

Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens

Karl-Peter Sommermann

Citer ce document / Cite this document :

Sommermann Karl-Peter. Droits fondamentaux constitutionnels et droits fondamentaux européens. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 15-1999, 2000. Constitution et sécurité juridique – Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen. pp. 350-373;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2000.1565>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2000_num_15_1999_1565

Fichier pdf généré le 21/02/2020

DROITS FONDAMENTAUX CONSTITUTIONNELS ET DROITS FONDAMENTAUX EUROPÉENS

par Karl-Peter SOMMERMANN

A la fin du XX^e siècle, la liberté individuelle n'est plus seulement limitée par les lois nationales, mais de plus en plus par des actes supranationaux. Il s'ensuit, que la protection des droits fondamentaux ne peut plus se borner aux systèmes constitutionnels étatiques. En outre, la communauté internationale, tenant compte des expériences des régimes totalitaires, considère aujourd'hui la protection des droits de l'homme comme une tâche de portée internationale, intimement liée au but du maintien de la paix entre les peuples.

Malgré cette « déterritorialisation » et cette internationalisation, les droits fondamentaux nationaux restent toujours la garantie essentielle pour la liberté individuelle. Ils représentent un riche réservoir de solutions protectrices. Toutefois, une étude des droits constitutionnels ne peut plus se passer de la prise en compte de l'influence des instruments internationaux et supranationaux.

Les droits fondamentaux (« *Grundrechte* » en allemand, terme utilisé à l'échelon constitutionnel depuis la Constitution adoptée à l'Église de Saint-Paul à Francfort en 1848-1849) peuvent être définis selon la formule du doyen Favoreu comme « les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales »²⁴.

I - LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX AU NIVEAU NATIONAL

Après avoir étudié les origines de la protection des droits fondamentaux, nous examinerons les étapes de l'évolution des droits fondamentaux, puis la structure des parties relatives aux droits fondamentaux dans les Constitutions européennes, et enfin les instruments de mise en œuvre des droits fondamentaux.

A - Les origines

La protection des droits fondamentaux comme principe constitutionnel trouve son origine dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Cet article constitue une clef pour la définition de l'État constitutionnel. Cette définition est d'ailleurs encore valable aujourd'hui.

Considérant que les droits protégés par la Déclaration sont essentiellement des droits-libertés, il découle de cet article d'abord que la

²⁴ Louis FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris 1999, p. 788 (note marg. 1197).

liberté individuelle est le but de l'État. Cette conception coïncide d'ailleurs avec la notion de l'État de droit, comme elle fut développée dans la première moitié du XIX^e siècle par Robert von Mohl (1799-1875) en Allemagne : il fallait créer un État ayant comme but le plein épanouissement de l'individu et de sa liberté. L'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen indique d'ailleurs que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Ici se reflète l'héritage de la philosophie des Lumières représentée par des auteurs comme Pufendorf, Locke et plus tard Voltaire et Kant. John Locke avait écrit que le contrat social devait servir « à la préservation mutuelle de la vie, de la liberté et de la propriété »²⁵. La Déclaration des droits de l'État de Virginie de 1776, les déclarations des autres États ainsi que la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 proclamaient ce même but très solennellement. On perçoit dans ces textes une profonde confiance dans la nature humaine. En revanche, après les expériences tragiques du XX^e siècle, la nécessité de garanties très concrètes s'affirme aujourd'hui.

Par ailleurs, l'article 16 de la Déclaration de 1789 souligne de manière exemplaire les rapports existants entre le but matériel de l'association politique, la liberté individuelle, et l'organisation des pouvoirs publics. Montesquieu, en analysant la constitution anglaise²⁶, avait montré qu'il n'y avait pas de liberté sans séparation des pouvoirs ou plus précisément un contrôle mutuel des pouvoirs²⁷.

Le catalogue systématique des droits individuels de la Déclaration française de 1789 a servi de modèle pour les constitutions suivantes, surtout au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle. Cette déclaration a aussi été utilisée pour la protection internationale des droits de l'homme, notamment avec la déclaration des Nations-Unies proclamée à Paris en 1948. Bien qu'elle ait été inspirée par le droit naturel et la philosophie des Lumières, la déclaration de 1789 a défini de manière très claire les droits individuels et leurs limites. Au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle, elle a pu ainsi se transformer, dans le cadre d'un État moderne, en droit constitutionnel directement applicable²⁸.

B - Les étapes de l'évolution des droits fondamentaux

Lorsqu'on compare l'évolution des droits fondamentaux nationaux, quatre étapes ou dimensions peuvent être distinguées.

1 - La première étape : la transformation des droits de l'homme en droits fondamentaux positifs

La déclaration française de 1789 avait, à l'instar des déclarations américaines qui l'avaient précédée, une approche nettement universaliste

25 John LOCKE, *The Second Treatise of Civil Government*, Chap. IX, §§ 123 s., cité selon l'édition de T.I. Cook, New York 1947, p. 147 : « ... for the mutual preservation of their lives, liberties, and estates ... ».

26 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève 1748, Livre XI chap. 6.

27 « Checks and balances » comme on pouvait le lire plus tard dans le *Federalist* sous la plume des rédacteurs de la Constitution américaine. Cf. par exemple Alexander HAMILTON, *The Federalist*, n° 9 (1787).

28 Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971 (*Liberté d'association*), J.O. du 18 juillet 1971, p. 7114.

inspirée des conceptions de droit naturel. Les articles avaient été rédigés avec l'intention de formuler des vérités absolues, éternelles. D'un côté, cela a donné une grande dignité à la déclaration. Mais, d'un autre côté, sa valeur juridique devait restée limitée aussi longtemps que l'on considérerait le droit naturel comme source directe du droit, la déclaration restant, dans ce cas, purement déclarative.

Cette situation a changé lorsque, face à une multiplication des théories du droit naturel, celui-ci ne pouvait plus être perçu comme la source primaire du droit. Le droit naturel a perdu, à partir du début du XIX^e siècle, son autorité au profit du droit positif. Ce phénomène s'est déroulé, en France et plus généralement en Europe, à l'époque de la Restauration de la monarchie. L'enthousiasme révolutionnaire s'était estompé progressivement. Il n'était cependant pas encore possible à cette époque de transformer le contenu de la déclaration en un catalogue de droits positifs. Il fallait recommencer avec des catalogues plus modestes et reconquérir les droits « naturels » de 1789, au cours des XIX^e et XX^e siècles. En France, la charte constitutionnelle de 1814 octroyée par Louis XVIII ne faisait plus référence aux droits de l'homme mais aux droits publics des Français. La Charte avait donc une approche de droit positif. De plus et surtout, la portée des droits était limitée aux Français. On ne croyait plus à la réalisation des droits universels dans des systèmes politiques très différents fondés sur des valeurs différentes.

Cette Charte de 1814 a servi de modèle à de nombreuses autres constitutions, telle la Constitution octroyée de Bavière ou de Bade (1818) qui se référaient aux droits des bavarois ou badois. Même la Constitution révolutionnaire libérale du *Reich* allemand de 1848 et 1849 utilisait encore une formulation restrictive en parlant de « droits fondamentaux du peuple allemand ». Un autre exemple est fourni par la Constitution belge du 7 février 1831 dont le titre II est intitulé : « Des Belges et de leurs droits ». Cette formule a été maintenue dans le nouveau texte constitutionnel de 1994.

En général, la définition restrictive des droits fondamentaux a été abandonnée, dans la plupart des Constitutions adoptées au XX^e siècle. Ainsi, la Loi fondamentale allemande de 1949, la Constitution portugaise de 1976, la Constitution espagnole de 1978, la Constitution de la Roumanie de 1991, la Constitution d'Estonie de 1992 ou la Constitution slovaque de 1992 se réfèrent de façon générale aux droits fondamentaux. Ces Constitutions réservent toutefois certains droits aux nationaux.

2 - La deuxième étape : l'enrichissement des catalogues de droits fondamentaux

Après une certaine dévalorisation des droits fondamentaux dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, en faveur de la réserve de loi, l'évolution des droits fondamentaux au XX^e siècle a été marquée par l'enrichissement des catalogues, essentiellement par des droits sociaux.

Il existait quelques exemples précurseurs. L'article 21 de la Déclaration de 1793 rédigée par les Girondins et les Jacobins précisait ainsi que « les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ». Ceci constituait la première illustration d'une Constitution sociale en Europe. Dans ce

prolongement, figure aussi la Constitution française de 1848, qui déclare dans son préambule que « la République doit, par une assistance fraternelle assurer l'existence des citoyens nécessiteux soit en leur procurant du travail dans les limites de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler ».

A ces quelques exceptions près, les droits sociaux n'ont été inclus dans des textes constitutionnels qu'au XX^e siècle, après la Constitution mexicaine de 1917 et la Constitution soviétique de 1918, avec une approche qui allait devenir une caractéristique pour les constitutions socialistes postérieures. La Constitution de Weimar de 1919 prévoyait aussi des principes sociaux et économiques à côté des droits-libertés. Malgré sa courte vie, ce texte a exercé une certaine influence sur d'autres constitutions, comme la Constitution espagnole de 1931 ou la Constitution italienne de 1947. Aujourd'hui la plupart des constitutions démocratiques contiennent des droits ou principes sociaux, sans que la question de leur normativité soit résolue²⁹.

Des constitutions austères et modestes, telles que la Loi fondamentale allemande et la Constitution du Danemark de 1953 apparaissent aujourd'hui comme des exceptions. On ne peut pourtant pas considérer que ces deux pays connaissent un libéralisme ou un capitalisme sauvage, sans garantie sociale. Au contraire, on a souvent l'impression que dans les pays où existe de nombreux problèmes sociaux, les constituants sont plus enclin à inclure les objectifs sociaux et économiques dans les constitutions. En outre certains principes sociaux sont aujourd'hui généralement reconnus de telle sorte que leur codification dans le Constitution apparaît comme un reflet logique du consensus politique. Cependant, tout dépend de la portée juridique donnée à ces principes.

L'examen des parties matérielles des constitutions contemporaines permet par ailleurs de constater une augmentation des devoirs. Ceci peut donner l'impression qu'il est nécessaire de compenser les prestations accordées aux citoyens par certaines obligations qui pèsent sur eux. Mais ces devoirs fondamentaux (« *Grundpflichten* ») sont très différents de ceux présents dans les pays socialistes, dans lesquels il existait une relation synallagmatique, c'est-à-dire que l'exercice de droits dépendait de l'accomplissement de certains devoirs. Dans les pays démocratiques au contraire, les devoirs restent plutôt des devoirs éthiques, moraux, et montrent que la communauté ne peut pas tout faire elle-même, les citoyens doivent contribuer à la réalisation de certains objectifs. Ces devoirs indiquent toutefois la direction dans laquelle l'État peut s'engager pour restreindre certaines libertés.

Toujours dans l'enrichissement des catalogues des droits fondamentaux ou des parties matérielles des Constitutions, il convient de mentionner les dispositions constitutionnelles concernant la protection de l'environnement, introduites depuis les années 70. Ces garanties ont été introduites de façon très différente, soit comme des principes directeurs, soit comme des droits individuels. La question est ici encore plus délicate que pour des droits sociaux : comment peut-on créer un droit individuel à la protection de l'environnement.

29 Cf. *infra* I C.

3 - La troisième étape : la « normativisation » des droits fondamentaux

Il s'agit de savoir quelle force juridique ont les droits fondamentaux. Ont-ils une force obligatoire, ou bien sont-ils seulement des principes généraux ? Il s'agit aussi de savoir si les droits fondamentaux lient dans un État tous les pouvoirs publics, ou seulement le législateur.

Au XIX^e siècle, les droits constitutionnels étaient regardés comme des principes directeurs pour le législateur. Il existait toutefois des exceptions. Ainsi, la Constitution de Francfort de 1849³⁰ prévoyait un recours constitutionnel pour rendre effectif les droits en tant que droits subjectifs. De même, la Constitution autrichienne de 1867 avait créé un recours constitutionnel pour mettre en œuvre les quelques droits fondamentaux inclus dans la Constitution. Au XIX^e siècle, on considérait qu'il était essentiel que les ingérences dans les libertés ou dans le droit de propriété ne puissent être réalisées que par une loi. Ainsi, un législateur démocratique était présumé respecter les droits fondamentaux. Cette idée s'est retrouvée sous la Troisième République en France. Il était important d'avoir un législateur démocratiquement élu. Or, le législateur était le représentant du peuple, il n'allait pas agir à l'encontre de ses intérêts. Ainsi, un catalogue de droits fondamentaux s'avérait inutile. D'ailleurs, la première Constitution du *Reich* de 1871, ne contenait pas de catalogue de droits fondamentaux, mais insistait sur les règles parlementaires démocratiques. Le constituant pensait que grâce à la démocratisation du législateur, tous les dangers pour la liberté individuelle seraient bannis. Dans ce sens, Georg Jellinek postulait comme liberté fondamentale « la liberté de ne pas être contraint si ce n'est sur le fondement d'une loi »³¹.

C'est seulement après la deuxième guerre mondiale que l'idée d'une applicabilité directe des droits fondamentaux, notamment aussi à l'égard du législateur, allait être consacrée définitivement. La loi fondamentale allemande doit se lire comme une réaction contre la dictature qui avait procédé à de nombreuses violations des droits fondamentaux. Ainsi, l'article 1 paragraphe 3 de la Loi fondamentale dispose que « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Ceci ne laisse aucun doute sur le fait que les droits proclamés ne sont pas seulement des principes ; chaque organe de l'État est lié par ces droits. Ce principe a aussi été introduit dans d'autres Constitutions par la suite, notamment dans la Constitution espagnole de 1978 (article 53) ou la Constitution bulgare de 1991 qui précise que « les dispositions de la Constitution ont un effet direct » (article 5-2).

L'applicabilité directe des droits fondamentaux ne peut toutefois être garantie que s'il existe des instruments appropriés. Ceci se vérifie au regard de l'histoire constitutionnelle. Il ne suffit pas d'établir un catalogue proclamant de nombreux droits fondamentaux ; des instruments procéduraux pour les mettre en œuvre sont aussi nécessaires. Le contrôle juridictionnel est essentiel pour les droits fondamentaux. Par exemple, l'article 19-4 de la Loi fondamentale précise que « quiconque est lésé dans ses droits par la puissance

30 Cf. l'article 126 g de la Constitution du 28 mars 1849.

31 Georg JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen 1892, 2^e éd 1905, p. 103 s.

publique dispose d'un recours juridictionnel ». Ceci se retrouve dans l'article 24-1 de la Constitution italienne ; mais il ne se réfère pas seulement aux droits subjectifs puisqu'il vise aussi les « intérêts légitimes ». De même, l'article 24-1 de la Constitution espagnole contient cette garantie procédurale. Pour caractériser ceci, on a parlé en Allemagne, du « couronnement de l'État de droit », dans la mesure où la liberté n'est pas seulement proclamée, mais des instruments de protection sont aussi créés.

Au delà du contrôle par les tribunaux ordinaires, il est nécessaire d'avoir une juridiction constitutionnelle qui donne une garantie définitive à travers les affaires les plus importantes. Aujourd'hui, ceci constitue un standard au niveau européen. Même si les États ne possèdent pas tous une cour constitutionnelle, ils ont tous prévus un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité.

4 - Quatrième étape : l'ouverture des Constitutions à l'influence des droits de l'homme internationaux

De plus en plus, les Constitutions font allusion aux systèmes internationaux des droits de l'homme. Ainsi, la Loi fondamentale allemande de 1949 (article 1-2) dispose : « en conséquence, le peuple allemand reconnaît des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine de la paix et de la justice dans le monde ». Cette clause a été interprétée de différentes façons. La plupart des auteurs précisaient qu'elle était une référence à la tradition européenne, notamment à la Déclaration de 1789. Mais cet article a aussi été lu comme constituant une référence au développement international des droits de l'homme. En 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme avait été adoptée. L'Assemblée constituante connaissait déjà ces textes. Ainsi, cette clause peut servir aujourd'hui pour motiver le principe d'interprétation des normes constitutionnelles en conformité avec les droits fondamentaux internationaux ³².

Du reste, dans la première vague des Constitutions de l'après-guerre, les rédacteurs ne se sont pas référés aux droits fondamentaux internationaux. Dans la deuxième vague des Constitutions d'après guerre (essentiellement en Europe du Sud : Grèce, Portugal, Espagne), cette réticence s'est estompée. L'article 16-2 de la Constitution portugaise dispose ainsi que « les normes constitutionnelles et légales se rapportant aux droits fondamentaux doivent être interprétées et appliquées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme ». La Constitution espagnole va encore plus loin dans son article 10-2 qui dispose que « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités ou accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ». Cette technique est aujourd'hui devenu un modèle, notamment pour la troisième vague des Constitutions européennes d'après guerre (Europe orientale). Par exemple l'article 20 de la Constitution roumaine reprend la disposition constitutionnelle espagnole.

32 Cf. Karl-Peter SOMMERMANN, « Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung », in *Archiv des öffentlichen Rechts* vol. 114 (1989), p. 391, 414 ss.

C - La structure des parties relatives aux droits fondamentaux dans les Constitutions contemporaines

La question clef est de savoir comment traiter dans la Constitution de droits fondamentaux très différents. Les catalogues de droits fondamentaux contiennent aujourd'hui, à côté des droits-libertés, des droits sociaux qui, selon leur libellé, sont généralement conçus comme des droits-créances (par exemple le droit au travail ou le droit à un logement digne). Rechercher un régime unique pour tous les droits fondamentaux peut avoir pour conséquence de dévaloriser les droits libertés. Ceci s'explique par le fait que les droits libertés peuvent être réalisés très facilement, puisqu'il est seulement demandé à l'État de s'abstenir d'intervenir dans la sphère des libertés de l'individu. Avec les droits-créances, une procédure de distribution et des moyens économiques sont nécessaires. Or ces conditions économiques changent ; par conséquent, les prestations ne pourront pas toujours être les mêmes.

Alexis de Tocqueville, dans le débat de la Constituante de 1848, avait écrit sur les droits sociaux : « si l'ouvrier a droit au travail, il en résulte que le pouvoir social doit se mettre en mesure de lui en fournir toutes les fois qu'il en demande. Or, pour en arriver là, il n'y a qu'un seul moyen : c'est de se mettre lui même à la tête du travail national, de le diriger, le modérer, l'activer suivant les besoins ». C'est le problème clef des droits-créances constitutionnels : comment l'État peut donner à des individus un emploi ? Il ne peut le faire que si tout est nationalisé, mais dans un système libre ce n'est pas possible. D'ailleurs n'est-il pas préférable que ce soit le législateur qui concrétise d'abord les droits-créances, et non pas le juge ?

Ces remarques ne sauraient signifier qu'il faille renoncer aux droits sociaux. Il faut cependant appliquer des critères interprétatifs différents par rapport aux droits-libertés. Dans ce sens, la distinction entre droits libertés et droits sociaux a été au cœur des débats lors de l'élaboration des Constitutions de deuxième génération dans l'après-guerre (voir les pays d'Europe du Sud). Ceci se retrouvait déjà dans la Constitution espagnole de 1931, qui avait créé deux catégories de normes : certaines étaient directement invocables à travers une procédure spéciale accélérée devant les tribunaux ; d'autres n'étaient pas invocables : ce n'était que des principes d'orientation. La deuxième étape a été franchie par la Constitution irlandaise de 1937, plus précisément l'article 45 qui prévoyait que les « principes directeurs de la politique sociale sont seulement destinés à servir de direction générale au Parlement ». Un pas de plus a été réalisé avec la Constitution de l'Inde de 1949 qui fait la différence entre les « droits fondamentaux » et « les principes directeurs de la politique de l'État ». Cette Constitution précise d'ailleurs que ces principes directeurs donnent une direction, non seulement au Parlement, mais aussi à tous les organes de l'État.

Le système dans lequel la différenciation est la plus marquée est sans doute l'Espagne. L'article 53 de la Constitution de 1978 crée en effet trois groupes de droits fondamentaux. Il existe une première distinction entre les droits fondamentaux directement applicables et les principes directeurs. Sur cette première subdivision, se greffe une seconde distinction au sein des droits fondamentaux directement applicables entre les droits dont la protection est assurée par des moyens spécialisés et avec des procédures accélérées (parmi ces droits on trouve par exemple les libertés de presse, de la personne, de réunion

et d'opinion) et ceux pour lesquels les tribunaux ordinaires statuent selon des procédures normales (ci-inclus par exemple la propriété privée). Quant aux principes directeurs qui constituent le troisième groupe, ils lient tous les organes de l'État et peuvent donc servir de critères d'interprétation pour les tribunaux ordinaires, mais il appartient au législateur de les concrétiser. La Constitution espagnole démontre qu'il est possible d'introduire des droits sociaux dans une Constitution sans dévaloriser les droits-libertés.

En Allemagne, une évolution intéressante se retrouve au niveau des *Länder*, et notamment ceux issus de la RDA. La Loi fondamentale fixe le cadre dans lequel doivent rester les Constitutions des États fédérés. Par exemple, la Constitution du Land Saxe-Anhalt de 1992 fait une distinction entre différents groupes matériels. Le premier paragraphe dispose que « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droits directement applicables ». Le deuxième paragraphe précise que « les garanties institutionnelles énoncées ci-après obligent le Land à protéger ses institutions et à garantir son existence et son développement ». Enfin, la troisième catégorie correspond aux « objectifs de l'État » qui sont en fait les principes directeurs des autres Constitutions : « les objectifs de l'État énoncés ci-après obligent le Land à les poursuivre avec toute ses forces et à orienter son activité selon eux ». Ainsi tous les organes de l'État doivent prendre en considération ces objectifs, mais une autorité administrative ne pourrait pas s'appuyer sur un objectif pour intervenir dans la liberté ; c'est le législateur qui doit d'abord édicter une norme d'habilitation. De plus, la disposition constitutionnelle fait référence aux « forces » du Land, c'est-à-dire aux possibilités économiques et financières de l'État.

D - Les instruments de mise en œuvre des droits fondamentaux

1 - Les instruments juridictionnels

a - Les tribunaux ordinaires

Malgré l'existence de Cours constitutionnelles dans la plupart des pays européens, la protection des droits fondamentaux appartient essentiellement aux tribunaux ordinaires, car ils sont plus proches des citoyens, et avant de pouvoir saisir la Cour constitutionnelle, il faut, en général, préalablement épuiser toutes les autres voies de recours ordinaires. Certes pour le contrôle des normes, l'épuisement des voies de recours internes n'est pas imposé. D'ailleurs souvent les tribunaux ordinaires sont aussi autorisés à demander à la Cour constitutionnelle de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi. Mais même lorsqu'il existe des Cours constitutionnelles il est indispensable de renforcer l'effectivité de la protection judiciaire ordinaire.

L'élément essentiel pour apprécier l'effectivité du recours est sans aucun doute la rapidité. Il est donc indispensable de mettre en place un système de protection provisoire. Ceci est d'ailleurs un principe constitutionnel en Allemagne : en raison de l'article 19-4 de la Loi fondamentale, qui garantit une protection effective et complète des droits individuels, le législateur ne pourrait pas supprimer les procédures d'urgence. Actuellement, l'effet suspensif des voies de recours est toujours le principe central de la protection

provisoire en droit allemand. En France, à l'inverse, on se méfie moins du pouvoir exécutif : par analogie avec le principe matériel de la présomption de la légalité des actes administratifs, le principe dominant est celui de l'effet non-suspensif des recours. Ces différences conceptuelles peuvent alors poser des problèmes pour une harmonisation européenne. En France, il existe certes des possibilités de sursis à exécution, mais il est indispensable que les tribunaux statuent sur demande d'un individu. L'Allemagne ne se limite pas au caractère suspensif des recours, mais prévoit aussi des possibilités d'injonction qui vont plus loin que le référé français. L'injonction peut aboutir, même dans la procédure d'urgence, à une décision du tribunal administratif imposant aux autorités d'attribuer une prestation aux individus. En Espagne, une nouvelle loi relative au contentieux administratif a été adoptée en 1998. L'effet suspensif automatique n'a pas été introduit, mais la loi donne tous les moyens au juge pour réagir en cas d'urgence grâce à des injonctions.

Face à ces diverses approches nationales, la tâche de la Cour de justice n'est pas évidente. Dans l'arrêt *Factortame* du 19 juin 1990³³, elle a obligé le Royaume-Uni à prévoir la possibilité d'une injonction même contre la Couronne comme protection provisoire par les tribunaux si le droit national viole le droit communautaire. En outre, la Cour de justice a admis l'existence d'une protection provisoire contre le droit communautaire à trois conditions³⁴ : 1 - le tribunal national doit avoir des doutes sérieux à propos de la validité de l'acte communautaire ; 2 - la protection doit être urgente pour empêcher un dommage grave et irréparable ; 3 - l'intérêt de la Communauté européenne doit être dûment pris en considération.

b - Les tribunaux administratifs spécialisés

L'existence de tribunaux administratifs spécialisés présente certains avantages. Le droit étant devenu très complexe, il peut être utile que les juges soient spécialisés. Il peut aussi ne pas être toujours possible d'appliquer les mêmes principes aux procédures civiles ou en contentieux administratif. L'individu peut, par exemple, rencontrer plus de difficultés pour réunir des preuves lorsque les documents sont aux mains de l'Administration. Cela peut justifier l'introduction du principe inquisitoire dans la procédure contentieuse, principe qui n'existe généralement pas dans la procédure civile. De toute manière, l'établissement d'une justice administrative spécialisée n'est pas une condition indispensable pour une protection juridictionnelle effective, comme le montre, entre autres, l'exemple de l'Angleterre.

c - Les Cours constitutionnelles

Après la Seconde guerre mondiale, des recours spécialisés pour la protection des droits fondamentaux ont été mis en place. Ce fût notamment le cas en Allemagne et en Espagne. Mais dans ce dernier pays, le recours d'*Amparo* est limité à un groupe déterminé de droits, alors qu'en Allemagne le recours constitutionnel peut être utilisé pour l'ensemble des droits. Il existe

33 Aff. C-213/89, *Rec.* p. I-2433.

34 Cf. notamment les arrêts du 10 juillet 1990, aff. C-217/88, *Rec.* p. I-2879, du 21 février 1991, aff. C-143/88, *Rec.* p. I-415, et du 9 novembre 1995, aff. C-465/93, *Rec.* p. I-3761.

bien sûr des droits - libertés spécialisés, mais une clause générale comprenant toutes les libertés innomées dans la Constitution est prévue à l'article 2-1 : chaque fois que la liberté est affectée, on peut avoir accès à la Cour constitutionnelle grâce à cette clause générale. En Italie, un recours constitutionnel direct n'est pas prévu. Les individus peuvent toutefois demander l'intervention de la Cour constitutionnelle grâce à la question de constitutionnalité qui peut être très facilement soulevée. Lors d'un procès ordinaire, si un justiciable conteste la constitutionnalité de la loi et si les arguments du justiciable ne sont pas manifestement infondés, le tribunal est alors obligé de soumettre la question à la Cour constitutionnelle.

En ce qui concerne la protection juridictionnelle des droits sociaux en Europe, deux pays ont introduit une procédure spécialisée pour mettre en œuvre les droits sociaux en tant que mandats obligatoires du législateur. La Constitution portugaise³⁵ et le droit hongrois³⁶ prévoient une procédure pour contrôler l'inconstitutionnalité par omission, c'est-à-dire lorsque le législateur n'intervient pas.

2 - Les instruments non juridictionnels

Parmi les instruments non juridictionnels, il faut d'abord mentionner les recours administratifs, qui permettent à l'Administration en même temps un autocontrôle. A part cela, pour les citoyens qui craignent les formalités ou relèvent des aspects qui ne trouvent pas un traitement adéquat dans les recours formels, c'est le droit de pétition qui peut les aider. Dans beaucoup de pays, ce droit est renforcé par des institutions de pétition qui s'inspirent de l'ombudsman scandinave. Elles connaissent une grande diversité en Europe. Par exemple, en France, le médiateur est nommé par décret pris en Conseil des ministres. Dans d'autres pays comme en Espagne, l'ombudsman se présente plutôt comme un auxiliaire du pouvoir législatif. Dans les pays ibériques, de nombreuses compétences, même plus importantes que dans les pays scandinaves, sont attribuées à cette institution ; les ombudsmans ont notamment un droit de recours devant le tribunal constitutionnel.

Une tendance générale peut toutefois être dégagée de statistiques : dans la plupart des pays, les personnes s'adressent essentiellement à l'ombudsman pour des questions sociales. C'est pourquoi un auteur a constaté une certaine « affinité de l'Ombudsman aux droits sociaux »³⁷. Au regard des diverses expériences européennes, il apparaît aussi que l'influence réelle d'un ombudsman n'est pas exclusivement liée à l'étendue de ses compétences ; la personnalité de l'ombudsman, son charisme et l'attention qu'il réveille dans l'opinion publique, jouent aussi un rôle important.

35 Cf. l'article 283 de la Constitution portugaise.

36 Cf. l'article 49 de la loi hongroise n° 32/1989 portant sur la Cour constitutionnelle.

37 Theo OEHLINGER, « Ombudsmann und soziale Grundrechte », in S. Matscher (éd.), *Ombudsmann in Europa*. Institutioneller Vergleich, Kehl/Strasbourg/Arlington 1994, p. 95, 99.

II - LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX AU NIVEAU EUROPÉEN

A l'échelon européen, il faut distinguer la protection des droits fondamentaux dans le cadre du Conseil de l'Europe et celle dans le cadre de la Communauté européenne. Les deux systèmes commencent toutefois à se rapprocher de plus en plus.

A - La protection dans le cadre du Conseil de l'Europe

Après la seconde guerre mondiale, le Conseil de l'Europe a été créé pour valoriser les idées de démocratie et d'État de droit. Au regard des statuts, les objectifs du Conseil de l'Europe sont une union européenne plus étroite, la défense des principes de la démocratie parlementaire et la stabilisation de l'État de droit. La Convention la plus importante élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe est la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

1 - La Convention européenne des droits de l'homme

Cette Convention dispose d'une grande force juridique, par rapport aux autres traités internationaux, grâce à ses structures institutionnelles.

En 1948 est adoptée la Déclaration universelle des droits de l'homme. A cette époque, de nombreuses personnes considéraient que cette Déclaration n'était que le premier pas de la protection des droits fondamentaux. Il fallait compléter cette Déclaration adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies par un catalogue de droits fondamentaux consacrés dans un traité international, et possédant donc une force juridique. Il était en outre nécessaire de prévoir des procédures pour assurer la protection de ces droits fondamentaux.

Il faudra attendre 1966 pour que deux pactes internationaux soient adoptés. La préparation d'un instrument international à l'échelle européenne de protection des droits fondamentaux était plus avancée. La CEDH fut adoptée en 1950. Cette Convention a avant tout consacré des droits-libertés. Plusieurs protocoles additionnels ont été ajoutés. Depuis le 1^{er} novembre 1998, est entré en vigueur le protocole n° 11 qui a créé un nouvel ordre institutionnel de la CEDH, en accordant au citoyen un accès direct à la Cour européenne des droits de l'homme.

Le point essentiel de la Convention est sans doute son article 53 qui précise qu'elle est un « standard minimum », ce qui signifie qu'elle n'empêche pas une protection plus développée au niveau national. La Convention ne peut jamais être utilisée pour justifier une restriction des droits consacrés au niveau national.

Les décisions de la Cour ont une force obligatoire, mais seulement *inter partes*. Ceci n'empêche toutefois pas les arrêts de posséder une autorité pratique qui dépasse le simple cadre des parties, car chaque État qui a connaissance d'une jurisprudence impliquant un autre État sait que s'il adopte le même comportement que l'État condamné, il pourra à son tour être condamné par la Cour.

2 - La Charte sociale

La Charte sociale de 1961 est toujours restée dans l'ombre de la CEDH. Le problème principal est de savoir comment mettre en œuvre ces droits sociaux.

Les dispositions de la Charte sociale ne sont pas directement applicables. Elles contiennent simplement des obligations à la charge des États : ils doivent poursuivre certains buts.

Une des faiblesses du système de la Charte sociale est liée au fait que les États peuvent ne pas accepter tous les articles. C'est une convention à la carte. L'idée était de faciliter l'adhésion du plus grand nombre d'État. Par la suite, l'État peut, par simple notification au secrétaire général, élargir les articles par lesquels il s'estime lié.

Une autre faiblesse réside dans le fait qu'il n'existe pas d'organe juridictionnel. Un comité d'expert de sept membres et un observateur (l'Organisation Internationale du Travail) reçoivent des rapports des États membres. Ces rapports sont ensuite transmis à une assemblée qui donne un avis. La décision finale revient à un organe politique : le Comité des ministres.

3 - Autres traités

Le Conseil de l'Europe a travaillé dans de nombreux autres champs. Il existe d'autres conventions relatives, par exemple, à la protection des données personnelles, à la protection des minorités.

La Convention européenne relative à la prévention de la torture et des peines ou traitement inhumains ou dégradants mérite une attention particulière. Cette convention a introduit dans les échelons de mise en œuvre des droits fondamentaux au niveau international un mécanisme préventif. Le comité d'expert créé par cette convention dispose de nombreuses prérogatives d'investigation dans les pays membres. Les rapports de ce comité peuvent notamment avoir une influence sur les conditions de détention dans les prisons ou les conditions d'internement dans les hôpitaux psychiatriques.

B - La protection dans la cadre de la Communauté européenne

1 - Les sources du droit communautaire

Les sources sont très limitées en ce qui concerne le droit primaire communautaire. Il n'existe pas de catalogue de droit. Le Traité instituant la Communauté européenne fait simplement référence aux libertés fondamentales du Marché commun, surtout à la libre circulation des personnes et au principe de non-discrimination, mais dans des buts économiques. C'est à dire qu'elles ne servent pas à un individu en tant que tel, mais en raison du fait qu'il évolue dans un marché commun.

Depuis le Traité de Maastricht de 1992, c'est une disposition du Traité de l'Union européenne qui s'inspire toutefois aujourd'hui de la jurisprudence de la Cour de Justice : l'article 6-2 du Traité (ancien article F-2) dispose que « L'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et tels qu'ils résultent des

traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux du droit communautaire ». La tâche du juge communautaire est donc de rechercher ces « traditions constitutionnelles communes » qui peuvent être la source des principes généraux du droit communautaire. L'article 6-2 combine ces traditions constitutionnelles avec la CEDH. La version allemande peut poser un problème d'interprétation : on ne sait pas si les traditions constitutionnelles communes doivent être interprétées à la lumière de la CEDH, ou si ce sont deux sources différentes. La version française est assez claire puisqu'elle sépare nettement la CEDH et les traditions constitutionnelles communes. La Cour de Justice combine en fait ces deux aspects. Elle précise en général que les principes généraux du droit communautaire sont « dérivés des traditions constitutionnelles communes et confirmés par les dispositions de la CEDH ». C'est la source principale pour la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire.

Ceci est le fruit d'une longue évolution. Dans les années 60 et 70, il existait des conflits entre le juge communautaire et certains juges constitutionnels nationaux, comme l'illustrent les jurisprudences *Solange* de la Cour constitutionnelle allemande. Formellement, la Cour constitutionnelle n'a jamais changé de position, mais elle n'a pas insisté sur les mêmes points dans chacune des décisions. Dans *Solange I*³⁸, la Cour précise qu'elle maintient son contrôle du droit communautaire dérivé, tant que le niveau communautaire de protection des droits fondamentaux n'aura pas atteint le niveau allemand. Dans *Solange II*³⁹, la Cour a estimé que le niveau communautaire de protection des droits fondamentaux avait atteint le niveau allemand : il n'est donc plus nécessaire d'exercer un contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé. La Cour n'a toutefois pas changé sa position de principe, et si dans l'avenir, la protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice des Communautés n'était plus aussi avancée que la protection par le juge allemand, elle reprendrait alors le contrôle de constitutionnalité des actes de droit communautaire dérivé. La Cour constitutionnelle n'exige toutefois pas que les standards de protection communautaire et national soient strictement identiques : ils doivent simplement être comparables au niveau des grands principes.

2 - La protection par la Cour de justice

La Cour de justice des Communautés européennes a notamment pour fonction de garantir l'intégrité du droit primaire communautaire. Les principes généraux du droit communautaire reconnus dans les États membres sont inclus dans le droit primaire, bien qu'ils ne figurent pas explicitement dans les traités. Ainsi, la question des droits fondamentaux dans l'Union européenne relève du droit primaire.

En ce qui concerne les procédures utiles aux individus, l'article 230 (ancien article 173) prévoit que toute personne qui est destinataire d'une décision qui l'affecte peut intenter un recours devant la Cour de justice. La procédure la plus importante est sans aucun doute celle prévue à l'article 234 (ancien article 177) qui prévoit la possibilité de question préjudicielle. La Cour de justice, saisie par une juridiction nationale, pour apprécier la

38 Arrêt du 29 mai 1974, *Rec. (BVerfGE)* vol. 37, p. 271.

39 Arrêt du 22 octobre 1986, *Rec. (BVerfGE)* vol. 73, p. 339.

compatibilité d'un acte de droit communautaire dérivé au droit communautaire primaire, va pouvoir vérifier que cet acte dérivé ne méconnaît pas les droits fondamentaux à travers l'examen de sa compatibilité aux principes généraux du droit communautaire.

3 - La protection par les tribunaux nationaux

Les tribunaux nationaux n'exercent pas un contrôle des actes communautaires selon des critères nationaux. Mais ils peuvent interpréter les règlements et les directives, à la lumière des principes généraux reconnus par la Cour de justice. Lorsqu'ils estiment qu'un acte communautaire dérivé n'est pas conforme aux principes généraux du droit communautaire, ils vont saisir la Cour de justice. Les tribunaux nationaux participent donc à la protection des droits fondamentaux communautaires, même si c'est de façon indirecte.

III - INTERDÉPENDANCE ET INTERACTION ENTRE LE NIVEAU NATIONAL ET LE NIVEAU EUROPÉEN

A - Le rôle des droits fondamentaux nationaux dans le développement des droits fondamentaux européens

La Cour de justice se réfère au droit comparé, mais il est délicat de savoir dans quelle mesure ce droit comparé a une influence déterminante, puisque rien ne filtre des délibérés de la Cour. Par exemple, le principe de proportionnalité est appliqué par la Cour de justice de façon très similaire aux tribunaux allemands. Dans un arrêt du 5 mai 1998 relatif à l'interdiction par la Commission des exportations des bovins anglais vers les autres États membres et les États tiers⁴⁰, la cour précise que le principe de proportionnalité « exige que les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés ». Par conséquent, le contrôle de la proportionnalité comprend trois étapes. Premièrement, la mesure doit être appropriée pour réaliser le but. Il faut donc définir le but poursuivi par cet acte communautaire. Deuxièmement, il convient de rechercher si cet objectif ne pourrait pas être atteint par une mesure moins préjudiciable. C'est l'application du principe de nécessité. Troisièmement, intervient le contrôle de proportionnalité au sens propre : les avantages de cette mesure doivent être plus importants que ses inconvénients. Dans l'affaire jugée le 5 mai 1998, la Cour a restreint le contrôle de proportionnalité car elle a estimé que dans la politique agricole, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Elle se contente donc de rechercher si la mesure est manifestement inappropriée. Ceci peut d'ailleurs indiquer une différence avec la jurisprudence des tribunaux allemands qui ne se contenteront généralement pas d'un contrôle si restreint en matière d'appréciation de la proportionnalité d'une mesure. Néanmoins, la Cour constitutionnelle allemande a reconnu à plusieurs reprises une certaine

40 Aff. C-180/96, *Rec.* p. I-2265.

marge d'appréciation du législateur, lorsqu'il s'agissait de matières complexes à régler.

Pour assurer une protection effective des droits fondamentaux, l'élaboration des principes et critères communs, développés dans les différents ordres juridiques pour contrôler les limitations des libertés, paraissent presque plus importants que l'énumération des droits dans les catalogues.

B - Le rôle de la Convention européenne des droits de l'homme pour les standards nationaux de protection.

En ce qui concerne l'effet en droit interne de la CEDH, il est possible de classer les systèmes en trois catégories.

Il existe d'abord des systèmes qui ne reconnaissent à la CEDH qu'une valeur juridique égale à celle des lois ordinaires. C'est le cas de l'Allemagne et de l'Espagne. La CEDH se situe au niveau de la loi ordinaire qui a approuvé cette Convention. Dans ces systèmes, une valeur supra-législative, voire supra-constitutionnelle peut toutefois être conférée à la CEDH, mais de façon indirecte. L'article 10-2 de la Constitution espagnole précise que toutes les normes nationales doivent être interprétées à la lumière des conventions relatives aux droits de l'homme ratifiées par l'Espagne. Ceci ne confère pas formellement à la CEDH une autorité supérieure à celle des lois, mais matériellement le juge national ne pourra pas se placer en deçà du standard européen. Et même le juge constitutionnel interprète les normes constitutionnelles, dans la mesure possible, en conformité avec les dispositions des conventions internationales. En Allemagne, la Constitution ne comprend pas une disposition identique à celle figurant dans la Constitution espagnole. Cette lacune est comblée par le fait que la Cour constitutionnelle reste favorable à la CEDH. Des arrêts rendus dans les années 80 ont essayé de conférer à la CEDH une autorité supérieure à celle des lois en se fondant sur l'article 3-1 relatif au principe d'égalité, qui est interprété comme prohibant toute application arbitraire des normes. La Cour considérait que lorsqu'un tribunal ne prenait pas suffisamment en compte les normes de la CEDH, ceci s'apparentait alors à une action arbitraire. Mais cette interprétation très généreuse de l'article 3-1 fut peu utilisée par la suite. On a eu recours à une méthode plus rationnelle : une règle interprétative similaire à l'article 10-2 de la Constitution espagnole a été confirmée et, dans un arrêt du 26 mars 1987⁴¹ la Cour a déclaré que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme était un instrument auxiliaire pour l'interprétation des droits fondamentaux et des principes constitutionnels. La Cour constitutionnelle a utilisé l'article 6 de la Convention relatif à la présomption d'innocence pour la concrétisation du principe d'État de droit. Cette attitude a été suivie par la Cour constitutionnelle allemande à plusieurs reprises par la suite⁴². Bien que la Cour constitutionnelle n'ait pas donné une explication dogmatique pour l'introduction de ce critère d'interprétation, il existe une base constitutionnelle à partir de l'article 1-2 de la Loi fondamentale qui fait référence aux droits de l'homme inviolables, qui peut donc inclure les droits garantis au niveau international⁴³.

41 Rec. (BVerfGE) vol. 74, p. 358.

42 Cf. par exemple Rec. (BVerfGE) vol. 82, p. 106, et vol. 83, p. 119.

43 V. *supra*, note 8.

Un autre groupe d'États reconnaît aux engagements internationaux une valeur supra-législative. C'est notamment le cas de la France, des Pays-Bas, et de certains pays de l'Europe centrale et orientale. En France, les juges ordinaires ne contrôlent pas la constitutionnalité des lois ; ce contrôle appartient de manière exclusive au Conseil constitutionnel qui intervient *a priori*. Les tribunaux ordinaires peuvent en revanche contrôler la compatibilité des lois aux engagements internationaux. Leur décision n'a certes pas d'effet *erga omnes* : ils peuvent simplement décider qu'ils n'appliqueront pas cette loi dans l'affaire qu'ils sont en train de juger. Ainsi, dans les cas concrets jugés par les tribunaux ordinaires, la CEDH peut avoir plus d'importance que la Constitution pour les individus, bien que le standard constitutionnel français soit plus élevé que le standard de la CEDH.

Il existe une troisième catégorie d'États : ceux qui ont constitutionnalisé la CEDH. C'est notamment le cas de l'Autriche, dont la Constitution contenait peu de droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle autrichienne utilise donc la CEDH, mais sans recourir forcément à la jurisprudence européenne. Elle interprète la CEDH indépendamment des cas concrets qui ont été jugés à Strasbourg ; il peut donc y avoir des divergences de jurisprudence. Ceci se retrouve aussi dans la Constitution slovaque. Toutefois, à la différence de la Constitution autrichienne, la Constitution slovaque contenait déjà un catalogue de droits fondamentaux. La CEDH garde son importance comme garantie d'un standard minimum.

C - La rôle de la Convention européenne des droits de l'homme pour le standard communautaire de protection

La Cour de justice des Communautés européennes utilise le droit conventionnel de manière intensive, pour élaborer des principes généraux du droit en matière de droits fondamentaux. Pourtant, jusqu'à aujourd'hui, elle n'a pas fait référence à des décisions concrètes de la CEDH pour motiver ses arrêts. Elle s'est contentée de signaler, dans quelques affaires, que la jurisprudence de la CEDH ne prévoyait pas de solution différente. Dans l'avenir, dans la mesure où le droit communautaire interviendra plus souvent dans les sphères classiques des droits-libertés, la Cour de justice des Communautés européennes devra abandonner cette réticence, si elle veut éviter des conflits.

D - La relation entre les droits fondamentaux communautaires et les droits fondamentaux nationaux

Il s'agit d'abord de savoir dans quelle mesure les tribunaux nationaux peuvent procéder à un contrôle de constitutionnalité de la législation communautaire. Comme nous avons déjà mentionné, la Cour constitutionnelle allemande, dans sa jurisprudence *Solange* s'est réservée des possibilités de contrôle pour des cas limites⁴⁴. Actuellement, elle ne juge pas nécessaire d'exercer le contrôle constitutionnel. Par conséquent, les tribunaux ordinaires n'appliquent les droits fondamentaux nationaux que dans la mesure où le droit communautaire a été transposé par le législateur national. Dans l'interprétation

⁴⁴ A part les arrêts mentionnés dans les notes 15 et 16 cf. l'arrêt du 12 octobre 1993 (Maastricht), Rec. (BVerfGE) vol. 89, p. 155.

des normes de transposition ils doivent toutefois chercher une solution qui soit en conformité avec le droit communautaire dont les normes dérivées s'interprètent à la lumière du droit originaire, c'est-à-dire aussi des droits fondamentaux communautaires. Parfois, il peut être difficile de trouver une interprétation des normes de transposition qui soit à la fois en conformité avec les droits fondamentaux nationaux et communautaires. En outre, les tribunaux doivent tenir compte des droits fondamentaux communautaires lorsqu'ils contrôlent le droit communautaire dérivé. Ils doivent en fait renvoyer la question à la Cour de justice des Communautés européennes en cas de doute sur la compatibilité de la norme communautaire dérivée à la norme communautaire originaire.

Une question de grande portée apparaît avec les catalogues nationaux de droits fondamentaux qui réservent le bénéfice de certains droits aux seuls nationaux. Ces dispositions ne pourraient-elles pas être source de discriminations, lorsque ces droits entrent dans le champ d'application du traité ? Même si on trouve une solution juridique par laquelle les citoyens de l'Union jouissent pratiquement d'une position équivalente à celle des nationaux, il reste des doutes concernant la conformité avec le droit communautaire. La Cour de justice a souligné à plusieurs reprises⁴⁵, que l'apparence même de l'ordre juridique qui ne concède pas les mêmes droits aux citoyens de l'Union qu'aux nationaux peut généralement créer des incertitudes qui ne sont pas compatibles avec les traités communautaires.

IV - A-T-ON BESOIN D'UN CATALOGUE COMMUNAUTAIRE DES DROITS FONDAMENTAUX ?

La question du catalogue des droits fondamentaux communautaires n'est pas récente. Entre autres, en 1989, le Parlement européen a adopté un catalogue contenant des droits libérés et des droits sociaux. Il faut se demander dans quelle mesure un tel catalogue, transformé en droit applicable, allait changer la situation actuelle. Pour la réponse il est important de savoir, si la CEDH constitue déjà un catalogue de droits fondamentaux liant la Communauté bien que la Communauté elle-même n'a pas adhéré à la CEDH. En 1996, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé dans un avis⁴⁶ que la Communauté européenne n'a pas encore la compétence pour ratifier la CEDH. La Cour insiste en effet sur le fait que la Communauté ne dispose que de compétences d'attribution. La Cour de justice des Communautés européennes a ensuite examiné s'il n'était pas possible de considérer que la Communauté puisse avoir la compétence pour ratifier la CEDH, à partir de l'interprétation de l'article 308 du Traité (ancien article 235). La Cour de justice des Communautés européennes estime qu'en raison des conséquences d'un tel acte, l'adhésion de la Communauté à la CEDH dépasse par sa nature les limites prévues par l'article 308. D'ailleurs, l'adhésion est exclue aussi pour une autre raison : le statut du Conseil de l'Europe prévoit que seuls des États peuvent devenir membre de cette organisation internationale.

La conclusion de la Cour de justice des Communautés européennes n'est toutefois pas que la Communauté européenne n'est pas liée à la CEDH. Il faut

45 Cf. les arrêts du 24 mars 1988, aff. 104/86, *Rec.* p. 1799, et du 26 avril 1988, aff. 74/86, *Rec.* 1988, p. 2139.

46 Avis 2/94 du 28 mars 1996, *Rec.* p. I-1763.

en effet prendre en compte le fait que tous les États membres de la Communauté européenne ont ratifié la CEDH. La question qu'il convient alors de se poser est la suivante : un État pourrait-il se libérer de ses obligations en participant à une organisation supra-nationale ? Considérant qu'en droit international public est reconnue la règle « *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* » et que les États-membres de l'Union européenne ne sont pas les seuls États qui ont ratifié la CEDH, la Communauté européenne doit respecter les principes de la CEDH. L'article 6-2 du traité tire donc simplement la conséquence d'une obligation qui existait déjà.

La Communauté doit ainsi respecter un catalogue de droits fondamentaux existant. A-t-on alors besoin d'un autre catalogue de droits fondamentaux, mais basé cette fois-ci sur le droit communautaire primaire ?

Si nous prenons comme modèle le catalogue proposé par le Parlement européen en 1989, deux problèmes majeurs se posent.

Premièrement, le texte prévoit que ce catalogue ne peut s'appliquer que dans les domaines de compétence de la Communauté européenne. Cependant certains articles sont relatifs à des droits qui sont hors des domaines de compétence de la Communauté, comme par exemple, l'abolition de la peine de mort. Ce catalogue resterait donc partiellement sans effet. En faveur d'un catalogue plus large que les compétences de la Communauté actuelle on pourrait toutefois argumenter que la Communauté est un instrument vivant, et qu'avec le temps, elle va élargir ses champs de compétence.

Deuxièmement, le catalogue n'est pas encore très développé en ce qui concerne le système des limitations des droits et la distinction de normativité de différentes catégories de droits, notamment des droits-libertés d'une part et des droits sociaux d'autre part. Dans ce sens, les Constitutions nationales modernes sont beaucoup plus évoluées⁴⁷.

Par conséquent, il serait peut-être préférable de se contenter pour le moment d'appliquer les principes généraux du droit communautaire qui existent actuellement. Un catalogue trop large risquerait d'être rapidement perçu par les citoyens comme un ensemble de promesses qui ne pourraient pas être tenues par la Communauté. Pour qu'un catalogue puisse être élaboré, il faudrait que le développement institutionnel soit encore plus avancé.

Néanmoins, à l'échelon communautaire, la décision est apparemment déjà prise dans un autre sens. Au mois de juin 1999, le Conseil européen a décidé à Cologne d'aspirer à l'élaboration d'une charte de droits fondamentaux. Espérons que les travaux se feront à la hauteur des connaissances sur le développement des droits fondamentaux nationaux et que le résultat contribuera à un renforcement du statut juridique des citoyens de l'Union et ainsi à l'évolution d'une société civile à l'échelon européen.

DISCUSSION

M. Scoffoni souhaite revenir sur l'importance du contrôle juridictionnel, et plus précisément des éléments de procédure. L'expérience constitutionnelle américaine démontre que les droits fondamentaux de procédure et les droits fondamentaux substantiels se nourrissent les uns les autres. Lorsque certains commentateurs de la jurisprudence de la

CEDH considèrent que le développement des droits fondamentaux de procédure dans les systèmes européens remonte à l'article 6 de la Convention, ils se méprennent sans doute car la référence au système anglo-saxon, et en particulier au constitutionnalisme américain montre que cette liaison entre les droits de procédure et les droits substantiels existait déjà un siècle auparavant. Toute la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, dès la première partie du XIX^e siècle, en matière de due process of law, donne les dimensions de l'interprétation actuelle de l'article 6 de la CEDH, aussi bien pour le droit au juge, le droit au recours, les droits de la défense ou le droit à un procès équitable.

Intervenant sur la question de l'ouverture des Constitutions nationales au droit international, M. Favoreu rappelle que des Constitutions vont aujourd'hui beaucoup plus loin que l'Espagne. Ainsi des Constitutions peuvent être rédigées à l'étranger, incluses dans un traité international, mises en œuvre sur le plan national, avec incorporation dans la Constitution de la CEDH, et peuvent prévoir la présence de juges internationaux au sein de la Cour constitutionnelle nationale. C'est notamment le cas en Bosnie-Herzégovine. La question qui se pose est alors de savoir si nous sommes encore dans la cadre d'une Constitution nationale.

M. Bon souhaite apporter quelques précisions sur le cas espagnol. Il semble en effet que l'article 10 de la Constitution, qui impose que les normes relatives aux droits fondamentaux reconnus par la Constitution soient interprétées conformément aux traités internationaux portant sur les mêmes matières, ait en fait été introduit pour permettre de protéger la liberté d'enseignement, car certains constituants redoutaient que l'article 27 de la Constitution, qui reconnaît la liberté d'enseignement, n'aille pas suffisamment loin. Ils ont alors fait référence aux traités internationaux, notamment à la Cour européenne des droits de l'homme, parce qu'ils considéraient que la protection accordée par cette convention était plus grande que ce qu'ils avaient difficilement réussi à obtenir dans le texte constitutionnel.

M. Ferreira Filho craint que la multiplication du nombre des droits fondamentaux dans les Constitutions, conduise à une banalisation de ces droits. La question serait alors de savoir si l'on peut qualifier un droit de « fondamental » du seul fait qu'il ait été formalisé dans un traité ou une Constitution.

M. Sommermann souligne alors que ceci revient à se demander si une Assemblée constituante peut vraiment être la source de définition d'un droit fondamental.

M. Philippe indique que l'explication de la présence de catalogues assez développés de droits fondamentaux dans les Constitutions est certainement lié au contexte de leur création, et notamment au fait que la Constitution soit élaborée après une période de crise ou de troubles où généralement le régime antérieur était la négation même de ces droits. Dans ce cas, les droits fondamentaux sont affirmés avec une très grande force pour conjurer le passé. Ainsi, dans les deux premières années d'existence de la Cour constitutionnelle sud-africaine, de nombreuses décisions ont été rendues par référence au passé pour la mise en œuvre des droits fondamentaux⁴⁸. On reconnaissait la valeur des droits fondamentaux uniquement par rapport au régime antérieur, et on les définissait par rapport au régime passé.

48 Voir notamment la décision qui a déclaré la peine de mort inconstitutionnelle, CCT S. v. Malkwanyane (1995).

Dans les Assemblées constituantes, la tendance est à la consécration de nombreux droits fondamentaux. Il ne faut toutefois pas oublier que ce catalogue des droits fondamentaux n'est pas créé pour deux ou trois ans seulement. D'ailleurs les juristes sud-africains présents dans les commissions de l'Assemblée constituante reconnaissaient qu'au moment de la rédaction certains droits n'étaient pas applicables, mais qu'ils le seraient préalablement dans 20 ou 30 ans.

Enfin, si une Constitution ne peut pas changer les mentalités, en revanche, l'éducation peut les changer. Et l'introduction, par exemple, dans les écoles de l'instruction civique est importante. La protection des droits fondamentaux n'est pas une revanche sur la négation des droits fondamentaux, mais plutôt un élément central de la construction d'un nouvel État de droit.

M. Renoux souligne que nous avons sans doute oublié le message qui figurait dans la Déclaration des droits de 1789, qui lie le droit et l'État. Le but de toute Constitution c'est la garantie des droits. On peut alors se demander si la trop grande richesse de déclarations de droit dans une Constitution ne constitue pas paradoxalement un danger pour l'applicabilité de ces droits. Après tout, il est possible de combler les lacunes de la Constitution par l'intervention du juge grâce aux principes généraux du droit. Sont connus l'exemple classique de la Constitution de Weimar très dense mais inappliquée, et de nos lois constitutionnelles de 1875 qui ne contenaient aucun des droits fondamentaux, alors que l'essentiel de l'origine de nos droits fondamentaux actuels se trouve dans ce silence, grâce à l'intervention du juge, de la jurisprudence, ou du législateur, par le truchement des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il ne faut donc pas « déifier » la Constitution et croire que du seul fait de leur inscription dans la Constitution les droits seront protégés. Il faut sans doute se méfier des Constitutions trop longues, et faire confiance aux personnes chargées d'appliquer la Loi fondamentale.

La question qui se pose finalement est celle de savoir si une Constitution peut apporter à ceux qui sont chargés de l'appliquer la culture juridique nécessaire à la protection des droits fondamentaux. La Constitution n'est-elle pas davantage une destination à atteindre, notamment en fixant des objectifs de valeur constitutionnelle, plutôt qu'un fondement strict auquel le juge doit se référer sans le dépasser ? Le Conseil d'État dégage d'ailleurs des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République qui n'ont pas été reconnus par le Conseil constitutionnel. Ceci signifie donc qu'il interprète à sa manière la Constitution ; il donne une voix aux silences de la Constitution. Il faut enfin faire confiance aux personnes chargées d'appliquer le texte. Une Constitution qui ne contiendrait pas suffisamment de droits fondamentaux ne fera pas nécessairement l'objet d'une application totalitaire.

M. Ferreira Filho indique que le problème ne réside pas seulement dans le fait d'avoir des droits fondamentaux inappliqués, mais plutôt dans le fait de déclarer comme fondamentaux des droits de moindre importance. Par exemple, un article de la Constitution brésilienne prévoit le droit pour la femme emprisonnée de donner le sein à son enfant. Ceci dévalorise la notion de droits fondamentaux.

Mme Vroom souligne pour sa part qu'en ce qui concerne les droits fondamentaux, la pénétration des normes constitutionnelles dans l'opinion publique peut être aussi importante que l'énumération des droits fondamentaux dans la Constitution. Les États-Unis ont une Constitution relativement austère au niveau de la

consécration des droits fondamentaux, mais ce qui est importe c'est le fait que les citoyens sont très attentifs à leurs droits fondamentaux.

M. Bon remarque que le recours constitutionnel des justiciables est considéré comme indispensable pour la protection des droits fondamentaux. Mais il peut aussi avoir des effets pervers, en ce sens qu'il est un facteur de ralentissement des procès. En Espagne, le tribunal constitutionnel inondé de recours d'Amparo a plus de dix ans de retard pour le contrôle des normes. Il a dû se doter de procédures de filtrage des recours.

En réponse, *M. Sommermann* indique que l'addition de recours n'est pas nécessairement une garantie d'efficacité. En Allemagne, pour le recours constitutionnel il existe à présent un important filtrage. Les juges du comité du filtrage doivent motiver leurs décisions. Et ceci prend du temps.

M. Autexier revient sur les mécanismes de filtrage pour les recours constitutionnels. Il se demande si l'on ne doit pas considérer que l'augmentation nécessaire du filtrage aboutit à un résultat contre productif, puisque la dimension de droit subjectif disparaît des recours constitutionnels. L'instrument ne remplit donc plus la fonction pour laquelle il avait été initialement créé en Allemagne.

M. Favoreu souligne que c'est un leurre de considérer que le juge constitutionnel est le juge protecteur des libertés de chaque citoyen. Il est là pour les grands thèmes, les grandes questions.

Mme Vroom précise d'ailleurs que le système américain ne peut fonctionner que parce qu'il existe un système de filtrage très important effectué par les cours d'appel fédérales. La Cour suprême limite sa compétence à des affaires où il y a un besoin de trancher des questions fondamentales, ou lorsque la question n'a jamais été tranchée par des juges fédéraux. Ce système peut fonctionner grâce à la règle du *stare decisis* qui impose le respect des précédents.

M. Philippe revient sur l'articulation entre les instruments juridictionnels et les instruments non-juridictionnels. Il précise en effet que dans le cadre des instruments non-juridictionnels, à côté de l'ombudsman, apparaissent aujourd'hui des commissions dans des domaines très spécialisés, comme la recherche biomédicale ou la communication. *M. Philippe* s'interroge sur les modes alternatifs de règlements des différends, c'est-à-dire des cas dans lesquels les litiges sont résolus par des juges, mais qui ne statuent pas en la forme juridictionnelle et ont un rôle d'arbitre, de conciliateur, de médiateur plus que de juge chargé de dire le droit. Ils traitent nécessairement de questions relatives aux droits fondamentaux. Cependant, en tant que médiateur, ils sont amenés à procéder à des conciliations entre les droits fondamentaux qui ne sont pas nécessairement celles retenues par la Cour constitutionnelle. On assiste alors à un « marchandage » en matière de droits fondamentaux.

Dans le prolongement de cette intervention, *M. Sommermann* précise que en Allemagne, la médiation peut être très utile en droit administratif lorsque les procédures sont très longues et très complexes. L'expérience démontre que dans l'ensemble les résultats sont assez positifs. Cette procédure reste toutefois pour le moment une procédure d'exception, même si de plus en plus de lois prévoient ce mécanisme. La portée de cette procédure est cependant restreinte puisqu'elle ne peut être appliquée que si les deux

parties sont d'accord. Un État de droit ne saurait toutefois se satisfaire d'un marchandage en matière de droits fondamentaux. CE qui implique de rester vigilant à l'égard de l'attitude des médiateurs.

M. Sommerman souhaite apporter quelques précisions sur le cas très particuliers du Human Rights Act de 1998 qui entrera en vigueur le 2 octobre 2000. Ceci est sans aucun doute une révolution dans un pays qui était réticent à utiliser les systèmes de droit continentaux. La tradition anglaise repose sur la souveraineté du Parlement. Il ne pourrait donc pas exister de normes susceptibles d'être utilisées pour contrôler les lois votées par le Parlement. Certains tribunaux ordinaires avaient toutefois commencé à interpréter des lois anglaises à la lumière des stipulations de la CEDH. En outre, le Royaume Uni était souvent condamné par les organes de Strasbourg. Ceci permet de comprendre pourquoi cette réforme a été engagée. Mais le Human Rights Act reste assez modeste. Les tribunaux ordinaires peuvent seulement constater qu'une norme n'est pas en conformité avec la CEDH. Ils ne peuvent pas abroger cette norme. Cette constatation de contrariété avec la CEDH ne rend pas la norme nationale inapplicable : seul le Parlement peut la modifier.

M. Favoreu exprime toutefois ses doutes sur l'effectivité du bouleversement au Royaume Uni. Les juges anglais étant très indépendants, et assez âgés, donc très attachés aux traditions de la souveraineté parlementaire, risquent de freiner la mise en place de cette réforme.

Revenant sur le caractère subsidiaire de la CEDH, M. Favoreu signale qu'elle ne doit être utilisée que s'il existe une lacune au niveau national, ou si la protection nationale des droits fondamentaux est trop faible. Mais de nombreuses personnes considèrent que la CEDH doit s'appliquer, même au delà de la Constitution. En France, par exemple, les juges ordinaires appliquent la CEDH, non pas à défaut de, mais directement, car ils ignorent souvent la protection constitutionnelle des droits fondamentaux. Les professeurs de droit européen considèrent alors que la CEDH doit devenir le droit constitutionnel commun européen. Cette démarche n'est pas satisfaisante.

M. Scoffoni revient sur la situation anglaise, et notamment sur la portée de l'article 10 du Human Rights Act. Il existe en fait deux mécanismes essentiels : ceux de l'article 3 et ceux de l'article 4. L'article 4 est relatif à la déclaration d'incompatibilité, et peut nous laisser perplexe quant à son effectivité. En revanche, le dispositif premier pourrait être celui de l'article 3. Cette disposition précise que l'interprétation d'une législation doit se faire chaque fois que nécessaire dans un sens de recherche de compatibilité avec les exigences de la Convention. Certains juges ont d'ailleurs interprété la législation avec la Convention dans cette optique, même si le Human Rights Act n'est pas encore en vigueur. Si cette disposition de l'article 3 est effective, alors les dispositions de l'article 4 ne seront plus utiles, et encore moins les suivantes. L'article 10 prévoit littéralement qu'en cas d'incompatibilité de la législation avec la Convention, et si le Parlement ne modifie pas la législation, il appartiendra au Pouvoir exécutif d'en tirer les conséquences. Il est toutefois possible de douter de l'effectivité d'une telle procédure, notamment en raison du fait que le gouvernement et la Chambre des Communes appartiennent à la même majorité politique.

M. Philippe souhaite revenir sur les trois questions évoquées.

En premier lieu, il souligne que l'article 10 du Human Rights Act utilise le verbe « may », et non pas le verbe « must », ce qui implique que l'autorité dispose d'un

pouvoir discrétionnaire, et non pas d'une obligation d'agir. Il ne faut en outre pas oublier que l'on se situe dans un système de Common Law, où le précédent judiciaire doit être combiné avec la règle de droit. Ainsi, dans le système juridictionnel britannique, l'article 3 offre beaucoup plus de potentialités que l'article 4.

En deuxième lieu, M. Philippe revient sur les propos du doyen Favoreu qui critiquait le fait que les praticiens utilisent la Convention européenne des droits de l'homme au lieu de la Constitution. Sur le plan des principes, cette attitude peut être critiquée. Mais d'un point de vue pratique, il faut être conscient du fait que lorsqu'on invoque la Constitution devant les juges, on a peu de chance d'obtenir gain de cause. Ceci est sans doute lié à la question de connaissance de la règle. Les potentialités de la Convention européenne des droits de l'homme sont mieux connues que celles de la Constitution. En outre, la France ne connaît pas l'exception d'inconstitutionnalité ou le contrôle a posteriori, et donc la constitutionnalité des lois promulguées ne peut plus être contestée. Il est en revanche possible de contester leur conformité à la Convention. Ainsi, lorsque l'objectif est l'effectivité des droits fondamentaux, les praticiens choisissent la voie avec laquelle ils ont le plus de chance de parvenir à leur but.

En troisième lieu, M. Philippe souhaite réagir sur les propos de M. Sommermann relatifs au principe de proportionnalité. Dans l'ordre juridique communautaire, le principe de proportionnalité a été dégagé des ordres juridiques des États membres, et notamment de l'ordre juridique allemand. Toutefois, l'utilisation qu'en fait la Cour de Justice des Communautés européennes et l'utilisation qu'en font les juridictions allemandes est différent. Le degré de contrôle de la part de la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas aussi poussé que dans les ordres juridiques internes, et notamment en France. La Cour de justice des Communautés européennes n'exerce d'ailleurs pas le même contrôle si la mesure contestée émane d'une institution communautaire ou si elle émane d'une institution nationale : le contrôle de proportionnalité est moins strict dans la première hypothèse, car ces institutions sont censées mettre en œuvre les traités communautaires. Ainsi, ce principe général du droit communautaire ressemble sans doute au principe de proportionnalité présent dans les ordres juridiques internes, mais il n'est pas utilisé de la même façon : son fonctionnement est particulier. Cette prudence de la Cour de justice des Communautés européennes pour l'application du principe de proportionnalité peut s'expliquer par le fait qu'il doit être combiné avec le principe de subsidiarité.

M. Sommermann revient sur le principe de proportionnalité. Il précise ainsi que si dans le cadre de la Communauté européenne, le principe de proportionnalité n'a pas été appliqué de façon stricte aux institutions communautaires afin de leur laisser un large pouvoir discrétionnaire pour l'application des traités communautaires, en Allemagne, ce principe de proportionnalité a été utilisé pour accroître le contrôle des autorités qui disposaient de pouvoir discrétionnaire.

M. Pizzorusso, qui a été membre du Comité Simitis, souhaite faire quelques réflexions. Ce Comité comprenait des personnes qui n'étaient pas des communautaristes, mais plutôt des professeurs de droit constitutionnel ou de droit du travail.

Un autre Comité (le Comité Pintasilgo) avait été mis en place auparavant. Mais, il était composé plus de personnalités politiques que de juristes et avait donc rendu un rapport plus politique et moins juridique. L'idée était de renforcer la reconnaissance des droits sociaux. Il fallait rendre la CEDH plus efficace, mais aussi les documents en matière de droits sociaux (la Charte sociale et la Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs). Ce Comité estimait que les droits civils et les droits

sociaux étaient indivisibles, et qu'il fallait donc les réunir dans une Charte unique. Une autre proposition avait pour objet la création d'une Cour constitutionnelle européenne qui devait être composée des membres des Cours constitutionnelles des pays membres.

La Commission présidée par M. Simitis a proposé un texte plus juridique. Cette commission s'est interrogée sur la nécessité de créer une nouvelle Charte communautaire des droits fondamentaux, ou sur une possibilité d'adhésion de la Communauté à la CEDH. Le rapport Simitis propose l'adoption d'une nouvelle Charte des droits fondamentaux, qui modifierait les traités existants. Cette Charte devrait avoir la forme d'un traité, et non un acte d'application des traités, et pourrait ainsi être une première base pour une future Constitution européenne.

Des problèmes se poseraient sans doute. Il faudrait revoir le système des piliers. Les droits fondamentaux communautaires ne seraient pas limités au premier pilier ; le troisième pilier surtout pourrait être concerné. Le champs de la justice devrait entrer dans les compétences communautaires. Il faudrait donc modifier le système de répartition des compétences.

Le rapport Simitis propose un projet avec un catalogue de droits fondamentaux, mais il précise que cette liste reste ouverte.

M. Verges revient sur la nécessité d'un catalogue communautaire de droits fondamentaux. Il considère que ce catalogue n'est pas absolument indispensable car le système actuel de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire, à travers la notion des principes généraux du droit communautaire, fonctionne assez bien, et est très souple. Le juge communautaire comble les lacunes du droit écrit grâce aux principes généraux du droit communautaire : ils ont trois sources : 1 - certaines dispositions du traité ont été élargies (les principes endogènes) 2 - les traditions constitutionnelles communes aux États membres 3 - certains instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. Les droits fondamentaux sont issus de cette troisième source, et en particulier de la CEDH. La Cour de justice des Communautés européennes n'a jamais dit qu'elle appliquait la CEDH ; elle en tient simplement compte. Elle utilise certaines dispositions de la CEDH, mais en leur donnant un contenu adapté au droit communautaire. Décider que la Communauté se dote d'une Déclaration des droits est liée au processus constituant. La question est alors de savoir si la Communauté va se doter ou non d'une Constitution.