi celle de la jurisprudence qui, pour que l'arme du droit prenne corps, doit être intériorisée et anticipée par la société et par les décideurs publics. Mais ce juge moderne, expression de la puissance de l'Etat, n'est pas non plus que cela : il est aussi attaché à l'application concrète et effective du droit et de ses jugements et à leur réception dans la cité. Il est, tout autant qu'une expression du droit, un juge des faits, du dossier, un juge en prise avec les évolutions et la structure de la société. Ce juge s'inscrit en outre dans un réseau de normes, nationales et internationales, qu'il lui appartient d'équilibrer et d'articuler entre elles, chacune de ces normes lui permettant de tester et, le cas échéant, d'affermir ou de réfuter la légitimité des autres.

B.- Pour que cette figure du juge – et l'arme du droit avec elle- trouve sa complète réalisation, le juge se doit d'assumer pleinement ses responsabilités, qui sont de trois ordres.

1.- La première de ces responsabilités est son indépendance et son impartialité. Ces deux éléments sont constitutifs de l'identité du juge que celui-ci doit préserver, parce qu'ils sont les outils indispensables de la confiance de l'Etat et de celle de la société dans la justice. Toutes les évolutions entreprises ces dernières années dans le sens de la consécration de l'indépendance du juge vont ainsi dans le sens de la pleine expression de l'arme du droit. L'on peut penser, s'agissant de la juridiction administrative, au décret du 6 mars 2008, relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, qui a consacré en droit la séparation de fait de ses fonctions consultatives et de ses attributions juridictionnelles. L'on peut également penser, s'agissant de la justice judiciaire, à la réforme de la composition et au renforcement des pouvoirs du Conseil supérieur de la magistrature depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

2.- La deuxième des responsabilités du juge est sa compétence, qui est un fondement de son autorité. Il s'agit à l'évidence de sa compétence juridique, qui relève de l'aspect technique de son travail, mais cet impératif de compétence recouvre aussi, et peut-être même avant tout, sa capacité à exercer son office de juge, qui consiste à assurer une pesée, un équilibre, une conciliation aussi étroite que possible entre des intérêts contradictoires. Ces intérêts peuvent être ceux des parties, que le juge met en balance à la lumière du droit. Tout le travail du juge administratif – et une partie de sa fonction même d'ailleurs- ne repose-t-il pas, par exemple, sur la nécessaire conciliation entre l'intérêt général, d'un côté, et les intérêts particuliers de l'autre ? La conciliation qu'opère le juge est également celle de règles et de principes qui ne s'articulent ou ne s'harmonisent pas spontanément ni aisément entre eux.

3.- La troisième des responsabilités du juge est celle de rendre compte de son activité au corps social. Cela se traduit par l'exigence de motivation des décisions de justice, de leur

publication, de leur diffusion et, le cas échéant, par la nécessité de les expliquer et d'en rendre compte devant l'opinion, d'en débattre aussi avec l'ensemble des parties prenantes : acteurs économiques et sociaux, juges européens et étrangers, communauté des juristes, membres du Parlement et représentants des administrations. Cela passe également, le cas échéant, par la possibilité d'engager la responsabilité du juge en cas de dysfonctionnement grave du service public dont il assure l'exécution.

III. Le droit produit par l'Union européenne est, pour l'Europe, une source de cohésion interne et une arme dans la compétition internationale.

L'Union européenne se présente à bien des égards comme un système juridique qui donne à l'arme du droit sa pleine expression : elle place le droit et les droits au centre de son fonctionnement et elle construit un droit qui lui est propre, qu'elle met au service d'un projet politique.

A.- L'Union européenne, qui place le droit et les droits au cœur de sa construction et de son action et assure ainsi la prééminence du droit, est le lieu de la pleine expression de l'arme du droit.

1.- La prééminence du droit dans l'Union européenne s'exprime par le fait que cette dernière est tout autant une construction juridique qu'un projet politique - un exemple assez remarquable, sinon de « droit sans Etat », du moins, de découplage entre l'Etat et le droit- et qu'elle s'appuie sur le droit pour se construire en limitant la souveraineté des Etats. C'est le sens de la définition qu'a donnée de la construction européenne la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Costa c/ E.N.E.L.* : une Communauté d'Etats qui « ont limité [...] leurs droits souverains et ont créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes »²⁴. C'est également le sens du principe de « prééminence »²⁵ du droit de l'Union sur les droits nationaux et de l'obligation pour les Etats d'assurer la « plénitude » « des effets »²⁶ de ce droit, qui se traduisent tous deux par la possibilité qu'ont les justiciables de s'en prévaloir directement devant le juge national, « juge de droit commun de [son] application »²⁷. De fait, l'Union a construit *ex nihilo* un droit nouveau régissant d'abord les activités économiques aux fins de la mise en œuvre d'un marché commun, puis unique et elle a construit ce système à partir des fondations du droit continental et avec le meilleur de cette tradition en termes de sécurité juridique.

2.- La place essentielle du droit dans l'Union européenne est aussi révélée par l'importance fondamentale de la Cour de justice de l'Union européenne dans le système juridique européen. C'est bien elle qui a, au premier chef, la responsabilité d'assurer la subordination au droit de l'Union non seulement des institutions de l'Union européenne, mais aussi de l'ensemble des Etats membres, en particulier par sa compétence d'interprétation en dernier ressort du droit de l'Union, par son monopole sur l'invalidation des actes illégaux de l'Union et par la sanction des manquements des Etats membres aux règles de l'Union. La Cour de justice assure de ce fait la cohésion et la cohérence de l'espace européen. Elle a surtout été, dès l'origine, l'un des principaux moteurs de la construction européenne et elle l'est toujours restée, alors même que les autres institutions de l'Union,

²⁴ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, affaire n°6/64, Rec. (édition française) p. 1141.

²⁵ *Idem.*

²⁶ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État contre Société anonyme Simmenthal*, affaire n° 106/77, Rec. p. 629.

²⁷ Selon la formulation issue de la décision CE ass. 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, à publier au Recueil Lebon.

voire le projet politique européen dans son ensemble, ont pu connaître des périodes de moindre dynamisme, voire d'asthénie.

3.- La prééminence du droit dans l'Union européenne est également marquée, aujourd'hui, par le fait que l'Union place au cœur de son action le respect des droits fondamentaux. C'est ce qu'exprime l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, qui rappelle que « l'Union 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, [...] ». Atteste aussi l'importance des droits fondamentaux dans l'action de l'Union la valeur – qui est la même que celle des traités- accordée à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre dernier, du Traité de Lisbonne et la perspective de l'adhésion prochaine de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁸.

B.- L'Union européenne, enfin, a su construire un droit nouveau, un droit qui lui est propre, au service d'un projet politique.

1.- L'une des caractéristiques principales du droit de l'Union est aujourd'hui celle d'être un droit au carrefour des traditions juridiques nationales des Etats qui la composent. Ce droit a su se construire en s'hybridant, en se métissant, mais aussi en conservant le meilleur de sa tradition juridique d'origine. Le droit de l'Union reste avant tout un droit public dont la structure est largement inspirée du droit « civil », mais il régit également de manière renforcée les rapports entre personnes privées et tire les bénéfices de modes de formation du droit inspirés de la tradition de Common law. Constitue un exemple de cette inspiration l'association de l'ensemble des acteurs au processus de création du droit, en particulier de la société civile par l'intermédiaire du lobbying.

Ce métissage qui caractérise le droit européen se traduit également au niveau de ses concepts et de l'équilibre qu'il permet entre des exigences divergentes, en particulier entre, d'un côté, la libre concurrence et les libertés économiques et, de l'autre côté, l'intérêt général. Ce dernier reste un élément central de l'action des collectivités et des pouvoirs et publics. Les services d'intérêt économique général sont ainsi rangés parmi les valeurs communes de l'Union et le rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union est clairement affirmé²⁹. C'est aussi en raison de la mission d'intérêt général de ces services que les Etats peuvent conférer aux entreprises ou organismes chargés de l'exécution de ces services « *des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence* », comme par exemple une position dominante sur un secteur donné³⁰. C'est également l'intérêt général – sous la forme des raisons impérieuses d'intérêt général- qui permet aux Etats membres de restreindre le plein exercice des libertés économiques au nom d'impératifs supérieurs, tels que la lutte contre la fraude ou la

²⁸ Voir, sur ces deux points, l'article 6 du Traité sur l'Union européenne : « 1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités./ 2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités./ 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

²⁹ Sur ces deux points, cf. l'article 16 TFUE.

³⁰ CJCE 19 mai 1993, *Procédure pénale c/ Paul Corbeau*, affaire C-320/91, Rec. p. I-2533 et CJCE 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*, affaire C-393/92, Rec. p. I-1477.

criminalité. C'est ce qu'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 8 septembre 2009, en considérant que le principe de libre prestation de service ne s'opposait pas à ce que la réglementation d'un Etat membre interdise à des opérateurs établis dans d'autres Etats membres de fournir de proposer des jeux de hasard par l'internet sur son territoire³¹.

La conciliation étroite alors opérée par la Cour de justice, selon un rapport de nécessité et de proportionnalité, entre, d'un côté, le principe de libre prestation de service en Europe et ses corollaires, la libre circulation des capitaux et la liberté des paiements en Europe et, de l'autre côté, les raisons impérieuses d'intérêt général que sont la lutte contre la fraude et la criminalité, illustre avec évidence la force du métissage du droit de l'Union. L'intérêt général reste la pierre angulaire de l'action des pouvoirs publics, mais il s'articule étroitement avec les autres impératifs de l'action publique : la libre concurrence est certes devenue un principe parmi d'autres que les pouvoirs publics appliquent, mais un principe qui ne trouve de sens qu'en s'articulant et s'équilibrant avec les autres composantes de l'intérêt général. L'obligation faite aux pouvoirs publics par le juge administratif, de veiller lorsqu'ils procèdent à l'extension d'un accord collectif, à la conciliation entre « les objectifs d'ordre social » et « les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence »³² procède d'une logique identique.

2.- Le droit de l'Union est ainsi une expression forte de ce que peut être l'arme du droit. Il le doit à son origine, celle d'être un droit créé pour rassembler des Etats autour d'un grand projet économique -le marché intérieur-, mais qui a su évoluer de manière évidente comme un droit protecteur des droits fondamentaux. Il le doit également à sa nature, celle d'être un droit créé à partir des traditions juridiques de l'ensemble des Etats qui composent l'Union européenne et qui a su les combiner sans renier ses origines. Il le doit enfin aux modalités de son application par la Cour de justice de l'Union européenne, qui a su articuler les systèmes juridiques nationaux avec celui de l'Union en privilégiant toujours une interprétation ouverte et finaliste des traités. Toutes ces caractéristiques particulières font de l'Union européenne et du droit de l'Union, en raison de leur « nature spécifique originale »³³, l'expression évidente de l'arme du droit, c'est-à-dire du fait que le droit n'est pas au service du seul politique, mais de la société dans son ensemble. Le droit peut être par lui-même l'expression d'un projet commun, d'une construction politique. C'est ce qu'en plus d'un demi-siècle l'Europe a démontré. Sur notre continent plus qu'ailleurs, le droit s'est révélé arme de civilisation.

*
* *

Le droit a donné forme et figure au projet européen. Le droit ouvre la voie à la richesse des nations et des continents. Le droit approfondit la démocratie. L'arme du droit est donc une réalité tangible, qui se traduit chaque jour par des progrès de la civilisation. Pourquoi dans ce cas, ainsi que l'on peut parfois l'entendre ou le lire, faire grief au droit de remettre en cause la démocratie, voire de la vider de sa substance ? Ne risque-t-on pas alors

³¹ CJCE Grande chambre 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd contre Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, affaire C-42/07, à publier au Recueil.

³² CE, 21 mai 2008, *Société Nouvelle de Remorquage du Havre (SNRH) et Société de Remorquage Maritime de Rouen (SORMAR)*, Rec. T. p. 950.

³³ CJCE 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, précité.

de voir la démocratie se retourner contre le droit ? Si tel était le cas, ce serait un retour au paradigme et aux impasses de la Révolution française. Nous ne saurions le souhaiter.