

Montpellier, 22-23 novembre 1996

CDL-STD(1996) 018  
Or. Engl.

Science et technique de la démocratie, n° 18

**EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW**  
**(VENICE COMMISSION)**

**Le patrimoine constitutionnel européen**

**Montpellier, 22-23 novembre 1996**

**Actes du Séminaire UniDem  
organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996  
en coopération avec le  
Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives  
Constitutionnelles et Politiques (C.E.R.CO.P.),  
Faculté de droit, Université de Montpellier**

**TABLE DES MATIERES**

<b>Séance d'ouverture.....</b>	<b>2</b>
Exposé introductif sur le patrimoine constitutionnel européen par M. Antonio LA PERGOLA .....	2
a. La notion de patrimoine constitutionnel européen par M. Dominique ROUSSEAU .....	8
b. Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe par M. Gérard SOULIER.....	23
c. Patrimoine constitutionnel européen et particularismes sociaux par Mme Hanna SUCHOCKA .....	38
d. Fin du millénaire: le triomphe du constitutionnalisme européen par M. Florin Bucur VASILESCU .....	45

<b>Deuxième séance de travail.....</b>	<b>63</b>
<b>Des conditions d'un patrimoine institutionnel commun .....</b>	<b>63</b>
a. Un patrimoine parlementaire commun est-il pensable? - par M. Constantin KORTMANN .....	64
b. Des conditions d'un patrimoine étatique commun: l'Etat multinational et l'Europe par M. Stéphane PIERRÉ-CAPS .....	73
<b>Troisième séance de travail .....</b>	<b>97</b>
<b>Des conditions d'un patrimoine commun des droits fondamentaux .....</b>	<b>97</b>
a. Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la cour de justice des Communautés européennes - par M. Jean-Claude GAUTRON .....	97
b. Du titulaire des droits fondamentaux, l'individu et/ou les groupes? par M. Rainer HOFMANN.....	119
c. De la fonction des droits fondamentaux par M. Gregorio PECES-BARBA .....	138
<b>Séance de clôture.....</b>	<b>147</b>
Le patrimoine constitutionnel européen par M. Jean-Claude SCHOLSEM.....	147
<b>Liste des participants .....</b>	<b>152</b>

Séance d'ouverture

Exposé introductif sur le patrimoine constitutionnel européen:  
par M. Antonio LA PERGOLA

Exposé introductif sur le patrimoine constitutionnel européen par M. Antonio LA PERGOLA

Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

1. La Commission de Venise est très touchée de l'hospitalité que lui offre ce centre d'apprentissage de renommée séculaire. C'est là un cadre idéal pour notre séminaire. Nous nous rencontrons dans une ville où l'on perçoit les pulsations d'une tradition culturelle européenne consacrée par le temps, et c'est dans ce monde de culture que s'inscrit le patrimoine constitutionnel qui nous intéresse. Depuis le Moyen-Age, Montpellier, à l'instar d'universités de même lignée dans d'autres pays, a façonné la culture à l'intérieur et au-delà des frontières nationales. C'est là le double aspect de la genèse de l'Europe. Aujourd'hui comme toujours, il se produit un enrichissement mutuel entre les valeurs ou les réalisations que nous attribuons à l'Europe dans son ensemble et celles qui distinguent et parfois même divisent nos pays. Permettez-moi d'approfondir ce point en guise d'introduction à notre séminaire. Notre patrimoine constitutionnel doit être envisagé dans la perspective de cette unité européenne qui n'étouffe pas mais qui, en un sens, favorise les différences nationales parce qu'elle est en fait entrelacée avec la trame de notre constitutionnalisme interne. Les éminents rapporteurs ne manqueront pas de labourer cette terre en friche. Je me bornerai pour ma part à jeter un coup d'œil sur le terrain à parcourir. Deux questions viennent à l'esprit. Comment déterminer les

valeurs qui nous sont communes et comment les faire fructifier? Notre patrimoine n'est pas un héritage passif. Les économistes diraient que l'héritage est un capital qui mérite d'être investi dans de nouvelles entreprises. C'est là une sage notion à laquelle les juristes et spécialistes de la science politique peuvent souscrire. Notre héritage du passé est le fondement sur lequel l'Europe du futur pourra s'élever et, en fait, s'édifie.

2. Dès lors, il nous faut d'abord être capables, par une comparaison juridique approfondie, de discerner quel est notre patrimoine constitutionnel et ce qu'il signifie aujourd'hui. Nous devons faire la mise au point conceptuelle de cette notion à travers l'objectif de notre intérêt absorbant pour l'Europe à venir. Toutefois, il y a plus d'une conception possible de notre patrimoine constitutionnel. On peut y voir un ensemble de principes généraux comme le pluralisme politique, la prééminence du droit, la défense et la promotion des droits de l'homme. C'est là un réservoir commun de valeurs et un patrimoine. Nous l'avons vu renaître alors qu'il avait disparu dans les sombres maléfices du totalitarisme. Après l'effondrement des murailles idéologiques, il est partagé tout autant par les anciennes que par les nouvelles démocraties, et le Conseil de l'Europe en est le dépositaire.

Nous ne saurions guère soutenir, cependant, que notre patrimoine constitutionnel ainsi défini est la chasse gardée de l'Europe. A nombre d'égards, il appartient à la civilisation occidentale dans son ensemble. Ce n'est pas par hasard que la tradition politique enracinée en Occident a traversé toutes les vicissitudes de l'histoire comme une force puissante et concertée qui a amené l'Europe. À j'entends l'Europe, fière patrie de la liberté À dans le même camp idéologique que les nations qui en étaient la descendance de l'autre côté de l'Atlantique. Reste que le pluralisme politique, la prééminence du droit et les droits de l'homme ne sont que des principes fondamentaux qui ont dû être organisés au sein des systèmes constitutionnels des pays européens. Le patrimoine constitutionnel ayant ainsi été incarné dans la loi constitutionnelle instituant l'ordre politique de chaque Etat-nation, il nous faut dès lors approfondir l'analyse comparée du domaine que nous explorons. Il existe des différences, mais aussi des analogies, dans la "mise en œuvre" du patrimoine que nous trouvons dans l'assise commune de nos constitutions. L'attention doit par suite se porter sur les caractéristiques récurrentes des textes fondamentaux aujourd'hui en vigueur, qui marquent d'un sceau proprement européen les questions en jeu dans toute œuvre constitutionnelle. C'est là une recherche exaltante. Quelles sont les dispositions du constitutionnalisme contemporain qui, au stade qu'elles ont atteint, peuvent être considérées comme un développement universel européen des principes de base, dont le noyau dur est notre héritage commun? La diversité est grande, même dans le courant dominant des solutions généralement admises. Néanmoins, certaines données ressortent clairement comme des indicateurs de la tradition constitutionnelle qui prévaut en Europe. L'une est le régime parlementaire dans lequel le Premier ministre et le gouvernement sont responsables devant l'assemblée représentative élue. Une autre est l'institution de la Cour constitutionnelle, établie dans plusieurs pays d'Europe occidentale et reprise dans bon nombre des démocraties nouvelles. L'une et l'autre de ces données marquent la différence entre les versions européenne et américaine de la démocratie constitutionnelle. Un autre trait commun qui mérite d'être mentionné est l'acceptation générale par tous les pays concernés du principe fondamental selon lequel le traité instituant l'Union et le droit de l'Union sont applicables directement, même en présence d'une législation interne contraire. Une évolution parallèle frappante concerne la valeur acquise par la Convention européenne des Droits de l'Homme et le système associé de garanties dont Strasbourg est le siège.

3. Il va de soi que le thème du présent séminaire déborde largement les domaines d'intérêt que je viens d'évoquer. Ce qui compte néanmoins le plus n'est pas le nombre de principes de la

théorie constitutionnelle, ni de données d'expériences, que nous pouvons réunir, mais la façon dont nous les situons dans une perspective européenne, pour expliquer qu'ils tirent leur signification propre d'une seule et unique source d'inspiration traditionnelle. Notre patrimoine constitutionnel est, comme je l'ai dit au début de mon exposé, nécessairement influencé par l'unité toujours entremêlée avec la diversité, dans le flot de vicissitudes qui ont fait de l'Europe l'immense bercail où cohabitent nos nations et nos peuples. Des idées communes sur les *Hauptprobleme* du droit constitutionnel ont suscité des choix différents lorsqu'elles ont été intégrées dans les systèmes nationaux, et ces différences ont à leur tour provoqué un regain d'intérêt pour le modèle initial. À dans sa teneur et sa logique interne, pour ainsi dire. À dont tel ou tel pays s'était écarté en fonction de ses besoins propres. Notre patrimoine s'est constitué de façon fragmentaire et assez souvent par la diffusion de modèles constitutionnels qui, bien qu'appliqués diversement en différents lieux, ont au fil du temps recueilli une adhésion uniforme et, partant, ont fermement assuré leur emprise sur la tradition européenne dans leur sens plein et véritable. Les exemples sont faciles à trouver. Permettez-moi de revenir à ceux que j'ai déjà proposés.

3.1. Le régime parlementaire est né en Grande-Bretagne où, par étapes successives, il est devenu un régime bipartisan, avec son principe rigoureux du gouvernement par la majorité et le face-à-face entre le Premier ministre et le chef de l'opposition de part et d'autre de l'allée centrale de la Chambre des communes. De fait, le gouvernement se trouve constitué par les votes de la majorité de l'électorat. Une fois en place, il peut en principe compter sur une majorité disciplinée au parlement et il ne sera pratiquement jamais renversé par un vote de défiance.

Ce type de régime politique, importé de Grande-Bretagne en Europe continentale, a depuis longtemps été combiné avec la représentation proportionnelle, ce qui a abouti, dans certains cas au moins, à la constitution et à la chute de gouvernements de coalition et à l'instabilité chronique de l'exécutif. Cependant, des réformes constitutionnelles et électorales ont été entreprises ou sont en cours d'examen en vue de faire fonctionner le modèle d'une manière proche de celle appliquée de l'autre côté de la Manche.

3.2. Différentes idées ont aussi été sources d'enrichissement mutuel dans le domaine européen de la justice constitutionnelle. Pour les pays du continent, la justice constitutionnelle est centralisée. Le pouvoir d'interpréter la loi fondamentale, de prononcer des lois inconstitutionnelles et de régler d'autres litiges d'ordre constitutionnel est conféré à un organe judiciaire spécialement institué pour exercer ces fonctions. Telle a été la réponse européenne, d'abord imaginée par Kelsen en Autriche, à la question de la garantie judiciaire du respect de la constitution rigide, telle que la percevait ce célèbre penseur et architecte constitutionnel. La solution semblait à l'opposé du contrôle judiciaire diffus de la législation, tel qu'il existe, par exemple, aux Etats-Unis. En fait, la capacité de saisine de la cour avait été limitée aux plus hauts organes hiérarchiques ou à une fraction des parlementaires, et, dans ce processus judiciaire, l'individu n'avait aucune place. Mais c'était là un système incomplet. La constitution est un corps universel de règles qui ne concerne pas moins l'individu que les organes ou les pouvoirs.

Le rôle à part entière d'une cour instituée gardienne de la constitution ne saurait donc viser exclusivement, selon l'expression allemande, le contrôle ou l'examen abstrait de normes. Il doit être lié au flot de différends auxquels des individus peuvent être parties. La juridiction de la cour devrait puiser dans les eaux du contentieux quotidien. L'esprit d'un contrôle judiciaire diffus devait imprégner le système européen de contrôle constitutionnel, et c'est ce qui s'est produit. De nouvelles voies d'accès à la cour ont été ouvertes. Qu'il me suffise de rappeler la *Verfassungsbeschwerde* allemande et autrichienne, ou l'*amparo* espagnol, ou la question

incidente de constitutionnalité renvoyée à la cour par d'autres juges (en Italie, en Allemagne, en Espagne et en Autriche), ou le recours contre les décisions que certains tribunaux portugais sont habilités à rendre sur des questions constitutionnelles.

Le concept de justice constitutionnelle centralisée a été soumis à l'épreuve de l'expérience, et le modèle a acquis la portée indispensable qui lui manquait. Désormais, dans la plupart des systèmes internes, il vise la légitimité de l'exercice du pouvoir sous l'angle du contrôle aussi bien abstrait que concret des normes, ainsi que le domaine varié des différends constitutionnels, depuis les conflits traditionnels entre organes jusqu'à des controverses s'articulant autour de la revendication de droits individuels fondamentaux ou découlant d'affaires pendantes devant d'autres juges.

3.3. Enfin et surtout, il y a le principe de l'effet direct du droit de l'Union européenne et de sa primauté sur toute législation nationale contraire. Ce principe, formulé par la Cour de justice des Communautés européennes, a été qualifié non sans emphase par certains commentateurs de fédéralisme prétorien. On peut toutefois y voir plus simplement une nouvelle formulation du principe déjà ancien selon lequel le droit international fait partie du droit du pays, les juges de l'ordre interne l'appliquant et assurant directement son respect. La nouveauté est que le droit international est devenu le droit de l'Union instituée par le traité. Et ce droit, dans chaque Etat membre, est non seulement intégré dans le droit du pays, mais il fait partie de la loi suprême de ce pays. L'origine d'une évolution aussi remarquable réside néanmoins dans le principe relatif à l'application directe du droit international qui, nous le constatons, est respecté dans le cercle des nations européennes, qu'elles soient ou non membres de l'Union. Ce principe sera naturellement entendu de façon différente dans un pays comme la Grande-Bretagne caractérisé par une tradition de *common law* et l'absence de constitution écrite, et dans les pays d'Europe continentale dotés d'une constitution rigide et d'un ordre juridique codifié comme dans tous les pays de droit romain. Sur le continent, le droit international est intégré au droit interne en vertu d'une autorisation constitutionnelle. Les textes fondamentaux consacrent le principe en prévoyant l'incorporation immédiate du droit international général, sans exiger aucune mesure d'application. Et, dans bon nombre de pays, le principe est passé du droit international coutumier, qui est le seul domaine où il prévaut en Grande-Bretagne, au droit international conventionnel. En outre, certaines constitutions reconnaissent au droit international coutumier et aux traités le caractère de sources de droit interne dotées d'une autorité supérieure à celle des lois ordinaires. A cela s'ajoute l'existence de dispositions spécialement inscrites dans les constitutions nationales pour autoriser des transferts de pouvoirs à des institutions internationales en général, ou aux Communautés européennes ou, aujourd'hui, plus particulièrement à l'Union. Les tribunaux ont habituellement interprété de telles clauses comme entraînant l'effet immédiat dans l'ordre interne du traité instituant la Communauté et de l'ensemble des règlements, décisions et directives adoptés par les organes communautaires. La Cour des Communautés a par ailleurs forgé la doctrine de la primauté du traité et du droit communautaire dérivé sur la législation interne, comme un corollaire du système visant, dans l'accord de base, à régir l'intégration. Les tribunaux nationaux se sont tour à tour rangés à ce point de vue. La solution a été mise au point dans le nouveau contexte du processus européen mais, en substance, c'est une adaptation de la structure constitutionnelle des relations entre droit international et droit interne.

Cette tradition générale d'internationalisme dans le droit constitutionnel européen remonte, si l'on tient à situer l'époque exacte où les rédacteurs constitutionnels l'ont reconnue comme un principe commun de la civilisation juridique, à cet été indien de la paix entre les guerres mondiales qu'a été l'"esprit de Genève" et du monde gravitant autour de la Société des Nations. Ce ne fut certes qu'un répit, avant que le nationalisme agressif commence à semer les germes du

conflit. Qui pourrait nier, cependant, que le légalisme de l'"esprit de Genève" a rétrospectivement été revisité et perfectionné par le nouvel "esprit de Strasbourg" après la seconde guerre mondiale? La voie conduisant à une limitation de la souveraineté et à une prise de décision collective entre ou par-dessus les Etats-nations a été ouverte par les relations entre le droit international et le droit interne, telles qu'elles sont fixées par plusieurs chartes fondamentales contemporaines. Les dispositions qu'elles posent à ce propos doivent être rapprochées de celles qui les ont précédées. L'article 55 de la Constitution française, l'article 25 de la *Bonner Grundgesetz*, l'article 96 de la Constitution espagnole, l'article 9 de la Constitution autrichienne, l'article 10 de la Constitution italienne et les dispositions analogues d'autres textes fondamentaux traduisent le même sentiment pressant d'internationalisme que celui qui avait inspiré les chartes précédentes. Ces tendances du droit constitutionnel sont suffisamment persistantes pour figurer dans la vitrine de notre patrimoine.

4. Il faut ensuite se demander comment les pays européens peuvent faire fructifier leur patrimoine constitutionnel. La réponse est offerte par leurs efforts communs pour faire de l'Europe un système intégré, une famille d'Etats solidement unie. La grande expérience de notre époque est l'intégration, ce mot couvrant au sens large toutes sortes d'institutions internationales telles que celles, de portée et de composition différentes, qui ont prospéré en Europe. Pour notre propos actuel, nous pouvons toutefois axer notre attention sur les Communautés européennes, désormais regroupées en une seule Union, et sur le Conseil de l'Europe. Les Etats européens doivent partager au moins certaines des valeurs constitutionnelles ici envisagées pour devenir membres de l'une et l'autre de ces institutions. De fait, la mission essentielle du Conseil de l'Europe est de favoriser et de contrôler le respect de notre patrimoine commun. Le Conseil fixe des critères spécifiques à cet effet, auxquels les candidats à l'adhésion doivent répondre et se conformer, comme le font tous les membres après leur admission. Son évaluation de la manière dont tout Etat examiné respecte effectivement le patrimoine constitutionnel peut influencer sur l'éventuelle admission dudit Etat, même au sein de l'Union européenne, car l'appartenance à cette dernière institution suppose le respect des normes constitutionnelles ainsi que des critères du Marché unique et de la monnaie unique relatifs à la bonne marche de l'économie interne.

Nous abordons ici un chapitre nouveau et captivant de la théorie constitutionnelle appliquée. Comment apprécions-nous les valeurs du patrimoine en tant que principes directeurs pour la participation active des Etats-nations à l'intégration européenne et pour la croissance éventuelle de l'Union à laquelle ils adhèrent en tant que membres? Je ne peux qu'ouvrir le dossier mais le sujet mériterait que l'on s'y attarde.

4.1. Le respect des principes constitutionnels communs légitime, je viens de le montrer, l'appartenance au Conseil et à l'Union. En outre, ces principes sont des valeurs transitives. La Communauté à laquelle les Etats membres ont transféré les pouvoirs dont elle a besoin pour se transformer en Union est organisée de manière à être conforme. À certes, tendanciellement et de façon limitée À au patrimoine constitutionnel commun à ses parties constituantes. Examinons notre Union en formation. Elle correspond au stade le plus avancé de l'intégration au sens de mon exposé, dans la mesure où ses structures et ses décisions sont revêtues d'une légitimité démocratique et ne sont pas l'apanage d'une bureaucratie ou d'une diplomatie à l'échelon supranational. Il s'ensuit que, dans le contexte de l'intégration, le patrimoine constitutionnel constitue une base fiable d'homogénéité. Les parties doivent s'accorder avec l'ensemble et être cohérentes entre elles. Il ne pourrait en être autrement. Sans un minimum d'homogénéité, l'intégration ne serait pas un processus cohérent. Reste à savoir ce que doit être ce minimum. Il est moindre que ce qu'exigerait un ensemble fédéral dont les membres sont généralement coulés dans le même moule, puisque tous sont appelés, ou d'ailleurs astreints, à adopter des formes de

gouvernement très homogènes, sinon identiques. Mais c'est un degré d'homogénéité supérieur à celui qui existe dans des organisations universelles comme l'ONU ou au sein d'autres groupements d'Etats où est admise une importante marge de variation dans la structure constitutionnelle des participants.

4.2. Permettez-moi maintenant de revenir à mes exemples précédents pour les examiner sur le terrain que je suis en train d'explorer. C'est précisément pour respecter le type et le degré d'homogénéité requis par l'intégration que les Etats membres doivent à mon avis avoir en commun un régime parlementaire et un système de garanties constitutionnelles qui doit tenir compte de la primauté et de l'effet direct du droit de l'Union. En outre, ces traits constitutionnels se diffusent de la périphérie au centre du système. L'Union a son propre parlement et sa propre cour de justice. Ce dernier organe a le monopole de l'interprétation du traité dont il garantit le respect et, par suite, il joue dans son propre domaine de compétence, un rôle comparable à celui d'une Cour constitutionnelle interne. L'importance du parlement s'accroîtra avec le développement de l'Union. En l'état actuel des choses, bien qu'il bénéficie de la légitimité démocratique que lui confère l'élection au suffrage populaire direct, il est privé de bon nombre, sinon de la plupart, des fonctions normalement attribuées au corps législatif. Le contrôle des politiques adoptées et de leur mise en œuvre incombe encore pour une large part aux parlements nationaux. La transition de la démocratie parlementaire des Etats membres à l'Union est très restreinte. L'Union n'a pas vocation à devenir un quelconque super Etat fédéral, au sein duquel les principes du constitutionnalisme pourraient être consacrés dans leur plénitude, même lorsque les pouvoirs du Parlement européen auront été perfectionnés. L'Union la plus parfaite à laquelle nous pouvons aspirer est un système généralisé de codécision, un juste équilibre entre les organes parlementaires et les organes intergouvernementaux, la Commission intervenant entre eux comme un exécutif particulier, ni gouvernement supranational ni simple échelon suprême de l'eurocratie. Le seul domaine dans lequel le patrimoine constitutionnel est invoqué comme un catalyseur puissant de l'intégration est, en somme, celui des garanties judiciaires. L'idée maîtresse de la grande expérience européenne est la création d'un espace ouvert, pépinière des droits individuels et d'une citoyenneté commune en voie d'apparition, coexistant avec la citoyenneté nationale de l'Etat d'origine. Les droits découlant du traité et de la réglementation européenne dérivée sont à rapprocher des droits de base, des droits fondamentaux de l'homme dont doit jouir tout individu pour être un utilisateur du marché et un citoyen de l'Union. Les droits à la participation politique et à la protection diplomatique énumérés dans le traité de Maastricht en tant que droits communs de la citoyenneté sont de nouvelles adjonctions au domaine de l'individu. Et toute cette constellation de droits et de libertés est garantie par la primauté du droit de l'Union et des traités, sous le contrôle des tribunaux. Le patrimoine commun trouve sa place dans ce contexte grâce à la protection judiciaire. Le Traité de Maastricht envisage la protection des droits individuels comme un objectif fondamental de l'Union, auquel doit répondre l'instauration d'une citoyenneté de l'Union. Il stipule aussi que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention de Rome et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, sont des principes du droit communautaire. Bien que le traité ne contienne pas de déclaration des droits, il reconnaît la Convention de Rome (et le système de garanties établi à Strasbourg) comme une source de droit communautaire à part entière. La référence supplémentaire aux traditions communes des Etats membres revêt une grande importance, dont tous les interprètes du traité devront tenir compte. Elle signifie que l'Union est édifiée sur le respect et, de nouveau, sur les garanties judiciaires des droits fondamentaux de l'homme, qui font partie de notre patrimoine.

C'est alors la prééminence du droit plus que tout autre facteur d'homogénéité qui devient le principe moteur de l'intégration, comme une nouvelle dimension du constitutionnalisme, comme un moyen d'enrichir l'individu d'une charte des droits et d'une citoyenneté transcendant les

frontières de l'Etat-nation. Là encore, l'Europe est le lieu de l'unité dans la diversité. Notre patrimoine commun de droits est garanti par une multiplicité de juridictions, en fonction du cercle dans lequel sont regroupés les pays européens. Les tribunaux nationaux garantiront les droits fondamentaux et autres selon le droit interne, et la Cour de l'Union et celle de Strasbourg interviendront lorsque les conditions de leur saisine seront réunies dans une affaire intéressant l'individu. Mais il existe en tout cas un seul principe fondamental sous-jacent. Le patrimoine est passé au service de la personne humaine. Le droit à la liberté, dont sont issus tous les autres droits, est désormais garanti en Europe et par l'Europe en tant que source unique de nos valeurs constitutionnelles communes.

### **Première séance de travail**

#### **De l'intérêt de la notion de patrimoine constitutionnel européen**

- a. La notion de patrimoine constitutionnel européen  
par M. Dominique ROUSSEAU
- b. Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe  
par M. Gérard SOULIER
- c. Patrimoine constitutionnel européen et  
particularismes sociaux  
par Mme Hanna SUCHOCKA
- d. Fin du millénaire: le triomphe du  
constitutionnalisme européen  
par M. Florin Bucur VASILESCU

- a. La notion de patrimoine constitutionnel européen par M. Dominique ROUSSEAU

Professeur à la Faculté de droit, Université de Montpellier I, Directeur du C.E.R.CO.P.

Patrimoine constitutionnel européen ! Pris isolément, chacun de ces trois mots entre dans le champ juridique, et pourtant, rassemblés, ils donnent naissance à une notion qui paraît incongrue, qui paraît ne pas relever du domaine de compétence habituel du juriste. Comment est-il permis de réunir "constitutionnel" et "européen" alors qu'il n'y a ni nation européenne, ni Etat européen, ni constitution européenne? Quelle signification juridique peut avoir le rapprochement de "patrimoine" et "constitutionnel"? Assurément, l'expression "droit constitutionnel européen" aurait suscité moins d'interrogations: elle fait écho à une discipline connue dans chaque Etat européen et elle commence à circuler dans les manuels, dans les colloques, dans les articles de doctrine, au point d'apparaître comme une réalité puisqu'elle fait même l'objet, à l'Université de Montpellier notamment, d'un séminaire de doctorat!

Au risque de se situer aux marges du droit et de la philosophie politique - mais, est-ce vraiment un risque? - il faut cependant préférer et maintenir la notion de patrimoine constitutionnel européen. Plus souple, plus ouverte aussi que celle de droit constitutionnel européen, elle est posée, ici, comme une **hypothèse** pour tenter de comprendre l'Europe constitutionnelle. Les économistes réfléchissent à l'Europe économique par l'étude des critères de convergence des économies nationales, les sociologues au rapprochement des sociétés européennes<sup>1</sup>, les

---

<sup>1</sup> Voir par ex., *Vers la convergence des sociétés? Sciences humaines*, n° 14, hors série, septembre-octobre 1996.



syndicalistes à l'Europe sociale, les artistes à l'Europe culturelle...; pourquoi les juristes, et en particulier les constitutionnalistes, ne s'interrogeraient-ils pas sur les critères de convergence constitutionnels en Europe? Pour le faire avec méthode, il faut un instrument, un outil de mesure, ce que, précisément, se propose d'être l'hypothèse du patrimoine constitutionnel européen. Elle servira, c'est un choix d'analyse, non pas à rechercher dans le droit de l'Union européenne ou dans celui du Conseil de l'Europe, les critères de convergence constitutionnels mais à les découvrir, le cas échéant, dans les différents droits constitutionnels nationaux. Autrement dit, l'éventuelle harmonisation constitutionnelle de l'Europe sera recherchée par le bas et non par le haut, au moyen, notamment, de l'interprétation comparative qui doit permettre, si l'hypothèse est correcte, de dégager le contenu du patrimoine constitutionnel européen (I) et de qualifier sa nature (II).

## **I. LE CONTENU DU PATRIMOINE CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN**

Si le patrimoine se définit comme l'ensemble "des biens que l'on a hérités de ses ascendants" - définition donnée par le Petit Robert -, le contenu du patrimoine constitutionnel européen ressemble à un bric-à-brac: s'y mêlent tant les monarchies que les républiques, la démocratie que les dictatures, la protection des droits de l'homme que leur négation, l'idée fédérale que l'idée jacobine, la primauté du Parlement que sa soumission au pouvoir exécutif, ou encore l'abaissement du pouvoir judiciaire que la reconnaissance de son indépendance (A). C'est pourquoi, sans doute, les héritiers, c'est-à-dire les Européens d'aujourd'hui, ont fait jouer un droit d'inventaire, choisissant dans la succession les biens qu'ils voulaient garder et faire fructifier, laissant les autres en déshérence. Par ce travail, le contenu du patrimoine constitutionnel européen s'est transformé; il est devenu l'ensemble des principes identifiant la démocratie constitutionnelle (B).

### **A. L'héritage offert: un bric-à-brac constitutionnel**

L'expression, "bric-à-brac", peut surprendre et même choquer. L'habitude, en effet, est de donner à voir une Europe ayant légué à ses peuples et au monde des biens précis - la liberté, l'égalité, la citoyenneté, la solidarité - allant tous dans le même sens: réaliser l'idéal démocratique. L'image n'est pas fausse; elle est seulement faussée par l'oubli d'une autre part, plus sombre, du passé européen. Que ce soit dans l'organisation du pouvoir politique (1) ou dans le système des valeurs constitutionnelles (2), le patrimoine constitutionnel européen est, pour le moins, contrasté.

#### **1. Un héritage institutionnel hétéroclite**

L'idée de constitution, invention de l'Occident ainsi que l'écrit le Professeur Jean Gicquel<sup>2</sup>, est, dès l'origine, une idée contrastée, une idée qui se déploie en deux volets contradictoires: soit comme oeuvre de la nature, ensemble de règles et d'organisation du pouvoir propre à un groupement humain forgé par le temps et entretenu par la tradition qui en fonde l'autorité; soit comme oeuvre des hommes, acte de volonté par lequel ils organisent librement les règles de leur vie commune, maîtrisent leur destin et transforment l'histoire. Platon dans la République, Aristote dans la Constitution d'Athènes ne négligent pas la part humaine dans l'invention ou la réformation des régimes politiques, mais ils montrent surtout comment les formes de gouvernement - aristocratie, oligarchie, démocratie - se succèdent les unes aux autres selon une

---

<sup>2</sup> Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 14<sup>e</sup> éd., 1995, p. 21.

logique naturelle qui échappe très largement à la volonté des hommes impuissante à la provoquer, la retarder et encore moins l'arrêter.

A partir du XVI<sup>e</sup> siècle, la tendance s'inverse avec l'idée de contrat comme fondement de la société politique. Chacun à leur manière, Locke, Hobbes, Rousseau affirment, en effet, le pouvoir des hommes de construire, contre l'état de nature, contre la force des traditions, une association politique selon les préceptes de la raison. 1789 marque le triomphe de cette idée et, deux siècles plus tard, elle est toujours vivante. En réformant ou changeant la constitution de leur pays après la chute du communisme, les constituants de l'Europe centrale et de l'Europe de l'Est ont retrouvé la geste constitutionnelle du XVIII<sup>e</sup> siècle: réécriture des termes du contrat social - pluralisme, Etat de Droit, séparation des pouvoirs, respect des droits de l'homme - volonté de construire par le droit une société nouvelle, de nouveaux rapports entre l'Etat et une nouvelle forme de gouvernement. Pour autant, l'ancienne conception n'a pas complètement disparu. La Grande-Bretagne trouve toujours bizarre de vouloir écrire dans des textes solennels la manière de vivre d'une société, et, faisant écho aux critiques de Burke, de Bonald ou de Maistre portées contre la prétention constituante des hommes de 1789, la philosophie communautarienne fait du détachement de la nature des choses imposé par la raison humaine une des causes principales du "malaise dans la modernité"<sup>3</sup>, et propose de revenir à une organisation de la société fondée sur le respect des places et rôles traditionnels de chacun.

A ce premier contraste qui porte sur la signification même du phénomène constitutionnel s'ajoute celui des systèmes produits par l'imagination constituante des hommes. L'Europe, en effet, à la différence des Etats-Unis fidèles depuis deux siècles à la même constitution, a expérimenté et théorisé toutes les combinaisons possibles de pouvoirs. Si les Empires, français, allemand, austro-hongrois, ont disparu, la forme républicaine de gouvernement des hommes s'est généralisée mais ne s'est pas imposée partout; la monarchie résiste bien, et si les sondages la disent menacée en Grande-Bretagne, ils révèlent aussi le soutien populaire dont elle bénéficie non seulement dans les pays du Nord mais aussi en Espagne pourtant réputée républicaine et en Belgique où le Roi reste encore la seule institution qui fait tenir ensemble les communautés flamande et wallonne. La diversité institutionnelle de l'Europe se découvre aussi à la simple lecture des constitutions nationales. Les unes adoptent le modèle parlementaire -Allemagne, Espagne, Italie, République tchèque, Hongrie, ... - les autres mélangent le principe présidentiel de l'élection populaire du Chef de l'Etat et le principe parlementaire de la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement - Autriche, Portugal, France, Roumanie, Pologne... Cette diversité devient même kaléidoscopique quand, au-delà des textes, le regard se porte sur les pratiques constitutionnelles. La France et le Portugal, par exemple, entrent, en théorie, dans la catégorie des régimes semi-présidentiels mais, à Lisbonne, le Président de la République ne gouverne pas et le jeu politique se déroule selon le schéma parlementaire classique. En revanche, en Italie ou en République tchèque, le Président, qui n'est pas élu par le peuple, peut cependant jouer, comme Vaclav Havel lors de la formation du dernier gouvernement, un rôle plus important que certains Chefs d'Etat désignés par le suffrage universel. Et, pour être également des régimes parlementaires, la Grande-Bretagne et l'Italie, l'Espagne et la Slovaquie, l'Allemagne et les Pays-Bas ne "fonctionnent" pas de la même manière.

Pour parfaire le tableau, il faut encore ajouter l'extraordinaire variété des modalités de contrôle de la constitutionnalité des lois<sup>4</sup> et ne pas oublier que certains Etats européens - la Grande-

<sup>3</sup> Voir par ex., Charles Taylor, *Le malaise dans la modernité*, Cerf, Humanités, 1995.

<sup>4</sup> Voir par ex., Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Clefs Montchrestien, 1995, 2<sup>e</sup> édition.

Bretagne et les Pays-Bas par exemple - refusent toujours l'introduction d'un tel contrôle jugé contraire à leur tradition parlementaire. Enfin, et au risque de désespérer les défenseurs d'un modèle institutionnel unique, l'Europe "s'amuse" à conjuguer toutes les formes d'Etat disponibles: unitaire en France, Grèce et Roumanie, régional en Italie, communautaire en Espagne, fédéral en Allemagne, Autriche et Belgique, confédéral en Suisse.

Au demeurant, la richesse du patrimoine constitutionnel européen ne se limite pas à la multiplicité des constitutions politiques qui le composent; elle est faite aussi de la variété de ses constitutions sociales.

## **2. Un héritage philosophique contrasté**

La variété des valeurs constitutionnelles auxquelles les Etats européens adhèrent n'apparaît pas aussi clairement que la diversité institutionnelle. Depuis la chute du communisme, le sentiment inverse d'une uniformisation juridique de l'espace européen s'impose même comme une évidence puisque, désormais, tous les peuples européens proclament leur adhésion aux droits de l'homme. Mais, derrière cette unité apparente, les contrastes, les oppositions, les contradictions se déploient allègrement.

La première est l'antinomie entre les droits-libertés et les droits-créances puisque les uns impliquent une abstention de l'Etat afin de dégager un espace propre à l'exercice des libertés d'aller et venir, d'opinion, de travail ou d'entreprendre, alors que les autres appellent une intervention de l'Etat pour satisfaire les droits de chacun à l'éducation, au logement ou à la santé. Or, non seulement les Etats européens n'accordent pas la même importance politique et juridique à ces deux catégories de droits, mais encore les conciliations opérées par les autorités compétentes entre le droit de propriété et le droit au logement, la liberté de conscience et la neutralité de l'enseignement, la liberté du travail et le droit de grève - pour ne prendre que ces exemples - varient fortement d'un pays à l'autre. L'esprit dialectique est aujourd'hui très sollicité quand les peuples des "vieilles" sociétés libérales cherchent à défendre des droits sociaux menacés et que les peuples des anciennes sociétés communistes revendiquent la primauté des libertés individuelles.

Deuxième contraste: au sein même de la catégorie des droits-libertés, la variété des situations juridiques est tout aussi grande. Des principes comme le droit à la vie, la liberté individuelle, le respect de la dignité humaine, le droit au juge et à un procès équitable, la liberté de conscience..., pourtant également inscrits dans les constitutions de tous les Etats européens, ne fondent pas, en effet, des régimes législatifs ou des solutions judiciaires semblables en matière d'interruption volontaire de grossesse, de consommation privée de la drogue, de mariage homosexuel, d'organisation du procès pénal, ou encore de situation des cultes ou de l'usage des langues minoritaires ou régionales. Là, la loi impose la mention de la religion sur la carte d'identité, ailleurs non; là, toute personne dispose du recours en inconstitutionnalité, ailleurs non; là, la procédure judiciaire est inquisitoriale, ici accusatoire; là, la présence de l'avocat est prévue dès la garde-à-vue, ici elle est repoussée de quelques heures ou de quelques jours; là, l'inviolabilité du domicile est limitée aux locaux privés de personnes physiques, ailleurs elle s'étend aux locaux professionnels; etc... Autant d'Etats, autant d'histoires particulières qui expliquent ces "lectures" différentes d'un même principe.

Contraste encore quand des principes distinguent très fortement une société et la constituent comme "exception" à l'intérieur de l'espace européen. Ainsi de la conception française de la laïcité qui est loin d'être partagée par tous les Etats européens, ou, de l'affirmation, toujours

française, de l'unité du peuple qui s'oppose au mouvement général favorable à la reconnaissance des droits des minorités. Ces oppositions-là ne sont pas minces car elles réfléchissent deux images possibles de la construction politique de l'Europe; soit une juxtaposition de communautés identitaires disposant chacune de droits propres et différents, soit un espace d'égalité régi par des principes universels.

Sans doute, ces variations constitutionnelles se font, comme en musique, sur un thème commun, les droits de l'homme, et elles restent donc potentiellement conciliables. Ce n'est évidemment plus le cas lorsque la contradiction se noue sur le thème fédérateur des droits fondamentaux. Or, l'intolérance, la suppression des libertés individuelles, l'asservissement de la personne humaine, le génocide font aussi partie du patrimoine politique européen. L'Europe, en effet, n'est pas seulement la terre des droits de l'Homme, elle est également celle de la barbarie. La France de Vichy, l'Allemagne d'Hitler, la Grèce des Colonels, la Roumanie des Ceau\_escu, la Tchécoslovaquie de Husak - chacun pourra compléter la liste - ont imaginé, rédigé, appliqué des constitutions, des lois, des décisions de justice, des actes administratifs, bref, un droit inspiré par des philosophies totalitaires. Qu'elles aient aujourd'hui disparu de l'horizon européen ne saurait valoir oublier; elles ont été un moment de l'histoire du continent, elles ont laissé des traces dans les esprits, dans les pratiques institutionnelles, et surtout, elles sont toujours prêtes à resurgir. A l'Est, la nouvelle culture de l'Etat de droit démocratique ne progresse qu'en repoussant sans cesse les tentations autoritaires, ici ou là, toujours fortes. A l'Ouest, cette même culture souffre sous le poids des idées racistes, nationalistes et autoritaires que les partis d'extrême-droite propagent avec un succès grandissant, notamment en France. Mais, évidemment, ce sont "les événements" en ex-Yougoslavie qui témoignent depuis six ans, que cette partie sombre du patrimoine politique européen n'est pas morte, que la barbarie peut se réinstaller presque facilement et avec la même fureur au coeur de l'Europe des droits de l'homme; et, pire encore peut-être, que cette Europe - là paraît incapable de construire, proposer et imposer une solution institutionnelle conforme aux valeurs démocratiques et universelles dont elle se réclame.

Cette histoire qui continue a, au moins, le mérite de rappeler à l'homme européen contemporain que le patrimoine dont il hérite est fait de Lumières et de Ténèbres. Optimiste, il peut considérer que l'évolution des choses favorise les premières, mais, réaliste, il doit admettre que cette conquête sur la barbarie n'est jamais définitivement acquise. Et, par conséquent, il lui faut se mettre en situation permanente de choisir dans ce patrimoine ce qui fait reculer les Ténèbres. Chacun n'hérite que de ce qu'il a choisi.

## **B. L'héritage choisi: la démocratie constitutionnelle**

Dans l'ensemble hétéroclite de leur passé constitutionnel, les Européens ont choisi, geste de volonté politique, les principes qui faisaient converger leurs pratiques institutionnelles et leurs valeurs dans une même direction, celle de la démocratie constitutionnelle. Tous les peuples d'Europe n'ont pas fait ce choix en même temps. Mais aujourd'hui, après des parcours et des histoires différents, ils partagent, ils ont en patrimoine commun deux principes: celui des élections libres (1) et celui de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux (2).

### **1. Les logiques convergentes du principe d'élections libres et pluralistes**

Le pouvoir du suffrage qui apparaît aujourd'hui comme un droit naturel pour tout citoyen d'un Etat européen est, faut-il le rappeler, un bien conquis par les peuples dans leur lutte, parfois violente, contre les puissants soucieux, partout, de conserver la définition des règles d'attribution et d'exercice du pouvoir politique: les riches contre les pauvres au temps du suffrage censitaire,

les hommes contre les femmes au temps du suffrage masculin, les adultes contre les jeunes au temps du suffrage "de raison", ... Et la lutte n'est pas terminée puisque, malgré le Traité de Maastricht, le vote reste encore un droit réservé aux nationaux, un droit du national plus qu'un droit du citoyen.

Quoiqu'il en soit, il est clairement affirmé dans toutes les constitutions européennes que la seule origine légitime du pouvoir est le suffrage universel, dans la mesure où la souveraineté, c'est-à-dire, le pouvoir de décider librement des règles de la vie sociale, n'appartient ni à un homme ni à un parti-guide de la société mais réside dans le peuple. Ce lien entre souveraineté du peuple et suffrage universel est important car il implique que le vote n'est pas une simple technique ou procédure de désignation mais un attribut essentiel, consubstantiel même de la souveraineté populaire; le supprimer ne serait pas détruire un instrument, ce serait tarir la source de la souveraineté démocratique. Pour cette raison encore, l'élection par le peuple de ses dirigeants n'est pas, à elle seule, suffisante; il faut aussi, parce qu'elle est la parole du Souverain, qu'elle se déroule suivant des règles qui garantissent l'authenticité. Ainsi, pour que sa souveraineté ne soit pas une fiction, le peuple doit pouvoir s'exprimer à intervalles réguliers et selon une périodicité "raisonnable", choisir entre des candidats ou des partis défendant des options politiques différentes, et manifester librement son opinion. En d'autres termes, l'élection qui distingue le patrimoine constitutionnel européen est celle qui met le citoyen en situation d'exercer sans contrainte ni pression un choix politique. D'où, dans tous les Etats européens, une organisation des élections tendant à assurer un égal accès des candidats aux moyens de propagande, une liberté d'information et de réunion politiques, et le secret du vote. Sans ces règles destinées à garantir la liberté de choix des électeurs et la sincérité du scrutin, le suffrage universel ne peut produire des élections démocratiques. Le malaise provoqué par les élections législatives en Bosnie, le 14 septembre 1996, en témoigne très précisément: il y eut processus électoral, mais y a-t-il eut processus démocratique dès lors que les conditions qui font, au regard du patrimoine constitutionnel européen, le caractère démocratique d'une élection n'ont pas été, de l'avis général des observateurs, respectées?

Hormis sur quelques terres de l'ex-Yougoslavie vivant encore sous la pression des affrontements nationalistes, le libre choix des gouvernants par les gouvernés au moyen d'élections démocratiques tend à s'imposer sur l'ensemble de l'espace européen. La généralisation de ce principe peut, à moyen terme, favoriser une évolution convergente des pratiques institutionnelles nationales sur deux questions importantes. D'abord, celle de la structure des Etats. Aujourd'hui, en effet, l'Europe paraît divisée entre Etats d'inspiration unitaire et Etats d'inspiration fédérale. Mais, parce qu'il s'applique dans quasiment tous les Etats européens à tous les échelons, local, régional, national, le principe d'élections démocratiques peut contribuer au dépassement de cette opposition. Il est vrai que l'étendue des compétences et la nature des pouvoirs varient et continuent de distinguer Etats unitaires et Etats fédéraux. Cependant, il est dans la logique des choses, que des assemblées locales ou régionales issues du suffrage populaire revendiquent et finissent par obtenir un accroissement de leurs attributions et une plus grande autonomie de décision. En Espagne, en Belgique, au Portugal mais aussi en France depuis les lois de décentralisation de 1982, l'élection démocratique des assemblées régionales a effectivement entraîné ces pays sur une logique de gouvernement local qui réduit l'opposition avec les Etat fédéraux, voire qui facilite, comme pour la Belgique, le passage de la structure unitaire à la structure fédérale.

Le principe de l'élection démocratique des gouvernants par les gouvernés favorise ensuite la convergence du fonctionnement pratique des systèmes politiques européens. Si, depuis la chute du mur de Berlin et l'abandon des principes constitutionnels soviétiques, toutes les constitutions

sont fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs, l'Europe continue, en effet, de se diviser entre régimes à séparation souple des pouvoirs - ou régimes parlementaires - et régimes à séparation complexe des pouvoirs - ou régimes semi-présidentiels<sup>5</sup>. Mais, là encore, cette opposition, au demeurant pertinente au regard de la classification théorique des constitutions, est dépassée par le principe selon lequel les gouvernés élisent démocratiquement leurs gouvernants. Régime parlementaire ou régime semi-présidentiel, quelles que soient les modalités concrètes de la séparation des pouvoirs inscrites dans les constitutions nationales, l'unité du pouvoir se reconstitue partout sur l'Exécutif par la grâce de la logique électorale qui attribue au camp victorieux et à son chef la maîtrise du pouvoir normatif. La prééminence de l'Exécutif n'est ni un phénomène spécifiquement français ni un effet du seul régime semi-présidentiel; elle se rencontre également dans les régimes formellement parlementaires. En Espagne comme en Allemagne, en Grande-Bretagne comme en Hongrie, en Suède comme en Grèce, c'est l'Exécutif qui gouverne. Sans doute, le titulaire du pouvoir est-il, dans ces pays-là, le premier ministre et ce dernier n'est pas élu directement par le peuple. Mais ces différences s'effacent sous la force du jeu électoral: en votant conservateur les Anglais élisent John Major, les Allemands Helmut Kohl, les Espagnols José Aznar; en votant socialiste, les Grecs élisent Costas Simitis et les Hongrois Gyula Horn<sup>6</sup>. En d'autres termes, tous les systèmes politiques de l'Europe ont en commun que celui qui décide, quelle que soit sa dénomination - Président de la République, chancelier, premier ministre... - est désigné par une élection au suffrage universel.

Dès lors, le principe de séparation des pouvoirs change de sens. Il ne signifie plus, ou il signifie moins séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif puisque la coalition majoritaire possède l'un et l'autre; il désigne désormais la séparation entre le pouvoir majoritaire qui gouverne et légifère, et le pouvoir d'opposition qui contrôle, interpelle, propose et se prépare à devenir, à la prochaine échéance électorale, pouvoir majoritaire. Cette forme-là de séparation des pouvoirs, systématisée en particulier par Maurice Duverger<sup>7</sup>, anime le fonctionnement pratique de tous les systèmes politiques de l'Europe et permet en conséquence de considérer **le principe de l'alternance démocratique comme un élément fondamental du patrimoine constitutionnel européen**. Et ce d'autant plus qu'il a des prolongements également décisifs pour l'identité constitutionnelle de l'Europe: pour que l'alternance démocratique joue, il faut que le jeu politique reste ouvert, c'est-à-dire, que le respect des droits et libertés des individus et des groupes soit effectivement et continûment garanti.

## 2. Les logiques convergentes du principe du respect des droits fondamentaux

La lecture des dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation des pouvoirs publics pourrait faire désespérer de trouver des convergences entre les systèmes politiques de l'Europe tant elles sont diverses et variées d'un pays à l'autre. Mais, cet aspect-là des constitutions, autrefois important, n'est plus aujourd'hui aussi déterminant. Non seulement parce que, comme il vient d'être démontré, la logique des élections démocratiques réduit considérablement les divergences théoriques entre les organisations parlementaire, présidentielle ou semi-présidentielle des pouvoirs, mais surtout parce que, depuis une quarantaine d'années - plus récemment en France et, bien sûr, dans les Etats de l'Europe centrale et orientale - l'objet

---

<sup>5</sup> Voir supra, ch. A.1.

<sup>6</sup> En pratique d'ailleurs, la différence avec la France est encore plus faible dans la mesure où en Allemagne, en Italie, en Hongrie... la campagne électorale pour le Parlement "se fait" sur le nom du chef du parti ou de la coalition; c'est la présidentialisation des élections législatives.

<sup>7</sup> Voir par ex., Maurice Duverger, *La Monarchie républicaine*, R. Laffont, 1974, p. 198.

principal des constitutions devient les dispositions relatives aux droits et libertés des personnes et des groupes. Pour le dire un peu brutalement, le droit constitutionnel est moins le droit des droits des gouvernants et davantage le droit des droits de l'homme; or, sous ce rapport, trois convergences essentielles paraissent se dégager de l'étude des constitutions européennes.

En premier lieu, une très grande similitude des listes et formulations des droits fondamentaux. Depuis la chute des dictatures en Espagne, en Grèce et au Portugal au milieu des années 1970, et celle des régimes soviétiques à la fin des années 1980, toutes les constitutions européennes consacrent, et souvent dans une rédaction très voisine, les mêmes droits: liberté individuelle, liberté d'aller et venir, liberté d'opinion et d'expression, liberté politique et syndicale, liberté de la presse, liberté de l'enseignement, droit de propriété, respect de la vie privée, dignité de la personne humaine... De ces similitudes, il ressort une commune idée de droit, une même représentation de l'ordre social désirable conjuguant les principes de l'économie sociale de marché et ceux d'une société démocratique pluraliste. D'un bout à l'autre de l'Europe, les constitutions consacrent à la fois le droit de propriété privée, la liberté d'entreprendre et les droits des travailleurs à bénéficier d'une protection sociale, à faire grève, ou à participer par leurs syndicats à la détermination de leurs conditions de travail; d'un bout à l'autre de l'Europe, les constitutions consacrent également le pluralisme de la presse, de l'enseignement, des syndicats, des partis politiques et, plus largement, le pluralisme des courants d'idées et d'opinions.

En deuxième lieu, la primauté de la constitution tend à devenir un principe partagé par l'ensemble des Etats européens. Formellement, il en a toujours été ainsi puisque, dans l'ordre juridique interne, la constitution est considérée comme la norme suprême. Mais, dans les sociétés anciennement totalitaires du Sud et de l'Est de l'Europe, la seule et la véritable règle supérieure à toutes les autres était la volonté politique des dirigeants du parti unique. Et, dans les sociétés démocratiques, l'assimilation de la souveraineté populaire à la souveraineté parlementaire a imposé en fait le légicentrisme, c'est-à-dire, la primauté de la loi. Aujourd'hui, ces situations tendent à se résorber. Partout, à l'exception de la Grande-Bretagne, il est admis que les actes juridiques doivent être conformes à la constitution, y compris la loi votée par le Parlement qui, selon la formule du Conseil constitutionnel français, n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution<sup>8</sup>. Cette primauté réaffirmée de la constitution ne devient au demeurant un principe commun effectif que parce que se généralise sur le continent européen le contrôle de la constitutionnalité des lois.

En troisième lieu en effet, le fait majeur de ces dernières années est le développement de la justice constitutionnelle en Europe<sup>9</sup>. Limitée après la seconde guerre mondiale à l'Autriche, l'Allemagne et l'Italie, elle a gagné la France en 1958, l'Espagne et le Portugal après la chute des dictatures, la Belgique en 1980 et, depuis 1990, l'ensemble des pays d'Europe centrale et orientale. Restent sans doute à l'écart de ce mouvement la Grande-Bretagne, mais aussi les pays scandinaves, les Pays-Bas et le Luxembourg. Selon le Professeur Constantin Kortmann, cette spécificité "nordique" s'expliquerait par le fait que ces Etats n'ont pas de tradition constitutionnelle fondée sur l'idée de souveraineté et n'ont donc pas besoin, à la différence des autres Etats de l'Union européenne, d'établir un contrôle de constitutionnalité pour combattre les excès d'un pouvoir souverain<sup>10</sup>. Tout en admettant volontiers cette explication, il est vrai aussi,

<sup>8</sup> C.C. 85-197 D.C., 23 août 1985, R. p. 70.

<sup>9</sup> Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Clefs Montchrestien, 1995, 2<sup>e</sup> édition.

<sup>10</sup> Constantin Kortmann, *Souveraineté et contrôle de constitutionnalité*, *Revue Adm.*, 1994, n° 282, p. 574.

d'une part que ces Etats connaissent, comme la Grèce, un contrôle de constitutionnalité diffus exercé par les juges ordinaires dans le cadre des procédures judiciaires normales, d'autre part que se renforce là aussi le courant favorable à l'introduction d'une juridiction constitutionnelle spécialisée. Le mouvement n'est donc pas terminé, et d'ailleurs, ce qui importe, au-delà des modalités concrètes de contrôle effectivement différentes d'une constitution à l'autre, c'est l'acceptation du principe d'un contrôle et le cas échéant d'une censure des lois votées par une majorité démocratiquement élue si elles sont jugées contraires à la constitution et en particulier aux droits fondamentaux qu'elle énonce. Or, ainsi qu'en témoignent les travaux de la Commission de Venise, ce principe est aujourd'hui communément admis: si la souveraineté du Parlement a, assurément, identifié le patrimoine constitutionnel européen du XIXe et de la première moitié du XXe, celui de l'époque contemporaine et certainement d'une partie du siècle prochain se distingue par le pouvoir réfléchissant des juges constitutionnels.

## **II. LA NATURE DU PATRIMOINE CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN**

Parce qu'il n'entre pas immédiatement dans les catégories pré-constituées du Droit, le patrimoine constitutionnel européen suscite, comme jadis la Déclaration des Droits de l'homme de 1789, les mêmes questions: est-ce un guide moral pour la conduite politique des Etats? Un exposé philosophique sur le bon régime politique? Un texte énonçant des obligations juridiques susceptibles d'être sanctionnées en cas de manquement? Une charte constitutionnelle, voire supra-constitutionnelle? Les juristes aiment trop souvent penser en terme d'alternative, le choix d'une réponse excluant nécessairement de pouvoir retenir les autres comme également vraies. Il faut peut-être apprendre à penser la complexité d'un objet, y compris d'un objet juridique, et à voir dans la contradiction de ses qualités non un défaut de construction mais le ressort de son dynamisme. Ainsi du patrimoine constitutionnel européen qui relève à la fois de l'ordre philosophique et de l'ordre juridique: du premier parce qu'il définit une culture démocratique dans laquelle se construit l'identité européenne (A), du second parce qu'il favorise l'émergence d'un droit constitutionnel européen (B). Il est l'un et l'autre, et ces qualités s'enroulent l'une sur l'autre.

### **A. Le patrimoine constitutionnel européen, creuset de l'identité européenne**

Les sociétés, les peuples comme les individus ont besoin d'avoir une représentation d'eux-mêmes, d'avoir une identité. Celle-ci n'est pas une donnée de la nature mais se construit par le jeu des interactions sociales dans lesquelles l'individu et les groupes sont impliqués. Si le besoin d'identité est un invariant, la forme dans laquelle un individu ou des groupes se pensent varie donc nécessairement avec le temps et les circonstances. Ainsi en est-il aujourd'hui: l'identité nationale est mise à mal, notamment, par le processus de mondialisation (1); mais l'histoire continue, et le patrimoine constitutionnel européen, parce qu'il "fonctionne" comme une culture politique commune aux peuples européens, contribue à redéfinir leur identité (2).

#### **1. La désintégration de l'identité nationale**

Il serait évidemment téméraire d'affirmer la mort, ici et maintenant, de l'Etat-Nation. Non qu'il soit la forme naturelle de l'organisation politique des sociétés ou qu'il manifeste, dans une présentation hégélienne, la fin de l'histoire. Au contraire, l'Etat-Nation est le produit d'une longue histoire commencée aux XIIIe-XIVe siècles, continuée avec la Renaissance, développée par la Révolution française et qui connaît son apogée après la première guerre mondiale lorsque le président américain Wilson impose à l'Europe comme politique de paix le principe selon



lequel toute nation dispose du droit de se constituer en Etat. Produit de l'histoire, l'Etat-Nation peut donc disparaître.

Il n'en paraît sans doute rien aujourd'hui. Partout en Europe, les peuples semblent manifester leur attachement à cette forme d'organisation politique: l'effondrement de l'empire soviétique a provoqué le réveil du sentiment national et allumé, dans le Caucase comme dans les Balkans, maints conflits pour redessiner la carte des Etats sur la base des nationalités; en Europe occidentale, les partis nationalistes recueillent toujours davantage les faveurs des électeurs, et, au-delà, les discours anti-européens ou euro-sceptiques s'articulent principalement sur la défense de l'Etat-Nation et des identités nationales.

Pourtant, l'Etat-Nation est en crise. Dans son dernier roman, l'Horreur économique<sup>11</sup>, Viviane Forrester décrit avec talent l'émergence d'un nouvel ordre social où le pouvoir réel appartient aux "réseaux économiques privés transnationaux qui dominent de plus en plus les pouvoirs étatiques et qui, hors de tout sol, de toute institution gouvernementale, forment une sorte de nation qui commande sans cesse davantage les institutions et les politiques des pays". Tous les attributs de l'Etat-Nation se trouvent ainsi désintégrés. La souveraineté, qui signifie indépendance de la nation, non-soumission à une autorité extérieure, détermination par le peuple seul de son destin, est mise en échec lorsque les "réseaux" transnationaux économiques mais aussi culturels, imposent leurs lois et leurs images aux Etats sans qu'ils puissent s'y opposer. La territorialité, qui signifie monopole de la compétence de l'Etat sur un espace géographique délimité par des frontières, est également mise à mal lorsque l'économie se développe selon une logique d'espace qui dépasse et ignore le territoire de l'Etat-Nation. La légitimité des pouvoirs publics nationaux, qui signifie reconnaissance par les citoyens de la nécessité d'une institutionnalisation du pouvoir pour garantir le contrat social, est encore affaiblie lorsque le peuple perçoit l'incapacité de l'Etat à imposer son ordre sur son territoire.

Bref, les éléments politique, **la souveraineté**, matériel, **le territoire**, et organique, **l'institutionnalisation du pouvoir**, qui servaient traditionnellement à définir l'Etat sont en voie de décomposition. Dès lors, l'élément personnel, **la nation**, se décompose aussi. Les individus ne peuvent plus, en effet, se reconnaître dans une communauté qui, en perdant son territoire et son autorité politique, perd les instruments de son identification en tant que communauté nationale. Le sentiment d'appartenir à une nation naît progressivement, au fur et à mesure que chacun est convaincu, par la raison ou par la force, de l'intérêt à faire prévaloir, pour sa sécurité et son bien-être, le "niveau" national sur les autres groupes d'appartenance que sont la famille, la région, le milieu social, la religion etc. Si le lien national ne fait plus sens et intérêt pour les individus, il se défait comme en témoigne aujourd'hui le retour des questions existentielles: qu'est-ce qu'être français, belge, espagnol, allemand, italien? De même, le sentiment d'appartenance à une nation dépend d'une représentation de l'espace opposant l'intérieur et l'extérieur: appartenir à une nation, c'est être à l'intérieur d'un ensemble clos et séparé des autres entités nationales. Or, la disparition des frontières dissout cette représentation, précipitant encore davantage la crise de l'Etat-Nation.

Dans cette conjoncture fluide et incertaine, prospèrent évidemment toutes sortes de propositions identitaires s'offrant comme autant d'identité de substitution à l'identité nationale. Les uns soutiennent que la reconstruction du lien social doit se faire par la réanimation des solidarités de base, la famille, la ville, la région; d'autres privilégient l'appartenance à une communauté

---

<sup>11</sup> Viviane Forrester, *L'horreur économique*, Fayard, 1996.

religieuse - le "peuple" catholique, le "peuple" protestant, le "peuple" orthodoxe... - ou linguistique ou sexuelle comme instrument de refondation d'une identité collective et individuelle; certains même n'ont pas abandonné l'idée que l'Etat-Nation puisse redevenir opératoire... si les frontières étaient rétablies et la logique intégratrice ou fédérale de la construction européenne abandonnée.

Ainsi, comme le reste de la planète, les Etats européens sont tiraillés entre un processus de mondialisation qui désintègre leur légitimité et une floraison de particularismes identitaires qui dissout le sentiment d'appartenance nationale. L'engloutissement des valeurs démocratiques n'est cependant pas le terme logique ou fatal de ces deux mouvements contradictoires mais convergents dans leurs effets destructeurs. Dans ce contexte de crise, le patrimoine constitutionnel européen peut ouvrir la voie d'une reconstruction identitaire des peuples européens.

## **2. La construction de l'identité européenne**

Proposer le patrimoine constitutionnel européen comme voie d'une reconstruction identitaire c'est, diront immédiatement et avec malice certains, ajouter seulement une "offre" de substitution identitaire à celles déjà existantes. D'une certaine manière, la chose est exacte. Mais, le problème n'est pas dans le remplacement d'un principe identitaire par un autre: si le besoin d'identité est commun à tous les hommes et tous les groupes, il s'organise dans des formes qui varient, évoluent et changent avec le temps et les histoires propres à telle ou telle formation sociale. Autrement dit, les citoyens du Vieux-Continent ne sont pas condamnés à se représenter éternellement dans la forme nationale. La véritable question, en tout cas la plus intéressante, est celle du principe sur lequel se reconstruit aujourd'hui l'identité. Au regard de ceux précédemment exposés, le principe du patrimoine constitutionnel européen se distingue par trois caractères.

D'abord, il saisit la modernité alors que les autres expriment des formes d'allégeance correspondant à des conjonctures aujourd'hui dépassées. La nation est, en effet, elle-même un principe de reconnaissance identitaire qui s'est substitué ou qui a soumis à sa logique les groupes traditionnels - la famille, la région, la religion... - dans lesquels les individus trouvaient leur mode de pensée et de comportement; et le lien national ne s'est imposé que parce que, à un moment donné, il a correspondu à l'espace pertinent du développement économique. Faire revivre les groupes de référence pré-nationaux ou maintenir de force l'appartenance nationale n'a plus de sens à l'époque de la mondialisation. Au contraire, parce qu'il épouse ce processus, le patrimoine constitutionnel européen offre le cadre de référence permettant à la fois son développement et sa maîtrise en le rendant intelligible. Ensuite, le principe de patrimoine n'a pas pour ressort principal une territorialité précise; et, en cela encore, il propose une reconstruction identitaire conforme à l'effacement contemporain des frontières. Sans doute est-il limité à l'espace européen; mais, au lieu que ce soit le territoire qui fonde l'identité, c'est l'identification au patrimoine qui construit l'espace européen puisque ses frontières se déplacent précisément au gré de l'allégeance que les peuples portent, refusent ou retirent à ce patrimoine. Enfin, l'identité que construit le patrimoine est universalisable. Non parce qu'elle serait vide de substance ou détachée des vies, des traditions, des histoires particulières aux Européens; le patrimoine, en effet, est plein de ces vies, de ces traditions, de ces histoires que, d'une certaine manière, il réunit sous la forme d'un récit fondateur de l'identité européenne. Mais, parce que le patrimoine se construit continûment dans un mouvement réfléchissant ce récit, l'identité qu'il produit se forge aussi dans et par le geste critique de son contenu et reste, en conséquence, toujours suspendue, constamment ouverte à l'autre.

Ainsi, aux identités qui trouvent leurs racines dans le sang, le sol, l'ethnie, la tradition ou le territoire, succède l'identité qui provient d'une adhésion à **et** d'une conviction dans un ensemble de principes que se partagent et dans lesquels se reconnaissent et se pensent les peuples européens. Pour faire plus bref, aux identités communautaristes succède l'identité constitutionnelle. Son intérêt, sinon sa supériorité, est qu'elle intègre en les dépassant les multiples traits identitaires précédemment construits. Le patrimoine constitutionnel européen peut, en effet, être présenté comme un "concept de l'entre-deux", un principe qui s'inscrit entre les particularismes concrets et l'universel abstrait. Loin d'être un ensemble froid d'affirmations raisonnées qui détruirait les sentiments de solidarité au sein des communautés affectives, il est composé de principes qui non seulement viennent des valeurs reconnues par les peuples européens mais encore qui réfléchissent ces valeurs, c'est-à-dire, qui, tout à la fois, les transforment, les généralisent et les renvoient aux Etats. Ainsi, à la différence notamment de l'identité nationale qui s'est construite en détruisant ou soumettant les allégeances "particularistes", l'identité constitutionnelle, en articulant sur les principes universels ou universalisables du patrimoine les différentes manières pour les individus et les groupes de se concevoir, permet le déploiement non conflictuel des autres appartenances identitaires.

Comment cette "merveille" est-elle possible? Péchés de juriste idéaliste sans doute! Au risque de déplaire, la logique en est pourtant fort simple. Dans un espace européen fait de sociétés aux histoires politique, culturelle, linguistique et religieuse différentes, ce qui rassemble - le patrimoine - ne peut être que des principes, et des principes qui soient à la fois partagés et respectueux des diversités. L'identité du patrimoine, à la différence de la nation, ne produit donc pas de l'unité ou de l'uniformité; elle produit de l'harmonie, en ce sens que le patrimoine européen "fonctionne" comme une **culture constitutionnelle commune** qui socialise suffisamment les citoyens pour leur permettre de vivre ensemble leurs histoires particulières et de les transformer, précisément par leur mise en relation. Le patrimoine peut-il faire plus? Peut-il aussi produire un droit constitutionnel européen?

## **B. Le patrimoine constitutionnel européen, creuset d'un droit constitutionnel européen?**

La distinction entre patrimoine constitutionnel européen et droit constitutionnel européen pourrait paraître byzantine. Elle ne l'est pas, servant au contraire à identifier des moments et des lieux juridiques différents (1). Mais, si les deux notions sont distinctes, elles s'articulent l'une sur l'autre, le patrimoine favorisant l'émergence, sinon du droit constitutionnel européen, **d'un** droit constitutionnel européen (2).

### **1. La distinction patrimoine constitutionnel européen - droit constitutionnel européen**

Il est au moins deux façons de comprendre l'expression "droit constitutionnel européen". Elle peut désigner soit l'ensemble des règles, principes et institutions posés par les traités européens, ceux de l'Union européenne ou/et ceux du Conseil de l'Europe, soit les règles, principes et institutions qu'ont en commun les constitutions nationales des Etats européens. Dans l'un et l'autre cas, ces acceptions n'ont d'autre réalité que métaphorique. Il manque, en effet, aux traités européens pour être qualifiés de "constitution européenne", d'avoir été soumis à l'approbation populaire, d'organiser clairement la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, d'être rassemblés dans un texte unique facilement identifiable par les citoyens, ou encore de prévoir un contrôle de la conformité aux droits fondamentaux des décisions des pouvoirs publics européens. Sans doute existe-t-il dans ces traités des éléments plus ou moins développés qui appartiennent à la matière constitutionnelle; sans doute aussi n'est-il pas interdit d'imaginer un

jour la rédaction d'une véritable constitution européenne qui remplacerait tous les textes, accords, protocoles et autres arrangements européens. Mais, aujourd'hui, affirmer, comme l'a fait la Cour de Strasbourg, que la Convention européenne des Droits de l'Homme est "l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen" dans le domaine des droits de l'homme<sup>12</sup>, ou, comme la Cour de Luxembourg, que les traités communautaires "bien que conclus sous la forme de traités internationaux n'en constituent pas moins la charte constitutionnelle d'une Communauté de droit"<sup>13</sup> relève davantage d'un volontarisme politique ou stratégique que du constat de la réalité du système institutionnel de l'Europe.

La seconde compréhension de l'expression "droit constitutionnel européen" paraît, en revanche, plus difficile à réfuter tant elle semble proche de la définition donnée ici du patrimoine constitutionnel européen. Il convient donc de préciser les relations entre les deux notions. Elles sont au demeurant simples: le mot "patrimoine" renvoie à un ensemble de principes, celui de "droit" à leur mise en œuvre dans des régimes juridiques particuliers. Le principe d'élections libres et à intervalles réguliers se retrouve dans l'ensemble des constitutions nationales et, à ce titre, est un des éléments du patrimoine constitutionnel de l'Europe; mais, la mise en œuvre de ce principe varie d'un Etat à un autre: là, le renouvellement des députés est prévu tous les quatre ans, ici tous les cinq ans; là, les députés sont élus au scrutin proportionnel, ici au scrutin majoritaire; là, seul le pouvoir législatif est issu du suffrage universel, ici le peuple élit aussi le titulaire du pouvoir exécutif.. De même, parce qu'il est également partagé, le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois fait partie du patrimoine constitutionnel européen; mais, il se réalise selon des modalités différentes d'un pays à un autre: diffus ici, concentré là; *a posteriori* ici, *a priori* seulement ici.. Et ainsi de tous les principes qui composent le patrimoine.

Si l'idée de convergence caractérise naturellement la notion de patrimoine, celle de divergence distingue tout aussi nécessairement la notion de droit constitutionnel européen. Employée au singulier, l'expression est même impropre; il semblerait plus approprié de parler de droits constitutionnels européens. Certains, connaissant le plaisir des juristes à jouer avec les catégories, analyseront peut-être cette distinction comme une nouvelle casuistique sans conséquence sur le fond de la question: ce que les uns appellent patrimoine constitutionnel européen est dénommé par d'autres droit constitutionnel européen. Il suffirait donc de s'entendre sur les mots. Mais, précisément, s'entendre sur les mots implique qu'ils ne soient pas interchangeables et que chacun serve à identifier une situation particulière. En la matière, rassembler les principes constitutionnels communs aux différents Etats européens sous le vocable patrimoine plutôt que sous celui de droit se justifie par le souci d'éviter toute confusion dans l'appréhension du complexe processus de la construction européenne. Le mot "droit", en effet, renvoie à l'idée de règles précises d'organisation de la société et ne peut, en conséquence, sous peine de laisser croire que les différents Etats organisent de la même manière les principes constitutionnels qui leur sont communs, servir à désigner ces derniers.

Pour tout dire, patrimoine constitutionnel européen et droit constitutionnel européen se situent dans des espaces de références différents. Le premier désigne l'espace méta-national et exprime la culture constitutionnelle commune aux Etats européens; le second désigne l'espace national et exprime la manière dont chaque Etat interprète, traduit et adapte ces principes à son histoire politique particulière. Evidemment, ces deux espaces ne s'ignorent pas; mais il faut d'abord les

---

<sup>12</sup> Cour européenne des Droits de l'Homme, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie, Exceptions préliminaires*, paragraphe 75.

<sup>13</sup> Avis 1/91, R.U.D.H., 1991, p. 91.

identifier chacun correctement pour pouvoir penser leur relation, et, en particulier, l'influence possible du patrimoine sur la construction d'un droit constitutionnel européen.

## **2. La relation patrimoine constitutionnel européen - droit constitutionnel européen**

C'est en termes dialectiques que doit se concevoir la relation entre patrimoine et droit constitutionnel européen. Le patrimoine, en effet, s'alimente aux droits constitutionnels européens; les principes qui le composent sont extraits des différentes constitutions nationales à la suite d'une opération intellectuelle de comparaison et de synthèse qui fait monter en généralité ou en universalité des dispositions communes rédigées différemment selon les pays. Cette opération n'est pas, il est vrai, un simple travail de ré-écriture; ou, plus correctement, par le travail d'abstraction qu'impose la rédaction des différentes dispositions constitutionnelles nationales sous la forme unifiée d'un principe, ce dernier a, nécessairement, un contenu propre et relativement autonome. Il reste cependant que la matière constitutionnelle des Etats européens est la source des principes du patrimoine. Cette articulation entre patrimoine et droits constitutionnels européens est d'ailleurs consacrée tant par la Convention européenne des Droits de l'Homme que par le Traité de Maastricht qui, dans son article F, stipule que "l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire".

En retour, les principes du patrimoine agissent sur les droits constitutionnels européens et peuvent entraîner des transformations qui favorisent leur convergence. Ce processus réflexif emprunte les voies particulières de "l'acculturation constitutionnelle". Le patrimoine, en effet, fonctionne comme la culture constitutionnelle commune dans laquelle se socialisent les citoyens européens. Dès lors, ces derniers sont progressivement conduits non seulement à partager et assimiler des principes communs mais encore à partager et intégrer une manière commune de les mettre juridiquement en œuvre. Autrement dit, les différences de traduction nationale des principes du patrimoine peuvent diminuer sous l'effet de la socialisation constitutionnelle qu'ils produisent. Les principes du respect de la vie privée, du droit d'asile, du droit à un procès équitable ont déjà entraîné dans différents Etats européens des modifications constitutionnelles ou/et législatives qui font désormais converger leur régime concret d'organisation. De même, le principe de la primauté de la constitution pousse non seulement les pays traditionnellement récalcitrants à venir à l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois, mais encore favorise, par la mise en comparaison des systèmes, une harmonisation progressive des modalités d'organisation de la justice constitutionnelle. Ainsi, l'extension aux justiciables du droit de saisir le Conseil constitutionnel paraît-il inéluctable à son ancien Président, Robert Badinter, dans la mesure où ce type de recours est la règle "dans toutes les grandes démocraties où existent des juridictions constitutionnelles".

Lentement, trop pour certains, pas assez pour ceux qui tentent de freiner voire de renverser le mouvement, le patrimoine produit donc une convergence des droits constitutionnels européens. La progression n'est cependant pas homogène; elle se fait selon des rythmes et une intensité qui diffèrent en fonction des matières ou objets constitutionnels. Aujourd'hui, en effet, toutes les constitutions nationales comportent deux grandes catégories de dispositions: celles qui organisent la séparation des pouvoirs, distribuent la légitimité et les compétences entre les institutions et règlent leurs relations - ce que Maurice Hauriou appelait la constitution politique - et les dispositions relatives aux droits fondamentaux et à leur protection contre les actes des pouvoirs publics et les agissements des personnes privées, physiques ou morales - ce que le

même Maurice Hauriou appelait la constitution sociale<sup>14</sup>. Or, selon l'une ou l'autre constitution, la tendance à la convergence des droits n'est pas la même. S'agissant de la "constitution politique", il est clair, malgré des rapprochements, que les divergences continuent de l'emporter: certains Etats sont des monarchies, d'autres des Républiques; certains font élire le Président de la République par le peuple, d'autres par le Parlement; certains ont deux assemblées, d'autres une seule chambre; certains ont une structure fédérale qui admet une compétence normative "régionale", d'autres une structure unitaire qui réserve le monopole de la compétence normative au Centre; certains ont un pouvoir judiciaire organiquement indépendant, d'autres seulement une autorité judiciaire dont certains membres, les magistrats du Parquet, sont soumis au pouvoir hiérarchique du Ministre de la Justice... Les obstacles à la formation d'un droit constitutionnel européen, **au sens de droit institutionnel**, restent donc importants et le resteront encore longtemps sans doute car c'est là, dans les institutions, dans les structures étatiques, dans les formes gouvernementales que s'expriment les traditions nationales et les histoires particulières.

En revanche, s'agissant de la "constitution sociale", il est tout aussi clair que les convergences l'emportent nettement sur les divergences. Ce phénomène ne s'explique pas seulement par l'énoncé dans les constitutions européennes des mêmes droits fondamentaux; il tient surtout à ce que les juges nationaux, et en particulier les juges constitutionnels, donnent à ces droits une interprétation convergente et en tirent des effets de droit comparables. De la comparaison des différentes jurisprudences constitutionnelles se dégage, en effet, une double convergence. Les Cours utilisent d'abord les mêmes méthodes pour assurer le rôle de gardiennes des droits constitutionnels: elles apprécient le caractère raisonnable, logique, ou excessif et disproportionné des atteintes portées à telle ou telle liberté. Elles donnent ensuite sur les grandes catégories des libertés des interprétations et des solutions de fond le plus souvent semblables.

La Cour d'arbitrage belge, dans une décision du 21 décembre 1990, admet par exemple la constitutionnalité de la loi relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales ainsi qu'au financement public des partis politiques dans les mêmes termes que le Conseil constitutionnel français dans sa décision du 11 janvier 1990: "La loi ne porte pas atteinte au principe d'égalité pour autant, déclarent les juges belges, que le financement tende au bon fonctionnement des institutions démocratiques dans le respect du pluralisme des opinions, et tienne compte de l'équilibre des forces politiques résultant du suffrage, ce qui implique qu'il n'ait pas pour effet d'avantager les partis dominants ou désavantager les petits partis". Le Tribunal constitutionnel espagnol a jugé par exemple, comme le Conseil français, que si les enseignants des établissements privés peuvent être soumis à une obligation de réserve pour que soit respecté le caractère propre de ces établissements, ils continuent à bénéficier de leur liberté d'opinion; et, à l'occasion d'un recours d'amparo, il a annulé une décision de licenciement d'un professeur fondée sur le seul motif qu'il avait reconnu ne pas pratiquer la religion de l'établissement scolaire catholique qui l'employait.

L'égalité, qui est certainement le principe le plus souvent invoqué pour motiver les recours devant les Cours constitutionnelles, subit un traitement jurisprudentiel semblable, que le contrôle soit *a posteriori* ou *a priori*. Dans les deux cas, les juges constitutionnels considèrent que le principe d'égalité doit s'apprécier de manière concrète, "en situation", et qu'il n'y est pas porté atteinte lorsque le législateur traite de façon différente des situations différentes.

---

<sup>14</sup> Maurice Hauriou, *précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

En *Belgique*, la Cour d'arbitrage a défini sa doctrine dans ses décisions des 13 juillet 1989, 28 septembre 1989 et 13 octobre 1989: "Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable; l'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme considérée; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé". En *Espagne* encore, le Tribunal constitutionnel adopte le même raisonnement: les atteintes au principe d'égalité ne peuvent être constitutionnellement admises que si elles reposent "sur une justification objective et raisonnable, conformément aux critères et jugement de valeurs généralement acceptés", si la justification est, comme en Belgique, en relation avec la finalité et les effets de la norme considérée, et s'il existe "un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et les fins poursuivies".

Ainsi, de manière prétorienne, par le travail des Cours constitutionnelles se construit bien un droit constitutionnel européen au sens, **cette fois, de droit commun des droits fondamentaux**. Cette construction ne manque ni d'originalité ni d'intérêt historique et théorique puisqu'elle montre un droit constitutionnel européen qui, à la différence des droits constitutionnels nationaux, se crée sans référence à une puissance souveraine - la nation ou le peuple - sans intervention d'une assemblée constituante, sans même, formellement, une constitution; ce droit constitutionnel est avant tout un droit forgé par les juges constitutionnels. Sans doute, s'inscrit-il ainsi dans la tendance contemporaine des droits constitutionnels nationaux également transformés, profondément, par la montée en puissance des juridictions constitutionnelles; et, sans doute aussi, ce droit-là assure-t-il effectivement, pour reprendre l'esprit de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, la garantie des droits des personnes et des groupes dans toutes les sociétés européennes. Mais, ce n'est pas faire injure à ce travail des juges, que de considérer qu'un droit constitutionnel européen n'existera en tant que tel et ne prendra une signification véritablement démocratique que lorsque les peuples d'Europe auront manifesté, par l'adoption d'un texte solennel, leur volonté de se doter d'une autorité politique commune pour vivre et réaliser ensemble un projet de société partagé. Ce texte solennel, ce sera, tout simplement, la constitution européenne. Le patrimoine constitutionnel européen ne peut en tenir lieu; mais il en est certainement le foyer, c'est-à-dire, le lieu qui permet à la famille européenne de se réunir, progressivement, sous un même toit.

b. Patrimoine constitutionnel européen et histoire de l'Europe par M. Gérard SOULIER

Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne, Amiens

La question posée dans ce séminaire n'est évidemment pas innocente. Elle nous renvoie tout d'abord à son auteur. Dans un document préparatoire, Dominique Rousseau formule "l'hypothèse qu'un patrimoine constitutionnel européen peut se dégager progressivement par le travail jurisprudentiel complémentaire et convergent des juges constitutionnels". Il nous interroge en premier lieu sur "la pertinence du concept de patrimoine constitutionnel européen" et nous demande également de réfléchir à "l'intérêt de la notion de patrimoine constitutionnel européen".

Ne soyons pas plus innocent que l'auteur. Nous pouvons supposer qu'en bon chercheur, il a bien quelque idée de la réponse. Nous disposons d'ailleurs de ses aveux publics, à la page 4 de couverture de son ouvrage sur la justice constitutionnelle en Europe: "...au-delà des différences, le principe et la pratique de la justice constitutionnelle transforment profondément les systèmes juridico-politiques et plus largement le visage de la citoyenneté démocratique qui se forme

désormais davantage dans la matière d'un *patrimoine européen* des droits et libertés que dans la référence nationale<sup>15</sup>.

L'hypothèse de Dominique Rousseau est évidemment intéressante. Nous lui devons une discussion.

Commençons par l'emploi du terme patrimoine en ce domaine. Il n'y a là rien d'inconvenant dans la mesure où l'emploi du mot patrimoine dans un sens figuré n'a rien de nouveau. Les lexicographes ont pu relever au XII<sup>e</sup> siècle des expressions telles que *patrimonium populi* pour "trésor public", *patrimonium Crucifixi* pour les "biens de l'Eglise", l'expression "patrimoine de Saint Pierre", pour désigner les biens temporels de la papauté, étant attestée depuis le XIII<sup>e</sup> siècle<sup>16</sup>. Le sens général, "ce qui est transmis à une personne, à une collectivité par les ancêtres, les générations précédentes", peut donc être appliqué dans le domaine socio-culturel et, si ce type d'emploi tend à se répandre à notre époque, cela ne date pas des toutes dernières années. Par exemple, Pierre Chaunu parle du XVIII<sup>e</sup> siècle comme l'un des "deux ou trois legs les plus importants de notre héritage" et considère que les Lumières représentent "le XVIII<sup>e</sup> siècle durable, celui qui fait partie de notre patrimoine"<sup>17</sup>. Autre exemple, fourni par le président de la République fédérale d'Allemagne, M. Roman Herzog, à l'occasion d'un discours prononcé devant le Parlement européen en octobre 1995, dans lequel il citait la phrase suivante d'Ortega Y Gasset: "Si nous faisons aujourd'hui le bilan de notre patrimoine spirituel, il s'avèrerait qu'une grande partie ne vient pas de notre patrie respective mais du fonds européen commun"<sup>18</sup>. On peut donc sans audace excessive parler, dans le domaine culturel, d'un patrimoine européen. Tout cela, bien entendu, sous bénéfice d'inventaire.

Dans le domaine juridique et politique, l'emploi du mot patrimoine est également établi depuis de nombreuses années; il est même bien établi pour ce qui concerne la construction européenne, ainsi qu'on le verra. Dans ce domaine, figurent des éléments qui se rattachent au droit constitutionnel. La notion de "patrimoine constitutionnel" semble donc recevable. Mais peut-on ériger cette formule en concept?

Il est évident que "patrimoine constitutionnel" ne pourrait, en tout état de cause, être un concept de droit positif. Aucun texte juridiquement sanctionné ne le consacre. Il ne saurait être qu'un concept de théorie du droit ou de sociologie du droit. Quel serait alors son contenu et son utilité?

Il est nécessaire de décomposer cette expression. L'adjectif "constitutionnel" ne pose pas de problème dans la mesure où l'objet est aisément identifiable. C'est donc au substantif patrimoine qu'il faut s'attacher. Or, on peut facilement lui trouver des substituts: des expressions telles que "traditions constitutionnelles" ou "acquis constitutionnels" ou même "principes constitutionnels" pourraient très convenablement recouvrir ce que l'on peut placer sous le vocable de "patrimoine constitutionnel". C'est donc principalement une manière de dire. Sous cet angle, le mot "patrimoine" n'est qu'un signe linguistique relativement commode parce qu'il fait image; il permet d'évoquer toutes sortes de "biens" reçus en héritage des générations précédentes, qu'il

<sup>15</sup> D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, coll. clefs, 1995; c'est nous qui soulignons.

<sup>16</sup> Cf. Dictionnaire historique de la langue française (A. Rey dir.), Paris, Le Robert, 2 vol., 1992.

<sup>17</sup> P. Chaunu, *La civilisation de l'Europe des Lumières*, Arthaud, 1971; champs, Flammarion, 1982, p. 11-12.

<sup>18</sup> Bulletin "Europe", Bruxelles, n° 6581, 11 octobre 1995.



s'agisse des monuments historiques ou de diverses productions sociales à caractère culturel ou politique. Il y a lieu de noter par ailleurs que le terme s'est chargé, à notre époque, de connotations fortement positives dans tous ces emplois: le patrimoine est un bien collectif qui inspire le respect et qui doit être préservé, protégé, sauvegardé même (il y a des "chefs-d'œuvre en péril"), enfin, célébré. Le succès croissant de la "journée du patrimoine" - peut-être un avatar contemporain du culte des ancêtres - témoigne de la sensibilité d'un très large public à l'égard d'un passé, d'une histoire dont il est héritier. Le terme étant valorisé, la référence au patrimoine donne de la valeur aux choses et il y a, en profondeur, une dimension affective qui s'attache à ce terme: inscrire tel objet, telle institution au patrimoine, c'est vouloir, en quelque sorte, les placer sur un autel, et à l'abri du temps.

Faut-il aller plus loin? Peut-on en faire véritablement un concept? Il faut alors soumettre le "patrimoine constitutionnel" à l'expérience d'une remotivation du mot patrimoine en lui appliquant les différentes modalités dans lesquelles ce terme est normalement employé. On sait par exemple qu'un patrimoine comporte un actif et un passif, qu'on peut le faire fructifier comme on peut le dilapider. Ce n'est certainement pas ce qui est recherché lorsqu'on parle de patrimoine culturel par exemple, et il en va sans doute de même lorsqu'on avance l'idée d'un patrimoine constitutionnel européen. On inscrit au patrimoine ce qu'il y a de meilleur, ce qui ne doit pas faire oublier - mais on risque de l'oublier - que dans l'histoire, le meilleur a constamment accompagné le pire, que, par exemple, les prodromes des théories racistes apparaissent à la même époque que se construit la philosophie des droits de l'homme, au siècle des "Lumières"! On peut cependant poursuivre l'exploration en se livrant délibérément au jeu de la métaphore. La ressource du jeu peut s'avérer féconde: "c'est l'instinct de jeu, sans cesse réveillé, qui appelle au jour des mondes nouveaux", disait Héraclite<sup>19</sup>.

On est ainsi conduit à s'intéresser tout d'abord à la consistance de ce patrimoine: comment s'est-il formé? De quoi est-il composé? Toutes questions qui, en un mot, posent le problème de la constitution du patrimoine. On peut examiner ensuite ce qui a trait aux sujets concernés par ce patrimoine, ses auteurs, mais plus encore, ses divers ayants cause, en bref, ce qui concerne la dévolution du patrimoine: ce patrimoine *européen* ne concerne-t-il que les Européens? Et même, est-il celui de tous les Européens? Sur ces différentes questions, l'histoire peut apporter quelques éclaircissements.

## I. LA CONSTITUTION D'UN PATRIMOINE COMMUN EUROPÉEN

C'est à une double recherche qu'il faut se consacrer: d'où vient le mot? D'où vient la chose? Le mot: depuis quand parle-t-on de patrimoine en ce domaine et qui en a consacré l'usage? En d'autres termes: quels sont les inventeurs, sinon de ce patrimoine européen, du moins de la notion? La chose: quel est le contenu de ce patrimoine et comment a-t-il été constitué? Voilà qui nous conduit de temps proches à des temps plus lointains. L'histoire consiste à remonter le temps.

### A. L'invention

La notion de "patrimoine commun", dans le domaine des institutions juridiques et politiques européennes, apparaît dans plusieurs instruments diplomatiques européens d'importance. Il

---

<sup>19</sup> Cité par G. Deleuze, *Nietzsche et la philosophie*, PUF, 1962, p. 28.

semble bien que ce sont les auteurs de ces textes qui soient les inventeurs de la notion elle-même.

La première référence apparaît dans le *traité de Bruxelles* du 17 mars 1948, lequel, après réaménagement par le traité de Paris du 23 octobre 1954, constitue le fondement juridique de l'U.E.O.; on la trouve ensuite dans le *statut du Conseil de l'Europe* du 5 mai 1949 et également dans le préambule de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales* (CEDH) du 4 novembre 1950. Ces trois textes sont très proches dans leur inspiration. Dans le premier texte, les hautes parties contractantes s'engagent "... à confirmer et à défendre les principes démocratiques, les libertés civiques et individuelles, les traditions constitutionnelles et le respect de la loi qui forment leur *patrimoine commun*". Dans le deuxième, les Etats parties au traité se déclarent "inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le *patrimoine commun* de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable". L'article 1<sup>o</sup> confirme que "le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur *patrimoine commun* ...". Enfin, dans le préambule de la CEDH, les Etats signataires se réfèrent, "en tant que gouvernements d'Etats européens" à leur "*patrimoine commun* d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ...".

Cet attachement à des valeurs communes se retrouve dans la Communauté européenne, non dans les traités mais dans l'importante *Déclaration sur l'identité européenne* adoptée par le Sommet de Copenhague, le 14 décembre 1975, avec, il est vrai, une variante lexicale, laquelle ne change rien au fond: les Etats membres de la Communauté se réfèrent en effet à un "*héritage commun*" qu'ils se proposent de "recenser"; ils évoquent également "une *civilisation* qui leur est *commune*" et qui se traduit par les principes de la démocratie, du règne de la loi, de la justice sociale -finalité du progrès économique- et du respect des droits de l'homme, qui constituent des éléments fondamentaux de l'identité européenne".

Patrimoine-héritage-identité-civilisation recouvrent pratiquement les mêmes éléments dans le domaine juridique et politique, tel qu'il s'est historiquement constitué en Europe: libertés individuelles et politiques, démocratie, respect du droit ou de la loi (métonymie du droit dans ce type d'emploi) en sont les références primordiales, ces trois éléments étant intimement associés à des valeurs morales. On notera que le statut du Conseil de l'Europe place les valeurs spirituelles et morales au premier rang, leur donnant de la sorte une portée métapolitique. En fait, les éléments qui définissent les grandes lignes de ce patrimoine commun sont eux-mêmes assimilables à ces valeurs: le respect des personnes et de leurs droits fondamentaux, le respect du droit sont des valeurs tout à la fois juridiques, politiques et morales.

Ce retour sur l'invention de la notion de patrimoine commun nous permet de comprendre le choix d'un mot. Il procède tout à la fois d'un acte de conscience et d'un acte de volonté. Conscience tout d'abord d'une extrême menace. L'angoisse exprimée par Paul Valéry à la fin de la Première Guerre Mondiale est devenue, après 1945, celle d'un continent. Phrases trop connues pour n'être pas répétées: "Nous autres civilisations nous savons maintenant que nous sommes mortelles"; ou encore: "Tout ne s'est pas perdu, mais tout s'est senti périr". Paul Valéry exprimait la même anxiété dans une conférence donnée à Zurich, le 15 novembre 1922: "... nous sommes presque détruits par ce qui est détruit...; nos craintes sont infiniment plus précises que

nos espérances..."<sup>20</sup>. Après un second conflit mondial, plus terrible encore, et dans lequel les enjeux n'étaient plus seulement des territoires, comme dans les guerres précédentes, mais concernaient toute une civilisation, la conscience de la menace était à la mesure des épreuves subies. De là l'idée d'affirmer l'existence d'un patrimoine commun à l'Europe: *patrimoine*, pour exorciser l'esprit de destruction; *commun*, pour conjurer ces mortelles divisions. Ce qui est inscrit au patrimoine doit être en toute hypothèse préservé, comme un bien commun devant être transmis de générations en générations sans qu'elles puissent en disposer, bien en quelque sorte inaliénable, comme un bien de mainmorte.

La conscience de la menace détermine ainsi la volonté. Il y a invention du patrimoine dans les deux sens du terme: on découvre, comme on découvre un trésor, que certaines institutions, établies au cours de l'histoire, forment un patrimoine représentant ce qu'il y a de plus précieux dans l'ordre politique et juridique. Il y a également invention au sens d'un acte créateur, on pourrait dire d'un acte performatif<sup>21</sup>: certaines institutions sont érigées en éléments d'un patrimoine et deviennent, par le fait même qu'on les déclare comme telles, des institutions en quelque sorte au-dessus des autres. Cela se réalise dans le même temps que sont énoncés les éléments constitutifs de ce patrimoine.

## B. L'inventaire

Si l'on veut s'en tenir à l'essentiel, l'inventaire de ce patrimoine peut être assez facilement dressé. Les instruments diplomatiques évoqués plus haut ont clairement dessiné les contours de la masse successorale: les droits fondamentaux des personnes, les règles essentielles de la démocratie politique avec le respect du pluralisme et les droits d'expression pour la minorité et les minorités, le respect du droit. Ce qui est reconnu par ces grands textes internationaux l'est également dans la théorie. Si l'on prend pour cadre de référence les régimes politiques occidentaux, ce qui, par rapport aux systèmes constitutionnels européens, représente un ensemble plus vaste et qui les englobe, à la manière dont l'espèce inclut tous les traits qui se retrouvent dans les différents genres<sup>22</sup>, on peut s'accorder sur ce résumé proposé par J. L. Quermonne: "Gouvernement de la majorité dans le respect de la minorité, fondé sur des élections libres au rythme régulier et l'observance de l'Etat de droit". Et l'auteur d'ajouter: "Cette démocratie a une histoire..."<sup>23</sup>.

Dans le corps de l'ouvrage, J.L.Quermonne utilise le terme de "constitutionnalisme" auquel il associe la garantie des droits fondamentaux et les principes de l'Etat de droit. Il définit ce terme de la manière suivante: "les pouvoirs publics, comme d'ailleurs les citoyens, sont tenus au respect de la Constitution, ce qui entraîne... pour les pouvoirs publics de se soumettre au contrôle de la constitutionnalité et de la légalité de leurs actes par un organe juridictionnel indépendant"<sup>24</sup>. Nous voici au centre du problème et, au centre du centre, se trouve le contrôle de constitutionnalité, thème dominant de ce séminaire. Il faut donc s'y arrêter.

<sup>20</sup> P. Valery, *Variétés I et II, 1924-1930*; Gallimard, coll. idées, 1978, pp. 13, 15, 22.

<sup>21</sup> Au sens que les linguistes donnent à ce terme; cf. J. L. Austin, *How to do things with words*, 1962; trad. française, *Quand dire, c'est faire*, Le Seuil, 1970.

<sup>22</sup> Ce qui est spécifiquement européen, à l'intérieur du monde occidental, sera évoqué plus loin.

<sup>23</sup> Cf. J. L. Quermonne, *Les régimes politiques occidentaux*, Le Seuil, coll. points, 3<sup>e</sup> éd., 1994, p. 4 de couverture; les éléments réunis dans cette présentation sont explicités p. 18-19.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 19.

D. Rousseau fait remarquer que ce n'est que depuis une vingtaine d'années que s'est généralisé en Europe le contrôle de constitutionnalité - Grande-Bretagne mise à part, *of course*. Est-ce une durée suffisante pour considérer que cette évolution peut être d'ores et déjà inscrite au patrimoine juridique, politique et, pour partie, constitutionnel, si l'on accepte cette notion, avec l'idée d'acquis irrévocable qu'on voudrait y associer? Cela conduit à aller plus loin dans l'analyse de cette notion de patrimoine.

Se référer au patrimoine, c'est se référer à l'histoire; inscrire une institution au patrimoine, c'est lui donner un brevet d'historicité et par là même une épaisseur, une valeur à la mesure du temps incorporé. Parce que toute société est une formation historique, elle valorise nécessairement sa propre histoire et celle-ci, en retour, a une valeur en quelque sorte légitimatrice à l'égard de tout ce qui s'est institutionnalisé dans le temps. On peut même dire qu'une institution est d'autant plus vénérable qu'elle a une plus longue histoire. "Ne pas penser dans le seul temps court", enseignait Braudel<sup>25</sup>, dont toute l'œuvre s'est construite sur la distinction entre trois temps historiques: "temps rapide des événements, temps allongé des épisodes, temps ralenti, paresseux des civilisations"<sup>26</sup>. La question devient dès lors la suivante: au sein des institutions démocratiques, quelle est l'épaisseur historique du contrôle de la constitutionnalité? Il faut prendre du recul.

La démocratie, avec ses procédures essentielles, relève-t-elle du temps long? Après tout, la démocratie, au sens où nous l'entendons, est très récente dans notre histoire. Elle n'est installée durablement en France que depuis la fondation de la III<sup>e</sup> République et, si l'on veut bien considérer que le suffrage universel n'existe véritablement que depuis 1945, date à laquelle il a été étendu aux femmes, cela ne fait qu'une cinquantaine d'années, ce qui est historiquement dérisoire. Mais le mouvement institutionnel à l'origine de la démocratie date indéniablement de la Révolution française, et celle-ci n'a pas surgi tout d'un coup: on peut remonter le temps, incorporer dans cette histoire un mouvement d'idées qui s'est clairement affirmé dans la philosophie des Lumières, faire de celle-ci le prolongement d'un processus engagé à la Renaissance, remonter encore au grand et long mouvement d'affranchissement des villes au cours du Moyen Age ("l'air de la ville rend libre" disait-on en ces temps) et même, pour ce qui est de "l'institution imaginaire"<sup>27</sup> - si fortement agissante pendant la Révolution-, à la cité antique.

La reconnaissance et la garantie des droits fondamentaux a également une longue et lente histoire que l'on peut lire en remontant, par exemple, aux grands textes anglais jusqu'à la Grande Charte de 1215. L'histoire française s'est écrite d'une autre manière, mais l'élaboration historique fut également longue; on peut considérer qu'elle a coïncidé avec celle de la démocratie, les deux choses étant inséparables. Ainsi, un auteur comme Esmein qui, sous la III<sup>e</sup> République, déniait à la Déclaration de 1789 une valeur constitutionnelle, considérait cependant que les principes proclamés en 1789 apparaissaient, aux yeux des constituants de 1875, "comme dans un *patrimoine* définitivement acquis au peuple français"<sup>28</sup>. On retiendra, d'une part, que

<sup>25</sup> F. Braudel, *Ecrits sur l'histoire*, Flammarion, 1969, coll. Champs, 1989, p. 61.

<sup>26</sup> F. Braudel, *Grammaire des civilisations*, Arthaud-Flammarion, 1987, p. 30.

<sup>27</sup> Cf. C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Le Seuil, 1975, spécialement p. 179.

<sup>28</sup> A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Sirey, 1914, p. 561. Pour lui, dans le dispositif de la III<sup>e</sup> République, la garantie des droits "n'a la valeur que d'une restriction ou obligation morale imposée au pouvoir législatif" (p. 564).

l'idée d'un patrimoine juridico-politique n'est décidément pas nouvelle et qu'elle semble, au surplus, avoir elle-même une certaine historicité, d'autre part, que les droits fondamentaux en font assurément partie. Mais son emploi est limité au plan national.

Si l'on restreint l'enquête à la question plus strictement constitutionnelle, au sens formel du terme, on notera que le constitutionnalisme s'est véritablement développé au XIX<sup>e</sup> siècle, mais qu'il commence avec la Révolution française et, plus précisément, cela mérite d'être rappelé, avec les cahiers de doléance dont aucun ne demandait l'abolition de la monarchie alors que tous ou presque tous réclamaient une constitution comme fin de l'absolutisme; et il est vrai que la théorie du contrat social, conjuguée pour la circonstance avec *L'Esprit des lois*, avait préparé le terrain.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois ne semble pas avoir une telle épaisseur historique et il n'est pas entré dans l'institution imaginaire ou, si l'on veut, dans la représentation sociale de la démocratie. La question a pourtant été discutée lors de la Révolution et, qui plus est, par la Convention. Ce qui doit être souligné, c'est que cette idée d'un contrôle de constitutionnalité était, dans le débat révolutionnaire, liée au respect des droits de l'homme que l'on voulait mettre hors de portée des instances représentatives. Robespierre lui-même s'était prononcé, le 10 mai 1793: "La Déclaration des droits est la Constitution de tous les peuples...; qu'elle soit sans cesse présente à tous les esprits; qu'elle brille à la tête de votre Code public; que le premier article du Code soit la garantie formelle de tous les droits de l'homme; que le second porte que toute loi qui les blesse est tyrannique et nulle". Mais Robespierre ne disait ni comment ni par qui devait être prononcée cette nullité. C'est ici qu'intervient Sieyès, avec ce grand discours prononcé devant la Convention le 2 thermidor de l'an II: "Je demande d'abord un jury de constitution ou, pour franciser un peu le mot de jury et le distinguer dans le son de celui de juré, une *jurie constitutionnaire*; c'est un véritable corps de représentants que je demande avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la Constitution... Voulez-vous donner une sauvegarde à la constitution, un frein salutaire qui contienne chaque action représentative dans les bornes de sa procuration spéciale, établissez une jurie constitutionnaire"<sup>29</sup>. Le projet fut cependant vivement combattu, notamment par Thibeau: "Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et, en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus facilement". La jurie constitutionnaire de Sieyès devint finalement le *Sénat conservateur* de la constitution de l'an VIII<sup>30</sup>. Ainsi, le contrôle de la constitutionnalité des lois a pris la forme d'un mauvais souvenir dans ce qu'il est convenu d'appeler la "tradition républicaine"<sup>31</sup>.

Sur cette question comme sur tant d'autres, on peut être frappé de ce que le débat révolutionnaire ait croisé une argumentation qui, rapidement parvenue à l'essentiel, ne s'est pratiquement pas renouvelée depuis. Il ne faut cependant pas s'y laisser prendre. Les mêmes propos n'ont pas le même sens dans des contextes historiques profondément différents. La Déclaration des droits, en 1789, établissait une rupture, elle représentait un acte révolutionnaire, une institution neuve; elle était la Révolution elle-même. On peut donc comprendre que ses auteurs aient voulu la protéger, la mettre au-dessus des lois et des constitutions. Mais, dès lors

<sup>29</sup> Ces deux discours cités in A. Esmein, *op. cit.*, pp. 599-600.

<sup>30</sup> D'après l'article 21 de la constitution, il "maintient ou annule tous les actes qui lui sont déferés comme inconstitutionnels par le Tribunal ou par le gouvernement".

<sup>31</sup> Cf. C. Nicolet, *L'idée républicaine en France*, Gallimard, 1982, spécialement p. 349 sq.

que ces droits sont entrés dans le patrimoine populaire et qu'ils sont reconnus comme tels par un consensus indéniable, leur protection ne se pose plus dans les mêmes termes. L'expérience de la III<sup>e</sup> République montre d'ailleurs que ce consensus a permis un réel développement des libertés publiques, tant par la loi que par la jurisprudence, notamment celle du Conseil d'Etat. Cette expérience tend à démontrer que le contrôle de constitutionnalité des lois ne semble pas une implication logique et nécessaire du développement historique de la démocratie, indispensable à l'épanouissement des droits fondamentaux. Une question plus précise se pose alors: l'institution d'un contrôle de la constitutionnalité des lois en France ou, plus justement, l'auto-institution du Conseil constitutionnel en juge constitutionnel, contre la lettre de la constitution elle-même, doit-on noter en passant<sup>32</sup>, représente-t-elle un progrès si grand pour nos institutions démocratiques qu'il faille inscrire cette institution dans notre patrimoine?

Un inventaire ne se passe pas d'un bilan. Il faudrait l'établir de façon minutieuse, ce qui est ici hors de propos. Il faut préciser que le décompte des pertes et profits oblige à déborder le cadre national. Sur le plan interne, tout d'abord, on peut bien relever -sans se prononcer sur les justifications qui ont inspiré ces lois- des évolutions législatives récentes qui représentent plutôt un recul en matière de libertés publiques, sans que le Conseil constitutionnel n'ait trouvé à y redire. Tenons-nous en à un exemple: les contrôles d'identité, que la tradition libérale et républicaine limitait strictement aux cas de mandat judiciaire et de flagrant délit, ont été largement étendus par tous les gouvernements depuis vingt ans. Lors de la discussion de la loi "sécurité et liberté", en 1978, M. Peyrefitte avait fait inscrire dans le texte, pour répondre aux critiques, que ces contrôles devaient être opérés avec courtoisie. On a depuis retiré cette plaisanterie mais les contrôles sont devenus possibles dès lors qu'il y a un risque de trouble à l'ordre public. Les circonstances aidant, tout le monde devient suspect. On pourrait invoquer également les modifications récentes du code français de la nationalité qui, d'une part, remettent en cause une tradition (l'héritage, donc, en la matière) et d'autre part introduisent une certaine insécurité juridique pour des enfants nés en France de parents étrangers. Du point de vue des droits fondamentaux des personnes, il y a du passif dans ce bilan, une certaine déperdition à laquelle le Conseil constitutionnel ne s'est pas opposé ou n'a pas cru devoir le faire.

Si l'on se projette maintenant au-delà du cadre national, la situation actuelle ne manque pas d'être paradoxale. D'une part, les autorités nationales ne sont plus autonomes au sens classique de la souveraineté. Dans le domaine précis des droits fondamentaux, le dispositif mis en place sur la base de la CEDH est devenu relativement efficace avec le développement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Globalement, on peut considérer qu'il y a un gain sur ce plan et, si certaines normes de la convention ont été interprétées comme étant d'effet direct dans l'ordre interne, la portée de cette entaille dans le principe de souveraineté reste limitée. Il n'en va pas de même, en revanche, sur le plan communautaire.

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a minutieusement construit une jurisprudence d'une lourde portée constitutionnelle. Sommairement: la CJCE a proclamé que la Communauté constituait un ordre juridique autonome, autrement dit une totalité trouvant en elle-même ses principes d'explication et de légitimation. Ainsi a-t-elle pu donner la plus grande extension au principe de l'effet direct des règles communautaires en l'accordant, chaque fois que le contenu matériel du texte le permet, au texte du traité puis à certaines directives. De surcroît, elle a fait de la primauté du droit communautaire sur le droit interne des Etats membres un principe général, au point de considérer que la validité de tout acte communautaire ne pouvait

---

<sup>32</sup> **Aucun des textes qui le fondent et l'organisent n'utilise les mots "juge" ou "juridiction".**

être mise en question alors même qu'il porterait atteinte "soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit au principe d'une structure constitutionnelle nationale", précisant bien que "la validité de tels actes ne pouvait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire"<sup>33</sup>. Toutefois, la Cour a compensé cette dépossession des Etats par la prise en charge, à son niveau, des droits fondamentaux: "le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect; (que) la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des *traditions constitutionnelles communes* aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté". Traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ou patrimoine constitutionnel européen commun peuvent être tenus pour des formules équivalentes et les droits fondamentaux y voient leur place confirmée.

Pour couronner l'édifice, la Cour en est venue à proclamer que la Communauté est "une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité"<sup>34</sup>. Plus sobrement, elle présente le traité de Rome comme "la charte constitutionnelle d'une communauté de droit"<sup>35</sup>. Parler de "communauté de droit" ne signifie pas seulement que la Communauté a une base juridique; il s'agit de la transposition, sur le plan communautaire, de la notion d'Etat de droit avec tout ce que cela implique: l'application du principe de légalité; l'existence d'une juridiction exerçant un contrôle de conformité à la constitution (ici donc, les traités de base qui en tiennent lieu) de tous les actes des organes institués, y compris par conséquent, les actes des Etats membres en tant que sous-ensembles de cette communauté. On voit le paradoxe: d'une part, cette promotion extraordinaire du contrôle de constitutionnalité sur la base duquel s'opère et se poursuit la *construction* européenne; d'autre part, une minorisation du contrôle de constitutionnalité sur le plan national dans la mesure où la constitution n'est, d'évidence, plus souveraine en raison de la formation de ce que l'on pourrait appeler *un constitutionnalisme en surplomb*, institué au niveau communautaire.

Le bilan est donc, pour le moins, contrasté. Il l'est d'autant plus que la Cour de Justice des Communautés tend de manière générale à faire prévaloir les critères matériels sur les critères formels, la primauté des traités de base, tels qu'elle les interprète, étant en toute hypothèse assurée. Or, le contrôle de constitutionnalité ne donne pleinement son effet que dans la mesure où les règles de droit sont hiérarchisées selon la rigueur d'un formalisme pyramidal. La construction européenne est bien loin d'aller dans ce sens: au pluralisme des sources, favorisé de différentes manières (par le mécanisme de la "reconnaissance mutuelle" par exemple), il faut ajouter la "déhiérarchisation" et la "déformalisation" du droit qui caractérisent la jurisprudence communautaire.

Que faut-il conclure sur ce point? Donnons-nous le temps de réfléchir à partir de l'anecdote suivante. Un homme politique français, ancien ministre, homme des grandes causes autant que grand causeur et familier des plateaux de télévision, racontait un jour une conversation qu'il avait eue avec Chou en Lai: "Que pensez-vous de la Révolution française?" lui demanda-t-il; "la Révolution française?" répondit son hôte chinois après un bref temps de réflexion, c'est peut-être un peu tôt pour juger!". On peut admirer l'habileté de pareille réponse, apprécier une telle

---

<sup>33</sup> Arrêt Internationale Handelsgesellschaft, 17 décembre 1970.

<sup>34</sup> Arrêt Parti écologiste Les Verts, 23 avril 1986.

<sup>35</sup> Avis relatif au traité E.E.E., 14 novembre 1991.

finesse d'esprit. On peut voir aussi dans le propos, indépendamment du calcul de l'homme politique, une réelle sagesse. Après tout, le bicentenaire de la Révolution française, en France même, a bien soulevé un sérieux débat autour de la question de savoir si elle était ou non terminée, le débat concernant tout à la fois l'histoire et la manière de faire l'histoire<sup>36</sup>. Le débat n'est donc pas clos. Mais, en toute hypothèse, l'idée d'un progrès indéfini et continu, tel que le pensait par exemple un Condorcet, semble révoquée dans le temps que nous vivons. L'histoire a sans doute un sens (en un certain sens), mais il n'y a plus grand monde pour croire à un sens unique. Il faut, dit Braudel, "renoncer au linéaire"<sup>37</sup>. Par ailleurs, l'exemple de la III<sup>e</sup> République et celui de la Grande-Bretagne, dans lesquels l'absence d'un contrôle de constitutionnalité ne signifie nullement que les droits fondamentaux (ce qui compte au premier chef) y auraient été plus menacés ou seraient moins garantis qu'ailleurs, et d'autre part, l'exemple équivoque du Conseil constitutionnel, ne permettent pas de conclure formellement que le contrôle de constitutionnalité des lois est définitivement entré dans ce que l'on réunit sous le nom de patrimoine européen commun. A tout le moins, et sans "chinoiser" outre mesure, admettons qu'il est peut-être un peu tôt pour juger.

En tout état de cause, si le contrôle de constitutionnalité, comme élément de ce patrimoine, est, au moins, sujet à controverse, l'accord peut certainement se réaliser sur les droits fondamentaux, en tout cas, sur le principe lui-même. De ce point de vue, la jurisprudence de la CJCE dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, représente une forme d'enregistrement solennel de ces droits fondamentaux dans le patrimoine commun. Mais tout n'est pas dit: ces droits sont-ils entendus partout et par tous de la même manière? Cela reste à vérifier. Il faut alors se tourner vers les ayants cause. Qui sont les héritiers bénéficiaires de ce patrimoine constitutionnel européen et qu'en font-ils?

## II. LA DEVOLUTION DU PATRIMOINE

Le patrimoine est le produit d'une accumulation historique que l'on ne saurait réduire à une pure et simple addition. Chaque élément qui le compose a sa propre histoire mais celle-ci n'est pas séparable de celle d'autres éléments (par exemple, l'art baroque est inséparable de la Contre-Réforme); elle n'est pas davantage séparable d'une histoire plus vaste et qui l'englobe. L'histoire de l'Europe est une somme d'histoires, celle des peuples qui la composent, celle des multiples courants culturels qui ont traversé ces différents peuples, dans des affrontements comme dans toutes sortes d'échanges, culturels, commerciaux, formant à travers le continent des sous-ensembles transnationaux, on pourrait dire, des unités; mais non une unité. Alors, comment dégager de cet ensemble constamment effervescent et constamment déchiré un patrimoine qui soit véritablement commun à l'Europe et dont tous les peuples européens seraient les héritiers?

Ce patrimoine ne se partage pas selon les règles du code civil qui régissent la dévolution des successions. Il apparaît plutôt comme un bien commun indivis dont les Européens seraient en quelque sorte les usufruitiers. Mais qui sont ces Européens? L'Europe, il faut le répéter, n'est pas une, on le regrette pour Nietzsche; jamais elle ne le fut et elle est encore bien loin de l'être, même si une aspiration en ce sens s'est fait jour dans ce siècle. Le patrimoine juridico-politique dont il est essentiellement question ici est-il celui de toute l'Europe? Est-il celui des Européens

---

<sup>36</sup> Cf. O. Betourne et A. Hartig, *Penser l'histoire de la Révolution, deux siècles de passion française, La découverte, 1989, versus F. Furet, Penser la Révolution française, Gallimard, 1978.*

<sup>37</sup> F. Braudel, *Ecrits sur l'histoire, op. cit., p. 290. Le texte date de 1959, soit à une époque où, selon une croyance largement partagée, l'histoire et le progrès suivaient la même voie, main dans la main.*



seulement? Lorsqu'on parle d'Europe et de civilisation européenne, il s'agit toujours, même si cela reste généralement implicite, de la partie occidentale du continent, laquelle, de manière sans aucun doute abusive, s'est identifiée au continent lui-même, dans l'ignorance et, trop souvent, trop longtemps, dans le mépris de l'Europe orientale<sup>38</sup>. Mais, quoi qu'il en fût et quoi qu'il en soit, c'est dans ce sous-ensemble du continent que se situent les descendants en ligne directe, en somme les héritiers réservataires de ce patrimoine. Ne reste-t-il alors qu'une sorte de quotité disponible pour les divers types de collatéraux qui se trouvent dans l'autre Europe ou même, dans "les autres Europe", pour parler le langage de Braudel? Il n'y a rien, bien entendu, qui les empêche de faire valoir des droits à l'égard de ce patrimoine. Mais en ont-ils la même jouissance?

#### **A. Les héritiers en ligne directe: L'Europe occidentale**

Il faudrait faire ici une longue recherche généalogique et remonter jusqu'aux ancêtres les plus éloignés des sociétés de l'Europe occidentale. Cette remontée dans l'histoire rencontrerait bien des obstacles dont le premier est formé par toutes les histoires, fables, légendes que chaque peuple se raconte à propos de lui-même. L'histoire doit bien évidemment prendre en compte les mythes - et en faire l'histoire - mais elle ne doit pas s'y soumettre. Prenons l'exemple français.

"Il n'y a pas d'histoire de France, il n'y a qu'une histoire d'Europe" répétait, à juste raison, Marc Bloch. Dans son sens plein, l'aphorisme de Marc Bloch ne vise évidemment pas seulement l'histoire de l'Etat territorial et toutes les batailles menées contre les puissances voisines pour étendre ou défendre ce territoire mais aussi et même surtout l'histoire de la société française ou de la civilisation française. Or, suivant l'historiographie élaborée au XVI<sup>e</sup> siècle et érigée en dogme de la religion nationale au XIX<sup>e</sup>, des générations de Français ont appris dans les écoles: "Nos ancêtres les Gaulois...". Les Gaulois, peuple celte, venu d'Allemagne - des envahisseurs donc, des immigrants en somme! - ayant reçu leur nom d'une langue germanique, le francique, *Walha*, d'où vient également *Gallois*, et qu'il ne faut pas confondre avec son homonyme *galois*, de *galer*, s'amuser, qui a produit galant, à partir de quoi s'est établi ce lieu commun d'ancêtres grands buveurs de cervoise et fort portés à la gaudriole. Or, il ne reste pratiquement rien dans notre culture, tout juste une poignée de mots<sup>39</sup>, de ces braves Gaulois. Au regard de l'histoire, il serait infiniment plus juste de dire "Nos ancêtres les Gaulois (n'allons pas jusqu'à les renier), les Grecs, les Romains, les Juifs, les Germains, les Arabes, les Vikings...", mais les légendes ont la vie dure. Clovis? un chef franc (d'origine germanique par conséquent) et officier romain. Charlemagne? *Karl der Grosse*, disent les Allemands qui le revendiquent tout autant que les Français. S'il n'y a plus d'historiens dignes de ce nom pour entrer dans ce type de querelle<sup>40</sup>, on a pu voir, à l'occasion de l'anniversaire du baptême de Clovis, que les mythes, non l'histoire, continuaient d'étayer les attitudes politiques. Si l'on devait poursuivre l'étude de l'exemple français, il faudrait faire le compte de tout ce que la France doit à l'Italie, sur le plan de l'architecture, de la musique, ou même, ce qui peut surprendre, de son vocabulaire (le français a beaucoup emprunté à l'italien dans les domaines des arts, du vêtement ou de la cuisine), alors même qu'elle était au sommet de son rayonnement, au XVIII<sup>e</sup> siècle, au point qu'on ait parlé, à

---

<sup>38</sup> Cf. G. Soulier, *L'Europe, Histoire, Civilisation, Institutions*, A. Colin, 1994 (1<sup>re</sup> partie, chapitre 1).

<sup>39</sup> Cf. A. Rey, "Le Gaulois (La langue gauloise)", *op. cit.*, T.I, p. 877: "La présence gauloise est, sinon infime, du moins imperceptible et très profonde, en français".

<sup>40</sup> Cf. Carlrichard Brühl, *Naissance de deux peuples, Français et Allemands (IX<sup>e</sup> - X<sup>e</sup> siècles)*, Fayard, 1994.

l'époque, de "L'Europe française"<sup>41</sup>. Il faudrait y ajouter ces Français illustres, comme Lulli, d'origine florentine, ou Paul Valéry, né à Sète mais comptant des Génois parmi ses ancêtres.

En se référant à Mauss, Braudel envisage une civilisation à partir de trois éléments: une aire culturelle, des emprunts, des refus<sup>42</sup>. L'aire culturelle européenne, même réduite à la partie occidentale, est difficile à cerner. Sur quels éléments peut-on établir cette "cohérence dans l'espace" et cette "permanence dans le temps" qui permettent, selon Braudel, de reconnaître une civilisation ou une culture? Car, à l'intérieur de l'Europe occidentale, entre les différents groupes historiques qui se sont constitués, que de refus! Les guerres de religion aux XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles, qui virent l'avènement de la Réforme, ont montré partout le refus que s'opposaient réciproquement, avec une extrême violence, catholiques et protestants. On le sait, la portée de la querelle n'était pas purement théologique; elle opposait deux cultures, deux conceptions profondément différentes de la relation de l'individu et du groupe. Des calculs dynastiques s'y sont mêlés, puis l'émergence des nations modernes, les rivalités de puissance, en Europe et hors d'Europe, ont relégué au second plan la question religieuse; il n'en reste pas moins, selon Braudel, une "série de différences dans les comportements et les attitudes qui dessinent, entre les Anglo-Saxons et l'Europe catholique, une imperceptible et irréductible frontière"<sup>43</sup>.

Pourtant, les emprunts l'ont emporté sur les refus. S'il subsiste, en effet, des mentalités différentes, les pays qui composent l'Europe occidentale n'ont cessé de croiser leur influence. L'art roman, si présent en France, n'est pas d'un seul pays et c'est d'ailleurs en Catalogne qu'en seraient apparus les premiers signes; le baroque, né en Italie, a essaimé dans de multiples endroits du continent. On retrouve ici le rôle étonnant de l'Italie dans l'histoire du continent! L'influence constante qu'elle a exercée sur toute l'Europe et dans tous les domaines est d'autant plus frappante que ce pays, tardivement unifié dans un Etat, ne fut jamais une grande puissance au sens où l'ont été tour à tour l'Espagne, la France, l'Angleterre, l'Allemagne. Mais c'est d'Italie encore que sont venues ces inventions déterminantes dans l'histoire économique de l'Europe: les premières banques privées (XII<sup>e</sup> siècle), la lettre de change (XIII<sup>e</sup> siècle), les premières bourses d'échange (XIV<sup>e</sup> siècle), les premières formes de sociétés commerciales (XV<sup>e</sup> siècle)<sup>44</sup>. Il faut le reconnaître, certains pays ont marqué, plus fortement que d'autres, l'histoire du continent, et ce qui est vrai sur le plan des arts l'est également sur le plan de la pensée - que serait la philosophie en Europe sans la philosophie allemande? - et, bien entendu, sur celui des institutions juridiques. N'est-ce pas la "constitution d'Angleterre" qui inspire le chapitre le plus célèbre de *L'Esprit des lois*? Quant à la Révolution française et à la Déclaration de 1789, on sait leur influence, considérable, sur tous les mouvements d'affranchissement qui ont marqué l'histoire européenne au XIX<sup>e</sup> siècle.

Serait-ce à dire que, parmi les héritiers, certains pourraient prétendre à une sorte de droit du majorat? Parmi divers héritiers, tout autant présomptueux que présomptifs, certains semblent y prétendre en effet, de l'Angleterre "mère des parlements" à la France "patrie des droits de l'homme", comme si leur histoire en avait fait les conservateurs désignés du patrimoine juridique commun ou, si l'on veut, les gardiens des "bijoux de la famille", et leur donnait, par là

---

<sup>41</sup> Il est piquant de relever que cette formule est due à un diplomate italien; cf. L. Reau, *L'Europe française au siècle des Lumières*, Albin Michel, 1938, rééd. 1971.

<sup>42</sup> F. Braudel, *Ecrits sur l'histoire*, op. cit., p. 292 sq.

<sup>43</sup> F. Braudel, *Grammaire des civilisations*, op. cit., p. 388.

<sup>44</sup> cf. J. Delumeau, *La Civilisation de la Renaissance*, Arthaud, 1984, pp. 201 sq., 219 sq.

même, quelque titre à prévaloir sur le continent. De telles prétentions sont bien entendu irrecevables. Ce qui vient d'être rapidement évoqué à propos de la civilisation avait notamment pour objet de rappeler que, si tous ces pays de l'Europe ont formé des cultures singulières et même, très fortement particularisées, la richesse de ces différentes cultures vient précisément de ce qu'elles n'ont jamais cessé d'être des cultures ouvertes, ouvertes à l'influence des autres. La manière selon laquelle chacun de ces pays s'est construit est certes bien différente: la conception de l'Etat n'est pas la même, l'invention de la démocratie n'a pas suivi le même rythme ni les mêmes voies<sup>45</sup> mais tous ont abouti à des institutions comparables: celles-là même qui figurent à l'inventaire et auxquelles renvoient les grands textes européens évoqués plus haut. Tous ont ainsi contribué à la formation de ce qui tient lieu de patrimoine commun dans l'ordre des institutions juridiques et politiques. C'est même cela qui donne à la fois sa chance et son sens à l'idée de construction européenne. La seule volonté de mettre un terme aux affrontements ne pouvait suffire. Il fallait bien, par-delà des langues différentes, une forme de langage commun.

Mais où s'arrête l'Europe? La construction européenne est prise dans "la dialectique de l'approfondissement et de l'élargissement" comme le dit J.L. Quermonne<sup>46</sup>, depuis que les six pays fondateurs ont accueilli trois, puis quatre, puis six, puis neuf nouveaux Etats, et alors qu'une dizaine et plus ont exprimé leur désir d'adhérer aux institutions communes. Sans compter les projets américains de noyer le tout dans une vaste "communauté euro-atlantique allant de Vancouver à Vladivostok"<sup>47</sup>. La notion d'un patrimoine commun *européen* aurait-elle alors encore un sens si on l'étend indéfiniment aux lignes collatérales? Leur envoi en possession du patrimoine commun ne peut certainement pas être décidé sans examen.

## **B. Les collatéraux: de Vancouver à Vladivostok?**

Il y a une Europe occidentale longtemps séparée de l'Europe orientale et il y a un monde occidental qui va au-delà de l'Europe et donc hors d'Europe.

La relation de l'Ouest européen avec l'Est du continent est rendue possible depuis l'effondrement du système soviétique. Est-elle rendue facile? Il est en ce domaine, plus qu'en tout autre, trop tôt, beaucoup trop tôt pour juger. Bien entendu, on peut enregistrer, dans tous les pays affranchis désormais du système de domination auquel ils étaient soumis, la mise en place d'institutions démocratiques avec, à peu près partout, la création de cours constitutionnelles. C'est peut-être d'ailleurs dans ces pays qu'elles risquent d'être le plus utiles tant le principe de légalité, familier des systèmes de droit occidentaux, est différent du mécanisme que fut celui de la légalité socialiste. Par là, ils manifestent une volonté d'être en quelque sorte partie prenante du patrimoine juridique européen commun. On doit donner acte et même se réjouir de voir le cercle de famille s'élargir.

Mais il faut bien remettre le droit à sa place. Le carnage yougoslave, à l'issue duquel on ne compte que des perdants et d'innombrables victimes, est encore trop proche pour qu'on l'oublie. Cet affrontement impitoyable, opposant ces slaves du sud, peuples parlant la même langue, s'unissant de par la volonté de chacun à l'issue de la Première Guerre mondiale, a montré que la très vieille fracture qui coupait l'Europe en deux n'était pas résorbée. Il y a donc un double

---

<sup>45</sup> Sur "le processus de démocratisation" en Europe, cf. G.Soulier, *op. cit.*, p. 157 ss.

<sup>46</sup> J.L. Quermonne, *Le système politique de l'Union européenne*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 1994, p. 141 sq.

<sup>47</sup> L'idée a été lancée par le secrétaire d'Etat américain James Baker, à Berlin, le 18 juin 1991, lors d'une réunion du Conseil de la C.S.C.E.

problème: celui posé par une très longue séparation, celui posé par des traditions culturelles, politiques et juridiques fortement différentes. Une nouvelle fois, remontons le temps.

Cette très vieille ligne de faille qui, à quelques variations près, va de la Baltique à l'Adriatique a une très longue histoire. A l'origine, une réforme administrative de l'Empire romain sous Dioclétien, en 293, instituant la *Tétrarchie*; puis le partage effectué en 395 par Théodose entre ses deux fils, donnant à l'un la *pars occidentalis* de l'Empire et à l'autre, la *pars orientalis*; puis l'opposition croissante entre l'Occident catholique et romain et l'Orient grec et byzantin, jusqu'à l'excommunication réciproque du pape de Rome et du patriarche de Constantinople en 1054<sup>48</sup>. Une haine puissante pour l'Occident chrétien se forma en Orient à la suite de la mise à sac de Constantinople par la IV<sup>e</sup> croisade en 1204, au point qu'un dignitaire byzantin déclara: "Mieux vaut voir régner à Constantinople le turban des Turcs que la mitre des Latins"<sup>49</sup>. L'Occident laissa les Ottomans s'emparer de Constantinople en 1453, et ceux-ci occupèrent pendant des siècles tous les Balkans, s'avançant même jusqu'aux portes de Vienne. Dix siècles d'Empire byzantin, cinq siècles d'Empire ottoman mais aussi des siècles d'Empire tsariste montrent assez par eux-mêmes que l'ouest et l'est de l'Europe n'ont jamais vécu la même histoire. Et, dans les temps modernes, tandis que les Occidentaux se lançaient à la conquête du monde et développaient leur puissance, l'est du continent régressait dans ce que les historiens ont appelé le second servage. Puis il y eut la révolution bolchevique et, après la Seconde Guerre mondiale, le rideau de fer, tombé sur la ligne même qui coupe l'Europe en deux depuis plus de quinze siècles. La ligne de séparation, d'incompréhension et d'hostilité entre les deux Europe aura été administrative, religieuse, politique, économique, militaire, stratégique. Ce qui relève du temps court peut masquer mais ne doit pas faire oublier ce qui relève du temps long. Cette répétition de la cassure, au même endroit au cours des siècles, ne peut pas ne pas laisser des traces vives. Malgré cela, peut-être, les temps sont-ils venus de la réconciliation des deux Europe. Mais il est vraisemblable qu'il faudra du temps au temps.

Si l'on se tourne maintenant vers "nos cousins d'Amérique", on peut observer, bien entendu, des ressemblances notables avec l'Europe occidentale. Dans les deux univers, la notion de démocratie est indissociable de la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne. Voilà qui est certes capital. Mais, au-delà de cette base commune, les différences sont nombreuses et importantes. Pour s'en tenir à ce qui est le coeur même de ce patrimoine constitutionnel commun, la reconnaissance et la garantie des droits fondamentaux, on peut indiquer sommairement quelques différences qui sont loin d'être négligeables.

En dépit des apparences, l'inspiration générale des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas la même. Dans la constitution américaine, la référence à la divinité est insistante. Tocqueville avait remarqué, à propos de la religion en Amérique, "qu'on la croit sans la discuter". L'idée de séparation de l'Eglise et de l'Etat, l'idée de laïcité, y sont proprement inintelligibles. Rien de tel en Europe. La référence à la divinité ne se retrouve que dans quelques constitutions européennes mais cette référence est soigneusement évitée dans la plupart des cas. La conception française des droits de l'homme, par exemple, est délibérément laïque. Corrélativement, ces droits fondamentaux sont généralement perçus comme le fruit de luttes sociales, comme des conquêtes historiques, des droits proclamés envers et contre les autorités et non comme un don providentiel. La question de l'essence de ces droits est l'affaire des consciences individuelles. La liberté religieuse, en Europe, implique le droit d'être athée et

<sup>48</sup> Elle n'a été levée qu'en 1965, par le concile de Vatican II réuni par le pape Jean XXIII.

<sup>49</sup> Cité par P. Lemerle, *Histoire de Byzance, P.U.F., Que sais-je?, n° 107, 10<sup>e</sup> éd., 1990, p. 126.*

chacun est philosophiquement libre dans sa conception de l'homme, libre de concevoir que les droits dont il dispose ont un fondement divin, rationaliste ou purement historique et social. En droit, Dieu n'existe pas; seul existe le droit de croire ou de ne pas croire. Il s'ensuit que la pratique gouvernementale se tient généralement dans la neutralité religieuse, même dans des pays où la constitution fait référence à la divinité. On n'imagine guère, en Europe, qu'un chef d'Etat ou de gouvernement ordonne, comme le président Bush a pu le faire lors de la guerre du Golfe, des journées de prière ou d'action de grâce. Cette religiosité collective n'a pas son équivalent en Europe occidentale.

Quant à la substance de ces droits, on relève également de fortes différences: ainsi, le 2<sup>e</sup> amendement de la constitution des Etats-Unis (1791) prévoit le droit, pour les individus, de porter des armes, et l'on sait que toute tentative pour limiter ce droit - eu égard à la dimension de la criminalité de sang et à la croissance considérable qu'elle connaît de nos jours - s'est heurtée à la détermination du lobby des marchands d'armes mais aussi à la volonté d'un grand nombre d'Américains, attachés à ce qu'ils considèrent comme un droit fondamental. Cela est radicalement exclu, inadmissible en Europe; on peut même dire que cette idée fait horreur à l'esprit européen. Une telle prérogative se rattache à l'idée archaïque du droit de se faire justice à soi-même; elle est antagonique de l'idée d'une société régulée par le droit ou de celle d'Etat de droit (l'article 12 de la Déclaration française de 1789 prévoit expressément l'institution d'une force publique à l'usage de tous). Mieux même: le respect de la vie a conduit l'ensemble des Etats européens à donner l'exemple par l'abolition de la peine de mort, considérée comme un résidu de barbarie. Le protocole additionnel n° 6 à la Convention européenne des droits de l'homme, adopté en 1983, a été ratifié par une vingtaine d'Etats; une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 4 octobre 1994, considérant que "la peine de mort n'a pas de place légitime dans des sociétés civilisées", a recommandé de conditionner l'accueil de nouveaux membres à cette abolition.

Par ailleurs, la conception européenne des droits de l'homme inclut des droits sociaux: démocratie politique et démocratie sociale sont indissociables; en d'autres termes, il y a une composante sociale de la démocratie européenne qui implique un rôle de la puissance publique dans la répartition des ressources et dans la protection sociale, d'où une forte tradition de service public, principalement dans les domaines de l'éducation et de la santé. Toutes les constitutions écrites des Etats membres de l'Union européenne qui ont été adoptées depuis la Deuxième Guerre Mondiale consacrent ces droits économiques et sociaux à côté des droits civils et politiques et le traité de Rome a d'ailleurs intégré ces valeurs démocratiques: un titre est consacré à "la politique sociale"; il y est question de droit du travail, de sécurité sociale, de droit syndical... Cette notion de droits sociaux est inconnue du droit constitutionnel américain et, plus généralement, du système américain qui privilégie de manière absolue l'individualisme dans sa version utilitariste et puritaine. Ainsi, la notion même de politique - de ce qui est politique - est-elle sensiblement différente. "Les peuples se ressentent toujours de leur origine" a écrit Tocqueville. Le ressort de l'histoire américaine, c'est l'immédiat, cette forme extrême du temps court qu'est le court terme; une toute autre histoire donc, dans laquelle il ne peut pas y avoir le même sens du patrimoine que dans les sociétés d'histoire longue. Aussi, la prétention américaine à représenter l'exemple abouti et indépassable de la démocratie est évidemment irrecevable pour un Européen. Il n'y a pas de modèle universel de l'Etat et de la démocratie si l'on récuse l'idée que le modèle américain en soit le paradigme.

Il est vrai que l'évolution du monde s'accélère et que les cultures historiques cèdent de plus en plus -au risque de leur patrimoine, morceaux d'histoire cristallisée! - sous la pression uniformisante de multiples facteurs économiques, politiques et techniques. Une phrase de

Braudel, datée de 1959, prend toute sa force aujourd'hui: "Dépêchons-nous de voyager avant que la terre n'ait partout le même visage!"<sup>50</sup>.

c. Patrimoine constitutionnel européen et particularismes sociaux par Mme Hanna SUCHOCKA

Membre du Parlement polonais, Professeur de droit, membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

La recherche du patrimoine constitutionnel de l'Europe est un problème très important. Important entre autres parce qu'il force la réflexion et oblige à répondre à la question "qu'est-ce que signifie l'Europe"? Quels pays faut-il embrasser par la réflexion sur le patrimoine constitutionnel européen? J'ai l'impression, et parfois même des craintes justifiées, que même dans le cas d'un problème pareil, qui demande une réflexion historique plus approfondie, il existe une nette tendance à suivre l'idée de l'Europe partagée qui domine aujourd'hui. Cela a pour conséquence que l'on traite comme Europe uniquement les Etats qui se trouvent au sein de l'Union européenne ou éventuellement du Conseil de l'Europe. Une telle approche est d'après moi très dangereuse car elle mène à un jugement européen suivant le critère organisationnel. Si l'on est membre de l'Union européenne, on est en Europe. Si l'on ne l'est pas, on reste en dehors de la portée des réflexions sur l'Europe.

Mais la recherche de la réponse à la question sur le patrimoine constitutionnel européen demande de faire abstraction des structures organisationnelles actuelles et des partages de l'Europe qui ont eu lieu suite à tel ou tel accord international. Puiser aux sources du constitutionnalisme européen nous permet justement de nous rapprocher d'une définition plus précise de ce qu'est l'Europe. Quelles tendances sont caractéristiques pour la formation du constitutionnalisme européen et en même temps pour la formation de ce que nous définissons comme "européanisme", comme identité européenne commune? Dans ce domaine, les juristes, qui ont toujours tendance à chercher une réponse plus formalisée, doivent profiter de l'aide des historiens. Sinon, il peut s'avérer que nos réflexions deviennent incomplètes.

Pour commencer mes réflexions, je voudrais me référer au professeur B. Geremek, historien et homme politique de renommée. Dans une de ses interventions, il a rappelé des références très utiles pour nos réflexions, notamment des références à l'Europe de Charlemagne et à l'Europe des Othon. Il constate: "La pensée sur l'empire de Charlemagne a défini l'architecture de la Communauté européenne d'une manière qui semble presque paradoxale si l'on prend en considération le caractère durable des frontières qu'elle a établies et auxquelles se réfèrent presque toutes les idées européennes. Or, seuls les historiens ont une idée sur l'empire des Othon et c'est la raison pour laquelle elle semble couverte par la poussière de l'histoire. Les Othon avaient construit leur empire en se fondant sur le principe de la régionalisation. Une miniature du Moyen Age le présente comme la rencontre de quatre grandes régions: Italie, Germanie, Gaule et Slavonie. La quatrième région, que formaient d'après les Othon la Tchéquie, la Pologne et la Hongrie – trois Etats chrétiens – constitue donc un élément de cette construction"<sup>51</sup>.

L'unité de l'Europe est fondée aujourd'hui dans une large mesure sur des institutions politiques et économiques communes. Ces institutions n'auraient cependant pas pu voir le jour sous leur forme actuelle s'il n'y avait pas d'histoire culturelle commune des Européens. La culture est le

---

<sup>50</sup> F. Braudel, *Ecrits sur l'histoire*, op. cit., p. 306.

<sup>51</sup> *L'Europe, mais où sont ses frontières? Rencontre d'un groupe de discussion de Bergedorf, les 10-11 juin 1995 à Varsovie, Varsovie 1996*, p. 12.

courant le plus profond de la vie humaine collective, et en même temps le principe le plus profond de l'unité des sociétés. C'est pourquoi la construction d'une maison européenne commune ne peut pas se faire sans réfléchir sur ce qui constitue son fondement le plus profond<sup>52</sup>.

Avec une telle conception de l'Europe, on ne peut pas faire abstraction de l'ensemble du processus complexe de la formation du constitutionnalisme dans cette partie de l'Europe, qui, aujourd'hui, du point de vue formel, n'est pas membre de l'Union européenne, mais qui est bien enracinée dans la tradition, la culture et le droit européens. Il ne faut pas non plus oublier que ce fut la Pologne, qui eut la première sur le continent européen une constitution, la Constitution du 3 mai 1791<sup>53</sup>. La constitution polonaise fut un fruit évident du siècle qui avait donné à l'Europe et à l'ensemble de la civilisation euro-atlantique de nombreux traits qui ne cessent de la caractériser. Comme l'écrit H. Izdebski: "La conception moderne de la constitution, le principe de souveraineté de la nation, la construction des droits civiques résultant de la liberté inaliénable de l'individu, la séparation des pouvoirs - tout cela constituait l'apport de la pensée politique et du constitutionnalisme du siècle des Lumières à l'histoire universelle". Et tout cela nous le trouvons dans une mesure plus ou moins grande dans la constitution polonaise<sup>54</sup>.

Je pense qu'il est important d'analyser dans quelle mesure les Etats respectifs, surtout ceux qui se libèrent du système communiste, se sentent inclus dans l'ensemble du patrimoine constitutionnel de l'Europe. Il est en particulier intéressant de chercher la réponse à la question de l'influence de la référence à ce patrimoine européen commun sur la forme des solutions constitutionnelles dans les Etats post-communistes. J'estime que l'exemple de ces Etats peut être ici particulièrement important. Car ces Etats étaient soumis à une sorte d'expérience, qui consistait à créer des solutions communes de système pour l'ex-bloc soviétique, sur la base d'autres principes que ceux caractéristiques pour l'ensemble de l'Europe occidentale et que nous considérons appartenir au patrimoine européen commun.

Quels traits faut-il donc citer comme ceux qui caractérisent ce patrimoine? De la façon la plus générale, on peut constater que les éléments fondamentaux de la formation du constitutionnalisme européen suivent deux courants. Le premier est le courant lié à la Révolution française, qui embrasse l'ensemble dudit laboratoire constitutionnel en France, mais aussi la constitution polonaise de 1791. Le deuxième, c'est la doctrine de Kelsen, avec sa conception du pouvoir judiciaire constitutionnel. Ces deux courants avaient une influence fondamentale sur la formation de ce que nous appelons aujourd'hui patrimoine constitutionnel de l'Europe. Ils constituaient une sorte de cadre où se formaient les principes fondamentaux du constitutionnalisme européen. A ces principes appartiennent:

- le principe de la souveraineté du peuple;
- le principe de la séparation des pouvoirs, avec le pouvoir exécutif à deux niveaux, caractéristique du système européen - le chef de l'Etat / monarque ou président / et le chef du gouvernement;

---

<sup>52</sup> R. Buttiglione, J. Merecki Sds: *L'Europe en tant que notion philosophique*, Lublin 1996, p. 27.

<sup>53</sup> J. Baszkiewicz, *La Constitution du 3 mai 1791: entre la tradition et l'avenir* (manuscrit).

<sup>54</sup> H. Izdebski, *La Constitution du 3 mai parmi les constitutions de son siècle*, "Panstwo i Prawo" 1991, n° 5, p. 3.

- la garantie de la liberté et des droits de l'individu;
- le pouvoir judiciaire constitutionnel - le contrôle de la conformité du droit avec la constitution, effectué par un tribunal constitutionnel distinct.

Dans ce contexte, on se pose parfois la question de savoir si les tribunaux constitutionnels constituent un élément du patrimoine commun. Personnellement, je trouve que oui. Et comme je l'ai déjà mentionné plus haut, c'est justement pour moi l'un des indicateurs importants du patrimoine européen. Et, pour l'appréciation effectuée ici, il n'est pas important de savoir si de tels tribunaux existent dans tous les Etats, s'il y a aussi des Etats qui ne les prévoient pas. Il n'est pas important non plus d'après moi de savoir s'il appartient à ces tribunaux de procéder à un contrôle concret ou abstrait. Le plus important est l'inscription du rôle du tribunal constitutionnel dans la conception de la séparation des pouvoirs et l'acceptation par conséquent de la possibilité du contrôle des lois adoptées par le parlement ainsi que l'octroi d'un caractère définitif aux décisions du tribunal. La signification fondamentale des tribunaux consiste en la création de nouvelles zones d'équilibre, y compris l'exercice de la fonction de contrôle du parlement en tant que législateur<sup>55</sup>.

L'élément le plus important du patrimoine constitutionnel européen, c'est le pluralisme politique exprimé aussi bien dans le système de partis que dans la libre création des associations.

Ces principes généraux acquièrent une forme institutionnelle appropriée dans les Etats européens respectifs. Sans détruire le cadre du principe de la séparation des pouvoirs, suivant la tradition et la coutume, et la situation politique définie de l'Etat donné, on définit de façon différente les relations réciproques entre les organes respectifs de l'Etat.

De ce point de vue, il est sans aucun doute surprenant de procéder à une analyse visant à savoir à quel point lesdits "particularismes sociaux" s'inscrivent dans ces principes généraux, et à quel point le cadre constitutionnel formé par la tradition européenne est limitatif pour la garantie de certains droits résultant des particularismes sociaux. En examinant cette idée, il faut en premier lieu répondre ici à la question de savoir dans quelle mesure la recherche de certains particularismes va "à contre-sens" de la tradition européenne, l'élimine, et dans quelle mesure elle la complète, et constitue ainsi le développement des principes très généraux qui constituent l'essence du patrimoine européen.

Je voudrais ici attirer votre attention sur un particularisme très important, bien que je me rende compte que, portant à controverse, on ne l'inclut pas dans la notion traditionnelle de "particularismes sociaux". Il s'agit d'une sorte de phénomène social que fut l'existence, durant des dizaines d'années, du système communiste et sa tentative de créer un nouveau constitutionnalisme. Ce fut d'après moi, le plus important particularisme social du XX<sup>e</sup> siècle. Car il avait pour objectif de créer un système social et dans son cadre un système d'Etat fondé sur les principes allant contre la tradition européenne déjà formée. Ce fut la tentative de créer un système constitutionnel sur des principes qui ne tiennent pas compte de l'existence de ce que nous définissons justement comme patrimoine constitutionnel européen.

---

<sup>55</sup> Comme l'écrit J. Zakrzewska: "Les solutions constitutionnelles de nombreux Etats de l'Europe, surtout après la seconde guerre mondiale, apportent de nouvelles expériences, la réalisation du principe de Montesquieu, car ce fut alors que de nombreux nouveaux tribunaux constitutionnels ont vu le jour".



La question qui se pose ici, et qui ne peut pas rester sans réponse, est la suivante: à quel point cette tentative, cette expérience constitutionnelle a démontré certains traits de durabilité? A-t-elle enrichi de façon créatrice et évidente le patrimoine européen ou bien était-elle à tel point artificielle qu'avec la chute du système politique qu'elle devait justifier, la construction de ce "nouveau" constitutionnalisme s'est dé faite aussi?

Il faut chercher la réponse à cette question tout d'abord en essayant de cataloguer les principes sur lesquels ce système reposait. Car le problème consiste à savoir si la différence concernait uniquement les particularismes institutionnels ou plutôt les principes. La comparaison des principes peut servir de base pour savoir s'il a été possible de compléter de façon créative le patrimoine européen par les particularismes caractéristiques du constitutionnalisme socialiste. Parmi les principes les plus caractéristiques de ce système, il importe de mentionner:

1. le rejet du principe de la séparation des pouvoirs et l'adoption à sa place du principe de la confusion des pouvoirs,
2. l'adoption de la conception des droits du citoyen à la place des droits de l'homme,
3. la reconnaissance de la volonté de l'Etat comme fondamentale pour la création de la liberté de l'individu (rejet de la conception personnaliste),
4. la reconnaissance du rôle dirigeant d'un seul parti, ce qui signifiait l'élimination du principe du pluralisme politique,
5. la non-adoption du principe du contrôle de la constitutionnalité des lois, vu l'adoption dans le système des organes de l'Etat de la confusion des pouvoirs et de la suprématie du parlement, comme principes fondamentaux.

Cette énumération, très générale d'ailleurs, des principes qui différencient le constitutionnalisme socialiste du constitutionnalisme "ouest-européen", nous permet déjà de constater que les principes adoptés dans le cadre du constitutionnalisme socialiste n'entraient pas dans le cadre des courants que j'ai mentionnés et qui sont importants pour la formation du constitutionnalisme européen. Il faut néanmoins rappeler que, parmi les expériences de système de la Révolution française, on avait aussi essayé d'introduire la conception de la confusion des pouvoirs. Elle n'est pas cependant devenue un élément durable de la tradition européenne. Dans tous les Etats démocratiques (à l'exception de la Suisse, vu la genèse spécifique de son système), c'est le principe de la séparation des pouvoirs qui est reconnu comme principe fondamental de l'Etat démocratique de droit.

Le catalogue des principes, présenté ci-dessus, nous démontre explicitement que c'était une tentative de construire un système étranger à la tradition constitutionnelle européenne. La pratique l'a très bien confirmée. Car, au moment de la défaite du système communiste, dans tous les Etats qui se trouvaient sous l'influence du système de l'Union soviétique, la tendance du retour aux principes traditionnels du constitutionnalisme européen est devenue générale. Ces principes étaient traités comme principes de l'ordre démocratique constituant le fondement de la formation d'un Etat démocratique de droit, à la différence des principes du constitutionnalisme socialiste ouvrant la voie au système autoritaire.

Avec les arguments et la phraséologie sur le retour en Europe, la tendance à se référer à la tradition constitutionnelle et à la restitution des principes constitutionnels qui sont inscrits dans le patrimoine européen est devenue des éléments explicites de cet évident retour en Europe.

Cette tendance est exprimée directement par exemple dans le préambule de la Constitution de la République tchèque du 16 décembre 1992: "Nous, citoyens de la République tchèque (...) décidés à édifier, protéger et développer la République tchèque dans l'esprit des valeurs inaliénables de la dignité humaine et des libertés (...) en tant que partie de la famille des démocraties européennes et mondiales".

Il est caractéristique que, dans les Etats post-communistes, on peut remarquer une tendance plus forte que dans les Etats traditionnels européens à constitutionnaliser les principes qui étaient éliminés et qui sont reconnus comme fondement de l'ordre démocratique, et qui en même temps sont issus de la tradition européenne.

Il faut y classer aussi les questions liées à la définition du statut de l'individu. A l'issue de l'évolution ouest-européenne, la notion de la dignité humaine est devenue, avec celle de la liberté, l'élément constitutif des relations politiques. Ces deux notions définissaient la portée du catalogue des droits de l'homme. L'idée de la liberté humaine remonte au siècle des Lumières. Son expression constitutionnelle eut lieu à l'époque de la Révolution française. Et comme l'a très bien défini K. Michalski, ouvrant les septièmes entretiens de Castel Gandolfo en août 1996: "L'idée de la liberté de l'individu du siècle des Lumières et ce qui s'ensuit, l'idée de l'égalité et de la fraternité de tous les hommes, c'est le nerf de la culture dans laquelle nous vivons".

Le trait caractéristique pour tous les Etats post-communistes, c'est que l'on y souligne très fort dans la constitution les valeurs de la liberté et de la dignité humaine. Plus fort que dans les constitutions des Etats occidentaux, on y souligne aussi la nécessité de protéger la dignité humaine. La dignité humaine constitue le point de repère central de la définition des droits et des libertés de l'individu.

On peut aussi remarquer une forte référence au droit naturel, qui n'est pas défini d'une façon suffisamment claire par l'utilisation de notions comme droits de l'homme innés ou inaliénables. Ainsi, par exemple, la Constitution de la République de Hongrie de 1990, dans son paragraphe 8, "reconnaît les droits fondamentaux de l'homme inaliénables et indéniables..."; de même, la Charte tchèque des droits et des libertés fondamentales de 1992 reconnaît l'inaliénabilité des "droits innés de l'homme". De même, dans le projet de constitution polonaise, on peut trouver une formule appropriée: "la dignité de l'homme, innée et inaliénable, constitue une source de liberté et des droits de l'homme et du citoyen et est inviolable".

Je cite ces dispositions des constitutions uniquement à titre d'exemple. Le but de telles définitions est évident. Par une norme juridique de rang constitutionnel, on procède à une inscription directe, dans la tradition de la pensée ouest-européenne sur l'individu humain. C'est un évident besoin de souligner l'union avec l'ensemble du patrimoine européen dans ce domaine. Pour manifester cette union, des déclarations plus fortes que celles des constitutions des Etats ouest-européens sont nécessaires. Car, dans ces Etats, ce principe n'a jamais été mis en doute ni mis en question. Il constitue une suite logique de l'évolution démocratique et constitutionnelle.

Une telle position de l'individu a pour effet la construction détaillée du catalogue des droits de l'homme. Il est aussi important que, dans le langage de la constitution, ait lieu le retour aux

droits de l'homme et non pas seulement une référence aux droits civiques, trait caractéristique pour les constitutions socialistes. Le trait caractéristique est une évidente référence - aussi bien en ce qui concerne le nom que la portée de ce catalogue - à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui constitue une sorte de charte européenne des droits de l'homme, et dont le contenu - le catalogue des droits qu'elle renferme - constitue un évident reflet du patrimoine constitutionnel européen. En se référant de façon évidente à cette convention, les Etats désirent aussi souligner leur existence dans le système des valeurs européennes.

En analysant les constitutions des Etats post-communistes du point de vue des principes fondamentaux du système et de la forme du catalogue des droits de l'homme, on peut constater que ce particularisme social qui génère qu'était le fait de rester dans la sphère de l'influence du système communiste a eu la plus forte influence à rebours sur la forme des nouvelles constitutions. Car, ce qui domine, c'est la volonté de rompre avec le constitutionnalisme socialiste et avec ses principes caractéristiques, et de s'inscrire très clairement dans l'ensemble du patrimoine constitutionnel ouest-européen.

Au moment cependant d'effectuer une constatation aussi générale, il faut mettre en évidence encore trois facteurs, et les inclure dans le patrimoine européen. Il s'agit principalement de ces facteurs qui, traditionnellement, font partie des particularismes sociaux, à savoir la différenciation des religions et des ethnies ainsi que l'élément aussi important qu'est la référence au droit naturel.

Je commencerai par cette dernière question. L'analyse des nouvelles constitutions des Etats post-communistes devrait mener à se demander si la conception "d'un" droit naturel appartient au patrimoine constitutionnel européen.

Je pense qu'il est difficile de répondre clairement à cette question, bien qu'en même temps on observe de plus en plus souvent une tendance au retour au droit naturel. De plus en plus souvent, dans le monde contemporain, on revient à l'idée de la nécessité de "fonder" le droit positif sur "un" droit supérieur. Les relations réciproques entre le droit naturel et le droit positif sont l'un des plus importants éléments de la discussion menée dans le monde contemporain. La discussion au sujet de la signification du droit naturel est une sorte de *signum temporis*, voire de l'époque, où, à nos yeux, les droits des individus et de toutes les nations sont de plus en plus souvent violés. De tels comportements bouleversent les consciences et font appel au besoin de se référer à des valeurs supérieures, à chercher une référence transcendente, et, ce qui s'ensuit, à se référer explicitement aux normes éthiques. Les normes éthiques en tant que normes de référence morale aux comportements humains, ayant leur source dans la tradition européenne séculaire, sont perçues comme des garanties sûres du comportement éthique des collectivités, des nations et des Etats. Dans une telle situation, on observe le phénomène que nous pouvons appeler le retour au droit naturel. On cherche dans le droit naturel le porteur de ces valeurs désirées. Le droit naturel devient la référence de l'ordre équitable, et le droit positif sa contradiction, son élimination. On peut donc observer aujourd'hui dans de nombreux Etats une forte tendance à se référer directement au droit naturel en tant que droit équitable, et, dans le cas du conflit évident des normes - le rejet du droit positif. Il ne suffit plus de constater que le droit positif, uniquement par le fait d'être positif, est source unique de l'ordre et de la justice.

Le pur respect formel du droit n'est pas un élément du patrimoine constitutionnel. Une approche à tel point formalisée de la légalité, sans références axiologiques, doit être considérée plutôt comme une exception dans la tradition européenne. C'est justement la reconnaissance de cette référence au droit naturel qui constitue un élément du patrimoine européen. Ce besoin qu'ont les

nouvelles démocraties de s'inscrire sans équivoque dans la tradition constitutionnelle européenne se manifeste entre autres par les références si fortement soulignées à un droit "suprapositif".

Le trait caractéristique qui se manifeste très fort dans les Etats postcommunistes est le facteur ethnique. On ne peut pas oublier que certains de ces Etats ont vu le jour justement à l'issue d'une forte tension ethnique. On peut ici remarquer nombre de particularismes qui influent considérablement sur les solutions constitutionnelles, dont entre autres la tendance à souligner encore plus intensément la protection des droits des personnes appartenant aux groupes que constituent des minorités nationales ou linguistiques.

J'ai l'impression que le problème des minorités nationales et de la protection de leurs droits n'est devenu un problème constitutionnel de l'Europe que tout récemment. Dans les constitutions du XIX<sup>e</sup> siècle, ce problème apparaît peu. De même, la Convention européenne des Droits de l'Homme ne renferme pas de dispositions appropriées sur les droits des minorités. Suivant la tradition européenne fondée sur la protection des droits individuels, la Convention Européenne se réfère, à l'article 14, uniquement au principe d'égalité et à l'interdiction des discriminations. Dans ce domaine, les constitutions des Etats postcommunistes diffèrent considérablement des constitutions traditionnelles ouest-européennes. Le nouvel élément de leur contenu, ce sont justement les dispositions explicites sur la protection des droits des minorités. On peut trouver de telles dispositions, non seulement dans les constitutions des Etats qui ont effectivement des problèmes dans ce domaine, comme par exemple la Croatie, la Slovénie ou la Hongrie<sup>56</sup>, mais aussi dans les constitutions des Etats qu'il faut considérer comme uniformes du point de vue de la nationalité, comme la Pologne<sup>57</sup>.

Et dans ce contexte apparaît sans aucun doute la question de savoir à quel point la protection des droits des minorités devient un élément immanent du patrimoine constitutionnel européen. Je pense que nous avons ici affaire à une nette tendance à "compléter" ce patrimoine par les éléments qui sont des éléments clés pour la forme des relations politiques européennes dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, avec des garanties des droits des minorités nationales justement. Et, dans ce sens, c'est justement la contribution des Etats post-communistes qui est si importante pour ce processus.

Il est caractéristique, cependant, que les particularismes religieux n'aient pas une influence aussi importante sur la différenciation des solutions constitutionnelles. Il semble que le principe de la liberté de conscience et de confession, principe garantissant le pluralisme religieux, appartienne au patrimoine commun européen. Il en va de même de l'indépendance de l'Eglise et de l'Etat, avec le principe de l'égalité en droit de toutes les Eglises. Ce principe, nous le retrouvons dans toutes les constitutions, indépendamment de la différenciation religieuse qui existe dans les Etats respectifs.

L'essence du patrimoine européen dans ce domaine est l'élimination de l'Etat confessionnel. Tous les Etats post-communistes s'inscrivent dans cette tradition, en adoptant le standard

---

<sup>56</sup> Cf. p. ex. art. 61, 64 ou 65 de la Constitution de la Slovénie, art. 15 de la Constitution de la Croatie, ou l'art. 68 de la Constitution de la Hongrie.

<sup>57</sup> Dans le projet de la nouvelle constitution polonaise, nous pouvons trouver une disposition très développée, qui garantit aux ressortissants polonais appartenant aux minorités nationales et ethniques la liberté de garder et de développer leur propre langage, leurs coutumes et leur culture, de même que le droit de créer leurs propres institutions éducatives et culturelles et celles qui servent à maintenir leur identité religieuse.

existant dans les constitutions des Etats occidentaux, voire le standard formé au cours du développement historique de l'Europe.

Cette analyse très rapide nous permet de parvenir à une conclusion et, notamment, d'affirmer que le patrimoine constitutionnel européen est très fort. Les différences sociales qui existent dans les Etats respectifs n'éliminent pas ce patrimoine. Bien au contraire, il existe une nette tendance à s'inscrire dans son courant. On essaye d'inscrire les différenciations existantes dans les courants généraux résultant de ce patrimoine. Pour nous tous, au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle, il est très important d'établir à quel point nous serons capable d'enrichir ce patrimoine presque bicentenaire, et de cesser de penser dans les catégories de l'Europe partagée, ce qui mène à considérer qu'uniquement la partie occidentale de l'Europe est porteuse du patrimoine constitutionnel de l'Europe.

d. Fin du millénaire: le triomphe du constitutionnalisme européen par M. Florin Bucur  
VASILESCU

Juge à la Cour constitutionnelle de Roumanie, Professeur associé à l'Ecole nationale des études politiques et administratives

*"L'Europe est parvenue à un si haut degré de puissance, que l'histoire n'a rien à comparer là-dessus, si l'on considère l'immensité des dépenses, la grandeur des engagements, le nombre des troupes, et la continuité de leur entretien, même lorsqu'elles sont les plus inutiles et qu'on ne les a que pour l'ostentation".*

Ces paroles n'appartiennent pas à aucun des créateurs modernes de l'Europe d'aujourd'hui. Elles n'ont été prononcées ni à Rome, ni à Maastricht. Ce sont les réflexions du baron de La Brède qui se trouvent dans son œuvre fondamentale *"De l'esprit des lois"*<sup>58</sup>. C'est peut-être une prémonition sur notre prochain destin commun. Un autre visionnaire qui peut être mentionné est Renan. *"Les nations - disait-il dans sa célèbre conférence tenue à la Sorbonne le 11 mars 1882, intitulée "Qu'est-ce que qu'une nation?" - ne sont pas quelque chose d'éternel. Elles ont commencé, elles finiront. La confédération européenne, probablement, les remplacera. Mais telle n'est pas la loi du siècle où nous vivons"*<sup>59</sup>. Il a eu raison. Bien qu'il n'existe pas peut-être un autre exemple d'immenses efforts et de nombreux obstacles qu'un projet tellement grandiose aurait pu affronter.

Cela d'autant plus que ceux qui sont impliqués dans son accomplissement n'ont pas été et ne sont pas même aujourd'hui, entièrement, dans un parfait consensus, du moins en ce qui concerne les méthodes, sinon sur les objectifs poursuivis. Parce qu'il y a encore assez d'approches contradictoires qui séparent les peuples de notre continent, suite aux traits caractéristiques qui les différencient<sup>60</sup>.

Peut-être parce qu'il avait connaissance de l'ampleur et de l'importance de ces difficultés, le doyen Vedel a intitulé une brillante conférence tenue à l'institut d'Etudes Européennes de

---

<sup>58</sup> Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Paris, Garnier Frères Librairies-éditeurs, sans année, Livre XXI, Chap. XXI, p. 346.

<sup>59</sup> Ernest Renan, *Pages françaises*, Paris, Ed. Calmann-Lévy, 1921, p. 71.

<sup>60</sup> C'est Guglielmo Ferrero qui l'avait remarqué aussi, avec exactitude, pendant la dernière guerre mondiale: "L'Europe, à cause de sa diversité, a toujours été et sera toujours un riche musée d'Etats dont les plus forts soient assez forts pour ne pas avoir peur des plus faibles, et ne pas abuser de leur supériorité. C'est seulement par cet équilibre, que s'établira entre les Etats européens le minimum de confiance nécessaire à tous pour vivre" (*Pouvoir, Les Génies invisibles de la cité*, Paris, Plon, 1945, p. 191).

l'Université Libre de Bruxelles, le 8 février 1965, "*Les contradictions de l'Europe*", en passant en revue les principaux obstacles existants dans la voie de l'accomplissement de l'unité de l'Europe. Ce qui continue de susciter même à présent l'intérêt pour les idées de grande valeur présentées à cette occasion est aussi la crainte, plastiquement exprimée: "*L'Europe, à quoi sert-elle?*" La réflexion a été suggérée par les constatations exprimées par un savant américain (Stanley Hoffmann) de la manière suivante: "*Ce qu'il y a de frappant en cela, tout comme dans bien d'autres domaines, c'est le troisième danger, celui du vide: l'absence de tout projet européen d'un modèle européen, de la culture et de la société (c'est nous qui soulignons). Il est facile de répondre qu'il n'y a jamais eu de modèle européen et que ceux que nous découvrons, dans le passé, sont des reconstitutions intellectuelles **ex-post**, mais ce n'est pas ainsi que l'Europe apparaissait aux yeux des non-Européens*"<sup>61</sup>.

Est-ce une évaluation correcte ou un défi? Sans doute qu'il y a nombre de réponses qui peuvent infirmer ces affirmations. De ces réponses, la plus récente, et la plus fondée peut-être, est celle donnée par Jean-Louis Quermonne. Il affirme qu'il y a des convergences qui engendrent un modèle politique européen, dans la caractérisation duquel l'élément essentiel est constitué par le fait qu'aucun pays de la Communauté européenne n'a importé le modèle américain. Par conséquent, les traits spécifiques du modèle européen pourraient être: les systèmes politiques européens sont restés fidèles au parlementarisme, l'existence d'une majorité parlementaire fondée sur la discipline du vote, la pratique référendaire exercée au niveau national, la décentralisation, l'existence d'une administration "*de carrière*" et, surtout, le modèle européen du contrôle de constitutionnalité<sup>62</sup>.

Il reste à voir si la mise en pratique de ce modèle est possible et généralement valable, à la lumière de ce que l'Europe a donné au monde durant les siècles en matière d'organisation politique, en limitant notre démarche à l'époque moderne, sans oublier les classiques, et en premier lieu Aristote, à partir duquel commence en réalité toute la pensée politique.

Donc, existe-t-il plusieurs modèles de structuration politique dans le monde d'aujourd'hui? Et vu que leur institutionnalisation ne peut pas être séparée de leur constitutionnalisation, peut-on parler de plusieurs types de constitutionnalisme? Parmi ceux-ci, pourrait-on caractériser un constitutionnalisme européen et en indiquer les contours?

Ce sont des questions, qui par la profonde démarche qu'elles supposent, dépassent certainement les ambitions de cette étude, mais leur approche à un niveau raisonnable de généralité pourrait être en mesure de stimuler de fertiles débats dans le cadre d'un développement ultérieur.

Pour Jean Gicquel, le droit constitutionnel même est "*un témoignage de la civilisation occidentale*", et trois de ses thèmes fondamentaux ne peuvent pas être séparés du mouvement constitutionnel occidental. Ces thèmes sont: la confiance dans l'individu, dont les sources sont l'antiquité, le christianisme, la féodalité et la philosophie des Lumières au XVIII<sup>e</sup> siècle, la croyance dans les vertus du dialogue qui a conduit au pluralisme politique et la relation entre les électeurs et les élus, de même que le goût pour l'organisation rationnelle, concrétisé par l'invention du régime représentatif, la fonction des représentants et l'organisation des élections disputées<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> G. Vedel, *Les contradictions de l'Europe, Leçons données le 8 février 1965, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 1965, p. 24.*

<sup>62</sup> J.L. Quermonne, *Existe-t-il un modèle politique européen?* dans la "*Revue française de science politique*", tome 40, n° 2/1990, p. 201-203.

<sup>63</sup> J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques, édition XI, Paris, Montchrestien, 1991, p. 27 et suivantes.*

Or, pratiquement, toutes ces conquêtes appartiennent à l'Europe. A leur tour, Constance Grewe et Hélène Ruiz Fabri remarquent:

*"L'Europe est - avec les Etats-Unis - le berceau du droit constitutionnel. Ce rôle n'est pas seulement historique. Encore aujourd'hui, le droit constitutionnel européen exerce dans le monde une influence majeure, qu'illustrent des notions comme celles de l'Etat de droit, les droits fondamentaux ou le parlementarisme"<sup>64</sup> (c'est nous qui le soulignons).*

Voilà donc, pas seulement l'existence d'un type de constitutionnalisme européen, mais aussi la définition de certains des traits qui le caractérisent.

Le constitutionnalisme européen a commencé à s'affirmer en même temps que les premiers conflits entre la royauté et les classes aisées de la population. Il a représenté, dès son début, l'expression d'un mouvement destiné à arrêter les excès des monarques, en premier lieu, en ce qui concerne les personnes et, en deuxième lieu, en ce qui concerne leurs fortunes. Finalement, il s'est donc identifié à la lutte permanente des individus pour l'idéal de liberté et de dignité humaine. Il en résulte aussi les traits qui le caractériseraient, chacun d'eux contenant, d'une manière ou d'une autre, plus ou moins directement, les mêmes *desiderata* suprêmes.

Le chemin du constitutionnalisme européen n'a pas été une marche triomphale. Il y a eu aussi des arrêts ou des pas en arrière. Les tristes expériences totalitaires sont tout aussi européennes. Mais, heureusement, les peuples et la communauté internationale les ont abolies. Après ces stagnations indésirables, la caravane de la civilisation a enlevé ses tentes et a continué son chemin.

C'est ainsi que le phénomène du constitutionnalisme européen doit être envisagé selon ses tendances historiques, sans doute démocratiques, à partir des germes dont il provient, et auxquels nous avons fait référence ci-dessus. Ce qui est important pour nous dans l'analyse de ses traits aujourd'hui, à la fin du millénaire, est sa réussite, exprimée par une propagation sans précédent sur notre continent, aussi bien qu'ailleurs.

Ce qui nous semble digne d'être relevé, c'est la grande importance des doctrines politiques ou juridiques qui ont appuyé ou même ont précédé certaines des conquêtes du constitutionnalisme européen. Parfois, ces conquêtes constituent le résultat de la contribution de grandes personnalités. Dans d'autres cas, des grands mouvements politiques, surtout révolutionnaires, ont produit des changements fondamentaux et l'apparition des nouvelles conceptions, qui ont modifié d'une manière substantielle toute la pensée politique et constitutionnelle sur le continent.

1. La première de ces doctrines, qui se trouve à la base du constitutionnalisme européen et qui est restée l'un de ses traits fondamentaux, est le principe de la séparation des pouvoirs dans l'Etat. Son origine européenne ne peut pas être contestée, ses fondements étant posés par Aristote<sup>65</sup>, et son développement étant accompli, spécialement, aux XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles, comme le résultat de la pensée politique de Locke<sup>66</sup> et Montesquieu, ce dernier lui rendant la forme

---

<sup>64</sup> C. Grewe et H.R. Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, p. 9.

<sup>65</sup> Aristote - *La politique*, Paris, Edition Gonthier, 1971, Chapitre X - Des trois pouvoirs dans tout gouvernement, p. 115 et suivantes.

<sup>66</sup> J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992, p. 240 et p. 242-253.

finale qui a duré. C'est ainsi qu'il est sûr que la théorie élaborée par ces grands penseurs a précédé son apparition et sa mention dans les premières constitutions écrites adoptées dans les années qui ont suivi, d'abord aux Etats-Unis d'Amérique, et ensuite en France et dans d'autres pays européens.

Mais la signification et les raisons de ce principe n'ont pas été les mêmes chez tous ceux qui lui ont donné des fondements ou qui l'ont développé, en laissant son éclat, à notre avis, au seul Montesquieu. C'est vrai, pour Aristote, il représente seulement une distribution de l'exercice du pouvoir, parce qu'ainsi "*le gouvernement va nécessairement bien*"<sup>67</sup>, donc la signification de la séparation des pouvoirs est un principe de technique d'un bon gouvernement. Il est vrai que John Locke offre un fondement théorique pour la division du pouvoir en législatif, exécutif et fédératif, dans le but de leurs utilisations pour le bien public, de subordination du pouvoir exécutif (du monarque) au pouvoir législatif (du Parlement), ce dernier étant le pouvoir souverain, le conflit entre les deux pouvoirs - exprimé, par exemple, par le refus de convoquer le Parlement par le monarque - créant un véritable état de guerre avec le peuple, qui est justifié à recourir à la force pour renvoyer le coupable<sup>68</sup>. Mais celles-ci sont justement les fondements de la Constitution britannique qui a suivi la Révolution glorieuse, l'œuvre de Locke étant parue en 1690, c'est-à-dire seulement deux années après le succès de cette révolution<sup>69</sup>.

Le message de Montesquieu est autre, à notre avis. Il est vrai que lui aussi a donné à la séparation des pouvoirs la valeur d'un principe d'art politique. Mais, en même temps, le baron de La Brède s'est avéré un ennemi acharné de la tyrannie, un partisan déclaré de la liberté des individus, qu'il voyait accomplie dans les gouvernements modérés, ces derniers représentant, on l'entend bien, un moyen et non pas un but, justement en vue de réaliser les idéaux de justice et de liberté humaine.

"*L'Esprit des lois*", ainsi envisagé, garde pleinement son actualité et même sa modernité pour notre siècle, du triomphe des droits fondamentaux de l'homme. Nous ne nous référons pas seulement aux idées bien connues exprimées dans le livre XI, Chapitre VI (De la Constitution d'Angleterre), conformément auxquelles il n'existe pas de liberté politique au moment où plusieurs pouvoirs sont réunis dans les mêmes mains, le concept de liberté étant "*...cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a sa sûreté*"<sup>70</sup>; nous envisageons aussi des constatations bien pénétrantes parsemées dans l'œuvre toute entière: "*Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus*"<sup>71</sup>; "*Les lois qui font périr un homme sur la déposition d'un seul témoin sont fatales à la liberté*"<sup>72</sup>. Quant aux gouvernements despotiques, ceux-ci exigent une obéissance extrême, car "*l'homme est une créature qui obéit à*

---

<sup>67</sup> Aristote, *op. cit.*, p. 115.

<sup>68</sup> John Locke, *op. cit.*, p. 250-258.

<sup>69</sup> On a dit, à juste titre, que le *Traité sur le gouvernement civil* a été conçu pendant l'exil de Locke en Hollande, mais il est incontestable qu'il a été "mis à jour" après son retour en Angleterre en février 1689, mois où a été aussi adopté le célèbre Bill of Rights (voir dans ce sens la remarquable étude introductive, dans le même tome, appartenant à Simone Goyard Fabre, p. 24 et 46).

<sup>70</sup> Montesquieu, *op. cit.*, p. 143.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>72</sup> *Ibid.*, c'est l'adage latin *testis unus, testis nullus*.



*une créature qui veut*"<sup>73</sup> et, par conséquent, ils sont fondés sur la crainte qu'ils inspirent "...il faut donc que la crainte y abatte tous les courages".

Cette signification moderne des conceptions de Montesquieu ne peut pas passer sans être observée. Ainsi, le doyen Vedel mentionnait en 1964: "*L'idéal de Montesquieu est bien l'organisation de la liberté, c'est-à-dire du gouvernement moderne*"<sup>74</sup>, et le prof. Ph. Ardant retenait que "*Montesquieu cherche un système de gouvernement qui empêche le pouvoir d'être despotique et garantisse la liberté des citoyens*"<sup>75</sup>. Montesquieu se situe ainsi dans l'avant-garde de la pensée politique de son époque, ainsi que M. Roland Dumas remarque:

*"Sa conception de la liberté est très en avance sur son temps (...) La jonction entre les libertés d'usage et la liberté politique est une nouveauté qu'il suffisait de formuler pour qu'elle devienne évidente"*<sup>76</sup>.

Sont bien connues les critiques portées à la théorie de la séparation des pouvoirs dans l'Etat, qui durent même aujourd'hui, si nous prenons en considération uniquement la contestation de l'interprétation donnée à celle-ci par Ch. Eisenmann, dans l'opinion de G. Bacot, selon lequel ce n'est pas le seul qui se soit trompé dans l'interprétation des thèses de Montesquieu, mais pas même Carré de Malberg ne l'a pas compris probablement intégralement<sup>77</sup>, cela sans parler encore de l'école allemande de la fin du siècle passé<sup>78</sup>. Il serait alors difficilement explicable pourquoi, de nos jours encore, dans notre décennie, certaines constitutions adoptées surtout après l'abolition du régime totalitaire le consacrent, et d'autres établissent d'une manière rigoureuse des domaines d'activité strictement déterminés pour chacune des trois autorités publiques, prenant garde qu'aucune de ces autorités "*n'envahisse*" le domaine d'activité de l'autre.

Sans doute, personne ne peut soutenir de nos jours la mise en pratique à la lettre du principe de la séparation des pouvoirs (qui est en conflit avec l'unicité du pouvoir d'Etat), telle qu'elle a été énoncée dans "*De l'esprit des lois*", et il ne faut pas insister sur ce thème. Alors, pourquoi est-il apparu d'une manière tellement prégnante de nos jours?

Certainement, sa persistance est due aussi "*à sa réception par l'opinion publique, qui continue d'y croire et par la classe politique qui persiste à l'invoquer*"<sup>79</sup>, mais cette explication est-elle suffisante?

A notre avis, le principe de la séparation des pouvoirs garde son actualité pour plusieurs raisons.

---

<sup>73</sup> **Ibid., p. 27.**

<sup>74</sup> **G. Vedel, Montesquieu et l'esprit des lois, préface à l'édition des Œuvres complètes de Montesquieu, Paris, Seuil, 1964, p. 10.**

<sup>75</sup> **Ph. Ardant, Institutions politiques et droit constitutionnel, 5<sup>e</sup> édition, Paris, LGDJ, 1993, p. 42.**

<sup>76</sup> **Roland Dumas, Le peuple assemblé, Paris, Flammarion, 1989, p. 211.**

<sup>77</sup> **G. Bacot, L'esprit des lois, la séparation des pouvoirs et Charles Eisenmann, dans la "Revue du droit public et de la science politique", n° 3/1992, p. 619.**

<sup>78</sup> **Dans le même sens, Marcel de la Bigne de Villeneuve, La fin du principe des séparations des Pouvoirs, Paris, Sirey, 1934, et d'autres auteurs.**

<sup>79</sup> **P. Pactet, Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Masson, 1989, p. 113.**

D'abord, parce que, par sa simple évocation, il implique une organisation politique qui exclut la dictature, le despotisme, la violation des libertés de l'individu. Peut-être est-ce une raison de plus pour laquelle les régimes totalitaires l'ont méprisé, en le considérant, selon les thèses marxistes, comme une banale expression de la division du travail dans l'activité d'Etat.

Deuxièmement, un bon nombre de classifications contemporaines des régimes politiques démocratiques reposent sur les rapports entre l'exécutif et le législatif, tels qu'ils ont été envisagés par Montesquieu. Sans doute, personne ne peut contester la vraie séparation entre le pouvoir et l'opposition, le premier ayant sa source dans la domination exercée par le parti majoritaire sur l'exécutif (le gouvernement, éventuellement le chef de l'Etat) et le législatif (par l'intermédiaire de la majorité parlementaire).

Mais il faut reconnaître qu'aucune autre classification, à partir même des systèmes de partis, ne peut offrir, elle seule, des critères suffisants, pour une complète et correcte analyse des régimes constitutionnels modernes. Nous considérons que, tout au contraire, la recherche concomitante des deux aspects, à partir des critères classiques, peut être considérée comme utile pour une démarche scientifique qui se veut plus rapprochée des réalités contemporaines.

Troisièmement, il garde son actualité toute entière dans les régimes démocratiques actuels, par la définition exacte du domaine d'activité de chaque "*pouvoir*" (ou autorité, ou fonctions de l'Etat), de même que par la prévention de l'immixtion de l'une dans l'activité de l'autre, en respectant quand même l'obligation "*d'aller de concert*".

Enfin, l'intérêt de ce principe a résulté à l'occasion de la triste expérience des régimes totalitaires qui ont bouleversé l'Europe pendant une grande période de notre siècle. Ces régimes peuvent être caractérisés comme les plus éloquents exemples de "*confusion*" des pouvoirs dans les mains des mêmes personnes ou groupes de personnes, ainsi que Montesquieu l'affirmait<sup>80</sup>. Il est inutile d'insister sur ce que cela a signifié pour le destin de millions de gens, des décennies de suite.

Comment se reflète de nos jours le principe de la séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme contemporain?

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 mentionne à l'article 16 qu'une société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, et la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée, n'a pas de constitution; ce texte adopté par l'Assemblée Nationale de la France révolutionnaire garde même aujourd'hui sa valeur juridique (voir, dans ce sens, la pratique constante du Conseil Constitutionnel de ce pays, même si, dans les décisions rendues, on n'a pas fait référence expressément au principe qui nous intéresse)<sup>81</sup>.

Parmi les constitutions des Etats occidentaux, certaines, dans leurs textes, recourent à l'énumération des trois pouvoirs: législatif, exécutif et judiciaire (voir l'article 2 de la Loi fondamentale de l'Allemagne, l'article 3 de la Constitution du Danemark, l'article 6 de la Constitution de l'Irlande, l'article 2 de la Constitution de l'Islande, les articles 36, 37 et 40 de la

---

<sup>80</sup> Par exemple, par l'intermédiaire de la majorité parlementaire, le Parti nazi a voté la loi du 24 mars 1933 qui a confié l'exercice du pouvoir législatif et constituant au gouvernement pour une durée de 4 ans (A. Hauriou, J. Gicquel, P. Gelard, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1975, p. 660).

<sup>81</sup> P. Albertini, dans "*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*", sous la rédaction de Gérard Conac, Marc Debene et Gérard Febrel, Paris, *Economica*, 1989, p. 341.

Constitution de la Belgique). L'article 26 de la Constitution de la Grèce les nomme "fonctions", et l'article 114 de la Constitution du Portugal stipule que les organes de la souveraineté (le Président de la République, l'Assemblée de la République, le Gouvernement et les tribunaux) doivent respecter les principes de la séparation et de l'interdépendance établis dans la Constitution.

Des pays ex-socialistes, ceux qui réglementent expressément dans leurs constitutions le principe de la séparation des pouvoirs dans l'Etat, sont: la Bulgarie (article 8), la Slovénie (article 3), la Croatie (article 4), l'Estonie (article 4), le Bélarus (article 6), la Russie (article 10), la République Fédérative de Yougoslavie (article 12), la Moldavie (article 6), de même que d'autres républiques ex-soviétiques d'Asie. Il faut noter que toutes ces constitutions ont été adoptées cette dernière décennie. La Constitution tchèque mentionne elle aussi les trois pouvoirs (article 2), et, dans d'autres pays (la Roumanie, la Slovaquie, la Hongrie), on ne fait pas de références directes à ce principe, mais le domaine des trois grandes catégories d'autorités publiques est rigoureusement déterminé<sup>82</sup>.

Nous considérons que ces nombreux exemples sont de nature à démontrer que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas du tout obsolète, en se retrouvant, comme pilier du constitutionnalisme européen, dans une forme ou une autre, directement ou non, dans la plupart des Constitutions actuellement en vigueur.

2. Un deuxième trait fondamental du constitutionnalisme européen est constitué par la proclamation, la promotion, la défense et la garantie des droits fondamentaux inaliénables de l'homme<sup>83</sup>.

Par son ampleur, en premier lieu européenne, et en deuxième lieu mondiale, l'acte fondamental qui a engendré l'apparition et l'expansion des droits de l'individu en société est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, document d'importance cardinale de la Révolution française. Par la générosité de ses idées, par la concision et l'exactitude des dispositions qu'elle comprend, par son caractère de programme politique et de catalogue des droits et des libertés de l'homme de 1789, elle représente l'une des plus importantes étapes de la défense des gens contre l'injustice et l'oppression.

On en a beaucoup écrit sur ce sujet, mais, ce dernier siècle, des recherches et de vives controverses scientifiques ont essayé de mettre en doute l'originalité européenne, compte tenu de certaines affinités ou influences avec des documents programmatiques semblables adoptés outre-Atlantique.

Tout comme le professeur Charles Fohlen, nous considérons que "*...la Déclaration des droits de l'homme se trouve au point de rencontre de deux traditions, l'une anglo-saxonne (avec son prolongement d'outre-Atlantique), l'autre française, à travers les aspirations du siècle des Lumières*"<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Précisons que, par ses nombreuses décisions, la Cour constitutionnelle de Roumanie a appliqué le principe en cause, auquel elle a fait directement référence.

<sup>83</sup> La formulation de l'énumération appartient au professeur Jean Touscoz dans "Les droits de l'homme et l'Europe", dans "Mélanges en hommage à Jean Boulouis", Paris, Dalloz, 1991, p. 495.

<sup>84</sup> Ch. Fohlen - La filiation américaine de la Déclaration des droits de l'homme, Colloque universitaire tenu à Paris (Sorbonne) du 6 au 8 mars 1989, p. 23. Dans le même sens, J.P. Costa, Les libertés publiques en France et dans le monde, Paris, STH, 1986, p. 20-21.

Il n'y pas lieu d'insister sur l'influence de la pensée politique des grands savants qui ont donné de l'éclat au siècle des Lumières, l'Europe, par les contributions de ses savants, étant à cette époque - la terre de l'expression et du fondement philosophico-politique des droits de l'individu.

Certainement, la tradition anglo-saxonne, reflétée par des actes mémorables à caractère constitutionnel qui ont précédé la Déclaration des droits de l'homme, a-t-elle eu elle aussi ses influences incontestables. Bien que certaines personnes ne lui reconnaissent pas ses mérites, en la considérant comme l'expression "*d'un conflit typiquement féodal*"<sup>85</sup>, nous apprécions que le Magna Charta Libertatum, signée en 1215, comprenne les premiers obstacles dressés devant le pouvoir absolutiste dans le but de la défense des droits de l'individu. Comment pourrait-on envisager autrement les dispositions de l'article 20, conformément auquel un homme libre ne pourra être condamné à une amende que par rapport avec l'importance du délit commis? Ou la déclaration de l'article 1, conformément à laquelle les libertés mentionnées dans la Charte sont accordées à jamais? Ou les dispositions des articles 39, 40 ou 41 réglementant l'obligation d'un jugement avant le prononcé de graves sanctions pénales (donc le germe du prochain *habeas corpus*), respectivement le droit au jugement ou celui de la libre circulation pour toute personne (y inclus de partir d'Angleterre et d'y rentrer)?

Mais, sans doute, les grands actes constitutionnels qui sont à la base de la défense des droits individuels du peuple anglais, sont ceux qui ont été adoptés au XVII<sup>e</sup> siècle (Petition of Rights - 1628, *Habeas Corpus Act* - 1679 et Bill of Rights - 1689), donc à cause du conflit entre la royauté et le Parlement<sup>86</sup>. Etant donné le caractère flexible de la Constitution britannique, fondé sur les lois fondamentales qui ont été adoptées au long des derniers trois siècles, la description de cette constitution, qui peut être comparée à une maison ancienne, modifiée peu à peu par divers constructeurs, si bien qu'il est difficile d'en découvrir les structures fondamentales, nous semble suggestive<sup>87</sup>. Les structures peut-être, mais non pas les principes, parce que parmi ceux-ci se trouve la garantie, par des moyens juridiques précis, de la liberté individuelle, du droit à la défense ou à la liberté des élections des membres du Parlement. Certains de ceux-ci vont se retrouver dans des formules relativement rapprochées dans les articles 7 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme, et d'autres ont influencé directement la rédaction d'autres dispositions de celle-ci<sup>88</sup>.

Ce qui mérite d'être étudié de plus près est l'influence, exagérée par certaines personnes, des déclarations américaines d'indépendance, soit celle du 4 juillet 1776, rédigée par Th. Jefferson, selon l'exemple de celle de Virginie, adoptée le 1<sup>er</sup> juin 1776, soit celles qui précèdent les constitutions de quatre des colonies (les futurs Etats) qui se trouvaient dans la Nouvelle Angleterre et qui vont constituer en 1789 la première république fédérale du monde. On connaît très bien la célèbre controverse qui a opposé Jellinek à Boutmy au début de ce siècle, le premier soutenant - en vertu des citations des œuvres du professeur Aulard - que, sans l'Amérique et les constitutions de ses divers Etats, nous n'aurions pas eu, peut-être, de nos jours une telle

---

<sup>85</sup> Le même Ch. Fohlen, dans l'étude précitée, p. 24.

<sup>86</sup> Il est intéressant de constater que certains auteurs anglais considèrent que les débuts de la Constitution moderne de l'Angleterre datent de la période de la Révolution glorieuse de 1688 (John Adler, *Constitutional & Administrative Law*, London, MacMillan, 1994, p. 14.

<sup>87</sup> John Adler, *op. cit.*, p. 8.

<sup>88</sup> Emile Boutmy considère même que la Déclaration des droits de 1789 peut être rapprochée du Bill of Rights, adopté en 1689 (Etudes de droit constitutionnel, Paris, A. Colin, 1909, p. 279). Dans le même sens, Ch. Fohlen, *op. cit.*, p. 27.

législation de la liberté et que la Déclaration des droits des peuples de la Virginie est à peu près la future Déclaration française des droits de 1789<sup>89</sup>. De plus, en 1945, le professeur Chinard publie quelques études d'où résulte que le projet de la déclaration rédigée par La Fayette comprend les annotations et les corrections faites par Jefferson, qui se trouvait en 1789 à Paris, en tant qu'ambassadeur des Etats-Unis<sup>90</sup>. Or, La Fayette a présenté ce projet à l'Assemblée Nationale, projet qui a été jusqu'à la fin le plus important des nombreux projets présentés et c'est pourquoi il se retrouve, dans une large mesure, dans le document final adopté le 26 août 1789.

En réalité, sans contester une certaine influence d'outre-Atlantique, la Déclaration des droits de l'homme reste un document ayant ses propres valences, qui poursuit des buts différents et mentionne des conceptions spécifiques à un autre genre de révolution que celui qui a conduit à la proclamation de la grande république nord-américaine.

C'est Lally-Tollendal qui l'a dit pendant les débats de l'Assemblée Nationale, le 11 juillet 1789: *"Je vous prie de songer encore combien la différence est énorme d'un peuple naissant qui s'annonce à l'univers, d'un peuple colonial qui rompt les liens d'un gouvernement éloigné, à un peuple immense, l'un des premiers du monde qui depuis quatorze cents ans s'est donné une forme de gouvernement"*<sup>91</sup>.

De son temps, Boutmy insistait lui aussi sur les raisons qui séparent, d'une manière fondamentale, les deux conceptions.

C'est ainsi que, quant au gouvernement, les prétentions des déclarations américaines étaient modestes: garantir la vie, la liberté et le droit de chacun de chercher son bonheur, tandis que la déclaration française, positive, tranchante, affirme solennellement que toute la souveraineté réside dans le peuple et que les gouvernements ne peuvent pas être considérés comme légitimes sans le consentement de ceux qu'ils gouvernent<sup>92</sup>. En réalité, les premières ne font que justifier le fait que *"la rupture"* avec la métropole a dû être réalisée suite aux appels répétés sans résultats des colons à la justice de celle-ci, la déclaration de 1776 s'appuyant même sur l'énumération des requêtes adressées à la couronne britannique<sup>93</sup>. Charles Fohlen lui aussi mentionnait la grande importance accordée à la loi dans la déclaration française et la sensible différence en ce qui concerne la définition de l'égalité: si les déclarations américaines se limitent à sa simple consécration, la déclaration française la rend effective, opérante, en la déclarant *de droit* ("L'article 1 - Les hommes naissent et demeurent libres et égaux *en droits*")<sup>94</sup>.

Il y peu de temps, Fr. Furet remarquait lui aussi, comme une différence fondamentale entre les deux conceptions, le fait qu'à la différence de la France, les Américains n'avaient pas à détruire

---

<sup>89</sup> Georg Jellinek, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Revue du droit public, tome 18, 1902.

<sup>90</sup> Gilbert Chinard, *La Déclaration de 1789, dans la "Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et ses antécédents américains"*, Institut français de Washington, 1945, p. 16.

<sup>91</sup> Passage cité par le professeur Gérard Conac dans *"L'élaboration de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789"* sous la direction de Gérard Conac, M. Debene et G. Teboul, Paris, 1989, *Economica*, p. 17.

<sup>92</sup> E. Boutmy, *op. cit.*, p. 27-28.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>94</sup> Ch. Fohlen, *op. cit.*, p. 27-28.

une société aristocratique fondée sur la hiérarchie de naissance, mais devant même garder les traditions sociales héritées, cela sans parler de la prétention de résoudre certains intérêts immédiats, à la différence de la Révolution française, qui avait l'ambition d'offrir une déclaration exemplaire des droits, à valences universelles<sup>95</sup>.

Enfin, dans une étude récente, le doyen Vedel montrait que la plus importante des différences réside dans le concept de souveraineté nationale, qui n'était pas connu par les constitutionnalistes américains. Il est basé sur deux principes: le pouvoir n'est légitime qu'en vertu de l'assentiment de ceux qui sont gouvernés (le peuple ou la nation) et, d'autre part, la souveraineté elle-même est transférée de la Couronne à la nation, en trouvant ainsi une nouvelle légitimité et un pouvoir accru. Par conséquent, la loi, ayant cet appui, va remplir une fonction exclusive qui la rend à peu près la maîtresse des droits de l'homme. Par conséquent, ceux-ci dépendront entièrement du législateur, la loi acquérant un caractère infaillible, fait qui explique d'ailleurs la longue résistance opposée en France à un contrôle de la constitutionnalité des lois inconcevable contre "*l'expression de la volonté générale de la nation*"<sup>96</sup>.

Ainsi que le professeur Gérard Conac le remarquait, "*en adoptant une déclaration, l'assemblée nationale répondait à une attente qui n'avait donc pas été seulement suscitée par le modèle américain*", le mimétisme étant loin de pouvoir expliquer un tel acte<sup>97</sup>.

Par conséquent, nous considérons qu'en dépit d'inhérentes influences dues à l'esprit de l'époque, exercées par les déclarations nord-américaines, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a représenté et va représenter à l'avenir un repère essentiel de la mise en valeur et du développement de la personnalité humaine, caractérisé par la spécificité, l'innovation et l'universalisme. C'est ainsi qu'elle s'inscrit parmi les éléments fondamentaux par lesquels l'Europe a construit son propre constitutionnalisme, et qui ont trouvé dans notre siècle la plus authentique expression dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, entrée en vigueur en 1953 et suivie par l'adoption d'autres déclarations et protocoles qui ont élargi la sphère de protection des droits de l'individu, y compris par leur internationalisation.

Ces changements fondamentaux ont trouvé leur reflet dans les constitutions des Etats européens en deux étapes: dans la première, leurs textes se sont limités à consigner le fait que la défense des droits et des libertés fondamentaux de l'homme constitue "l'un des buts cardinaux des Etats démocratiques", et dans la deuxième étape - concomitante, dans les anciens Etats socialistes, avec la première - les constituants ont prévu dans les textes des lois fondamentales, le fait que les traités internationaux, auxquels les pays respectifs sont parties contractantes, font partie du droit interne, et ont priorité en cas d'éventuels conflits avec la législation nationale de ces pays. C'est ainsi qu'on prévient toute possibilité de violer par voie de réglementation interne les droits et les libertés fondamentaux des individus, en réservant aussi à ceux-ci des voies d'attaque juridictionnelles devant les instances internationales, conformément aux accords convenus dans le cadre du Conseil de l'Europe.

---

<sup>95</sup> François Furet, introduction, dans "L'Héritage de la Révolution française", Paris, Hachette, 1989, p. 20. Dans le même sens, Luc Ferry: "La révolution américaine qui demeurant n'a pas à rompre avec l'Ancien Régime mais seulement à réaliser l'indépendance", dans le même volume "Droits de l'homme", p. 286.

<sup>96</sup> Georges Vedel, Abrégé de l'histoire des droits de la l'homme en France depuis 1789, dans "Commentaire" n° 59, automne, Paris, 1992, p. 640-641.

<sup>97</sup> Gérard Conac, op. cit., p. 8.

Dans le cadre de la première étape, nous relevons les réglementations constitutionnelles relatives au caractère particulier de la protection des droits et des libertés fondamentaux des individus en Italie (article 2), en Allemagne (article 2), en Grèce (article 2), au Portugal (article 2) et en Espagne (articles 10 et 53); peut-être n'est-ce pas par hasard que tous ces Etats sont des Etats qui ont connu des régimes politiques autoritaires ou totalitaires avant la réinstauration de la démocratie. A leur tour, les Etats ex-socialistes ont inclus également de pareilles réglementations dans leurs constitutions: tel a été le cas de la Bulgarie (article 4), de la Hongrie (article 8), de la Roumanie (article 1), de la Slovaquie (article 12), de l'Estonie (articles 13 et 14), de la Slovénie (article 5), de la Croatie (article 3), de la Macédoine (article 8), de la Russie (article 15), du Bélarus (article 2), de la République Fédérative de Yougoslavie (article 10), de la Moldavie (article 4), de l'Ukraine (article 4). La République Tchèque et la Lettonie ont adopté des lois (chartes) à caractère constitutionnel concernant la défense des droits des citoyens, respectivement le 10 décembre 1991 et le 16 décembre 1992, où figurent certainement des normes constitutionnelles ayant le même but.

Dans certaines constitutions contemporaines, des dispositions liées à la réception et à la valeur juridique des normes du droit conventionnel ont été prévues dans le sens de ce que nous venons de mentionner ci-dessus, mais de différentes manières. Ainsi, si en France (article 55), en Allemagne (article 25) et en Grèce (article 28), on a prévu la supériorité de ces dernières sur le droit interne (en France, sous la condition de la réciprocité), aux Pays-Bas (article 9), cette primauté opère seulement si la loi le mentionne; en Espagne (articles 10 et 96), au Portugal (article 8) et en Autriche (article 9) on mentionne que les normes internationales font partie du droit interne, mais non leur supériorité en cas de conflit avec la législation nationale.

Les rapports entre les deux catégories de normes sont réglementés de la même manière en République Fédérative de Yougoslavie (article 16), en Lituanie (article 138) et en Hongrie (article 7), ainsi que dans la constitution de la Slovénie (article 8), où on mentionne que les lois du pays doivent être conformes aux principes et aux traités internationaux, ces derniers, ratifiés et promulgués, étant mis en pratique directement. En Roumanie (article 20), en Bulgarie (article 5), en Slovaquie (article 11), en Croatie (article 134), dans la République Tchèque (article 10), en Russie (article 15), au Bélarus (article 8) et en Moldavie (article 4) est stipulée la supériorité des normes internationales en cas de conflit avec la législation interne.

C'est ainsi que le constitutionnalisme européen est arrivé à accomplir son évolution par la consécration et la garantie complète de ses vertus justement dans la matière la plus rapprochée de l'être humain, à savoir la liberté de celui-ci, le développement de la personnalité de chaque individu, dans des conditions d'égalité et de sûreté.

3. Le troisième trait fondamental du constitutionnalisme européen est la définition et l'assimilation de la notion d'Etat de droit, fruit de la pensée juridique allemande et française, repris dans la conception anglo-saxonne comme principe fondamental sous la forme du *rule of law*<sup>98</sup>.

Par sa complexité et par ses objectifs, l'Etat de droit semble être un concept par excellence perfectible. *"L'Etat de droit - mentionne le professeur Picard - ne soit jamais une réalité achevée et aucun Etat ne puisse sans présomption, vaine et insupportable, prétendre avoir atteint la perfection de l'Etat de droit. L'Etat de droit s'affirme plutôt comme une sorte d'idéal, sans*

---

<sup>98</sup> Dans ce sens, J. Adler, *op. cit.*, p. 38 et les suivantes.

*pourtant n'être qu'une utopie*"<sup>99</sup> (c'est nous qui soulignons). Il est un mythe politique et juridique de l'époque contemporaine, tout comme au XVIII<sup>e</sup> siècle, quand le monde parlait du contrat social ou de la loi, comme expression de la volonté générale<sup>100</sup>.

Dans l'opinion du professeur Picard, que nous approuvons aussi, l'Etat de droit est celui où le pouvoir s'exerce par le droit et dont les organes sont soumis au droit par l'effet de la procédure, spécialement juridictionnelle, qui permet depuis toujours de faire prévaloir le droit à leur rencontre, quelles que soient les manifestations de ce pouvoir et les formes qu'il revêt, administratives ou législatives<sup>101</sup>.

Le concept d'Etat de droit est une création de la doctrine juridique allemande à partir du milieu du siècle passé (von Mohl, von Gneist, F.J. Stahl) et continuant vers la fin de ce siècle avec Gerber et surtout avec Jhering<sup>102</sup>. Quant à G. Jellinek, nous considérons que ses opinions ne concordent pas avec celles des autres auteurs. Ainsi, pour lui, l'activité d'Etat pourrait être groupée en deux catégories: celle qui s'exerce librement et qui est déterminée par l'intérêt général et pas par des règles spéciales de droit et l'activité réglementée, qui tend à la réalisation d'une obligation de droit<sup>103</sup>, donc dérivant du droit positif. La plus importante est la première, parce qu'un Etat dont l'activité serait liée seulement par la règle serait une conception irréalisable<sup>104</sup>. L'activité libre s'exprime, en premier lieu, dans le domaine de la législation grâce à sa nature. L'administration doit se subordonner à la législation; ainsi, dans une situation normale, à un certain degré de développement de l'Etat, l'administration se trouve en état de dépendance par rapport à la législation<sup>105</sup>. La conclusion de Jellinek est catégorique: l'Etat normal peut être défini comme étant celui où les lois dominent et où l'administration et la juridiction accomplissent leur activité d'une manière conforme aux lois.

Or, selon le célèbre auteur allemand, la théorie moderne de l'Etat de droit, ainsi qu'elle a été formulée par von Mohl, von Gneist et Stahl, n'apporte rien de nouveau, tout cela étant déjà connu depuis Platon et Aristote<sup>106</sup>. A son tour, Laband refuse toute possibilité d'auto-limitation de l'Etat. Il montre qu'il est inconcevable de considérer que le pouvoir législatif est dans l'Etat le pouvoir suprême et qu'il peut obliger l'Etat même, parce que cela détruirait la conception unitaire de l'Etat et serait en contradiction avec le principe de la souveraineté, caractérisé par l'indivisibilité<sup>107</sup>. Il est vrai que les dispositions légales ne s'adressent pas seulement aux individus, mais aussi aux autorités et aux organes du pouvoir public, et n'ont pas comme objectif le pouvoir d'Etat mais ceux qui, étant investis du pouvoir public, agissent au nom de celui-ci. Par

---

<sup>99</sup> Etienne Picard, *L'Etat de droit*, inédit, p. 1.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> *Ibid*, p. 2.

<sup>102</sup> J.L. Chevalier, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 9 et surtout p.11 et les suivantes.

<sup>103</sup> G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, Paris, Giard et Briere, 1911, tome II, p. 327.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 322.

<sup>106</sup> *Ibid*, op. cit., p. 322.

<sup>107</sup> P. Laband, *Le droit public de l'Empire Allemand*, Paris, Giard et Brière, 1901, tome II, p. 362.



conséquent, si les lois sont violées par le gouvernement ou par la représentation nationale, par les autorités ou les fonctionnaires, ce n'est pas le pouvoir d'Etat qui entre en contradiction avec lui-même, mais les personnes qui, par la violation de la loi, au lieu de la mettre en pratique, s'y opposent, ainsi qu'au pouvoir d'Etat. Par conséquent, le pouvoir d'Etat *in abstracto* n'est jamais lié à la loi, parce que l'Etat peut n'importe quand modifier, suspendre ou abroger une loi<sup>108</sup>. Le seul qui aborde d'une manière plus rapprochée de son contenu le concept de *Rechtstaat* est R. von Jhering dans son œuvre remarquable "*Der Zweck im Recht*", traduite à Paris en 1901, sous le titre "*L'Evolution du droit*". Il montre qu'une norme juridique a une action externe qui s'exerce sur les individus et une autorité interne, beaucoup plus importante, qui se reflète sur les pouvoirs publics avec la force d'un impératif abstrait<sup>109</sup>. Du caractère bilatéral obligatoire de la norme dérive l'obligation de l'Etat de se soumettre lui-même à la loi, même édictée par lui<sup>110</sup>. Et l'ordre n'est garanti que là où l'Etat respecte ses lois<sup>111</sup>. "*Le pouvoir public qui porte atteinte à l'ordre juridique que lui-même a établi prononce sa propre déchéance*"<sup>112</sup>. Enfin, le pouvoir public ne peut ordonner ou défendre rien qui ne soit écrit dans la loi. L'Etat peut limiter par la loi la liberté et la spontanéité de son action, seulement au cas où cette chose est indispensable et sans atteindre la limite extrême<sup>113</sup>.

La conception française, après les timides essais du début, a trouvé sa consécration dans l'œuvre de référence de Carré de Malberg, intitulée "*Contribution à la théorie générale de l'Etat*" (1920-1922)<sup>114</sup>. Le passage devenu classique est le suivant: "*Par Etat de droit il faut entendre un Etat qui dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel se soumet lui-même à un régime de droit (c'est nous qui soulignons) et cela en tout qu'il enchaîne son action sur eux par des règles dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et les moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques: deux sortes de règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'Etat en la subordonnant à l'ordre public qu'elles consacrent*"<sup>115</sup>.

Carré de Malberg est celui qui met en évidence le fait que l'administration doit se maintenir *intra legem*, c'est-à-dire dans les limites fixées par la loi, sa réalisation étant possible uniquement en conformité avec celle-ci, respectivement *secundum legem*, donc en conformité avec les dispositions des textes législatifs et seulement en vertu de ceux-ci<sup>116</sup>. "*La loi n'est donc pas seulement la limite de l'activité administrative, elle en forme aussi la condition*"<sup>117</sup>. Enfin, ce fait nouveau marque lui aussi l'évolution du concept dont nous nous occupons, le régime de l'Etat de

---

<sup>108</sup> P. Laband, *op. cit.*, p. 362-363.

<sup>109</sup> R. Von Jhering, *op. cit.*, p. 227.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 238.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 251.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 260.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 278.

<sup>114</sup> Parue à Paris en 1920, Ed. Sirey, 2 tomes.

<sup>115</sup> *Op. cit.*, tome I<sup>er</sup>, p. 488-489.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>117</sup> *Ibid.*

droit suppose que les limites que l'Etat s'est imposé lui-même soient dans l'intérêt des individus, de telle manière que ceux-ci aient la possibilité de l'invoquer pour défendre leurs droits.

Donc, l'Etat de droit assure aux citoyens, comme une sanction de ces règles (limites), la possibilité juridique d'actionner devant une instance juridictionnelle qui soit en mesure d'annuler ou reformuler l'acte administratif nuisible pour l'individu<sup>118</sup>. La conclusion est que l'objet final de l'Etat de droit est la défense des citoyens contre les abus des autorités d'Etat<sup>119</sup>.

Les thèses du professeur Carré de Malberg mènent le raisonnement jusqu'à la fin: si l'Etat se soumet aux règles et aux limites que lui-même a établies, il en résulte que le pouvoir législatif aussi est tenu de respecter ces règles et limites, et si les droits individuels des citoyens sont établis par la Constitution, il en résulte qu'ils "*doivent être situés au-dessus des atteintes que le législateur pourraient leur porter*"<sup>120</sup>.

Mais, malheureusement, l'individu disposait d'actions uniquement contre les actes administratifs ou juridictionnels qui l'affectaient, mais il n'avait à sa disposition aucun recours contre un acte législatif, et les textes constitutionnels de la III<sup>e</sup> République n'ont institué aucune autorité qui soit en mesure de satisfaire à une telle exigence<sup>121</sup>. Il est inutile de souligner que, de cette manière, Carré de Malberg est l'un des théoriciens qui ont posé le fondement de la nécessité du contrôle de constitutionnalité individuel, par l'intermédiaire de la conception de l'Etat de droit.

D'ailleurs, à présent aussi, le trait dominant des doctrines relatives au contenu de cette notion gravite autour de ces mêmes aspects; en mettant en cause de nouveau le privilège incontestable dont la loi bénéficiait dans le droit français, la théorie de l'Etat de droit rend directement légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois<sup>122</sup>. Par conséquent, l'Etat de droit se distingue nettement de l'Etat légal. Alors que, dans le cadre de ce dernier - mentionne Léo Hamon - l'administration n'actionne que pour l'exécution et la mise en pratique de la loi (ce qui signifie qu'il n'y a pas de règle qui s'impose au législateur), dans l'Etat de droit même, celui-ci se voit obligé de se conformer aux règles supérieures de droit et, en premier lieu, à la Constitution, et, en deuxième lieu, aux droits des citoyens, eux aussi d'ordre constitutionnel<sup>123</sup>. Il en résulte l'importance tout à fait particulière du contrôle de constitutionnalité, qui devient une composante essentielle de l'Etat de droit de nos jours, à côté des autres moyens processuels qui sont à la portée des individus pour se défendre contre l'arbitraire ou l'illégalité des pouvoirs publics. Nous arrivons ainsi à une nouvelle valorisation du droit et de ceux qui sont appelés à le mettre en pratique indépendamment et objectivement. "*Le juge est donc la clef de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit (...). Le culte du droit aboutit en fait à la sacralisation du juge (...). Investi du rôle de gardien des valeurs, le juge est chargé de les défendre contre la volonté*

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 490.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 492.

<sup>121</sup> *Ibidem.*, p. 493.

<sup>122</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 33.

<sup>123</sup> Léo Hamon, *L'Etat de droit et son essence*, dans la "*Revue française de droit constitutionnel*", n° 4/1990, p. 703.

*capricieuse des majorités et contre la domination d'une raison instrumentale exclusivement soucieuse d'efficacité*"<sup>124</sup>.

Dans ces conditions la préoccupation des nouveaux constituants de consigner dans les lois fondamentales, comme l'un des objectifs les plus importants, l'Etat de droit, est tout à fait explicable - et il n'est pas surprenant que la première de ces lois ait été celle de l'Allemagne fédérale. L'article 28 mentionne que l'ordre constitutionnel des Länder doit être conforme aux principes d'un Etat de droit républicain, démocratique et social dans le sens de la loi fondamentale. Cela implique le fait que la notion respective doit être déduite de l'ensemble des dispositions de la Loi fondamentale<sup>125</sup>. Les constitutions de l'Espagne (article 1) et du Portugal (article 2) font référence elles aussi à l'Etat de droit.

Quant à l'adhésion à ce fondement important d'une société démocratique par les anciens pays socialistes, la réception est, pratiquement, générale. A l'exception de la Macédoine et de la Lituanie, qui le mentionnent dans le préambule des constitutions, dans tous les autres pays, il figure parmi les premiers principes qui dirigent l'activité de ces Etats, mentionné dans les constitutions respectives: tel est le cas en Pologne, en Russie, au Bélarus, en Roumanie, en Moldavie, en Slovaquie, en République Tchèque (article 1), en Slovénie et en Hongrie (article 2), en Croatie (article 3, l'expression étant "*le règne du droit*"), en Bulgarie (article 4), en République Fédérative de Yougoslavie (article 9), en Estonie (article 10), etc.

C'est ainsi que le constitutionnalisme européen situe à un degré supérieur non seulement la suprématie de la loi, mais aussi la suprématie de l'individu dans ses rapports avec l'Etat au moment où, par ses mesures, celui-ci conduit à la violation, sous n'importe quelle forme, des droits et des libertés humains consacrés aujourd'hui dans toutes les sociétés civilisées.

4. L'apparition et le développement du modèle européen de contrôle de la constitutionnalité des lois.

Herbert Spencer écrivait il y a plus d'un siècle: "*La grande superstition politique du passé était le droit divin des rois. La grande superstition politique du présent est le droit divin du Parlement (...). Le droit divin des parlements signifie le droit divin des majorités*"<sup>126</sup>. Toute la doctrine de l'Etat de droit considère comme parfaitement possible le danger d'une souveraineté parlementaire à outrance, étant exercée même en violation des dispositions des lois fondamentales. Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois a eu et aura donc toujours une valeur pratique tout à fait spéciale.

Un préjugé qui persiste encore de nos jours chez certains auteurs est celui que le contrôle de constitutionnalité a commencé par le procès *Marbury vs. Madison* (1803) aux Etats-Unis. Comme tout préjugé, il n'est pas vrai. Le contrôle de constitutionnalité a commencé en Europe. Et cela pas n'importe où, mais en Angleterre. Le précurseur de la suprématie du pouvoir judiciaire sur la loi votée par le Parlement est Sir Edward Coke (1552-1634). En qualité de *Chief Justice* d'une Cour supérieure anglaise, dans un arrêt prononcé en 1610 (le cas *Bonham*) il a retenu qu'une règle de la *Common Law* avait été violée par une loi. Or, étant donné le nombre

---

<sup>124</sup> J. Chevallier, *op. cit.*, p. 150.

<sup>125</sup> Dans ce sens, M. Fromont, *République Fédérale d'Allemagne, Etat de droit*, dans la "*Revue du droit public et de la science politique*", n° 5/1984, p. 1206.

<sup>126</sup> H. Spencer, *Individul împotriva statului (L'individu contre l'Etat)*, Bucarest, Ed. Cultura Nationala, 1924, p. 107, 112.

important des cas où la *Common Law* avait contrôlé les actes du Parlement "en rendant certains d'entre eux nuls, purement et simplement", il signifie que, "lorsqu'un acte du Parlement est contraire à la justice et à la raison commune ou détestable ou inexécutable, la *Common Law* s'y appliquera et le rendra nul"<sup>127</sup>. Les thèses de Coke ont trouvé leur mise en pratique en Angleterre pour une courte période, mais l'écho et leur mise en valeur ont été réalisés pleinement dans les colonies de la Couronne de l'Amérique du Nord. Les Cours de celles-ci ne mettaient pas en pratique les lois adoptées par les Assemblées législatives coloniales, au cas où elles entraient en conflit avec les Chartres accordées par la métropole ou plus tard avec les constitutions adoptées par les Etats respectifs au XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>128</sup>. De cette manière est apparu le contrôle judiciaire de constitutionnalité. Il ne s'est pas reflété dans la Constitution des Etats-Unis adoptée à Philadelphie le 17 septembre 1787, mais sa nécessité s'est avérée vitale pour le nouvel Etat fédéral dans les conditions de l'existence d'une abondante législation dans chaque Etat fédéré. Son théoricien, celui qui par ses arguments a établi les fondements de son utilité, a été Alexander Hamilton, dans son étude bien connue, n° 78, publiée dans *The Federalist*: "S'il arrivait d'exister une différence irréconciliable entre les lois et la constitution, on devrait, bien sûr, préférer celle qui a une validité et un caractère obligatoire supérieurs ou, en d'autres mots, la Constitution doit être préférée à la loi (...). Aucun acte législatif contraire à la Constitution ne peut être valide"<sup>129</sup>.

A peine apparue par voie prétorienne la cause connue à laquelle nous avons fait référence, en 1803, s'est instauré ainsi ce que la doctrine européenne a dénommé le modèle américain de justice constitutionnelle. Il est caractérisé par le fait qu'il est confié à toutes les instances judiciaires, et n'a rien de différent par rapport au contrôle judiciaire ordinaire<sup>130</sup>; au cas où on constate l'inconstitutionnalité d'une loi, celle-ci n'est pas appliquée au cas soumis au jugement, donc l'arrêt a des effets seulement *inter partes litigantes*. Cela rend possible l'absence d'unité de juridiction, ce qui constitue le grand désavantage de ce système<sup>131</sup>.

La Roumanie est l'un des pays qui l'a appliqué, en en supportant les conséquences indésirables. Une jurisprudence de la Cour de Cassation de Roumanie de 1912, par laquelle la Haute Instance a retenu que, compte tenu que la Constitution du pays ne l'interdisait pas, le contrôle de constitutionnalité des lois était parfaitement accessible à n'importe quel juge saisi dans ce sens, a joui d'une célébrité bien méritée<sup>132</sup>. La solution à laquelle, vu la raison mentionnée (la diversité de juridiction), s'est arrêté le constituant de 1923, a été que seule la Cour de Cassation, en Sections Unies (article 103) se prononce sur la constitutionnalité des lois. C'était l'une des premières preuves de l'inadaptabilité du modèle américain en Europe, dans les modalités conformément auxquelles il s'était institutionnalisé aux Etats-Unis. Il y a eu aussi des cas, où, quelquefois, les juges ont refusé d'appliquer les lois considérées comme inconstitutionnelles,

<sup>127</sup> Jean Beaute Sir Edward Coke. *Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, P.U.F., 1975, p. 75.

<sup>128</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 80.

<sup>129</sup> *The Federalist, Creators and critics of the Union, 1780-1801*, édité par Stephen Kurtz, New York, John Wiley & Sons, 1972, p. 53. Dans le même sens Chr. STARCK - *La constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Economica, 1994, p. 21.

<sup>130</sup> L. Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, Paris, P.U.F., 2<sup>e</sup> édition, 1992, p. 5.

<sup>131</sup> D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 22.

<sup>132</sup> Voir dans ce sens mon article paru dans la "Revue Administrative", Paris, n° 283/1995, janvier - février, qui a pour titre "Contrôle juridictionnel et contrôle politique", p. 40.

bien que les constitutions de leurs pays ne les aient pas habilités directement dans ce sens (Norvège, Grèce), le seul pays qui l'ait consacré *tel quel* étant le Portugal à l'article 63 de la Constitution de 1911<sup>133</sup>.

La pensée juridique européenne a élaboré une autre forme d'exercice du contrôle de constitutionnalité. Son père est l'abbé Sieyès, dans son célèbre discours du 2 Thermidor an III (2 juillet 1795). Il milite pour la création d'un "*jury constitutionnaire*" qui devait remplir la fonction d'annuler les actes irréguliers, contraires aux lois fondamentales, constituant ainsi "*un véritable Tribunal des Droits de l'Homme*"<sup>134</sup>. La proposition est rejetée, la Constitution de l'an III (1795) ne la mentionnant pas. Mais Sieyès la réitère après le 18 Brumaire, cette fois-ci avec succès; c'est ainsi que, dans la Constitution bonapartiste de l'an VIII (1799), un chapitre spécial est dédié au Sénat conservateur.

Celui-ci devait annuler les actes législatifs qui lui auraient été déférés, considérés comme inconstitutionnels par le Gouvernement ou le Tribunat; dans la sphère de son contrôle étaient aussi inclus les actes adoptés par le Gouvernement<sup>135</sup>. Les espoirs mis par son créateur dans cet organe n'ont pas été réalisés pour des raisons bien connues, qui malheureusement se sont répétées aussi après 1852, lorsqu'un organe semblable (le Sénat) a été créé par la Constitution républicaine. Mais une nouvelle modalité pour résoudre ce genre de conflit (loi-Constitution) était apparue et elle se révélera viable en premier lieu pour l'Europe.

Après des discussions vives et acharnées engagées par les juristes allemands et autrichiens à Vienne en 1862 et Mayence en 1863 sur le thème du contrôle de constitutionnalité, c'est une œuvre qui paraît en 1885, d'une surprenante originalité et, jusqu'à présent d'actualité: "*Une Cour Constitutionnelle pour l'Autriche*". Son auteur: Georg Jellinek. A partir de la prémisse de la nécessité de la défense de la Constitution dans les conditions "*de l'injustice parlementaire*", il plaide pour la création d'une instance juridictionnelle préventive assignée au Tribunal de l'Empire, qui deviendrait ainsi une "*Cour Constitutionnelle*". C'est celle-ci qui aurait la fonction de statuer sur les conflits entre la législation ordinaire et la législation constitutionnelle, la minorité parlementaire devant figurer aussi parmi les sujets de saisine de la Cour<sup>136</sup>. Grâce à lui et aux études d'autres savants qui l'ont suivi, immédiatement après la fin de la première guerre mondiale, sont créés en 1920 les premiers tribunaux constitutionnels en Tchécoslovaquie et en Autriche, et le grand théoricien des Cours Constitutionnelles - Hans Kelsen - a contribué aussi à l'élaboration de la constitution de ce dernier pays, adoptée la même année. Il a mis les fondements de sa théorie dans un article devenu célèbre: "*La garantie juridictionnelle de la Constitution*", paru dans la "*Revue de droit public*" en 1928. Il mentionnait que, compte tenu du fait que la Constitution est l'acte juridique fondamental qui se trouve à la base de la hiérarchie des normes juridiques, tous les autres doivent se conformer à elle. La Constitution contient non seulement des réglementations relatives aux organes de l'Etat et à la procédure législative, mais aussi des réglementations concernant les rapports de principe entre l'Etat et les citoyens ou, en d'autres mots, le catalogue des droits fondamentaux<sup>137</sup>. Les lois ne peuvent pas déroger à ces

<sup>133</sup> P. Bon, Jorge Miranda, Franck Moderne et autres, *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Economica, 1989, p. 13. Dans une variante différente, il y avait un type de contrôle judiciaire de constitutionnalité aussi à l'article 113 de la Constitution Suisse de 1874.

<sup>134</sup> J. Bredin-Sieyès, *La clé de la Révolution française*, Paris, Ed. de Fallois, 1988, p. 514.

<sup>135</sup> J. Barthelemy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 204.

<sup>136</sup> S. Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, Paris, Economica, 1993, p. 28.

<sup>137</sup> H. Kelsen, *op. cit.*, p. 207.

règles et principes. La modernité de Kelsen, de nos jours encore, s'explique aussi par l'analyse de la position de la loi par rapport aux traités internationaux. "*Si une loi, même constitutionnelle, contredit un traité, elle est irrégulière, à savoir contraire au droit international*"<sup>138</sup>. La garantie principale de la régularité des fonctions de l'Etat consiste dans l'annulation de l'acte inconstitutionnel<sup>139</sup>. Qui peut le faire? Pas le Parlement: cela serait naïf de croire que celui-ci va annuler une loi que lui-même a votée, parce qu'il se considère comme un organe créateur libre et aucunement comme un organe dont la compétence est "*liée*" par les dispositions de la Constitution<sup>140</sup>.

Le seul qui pourrait remplir une telle attribution sera un organe indépendant par rapport au Parlement et à toute autre autorité d'Etat, à savoir une juridiction ou un tribunal constitutionnel<sup>141</sup>. Il va contrôler, du point de vue constitutionnel le Parlement, aussi bien que le Gouvernement, en tant que participants au processus législatif. L'annulation des actes inconstitutionnels se fait par la mise en pratique des normes mentionnées dans la Constitution, les Cours ayant ainsi le rôle de législateur négatif<sup>142</sup>. Kelsen continue d'analyser en détail quel est l'objet du contrôle de constitutionnalité, les critères qui sont à la base de sa procédure et son résultat. A l'exception de l'Espagne républicaine (en 1931), l'exemple austro-tchécoslovaque n'a pas été suivi, jusqu'à la dernière guerre mondiale, les pays de l'Europe étant réservés en ce qui concerne la nouveauté de la solution proposée.

"*La vogue*" des cours constitutionnelles commence réellement après 1945, lorsque - après l'annulation de l'Anschluss - la Cour autrichienne, dont l'activité avait été interrompue en 1937, reprend son travail. Les premières nouvelles cours constitutionnelles qui l'ont suivie ont été créées par les constitutions de l'Italie (1947), de l'Allemagne fédérale (1949), de la France (1958), de la Turquie (1961) et de la Yougoslavie (1963).

C'est *la vague* des années 70-80 qui suit (Espagne 1978, Portugal 1982, après la modification de la Constitution de 1976, Belgique 1983)<sup>143</sup>, après laquelle suivent les pays qui ont éliminé les régimes totalitaires du Centre et de l'Est de l'Europe: la Pologne, la Hongrie, la Roumanie, la Bulgarie, la République Tchèque, la Slovaquie, la Slovénie, la Croatie, la République Fédérale de Yougoslavie, la Macédoine, l'Albanie, le Bélarus, la Moldavie, la Russie, l'Ukraine, la Lituanie, sans mentionner les Etats plus petits comme Andorre et le Liechtenstein.

Tous ces tribunaux, cours ou conseils constitutionnels correspondent à ce "*modèle européen*", caractérisé par le Professeur Louis Favoreu par les traits suivants: le statut constitutionnel, le contexte institutionnel et juridique particulier, le monopole du contentieux constitutionnel, la désignation des juges par les autorités politiques, l'exercice d'une juridiction véritable et sa réalisation en dehors de l'appareil juridictionnel<sup>144</sup>. Le modèle européen évite les interprétations

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 211.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 221.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 223.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>143</sup> L. Favoreu, *op. cit.*, p. 4.

<sup>144</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, p. 16-23.

divergentes qui peuvent apparaître entre les tribunaux (dans le cas du contrôle diffus de type américain), en offrant immédiatement la solution unique du problème de constitutionnalité.

Le procès qui est porté devant les Cours fait référence exclusivement à la constitutionnalité d'une loi, et l'arrêt prononcé a des effets *erga omnes*, donc pas seulement pour les parties en litige<sup>145</sup>. Ces avantages offrent, avec d'autres aussi - relatifs à la composition et à la procédure des Cours - , l'explication nécessaire en ce qui concerne la diffusion (propagation) du modèle européen sur d'autres continents aussi, spécialement en Amérique du Sud (Bolivie, Equateur, Colombie, Chili, Pérou)<sup>146</sup>, mais aussi en Afrique (Egypte, Afrique du Sud, République malgache, Congo)<sup>147</sup> ou en Asie (Syrie, Corée du Sud, Thaïlande, Mongolie).

\* \* \*

Tels sont, à notre avis, les traits principaux qui caractérisent la naissance et le développement du constitutionnalisme européen sur le plan doctrinal et législatif. J'ai choisi le critère chronologique. Il n'y avait pas d'autre possibilité, parce que tous ces traits sont aussi importants et constituent ensemble un tout indivisible. Mais il est intéressant que ce critère a fait surgir, peut-être pas par hasard, la marche ascendante du constitutionnalisme européen, à partir d'un principe d'art politique, toujours utilisé pour la lutte contre l'oppression des individus, jusqu'à la pleine défense de leurs droits et libertés, sous la protection des constitutions. A la fin de notre millénaire, nous pouvons constater ensemble que le constitutionnalisme européen a été et est resté un facteur de civilisation et de démocratie. L'histoire et l'expérience politique des peuples ont confirmé ses vertus. Il a gagné aujourd'hui tout notre continent, en dépassant même ses frontières.

C'est ainsi que son triomphe est complet. La grande famille des peuples de l'Europe, avec toutes les contradictions qui restent encore à surmonter, avec toutes les différences inhérentes qui existent encore entre ses membres, ne peut avoir qu'un destin commun. Sa réalisation intégrale dans le millénaire qui va venir, en conformité avec les exigences de l'Europe unie, ne peut pas être mise en doute. Nous pouvons être sûrs qu'à l'avenir, aussi bien qu'à présent, la contribution du constitutionnalisme né sur notre continent sera aussi importante, peut-être par d'autres voies et avec d'autres moyens, à coup sûr appropriés aux temps qui vont venir. Il reste que les héritiers de ceux qui l'ont créé il y a plus de deux siècles soient à la hauteur de leur précurseurs.

Deuxième séance de travail

Des conditions d'un patrimoine institutionnel commun

- a. Un patrimoine parlementaire commun est-il pensable?  
par M. Constantin KORTMANN
- b. Des conditions d'un patrimoine étatique commun:  
L'Etat multinational et l'Europe  
par M. Stéphane PIERRÉ-CAPS

---

<sup>145</sup> D. Rousseau, *op. cit.*, p. 22-23.

<sup>146</sup> J. Lambert, A. Gaudolfi, *Le système politique de l'Amérique Latine*, Paris, P.U.F., 1987, p. 273.

<sup>147</sup> Gérard Conac, *Les Cours suprêmes en Afrique*, Paris, Economica, 1989, tome II, p. X et suivantes.

c. Le constitutionnalisme de l'Ukraine dans le cadre du patrimoine constitutionnel européen  
par M. Serhiy HOLOVATY

a. Un patrimoine parlementaire commun est-il pensable? - par M. Constantin KORTMANN

Professeur à l'Université de Nimègue

## 1. Introduction<sup>148</sup>

La réponse à la question soulevée ci-dessus est sans doute négative, quand on considère tous les Etats du monde. Est-elle différente, quand on ne prend en compte que les Etats membres du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne? Comme nous le verrons, la réponse est à la fois affirmative et négative.

Ce qui suit se limite aux Etats membres de l'Union européenne qui, comme on le sait, sont actuellement au nombre de quinze. L'exposé suivant contient huit paragraphes qui, différemment de la tradition française, ne sont pas répartis en deux parties. Les Néerlandais sont moins cartésiens (dans la forme) que les Français. Le tout finit par une conclusion.

## 2. L'existence d'un parlement

Tous les Etats membres de l'Union européenne possèdent, au moins depuis le dix-neuvième siècle, une institution représentant "le peuple" de cet Etat. Le nom de cette institution diffère de pays en pays. Par exemple, les droits constitutionnels français et britannique emploient le terme "parlement", tandis que d'autres constitutions renvoient à un nom spécial, souvent historique, du parlement. Il en est ainsi aux Pays-Bas, où il est question des *Staten-Generaal*, en Espagne, où la Constitution parle des *Cortes generales*, au Danemark qui possède un *Folketing*. Nonobstant ces qualifications diverses, il est établi que dans tous ces Etats ces institutions sont des symptômes d'une structure constitutionnelle démocratique. Peut-être peuvent-elles même être considérées comme la pierre angulaire<sup>149</sup> des démocraties occidentales et le deviendront-elles aussi dans les Etats de l'Europe de l'Est. En tout cas, le Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme suppose l'existence d'un parlement au niveau national, parce qu'il exige dans son article 3 des élections régulières, libres et secrètes dans des conditions qui garantissent la libre expression de l'opinion du peuple relative au choix du pouvoir législatif.

Mais le rôle, la signification et l'intérêt des parlements ne peuvent pas être détachés de la culture constitutionnelle et politique dans laquelle les parlements fonctionnent et qu'ils représentent et rendent visible à leur tour à un certain degré. Ainsi, un parlement d'un Etat qui a connu ou possède encore une monarchie peut avoir plus de compétences qu'un parlement d'un Etat qui, d'origine, est une république, quoiqu'on s'attende vraisemblablement au contraire. De même, un parlement qui ne repose pas sur l'idéologie de la souveraineté populaire peut être plus puissant

<sup>148</sup> Cet article est partiellement basé sur *Volkeren vertegenwoordigd, De Interparlementaire Unie 100 jaar, 's-Gravenhage 1989; Aan deze zijde van het Binnenhof, Gedenkboek ter gelegenheid van het 175-jarig bestaan van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, 's-Gravenhage 1990; L. Prakke, C.A.J.M. Kortmann (red.), Het staatsrecht van de landen der Europese Gemeenschappen, Deventer 1993.*

<sup>149</sup> La systématique des constitutions des Etats de l'Union européenne n'est pas très homogène. Il y en a qui placent le parlement devant le gouvernement (exécutif), comme c'est par exemple le cas en Allemagne et en Belgique. En France et aux Pays-Bas l'exécutif devance le parlement. Il faut se garder d'en tirer des conséquences relatives à la prépondérance constitutionnelle ou politique.



que celui qui y trouve son fondement. De plus, un parlement peut être politiquement plus faible que les partis politiques dominants, ce qui a été longtemps le cas en Union Soviétique. Il y a toujours des régimes formellement parlementaires, mais qui au fond sont surtout une partitocratie. Le juriste qui traite le sujet d'un patrimoine parlementaire commun doit donc être très prudent. Des distinctions abstraites entre des parlements, basées uniquement ou principalement sur des textes constitutionnels, risquent de provoquer des jugements faux. Il serait donc erroné de conclure que, parce que les Etats membres de l'Union européenne possèdent tous un parlement, il y a un héritage ainsi qu'un avenir commun. Nous devons regarder de plus près.

### 3. Démocratie représentative et démocratie directe

Dans la plupart des Etats de l'Union européenne, le parlement représente le peuple (ou les électeurs), prend (parfois en coopération avec le gouvernement) les décisions qui lient les citoyens (la loi) ou prend des décisions qui sont à la base d'autres règles qui les lient. C'est ainsi qu'il y a des constitutions qui disposent que les Etats-Généraux représentent tout le peuple néerlandais (article 50 de la Constitution néerlandaise), que les députés du *Bundestag* sont les représentants de l'ensemble du peuple (article 38 de la Constitution allemande) ou que les députés représentent la nation (article 51 de la Constitution grecque). De telles constitutions déclarent en outre que le parlement (ou l'une de ses chambres) vote la loi. Ainsi, dans la plupart des "quinze", le parlement est à la base de l'ordonnement juridique, la constitution au sens formel mise à part. La démocratie représentative est sans doute un patrimoine commun.

Néanmoins il y a quelques Etats au sein de l'Union européenne où la démocratie représentative coexiste (partiellement) avec une démocratie directe sous la forme du référendum ou de l'initiative populaire. La France et l'Italie en sont des exemples<sup>150</sup>. Dans le cadre de cet exposé, discuter les avantages et désavantages de telles formes de démocratie directe mènerait trop loin. Il suffit ici de souligner que la possibilité d'un référendum tend à dévaloriser le pouvoir constitutionnel et politique du parlement et parfois même de la Constitution. Le système français le prouve: tandis que le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois parlementaires, il refuse ce contrôle quand il s'agit de lois référendaires, que cela soit logique ou non<sup>151</sup>. Il est douteux que la grande majorité des Etats de l'Union européenne soit prête à considérer la démocratie directe comme un héritage ou un avenir commun. Les Allemands et les Anglais s'y opposeront probablement, vu leur histoire constitutionnelle et politique. Ils sont attachés fortement au débat parlementaire, où l'on peut essayer de se convaincre l'un l'autre sur la base d'un échange d'arguments, et qui se déroule plus ou moins comme un procès devant le juge. Aux Pays-Bas, on discute depuis quinze ans de l'introduction d'un référendum décisif correctif, par lequel les électeurs pourraient rejeter un projet de loi, voté par les deux chambres du parlement. Cela impliquerait une révision de la Constitution qui est peu probable. Mais, même si elle réussissait, ce référendum n'ouvrirait que la possibilité de dire non. Et, on le sait, voter purement non est facile, car on n'a pas à penser aux conséquences et à réaliser quelque chose de positif.

### 4. La constitution et le parlement

---

<sup>150</sup> Je fais abstraction des référendums constitutionnels et des référendums purement consultatifs.

<sup>151</sup> V. Constantin Kortmann, *Souveraineté et contrôle de constitutionnalité*, *La Revue administrative* 1994, p. 574 et 575.

Le principe de base du système constitutionnel britannique est bien connu: la "*sovereignty of parliament*". Le droit communautaire mis à part, le parlement du Royaume-Uni est omnicompétent, il peut faire et défaire ce qu'il veut. Le parlement britannique peut donc être considéré comme un vrai souverain, qui est "*legibus solutus*" comme le roi d'antan. La situation est différente dans les autres Etats de l'Union européenne. Chacun d'entre eux possède une constitution écrite (et globalement rigide du point de vue procédural), qui limite les compétences du parlement, qu'elles soient de caractère législatif ou autre. Ces limitations sont basées partiellement sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ainsi, les parlements continentaux sont incompétents pour exercer la juridiction civile, pénale et administrative. De plus, le législateur<sup>152</sup> est lié par les droits fondamentaux (*Grundrechte, fundamental rights*) garantis par les textes constitutionnels et par des dispositions prescrivant une certaine procédure législative. Il n'est pas question d'une souveraineté parlementaire quelconque, le parlement étant prisonnier de la constitution. Cela est spécialement vrai pour la France avec son partage de compétences résultant des articles 34 et 37 de la Constitution, système inconnu des autres Etats de l'Union européenne. Mais, grâce à ou à cause de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le champ de manoeuvre du législateur français a été largement élargi depuis 1958<sup>153</sup> et on peut soutenir que la compétence du législateur français correspond maintenant globalement à celle de ses homologues européens.

Nous pouvons conclure que les Etats de l'Union européenne, à l'exception du Royaume-Uni, possèdent tous un parlement dont les compétences doivent s'exercer dans les limites de la constitution écrite. Ces constitutions étant assez similaires, soit du point de vue du texte, soit du point de vue de l'interprétation, quant au pouvoir législatif, il n'est pas trop risqué de conclure qu'au moins la compétence législative des parlements de l'Union européenne témoigne d'un patrimoine commun: c'est le législateur qui doit prendre les décisions importantes pour la société ainsi que pour l'organisation des pouvoirs publics. Cela n'exclut d'ailleurs pas que le gouvernement plutôt que le parlement décide *de facto* du contenu d'une loi, le parlement étant plus une "claque" des projets gouvernementaux qu'un vrai (co)auteur de la loi. Cela est particulièrement vrai pour les Etats où la constitution procure au gouvernement des armes procédurales puissantes, comme le vote bloqué et l'engagement de sa responsabilité sur le vote d'un texte.

---

<sup>152</sup> Souvent le parlement, parfois le parlement en coopération avec le gouvernement.

<sup>153</sup> V. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris 1995.

## 5. Monocamérisme et bicamérisme

Dans les Etats membres de l'Union européenne, le bicamérisme est dominant. Le monocamérisme existe toutefois au Danemark, en Grèce, en Finlande, au Luxembourg, au Portugal et en Suède. On ne peut donc pas conclure que le bicamérisme est un héritage commun des "quinze". Cette conclusion s'avère encore moins correcte, quand on se rend compte des raisons de la création d'une chambre haute. Elles diffèrent de pays à pays. Dans les Etats fédéraux comme la République Fédérale d'Allemagne, l'existence d'un *Bundesrat* ne surprend point. Il est composé de délégués des gouvernements des "*Länder*" et possède des compétences qui ont surtout trait à la position desdits *Länder* dans l'ordre constitutionnel. En Belgique, le Sénat est l'une des expressions de la forme fédérale de l'Etat. L'existence de la *House of Lords* britannique s'explique par l'histoire du Royaume-Uni. Elle servait de protection du Roi contre l'organe démocratique, qui était et est toujours la *House of Commons*. Les Britanniques, étant attachés fortement à leur histoire constitutionnelle, n'ont jusqu'ici jamais sérieusement voulu abolir cette chambre du Parlement qui aux yeux des continentaux est un peu bizarre. Dans d'autres Etats, comme les Pays-Bas et l'Espagne, le bicamérisme est plus difficile à expliquer. Aux Pays-Bas la *Eerste Kamer* comprenait au début du Royaume (1814) des membres nommés par le Roi et pouvait être comparée à la *House of Lords*. Depuis 1848, ses membres sont élus par les membres des Etats provinciaux. Cela suggère que la *Eerste Kamer* néerlandaise sert de représentation des (12) provinces. Il n'en est pas ainsi, les candidats aux élections pouvant résider partout dans le pays. Aujourd'hui, on considère la *Eerste Kamer* surtout comme une institution qui peut (et doit) exercer un contrôle supplémentaire de la conformité des projets de loi à la Constitution ainsi qu'aux principes généraux du droit. En Espagne, l'article 69 de la Constitution qualifie le *Senado* de "*Cámara de representación territorial*" et, pour cette raison, ses membres sont élus partiellement par les habitants des provinces, partiellement par les parlements régionaux. Mais, dans la pratique, le caractère de représentation territoriale du *Senado* est peu perceptible, les sénateurs suivant plus la ligne politique de leur parti politique national qu'ils ne défendent des intérêts régionaux et provinciaux.

L'Irlande forme un cas spécial. La chambre haute (*Seanad Éirean*) compte 60 membres, dont 49 sont élus et 11 nommés. Parmi les membres élus, 6 sont élus par les universités (!), les autres 43 sont élus par les membres démissionnaires de la chambre haute, les membres de la chambre basse nouvellement élus ainsi que les membres des conseils locaux, en totalité environ 900 personnes. Il y a cinq groupes de candidats: pour l'enseignement, pour l'agriculture, pour les employés, pour la commerce et l'industrie et pour l'administration publique. Le premier ministre nouvellement élu par la chambre basse nomme lesdits 11 membres. Cette réglementation suggère un système corporatiste, mais dans la pratique les sénateurs se comportent comme des politiciens "normaux", comme c'est le cas en Espagne.

Mais il y a d'autres différences entre les systèmes bicaméraux. Dans quelques Etats, les pouvoirs des deux chambres sont en principe les mêmes, tandis que dans d'autres ceux de la chambre basse sont clairement plus larges. Nous y reviendrons.

## 6. Le système électoral

Les systèmes électoraux des Etats de l'Union européenne sont très divers, surtout compte tenu du bicamérisme. Je me borne ici aux systèmes électoraux des chambres basses. On y discerne le régime proportionnel presque mathématique des Pays-Bas, le système de la majorité relative par district uninominal du Royaume-Uni, celui de la majorité absolue (premier tour) et de la majorité relative (deuxième tour) par district uninominal de la France, ainsi que des systèmes mixtes, d'ailleurs différents à leur tour, de l'Allemagne et de l'Italie. Comme on le sait, ces systèmes conduisent à des compositions différentes des chambres basses. La proportionnelle conduit au multipartisme dans la chambre, le système majoritaire tend à créer une majorité et une opposition homogènes. Du point de vue des systèmes électoraux, l'Europe est loin d'un héritage commun. Il serait d'ailleurs erroné de vouloir expliquer la composition des chambres basses par le seul fait du système électoral. La structure et la stabilité des partis politiques y jouent aussi un rôle. Il y a des Etats où la configuration des partis politiques est assez continue, comme c'est le cas en Allemagne et au Royaume-Uni. D'autre part, les Pays-Bas, la Belgique et l'Italie font preuve d'une certaine instabilité, qui se traduit par un pourcentage relativement grand d'électeurs "flottants" et de coalitions parlementaires changeantes.

En général on peut dire, en tout cas du point de vue théorique, que les systèmes majoritaires visent à la création d'un pouvoir politique capable de prendre facilement des décisions (comme l'adoption d'une loi), tandis que les systèmes proportionnels accentuent la représentation des électeurs au sein du pouvoir politique ainsi que la prise de décisions sur la base de compromis. Il est d'ailleurs remarquable que, globalement, les pays nordiques - y compris les Pays-Bas - préconisent le système proportionnel, tandis que les Etats méridionaux connaissent des systèmes qui produisent en général une bipolarisation.

## 7. La relation entre le gouvernement et le parlement

A première vue, la relation entre le gouvernement et le parlement dans les Etats de l'Union européenne est fondée sur un dénominateur commun: le gouvernement doit avoir la confiance du parlement, soit des deux chambres, soit de la chambre basse. De plus, le gouvernement ou les membres du gouvernement sont obligés de répondre aux questions des parlementaires. Mais la ressemblance claire s'arrête ici.

En premier lieu, on peut distinguer la "confiance positive" de la "confiance négative". Ainsi, en Italie et en Espagne, un nouveau gouvernement doit obtenir la confiance de la majorité du parlement (ou de la chambre basse), l'investiture. La constitution française contient le même principe, mais il est arrivé qu'un gouvernement récemment nommé n'ait pas soumis son programme au vote de l'Assemblée nationale et ait attendu une motion de censure spontanée, qui ne fut pas votée. Dans le droit constitutionnel des Etats nordiques et des Pays-Bas la "confiance positive" du parlement n'est pas requise. Tant que le parlement ou la chambre basse n'a pas exprimé sa méfiance au gouvernement, celui-ci peut rester en selle. Cela explique - entre autres - pourquoi des gouvernements minoritaires sont assez courants dans les pays scandinaves. La confiance est supposée, tant que la preuve du contraire n'a pas été donnée.

En second lieu, il y a des différences quant au mécanisme d'une motion de censure (spontanée). Dans quelques Etats - par exemple les Pays-Bas - elle peut être votée par chaque chambre<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> J'observe qu'un vote de méfiance de la chambre haute néerlandaise est extrêmement rare. Il y a même des constitutionnalistes et des hommes politiques qui le considèrent inconstitutionnel.

Dans la grande majorité des "quinze" ce n'est que la chambre basse qui peut obliger un gouvernement à démissionner.

En troisième lieu, la réglementation de la motion de censure spontanée présente des différences importantes. Au Royaume-Uni comme aux Pays-Bas, la motion de censure n'a pas de base constitutionnelle écrite. Il s'agit d'une convention constitutionnelle, qui d'ailleurs est respectée scrupuleusement. Dans la plupart des autres Etats, la constitution contient des dispositions relatives à la motion de censure. Mais cela n'implique point une similitude. Ainsi l'Allemagne, la Belgique et l'Espagne possèdent le système de la motion de censure constructive, qui veut que le parlement ne puisse renverser un gouvernement sans avoir désigné un nouveau premier ministre. Qui casse, paye. Quoique le système français ne connaisse pas cette motion de censure constructive, il exige une majorité absolue des membres de l'Assemblée nationale. Les constitutions du Danemark et de l'Irlande se contentent de disposer que le gouvernement doit démissionner s'il perd la confiance du parlement. Une telle motion peut être votée à la majorité des membres présents, comme c'est le cas aux Pays-Bas et au Royaume-Uni.

Finalement, nous pouvons mentionner le fait que dans plusieurs Etats le parlement ne peut voter une motion de censure qu'à l'égard du gouvernement entier, comme collectivité. C'est par exemple le cas en Allemagne, en Belgique, en France et en Espagne. Au Danemark, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas, une motion de censure peut être adressée aussi bien à un seul ministre qu'au gouvernement entier, ce qui facilite, au moins en théorie, le contrôle et la sanction parlementaires.

Le pendant de la motion de censure spontanée est le droit de dissolution, qui est commun au droit constitutionnel des Etats traités. Mais sur ce point aussi, l'héritage ne s'avère pas toujours commun. Il est vrai qu'en général seulement la chambre basse peut être dissoute, mais les constitutions de l'Espagne, de l'Italie et des Pays-Bas permettent aussi la dissolution du "Sénat". Dans certains Etats, le droit de dissolution ne connaît pas de limites matérielles ni procédurales. C'est par exemple le cas au Danemark, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas<sup>155</sup>. Le système français est assez proche, mais la Constitution interdit une dissolution dans l'année qui suit les élections. Les constitutions espagnole (article 115) et portugaise (article 175) contiennent une disposition semblable. Le *Grundgesetz* allemand règle la dissolution de façon très détaillée et ne la permet que dans des cas précis (articles 63 et 68), ce qui s'explique par le souci du constituant de faire obstacle aux "coups d'Etat" à l'égard du Bundestag.

Concernant la dissolution, le droit constitutionnel français contient une particularité qu'on ne retrouve pas dans les autres Etats. En France, le Président de la République peut de façon autonome et sans contreseing dissoudre l'Assemblée nationale. Cela se produit surtout après des élections présidentielles ayant mené à une majorité présidentielle différente de la majorité de l'Assemblée nationale. Dans les autres Etats de l'Union européenne, le droit de dissolution appartient au premier ministre (ou au gouvernement), ce qui correspond à un régime parlementaire classique.

De ce qui vient d'être exposé on peut conclure que le droit constitutionnel des "quinze" relatif aux deux mécanismes principaux du système parlementaire, quoique partant des mêmes principes, s'avère assez hétérogène dans les détails.

---

<sup>155</sup> Il faut remarquer qu'une convention constitutionnelle néerlandaise interdit une deuxième dissolution pour les mêmes raisons que celles de la première.

Il en va de même quand on analyse la relation entre le gouvernement et le parlement, en partant du principe de la séparation des pouvoirs. Selon cette idée, il devrait y avoir une distinction assez claire entre l'organisation et les compétences du parlement et du gouvernement. Les Etats-Unis en procurent toujours un bon exemple. Dans les Etats de l'Union Européenne, la séparation des pouvoirs s'exprime surtout dans la position indépendante du pouvoir judiciaire, garantie entre autres par l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Pour le reste, les systèmes constitutionnels respectifs montrent une diversité assez grande. Il suffit de donner quelques exemples. En France et aux Pays-Bas, les ministres ne peuvent pas être à la fois membre du parlement (système dualiste), tandis qu'au Royaume-Uni ils doivent l'être (système moniste). Dans d'autres pays comme l'Allemagne et l'Espagne, un ministre peut être membre d'une chambre, mais ne l'est pas obligatoirement. En France, la loi est votée par le parlement, tandis qu'aux Pays-Bas elle est faite par le gouvernement et le parlement. Plusieurs constitutions, comme celle de la France, de l'Italie et de l'Espagne, permettent au gouvernement d'édicter des règles ayant force de loi, tandis que d'autres, comme celles de l'Allemagne et des Pays-Bas, l'excluent en principe. Dans la plupart des Etats de l'Union européenne, le parlement est maître de son règlement intérieur ainsi que de son ordre du jour. En France, le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des règlements intérieurs des assemblées et le gouvernement fixe l'ordre du jour prioritaire, etc. De nouveau il paraît difficile de conclure à un patrimoine commun.

## **8. Les compétences du parlement**

Un trait commun du droit constitutionnel des "quinze" consiste en ce que le parlement vote les lois<sup>156</sup> ou est co-auteur de la loi et qu'il contrôle le gouvernement. A propos de la confection de la loi, on décèle néanmoins des différences qui sautent aux yeux. Ainsi, la plupart des constitutions des Etats possédant deux chambres permettent à la chambre basse de prendre la décision finale (Espagne, France<sup>157</sup>, Royaume-Uni). Au contraire, en Italie et aux Pays-Bas, les chambres se trouvent sur un pied d'égalité: il faut l'accord des deux pour édicter une loi. Mais on doit ajouter que la *Eerste Kamer* néerlandaise ne possède pas le droit d'amendement: le projet de loi est à prendre ou à laisser.

Dans plusieurs systèmes bicaméraux la chambre haute concourt à la confection de toutes les lois. C'est par exemple le cas en France, en Italie et aux Pays-Bas. La situation est différente en Allemagne et en Belgique, où la constitution distingue les lois votées uniquement par la chambre basse et celles votées par les deux chambres. Cette distinction est liée au caractère fédéral de ces deux Etats: la chambre haute n'entre en principe en scène que pour les lois relatives aux intérêts des parties intégrantes de l'Etat fédéral ("Länder", "régions", "gewesten").

En ce qui concerne quelques lois de caractère spécial, il y a une très grande ressemblance entre les "quinze". C'est le législateur qui vote le budget et qui, si cela est prescrit, approuve les traités internationaux. Au contraire, les procédures de révision de la constitution font preuve d'une grande diversité. Il y a des constitutions, comme celle de l'Espagne, de la France, de l'Italie et de l'Irlande, qui prescrivent ou permettent un référendum constitutionnel décisif. D'autres, comme les constitutions allemande et néerlandaise, exigent une procédure purement parlementaire mais

---

<sup>156</sup> Au Paragraphe 4, nous avons déjà traité, quoique globalement, la compétence législative en tant que telle.

<sup>157</sup> Il y a des exceptions, comme les lois organiques relatives au Sénat.

spéciale, exigeant une majorité qualifiée<sup>158</sup>. La France connaît trois procédures, à savoir les deux de l'article 89 et celle de l'article 11, la dernière étant de constitutionnalité douteuse.

Qu'en est-il des compétences de contrôle?

Le parlement britannique est à bon droit considéré comme la "*mater parlatorum*" en ce qui concerne le contrôle des faits et gestes des membres du gouvernement. C'est là que la responsabilité ministérielle est née. La "*question hour*", actuellement télévisée, est un spectacle qui incite à la jalousie les autres parlements de l'Union européenne, qui essayent toujours de l'imiter, mais en vain<sup>159</sup>. Au Royaume-Uni comme dans les autres Etats de l'Union européenne, les débats parlementaires peuvent être en principe suivis de motions ou résolutions, dont la motion de censure qui a déjà été traitée plus haut. Sauf la dernière, ces motions ne lient pas juridiquement le gouvernement, mais elles peuvent avoir des conséquences politiques et mettre la position du gouvernement ou d'un ministre en péril. Quoi qu'il en soit, la motion est un moyen d'expression parlementaire courant. A ma connaissance, seul le droit constitutionnel français interdit toutes les motions avec effet externe, sauf celles contenues dans la Constitution. La motion peut donc être considérée comme un héritage commun des parlements de l'Union européenne.

Il en va de même pour quelques autres moyens de contrôle, comme l'examen et la discussion de documents gouvernementaux par les commissions parlementaires et la possibilité d'instituer des commissions d'enquête. Néanmoins, on décèle ici aussi des différences. Ainsi, les enquêtes parlementaires sont plus fréquentes (et de longue durée) en Allemagne et aux Pays-Bas qu'en France, où le droit d'enquête est assez strictement réglementé.

## 9. Le maître de la constitution

Il s'entend que le vrai maître de la constitution est le pouvoir constituant. Mais ce pouvoir n'agit qu'incidemment. Normalement, le pouvoir constituant dort, il se réveille rarement et, s'il le fait, c'est souvent pour réaliser une révision constitutionnelle peu importante. Il est clair aussi qu'une constitution doit être interprétée et exécutée, aussi bien par le législateur que par l'exécutif et le juge. Alors, la question se pose de savoir qui est l'interprète ultime de la constitution. Avant la deuxième guerre mondiale, la réponse était claire. Cette interprétation revenait au législateur, au pouvoir politique-démocratique. C'est pourquoi l'on disait que la loi était inviolable, expression contenue dans la constitution néerlandaise d'avant 1983.

Depuis la susdite guerre, la situation s'est altérée rapidement. Le contrôle de la constitutionnalité des lois, soit par une cour spéciale, soit par le juge ordinaire, a pris pied dans le droit constitutionnel de la majorité des Etats de l'Union européenne. Mais doit-on déjà parler d'un héritage commun? On peut en douter pour deux raisons. La première est que ce contrôle n'existe par encore dans plusieurs Etats de l'Union européenne, à savoir la Finlande, le Royaume-Uni, le Luxembourg et les Pays-Bas<sup>160</sup>. Et, quoiqu'il ne soit pas exclu au Danemark ni en Suède, ce

<sup>158</sup> Aux Pays-Bas, la révision doit être votée en deux lectures, entre lesquelles la chambre basse est dissoute.

<sup>159</sup> On peut d'ailleurs se demander si le contrôle par la House of Commons n'est pas plus faible qu'il ne paraît l'être, la discipline majoritaire étant développée à outrance.

<sup>160</sup> Quoique les Pays-Bas ne possèdent pas un système de contrôle de la constitutionnalité des lois, l'article 94 de la Constitution oblige chaque juge à contrôler la conformité de toute norme nationale, y compris la Constitution, aux normes directement applicables des traités internationaux. Le résultat de ce contrôle diffère peu d'un contrôle de constitutionnalité.

contrôle est plutôt théorique que réel. Ces Etats, qui n'ont pas eu l'expérience de régimes autoritaires ou oppressifs, éprouvent peu le besoin d'un contrôle de constitutionnalité par une institution dont les membres ne sont pas élus. Ils se fient à la prudence et la modération du pouvoir politique, qui agit en général sur la base d'un consensus global négocié au parlement et avec les "partenaires sociaux".

La seconde raison est que les systèmes de contrôle de constitutionnalité des lois sont très divers. On n'a qu'à comparer le système allemand très développé avec son "*abstrakte*" et "*konkrete*" *Normenkontrolle* et sa "*Verfassungsbeschwerde*", avec le système français qui ne connaît qu'un contrôle a priori, qui d'ailleurs ne couvre que les lois organiques et les lois ordinaires qui ont été déferées au Conseil constitutionnel. Les lois une fois promulguées sont, comme auparavant, "inviolables". En plus, les Etats où un contrôle de constitutionnalité existe, l'ont organisé de façon bien différente. Tandis que les uns possèdent une cour spéciale, comme l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France et l'Italie, les autres confient le contrôle au juge de droit commun, comme c'est le cas au Danemark, en Grèce, en Irlande et en Suède.

## 10. Conclusion

Ces dernières années, il est à la mode de parler d'une crise des parlements, et c'est parfois fondé. C'est vrai que certains Etats de l'Union européenne ont connu ou connaissent une instabilité politique angoissante, des scandales financiers et autres, des hommes politiques de réputation et de morale douteuses. Il est vrai aussi que les parlements des "quinze" subissent des pertes de compétences et de pouvoirs à cause de l'unification européenne et même mondiale, sans qu'il y ait un remplaçant possédant leur expérience et leurs compétences. En outre, nous pourrions mentionner que les démocraties ont souvent confié de nos jours la prise de décisions à la bureaucratie, phénomène inévitable paraît-il.

Mais tout cela ne justifie pas l'abandon du régime parlementaire. Au contraire. Pour que "l'Europe" continue à être un continent démocratique, qu'elle offre des garanties suffisantes contre la tyrannie et la guerre, il faut chercher les bases communes des parlements européens, comparer leur fonctionnement, développer la compréhension mutuelle, apprendre à respecter les différences. N'est-il pas remarquable qu'un De Gaulle ou un Debré aient écrit une constitution qui du point de vue du parlementarisme a été influencée par les conventions constitutionnelles britanniques? N'est-il pas surprenant que la constitution de l'Espagne ait beaucoup emprunté des constitutions allemande et française? La constitution néerlandaise n'est-elle pas un bon exemple à propos de la relation entre le droit international et le droit national? Ne pouvons-nous pas beaucoup apprendre des constitutions allemande, belge et espagnole en ce qui concerne la "forme d'Etat" d'une Europe future?

Dans ce qui vient d'être exposé l'accent a été mis, peut-être trop, sur des différences entre les régimes parlementaires des "quinze". Il y en a certainement beaucoup plus. Cet accent pourrait inviter à conclure "que nous quinze sommes trop différents pour vivre ensemble". Ce jugement serait erroné. La compréhension mutuelle et la coexistence ne se réalisent pas en dissimulant ce qui sépare. En jouant à cache-cache, on oublie trop souvent que les différences témoignent finalement de valeurs sous-jacentes, comme celle de l'autonomie de l'être humain, de la dignité de la personne, du pluralisme, de la négation d'une "vérité" politique absolue, du respect d'autres opinions et de la nécessité d'un pouvoir public capable d'agir, mais avec modération. Ces valeurs peuvent être découvertes ou redécouvertes par une démonstration claire et sincère des différences, par la reconnaissance qu'on est (parfois) héritier d'autres parents. Existe-t-il un patrimoine parlementaire commun? Si nous le voulons, la réponse sera, finalement, oui.



b. Des conditions d'un patrimoine étatique commun: l'Etat multinational et l'Europe par  
M. Stéphane PIERRÉ-CAPS

Professeur à l'Université Nancy II, Directeur du Groupe de Recherches et d'Etudes Politiques  
(GREP)

### Résumé

1. Le paradoxe de l'Etat national
  - A. La légitimité de l'Etat-nation
  - B. La prolifération de l'Etat national
2. Le paradigme de l'Etat multinational
  - A. L'autodétermination, acte d'institution de l'Etat multinational
  - B. Vers une dissociation de l'Etat et de la nation

Dans une ultime intuition politique formulée lors d'une rencontre aux Etats-Unis, en octobre 1995, des anciens chefs d'Etat et de gouvernement témoins de la chute du Mur de Berlin, le Président François Mitterrand déclarait: "La grande affaire du 21<sup>e</sup> siècle sera de trouver la synthèse entre deux besoins: les besoins des grands ensembles et le besoin de chaque collectivité à s'affirmer en tant que telle (...) *Aurons-nous les hommes politiques, les législateurs capables de concevoir l'organisation de ce monde immense, avec quelques centres majeurs de coordination répondant au droit international (...) et, dans le même temps, pourrons-nous dessiner des droits des minorités permettant à chacun de vivre à sa façon?*"<sup>161</sup>.

Ces réflexions s'apprécient tout particulièrement à l'échelle du continent européen, dont les sociétés politiques et leur mode étatique d'organisation sont aujourd'hui aux prises avec un double mouvement concomitant - au demeurant l'un généré par l'autre: la *mondialisation* uniformisante et le repli identitaire ( faudrait-il même dire immunitaire?). Un double processus d'*intégration* et de *désagrégation* érode les Etats européens modernes, dont on peut, selon certains auteurs, mesurer l'amplitude à l'aune du fédéralisme: "*L'on peut donc reconnaître l'existence d'un processus fédératif par voie de désagrégation symétrique, au sein des Etats-nations, de celui qui affecte l'intégration européenne par voie d'agrégation*"<sup>162</sup>.

Cette particularité géographique et spatiale ne s'explique pas seulement par l'originalité de la construction communautaire; elle tient aussi à des causes historiques:

- c'est à partir de la *Christianitas* médiévale que se constituent, en Angleterre, en France et en Espagne, les premiers Etats-nations. A l'origine, donc, cette forme d'organisation de la société politique apparaît comme un phénomène très situé, en tout état de cause spécifiquement européen;

---

<sup>161</sup> **Le Monde, 12 janvier 1996.**

<sup>162</sup> **Maurice Croizat et Jean-Louis Quermonne, L'Europe et le fédéralisme, Paris, Montchrestien, 1996, p. 9.**

- mais, dans le même temps et sur la même échelle, le Saint-Empire romain germanique (1648-1806) puis les Habsbourg, s'efforcent de promouvoir un modèle politique concurrent - confédéral et multinational.

Ainsi, l'évocation des *conditions d'un patrimoine étatique commun* dans l'Europe d'aujourd'hui n'a de sens que si l'on prend en compte cette dimension originelle: à partir de la Renaissance, deux modèles d'organisation étatique sont en concurrence pour la légitimité et la suprématie politiques. Pour ce qui le concerne, le droit public et constitutionnel européen témoigne avec intensité de cet affrontement:

- d'un côté, les théoriciens de la souveraineté, en Hongrie dès le 15<sup>e</sup> siècle, en France à partir de 1576, c'est-à-dire de la parution, à Lyon, des *Six Livres de la République* de Jean Bodin, fournissent à l'Etat ce support de légitimité que les révolutionnaires de 1789 se garderont bien de remettre en cause<sup>163</sup>;
- mais, d'un autre côté, le Saint-Empire romain germanique, bien que vidé de sa substance après les Traités de Westphalie, produit un système institutionnel et une théorie anti-absolutiste de l'Etat, connus sous le nom de *Reichspublizistik*, que Leibniz formalise dès 1670. Fondé sur la recherche d'un équilibre entre l'empereur et les Etats de l'Empire, la *Reichspublizistik* apparaît comme un "*modèle de constitution fédérative*"<sup>164</sup> opposé à ce qui allait devenir, à la fin du 18<sup>e</sup> siècle, l'Etat national. Si, comme l'écrivent Maurice Croizat et Jean-Louis Quermonne, l'on assiste bien aujourd'hui à l'émergence d'un "*fédéralisme intergouvernemental*" de type européen, c'est-à-dire s'appuyant sur une "*culture politique européenne*"<sup>165</sup>, c'est aussi dans ce modèle qu'il est susceptible de puiser sa singularité, même si les deux auteurs appuient leur démarche sur l'hypothèse européenne d'une "*fédération d'Etats-nations*". Au reste, le "*patriotisme d'Empire*" théorisé notamment par Friedrich Karl von Moser (1723-1798) ne résonne-t-il pas étrangement aujourd'hui dans le "*patriotisme constitutionnel*" de Jürgen Habermas?

A compter du milieu du 19<sup>e</sup> siècle toutefois, les nations européennes parvenues à la conscience de soi se tournent nettement vers le modèle politique et juridique de l'Etat-nation, adopté par la Révolution française de 1789, qui lui confèrera une dimension universelle, ainsi transformé en instrument de lutte contre toute forme de gouvernement despotique, porté à l'édification des peuples européens par les guerres napoléoniennes et l'idéologie du *principe des nationalités*<sup>166</sup>. C'est, bien sûr, l'idée de nation qui supporte et justifie ce droit à l'Etat, cette nation que les révolutionnaires de 1789 identifient à la liberté et dont ils feront l'instrument exclusif de leur combat contre la monarchie absolue. Et, puisqu'il s'agit de substituer une nouvelle légitimité politique au despotisme monarchique, le principe des nationalités sera convoqué en vue d'exporter l'idéologie de la souveraineté nationale et, par la même occasion, la République une

<sup>163</sup> Sur l'émergence de la souveraineté en tant que "monopole d'édition du droit positif au profit du Prince souverain", cf. Olivier Beaud, *La Puissance de l'Etat*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, p. 62-68 (citation p. 62).

<sup>164</sup> Jacques Le Rider, *La Mitteleuropa*, Paris, PUF, coll. Que Sais-Je?, 1994, p. 32.

<sup>165</sup> *Op. cit.*, p. 10.

<sup>166</sup> A cet égard, c'est aux premières heures du 19<sup>e</sup> siècle que l'idée d'autodétermination se stabilise sur le plan de la terminologie avec l'apparition du mot nationalité: celui-ci désigne au premier chef une communauté humaine d'origine, d'histoire et de traditions dans son aspiration collective à vivre un même destin politique, le principe des nationalités n'exprimant rien d'autre que le droit à l'indépendance de ce groupe social ainsi spécifié.

et indivisible, c'est-à-dire l'Etat national. Le rationalisme et l'universalisme des Lumières, transfigurés par le messianisme révolutionnaire, feront le reste: chaque peuple, chaque nation n'accéderait vraiment à la liberté politique qu'en se dotant d'un Etat qui lui fût propre par la grâce de la souveraineté nationale. De la sorte, le principe des nationalités représentait le point de passage obligé à l'Etat-nation, institué par là même contre l'Etat dynastique. Au reste, la terre entière - selon le vœu d'un décret de la Convention du 19 novembre 1792 décidant, au nom de la France, d'"accorder fraternité et secours à tous les peuples qui voudront recouvrer leur liberté" - était appelée à se soumettre à ce principe politique de division territoriale, en vertu duquel il doit exister autant d'Etats qu'il existe de nations. Ou encore que les frontières de chaque Etat doivent nécessairement, c'est-à-dire rationnellement, correspondre aux frontières d'une seule et unique nation.

Le démembrement des empires austro-hongrois et ottoman, en 1919, consacrera par la même occasion le triomphe de l'Etat-nation, en dépit des efforts théoriques considérables déployés en Autriche-Hongrie même pour sauvegarder l'Etat multinational<sup>167</sup>. Certes, pendant un temps, l'Union soviétique d'abord, la Yougoslavie d'après 1945 ensuite, pourront faire illusion en prétendant perpétuer le caractère multinational de leur propre société politique sous le vêtement idéologique du "*fédéralisme socialiste*".

Mais, après la décommunisation, la cause semble entendue: la création de la Slovaquie et de la Slovénie, voire de la Macédoine, proclamée "*Etat national du peuple macédonien*" par la Constitution du 17 novembre 1991<sup>168</sup>, la partition ethnique de l'espace yougoslave, témoignent de la force d'attraction de l'Etat-nation, soit que celle-ci participe du *droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, version moderne du principe des nationalités, soit qu'elle se dévoie en pathologie nationalitaire. A considérer, au surplus, les forces centrifuges à l'œuvre en Belgique, en Espagne, sinon en Italie, que l'inclination fédérale, si bien qualifiée de désagrégative, ne semble guère pouvoir endiguer, l'on ne peut que constater l'irrépressible propension à la scissiparité d'un modèle d'organisation de la société politique qui semble ainsi dévoré par son principe intrinsèque.

Cette reproduction en chaîne de l'Etat national en Europe semble bien signifier l'échec total de l'Etat multinational, comme l'atteste crûment l'Etat de Bosnie-Herzégovine produit par les Accords de Dayton. Tout au plus pourrait-on mentionner l'exception suisse qui, "*depuis un siècle et demi, a trouvé le moyen terme entre la confédération de cantons et l'Etat fédéral, au prix d'un retrait prudent sur ses propres valeurs à l'abri des turbulences de la scène politique internationale*"<sup>169</sup>. De fait, le "modèle" suisse ne semble guère exportable.

Mais les apparences sont trompeuses: la tentation stato-nationale de l'Europe d'après 1989 repose sur une conception substantialiste, c'est-à-dire organique, culturelle - voire communautaire dans le sens anglo-saxon du terme - de l'appartenance sociale. Elle contredit radicalement le processus intégrateur, également à l'œuvre sur le continent européen, dans la mesure où celui-ci se décline d'abord comme un *ordre juridique*, une construction de nature

---

<sup>167</sup> Cf. Otto Bauer, *La Question des nationalités et la social-démocratie*, Paris-Montréal, E.D.I.-Guérin Littérature, 2 vol., 1987, 594 p.; Karl Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen (Le droit à l'autodétermination des nations)*, Leipzig und Wien, Deuticke, 1918, 293 p.

<sup>168</sup> Texte in Michel Lesage, *Constitutions d'Europe centrale, orientale et balte*, Paris, La Documentation française, 1995, p. 355.

<sup>169</sup> François Borella, *La construction politique de l'Europe: la querelle des modèles*, in *L'Autriche dans l'Europe*, Revue d'Allemagne, t. 28, n° 2, avril-juin 1996, p. 137.

formelle, les traités communautaires pouvant seulement alors être définis comme "*la charte constitutionnelle d'une Communauté de droit*"<sup>170</sup>. En normativisant de la sorte les rapports des individus avec l'ordre juridique englobant, ce processus intégrateur ouvre ainsi la voie à une construction politique transnationale dans laquelle le centre devient une structure neutre par rapport à ses propres composantes, à l'exemple de l'ancienne *Reichspublizistik*<sup>171</sup>. En ce sens, *l'Europe des régions* paraît être une conjonction de circonstance susceptible de favoriser l'émancipation régionale, mais aussi, à terme, d'empêcher l'émergence d'une véritable unité politique structurante.

De fait, les conditions d'un patrimoine étatique commun supposent la contradiction résolue. Il importe, en ce sens, de dissiper le *paradoxe de l'Etat national* (1.), qui s'épuise à se reproduire sans cesse et porte en lui-même son propre dépérissement. C'est bien là que réside le *paradigme de l'Etat multinational* (2.) en tant qu'organisation politique de l'Europe enfin rendue à elle-même.

## 1. LE PARADOXE DE L'ETAT NATIONAL

"Il nous faut nous demander pourquoi il semble aux hommes "naturel", raisonnable, que toute nation, et une nation seulement, forme un système politique commun"<sup>172</sup>. Cette interrogation d'Otto Bauer résume toute la problématique de l'Etat-nation, véritable alchimie politique qui conjugue le droit à l'autodétermination, érigé depuis la décolonisation en un dogme du droit international public, et le principe non moins intangible de l'unité de l'Etat: à chaque nation son Etat.

Cet isomorphisme de l'Etat et de la nation, fondé sur l'idée, héritée du 18<sup>e</sup> siècle, selon laquelle la nation est le cadre idoine d'affirmation et de promotion de l'individu, s'exprime juridiquement en une formule célèbre: "*L'Etat est la personnification juridique de la nation*"<sup>173</sup>. Celle-ci résume toute la doctrine française du droit public. En ce sens, l'Etat est le fruit de la délégation de la souveraineté aux organes du pouvoir politique - y compris la nation - mis en place par la Constitution. C'est pourquoi la nation n'existe pas juridiquement en dehors de l'Etat. Au reste, la doctrine allemande, en dépit d'un cheminement différent, ne dit pas autre chose avec la théorie de la *nation-organe* de Jellinek. C'est cette identification de l'Etat et de la nation que perpétue le Conseil constitutionnel français, en signifiant que "*la Constitution (...) ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens français, sans distinction d'origine, de race ou de religion*"<sup>174</sup>. La Cour constitutionnelle allemande n'est pas en reste et met en avant le concept de "*peuple d'Etat*" ("*Staatsvolk* ") à la fois sujet et objet du pouvoir étatique<sup>175</sup>.

<sup>170</sup> C.J.C.E., Avis 1/91, R.U.D.H., 1991, p. 91.

<sup>171</sup> De façon symétrique, Olivier Beaud fait remarquer que "**la conception normativiste de la nationalité permet, grâce à sa nature formelle, de penser la possibilité d'un Etat plurinational et de relativiser en même temps la nation et la distinction des étrangers et nationaux**", tandis que l'assimilation de la nationalité à la citoyenneté au nom d'une conception spiritualiste ne permet d'autre horizon politique et juridique que l'Etat-nation (op. cit., p. 120).

<sup>172</sup> Otto Bauer, *La question des nationalités et la social-démocratie*, op. cit., p. 196.

<sup>173</sup> Adhemar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 1927, t. 1, p. 1-2.

<sup>174</sup> Cons. const., déc. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, J.O., 14 mai 1991, p. 6350.

<sup>175</sup> Cf. Albrecht Weber, *Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale du 31 octobre 1990*, R.F.D.C., 1991, p. 553-555.

Toute la force de cette construction tient dans sa capacité à réduire à l'unité la base sociale de l'Etat, la nation apparaissant alors comme l'expression d'une société politique unifiée et homogène dont la composante indivise n'est autre que le citoyen. Nul doute que l'Etat-nation y puise une légitimité qui, justement, fit toujours défaut à l'Etat multinational (A.), cette dernière étant elle-même la cause première de son universalisation et, à nouveau depuis 1989, de sa prolifération sur ce continent même qui lui donna naissance (B.).

#### A. La légitimité de l'Etat-nation

C'est bien en remportant la bataille pour la légitimité politique que l'Etat-nation aura supplanté l'Etat multinational en tant que mode d'organisation de la société politique, le moment décisif étant à cet égard la fin de la Première Guerre Mondiale. Il reste alors à savoir pourquoi l'Etat multinational n'a pu se prévaloir d'une légitimité analogue à celle qui, dès 1789, supporte l'Etat national.

De fait, c'est dans la dynamique du principe des nationalités, puis, après 1945, dans le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, que l'Etat-nation puise son propre principe, c'est-à-dire la justification de la construction de l'unité de sa propre base sociale. La nation de 1789, fondée sur la liberté de l'homme et du citoyen, produit le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, lequel produit à son tour la nation par la révélation du peuple à lui-même. Le Professeur Charles Chaumont a justement insisté sur cet enracinement commun des droits de l'homme et du droit des peuples: "*La "vocation" de l'homme à l'existence nationale, dans son mouvement dialectique et historique, se transforme en droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Lequel, une fois juridiquement construit, se cristallise dans la souveraineté de l'Etat*"<sup>176</sup>. Autrement dit, l'énergie créatrice suscitée par la dynamique du droit des peuples se trouve canalisée au profit de l'universalisation du modèle politique de l'Etat-nation. Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes apparaît alors comme l'instrument de structuration d'une société internationale exclusivement composée d'Etats nationaux. Rite de passage privilégié à l'Etat-nation, le droit des peuples accomplit ainsi une fonction sacrale; de telle sorte que l'on ne saurait confondre le peuple dans son aspiration irrépressible à l'unité nationale avec celle de communautés infra-nationales, quel que soit le nom qu'on leur donne: communautés, nationalités, ethnies, voire minorités nationales.

L'autodétermination apparaît donc comme l'instrument privilégié de légitimation de l'Etat national. Sur ce point, la vertu révolutionnaire de l'idée nationale et les ressources du droit positif se conjuguent en une remarquable solution de continuité depuis deux siècles pour structurer la société internationale et, a fortiori, européenne, en un modèle étatique univoque. C'est bien ce schéma qui, passées les grandes heures de la décolonisation, aura trouvé dans les décombres du Mur de Berlin et la décommunisation l'occasion propitiatoire à un nouveau redéploiement, légitimant aussi bien la réunification allemande que le droit à l'indépendance des *nations sans histoire* d'Europe centrale, ces nations sans Etat qui n'avaient jamais connu d'existence politique propre, Slovaques, Slovènes et Macédoniens<sup>177</sup>. De 1848 à 1989, en passant par 1919, la distribution étatique de l'Europe se trouve scandée par la dynamique du principe des nationalités.

<sup>176</sup> Charles Chaumont, *Recherche du contenu irréductible du concept de souveraineté internationale de l'Etat*, Mélanges Basdevant, Paris, Pédone, 1960, p. 150.

<sup>177</sup> Cf. Stéphane Pierre-Caps, *La multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995, p. 37-50.

C'est aussi ce dernier qui, par contraste, décline les métamorphoses de l'Etat multinational qui, encore en 1848, de la Confédération germanique à l'Empire ottoman en passant par l'Autriche, régente toute l'Europe médiane. Seulement, la légitimité de l'empire multinational repose tout entière sur un lien personnel d'allégeance des sujets à l'empereur, conformément au principe dynastique. La situation de l'empire habsbourgeois est à cet égard exemplaire: faute de s'adapter à la montée en puissance de la revendication pour le suffrage universel, tout au long du 19<sup>e</sup> siècle, et d'accéder aux revendications d'égalité dans l'autonomie des différents groupes nationaux, il finit par rendre totalement obsolète la légitimité qui le supportait et ne parvint à aucun moment à opposer un modèle politique alternatif à la force agissante de l'Etat national. Pourtant, le démembrement des empires austro-hongrois et ottoman, en 1919, ne signifia pas ipso facto la disparition pure et simple du pluralisme national des sociétés politiques danubiennes et balkaniques. A défaut d'être d'authentiques *Etats multinationaux*, c'est-à-dire des Etats où il n'existe pas de groupe national dominant, où le pouvoir politique ne s'identifie pas à une culture nationale particulière, les nouvelles formations politiques centre-européennes apparaissaient toutes, peu ou prou, comme des *Etats de minorités nationales*, dans lesquels le "centre" reflète une culture nationale dominante, les autres nations étant alors considérées comme des minorités<sup>178</sup>.

Loin de disparaître avec les anciens empires, le fait multinational se trouvait métamorphosé par réduction, en quelque sorte: les minorités nationales succédaient aux nationalités et suscitaient un effort d'imagination considérable des publicistes pour organiser l'hétérogénéité nationale de sociétés politiques nouvellement créées au nom d'une légitimité pourtant négatrice du pluralisme. C'est dire l'instabilité et la fragilité des "Etats-nations" établis dans cette partie de l'Europe, laquelle ne fut pas la moindre cause du pire désastre que ce continent harassé ait jamais eu à subir.

Néanmoins, le paradoxe de l'Etat-nation se renforce après 1945, avec le secours de la thématique uniformisante des droits de l'homme, qui sert de fondement aux Nations Unies et va justifier la décolonisation. Certes, pendant quelque temps, les fédérations multinationales soviétique, yougoslave et tchécoslovaque - cette dernière bi-nationale - pourront faire illusion en éliminant toute référence à la question minoritaire au nom de l'internationalisme prolétarien et de la division sociale du travail. Mais, après 1989 et le démembrement de l'Union soviétique, la partition de la Yougoslavie et l'étrange divorce tchécoslovaque, l'Etat multinational, spécificité centre-européenne héritée du Saint-Empire, semble bien éliminé de la cartographie politique européenne, n'apparaissant plus guère que comme une sorte de précipité, au sens chimique du terme, du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, condamné à disparaître en raison même de cette "théorie de la légitimité politique qui exige que les limites ethniques coïncident avec les limites politiques"<sup>179</sup> - c'est ce qu'atteste, d'ailleurs, le seul constat de la prolifération de l'Etat-nation en Europe depuis la décommunisation. L'Etat-nation est-il donc devenu l'unique élément constitutif du patrimoine étatique européen commun?

## B. La prolifération de l'Etat national

---

<sup>178</sup> Nous empruntons cette terminologie à la distinction évoquée par un mémorandum du Secrétaire Général des Nations Unies: *Definition and classification of minorities*, Memorandum submitted by the Secretary-General, United Nations, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, New-York, 1950.

<sup>179</sup> Ernst Gellner, *Nations et nationalisme*, Paris, Payot, 1989, p. 12.

Celle-ci se constate en raison d'un processus quasi physique de reproduction par scissiparité. Le principe d'unité à l'œuvre dans le droit à l'autodétermination s'exerce de façon implacable à l'encontre de tout élément d'hétérogénéité susceptible de contrarier la recherche active de la coïncidence d'un seul Etat avec une seule nation et qui, comme tel, doit être exclu du phénomène étatique.

Telle est bien la stratégie de *l'exclusion de l'Autre*, ainsi légitimée par le droit des peuples et explicitement formulée dans le mémorandum de l'Académie serbe de 1986: "*L'établissement de la pleine intégrité nationale et culturelle du peuple serbe - peu importe dans quelle république ou province il se trouve - est son droit historique et démocratique*"<sup>180</sup>. Celle-ci consiste en une recomposition territoriale à seule fin de rassembler tous les membres d'une même nation au sein d'un seul Etat. Cette aspiration à l'exacte identification de l'Etat et de la nation ne peut se réaliser que par la violence, dès lors que la présence d'autres groupes nationaux fait obstacle à la constitution de la Grande Nation par unification territoriale. C'est bien là que la revendication de l'Etat national se fait pathologie, que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes se trouve dévoyé, puisqu'il faut pour la réaliser procéder à l'anéantissement de l'Autre. L'on ne saurait oublier qu'un certain déterminisme de l'Etat national passe inmanquablement par cette stratégie, dont Ernst Gellner avait pressenti la résurgence, constatant qu'une "*unité politique territoriale ne devient homogène que dans certains cas: si elle tue, expulse ou assimile tous les non-nationaux*"<sup>181</sup>. L'on ne peut que constater le caractère récurrent de ce mode de fondation des Etats nationaux dans les Balkans, lequel aura accompagné la lente décomposition de l'Empire ottoman.

Certes, le droit des peuples connaît aussi des lendemains qui chantent: nul ne saurait contester le bien-fondé de la réunification allemande, voire l'indépendance slovaque, slovène et macédonienne<sup>182</sup>, même si les trois derniers Etats abritent aussi des communautés infra-nationales non négligeables. Ailleurs, l'Etat se sert de cette dynamique pour consolider une identité nationale recouvrée. Ce que l'on pourrait ainsi appeler un *besoin social d'Etat* apparaît nettement dans la fidélité au modèle politique et juridique de l'Etat-nation inspirée du constitutionnalisme français, laquelle rend d'autant plus malaisée l'adhésion d'une société politique plurale à un Etat qui lui refuse officiellement ce caractère, comme en Bulgarie, ou qui s'efforce de l'encadrer plus ou moins strictement, comme en Roumanie et en Slovaquie.

Ce dernier aspect témoigne, s'il en était besoin, de la singularité du processus de construction constitutionnelle de la nation et de l'Etat en Europe centrale et orientale après 1989. L'attraction du modèle de l'Etat-nation, hérité de la partie occidentale de l'Europe, doit compter avec un fait multinational tenace, héritage du passé impérial et, de fait, spécifiquement centre-européen. Mais il y a plus: la prégnance de l'Etat national dans cette région tient à une représentation collective singulière de l'idée nationale. Ce *besoin social d'Etat* ne se nourrit pas seulement d'une conception subjective, volontariste, spiritualiste, de la nation et de son mode d'organisation politique, c'est-à-dire de la nation politique à la française, le fameux vouloir-vivre ensemble de Renan. Elle repose tout autant, sinon plus, sur la *Kulturnation* à

---

<sup>180</sup> Texte in Mirko Grmek, Marc Gjidara, Neven Simac, *Le nettoyage ethnique, Documents historiques sur une idéologie serbe*, Paris, Fayard, 1993, p. 265.

<sup>181</sup> Ernst Gellner, *Nations et nationalisme*, Paris, Payot, 1989, p. 13.

<sup>182</sup> Même si, dans ce dernier cas, le choix de l'Etat national est potentiellement dangereux, la Macédoine étant de facto un Etat multinational. Les Albanais de Macédoine (de 20 % à 40 % de la population totale du pays selon les sources) ne s'y sont d'ailleurs pas trompés. Revendiquant un statut constitutionnel de peuple fondateur et constitutif d'un Etat macédonien multinational, ils n'ont pas participé au référendum d'indépendance du 8 septembre 1991.

l'allemande, la nation organique et culturelle de Herder, cimentée par la langue. Dans ce que les Allemands appellent la *Mitteleuropa*, la nation est bien plus un individu collectif qu'une collection d'individus. En l'occurrence, la conception *élective* et la conception *ethnique* de la nation se rejoignent aujourd'hui dans la même explosion identitaire, cimentée par une crainte unique, celle de la *mondialisation*.

Or et sous cet aspect, l'on doit considérer comme un fait majeur que cette *ethnisation* de l'Etat national soit en train de gagner l'Europe de l'intégration, celle de Bruxelles et de Strasbourg, même si les stratégies institutionnelles empruntées peuvent susciter des doutes sur la qualification du phénomène. En ce sens, de manière plus neutre et, aussi, plus optimiste, Maurice Croizat et Jean-Louis Quermonne constatent: "*Depuis les années 1970, on assiste (...) à des processus de fédéralisation, d'autonomisme et de décentralisation qui sont autant de défis à l'ordre étatique unitaire. Ces processus sont des expressions diversifiées et souvent complexes de cultures pluralistes en devenir qui peuvent être favorables à une évolution fédérale de l'Union européenne*"<sup>183</sup>.

L'hypothèse, en effet, est séduisante. Elle suppose, toutefois, pour sa validité, une stabilisation de ce "*processus fédératif par voie de désagrégation*" que l'on peut constater, de façon générique, en Belgique, en Espagne et en Italie, voire en France et au Portugal si l'on veut bien y englober les mouvements de décentralisation à l'œuvre dans ces deux pays. Or, cette stabilisation est bien loin d'être acquise au regard des processus centrifuges identitaires, lesquels permettent d'avancer une hypothèse bien plus pessimiste et moins marquée par l'analyse de l'évolution des formes de l'Etat: en rongant "*l'ordre étatique unitaire*" au nom du pluralisme national, ces forces centrifuges participent en réalité d'une idéologie stato-nationale qu'elles aspirent à réaliser pour leur propre compte. Cette idéologie emprunte elle-même une double direction:

1. Soit celle de la création d'un Etat-nation propre à la culture concernée parvenue à la conscience de soi. L'exemple belge est à cet égard révélateur. Depuis 1970, ce pays est en chantier constitutionnel permanent, les digues destinées à contenir les compromis laborieusement établis entre communautés linguistiques étant régulièrement emportées par une revendication d'autonomie toujours plus forte. Dans ces conditions, le choix institutionnel du fédéralisme, en 1993, pourrait aussi s'analyser comme le stade ultime précédant la partition. En témoigne un récent projet de Constitution flamande élaboré par cinq juristes, primé par une Fondation privée, la cérémonie de remise du prix ayant eu lieu au Parlement flamand le 17 septembre 1996. Bien que se présentant comme une Constitution d'Etat fédéré, ce texte n'en a pas moins suscité la perplexité de la presse francophone belge<sup>184</sup>, ne serait-ce que parce que le "fédéralisme" qu'il revendique fait largement droit aux revendications flamandes d'autonomie fiscale et de fédéralisation partielle de la Sécurité sociale, pour ne pas parler de son nationalisme linguistique: les citoyens de Flandre ont le "*devoir*" d'apprendre le néerlandais et, si le droit de vote est reconnu aux étrangers résidant en Flandre depuis cinq ans, encore faut-il que ceux-ci puissent connaître le néerlandais.

L'on pourrait mentionner, dans le même sens, le cas italien. Ainsi le "*modèle de Constitution fédérale pour les Italiens*", récemment conçu par le Professeur Gianfranco Miglio<sup>185</sup>,

<sup>183</sup> **Op. cit.**, p. 11.

<sup>184</sup> **Cf. Le Soir, 18 septembre 1996, La Flandre a sa première Constitution; et encore: Vrai fédéralisme à "2 + 2" ou antichambre du séparatisme? Le Nord fête les auteurs de la première Constitution flamande.**

<sup>185</sup> **Dans le cadre de la Fondazione per un' Italia Federale, dont le siège est à Milan.**



procède-t-il, sous couvert de dissertation fédéraliste, à une dissection de l'Italie en trois cantons, rappelant étrangement la situation géopolitique d'avant l'unification - un Sud napolitain, un Centre romain et un Nord milanais - et participant bien plus de la confédération que de la fédération.

2. Soit en envisageant le rattachement à la *nation mère* voisine, hypothèse évoquée publiquement dans une enceinte parlementaire en Belgique, comme l'atteste le regain d'intérêt pour le "rattachisme" wallon<sup>186</sup>.

L'on pourra alors constater l'ambivalence de ce mouvement désagrégateur, qui tend aussi, surtout en Europe centrale (Hongrie, Roumanie, Albanie) à révéler une situation juridique inédite de *nation pluriétatique*, de *nation partagée*, par ce regard porté de l'extérieur par la nation-mère sur les sociétés politiques voisines où vivent en nombre plus ou moins important, mais toujours minoritaires, ses propres fragments nationaux épars. Ainsi entendue, la qualité de *nation pluriétatique* relève d'un véritable jeu de miroir où le regard introspectif sur la réalité multinationale de sa propre société politique met finalement à jour l'intense déréliction collective de ce qui fut autrefois une *Grande Nation*, aujourd'hui fragmentée par les frontières d'Etat.

C'est dire la complexité et l'imprévisibilité des processus en cours. Il reste que cette reproduction en chaîne de l'Etat national pourrait aussi signifier l'épuisement historique d'un modèle politico-juridique perfectionné par la révolution française, il y a deux siècles. Si l'Europe, selon le propos de Jacques Delors, doit emprunter le mode institutionnel d'une "fédération d'Etats-nations", il reste encore à savoir s'il s'agit des Etats-nations actuels où d'une Europe balkanisée en Etats-nations. D'ores et déjà, l'Etat-nation se confond parfois avec sa propre caricature. La démonstration par l'absurde nous en est fournie par l'exemple de l'Etat de Bosnie-Herzégovine issu des *Accords de Dayton* de 1995. Celui-ci y apparaît, en effet, comme un *Etat virtuel* - au sens d'artefact - dans la mesure où il est un *Etat dénationalisé*. Il faut entendre par là le fait qu'à aucun moment la Constitution de Dayton ne se préoccupe d'organiser une communauté politique véritable, c'est-à-dire un groupe social distinct animé d'un vouloir-vivre ensemble, dont l'Etat serait en quelque sorte à la fois la projection et le reflet. Il n'y a pas de référence constitutionnelle à un substrat humain qui justifierait ainsi l'existence de l'Etat de Bosnie-Herzégovine, en un mot, qui le légitimerait. Il est ainsi frappant de constater l'absence de toute référence aux mots *peuple* et *nation* dans la Constitution, a fortiori à la *souveraineté nationale*.

Or, ces concepts de peuple et de nation, voire de souveraineté nationale, que la Constitution de l'Etat de Bosnie-Herzégovine élude si soigneusement, sont au contraire évoqués sans nulle restriction par les Constitutions des deux Entités. Ainsi, la Constitution de la *Republika Srpska* définit-elle cette dernière, dès l'article premier, comme "*l'Etat du peuple serbe*", c'est-à-dire comme un véritable Etat-nation doté d'une réelle base sociale. En outre, le même article définit le territoire de la République comme "*les territoires de l'entité ethnique serbe*". De son côté, la Constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, définit cette Fédération comme un ensemble de territoires habités majoritairement par des populations croate ou musulmane, au sein desquels Croates et Musulmans exercent leurs "*droits souverains*" (article premier). Ce double rapprochement est profondément révélateur, pour peu qu'on le situe sous l'angle classique de la théorie des éléments constitutifs de l'Etat en droit constitutionnel. Nul ne saurait

---

<sup>186</sup> Cf. Jean De La Guerivière, *Ces Belges épris de Marianne*, Le Monde, 12 octobre 1996.

évidemment douter que sur le territoire de l'Etat de Bosnie vit une population. Seulement, ce constat ne dépasse pas le stade de la simple observation sociologique. La population de Bosnie demeure un simple substrat, elle n'est pas juridiquement définie par la Constitution de Dayton. On y chercherait vainement une quelconque institution juridique de la nation, exprimant ainsi l'unité de la base sociale de l'Etat. Par contre, ce projet constitutionnel est pleinement à l'œuvre dans la Constitution de la *Republika Srpska* qui participe ainsi pleinement de la nation pluriétatique serbe.

Ces considérations concernent au premier chef la nature de l'Etat de Bosnie-Herzégovine qui, au regard du droit constitutionnel, apparaît déjà comme une pure fiction. Quant à l'organisation proprement dite du pouvoir politique, il est aisé de constater que le "Centre" n'a d'autre raison d'être que de justifier le maintien, au regard du droit international, d'un Etat bosniaque. Cette perception exclusivement spatiale - et non humaine - de la réalité de l'Etat par le droit international public contemporain n'est pas sans danger, dès lors qu'il faut aller jusqu'à l'anéantissement complet du principe d'autonomie constitutionnelle pour affirmer l'existence internationale d'un Etat qui, au seul regard du droit constitutionnel, n'existe manifestement pas. L'on voit bien ainsi apparaître un véritable hiatus entre le droit international et le droit constitutionnel: si l'on peut accorder à la Bosnie la qualité d'Etat, selon les critères formels développés par le premier, le second ne peut se satisfaire d'une telle coquille vide, dans la mesure où lui fait défaut une véritable base sociale, cela pour avoir écarté d'emblée le seul moyen possible de maintenir l'entité étatique bosniaque dans sa pleine souveraineté: "*Ce moyen tenait à la préservation d'identités plurielles et à la promotion d'un nationalisme civique, de construction de l'Etat*"<sup>187</sup>.

C'est bien là que l'Etat-nation trouve sa radicale impossibilité: faute de puiser sa raison d'être dans un authentique substrat humain, il est contraint à chercher dans le formalisme des critères de l'Etat en droit international une légitimité qui lui fait intrinsèquement défaut. Mais on ne saurait durablement installer un Etat sur le néant.

L'exemple bosniaque rend compte, finalement et a contrario, de la nécessité d'institutionnaliser en droit le fait multinational et, par là même, de restituer cette dimension occultée et historiquement niée, mais inhérente au patrimoine étatique européen, ne serait-ce qu'à travers son processus intégrateur, de l'organisation politique de l'Europe depuis la fin du Moyen-Age.

## 2. LE PARADIGME DE L'ETAT MULTINATIONAL

L'évocation du dépérissement de l'Etat-nation en tant que mode historique d'organisation des sociétés politiques n'est, à vrai dire, pas nouvelle. Dans un texte écrit au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale, mais resté inédit jusqu'à 1990, Alexandre Kojève<sup>188</sup> présentait le dépassement historique des "*Etats-Nations*"<sup>189</sup> par des "*formations politiques*" plus larges qu'il proposait de désigner par le terme d' "*Empires*": "*L'Etat moderne, la réalité politique actuelle, exigent des bases plus larges que celles que représentent les Nations proprement dites. Pour*

<sup>187</sup> Una Sekerez, *Nation and State Building in Bosnia and Herzegovina (Nation et construction de l'Etat en Bosnie-Herzégovine)* Université d'Europe centrale, Prague, <http://www.cep.yale.edu/projetscs/studcon/papers/95/sekerez.html>: "That way was the preservation of multi-dimensional identities and the fostering of civic, state-building, nationalism", p. 8; c'est nous qui traduisons.

<sup>188</sup> Alexandre Kojève, *L'Empire latin. Esquisse d'une doctrine de la politique française (27 août 1945)*, *La Règle du Jeu*, n° 1, 1990, p. 89-123.

<sup>189</sup> Souligné par l'auteur.

*être politiquement viable, l'Etat moderne doit reposer sur une "vaste union "impériale" de Nations apparentées". L'Etat moderne n'est vraiment un Etat que s'il est un Empire*<sup>190</sup>. L'emploi du mot "Empire" pour qualifier cette formation politique transnationale, de la part d'un philosophe hégélien de surcroît, n'est évidemment pas neutre dans un contexte européen. Déjà, au 19<sup>e</sup> siècle, la doctrine publiciste allemande évoquait une idée analogue: "*La culture supérieure de l'Etat ne peut se laisser enfermer dans les limites étroites de la nationalité; il y a quelque chose d'humain dans l'Etat, qui dépasse les frontières de chaque nation. Il y a en revanche dans chaque nation des lacunes que comble l'Etat en faisant appel à une autre nation, et c'est leur frottement réciproque qui assoit la vie d'un peuple sur une base solide (...) Les Etats les plus évolués ne se limitent pas à une seule nationalité, mais réunissent les éléments nationaux dans un ordre humain qui leur est supérieur*"<sup>191</sup>.

Ces intuitions sont aujourd'hui en situation politique et intellectuelle en raison, bien sûr, de cette globalisation planétaire qui n'affecte pas seulement les structures politiques et économiques, mais aussi, entre autres, la dimension culturelle et sociale de l'être humain, dont les flux migratoires constituent l'aspect le plus visible, particulièrement en Europe, du phénomène transnational. D'où la crise, précédemment relevée à travers son *ethnisation*, de l'Etat-nation. Comme le fait justement remarquer le Professeur Gurutz Jauregui, les concepts classiques d'ethnie, nationalité, citoyenneté, se trouvent désormais concurrencés, sinon supplantés par des notions et réalités nouvelles comme celles d'intégration, assimilation, syncrétisme, pluralisme, interdépendance culturelle, acculturation, etc.<sup>192</sup>. Sur le plan juridique et politique, cette concurrence affecte profondément la vision classique de la souveraineté étatique: "*(...) l'organisation du macro-pouvoir européen implique nécessairement une profonde réorganisation des micro-pouvoirs infra-nationaux et, surtout, une révision profonde du principe de souveraineté, qui demeure difficilement défendable, du moins dans son sens classique*"<sup>193</sup>. Et il ne s'agit pas seulement, bien entendu, des mutations de la notion de souveraineté induites par la supranationalité communautaire.

Si la notion de patrimoine ne s'entend pas seulement de ce que l'on a reçu en héritage, mais aussi de ce que l'on fait fructifier, force est alors de se tourner vers cette part laissée en déshérence du patrimoine étatique européen, la tradition politique multinationale, elle-même largement occultée par une vision dogmatique du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à seule fin de fonder sur l'Etat-nation la société internationale contemporaine. S'il est au moins une leçon à retenir de la guerre yougoslave, c'est celle d'une mutation du droit à l'autodétermination, conçu comme l'acte d'institution juridique du fait multinational (A.) et, comme tel, l'instrument d'une remise en cause de la relation transitive entre l'Etat et la nation (B.).

#### **A. L'autodétermination, acte d'institution de l'Etat multinational**

Mesurés à l'aune de l'autodétermination, les événements survenus en Yougoslavie et dans les anciennes marches soviétiques depuis 1989 traduisent bien les dangers considérables de

---

<sup>190</sup> Art. cit., p. 91.

<sup>191</sup> J.-C. Bluntschli, *Dictionnaire politique allemand, "Nation und Volk Nationalitätsprinzip"*, 1862.

<sup>192</sup> Gurutz Jauregui, *El poder y la soberania en la aldea mundial*, *El Pais*, 20 juillet 1996; l'auteur enseigne le droit constitutionnel à l'Université du Pays basque.

<sup>193</sup> Art. cit.

l'assimilation entre autodétermination et droit à l'Etat. Or, cette assimilation explique largement la pathologie nationalitaire à laquelle nous assistons aujourd'hui, dans la mesure où, comme l'on sait, il existe en Europe bien plus de "nationalités" que d'Etats dans lesquels elles puissent se projeter. Et à supposer que cela fût possible, comment de surcroît s'y prendre, là où, comme le constate par ailleurs Ernst Gellner, "*ces nations potentielles (...) vivent ou ont vécu, il y a peu de temps encore, non sur des unités territoriales compactes, mais elles étaient mêlées à d'autres, selon des modèles complexes*"<sup>194</sup>. Sauf à recourir à la chirurgie du nettoyage ethnique, ce qui, à l'heure de l'intégration européenne, du succès rencontré par la justice supranationale des droits de l'homme, n'a aucun sens, sinon celui d'une régression politique.

En ce sens, les événements yougoslaves auront au moins administré l'impérieuse nécessité de sortir de la logique déterministe de l'autodétermination, celle qui fait de l'Etat-nation le seul fondement autorisé des relations internationales. Nous savons, en effet, que l'échec d'une Bosnie multinationale porte aussi en lui la radicale impossibilité même d'un Etat-nation sur le même espace artificiellement maintenu dans les frontières de 1991.

Or, ce sont paradoxalement les conflits nationalitaires nés de la décomposition de deux Etats multinationaux, dont l'apparente cohésion reposait sur la contrainte organisée, qui vont provoquer la restitution, au profit des minorités nationales, du droit à l'autodétermination dans toute sa plénitude. Cette restitution sera le fait de la *Commission d'arbitrage pour la Yougoslavie* avant d'être solennellement consacrée par le *Pacte de stabilité en Europe*.

En tout état de cause, la portée des avis rendus par ce rouage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie aura dépassé de très loin sa propre autorité, dans la mesure où elle s'est efforcée d'esquisser un véritable statut international des minorités nationales. Pour cela, il lui aura préalablement fallu lever la contradiction entre le droit à l'autodétermination et l'intégrité territoriale de l'Etat établi.

Saisie par la Serbie de la question du droit à l'autodétermination des populations serbes de Croatie et de Bosnie-Herzégovine "*en tant que formant l'une des nations constitutives de la Yougoslavie*", la Commission aura estimé, dans son avis n° 2 rendu le 11 janvier 1992, que "*quelles que soient les circonstances, le droit à l'autodétermination ne peut entraîner une modification des frontières existant au moment des indépendances (uti possidetis juris) sauf en cas d'accord contraire des Etats concernés*". Il serait erroné d'en conclure hâtivement que le principe de l'intégrité territoriale des nouveaux Etats indépendants issus d'une dissolution d'une entité étatique préexistante doit l'emporter sur l'exercice du droit à l'autodétermination, sauf à persister à croire que ce dernier ne signifie rien d'autre que le droit à l'Etat.

Car ce que les Serbes de Croatie et de Bosnie se voient ainsi dénier, c'est le droit de faire sécession pour, en fait, rejoindre la Serbie, c'est-à-dire le droit à l'Etat national, qui ne pourrait s'exercer qu'au détriment de l'assise multinationale d'un, sinon deux Etats voisins. Or, cela ne fait pas pour autant disparaître ce droit à l'autodétermination. Seulement, il n'apparaît plus exclusivement comme un *principe de création de l'Etat* au nom d'un droit à l'indépendance qui ne s'exercerait qu'une seule fois; il figure au contraire un *principe de constitution de l'Etat* et, comme tel, entend protéger les identités nationales par un statut adéquat. Tel est bien l'apport décisif de la Commission d'arbitrage.

---

<sup>194</sup> Ernst Gellner, *Nations et nationalisme, op. cit., p. 13.*

C'est, à vrai dire, la seule façon de concilier le droit à l'autodétermination avec le principe de l'intégrité territoriale. Pour la Commission, cette conciliation repose sur un système de protection "*des droits des peuples et des minorités*" que les Etats sont tenus de garantir en vertu du droit international. Ainsi et compte tenu de l'intégrité territoriale de l'Etat établi, le droit à l'autodétermination des minorités et des peuples intégrés dans un Etat exclut le droit à la sécession. En contrepartie, ces communautés ont un droit imprescriptible à la préservation de leur identité nationale propre, que l'Etat englobant doit protéger et garantir conformément au droit international général en vigueur. Et pour donner plus de force à sa démonstration, la Commission n'hésitera pas, dès son premier avis, à élever les "*droits des peuples et des minorités*" au rang des normes de *jus cogens*. Même si semblable affirmation ne prête guère à conséquence juridique, en tout état de cause atteste-t-elle que le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est en passe de changer de nature: de principe de création de l'Etat au titre du droit d'un peuple à devenir un Etat, il devient un principe d'organisation de l'Etat au titre du droit d'un peuple à *ne pas* devenir un Etat.

Dans un contexte européen marqué par le regain d'activisme nationaliste et régionaliste, cette formulation renouvelée du droit des peuples<sup>195</sup> suggère l'idée d'un nouveau *modus vivendi* entre l'Etat et la nation qui ne soit plus fondé sur leur identification réciproque. C'est pourquoi la Commission d'arbitrage aura pu indiquer que, sur la base d'accords entre les Républiques concernées, "*les membres des populations serbes de Bosnie-Herzégovine et de Croatie [peuvent] s'ils le désirent, se voir reconnaître la nationalité de leur choix, avec tous les droits et toutes les obligations en découlant à l'égard de tous les Etats concernés*". Comme le fait remarquer le Professeur Alain Pellet, ce raisonnement "*suggère une dissociation très remarquable entre la nationalité et la territorialité, certainement féconde pour l'avenir*"<sup>196</sup>. De fait, il porte en lui l'idée essentielle d'une *citoyenneté plurielle* au sein des sociétés politiques nationales hétérogènes que, pour leur part, *les traités bilatéraux de bon voisinage* se sont d'ores et déjà chargés d'inscrire dans le droit positif.

Ceux-ci sont désormais rassemblés au sein du *Pacte de stabilité en Europe* adopté à l'issue de la Conférence de Paris, le 21 mars 1995. Cette dernière avait pour principal objectif d'inciter les Etats d'Europe centrale et orientale à lier la solution de leurs problèmes de minorités, là où ils se trouvent, à celle de l'intangibilité de leurs frontières. A cette fin était convoquée une formule juridique éprouvée, celle de l'accord bilatéral dit de bon voisinage, appelée à se généraliser sur l'espace considéré pour devenir le creuset d'un *droit européen des minorités*<sup>197</sup>. Celui-ci participe bien de cette réorganisation des "*micro-pouvoirs infra-nationaux*" européens, sans laquelle ne pourra s'instituer le "*macro-pouvoir européen*". De ce point de vue, la formule du traité bilatéral de bon voisinage tend à une révision de la souveraineté étatique classique, doctrinalement fixée depuis plus de quatre siècles.

Le modèle du genre en est fourni par le traité germano-polonais du 17 juin 1991, qui inspirera peu ou prou la plupart des documents ultérieurs, même si, à l'origine, ce document est d'abord la résultante d'un "*package deal*" diplomatique dont l'enjeu était la proclamation de l'intangibilité

---

<sup>195</sup> Cette question est plus longuement exposée in S. Pierré-Caps, *L'autodétermination: d'un principe de création de l'Etat à un principe de constitution de l'Etat*, Rapport au Cinquième Congrès de l'Association Française de Science Politique, Aix-en-Provence, 23-26 avril 1996.

<sup>196</sup> Alain Pellet, Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, A.F.D.L., 1992, p. 341.

<sup>197</sup> Cf. Norbert Rouland (dir.) Stéphane Pierré-Caps, Jacques Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, coll. Droit fondamental, 1996, p. 230.

de la ligne Oder-Neisse. En ce sens, l'approche renouvelée du droit à l'autodétermination passe bien par la proclamation de l'intangibilité des frontières établies par les ressacs de l'histoire. Appliquant en cela le § 32 de la Déclaration de Copenhague de la C.S.C.E. du 29 juin 1990 précisant que "*l'appartenance à une minorité est une question relevant d'un choix personnel*", le traité opère en conséquence une qualification impressionniste de l'appartenance minoritaire, où le fait de désigner comme tel le citoyen minoritaire tend aussi à faire la part de la subjectivité. L'article 20, § 1 du traité dispose en effet: "*Les membres de la minorité allemande de la République de Pologne, c'est-à-dire les personnes de nationalité polonaise qui sont de descendance allemande ou qui adhèrent à la langue, la culture ou la tradition allemandes (...) ont le droit, individuellement ou en communauté avec les autres membres de leur groupe, d'exprimer librement leur identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse, de la maintenir et de la développer, sans être entravés par une quelconque tentative d'assimilation qui leur serait appliquée contre leur gré (...)*". Dans un échange de lettres du même jour que la signature du traité, le gouvernement allemand a également reconnu "*les personnes d'origine polonaise ou ayant opté pour la langue, la culture ou la tradition polonaises qui vivent en Allemagne*", ce qui est en soi une significative exception au droit allemand de la nationalité, fondé sur le *jus sanguinis*.

En l'occurrence, la nouveauté considérable de ces dispositions tient à ce que ce découplage de la qualité de national et de citoyen repose sur un libre choix personnel: le § 4 de l'article 20 tient en effet à préciser que l'appartenance minoritaire "*est une décision personnelle qui ne doit entraîner [pour celui qui s'en prévaut] aucun désavantage*". Et c'est bien là qu'apparaît cette restitution du droit à l'autodétermination à l'œuvre depuis 1990, devenu un *droit public subjectif*, un droit individuel à l'identité nationale, de nature constitutionnelle. Un tel droit diffère sensiblement de la conception classique du droit à l'autodétermination, droit collectif à l'Etat-nation, au sens du droit international public. En outre, ce droit suggère une véritable conception existentielle de l'identité nationale, que l'on pourrait tout aussi bien qualifier d'élective, en ce qu'elle se démarque aussi bien de la nationalité de résidence que de la nationalité d'origine. En ce sens, il se distingue des tendances "ethniques" qui marquent les revendications nationalitaires européennes.

L'on peut donc estimer que le traité germano-polonais, imité par d'autres traités du même genre en Europe centrale<sup>198</sup>, a ouvert une brèche dans le rapport isomorphe entre l'Etat et la nation. Au reste, l'institutionnalisation des relations transfrontières que cet instrument juridique contient est supervisée par la mise en place de comités bilatéraux mixtes. En consacrant ainsi une dissociation de l'existence nationale et de l'appartenance étatique, celui-ci esquisse par là même une nouvelle façon de vivre ensemble en société politique en une dialectique renouvelée de l'un et du multiple, entre la mondialisation uniformisante et le repli nationalitaire. C'est dire que cette dissociation de l'Etat et de la nation peut permettre l'articulation de la multiplicité des micro-pouvoirs plurinationaux et du macro-pouvoir "impérial" européen, retrouvant en cela sa propre tradition politique multinationale.

## **B. Vers une dissociation de l'Etat et de la nation**

L'on a pu constater que l'assimilation de l'autodétermination au droit à l'indépendance étatique accomplissait une fonction idéologique de légitimation de l'Etat-nation, devenu le modèle universel d'organisation de la société politique. En toute logique, la restitution de

---

<sup>198</sup> Le dernier du genre vient d'être signé par la Hongrie et la Roumanie le 16 septembre 1996.

l'autodétermination, sous l'effet des événements yougoslaves, implique nécessairement une remise en cause de cette domination sans partage de l'Etat national, dont la recherche active de l'unité de sa propre base sociale est trop souvent mortifère, voire inadaptée à l'heure de l'intégration transnationale européenne.

Or, cette remise en cause conduit à se tourner vers ce modèle alternatif d'organisation étatique que les sociétés politiques centre-européennes auront, bon gré mal gré, incarné jusqu'à seuil du 20<sup>e</sup> siècle. En outre, de la même façon que les réflexions théoriques des légistes du Prince, puis des philosophes des Lumières, auront préparé l'avènement de l'Etat-nation, l'Etat multinational fit, lui aussi, l'objet d'une réflexion conceptuelle particulièrement poussée. C'est cette théorie achevée de l'Etat multinational que l'on redécouvre aujourd'hui, dans la mesure où elle fournit le principe d'intelligibilité de l'articulation des micro-pouvoirs infra-nationaux et du macro-pouvoir supranational, de ce qu'Edgar Morin appelle l'*unitas multiplex*<sup>199</sup>.

Dans les dernières années de l'Empire austro-hongrois, en effet, le juriste Karl Renner (1870-1950) avait commencé à explorer les voies de l'Etat multinational, seul capable, selon lui, de perpétuer cette idée autrichienne que les Habsbourg ne pouvaient plus incarner à l'heure du suffrage universel et, par conséquent, de faire pièce à la force niveleuse de l'Etat national. Sa réflexion, en dépit d'une orientation toute différente prise en 1919, donnera lieu à une théorie élaborée de l'Etat multinational. Car s'il est vrai que, ainsi qu'il a été constaté, la nation est devenue en règle générale l'Etat et, partant, le véritable moteur de l'évolution historique, il n'en est pas moins vrai que la distribution géopolitique de l'Europe, tout comme les nécessités actuelles de la communication et de l'économie, rendent désormais impossible un partage total de celle-ci en de véritables Etats nationaux. De fait, l'Etat multinational se propose tout à la fois de résoudre les difficultés spécifiques suscitées par l'existence de minorités nationales au sein d'Etats composés (*Mischstaat*) et d'annoncer l'avènement de l'*Internationale*. Cette dernière est pour Renner un concept juridique puisant ses références dans l'idée fondamentale de l'universalité du Moyen-Age (*l'Oecuménée*). C'est de cette idée d'universalité que se sera détaché le concept de nation pour morceler le continent européen en une constellation conflictuelle d'Etats nationaux. L'idée de Renner, exprimée dans un ouvrage posthume paru en 1964 - *La nation, mythe et réalité*<sup>200</sup> - était d'éradiquer définitivement le nationalisme en faisant de la nation le moteur d'une nouvelle universalité, attestée aujourd'hui par l'évolution économique, la mondialisation. L'Etat multinational apparaissait finalement pour lui comme une étape préalable à l'Etat mondial (*Weltstaat*).

Il suffit, en ce sens, de constater que la nation est la véritable personnalité (*Persönlichkeit*) de l'évolution historique, tandis que l'Etat n'est que l'instrument de puissance de cette personnalité. Il en résulte qu'entre l'individu et l'Etat s'insère un corps juridique intermédiaire, la communauté nationale. La portée de cette irruption de la nation dans la sphère du droit est considérable, ne serait-ce que parce qu'elle l'émancipe de la tutelle étatique. Cela explique aussi le retentissement singulier qu'entend donner son promoteur à cette institution juridique de la nation: "*La constitution de la nation en tant que personne juridique, notamment en tant qu'unité corporative de droit public, est le préalable à tout ordonnancement des rapports nationaux et le postulat de base à toute architecture de la nation*"<sup>201</sup>. Justement, cette institution juridique de la nation ne

<sup>199</sup> Edgar Morin, *Penser l'Europe*, Paris, Gallimard, 1987, 228 p.

<sup>200</sup> *Die Nation, Mythos und Wirklichkeit*, Wien, Europa Verlag, 1964, 139 p.

<sup>201</sup> K. Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen (Le droit à l'autodétermination des nations)* Leipzig und Wien, Deuticke, 1918, p. 118: "*Die Konstituierung der Nation als juristische Person, im besonderen als geschlossene Körperschaft öffentlichen Rechts, ist die Voraussetzung jeder Ordnung der nationalen*

peut se comprendre que si l'on récusé au préalable l'Etat national et son obsession territoriale, qui l'amène à rechercher activement la coïncidence d'un seul Etat avec une seule nation. La "personnification" de la nation amène donc à rompre ce rapport univoque de la nation à l'Etat, d'autant que l'appartenance à une communauté nationale ainsi constituée ne procède pas d'une situation objective, d'un quelconque déterminisme territorial. Bien au contraire, la nation se constitue sur la base d'un choix d'appartenance librement exprimé par chaque individu. Précisément, tout le système imaginé par Renner repose sur ce *droit individuel à l'autodétermination nationale*: de la même façon que, dans les Etats modernes, le choix d'une religion est affaire de volonté individuelle, l'individu seul est à même de décider de son appartenance nationale: "*Seule la libre déclaration de nationalité faite par l'individu devant l'autorité compétente peut décider de l'appartenance nationale. Ce droit à l'autodétermination de l'individu s'oppose au droit à l'autodétermination de la nation*"<sup>202</sup>.

Bien sûr, le droit à l'autodétermination, qui supporte et exprime juridiquement cette volonté individuelle, est l'antithèse du principe des nationalités dans sa forme absolue de principe de constitution des Etats. Renner aura ainsi délivré une critique appuyée du principe des nationalités, en lui opposant le principe des nationalités comme principe d'organisation interne de l'Etat multinational. De fait, ce droit à l'autodétermination s'inscrit dans une perspective de renouvellement de l'isomorphisme de l'Etat-nation, laquelle vise justement à démontrer que, si Etat et nation sont logiquement complémentaires, ils ne doivent pas fatalement coïncider. Face à l'Etat national se dresse alors l'Etat multinational.

On ne s'étonnera donc pas de constater que l'autodétermination conçue par Renner - mais aussi plus ou moins consciemment redécouverte depuis la décommunisation - tende à définir un nouveau rapport de la nation à l'Etat. Il n'existe plus, en effet, d'exacte adéquation de l'une à l'autre, puisque la nation existe désormais en tant que personne juridique distincte. De ce fait, la nation se détache de l'Etat pour mener sous son égide sa vie propre. A la *nation désétatisée* correspond un *Etat dénationalisé*, un Etat neutre par rapport aux groupes nationaux qu'il abrite. En ce sens, ce schéma s'inscrit pleinement dans la tradition de la *Reichspublizistik*. C'est aussi, de façon prospective, cette dualité institutionnelle qui manifeste ce nouveau rapport de la nation à l'Etat et préfigure ainsi un modèle d'organisation politique alternatif, capable de s'adapter, aussi bien, au pluralisme national, qu'à l'intégration supranationale.

Précisément, cette dualité institutionnelle est susceptible de converger au sein de ce processus d'intégration européenne sous-tendu par une logique fédérale, au sens très large du terme: on entend ici par fédéralisme ce phénomène politique et sociologique d'association de deux ou plusieurs sociétés politiques, de deux ou plusieurs Etats, en vue de gérer en commun leurs affaires communes pour se renforcer et, en même temps, pour préserver la liberté des membres, des sociétés politiques composantes, c'est-à-dire la possibilité de gérer les affaires propres. Le fédéralisme est donc fondé sur une relation dialectique: il s'agit de construire un grand ensemble et en même temps de préserver les petites communautés. Telle est la problématique du fédéralisme, qui consiste en la tentative d'établissement d'un équilibre plus ou moins stable entre ces deux exigences: la construction d'une entité politique supranationale, d'un côté, la reconnaissance du pluralisme national, de l'autre. Autrement dit, l'une ne va pas sans l'autre.

---

**Verhältnisse und das Hauptpostulat jeder organischen Auffassung der Nation"; c'est nous qui traduisons.**

<sup>202</sup> K. Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, op. cit., p. 111: "*Über die Nationszugehörigkeit kann nichts anderes entscheiden als die freie Nationalitätserklärung des Individuums vor der dazu kompetenten Behörde. Dieses Selbstbestimmungsrecht des Individuums bildet das Gegenstück jedes Selbstbestimmungsrechts der Nation*"; c'est nous qui traduisons.



Au reste, l'art. F du traité de Maastricht ne dispose-t-il pas, dans son premier paragraphe: "*L'Union respecte l'identité nationale de ses Etats membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques*"? A quoi fait écho la Déclaration des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe, réunis à Vienne le 9 octobre 1993, reconnaissant que "*la protection des minorités nationales est essentielle à la stabilité et à la sécurité démocratique [du] continent*".

C'est dire l'actualité des réflexions de Karl Renner: au moment où, partout en Europe, l'identité nationale est en question, la démonstration est ainsi faite que l'unité politique de l'Etat n'est pas fatalement synonyme d'unité nationale, que l'une et l'autre peuvent coexister sous une forme étatique renouvelée, où l'Etat figure l'union de communautés culturelles nationales (*Nationalitätenbundesstaat*). Que restera-t-il, en effet, une fois accomplis les transferts de compétences des Etats nationaux à l'Union européenne, sinon des communautés culturelles nationales? Ainsi et à propos d'une affaire mettant en cause la politique linguistique d'un Etat membre - l'Irlande en l'occurrence - faisant obligation aux professeurs des écoles publiques d'enseignement professionnel de posséder une certaine connaissance de la langue irlandaise - l'avocat général Darmon ne déclarait-il pas: "*La défense de la langue participe de ces questions de principe que l'on ne saurait écarter sans atteindre ce qui fait le coeur même de l'identité culturelle. Appartient-il dès lors à la Communauté de décider que telle ou telle langue a ou non le droit de survivre? Lui appartient-il de figer le patrimoine linguistique de l'Europe dans son Etat actuel, en un mot, de le fossiliser?*"<sup>203</sup>.

Plus précisément, la pensée de Renner se situe au coeur du débat qui s'engage aujourd'hui autour de la redistribution des compétences souveraines par delà ou par deçà les Etats-nations européens. Que l'on songe, par exemple, au *principe de subsidiarité*, dont on sait la place éminente qu'il occupe dans la doctrine constitutionnelle allemande et qui s'entend d'abord d'un principe de répartition et d'allocation des compétences: à chaque niveau d'organisation publique ce qu'il est le mieux à même d'accomplir avec efficacité. Mais on ne saurait oublier que ce principe est avant tout un "*principe d'éthique politique*", en ce qu'il s'articule sur une "*vision organiciste de la société*" dont il exprime l'aspect "*communautaire*": "*celle-ci n'est pas tant formée d'individus que de communautés diverses dans lesquelles l'individu se situe et qui en permet l'épanouissement*"<sup>204</sup>. Or, l'autonomie nationale conçue par Renner intègre l'idée de subsidiarité, dans la mesure où elle représente l'étalon et le principe d'un équilibre institutionnel fondé sur la complémentarité entre les affaires culturelles, remises aux unités nationales auto-administrées et les affaires communes, remises à l'Etat fédéral multinational souverain. L'Etat imaginé par Renner est un *Etat subsidiaire*<sup>205</sup>.

Mais l'apport du concept d'Etat multinational ne se ramène pas seulement à une répartition optimale des compétences au sein des sociétés politiques nationales hétérogènes. S'il peut favoriser l'intégration à l'Union européenne des Etats d'Europe centrale en apportant ses propres solutions institutionnelles, il présente aussi l'immense avantage de proposer une solution idoine aux conflits nationalitaires qui minent ces derniers. Sous cet aspect, l'on ne saurait perdre de vue

---

<sup>203</sup> **Conclusions sur C.J.C.E., 28 novembre 1989, Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee, C-379/87, Rec., 1989-10, p. 3982, § 19.**

<sup>204</sup> **Vlad Constantinesco, Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne?, Mélanges Jean Boulois, Paris, Dalloz, 1991, p. 38.**

<sup>205</sup> **Cf. Chantal Millon-Delsol, L'Etat subsidiaire, Paris, P.U.F., 1992, 231 p.**

que les Etats d'Europe centrale, mais aussi d'Europe occidentale, abritent des *nations pluriétatiques*, la nation étant majoritaire dans un Etat, voire s'identifiant avec l'Etat, mais minoritaire dans le ou les Etats voisins. Une *nation pluriétatique* est une nation partagée par des frontières d'Etat. Sur ce point, le modèle politique conçu par Renner peut aussi apporter des réponses originales: s'il respecte les frontières existantes, il tend aussi à les relativiser, à les *spiritualiser* en favorisant le rapprochement culturel d'une nation partagée par une frontière d'Etat. Au reste, le *Pacte de stabilité en Europe* permet d'ores et déjà un rapprochement transfrontière de la nation partagée et peut ouvrir la voie à une perspective confédérale pour les nations imbriquées. Il reste, sur ce plan, à réaliser par le droit ce que les moyens de communication permettent déjà.

L'évocation des conditions d'un patrimoine étatique commun à l'échelle du continent européen doit prendre en compte la dualité originelle qui affecte l'organisation des sociétés politiques sur cet espace, d'autant plus que celle-ci s'inscrit aujourd'hui dans un processus d'intégration qui, sur bien des points, contredit la décomposition des structures étatiques existantes. L'Etat-nation n'est pas le mieux placé pour résoudre cette contradiction, en dépit des accompagnements constitutionnels qu'il aura pu engendrer pour tenter d'enrayer le processus de désagrégation, qu'ils s'appellent fédéralisme, autonomie, décentralisation, tant il semble voué par son propre principe de légitimité à se reproduire à l'infini, en vertu d'une sorte d'énergie cinétique. Par contre, la chute du Mur de Berlin nous restitue une mémoire politique occultée qui trouve dans l'intégration européenne sa propre légitimité, celle de la tradition étatique multinationale.

A l'heure où les Etats-nations d'Europe centrale s'apprêtent à découvrir à plus ou moins brève échéance l'idéal supranational qui anime le projet européen, résurgence de la vieille idée chrétienne de l'Europe unie, leur propre expérience de l'unité de l'Etat et de la diversité nationale renvoie à l'Europe la matière de ses propres interrogations. De fait, le patrimoine étatique européen pourrait bien s'apparenter à ce jeu de miroir, seul à même de contribuer efficacement à la structuration d'une entité politique en formation: l'Europe des nations et des peuples.

c. Le constitutionnalisme de l'Ukraine dans le cadre du patrimoine constitutionnel européen par  
M. Serhiy HOLOVATY  
Ministre de la Justice, Kyiv, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

## **Introduction**

Il y a dans l'histoire de l'Ukraine quatre grandes périodes d'édification de l'Etat, à savoir la période de la Rus de Kyiv, celle de l'Etat cosaque, celle de la République nationale d'Ukraine et la période actuelle de l'indépendance. Pendant chacune d'entre elles on a tenté de donner un fondement légal à l'Etat, démarche que l'on peut assimiler, de manière générale, à un processus de constitutionnalisation. Cette histoire juridique est presque inconnue tant en Ukraine qu'à l'étranger. Le présent exposé fait brièvement ressortir certains aspects de ce développement constitutionnel au cours de chaque période.

## **La Rus de Kyiv et l'arrière-plan historique**

Pendant les XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles, l'Etat de Kyiv, connu sous le nom de Rus de Kyiv, s'est développé dans le cadre des formes établies de gouvernement des Etats européens d'alors. Le document juridique le plus important de cette époque, la *Ruska Pravda*, a été rédigé par Iaroslav

le Sage en 1016 après sa victoire contre Sviatopolk. Iaroslav a donné la *Ruska Pravda* à la population de Novgorod après la bataille avec l'injonction suivante: "Vivez selon les paroles que j'ai transcrites; respectez-les." Mais la destruction de l'Etat, due en grande partie aux attaques des hordes tatares et mongoles, a empêché le peuple ukrainien de poursuivre l'édification de son propre Etat et de lui donner un cadre légal.

Le processus de création de l'Etat ukrainien a repris pendant la période cosaque (XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècles) connue également sous le nom d'hetmanat. L'élément principal en était une forme républicaine de gouvernement, dans laquelle le chef, l'etman, était élu directement par le peuple. L'objectif premier était alors de soustraire l'Ukraine au joug de Moscou. Ces idées se sont concrétisées dans plusieurs documents juridiques, à savoir, le mémoire politique de Pylyp Orlyk, *Les fondements des droits de l'Ukraine*, qui visait à défendre les droits de la nation et de l'Etat ukrainiens, et *Les accords et constitutions sur les lois et libertés de l'armée des Zaporogues*, établis par Pylyp Orlyk, sous forme d'un accord avec ses électeurs et l'armée des Zaporogues, la nation, le 5 avril 1710.

### **La Constitution de Pylyp Orlyk**

On peut considérer que *Les accords et constitutions sur les lois et libertés de l'armée des Zaporogues* de 1710 sont la première Constitution européenne au sens moderne du terme. Ces accords contenaient les principes essentiels devant présider à la création de l'Etat. Ils mettaient surtout l'accent sur le principe de libération de l'Ukraine de la "domination étrangère", qui, à notre époque, est le principe de l'indépendance ou de la souveraineté des Etats. Par ailleurs, la Constitution était basée, dans une certaine mesure, sur le principe de la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. La Rada était le corps législatif, le hetman était tenu de s'entendre par avance sur toutes les questions nationales importantes. Le pouvoir judiciaire devait également fonctionner de manière indépendante et il était expressément interdit à l'hetman de prendre personnellement des décisions sur les châtiments. La Cour générale de justice devait fonder ses décisions sur le droit.

Dans *Les fondements des droits de l'Ukraine*, on trouve les notions de droits de l'homme et de droits naturels des Cosaques et le droit de la population de protester contre des humiliations.

Ces documents constituent les fondements complets qui nous permettent d'affirmer d'une part que les idées énoncées dans la Constitution de Pylyp Orlyk ont précédé les principes de la Révolution française de quatre-vingts ans. Ils correspondaient, et étaient parfois antérieurs, aux notions de "droit naturel" de la nation à une "existence indépendante, dans des conditions d'égalité" au sein des autres nations du monde et à la notion de droits des peuples à "modifier ou révoquer" leur gouvernement et à "renverser un gouvernement" qui imposait à la nation un "despotisme absolu", matérialisées dans la Déclaration d'indépendance américaine.

D'un autre côté, la Constitution de Pylyp Orlyk de 1710 a subi l'influence de l'idée de parlementarisme venue d'Europe occidentale et qui a engendré les régimes républicains et parlementaires de l'Ukraine des hetmans bien avant la vague de révolutions bourgeoises pour la démocratie en Europe.

Malheureusement, l'Histoire n'a pas voulu que cette Constitution entre en vigueur.

### **Constitution de la République nationale d'Ukraine de 1918**

La contribution la plus récente de l'Ukraine au constitutionnalisme date du début du XX<sup>e</sup> siècle, troisième période de l'édification de l'Etat en Ukraine. Le projet de Constitution établi par le Parti national ukrainien en 1918 se proposait de faire de l'Ukraine une république présidentielle qui serait différente du modèle classique que représentaient les Etats-Unis. Or, à cette époque, aucun modèle de régime présidentiel n'existait en Europe.

La Constitution de la République nationale d'Ukraine, connue également sous le nom de Loi fondamentale sur le gouvernement, les droits et les libertés de la République nationale d'Ukraine, peut être considérée comme l'aboutissement, unique en son genre, d'une recherche créative par des représentants de premier plan des courants politiques et juridiques ukrainiens. Par sa teneur, elle était caractéristique des nouveaux types de Constitution de la deuxième génération. La Constitution de la République nationale d'Ukraine de 1918 peut être considérée comme une réaction de la société ukrainienne contre le statut colonial qui lui était imposé pendant la période de l'Empire russe.

La teneur de la Constitution est comparable à celle des autres nouvelles constitutions européennes qui, à l'époque, étaient considérées comme les plus démocratiques. En fait, elle a été la première de la deuxième génération de constitutions adoptées par les pays européens. En effet, elle a été adoptée le 29 avril 1918, alors que la Constitution de Weimar n'est entrée en vigueur qu'en 1919, soit un an plus tard. Les autres constitutions européennes qui pouvaient être considérées comme très démocratiques, à savoir celles de la Tchécoslovaquie et de la Pologne, ont été adoptées au début des années 20.

La Constitution ukrainienne reconnaissait un large éventail de droits aux citoyens. Ainsi, elle interdisait la détention d'un citoyen sans "ordre du tribunal", sauf en cas d'arrestation sur le lieu du délit. Toutefois, la personne arrêtée devait alors être libérée dans les vingt-quatre heures sauf si un tribunal établissait les motifs justifiant une prolongation de la détention. La Constitution abolissait la peine de mort, les châtimens corporels et d'autres atteintes à la dignité humaine. La confiscation de biens était interdite en tant que peine.

La Constitution contenait des dispositions concernant les droits des nations à créer leurs propres institutions culturelles. La protection des droits nationaux ou ethniques des particuliers comme des groupes était très supérieure à celle qui était prévue dans les dispositions analogues d'autres constitutions contemporaines. On pourra noter que la protection des droits des minorités demeure un principe fondamental du constitutionnalisme ukrainien et c'est peut-être une des raisons pour lesquelles l'Ukraine est demeurée un havre de paix ethnique alors que les conflits font rage dans toute la région. La liberté de religion était également garantie.

La Constitution de la République nationale d'Ukraine énonçait le principe de l'égalité des droits entre les hommes et les femmes et garantissait la liberté de mouvement non seulement aux citoyens ukrainiens mais également aux étrangers. Une personne ne pouvait être privée de sa citoyenneté que par une procédure juridique. Le droit de renoncer volontairement à sa citoyenneté était également prévu. Les auteurs de la Constitution avaient établi les fondements d'une loi électorale démocratique. Une partie séparée du texte prévoyait l'instauration d'une autonomie nationale et les modalités de sa réalisation.

Il est important de noter que la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales était assurée non seulement dans la Constitution, mais aussi au niveau international, dans la Déclaration générale des droits de l'homme et d'autres documents précis adoptés dans ce domaine.

L'originalité de la Constitution de la République nationale d'Ukraine résidait dans la manière dont elle organisait le fonctionnement de l'Etat. En particulier, elle contenait des dispositions relatives au chef de l'Etat - le Président -, dont une partie des fonctions était conférée au chef du corps législatif. Les auteurs de la Constitution de 1918 se sont éloignés de l'interprétation traditionnelle de la notion de séparation des pouvoirs proposée par Charles de Montesquieu. Une importante partie de la Constitution a été influencée par les idées de Jean-Jacques Rousseau, qui était populaire dans les mouvements politiques socialistes de l'époque. De son vivant, Rousseau avait souvent contesté les idées de Montesquieu.

On peut également trouver l'influence de Jean-Jacques Rousseau sur les auteurs de la Constitution de 1918 dans l'acceptation d'une large part de démocratie directe. Ainsi, le texte prévoyait l'"initiative législative nationale" selon laquelle un projet de loi entrait en vigueur s'il était appuyé par 100 000 électeurs. A cette époque, cette notion n'existait, sur le continent européen, qu'en Suisse. La Constitution de la République nationale d'Ukraine a également introduit un mécanisme de dissolution du parlement, l'Assemblée nationale de l'Ukraine, par voie de référendum. Il est caractéristique que le modèle proposé par les auteurs de la Constitution en ce qui concerne l'établissement des structures étatiques présente, malgré son originalité, certaines similitudes avec la Constitution proposée en Suisse, patrie de Jean-Jacques Rousseau. Il s'agit de ce que l'on appelle la démocratie directoriale, qui se différencie de la démocratie parlementaire classique essentiellement par l'absence du poste de Président.

La stratégie suivie par les auteurs de la Constitution de 1918 pour résoudre le problème de l'organisation du pouvoir de l'Etat a une explication objective. Cette période d'édification de l'Etat en Ukraine coïncide avec une évolution politique complexe sur le territoire d'un ancien empire, pendant une lutte politique féroce entre les forces démocratiques ukrainiennes qui étaient en désaccord sur les questions du développement de l'Etat nation, sur l'évaluation du risque de création de structures autoritaires, etc. Aujourd'hui, les leçons de la création de l'Etat ukrainien entre 1917 et 1920 sont pour nous non seulement intéressantes mais aussi, dans une certaine mesure, instructives et réelles.

Les modalités d'adoption de la Constitution de 1918 ont été également originales. Contrairement à ce qui s'est passé pour d'autres Constitutions européennes, qui ont été adoptées par le parlement ou par des assemblées constituantes spécialement convoquées à cet effet, la Constitution de l'Ukraine a été adoptée par décision de la Rada centrale. Compte tenu du principe ayant présidé à sa formation, de sa composition ou de ses fonctions, cette assemblée ne pouvait absolument pas être considérée comme un parlement, et dans un sens très restreint uniquement comme une assemblée constituante. En tout état de cause, ses membres n'étaient pas élus au suffrage direct. La représentation était en partie géographique et en partie proportionnelle, mais sans caractère politique. Le fait que la Constitution de 1918 s'appelait aussi "loi" en témoigne également. Ce deuxième nom souligne le caractère temporaire de ce texte et en fait l'instrument d'une période transitoire. Sa spécificité réside également dans le fait qu'elle a été rédigée et adoptée en l'absence de tout mécanisme étatique en Ukraine.

Malheureusement, la Constitution de la République nationale d'Ukraine, tout comme la Constitution d'Orlyk, n'est jamais entrée en vigueur en raison du renversement du gouvernement qui a abouti, à terme, à la création de la République socialiste soviétique d'Ukraine.

**Accord constitutionnel de 1995 entre le Président et le Parlement ukrainiens - Forme originale de constitutionnalisme dans l'Europe contemporaine**

La dernière période de constitutionnalisme a débuté dans les années 90 avec l'effondrement de l'Union Soviétique et l'accès de l'Ukraine à l'indépendance. La longue crise économique qui a suivi et le retard pris dans les réformes juridiques, politiques et surtout économiques, ont entraîné un profond conflit politique entre le corps législatif et l'exécutif. Ce conflit aurait pu prendre les mêmes proportions que la crise à laquelle on a abouti en Russie en octobre 1994, lorsque le Président a fait appel à l'armée pour fermer le parlement, ou même que le conflit qui existe actuellement, en 1996, au Bélarus.

L'Ukraine a pu éviter l'escalade de l'affrontement entre le Président et le parlement qu'ont connu la Russie ou le Bélarus pendant la transition vers la démocratie et l'économie de marché en appliquant une démarche originale dans le constitutionnalisme européen de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, à savoir conclure un accord constitutionnel entre le Président et le parlement et se conformer ensuite strictement à ses dispositions.

L'Accord constitutionnel de 1995 est un exemple de tentative réussie de règlement civilisé et légal des problèmes sociaux et des problèmes ayant trait à l'Etat sur fond de grave crise politique. Cet accord est devenu, pendant la période de transition et dans le cadre de l'ordre constitutionnel existant, la seule solution possible pour abolir partiellement les anciennes institutions constitutionnelles tout en parvenant à un accord politique entre le Président et le parlement, pour que puissent être acceptées les résolutions provisoires adoptées par le parlement sans la majorité qualifiée normalement nécessaire pour modifier la Constitution.

Selon la conclusion de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, l'accord constitutionnel "présente les caractéristiques d'une mini-constitution. Le simple fait qu'il existe donne à penser que les conflits politiques en Ukraine sont en passe de trouver une solution institutionnelle et pacifique. Cet accord, qui définit les relations entre les différents organes de l'Etat, peut jouer un rôle crucial dans le processus constitutionnel de la séparation des pouvoirs<sup>206</sup>".

**L'accord constitutionnel est, par essence, une forme et une source uniques de droit constitutionnel.** Il a été élaboré simultanément par les instances législatives et exécutives du pouvoir et se caractérise par une série d'éléments qui lui sont propres. Il est important de souligner qu'il a pour objet de réglementer les relations sociales, dont l'apparence et le développement sont liés aux aspects fondamentaux du développement et du fonctionnement de l'Etat en tant qu'organisation du pouvoir. Il s'agit en particulier du statut des diverses branches du pouvoir, du principe de la séparation des pouvoirs, des modalités de son application, etc.

Les instances visées par l'accord constitutionnel étaient les organes suprêmes du pouvoir, à savoir le Président et la Rada suprême. Il s'agit d'un instrument temporaire, d'un accord temporaire. Il ne devait être valide que jusqu'à l'adoption de la nouvelle Constitution de l'Ukraine. Pendant qu'il était en vigueur, les normes juridiques, y compris constitutionnelles, qui allaient à l'encontre de ses dispositions, ont été suspendues. Toutefois, la Constitution de 1978, modifiée, demeurait en vigueur. Les caractéristiques susmentionnées montrent l'originalité de l'accord constitutionnel et indiquent qu'il s'agit d'un type très particulier de document juridique.

---

<sup>206</sup> Cf. document 7398. Avis sur la demande d'adhésion de l'Ukraine au Conseil de l'Europe par la commission des questions juridiques et des droits de l'homme. Rapporteur: M. Németh. 25 septembre 1995.

Il est vrai que l'accord a entraîné une interruption du processus constitutionnel en Ukraine. Toutefois, il s'agit seulement, comme l'a noté la Commission de Venise, d'une interruption temporaire "en attendant le rétablissement de la pleine légalité de l'ordre normatif avec l'adoption de la nouvelle Constitution"<sup>207</sup>.

Objectivement, l'accord constitutionnel était une véritable innovation dans la pratique constitutionnelle non seulement européenne mais également mondiale. Il faudrait peut-être le comparer aux accords qui régissaient les relations à l'époque féodale, tels que la Magna Charta de 1215 ou la Bulle d'or de 1222. Les similitudes résident dans le fait que l'accord constitutionnel est le résultat d'une entente entre deux organes représentatifs du pouvoir en Ukraine À la Rada suprême et le Président. En ratifiant cet accord, les deux parties ont agi en qualité de représentants du peuple, conformément à la théorie constitutionnelle établie. Chacun sait que, normalement, une constitution est adoptée par une assemblée constituante, un parlement ou encore par voie de référendum. L'assemblée constituante comme le parlement sont des instances collégiales élues par la population pour la représenter. Ce principe a été maintenu dans l'accord constitutionnel en ce sens que la Loi fondamentale ne peut être adoptée que directement par la population ou par ses représentants élus.

Plusieurs aspects juridiques de l'accord constitutionnel sont également dignes d'attention. D'un côté, on peut y voir, d'après les principales conditions posées, à savoir l'existence d'un préambule, la structure interne, l'ordre de son exécution, etc., une forme de création constitutionnelle extraordinaire, indépendante et autonome. D'un autre côté, on peut le définir comme une méthode non traditionnelle de promulgation de la loi sur les pouvoirs de l'Etat et l'autonomie locale en Ukraine, adoptée par la Rada suprême le 18 mai 1995, ceci d'après le contenu du préambule, aux termes duquel l'accord vise à "éviter des discordances entre les dispositions existantes de la Constitution (la Loi fondamentale de l'Ukraine et les dispositions de la loi sur les pouvoirs de l'Etat et l'autonomie locale en Ukraine". Les deux interprétations se justifient).

On peut affirmer sans le moindre doute que l'accord constitutionnel À aussi bien le fait qu'il ait été conclu que sa teneur À a constitué pour l'Ukraine une forme inusuelle de passeport pour le Conseil de l'Europe. L'Ukraine a été, en effet, le premier et le seul pays à pouvoir devenir membre du Conseil sans s'être doté d'une nouvelle Constitution, ce qui confirme l'originalité de la voie prise par ce pays vers la liberté, la démocratie et la sécurité générale en Europe.

Bien qu'il ait perturbé le processus constitutionnel, l'accord a aussi permis d'en assurer la continuité. Le Président et la Rada suprême ont convenu, lors de sa conclusion, qu'il était essentiel pour créer les conditions nécessaires à l'accélération et à l'achèvement du processus constitutionnel en Ukraine. En vertu de l'accord, la nouvelle Constitution ukrainienne doit être adoptée un an au plus tard à compter de la date d'entrée en vigueur de ce dernier.

## La Constitution ukrainienne de 1996<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> Cf. document CDL(95)40. Avis sur la situation constitutionnelle actuelle en Ukraine à la suite de l'adoption de l'Accord constitutionnel entre le Conseil suprême et le Président de l'Ukraine sur les principes fondamentaux de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs de l'Etat et de l'autonomie locale en attendant l'adoption de la nouvelle Constitution de l'Ukraine, adoptée par la Commission de Venise/Commission européenne pour la démocratie par le droit, lors de sa 24<sup>e</sup> réunion les 8 et 9 septembre 1995.

<sup>208</sup> Je tiens à remercier M. Volodymyr Shapoval, juge de la Cour constitutionnelle ukrainienne, pour son aide dans cette partie de mon exposé, qui est essentiellement basée sur un texte non publié relatif à la Constitution de l'Ukraine.

La Constitution de l'Ukraine, adoptée par la Rada suprême le 28 juin 1996, peut être considérée comme une Constitution d'un nouveau type appartenant à la troisième génération des constitutions, c'est-à-dire celles qui ont été élaborées après la seconde guerre mondiale. Elle comporte en même temps certains "traits de famille" avec les Constitutions des pays d'Europe centrale et orientale, qui sont souvent appelées constitutions post-totalitaires ou postcommunistes.

On peut toutefois noter des différences marquées entre les Constitutions de ces pays, bien qu'elles aient toutes été adoptées dans la première moitié des années 90. Ces différences sont dues à des dissemblances dans l'histoire de l'édification de la nation, à l'étroitesse et au type des liens avec l'ancien camp socialiste et l'empire socialiste, aux traditions juridiques et aux écoles de pensée, à l'état de la société au moment de l'adoption, etc. Presque toutes les Constitutions post-totalitaires ont leurs particularités, chacune apportant des éléments nouveaux à l'expérience européenne. Ce qui précède s'applique pleinement à la Constitution ukrainienne de 1996.

Parmi les innovations que comporte la Constitution de l'Ukraine dans le contexte européen, il est important de noter tout d'abord celles qui concernent le statut des instances suprêmes de l'Etat. Ainsi, le paragraphe 34 de l'article 85 habilite la Rada suprême à adopter des décisions concernant la soumission de demandes au Président, à la demande d'un membre du parlement, d'un groupe de parlementaires, ou d'un comité de la Rada suprême, avec l'appui d'un tiers au moins du parlement. Il peut s'agir, naturellement, d'une demande d'information. Mais, dans certaines circonstances, ce mécanisme peut permettre au parlement d'exercer un contrôle sur le gouvernement, comme il est prévu à l'article 87 et être associé à une motion de censure. Le paragraphe 34 de l'article 85 propose un mécanisme assez peu classique d'équilibre des pouvoirs entre les branches législative et exécutive.

L'article 103 introduit une autre innovation de caractère théorique. Il définit clairement le caractère officiellement représentatif du mandat du Président. Il propose ainsi une approche conceptuelle selon laquelle la représentation politique est liée à un mandat donné par la population conformément aux résultats des élections générales et définissant l'autorité des différents organes de l'Etat. Il convient de noter que, de nos jours, la théorie constitutionnelle générale veut que les organes représentatifs ne soient élus que par le peuple et aient un caractère collégial. Ainsi, selon l'approche adoptée en Ukraine, les organes représentatifs du pouvoir de l'Etat sont le Président et la Rada suprême.

On trouve une autre innovation à l'article 93, qui accorde un droit d'initiative en matière de législation à la banque nationale d'Ukraine ainsi qu'à d'autres organes. La Constitution accorde une attention particulière au statut de la banque nationale, ce qui peut s'expliquer par des raisons objectives mais qui, en tout état de cause, représente une approche nouvelle.

On pourrait citer d'autres innovations mais la liste est assez longue. Les points susmentionnés donnent une idée de certaines des dispositions originales de la Constitution.

## **Conclusion**

Comme il a été indiqué dans l'introduction, l'Etat ukrainien n'a pas eu une existence continue. Néanmoins, il est possible de discerner quatre grandes périodes d'édification de l'Etat et d'indépendance, à savoir celles de la Rus de Kyiv, des Cosaques, de la République nationale d'Ukraine et la période actuelle de l'indépendance. Chacune s'est accompagnée d'un processus actif de constitutionnalisme. Les Constitutions et les documents constitutionnels qui ont souvent



été promulgués à ces occasions étaient à l'avant-garde de la théorie et de la pratique constitutionnelles de l'Europe des différentes époques.

Malheureusement, en raison de l'histoire tragique de l'Ukraine, ce qu'a fait le pays sur le plan constitutionnel n'a été que sporadiquement étudié et est généralement inconnu tant dans le pays qu'au delà de ses frontières. Le présent document tente modestement de faire ressortir certaines innovations constitutionnelles ajoutées par l'Ukraine au constitutionnalisme européen. Il faut espérer qu'avec l'indépendance du pays, son patrimoine juridique et constitutionnel et l'évolution actuelle dans ce domaine deviendront un sujet d'étude pour les juristes.

Troisième séance de travail

Des conditions d'un patrimoine commun des droits fondamentaux

- a. Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes  
par M. Jean-Claude GAUTRON
  - b. Du titulaire des droits fondamentaux, l'individu et/ou les groupes  
par M. Rainer HOFMANN
  - c. De la fonction des droits fondamentaux  
par M. Gregorio PECES-BARBA
- a. Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la cour de justice des Communautés européennes - par M. Jean-Claude GAUTRON

Professeur, Université Montesquieu-Bordeaux IV

Si la désignation des droits fondamentaux comme l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement protégés n'est sans doute pas entièrement satisfaisante en droit comparé, cette désignation est tout à fait inadaptée dans l'ordre juridique communautaire, lequel ne repose pas sur une constitution, mais sur des traités internationaux. Bien que la jurisprudence de la Cour ait connu une évolution de type constitutionnel en même temps que se développait un processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire<sup>209</sup> - "Communauté de droit" selon l'arrêt du 23 avril 1986<sup>210</sup> - et que le développement desdits droits fondamentaux aille dans le même sens, la nature spécifique de la Communauté a produit *ab initio* des effets particuliers. Puisque les objectifs et les activités de la Communauté se situaient sur le plan économique, les traités ont mis l'accent sur les libertés économiques, et plus accessoirement sociales, des ressortissants des Etats membres afin de parvenir à établir un grand marché autour de la libre circulation des marchandises, des personnes (physiques et morales) et des facteurs de production. Il en découle la mention dans le traité de droits, très proches des droits fondamentaux, articulés autour du principe de non discrimination selon la nationalité. Par ailleurs, si l'ordre juridique communautaire, par son caractère de mixité, emprunte aux techniques (et aux règles) du droit international et à celles du droit interne, il constitue par nature un ordre juridique autonome.

<sup>209</sup> R. Kovar, *La contribution de la Cour de Justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire. Recueil des Cours de l'Académie de Droit Européen, 1993, Vol. IV-1, p. 25.*

<sup>210</sup> CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/83 Parti écologiste "Les Verts" c. Parlement européen, Rec. p. 1339.

La séparation de l'ordre juridique communautaire, tant vis-à-vis des ordres juridiques nationaux que vis-à-vis de l'ordre juridique international, a initialement fait oublier la nécessité d'une définition et d'une garantie communautaires des droits fondamentaux. Pour les établir, plusieurs voies étaient offertes à la Communauté: la voie de la révision des traités (qui s'est limitée aux dispositions du Préambule de l'Acte unique et à l'article F § 2 du traité sur l'Union européenne), mais il n'y a pas eu de catalogue des droits fondamentaux et les institutions communautaires ont choisi de recourir à des Déclarations communes ou à des Résolutions<sup>211</sup>; la voie de l'adhésion à des instruments internationaux qui sont conçus pour des Etats (dont la Convention européenne des Droits de l'Homme); la voie jurisprudentielle souvent qualifiée de "prétorienne"<sup>212</sup>. C'est cette dernière qui a prévalu de manière continue.

## **I. Les droits fondamentaux individuels, une catégorie des principes généraux en droit communautaire**

La construction jurisprudentielle qui a conduit à l'insertion des droits fondamentaux individuels dans les principes généraux du droit communautaire trouve ses origines dans la faiblesse des dispositions inscrites dans les traités, laquelle contraste avec les traditions constitutionnelles des Etats membres: droits fondamentaux (R.F.A.), droits constitutionnellement garantis (Autriche), droits de l'homme (Finlande), droits de liberté (Danemark, Italie). Ces droits sont inscrits dans les textes constitutionnels où ils forment un catalogue ou sont énoncés sous la forme de garanties immédiatement applicables. Si la Constitution française de 1958 n'énonce que quelques droits fondamentaux, elle renvoie à la Déclaration de 1789 et au Préambule de 1946, auxquels le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle<sup>213</sup>. Le cas anglais est particulier, compte tenu de l'absence d'une constitution écrite, mais cette absence est compensée par l'existence de textes anciens et par la jurisprudence. En France, le Conseil constitutionnel a donné à travers son pouvoir d'interprétation un contenu extensif et concret aux textes écrits<sup>214</sup>.

Les traités fondateurs ne comportaient pas une liste exhaustive des droits fondamentaux - d'où les revendications ultérieures, soit de l'élaboration d'un catalogue, soit de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>215</sup> - pour deux raisons essentielles et jugées complémentaires à l'époque de la création des Communautés. La première est le caractère technique et économique assigné aux Communautés, et d'abord à la CECA; la seconde est la perception d'une division du travail en Europe, après la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en application de l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe<sup>216</sup>.

---

<sup>211</sup> On citera la plus complète: la Déclaration du 12 avril 1989, par le Parlement européen, des Droits et Libertés Fondamentaux (JOCE n° C 120 du 16 mai 1989).

<sup>212</sup> Le terme est celui de M. A. Dausès, "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique des Communautés européennes", *Revue des Affaires Européennes*, 1992/4 p. 11.

<sup>213</sup> Dans une importante décision rendue en 1971 sur la liberté d'association, le Conseil a érigé une règle législative au rang de principe constitutionnel.

<sup>214</sup> Cf. C. Grewe et H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, P.U.F 1995, notamment p. 155 et suiv.

<sup>215</sup> Cf. infra.

<sup>216</sup> A savoir la reconnaissance du "principe de la prééminence du droit et du principe en vertu duquel toute personne placée sous la juridiction (des Etats membres) doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales".

Certaines dispositions des traités en application de la notion de marché commun posent des principes généraux qui sont très proches des droits fondamentaux. Il en est ainsi des règles relatives à la libre circulation des travailleurs salariés (art. 48), à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services (arts. 52 et 59) et à l'interdiction de toute discrimination à raison de la nationalité (art. 6 modifié par le TUE) et, en ce qui concerne les rémunérations, du sexe (art.119). Mais l'ampleur des transferts de compétences aux institutions communautaires imposait d'instaurer un niveau de garantie des droits fondamentaux équivalant à celui auquel étaient parvenus les Etats membres. En l'absence d'une révision spécifique des traités qui aurait eu une signification constitutionnelle trop évidente - et donc aurait suscité des réticences très fortes - la Cour de Justice s'est orientée vers une construction systématique.

## A. Une extension jurisprudentielle des principes généraux du droit

1. Les principes généraux, dans l'ordre juridique communautaire, sont le produit des méthodes d'interprétation utilisées par le juge et notamment du principe de l'effet utile ou de l'interprétation finaliste (ou téléologique) qui domine la construction communautaire et qui n'est pas en rupture (sauf quant à la fréquence et à l'ampleur de son usage) avec les traditions du droit international<sup>217</sup>. Source subsidiaire du droit en ses origines, les principes généraux s'ajoutent, du fait de l'interprétation, au droit originaire sans acquérir une valeur supérieure au droit écrit, par le jeu de la clause générale de compétence que la Cour de Justice tire de l'article 164 du traité CE: "*La Cour de Justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité*". Dans son *Avis 1/91* sur la compatibilité du (premier) projet d'accord sur l'Espace Economique Européen, la Cour a renforcé l'autorité qu'elle tire de l'article 164 en rejetant un projet qui aurait pu conduire la Cour EEE à procéder sur des questions identiques à des interprétations non conformes à la jurisprudence communautaire interne<sup>218</sup>.

Les principes généraux de droit international n'y occupent qu'une place restreinte dès lors qu'ils pourraient contredire la structure de l'ordre juridique communautaire, tel le principe de réciprocité des obligations, les Etats membres ne pouvant se faire justice eux mêmes<sup>219</sup>.

Les principes propres au système juridique communautaire découlent de la nature institutionnelle de la Communauté (principe de l'équilibre institutionnel) ou des finalités qui lui sont assignées (et dans ce cas ils sont parfois une extrapolation de règles contenues dans le droit écrit, le droit originaire ou le droit dérivé (exemple: le principe de la préférence communautaire fut dégagé à partir de la politique agricole)<sup>220</sup>.

Certains principes généraux ont un caractère "axiomatique"<sup>221</sup> ou encore "inhérent à tout système juridique organisé"<sup>222</sup>, tels le principe de légalité, le respect des droits de la défense ou les principes qui garantissent la sécurité des relations juridiques. Enfin, la Cour de Justice a

<sup>217</sup> Cf. D. Simon, *L'interprétation des traités d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Pedone 1981.

<sup>218</sup> *Avis 1/91*, 14 décembre 1991, Rec. 1991 I-6079. Elle a observé de surcroît qu'une révision ad hoc du traité ne réglerait pas la question.

<sup>219</sup> CJCE, 13 nov. 1964, *Commission c/Luxembourg et Belgique*, aff. 90 et 91/63, Rec. p. 1217.

<sup>220</sup> CJCE, 13 mars 1968, *Beus c/Hauptzollamt de Munich*, aff. 5/67, Rec. p. 125.

<sup>221</sup> L'expression est celle de J. Verhoeven, *Droit de la Communauté européenne*, Larcier 1996, p. 250.

<sup>222</sup> J. Boulouis, *Grands arrêts de la CJCE*, Tome 1, 5<sup>e</sup> édition, p. 80.

dégagé des principes communs aux droits des Etats membres, procédé qui initialement demeure conforme à la tradition internationaliste inscrite dans l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice ("principes généralement admis par les nations civilisées") et par référence à l'article 215, alinéa 2<sup>223</sup>, sur la responsabilité extra-contractuelle. Référence utile mais assez indirecte puisque les "principes généraux communs" de l'article 215 visent surtout les principes régissant la responsabilité de la puissance publique dans les différents Etats et non pas les principes généraux du droit *stricto sensu*, et que, par ailleurs, la Cour a été conduite à dégager un régime autonome de responsabilité<sup>224</sup> faute de constater une convergence réelle. La Cour a retenu plusieurs principes: l'égalité des administrés devant la réglementation, le principe du droit au juge qui a eu des effets multiples, le principe de la hiérarchie des normes, l'enrichissement sans cause, les principes relatifs au retrait des actes combinés avec la sécurité juridique.

Cette construction générale appelle deux remarques sur lesquelles nous reviendrons plus loin *in concreto*. En premier lieu, il apparaît, même à travers un aperçu discursif, que les principes généraux et les droits fondamentaux sont parfois étroitement imbriqués dès lors que le bénéficiaire est la personne, même si les Etats membres sont également concernés par le même principe: en ce sens, l'extension jurisprudentielle aux droits fondamentaux fut implicite *ab initio*. Cette imbrication fragilise toute tentative de classification tranchée.

La seconde remarque est que la théorie jurisprudentielle des principes généraux contenait déjà la problématique des droits fondamentaux en ce qui concerne l'exigence d'un caractère commun, la Cour ayant fait preuve d'une réelle flexibilité au sujet des premiers. Par ailleurs, constatation peut être faite que le même principe peut avoir cumulativement un caractère de généralité (axiomatique), un caractère spécifiquement institutionnel et un caractère commun (ou partiellement commun) aux droits des Etats membres.

2. Dans des affaires CECA, la Cour refusa d'examiner la validité d'actes communautaires au regard des droits fondamentaux reconnus par la constitution allemande au motif qu'il ne lui appartenait pas de veiller au respect des règles de droit interne, fût-il constitutionnel<sup>225</sup>. Cette prise de position conforme à l'autonomie respective des ordres juridiques communautaire et internes visait à éviter que le droit communautaire ne soit subordonné aux dispositions constitutionnelles des Etats<sup>226</sup>. Un tel risque renvoie à la théorie de la congruence structurelle, qui a suscité certaines décisions des juges allemands. L'avocat général Lagrange avait déjà suggéré que la Cour accepte d'examiner la validité des actes communautaires au regard des principes généraux communs aux droits des Etats membres.

L'établissement de la jurisprudence sur l'effet direct et sur la primauté a entraîné un changement de perspective dès lors que le droit du traité ne peut se "voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit" (*Costa c/ENEL*, 15 juillet 1964) et qu'il convenait donc de rétablir dans l'ordre juridique communautaire un niveau de garantie des droits fondamentaux équivalent à

---

<sup>223</sup> "... La Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents ...".

<sup>224</sup> F. Fines: Etude de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté économique européenne, LGDJ, 1990, notamment p. 22 et suiv.

<sup>225</sup> CJCE, 4 février 1959, Stork, aff. 1/58, Rec. p. 43 et 15 juillet 1960, Comptoir de vente du charbon de la Ruhr c/Haute Autorité, aff. 36-38 et 40/59, Rec. p. 857.

<sup>226</sup> D. Mancini et V. Di Bucci, Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire, Recueil des cours de l'Académie de droit européen, 1991, vol.1, p. 36.

celui instauré dans les droits des Etats. L'autonomie des ordres juridiques, communautaire et internes, a été maintenue par un raisonnement qui comporte une véritable novation dans les règles, et aussi les sources du droit. Dans l'arrêt *Stauder*<sup>227</sup>, la Cour avait indiqué que

*"la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect"*.

Plus explicites sont les motifs de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>228</sup>, en réponse à une question préjudicielle posée par le juge de Francfort:

*"Attendu que le recours à des règles ou notions juridiques de droit national pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire; que la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire; qu'en effet, le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait en raison de sa nature se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base de la Communauté elle-même, que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat;*

*Attendu qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue; qu'en effet le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect"*.

La Cour déclare s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres "dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté": il s'agit d'un processus de sélection et de transposition.

Ultérieurement, la Cour a élargi cette construction jurisprudentielle aux accords internationaux conclus par les Etats membres:

*"Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire"*<sup>229</sup>.

3. Ce mécanisme de transposition n'a pas été accepté immédiatement par la Cour constitutionnelle allemande. Dans un arrêt du 29 mai 1974, la Cour constitutionnelle avait marqué la prééminence des droits fondamentaux garantis par la constitution fédérale sur les

<sup>227</sup> CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69, Rec. p. 419.

<sup>228</sup> 17 décembre 1970, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

<sup>229</sup> CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec. p. 491. L'arrêt est intervenu dans le contexte de l'adhésion française à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ultérieurement, la Cour a confirmé la référence à la Convention (CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, Rec. p. 1219), puis au Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques.

actes du droit communautaire dérivé qui ne s'y conformeraient pas. Cette position traduisait une méfiance vis-à-vis du système communautaire de protection des droits fondamentaux, compte tenu des carences institutionnelles qu'elle désignait; la Cour allemande se réservait donc la possibilité d'examiner la conformité à la Constitution du droit communautaire dérivé, après renvoi préjudiciel à la Cour de Justice. Cette position restrictive fut abandonnée le 22 octobre 1986 après que l'Acte unique eut élargi les pouvoirs du Parlement européen, et, selon la Cour fédérale, aussi longtemps que la Cour de Justice assure un niveau de protection des droits fondamentaux comparable à celui découlant de la Loi fondamentale.

Cette jurisprudence interne reconnaît la théorie communautaire élaborée par la Cour de Luxembourg. De cette dernière découle l'article F § 2 du traité sur l'Union européenne. *"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 Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire"*.

Il faut souligner que cette disposition, strictement déclarative, n'ajoute rien au système de reconnaissance et de garantie des droits fondamentaux existant. Que, en outre, le texte précité vise l'ensemble des parties du Traité, y compris celles non couvertes par la juridiction de la Cour (les titres V et VI sur la coopération intergouvernementale).

## **B. Sur la proximité des principes généraux et des droits fondamentaux individuels**

La question peut être posée ainsi: l'affirmation d'un principe général peut-elle conduire, en fonction de la personne du bénéficiaire, à la reconnaissance progressive d'un nouveau droit fondamental individuel?

1. L'insertion textuelle du principe de proportionnalité dans le traité sur l'Union européenne<sup>230</sup> est le produit d'une évolution jurisprudentielle qui a tendu à élargir son application à tous les domaines du droit communautaire sans exceptions. A l'origine des traités, l'insertion d'une telle disposition générale était impossible puisque la Cour de Justice n'avait pas encore construit la théorie des principes généraux du droit<sup>231</sup>. Encore peut-on observer que les rédacteurs du traité sur l'Union se sont gardés de placer explicitement le principe de proportionnalité sur le même plan que le principe de subsidiarité, mais qu'ils ont cependant souligné le lien entre l'un et l'autre de ces deux principes, complémentaires quant à la limitation des compétences de la Communauté.

---

<sup>230</sup> Article 3B alinéa 3: "L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité".

<sup>231</sup> Le traité comportait des dispositions particulières qui ont contribué à l'élaboration par la juridiction d'un principe général du droit:

-Article 36 sur les dérogations (nationales) à la libre circulation des marchandises, dont la Cour établira plus tard qu'elles doivent être nécessaires et proportionnelles au but poursuivi;

-Article 40, § 3, selon lequel l'organisation commune de marché doit se limiter à poursuivre les objectifs de la politique agricole commune (énoncés à l'article 39);

-Article 85, § 3 institue une condition négative aux déclarations d'inapplicabilité du paragraphe 1... "sans imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs" (conditions positives);

-Article 115 qui postule le choix de mesures qui apportent "le moins de perturbations ... au marché commun";

-Article 226 comporte une formulation identique en matière de sauvegarde.

Ces références montrent bien l'origine plurielle du même principe général du droit, qui peut à la fois être déduit des règles inscrites dans le traité et d'une construction jurisprudentielle plus ample.

Envisagé sous l'angle du patrimoine commun, objet de ce colloque, le principe de proportionnalité pose deux problèmes distincts, mais complémentaires: s'agit-il d'un principe général commun aux droits des Etats membres et est-il créateur de droits fondamentaux?

La première question illustre les ambiguïtés de toute catégorisation des principes généraux fondée sur leurs origines ou leurs sources d'inspiration. Jean Boulouis, après avoir souligné qu'un principe consacré en tant que "commun" peut être maintenu en tant que principe général du droit ou qu'un principe réputé déduit de la nature de la Communauté peut manquer de spécificité et tirer ses origines de divers ordres juridiques, opère le choix d'en faire un principe général déduit de la nature de la Communauté (notion de marché commun)<sup>232</sup>. D'autres auteurs y voient plutôt un principe déduit du droit des Etats membres<sup>233</sup>, encore que la plupart souligne l'origine allemande du principe de proportionnalité. Non écrit, le principe de proportionnalité, dégagé des vingt premiers articles de la Loi fondamentale, notamment des articles 2 et 12, fut érigé par la Cour constitutionnelle en principe général à valeur constitutionnelle; en effet, il est considéré en doctrine comme une des composantes essentielles de l'Etat de droit (M. Fromont et A. Rieg, Introduction au droit allemand)<sup>234</sup> et il s'impose dès lors tant aux autorités exécutives qu'aux autorités législatives. Comme le fait remarquer M. Akehurst<sup>235</sup>, son insertion dans l'ordre juridique communautaire a été favorisée par le recours fréquent des juridictions allemandes à la question préjudicielle de l'article 177 CE.

Si cette inspiration allemande a prévalu, elle ne saurait être considérée comme exclusive. Le principe de proportionnalité comporte, par nature, une méthode de contrôle judiciaire qui réduit la part de pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité décisionnelle et peut aller jusqu'à l'introduction de quelques appréciations bien proches de l'équité, glissement qui doit normalement conduire le juge à un "self-restraint". La dimension du pouvoir judiciaire est essentielle. Aussi est-il possible d'avancer que le principe est présent dans les divers ordres juridiques nationaux, tandis que l'affirmation communautaire dudit principe stimule son extension dans lesdits ordres juridiques<sup>236</sup>. L'appréciation par le juge anglais du comportement raisonnable ("rule of reasonableness") est inspirée de la proportionnalité. Sous l'influence allemande (voire communautaire par anticipation !), le Tribunal constitutionnel espagnol en a fait, 15 octobre 1982, un principe général de droit. En droit français, la genèse du principe de proportionnalité est inhérente aux jurisprudences administrative et constitutionnelle: mesures de police administrative (depuis 1933), technique dite du bilan "coûts-avantages" (surtout depuis 1971)<sup>237</sup> notamment en cas d'atteintes à la propriété privée ou à des intérêts en présence, contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans les hypothèses où l'administration disposait traditionnellement d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire des faits. Les secteurs sensibles, imperméables à l'origine à cette forme de contrôle (police des étrangers, contentieux

---

<sup>232</sup> J. Boulouis, *Principes généraux*, Répertoire communautaire Dalloz, 16 et 62 spécialement. Si bien fondé soit-il, ce classement s'accorde assez mal avec l'application de la proportionnalité à certains aspects du contentieux de fonction publique. Pour un cas de licenciement, CJCE, 19 mars 1964, Estelle Schmitz, aff. 18/63, Rec. 163.

<sup>233</sup> Voir le Dictionnaire juridique des Communautés européennes.

<sup>234</sup> M. Fromont, *République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit*, Revue du Droit Public 1984, p. 1203.

<sup>235</sup> In "The application of general principles of law by the Court of Justice of European Communities", *Annuaire de droit international public* 1982, p. 39.

<sup>236</sup> Cf. infra II. C.

<sup>237</sup> Conseil d'Etat 28 mai 1971, Société Ville nouvelle-Est, Rec. p. 409.

disciplinaire...) ont été progressivement recouverts par le juge administratif. Sous l'influence de la jurisprudence administrative, le Conseil constitutionnel a étendu son contrôle à l'erreur manifeste<sup>238</sup> à partir de ses décisions sur les lois de nationalisation<sup>239</sup> et sur la Nouvelle Calédonie<sup>240</sup>.

Sans reprendre à cette place le débat sur le niveau du caractère commun auquel doivent atteindre les principes généraux du droit, le principe de proportionnalité peut être considéré comme induit des droits nationaux en présence.

La deuxième question qui porte sur l'ancrage de la proportionnalité dans les droits fondamentaux communs appelle des remarques nuancées. De manière générale, en doctrine, elle n'est pas retenue dans les classifications ou énumérations des droits fondamentaux, lesquelles ne rendent pas un compte exact (et actualisé) de ce que C. Grewe et H. Ruiz Fabri appellent avec justesse "le développement progressif des droits fondamentaux"<sup>241</sup>. Le principe de proportionnalité constitue cependant un droit de défense des particuliers à l'encontre des pouvoirs publics, Etat ou institutions communautaires. La Cour de Justice des Communautés, dans l'arrêt fondateur de la théorie des droits fondamentaux, *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>242</sup>, s'est trouvée confrontée à la double invocation par l'entreprise requérante devant les juridictions allemandes des droits de propriété et de proportionnalité, le caractère non récupérable du cautionnement imposé dans les échanges agricoles constituant une atteinte disproportionnée au droit de propriété que les objectifs de la réglementation agricole ne justifiaient pas. Parallèlement, le principe a été étendu aux sanctions que les institutions peuvent appliquer aux opérateurs économiques, donc aux entreprises et aux particuliers<sup>243</sup>.

Dans une affaire relative à la production de lait<sup>244</sup>, la Cour observe que:

*"La réglementation ainsi interprétée n'enfreint pas davantage le droit de propriété et le libre exercice des activités professionnelles des producteurs concernés. Ces droits, qui font partie des droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, n'apparaissent, en effet, pas comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Par conséquent, des restrictions peuvent être apportées à l'exercice de ces droits, notamment dans le cadre d'une organisation commune des marchés, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ces droits".*

<sup>238</sup> On se reportera à la thèse de Philipp, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelles et administratives françaises*, Ed. Economica, 1990.

<sup>239</sup> Décision n° 81-132 du 16 janvier 1982.

<sup>240</sup> Décision n° 85-196 du 8 août 1985.

<sup>241</sup> In *Droits constitutionnels européens*, P.U.F 1995 p. 154 et suiv.

<sup>242</sup> Précité.

<sup>243</sup> La Cour de Justice établit une liaison explicite entre le droit de propriété et la proportionnalité dans l'affaire Hauer à propos d'un règlement communautaire relatif au marché commun viti-viticole qui interdisait aux propriétaires de planter des vignes supplémentaires. Arrêt du 13 décembre 1979, aff. 44/79, Rec. p. 3727.

<sup>244</sup> Kühn, 10 janvier 1992, aff. C.177/90, Rec. p. I-58.



Le principe de proportionnalité joue un rôle de conciliation entre des droits antinomiques dans le champ des droits fondamentaux. Il connaît de surcroît des développements nouveaux dans l'ordre des relations entre des personnes privées dans les ordres juridiques internes par le jeu de l'effet indirect, c'est-à-dire d'une interprétation des règles générales de droit privé<sup>245</sup>. Mais l'ambivalence du principe, illustrée par son insertion dans le traité sur l'Union européenne, est manifeste: il est à la fois protecteur des droits des Etats - en tant que principe structurel - et des droits fondamentaux de la personne comme il a été dit.

2. Le principe des droits de la défense s'est imposé immédiatement dans l'ordre des procédures contentieuses<sup>246</sup> avant que la Cour n'ait déclaré s'inspirer des règles contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment de son article 6 paragraphe 3 qui recouvre des applications particulières du principe général du droit à un procès équitable<sup>247</sup>. C'est dans le champ des procédures non contentieuses que la Cour a dégagé le principe au bénéfice des Etats (régime du contrôle des aides), des agents de la Communauté<sup>248</sup>, ainsi que des entreprises lorsque la procédure peut aboutir à une sanction ou seulement à un acte faisant grief.

Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, espèce concernant les pouvoirs et obligations de la Commission en matière d'abus de position dominante, la Cour indique:

*"...le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou des astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être observé même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif"*<sup>249</sup>.

S'agit-il d'un droit fondamental commun aux Etats membres? Les droits constitutionnels des Etats consacrent en général des notions analogues mais plus floues: traitement égal dans les procédures, garanties procédurales, règle "*audi alteram partem*". La doctrine allemande considère que ce droit a valeur constitutionnelle, car il est présumé contenu dans le principe fondamental de la dignité humaine inscrit à l'article 1 de la Loi fondamentale. En France, le Conseil constitutionnel a élevé le principe des droits de la défense au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière pénale dans une décision rendue le 2 décembre 1972 (Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail)<sup>250</sup> et

---

<sup>245</sup> Sur la question, lire W. Van Gerven, "Principe de proportionnalité, abus de droits et droits fondamentaux", *Journal des Tribunaux*, 11 avril 1992, p. 305-309. Sur l'effet des droits fondamentaux dans les relations privées, on peut se reporter à Grewe et Ruiz Fabri, ouvrage cité, p. 181 et suiv.

<sup>246</sup> CJCE 22 mars 1961, *SNUPAT c/ Haute Autorité CECA*, aff. 42 et 49/59, Rec. p. 101.

<sup>247</sup> Bien que les organes de Strasbourg en aient donné une interprétation large, l'article 6 paragraphe 1 de la Convention dispose pour "les droits et obligations de caractère civil" et "les accusations en matière pénale". Cf. F. Sudre: *Droit international et européen des droits de l'homme*, P.U.F, 2<sup>e</sup> édition, p. 202.

<sup>248</sup> 4 juillet 1968, *Van Eick c/ Commission*, aff. 35/67, Rec. p. 482: "...Le conseil de discipline, organe consultatif de l'autorité investie du pouvoir de nomination, est tenu... au respect des principes fondamentaux du droit de la procédure".

<sup>249</sup> 13 février 1979, aff. 85/76, Rec. p. 461; 10 juillet 1986, *Royaume de Belgique c/ Commission*, aff. 40/85, Rec. p. 2321. Attendu 28: "... le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit communautaire".

<sup>250</sup> Décision n° 76-70, 12 février 1972, Rec. p. 39.

dans une décision du 20 juillet 1977 à propos d'une procédure administrative non contentieuse (Retenues sur les traitements des fonctionnaires)<sup>251</sup>.

Aussi dans l'arrêt *Transocean*<sup>252</sup>, la Cour a-t-elle jugé "qu'une procédure d'audition n'est qu'une application de la règle générale selon laquelle les destinataires des décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue", en s'appuyant sur les principes communs aux Etats membres, au terme d'une analyse comparative effectuée par l'avocat général Warner des droits administratifs des Etats membres, et bien que l'Italie et les Pays-Bas ne connaissent pas ce principe dans leurs procédures administratives. Il s'agit, selon la Cour, d'une exigence impérative de l'Etat de droit<sup>253</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence des organes de la Convention européenne a exercé une influence européenne indirecte sur celle de la Cour de Justice, bien que celle-ci ait indiqué que "la Commission ne saurait être qualifiée de tribunal au sens de l'article 6 de la Convention"<sup>254</sup>. Il existe clairement des divergences d'interprétation entre les deux juridictions compte tenu des objets propres de l'ordre juridique communautaire et de l'ordre juridique de la Convention.

3. La protection de la confiance légitime n'est pas qualifiée de droit fondamental individuel par la Cour de Justice: le principe n'est pas inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme et il est par ailleurs inégalement reconnu dans les droits internes. Découlant du principe général de sécurité juridique, la protection de la confiance légitime vise la question de savoir si l'administré (ou l'Etat membre) peut escompter le maintien d'une règle qui lui bénéficie. La question s'est posée dans des affaires relatives au retrait d'actes administratifs<sup>255</sup>. Dans l'hypothèse de situations illégalement créées, la confiance légitime peut se heurter au principe fondamental de la légalité. Si elle peut être rapprochée du principe de la bonne foi ou de la règle de l'estoppel dans l'ordre international, les sources nationales du principe sont plus difficiles à cerner<sup>256</sup>.

Une fois de plus, le droit allemand a fourni la référence principale. Comme le principe de proportionnalité, le principe de protection de la confiance légitime entre dans la notion d'Etat de droit. Sa consécration par les juridictions administratives (abrogation et retrait des actes, rétroactivité des normes) a conduit la Cour constitutionnelle allemande, sur la base d'une interprétation de l'article 20 de la Loi fondamentale, à lui conférer une valeur constitutionnelle dans un jugement rendu le 2 février 1978<sup>257</sup>.

---

<sup>251</sup> **Décision n° 77-83, 20 juillet 1977, Rec. p. 29.**

<sup>252</sup> **CJCE, 23 octobre 1974, aff. 17/74, Rec. p. 1063.**

<sup>253</sup> **Cette affaire illustre aussi le caractère relatif de toute tentative de classification des principes généraux. Ceux-ci ont très souvent des sources multiples.**

<sup>254</sup> **CJCE, Accords Fedetab, 29 oct. 1980, Aff. 209 à 215 et 218/78, Rec. p. 3125.**

<sup>255</sup> **CJCE 12 juillet 1987, Algera c/Assemblée de la CECA, aff. 7/56 et 7/57, Rec. p. 81: "... La nécessité de sauvegarder la confiance dans la situation ainsi créée ...".**

<sup>256</sup> **Voir l'étude de F. Hubeau, "Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la CJCE", Cahiers de droit européen 1983, p. 143.**

<sup>257</sup> **Lire le commentaire de M. Fromont à la Revue du droit public 1979, p. 1654.**

En droit européen comparé, il existe des modes de raisonnement plus ou moins analogues: la protection des "legitimate expectations" par les juridictions anglaises n'équivaut pas à un principe général - il en est de même en Irlande et au Danemark - tandis que le juge néerlandais utilise une série de critères pour apprécier la légitimité de la confiance suscitée par l'autorité publique.

Le droit français ignorait, jusqu'à une date récente, le principe de protection de la confiance légitime en tant que principe général<sup>258</sup>. Cependant, les articles L80 A et L80 B du Livre des Procédures fiscales (repris pour le premier par le Code Général des Impôts) permettent au contribuable, sous certaines conditions, d'alléguer une erreur de droit fondée sur une croyance légitime dans les cas d'un changement de doctrine de l'administration fiscale. Dans d'autres cas qui se situent en dehors du domaine fiscal, l'administration voit sa responsabilité engagée après délivrance, par un fonctionnaire compétent et tenu à une obligation de renseignement, de données inexactes ou incomplètes, à condition que l'administré ait fait preuve d'un comportement prudent et éclairé. Il en est de même, en cas de promesses non tenues, bien que l'opérateur économique reste constamment soumis à un devoir de prudence<sup>259</sup>.

Ces prolégomènes d'une théorie de la confiance légitime trouvent leur équivalent dans la jurisprudence communautaire: la protection de la confiance légitime ne peut être invoquée à l'encontre d'un acte manifestement illégal ni au bénéfice d'une situation susceptible d'être modifiée ou dont l'objet appelle, pour des raisons économiques, des réajustements périodiques. Il reste que le moyen est invocable dans le contentieux de l'annulation comme dans le contentieux de la responsabilité<sup>260</sup>.

### C. Une limitation fonctionnelle

1. La sélection des droits fondamentaux comme celle des principes généraux dont ils font partie, doit être opérée en parfaite compatibilité avec l'ordre juridique communautaire. Elle est soumise aux impératifs de nécessité et cohérence, "...dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté" (*Internationale Handelsgesellschaft* - précité). C'est là une différence fondamentale avec la pratique des organes de Strasbourg, dont l'exercice porte exclusivement sur la définition et la portée des droits et libertés garantis par la Convention dans les Etats.

C'est dire que le juge applique tout naturellement les principes généraux et les droits fondamentaux qui découlent directement du texte des traités, assurant ainsi la confusion entre les règles matérielles de droit et les principes du droit communautaire. Il en est de même pour les principes et les droits fondamentaux qui découlent de la nature spécifique de la Communauté. Dans ce domaine, le juge peut être conduit à procéder à certains arbitrages; ainsi le principe de solidarité dans la Communauté l'a emporté sur l'invocation du principe de proportionnalité et du droit de propriété par des entreprises qui recherchaient la protection d'intérêts d'ordre commercial<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> Cf. *infra* ILC.

<sup>259</sup> Conseil d'Etat 24 avril 1964, *Société des Huileries de Chauny*, Rec. p. 245, conclusions G. Braibant.

<sup>260</sup> L'invocation est fréquemment le fait des Etats dans le contentieux de l'annulation. Ce fut le cas dans une des premières affaires espagnoles devant la Cour, 20 sept. 1988, *Espagne c/Conseil*, aff. 203/86, Rec. 4563, citée par J.C. Gautron "L'insertion de l'Espagne dans les mécanismes du contentieux communautaire", in: *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Ed. du CNRS, 1991.

<sup>261</sup> CJCE, 18 mars 1980, *Valsabbia c/Commission*, aff. 154/78, Rec. p. 907.

La reconnaissance d'un principe général ou d'un droit fondamental commun ne suffit pas pour qu'il soit inclus dans l'ordre juridique communautaire: il ne peut y entrer que s'il ne lui apporte aucune contradiction. Aussi les droits tirés des traditions constitutionnelles communes ou inspirés de la Convention européenne des droits de l'homme (ou d'autres conventions relatives aux droits de l'homme) connaissent-ils certaines limites que la Cour a posées dans son arrêt *Nold* (précité).

L'arrêt de principe a été confirmé par la jurisprudence postérieure en matière de propriété<sup>262</sup>, de liberté professionnelle<sup>263</sup> ou du droit au respect de la vie privée<sup>264</sup>. Ces limitations sont donc moins étroites que les dérogations admises par les organes de Strasbourg.

2. Autre différence majeure avec la jurisprudence issue de la Convention européenne des droits de l'homme: les Etats membres sont tenus de reconnaître et garantir des droits fondamentaux individuels dans le champ fonctionnel du traité, soit dans les seuls cas où l'acte étatique se rattache au droit communautaire, notamment sous la forme de mesures d'exécution du droit communautaire. Procédant à l'examen d'une interdiction de séjour au regard du principe de la liberté de circulation des travailleurs inscrit à l'article 48 du traité CE ("*sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public*" - paragraphe 3 de l'article 48 -) la Cour indique que les "*limitations apportées aux pouvoirs des Etats en matière de police des étrangers (outre celles contenues dans la directive 64/221) se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales... et l'article 2 du protocole n°4 à la même convention... qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins*" dans une société démocratique<sup>265</sup>.

Plus explicitement, l'avocat général Trabucchi, dans l'affaire *Watson*<sup>266</sup>, à propos d'une expulsion qui visait à sanctionner le non respect de certaines formalités administratives, indique que:

*"La protection des droits de l'homme intervient dans le système communautaire même à l'égard des Etats, dans la mesure où le droit fondamental invoqué est lié à un rapport ou à une situation juridique dont la réglementation forme l'objet spécifique du traité".*

La Cour a repris la question dans l'arrêt *Wachauf*<sup>267</sup>: les réglementations nationales aux fins de l'exécution du droit communautaire doivent respecter les droits fondamentaux. Les limites de

---

<sup>262</sup> CJCE, 22 oct. 1981, *Georg von Deetzen*, aff. C-44/89, Rec. p. I-5119.

<sup>263</sup> CJCE, 11 juillet 1989, *H. Schröder*, aff. 265/87, Rec. p. 2263.

<sup>264</sup> CJCE, 8 avril 1992, *Commission c/Allemagne* aff. C62/90, Rec. p. I-2575.

<sup>265</sup> CJCE, 28 oct. 1975, *Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, aff. 36/75, Rec. p. 1219.

<sup>266</sup> CJCE, 7 juillet 1976, *Watson et Belmann*, aff. 118/75, Rec. p. 1185.

<sup>267</sup> 13 juillet 1989, aff. 5/88, Rec. p. 2609.

l'obligation ont été fixées, *a contrario*, dans plusieurs arrêts: dans l'arrêt *Cinéthèque*<sup>268</sup>, la Cour observe que " ... *s'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité avec la convention européenne d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence, dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national* ". Pourtant, dans cette affaire, l'avocat général avait proposé que les limites à la libre circulation des marchandises découlant des dérogations de l'article 36 ou des exigences impératives soient examinées en fonction des dispositions de la Convention. Comme le soutient Joël Rideau<sup>269</sup>, la jurisprudence "*Cinéthèque*" s'écarterait de la jurisprudence "*Rutili*" par son objet (libre circulation des marchandises et non des personnes).

Comme le soulignent F. Mancini et V. di Bucchi<sup>270</sup>, la Cour a voulu éviter une concurrence avec les organes de contrôle de la Convention européenne et exclure tout contrôle qui excéderait les cas où le droit communautaire trouve à s'appliquer<sup>271</sup>. Toutefois, saisie par voie préjudicielle, elle peut être amenée à faire connaître au juge national les éléments utiles pour apprécier la conformité d'une réglementation nationale avec la Convention européenne "dès lors que cette réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire".

De plus, la portée du contrôle a été élargie aux mesures nationales dérogatoires au droit communautaire:

*"En particulier, lorsqu'un Etat membre invoque des dispositions combinées des articles 55 et 56 pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation de services, cette justification, prévue par le droit communautaire, doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux. Ainsi la réglementation en cause ne pourra bénéficier des exceptions prévues par les dispositions combinées des articles 55 et 56 que si elle est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect"*<sup>272</sup>.

Il s'agit donc désormais d'une limitation strictement mais pleinement fonctionnelle.

3. Les droits fondamentaux connaissent des limites "justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits" (*Nold*, précité). La Cour, ce faisant, s'inspire des limitations contenues dans les ordres constitutionnels des Etats, puisque le droit de propriété et le libre exercice professionnel ne constituent pas des "prérogatives absolues" et intègrent "des limitations prévues en fonction de l'intérêt public". Plusieurs constitutions font en effet référence aux obligations qui pèsent sur le droit de propriété, à sa fonction sociale ou à son usage social. L'article 1 du premier protocole additionnel à la Convention européenne comporte une référence aux "restrictions dans l'intérêt général" tandis que la Convention énonce pour la plupart des droits conditionnels une clause

---

<sup>268</sup> 11 juillet 1985, aff. 60/84 et 61/84, Rec. p. 2605.

<sup>269</sup> J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ, 1994, p. 132.

<sup>270</sup> Art. cit.

<sup>271</sup> CJCE, 30 sept 1987, Demirel, aff. 12/86, Rec. p.3719: "(la Cour) ne peut vérifier la compatibilité avec cette convention d'une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire".

<sup>272</sup> CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/80, Rec. p. I-2925.

générale d'ordre public qui permet des restrictions légales dans l'intérêt public et à condition qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique.

## **II. Les droits fondamentaux individuels, un révélateur du patrimoine commun européen**

Le rapport entre les droits fondamentaux individuels et le patrimoine commun européen a un caractère dialectique, comme le droit communautaire lui-même. L'ordre juridique communautaire se nourrit des conceptions et des règles prévalentes dans les Etats membres dès le stade de la construction des traités. Il revient aux institutions communautaires d'arrêter progressivement des règles autonomes, qui sont introduites directement dans l'ordre interne des Etats, ou transposées par lesdits Etats en fonction de leurs modalités de fonctionnement ou des particularités de leurs systèmes normatifs. En ce sens, le droit communautaire peut être appréhendé comme un mécanisme permanent d'ajustement structurel au terme duquel tend à se dégager un droit commun européen. Il est clair que beaucoup d'autres facteurs y contribuent et que la législation et la jurisprudence communautaires accompagnent des transformations, induites aussi par la technologie, l'éthique, la culture, l'internationalisation de l'économie, et provoquent des adaptations et des changements des ordres juridiques internes<sup>273</sup>. Il arrive qu'elles les révèlent, les accélèrent, les mettent en forme dans le champ qu'elle recouvrent. Si cette approche, très générale, peut être appliquée aux règles de concurrence, aux règles relatives à la fonction publique, aux marchés publics, ou par exemple aux règles gouvernant la responsabilité de la puissance publique, la question se pose également dans le champ des droits fondamentaux individuels.

### **A. Du droit comparé au droit communautaire**

La notion de "traditions constitutionnelles communes aux Etats membres", posée par la Cour de Justice et textuellement reproduite dans l'article F du traité sur l'Union européenne, n'est évidemment pas d'une totale clarté. Elle est moins précise que la référence, également faite par la Cour dans les arrêts fondateurs précités, aux "droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions des Etats membres". On peut voir des raisons pratiques dans ce dédoublement sémantique. En premier lieu, si la référence aux traditions constitutionnelles a une portée moins précise que la seconde, elle permet à la Cour de transcender les classifications des droits fondamentaux opérées par les systèmes juridiques internes, lorsque ces classifications existent, et d'échapper à certains clivages, purement internes, tenant à la distinction entre les droits fondamentaux intangibles et ceux susceptibles de révision ou à la distinction entre les droits directement invocables dans l'ordre interne et ceux qui appellent une mise en œuvre législative. La Cour a pu le faire aussi du fait que certains droits ne sont pas rigoureusement inscrits dans les textes constitutionnels bien qu'ils aient une valeur (lorsqu'elle est déclarée) ou une portée constitutionnelle. En second lieu, comme l'indique Guy Isaac<sup>274</sup>, la Cour s'efforce de dégager un "standard maximum, c'est-à-dire (de) l'application au niveau communautaire de la garantie nationale la plus élevée". Cette méthode, ouvertement progressiste, lui permet de faire l'économie de la recherche d'un dénominateur commun qui pourrait n'être que l'expression du plus petit dénominateur commun, lequel contredirait la quête du niveau le plus favorable aux bénéficiaires, principe constant en matière de droits de l'homme, et pourrait susciter des

<sup>273</sup> On se reportera avec intérêt à l'analyse de Mireille Delmas-Marty, et notamment aux pages qu'elle consacre au "laboratoire européen" p. 223 et suiv. in "Pour un droit commun", Ed. du Seuil, 1994.

<sup>274</sup> G. Isaac, *Droit communautaire général*, Masson, 4<sup>e</sup> éd. p. 156.

objections de la part des juridictions de l'Etat dont le système de définition et de protection des droits fondamentaux est plus avancé. En outre, comme l'observe M. Dausès<sup>275</sup>, la jurisprudence de la Cour peut englober aussi les principes généraux du droit administratif et du droit judiciaire, très proches des droits fondamentaux, tels les principes de sécurité juridique, de protection de la confiance légitime ou de proportionnalité, vu l'imbrication constante des principes généraux et des droits fondamentaux<sup>276</sup>. Il n'existe pas une définition strictement positiviste des "traditions constitutionnelles" en droit comparé européen.

De même, le caractère "commun" des droits fondamentaux doit-il être interprété de manière souple, tant il est vrai que, la Communauté étant en voie d'élargissement périodique, l'idée de jus commune pourrait être remise en cause constamment. Dans ses conclusions sur l'affaire *Zuckerfabrik* à propos de l'article 215 al. 2, l'avocat général Roemer indiquait qu'un principe pouvait être déclaré commun dès lors qu'il était "largement répandu", sans qu'il soit nécessaire que le juge fasse le constat arithmétique de ce caractère. On rappellera que la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté, en dépit de la directive textuelle de l'article 215 al.2, a été construite de manière autonome à la suite de ce que Mme Fines appelle une "étude comparative infructueuse"<sup>277</sup>. Si l'une des applications les plus remarquées fut celle de l'arrêt *Nold* en ce qui concerne le droit de propriété et le libre exercice du commerce, du travail et des autres activités professionnelles, il convient d'observer que, dans l'affaire, la Cour se réfère à la fois aux traditions constitutionnelles communes et aux traités internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme. Dans l'affaire *Hauer*<sup>278</sup>, la Cour se réfère aussi aux droits constitutionnels reconnus et à la Convention européenne.

Dans l'arrêt *Johnston*, fondamental en ce qui concerne le droit au juge, à la suite d'une action fondée sur la violation d'une directive du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement des hommes et des femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, la Cour indique que le droit à un recours juridictionnel effectif devant le juge national découle de l'économie générale de la directive, notamment de son article 6, mais plus largement, qu'il est l'expression "*d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres*"; la Cour ajoute que (il) "*se trouve également consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*".

L'usage de la double référence aux sources internes et à une source internationale semble indiquer que la Cour a une préférence pour un texte unique comportant des inscriptions clairement exprimées. Peut-on donc parler d'un déclin très tôt apparu de la référence aux "traditions constitutionnelles communes"?

## **B. Du droit conventionnel au droit communautaire**

Les incertitudes mentionnées plus haut qui s'attachent à la référence aux "traditions constitutionnelles communes", ont amené la Cour, à partir de 1974, à prendre en compte les

---

<sup>275</sup> M. Dausès, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, Rev. trim. de droit européen, 1984, n° 3, p. 407.

<sup>276</sup> Cf. supra LB.

<sup>277</sup> F. Fines, *op. cit.*, p. 107.

<sup>278</sup> CJCE, 13 déc. 1979, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, p. 3721.

droits fondamentaux inscrits dans certains articles de la Convention européenne. Ce glissement, nous l'avons dit, présente l'avantage pour le juge de faire l'économie d'une recherche comparative qui peut s'avérer aléatoire. L'une des grandes règles du droit des "droits de l'homme" est en effet que la norme la plus élevée doit bénéficier à l'individu et donc l'emporter en chaque cas d'espèce. La Cour de Justice s'est prononcée en ce sens dans un *Avis 2/91*<sup>279</sup> sur la compatibilité avec le traité de la convention n°170 de l'Organisation Internationale du Travail<sup>279</sup>. Le considérant 18 mérite d'être cité *in extenso*: "... Afin d'examiner la question de savoir si cette compétence revêt un caractère exclusif, il y a lieu d'observer que les dispositions de la convention n°170 ne sont pas de nature à affecter des règles arrêtées sur la base de l'article 118 A. En effet, si, d'une part, la Communauté décide d'arrêter des normes moins rigoureuses que celles édictées par une convention de l'OIT, les Etats membres peuvent, conformément à l'article 118 A, paragraphe 3, établir des mesures de protection renforcée dans les conditions de travail ou appliquer à cet effet les dispositions de la convention de l'OIT. Si, d'autre part, la Communauté décide d'arrêter des normes plus sévères que celles prévues par une convention de l'OIT, rien n'empêche la pleine application du droit communautaire par les Etats membres au titre de l'article 19, paragraphe 8, de la Constitution de l'OIT qui autorise l'adoption, par les membres, de mesures plus contraignantes que celles prévues par les conventions et recommandations adoptées dans le cadre de cette organisation".

Outre les imperfections précitées du "caractère commun" aux Etats membres, la quête de la norme la plus élevée peut engendrer des appréciations contradictoires ou des divergences. Les avantages du recours à la Convention européenne découlent de l'unité de la norme dans l'espace européen du fait de son acceptation à l'identique par l'ensemble des Etats membres. Quant à leur autorité dans l'ordre juridique interne communautaire, elle est également celle des principes généraux, donc supérieure aux actes communautaires dérivés et aux actes nationaux d'application du droit communautaire. En application de leur incorporation au droit communautaire, la Cour laisse entendre qu'une fois le principe acquis, il n'est plus nécessaire de se référer à leur source, qu'elle soit interne ou internationale.

1. La place des règles contenues dans la Convention européenne au regard du droit communautaire est assez particulière, puisqu'elles ne font pas l'objet d'une incorporation. Si la Cour de Justice considère que "les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire", la Communauté n'est pas liée par les règles de la Convention. Pourtant, une partie de la doctrine avait suggéré que la Communauté puisse être liée par la Convention, sur le modèle du GATT<sup>280</sup>, dès lors que l'ensemble des Etats y avaient adhéré. La position de la Cour n'a pas changé, elle est conforme à celle de la Commission européenne des droits de l'homme qui n'admet pas la recevabilité d'un recours contre un acte communautaire (*CFDT c/Communautés européennes*, décision du 10 juillet 1978), mais peut accepter celle d'un recours contre une mesure nationale d'exécution du droit communautaire (*Procola c/Luxembourg* du 1er juillet 1993). Cette dernière décision corrige quelque peu l'interprétation qui avait été donnée de la décision *M. et Co* du 9 février 1990, la Commission ayant déclaré irrecevable *ratione materiae* une requête contre un acte d'exécution d'un jugement de la Cour de Justice (et non d'un acte communautaire)<sup>281</sup>.

<sup>279</sup> *Avis C-2/91 du 19 mars 1993, Rec. p. I-1061.*

<sup>280</sup> *CJCE, 12 déc. 1972, International Fruit Company, aff. 21 à 24/72, Rec. p. 1219.*

<sup>281</sup> *J.P. Jacqué, Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme, in La Convention européenne... Commentaire article par article, Economica, 1993.*



La portée, assez peu claire, de la Convention dans le mécanisme communautaire de formation des droits fondamentaux individuels soulève plusieurs questions:

- L'article 6 de la Convention, et donc le droit à un procès équitable, peut-il être invoqué à l'encontre d'une décision judiciaire refusant de saisir la Cour de Luxembourg par la voie du renvoi préjudiciel?<sup>282</sup>
- La Cour de Justice des Communautés n'étant pas liée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, des divergences d'interprétation peuvent surgir, dont le risque est accru par les spécificités de l'ordre juridique communautaire. Dans l'arrêt *Hoechst*, on sait que la Cour de Justice avait jugé que le droit au respect du domicile, institué à l'article 8 de la Convention, ne couvre pas les locaux commerciaux, contrairement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>283</sup>. Afin de prévenir d'éventuelles divergences, il est arrivé que la Cour de Justice préfère attendre que la Cour européenne des Droits de l'Homme se prononce. L'affaire est connue: il s'agit de l'appréciation, au regard de l'article 10 de la Convention (liberté d'expression et d'information), de l'interdiction irlandaise de diffuser des informations sur les cliniques pratiquant l'interruption volontaire de grossesse à l'étranger<sup>284</sup>. La Cour, saisie par voie préjudicielle, a considéré que, bien que l'IVG puisse être qualifiée de service, l'activité des associations d'étudiants qui diffusaient ces informations ne revêtait pas un caractère économique et que, dès lors, son interdiction en Irlande ne constituant pas une restriction à la libre prestation de services au sens de l'article 59 du traité CE, il ne lui appartenait pas de la confronter aux droits fondamentaux tels qu'ils résultent de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>285</sup>. Cette affaire illustre les difficultés de la limitation fonctionnelle évoquée plus haut, ainsi que les risques de conflit de jurisprudences. On sait que la Cour européenne des Droits de l'Homme, se plaçant sur le terrain du droit interne irlandais, y a vu une atteinte à la liberté d'information, contraire à l'article 10 de la Convention.

Deux solutions, le cas échéant cumulatives, ont été envisagées afin de mieux assujettir la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme et, plus largement, au respect des droits fondamentaux: la solution dite du "catalogue des droits fondamentaux", que le Parlement européen avait décidé de ne pas retenir en 1973 mais qu'il a reprise lors de l'élaboration du traité sur l'Union européenne, ou l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme. Le projet d'un catalogue des droits fondamentaux ayant soulevé des interrogations (négociations difficiles entre Etats, risques d'incomplétude ou de double emploi, inadéquation à la structure et au mode de fonctionnement de la Communauté<sup>286</sup>,

---

**G. Cohen Jonathan, "La Commission européenne des droits de l'homme et le droit communautaire: quelques précédents significatifs": Europe, déc. 1994, chronique 10.**

<sup>282</sup> **G. Cohen-Jonathan et J.P. Jacqué, Activités de la Commission européenne des droits de l'homme, AFDI 1989, p. 514 et suiv. Les auteurs établissent une comparaison avec la jurisprudence "Solange II" de la Cour constitutionnelle allemande.**

<sup>283</sup> **CJCE, Hoechst, 21 sept. 1989, aff. 46/87, Rec. p. 2859.**

<sup>284</sup> **CJCE, The Society for the Protection of Unborn Children et S. Grogan, 4 oct. 1991, aff. C-159/90, Rec. I-4685.**

<sup>285</sup> **Cf. Laurence Idot: A propos de l'interruption volontaire de grossesse: premier bilan de la jurisprudence de la Cour relative à la libre prestation de service en 1991, Europe nov. 1991, n° 1 chronique p. 4.**

<sup>286</sup> **Cf. Ch. Philip, "La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", AFDI, 1975,**

restait la perspective de l'adhésion. Cette approche avait reçu dès 1979 le soutien enthousiaste des institutions communautaires, la Commission et le Parlement européen; elle fut reprise par le Parlement lors de l'élaboration du traité sur l'Union européenne.

La voie de l'adhésion a été provisoirement refermée par *l'Avis 2/94* rendu par la Cour le 28 mars 1996 à la suite d'une demande présentée à la Cour par le Conseil de l'Union européenne sur la base de l'article 228 paragraphe 6 du traité CE. L'admissibilité de la demande d'avis, en l'absence d'un projet d'accord concret, a provoqué des prises de position contradictoires des Etats membres. La Cour a choisi d'examiner cette admissibilité uniquement du point de vue de la compétence de la Communauté et non du point de vue du fond, c'est-à-dire de la compatibilité d'une éventuelle adhésion avec les règles du Traité CE, notamment avec les articles 164 et 219 relatifs à la compétence de la Cour de Justice<sup>287</sup>. En se fondant sur le principe des compétences d'attribution posé par l'article 3B, éventuellement élargi par le recours aux compétences implicites, la Cour a dit qu'aucune disposition ne donnait aux institutions communautaires la compétence d'arrêter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine, et que l'article 235 ne donnait pas une base suffisante pour procéder à un bouleversement du traité d'une telle ampleur. L'adhésion ne pourrait résulter que d'une révision des traités, préalable à l'intégration de la Convention européenne dans l'ordre juridique communautaire. Comme l'indique le Professeur Denys Simon, l'avis de la Cour conduit à placer les droits de l'homme dans un système classique de distribution des compétences par zones au lieu d'en faire, conformément à sa jurisprudence pourtant bien établie, un principe horizontal qui sous-tend l'ensemble des activités de la Communauté<sup>288</sup>. Il est vrai que, en l'absence d'un projet concret, l'adhésion aurait impliqué des adaptations juridiques, notamment quant à l'architecture juridictionnelle du système, comme l'indiquait, avec plus de force, *l'Avis 1/91*. Dans *l'Avis 2/94*, la Cour n'a pas manqué de rappeler la position classique de la Communauté au regard des droits fondamentaux.

2. La portée des règles de la Convention européenne des droits de l'homme au regard du patrimoine commun européen peut être appréciée de plusieurs manières.

En premier lieu, la Cour européenne qualifie la Convention "d'instrument constitutionnel de l'ordre public européen" (*Loizidou c. Turquie*, arrêt n° 310, 23 mars 1995). S'il est vrai que la notion d'ordre public est difficile à cerner, la doctrine y voit généralement l'expression de valeurs communes à une société et, dans le cas de la Convention, à une société composée de plusieurs sociétés nationales. Analysant ces valeurs communes, F. Sudre insiste sur le concept dégagé par la Cour de Strasbourg de principes propres à une société démocratique et sur la fonction objective des droits fondamentaux destinés non seulement à protéger l'individu mais à guider les organes de l'Etat, voire à contribuer à fixer la structure interne des Etats<sup>289</sup>. La fonction structurante de la Convention est manifeste en ce qui concerne les incidences institutionnelles du droit à un procès équitable (indépendance et fonctionnement des juridictions, voies d'accès au contrôle judiciaire). En dépit de la rareté des requêtes étatiques, la garantie

---

p. 405 spécialement.

<sup>287</sup> Art. 164: "La Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité".

Art. 219: "Les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du présent traité à un mode de règlement autre que ceux prévus par celui-ci".

<sup>288</sup> D. Simon, *Europe*, n° 6, juin 1996, chronique 6 p. 1.

<sup>289</sup> F. Sudre: Existe-t-il un ordre public européen? in *Quelle Europe pour les droits de l'homme?* Bruylant, Bruxelles 1996 p.39 et suiv.

collective reste un des fondements principaux de l'ordre public européen, la saisine de la Cour européenne par la Commission et l'évolution sur le long terme du recours individuel (Protocole n° 9 et le futur Protocole n° 11) opérant dans le même sens.

Une deuxième approche consiste à comparer les droits protégés dans l'ordre conventionnel européen avec les droits garantis par les normes constitutionnelles (théorie du parallélisme). Le tableau suivant a été présenté par la délégation française à la IX<sup>e</sup> conférence des Cours constitutionnelles européennes, tenue à Paris en mai 1993<sup>290</sup>; il pourrait être étendu à l'ensemble des systèmes juridiques européens.

Un troisième facteur doit être pris en considération, à savoir l'influence qu'exerce la Convention européenne des droits de l'homme sur les juridictions constitutionnelles et sur les juridictions administratives à travers l'autorité des décisions rendues par la Cour de Strasbourg. Etudiant le cas du juge administratif français, Joël Andriantsimbazovina<sup>291</sup>, s'est efforcé de dégager trois formes d'autorité de la jurisprudence: l'autorité de la chose jugée - en voie d'élargissement -; l'autorité qu'il qualifie de "persuasive"; l'autorité de chose interprétée imprégnée des conceptions en vigueur dans l'ordre communautaire mais plus difficile à mettre en œuvre dans le cas de Convention sauf dans le cadre d'un dialogue des juges.

Les juridictions constitutionnelles ont également emprunté aux techniques d'interprétation utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme afin de garantir une protection effective des droits fondamentaux ou de prescrire au législateur d'exercer ses compétences.

3. La capacité de la Cour de Justice de s'inspirer des normes de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>292</sup> offre l'avantage d'effacer les clivages qui découlent de l'hétérogénéité du statut de la Convention dans les ordres juridiques nationaux (incorporation, applicabilité directe, primauté), hétérogénéité qui pourrait s'accroître encore avec l'élargissement du Conseil de l'Europe et l'extension corrélative du nombre des Parties à la Convention. Dans le champ du droit communautaire, l'érection des normes conventionnelles en principes généraux de l'ordre juridique communautaire leur ajoute un degré supplémentaire d'autorité. Sur le plan de l'application juridictionnelle, la Cour de Justice dispose d'une palette instrumentale élargie par le jeu des questions préjudicielles qui créent un rapport direct avec les juges nationaux. De surcroît, envisagée sous l'angle du patrimoine commun, la Cour de Justice, du fait de sa composition, tend à effacer la distinction entre le système romano-germanique (qui se fonde principalement sur l'autorité de la chose jugée) et le système de common law (qui fait prévaloir le précédent et, de ce fait, dans une large mesure l'autorité de l'interprétation), soit un rapprochement de l'autorité de chose jugée et de l'autorité de chose interprétée<sup>293</sup>. La question fondamentale est bien que la tradition dans les pays continentaux ne reconnaît pas un rôle normatif à la jurisprudence. D'où une certaine gêne vis à vis de la jurisprudence de la Cour de Justice *in globo* et notamment dans le champ des droits fondamentaux.

---

<sup>290</sup> Voir tableau à la fin de la contribution.

<sup>291</sup> J. Andriantsimbazovina: *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*. Thèse, Bordeaux 1994.

<sup>292</sup> Les principaux emprunts, outre le droit de propriété et le libre exercice des activités professionnelles (précités) portent sur l'inviolabilité du domicile, la non-rétroactivité des dispositions pénales, le droit au juge, la protection du nom et de la dignité humaine, le droit à un procès équitable, le respect des convictions religieuses, la protection de la vie familiale, les droits de la défense, la liberté d'expression, soit un ensemble de droits constitutifs du patrimoine commun européen.

<sup>293</sup> Cf. J. Andriantsimbazovina, *op. cit.* p.893. L'auteur cite les considérants de l'arrêt *Kruslin* du 24 avril 1990 rendu par la Cour européenne des droits de l'homme: "... dans un domaine couvert par le droit écrit, la loi est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété".

### C. Droit communautaire et droit commun européen

Les droits fondamentaux dégagés par la Cour de Justice se situent donc à la charnière de trois ordres juridiques: les ordres juridiques (constitutionnels) nationaux, l'ordre conventionnel issu de la Convention européenne et l'ordre juridique communautaire. Il en découle, nous l'avons dit, un paradigme de complexité qui n'est pas prêt de s'éteindre, en quelque sorte un statut provisoire, parfaitement illustré par la conditionnalité que comportent la jurisprudence Solange II ou la décision M et Co c/RFA prise par la Commission européenne des droits de l'homme, et dont on a souligné la commune inspiration.

Afin de réduire les risques de divergences, certains auteurs ont suggéré que la Cour de Justice puisse poser une question préjudicielle à la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Convention. Cette proposition n'est pas conforme à l'état actuel du droit, puisque la Communauté peut s'inspirer de la Convention mais n'est pas liée par elle<sup>294</sup>. Il serait illusoire d'imaginer que, par le jeu d'un accord d'adhésion (en cas de révision des traités) ou d'un accord de coopération, la Cour de Luxembourg rentre dans un mécanisme qui ne serait pas ouvert aux juridictions des Etats membres.

Ainsi, la formation d'un *corpus juris* commun en Europe se heurte-t-elle à des difficultés procédurales et de fond, très caractéristiques de la structure politique du continent. Les solutions fédérales ont été plus simples. En 1925, la Cour suprême des Etats-Unis, dans son arrêt *Gitlow v. New York*, avait étendu le champ d'application du Bill of Rights aux actes législatifs et administratifs des Etats fédérés, alors que, auparavant, il ne concernait que les pouvoirs publics fédéraux. Au Canada, la constitution de 1867, puis, plus récemment, la Charte de 1982 ont établi un statut de citoyenneté fait de droits politiques et de quelques droits fondamentaux<sup>295</sup>.

Cependant, si l'influence de la Convention de 1950 sur les droits fondamentaux reconnus et garantis dans les Etats membres est considérable, celle des droits fondamentaux de l'ordre juridique communautaire ne peut être ignorée. Dans des conditions différentes, la théorie des droits fondamentaux de l'ordre juridique communautaire exerce aussi deux influences: une influence directe, puisque les Etats, procédant à l'application normative ou exécutive du droit communautaire, sont tenus de les respecter; une influence indirecte, dans la mesure où les solutions appliquées sont susceptibles d'influencer le domaine des activités législatives ou administratives extra-communautaires des Etats (effet de contagion)<sup>296</sup>. Ce dernier effet de manière paradoxale est lié à la nature de la Communauté. En tant que pouvoir public commun (G. Isaac), la Communauté, en dépit du changement de sigle intervenu en 1992, a pour vocation principale de régir des situations économiques. Or, la tradition historique européenne est que les droits proclamés ont d'abord concerné la personne *in globo*, ses droits dans la vie politique ou dans la vie judiciaire. Il est donc intéressant de noter que le droit communautaire pousse à une application aux domaines économiques de concepts qui initialement n'avaient pas été envisagés dans cette perspective. Ainsi s'explique la promotion inévitable des droits des entreprises,

---

<sup>294</sup> Plusieurs gouvernements ont proposé un système analogue lors de l'examen de la demande d'avis sur l'adhésion de la Communauté à la Convention: les questions préjudicielles pourraient être croisées afin de préserver l'autonomie de l'ordre juridique communautaire.

<sup>295</sup> L'article 8A du Traité sur l'Union européenne inscrit le droit de libre circulation et de libre séjour parmi les droits de la citoyenneté européenne. C'est un droit fondamental qui bénéficie aux ressortissants communautaires même s'ils ne relèvent pas des dispositions spécifiques des articles 48, 52 et 59 du traité CE.

<sup>296</sup> J. Weiler, *The European Court at a Crossroads; Community Human Rights and Member State Action in Liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, 1987, p.821 et suiv.

personnes morales. Si ses bases sont subtiles, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés reflète les tendances principales de ce patrimoine commun européen, lui-même en changement permanent.

**Note de bas de page n° 82**

*Cf. Revue française de droit administratif sept-oct. 1993 p.849 et suiv.*

*Le tableau ci dessous ne comporte pas de références au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.*

<b><i>Error! Bookmark not defined. Nature du droit</i></b>	<b><i>Fondement conventionnel</i></b>	<b><i>Fondement constitutionnel</i></b>
<i>Droit à la vie</i>	<i>art. 2, CEDH</i>	<i>n° 74-54 DC 15 janvier 1975 Cons. n° 9</i>
<i>Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants</i>	<i>art. 3, CEDH</i>	<i>PFRLR</i>
<i>Interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé</i>	<i>art. 4, CEDH</i>	<i>PFRLR</i>
<i>Droit de toute personne à la liberté et à la sûreté</i>	<i>art. 5, CEDH</i>	<i>art. 2, Déclaration de 1789 art. 66, Constitution</i>
<i>Droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial</i>	<i>art. 6, CEDH</i>	<i>- principe des droits de la défense (PFRLR) - principe d'indépendance des juridictions (art. 64, Constitution et PFRLR)</i>
<i>Présomption d'innocence</i>	<i>art. 6, CEDH</i>	<i>art. 9, Déclaration de 1789</i>
<i>Prohibition de la rétroactivité des lois pénales d'incrimination plus sévères</i>	<i>art. 7, CEDH</i>	<i>art. 8, Déclaration de 1789</i>
<i>Droit au respect de la vie privée et familiale du domicile et de la correspondance</i>	<i>art. 8, CEDH</i>	<i>- alinéa 10 Préambule de 1946 - art. 66, Constitution</i>
<i>Liberté de pensée, de conscience et de religion</i>	<i>art. 9, CEDH</i>	<i>- art. 10, Déclaration de 1789 - alinéa 5, Préambule de 1946 - art. 2, Constitution</i>
<i>Liberté d'expression</i>	<i>art. 10, CEDH</i>	<i>art. 11, Déclaration de 1789</i>

<i><b>Error! Bookmark not defined.Nature du droit</b></i>	<i><b>Fondement conventionnel</b></i>	<i><b>Fondement constitutionnel</b></i>
<i>Liberté de réunion pacifique</i>	<i>art. 11, CEDH</i>	<i>PFRLR</i>
<i>Liberté d'association</i>	<i>art. 11, CEDH</i>	<i>PFRLR n° 71-44 DC, 16 juillet 1971</i>
<i>Droit de se marier et de fonder une famille</i>	<i>art. 12, CEDH</i>	<i>al. 10, Préambule de 1946</i>
<i>Droit à un recours effectif devant une instance nationale</i>	<i>art. 13, CEDH</i>	<i>art. 16, Déclaration de 1789</i>
<i>Interdiction des discriminations dans la jouissance des droits garantis</i>	<i>art. 14, CEDH</i>	<i>art. 6, Déclaration de 1789 art. 2, Constitution</i>
<i>Garantie de la propriété</i>	<i>Protocole n° 1, art. 1</i>	<i>art. 2 et 17 de la Déclaration de 1789</i>
<i>Liberté de l'enseignement</i>	<i>Protocole n° 1, art. 2</i>	<i>PFRLR n° 77/87 DC, 23 nov. 1977</i>
<i>Droit à des élections libres</i>	<i>Protocole n° 1, art. 3</i>	<i>art. 3 et 24, Constitution</i>
<i>Liberté d'aller et venir</i>	<i>Protocole n° 4, art. 2</i>	<i>art. 2, Déclaration de 1789 n° 79-107 DC, 12 juillet 1979</i>
<i>Droit d'entrer dans l'Etat dont on est ressortissant</i>	<i>Prot. n° 4, art. 3 § 2</i>	<i>art. 2, Déclaration de 1789</i>
<i>Droit de ne pas être expulsé de l'Etat dont on est ressortissant</i>	<i>Protocole n° 4, art. 3 § 1</i>	<i>PFRLR</i>
<i>Droits procéduraux en matière d'expulsion</i>	<i>Protocole n° 7, art. 1</i>	<i>art. 16, Déclaration de 1789; art. 66, Constitution</i>
<i>Droit à un double degré de juridiction pénale</i>	<i>Protocole n° 7, art. 2</i>	<i>- art. 16, Déclaration de 1789 - principe général du droit selon le Conseil d'Etat</i>
<i>Droit à une indemnisation après annulation d'une condamnation</i>	<i>Protocole n° 7, art. 3</i>	<i>Principe d'égalité devant les charges publiques déduit de l'art. 13 de la Déclaration de 1789</i>
<i>Interdiction de poursuivre ou de punir deux fois pour</i>	<i>Protocole n° 7, art. 4</i>	<i>art. 8, Déclaration de 1789</i>

<i>Error! Bookmark not defined. Nature du droit</i>	<i>Fondement conventionnel</i>	<i>Fondement constitutionnel</i>
<i>les mêmes faits</i>		
<i>Egalité des époux</i>	<i>Protocole n° 7, art. 5</i>	<i>alinéa 3, Préambule 1946</i>

b. Du titulaire des droits fondamentaux, l'individu et/ou les groupes? par M. Rainer HOFMANN

Professeur de droit public allemand et international, Université de Cologne

## **I. Introduction**

Depuis que l'ordre économique, juridique, politique et social qui paraissait si solidement ancré dans les anciens pays socialistes d'Europe s'est effondré, le processus d'intégration européenne a acquis - ou plutôt retrouvé - un formidable élan. Le Conseil de l'Europe en est notamment l'illustration. Cette organisation qui, pendant près de 40 ans, ne réunissait quasiment que des pays de l'Ouest du continent, est devenue en très peu de temps une organisation internationale véritablement paneuropéenne. Autre évolution sans doute plus manifeste encore: l'élargissement prévu de l'Union européenne, même s'il est peu vraisemblable, dans un avenir prévisible en tout cas, que les pays qui composent cette organisation supranationale couvrent une aire géographique aussi vaste que celle de l'ensemble des Etats du Conseil de l'Europe.

### **1. Le respect du patrimoine constitutionnel de l'Europe dans le domaine des droits fondamentaux - condition de l'intégration européenne**

Il semble généralement admis que ce mouvement d'intégration suppose entre autres un fondement juridique commun à tous les participants. Cette condition était déjà très clairement exprimée dans le Statut du Conseil de l'Europe de 1949, notamment à l'article 3 limitant l'adhésion aux Etats qui respectent les principes de la prééminence du droit et de la jouissance des droits de l'homme et des libertés; l'article 1(b) du même Statut définit comme l'un des principaux objectifs du Conseil la sauvegarde et le développement de ces droits et libertés. On retrouve cette importance déterminante des droits de l'homme pour l'appartenance au Conseil de l'Europe dans la règle relativement récente mais déjà bien établie selon laquelle les Etats postulants doivent être prêts à signer et ratifier - dans un délai raisonnable - la Convention européenne des Droits de l'Homme de 1950 (CEDH) et ses protocoles additionnels, et à se soumettre à une évaluation de la situation des droits de l'homme sur leur territoire au vu de rapports d'experts indépendants, généralement membres de la Commission ou de la Cour européenne des Droits de l'Homme. On peut donc considérer que les droits de l'homme et les libertés fondamentales, tels qu'ils sont définis dans ces instruments, et tels qu'ils sont appliqués et interprétés par les organes compétents de Strasbourg, représentent l'ordre public de l'Europe. Il faut souligner à ce propos qu'apparemment l'interprétation donnée aux dispositions de fond concernant les droits de l'homme et, en particulier, aux clauses restrictives du type "nécessaires dans une société démocratique" par ces organes relève systématiquement - mais pas toujours explicitement - d'une tentative antérieure de déterminer la règle commune à tous les Etats membres, ou en tous cas à une majorité d'entre eux.

La pratique qui consiste ainsi à fonder l'intégration européenne sur l'applicabilité d'une règle commune en matière de protection des droits de l'homme et à exiger des Etats qu'ils respectent cette règle pour pouvoir participer au processus est désormais bien établie pour l'Union européenne elle-aussi. Transformant en une sorte de droit primaire la jurisprudence pertinente de

la Cour européenne de justice qui s'est imposée au fil des années, l'article F(2) du Traité de Maastricht sur l'Union européenne (TUE) énonce désormais sans équivoque le respect par l'Union des 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 Etats membres en tant que principes généraux du droit communautaire. En outre, l'article J 1.(2) du TUE dispose que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales constitue l'un des principaux objectifs de la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union. En conséquence, les antécédents de l'Etat considéré dans le domaine des droits de l'homme sont nécessairement un important facteur à prendre en compte sur le plan des relations entre ledit Etat, d'une part, et l'Union et les Communautés, d'autre part, notamment en ce qui concerne les demandes d'adhésion à l'Union.

Il ne fait donc pas de doute que, du point de vue juridique, le renforcement du processus d'intégration européenne devra reposer sur une règle commune en ce qui concerne les droits de l'homme et les libertés fondamentales. Il existe aussi une condition sine qua non du point de vue politique: il est tout simplement inconcevable que l'"union sans cesse plus étroite" dont il est question à l'article A du TUE soit acceptée et soutenue par les peuples d'Europe si elle ne s'appuie pas sur ces règles communes. En conséquence, l'identification des éléments qui constituent ces règles communes ou, pour reprendre les mots des organisateurs de notre séminaire, le patrimoine constitutionnel européen, est indispensable au succès du processus d'intégration.

## **2. La question de savoir qui, de l'individu et/ou des groupes, est titulaire des droits fondamentaux, élément même du patrimoine constitutionnel européen.**

Pendant des années, le débat sur les droits de l'homme ou les libertés fondamentales - tant à l'échelle mondiale qu'au niveau européen - a été caractérisé par un antagonisme relativement marqué entre l'Ouest et l'Est. En simplifiant quelque peu, on pourrait dire que si, à l'Ouest, on estimait en général que ces droits devaient être protégés en tant que droits individuels contre une éventuelle ingérence de l'Etat, à l'Est en revanche, on insistait non seulement sur l'importance des droits sociaux, économiques et culturels par rapport aux droits civils et politiques qu'on pourrait qualifier de classiques, mais aussi sur le caractère collectif en quelque sorte des principaux droits fondamentaux, récusant ainsi - ou en tous cas limitant - leur rôle traditionnel, à savoir garantir et protéger l'existence, la liberté et l'intégrité personnelle de l'individu. En outre, l'Est militait activement en faveur de l'émergence des droits dits de la troisième et de la quatrième générations, à savoir les droits à la paix, au développement et à l'autodétermination en tant que droits des peuples ou des groupes.

Il semble qu'avec la fin de la période de la guerre froide, c'est-à-dire l'effondrement du socialisme en Europe dont il a été question plus haut, cet antagonisme en ce qui concerne la hiérarchie à établir entre les droits civils et politiques, d'une part, et les droits sociaux, économiques et culturels, d'autre part, ait été surmonté. L'adhésion des anciens Etats socialistes européens au Conseil de l'Europe en vertu de laquelle ils souscrivaient - en principe - à la conception qu'on pourrait qualifier d'individualiste des droits fondamentaux, est souvent allée de pair avec l'adoption de nouvelles constitutions comportant généralement des déclarations des droits fondamentaux, (droits civils et politiques traditionnels) de l'individu et concevant habituellement les "droits sociaux, économiques et culturels" plus comme des directives pour orienter la politique de l'Etat que comme des droits pouvant être invoqués en justice et - partant - d'authentiques "droits" de l'individu. Cette nouvelle démarche apparaît aussi - en règle générale - dans la jurisprudence des instances constitutionnelles récemment créées; il en va sans doute ainsi



également pour les Etats dans lesquels les tentatives d'adoption de nouvelles constitutions de type occidental assorties de déclarations des droits de l'individu "modernes" n'ont pas - en tous cas jusqu'à présent - véritablement abouti.

Par ailleurs, il semble que la disparition du socialisme en Europe ait été le déclic qui a relancé le débat sur l'existence de (certains) droits collectifs: droits de personnes appartenant à des minorités nationales (notion englobant celles de minorités culturelles, ethniques, linguistiques et religieuses) contre droits des minorités nationales. Il est intéressant de constater que la lutte - généralement couronnée de succès - de ces minorités pour la reconnaissance de leurs droits dans les pays membres du Conseil de l'Europe (pays occidentaux) de la première génération tels que l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, l'Italie, la Suisse et, quoique dans une moindre mesure, la France et le Royaume-Uni, n'ont pas suscité un tel débat à grande échelle. Selon une opinion largement répandue, c'est l'effondrement du socialisme qui a ouvert la voie à la renaissance du nationalisme et au concept d'Etat-nation en Europe de l'Est, laquelle semble elle-même avoir fait resurgir un débat sur les (droits des) minorités dans cette partie de l'Europe. Ces mouvements ont conduit non seulement à l'éclatement de façon parfois pacifique et parfois violente de vieux Etats et à la création de nouvelles entités, mais ont en outre porté sur un plan international et en particulier européen le débat sur la situation juridique et politique des membres de ces minorités ainsi que leurs droits aux niveaux international et national. Comme on pouvait s'y attendre, cette évolution supposait aussi l'émergence du débat déjà mentionné concernant le titulaire des droits en question: les personnes appartenant à la minorité en tant qu'individus et/ou la minorité en tant que groupe.

Il est incontestable que les problèmes de minorités non résolus constituent une grave menace pour la paix et la stabilité dans de nombreuses régions d'Europe et mettent donc en péril le processus d'intégration européenne. Il importe donc de déterminer non seulement les droits des (personnes appartenant à des) minorités nationales que l'on peut considérer comme faisant partie du patrimoine constitutionnel commun de l'Europe, mais aussi de chercher à répondre à la question déjà posée de savoir qui est titulaire de ces droits puisque, pour des raisons évidentes, cette réponse - si tant est qu'elle puisse être donnée - doit être considérée à juste titre elle aussi comme une composante du patrimoine constitutionnel de l'Europe.

Il semble donc opportun d'examiner cette question telle qu'elle est traitée d'abord dans un certain nombre de systèmes juridiques nationaux européens puis dans le droit public international ou, plus exactement, dans le droit public international régional, c'est-à-dire européen. Il faut en outre souligner que, compte tenu du sujet relativement général du présent document et, partant, de la mission qui m'a été confiée, il importe de ne pas s'en tenir exclusivement à la question des droits des minorités; étant donné l'importance essentielle donnée à cette question, il paraît utile d'y consacrer une attention toute particulière.

Deux dernières remarques préliminaires semblent s'imposer: la première a trait à la notion dite d'exercice collectif des droits fondamentaux (individuels) et la seconde à la question de savoir si, en dehors des personnes physiques (individus), les personnes morales de droit privé et/ou public peuvent être titulaires de droits fondamentaux.

Le premier concept, que l'on retrouve dans certains systèmes juridiques nationaux d'Europe, traduit l'interprétation - tout à fait convaincante - selon laquelle certains droits fondamentaux de l'individu comme, en particulier, le droit des travailleurs de s'organiser avec leurs semblables, à savoir le droit d'engager des négociations collectives et de recourir à des mesures collectives telles que la grève, ne peut être appliqué effectivement que s'il est exercé collectivement. Il faut

toutefois souligner que l'exercice collectif d'un droit fondamental détenu par les personnes concernées en tant qu'individus ne modifie pas la possession et, partant, le statut juridique d'un tel droit: celui-ci demeure un droit fondamental de l'individu considéré et n'acquiert pas le statut d'un droit de groupe. Néanmoins, ce concept peut servir d'instrument juridique pour combler l'écart entre les notions de droit individuel et de droit des groupes également en ce qui concerne la question des droits des minorités.

Le second principe, à savoir celui qui consiste à accepter que des personnes morales soient titulaires de (certains) droits fondamentaux comme le droit à la propriété, existe dans quelques systèmes juridiques nationaux. On a fait observer à juste titre que ce principe s'applique aux pays imprégnés "d'idées plus organicistes telles qu'elles ont été défendues dans les pays germaniques et par le catholicisme social"<sup>297</sup>, c'est-à-dire en particulier l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Portugal, la Suisse et, plus récemment, l'Estonie; à l'inverse, un très grand nombre de pays européens - sinon la majorité d'entre eux - semble avoir adopté ce qu'on pourrait appeler le modèle français selon lequel les titulaires de droits individuels se limitent aux individus. Au-delà de l'intérêt de cette question sur le plan théorique, il faut souligner qu'elle a peu - ou pas - de rapport avec le thème du présent document puisque dans la notion de droits des groupes, le groupe n'est pas (nécessairement) perçu comme une personne morale.

## II. Examen de systèmes juridiques nationaux

Notre séminaire ayant pour objet de définir le patrimoine constitutionnel (commun) de l'Europe, il me semble opportun de commencer par décrire brièvement la façon dont le concept de droits fondamentaux en Europe a évolué au cours de l'histoire. Compte tenu de notre propos, la question que nous nous poserons avant tout est celle de savoir qui est le titulaire desdits droits. Nous analyserons ensuite les systèmes juridiques nationaux sous cet angle. L'idéal serait d'examiner la situation dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. Cependant, étant conscient du manque de ressources et des limites inévitables de temps et d'espace existantes, je ne passerai en revue que quelques systèmes juridiques. A l'évidence, mon choix témoigne dans une certaine mesure de décisions arbitraires elles-mêmes fonction des sources qui m'étaient accessibles à la fois concrètement et sur le plan de la langue.

### 1. Rappel historique

On peut subdiviser l'histoire des droits fondamentaux, d'abord en tant que notion théorique puis en tant que composante du droit positif, en trois grandes périodes: la première, qui commence à l'époque de la Grèce et de la Rome antiques<sup>298</sup>, correspond à l'évolution philosophique et théologique des premiers temps du christianisme<sup>299</sup> et au Moyen Age<sup>300</sup>, et s'achève après la

---

<sup>297</sup> Voir C. Grewe/H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, 1995, p. 172.

<sup>298</sup> Il n'est pas possible ici de s'interroger sur le fait de savoir si la notion de liberté humaine telle qu'elle est développée chez Platon et surtout chez Aristote recouvrait la notion de la liberté de l'homme "face à" la polis ou l'Etat; au contraire, on peut semble-t-il affirmer que la liberté existait "dans" la polis ou l'Etat. En d'autres termes, on ne peut qualifier les droits fondamentaux de droits appartenant à l'individu et opposables à l'Etat.

<sup>299</sup> La distinction entre la *civitas terrena* et la *civitas caelestis*, telle qu'elle est établie par Saint Augustin dans La "cité de Dieu", n'entraînait apparemment pas la conceptualisation des droits fondamentaux au sens moderne du terme, c'est-à-dire de droits opposables à l'Etat.

<sup>300</sup> Il convient évidemment de mentionner ici Thomas d'Aquin, selon lequel le souverain, tenu par la loi divine, n'avait pas le droit de violer la *dignitas humana*, notion englobant la vie, la liberté et les biens de l'homme; il importe néanmoins de souligner que ces "droits" n'étaient pas considérés comme appartenant à tous les individus et que la poursuite d'objectifs individuels n'apparaissait pas comme leur raison d'être.

Réforme<sup>301</sup>, est caractérisée par la limitation des pouvoirs et privilèges royaux, l'octroi de droits aux états (noblesse, clergé, tiers état) et, dans le meilleur des cas, par des droits singuliers<sup>302</sup>; l'absence de droits fondamentaux pour les particuliers, du point de vue tant théorique que juridique, n'est guère surprenante puisque, à une époque où une personne était perçue comme le membre d'un groupe, la notion de droits fondamentaux attachés à l'individu était inconcevable.

La deuxième phase pourrait être décrite comme celle où ont été jetés les fondements théoriques de la reconnaissance de la notion de liberté et de droit naturel de l'homme<sup>303</sup>, un processus intellectuel qui trouve ses répercussions textuelles dans quelques-uns des documents constitutionnels anglais<sup>304</sup>; c'est au cours de cette phase, dont on peut estimer qu'elle s'achève au moment de la proclamation de la Déclaration des Droits de Virginie de 1776, qu'est né le concept de droits fondamentaux de l'individu après qu'on a en quelque sorte découvert la dimension individuelle de l'homme au sein de la société.

La troisième phase a commencé avec la proclamation des déclarations (modernes) des droits fondamentaux aux Etats-Unis d'Amérique<sup>305</sup> et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789<sup>306</sup>, documents qui ont soit servi de modèles soit en tout cas fortement influencé les déclarations de droits des constitutions nationales de l'Europe continentale, en particulier au XIXe siècle, mais aussi, dans une moindre mesure, au XXe siècle<sup>307</sup>; ces déclarations de droits

---

<sup>301</sup> Une importance particulière doit être attribuée dans ce domaine à la pensée de Calvin et à son influence sur des philosophes apparus par la suite tels que Hooker, Althusius, Coke, Grotius, Milton et Locke ou les Monarchomaques comme Buchanan et du Plessis-Mornay, ainsi qu'à leur idée d'un contrat conclu entre le souverain et le peuple (et non les états) liant le premier non seulement au *ius divinum* et *ius naturale* mais aussi aux *leges fundamentales* (lois fondamentales) en tant que conditions dudit contrat.

<sup>302</sup> Le modèle par excellence de ces instruments est évidemment la Magna Charta Libertatum de 1215, qui a exercé une influence considérable sur des documents similaires en Espagne, au Danemark, dans le Brabant et ailleurs. Il faut néanmoins souligner que, même si ces instruments prévoient une forme d'*habeas corpus* et d'autres droits individuels (que ne possédaient toutefois que certains individus tels que les "hommes libres" (bourgeois) - il faut y voir plutôt des *pacta* conclus entre le souverain et les Etats que des déclarations de droits fondamentaux appartenant à des individus.

<sup>303</sup> Il n'est pas possible ici de décrire ce processus très complexe; parmi les divers éléments, il faut mentionner l'apparition de la notion moderne de *ius naturale* - qui ne fait plus référence à une notion religieuse - telle qu'elle est conçue par les juristes et philosophes du continent comme Althusius, Grotius, Pufendorf et Huber et des Iles britanniques comme Coke et Locke, en particulier; même s'il faut admettre que Hobbes a joué un rôle important dans cette évolution, il n'est pas du tout certain qu'il puisse être considéré comme un tenant de l'existence des droits fondamentaux, son *Leviathan* n'étant pas lié par les "droits naturels" des hommes.

<sup>304</sup> On peut citer en particulier la loi d'*Habeas Corpus* de 1679, le Déclaration des Droits de 1688, et le *Bill of Rights* de 1689; toutefois, il faut aussi mentionner les textes précurseurs: *Petition of Rights* (1627) et *Agreements of the People* (1647).

<sup>305</sup> Outre la Déclaration des Droits de Virginie de 1776, il faut mentionner la Constitution de Pennsylvanie de 1776 et les Amendements de 1791 à la Constitution (fédérale), qu'on peut considérer comme les premiers exemples de constitutions modernes alliant à la notion de puissance publique liée par un ensemble de règles répartissant les compétences et établissant des procédures, la notion de pouvoir étatique lié par le respect des droits fondamentaux appartenant à tous les individus.

<sup>306</sup> Il n'est pas nécessaire à ce propos d'insister sur ce que la Déclaration de 1789 doit - par opposition à la Déclaration des Droits américaine, pourrait-on dire - à la philosophie des Lumières et, surtout, au contrat social de Rousseau mais aussi à Montesquieu, aux Physiocrates et à Voltaire.

<sup>307</sup> Ce n'est pas ici qu'il convient de rouvrir le débat - plutôt stérile selon moi - sur le fait de savoir lequel de ces documents a le plus influencé l'évolution décrite, débat qui a si violemment opposé au début de ce siècle Georg Jellinek à Emile Boutmy, et qui était faussé, parce que fondé sur des hypothèses manifestement chauvines; il serait toutefois opportun de rappeler deux facteurs: d'une part, si les instruments américains introduisaient des droits pouvant être invoqués en justice, que les tribunaux devaient faire respecter face à la puissance publique, la Déclaration de 1789 était - selon l'expression de Pound - d'un caractère essentiellement "exhortatif", c'est-à-dire que ses dispositions étaient des "exhortations à l'adresse des organismes publics sur la conduite à tenir". D'autre part, il faut souligner que la quasi-totalité des catalogues de droits fondamentaux introduits dans les constitutions nationales au XIXe siècle étaient, si l'on considère en particulier ce qui a servi de modèle aux dispositions contenues dans la Constitution belge de 1831, manifestement inspirés par la Déclaration de 1789 - tant en ce qui concerne le texte lui-même que la nature essentiellement programmatique du document. Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale, avec l'adoption de la Constitution italienne de 1947 et le Grundgesetz de Bonn de 1949, que l'"invocabilité en justice" et la force exécutoire des droits fondamentaux sont devenues une caractéristique commune des constitutions européennes et que cette évolution s'est accompagnée dans la plupart des cas de la création de tribunaux

fondamentaux des diverses constitutions nationales ont entraîné ensuite l'apparition de théories "nationales" des droits fondamentaux basées sur ces dispositions constitutionnelles<sup>308</sup>, théories qui, à quelques variations près, reconnaissent l'individu comme titulaire desdits droits.

Bien que les théories de type national sur les droits fondamentaux conservent une prééminence relativement incontestée, on peut penser que l'on est entré dans une période de transition qui débouchera sur une quatrième phase caractérisée par la recherche de normes communes en ce qui concerne lesdits droits; cette évolution tient en grande partie à ce que les droits fondamentaux se sont imposés, depuis la deuxième guerre mondiale, comme des droits universels dont sont titulaires tous les individus à travers le monde et, en Europe, à la nécessité, dont il a déjà été question, de fonder le processus d'intégration européenne sur une notion commune de droits fondamentaux perçus comme le patrimoine commun de l'Europe. On en revient ainsi, en particulier avec la réapparition, déjà signalée, de la notion de droits des groupes comme mode de traitement possible de la question des minorités nationales, à l'objet du présent document: savoir qui, de l'individu et/ou du groupe, est le titulaire des droits fondamentaux, question qui doit être clairement distinguée du différend déjà évoqué entre la conception occidentale, libérale ou individualiste, d'une part, et la conception orientale, socialiste ou collective de ces droits.

## 2. Quelques exemples d'ordres juridiques nationaux

### a) Les pays nordiques: Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède

Parmi les cinq pays nordiques, trois - la Suède (en 1976), l'Islande (en 1994 à l'occasion de l'intégration de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans le droit islandais) et la Finlande (en 1995) - ont adjoint des déclarations de droits (fondamentaux) "modernes" à leur constitution. Toutes sont clairement fondées sur le principe selon lequel les seuls titulaires des droits fondamentaux sont les individus<sup>309</sup>. Si l'on considère le statut juridique des minorités nationales<sup>310</sup> et la question de savoir - les deux problèmes sont liés - qui est le titulaire des droits dans ce domaine, il est cependant intéressant de noter que la *Regeringsform* suédoise ne fait aucune mention des minorités samie ou finnoise, alors que la section 14 du nouveau chapitre II de la loi finlandaise sur le gouvernement<sup>311</sup> semble combiner à la fois des droits individuels liés

---

constitutionnels spéciaux. On est donc en droit d'affirmer qu'il a fallu attendre près de 200 ans que ces deux importantes notions se combinent pour donner naissance à l'actuelle législation européenne en matière de droits de l'homme.

<sup>308</sup> Cela vaut particulièrement pour la République fédérale d'Allemagne, où la jurisprudence et la doctrine ont donné lieu à une théorie assez élaborée des droits fondamentaux (*Grundrechtsdogmatik*) qui ont eu et continuent d'avoir, semble-t-il, une importance considérable pour le sujet qui nous occupe dans des pays tels que l'Autriche, l'Espagne, l'Italie et ce qu'on pourrait appeler les nouvelles démocraties de l'ancien bloc socialiste, mais aussi pour la jurisprudence de la Cour européenne de justice de Luxembourg et pour la Commission et la Cour des Droits de l'Homme de Strasbourg.

<sup>309</sup> On le constate tout particulièrement dans la section 1 (amendée) du chapitre I de la loi finlandaise sur le gouvernement (l'un des actes constitutionnels de la Finlande, dont le texte est désormais le suivant: "La Finlande est une république souveraine dont la constitution garantit l'inviolabilité de la dignité humaine ainsi que la liberté et les droits de l'individu et s'attache à promouvoir la justice dans la société" (c'est moi qui souligne).

<sup>310</sup> L'Islande étant une nation extrêmement homogène sur le plan ethnique, aucune disposition particulière concernant les droits des minorités ne s'impose.

<sup>311</sup> Cette disposition est ainsi libellée: "(1) Les langues nationales de la Finlande sont le finnois et le suédois. (2) Le droit de chacun d'utiliser sa langue - finnois ou suédois - devant un tribunal ou d'autres instances et d'obtenir les documents pertinents dans cette langue sera garanti par une loi. Tous les organes de l'Etat veilleront à satisfaire les besoins culturels et sociaux des populations d'expression finnoise et suédoise en Finlande selon les mêmes critères. (3) Les Samis en tant que peuple autochtone et les Romanis, ainsi que les autres groupes, ont le droit de sauvegarder et de développer leur langue et leur culture. Le droit des Samis d'utiliser leur langue devant les instances publiques sera garanti par une loi. Les droits des personnes utilisant le langage des signes ou des personnes devant recourir à une interprétation ou une traduction en raison d'un handicap seront garantis par une loi". Il faut en outre rappeler que le statut spécial des îles Åland est reconnu par une loi spéciale, qui accorde une assez grande autonomie à ces îles et à leurs habitants; pour plus de précisions, voir R. Hofmann,

à la langue accordés de la même façon aux personnes appartenant à la majorité d'expression finnoise et à la minorité d'expression suédoise, et la reconnaissance implicite de droits collectifs aux Samis en tant que peuple autochtone, aux Romanis et aux autres groupes".

La Constitution de la Norvège<sup>312</sup> et celle du Danemark (depuis 1953) comportent des déclarations de droits fondamentaux appartenant aux individus, mais celles-ci ne font pas référence à des minorités nationales<sup>313</sup>.

Il faut toutefois signaler que la Norvège a introduit en 1988 dans sa Constitution un nouvel article 110 (a), qui semble reconnaître un droit collectif à la minorité samie<sup>314</sup>. En revanche, la situation juridique de la minorité germanophone danoise est avant tout définie dans la Déclaration Bonn-Copenhague de 1955, qui garantit les droits spécifiques dont sont titulaires les personnes appartenant à cette minorité, mais ne prévoit pas pour elle de droits (collectifs) propres.

## b) Les Etats baltes: Estonie, Lettonie et Lituanie

Les Constitutions des trois Etats baltes comportent toutes des déclarations de droits<sup>315</sup> qui énoncent des droits fondamentaux dont seuls les individus sont titulaires.

Seule la Constitution estonienne de 1992 garantit des droits spécifiques aux personnes appartenant à des minorités nationales<sup>316</sup>. Il semble toutefois, d'après la législation en vigueur dans ce domaine tant en Lettonie qu'en Lituanie, que les droits spécifiques destinés à protéger les intérêts des minorités sont accordés aux personnes appartenant aux diverses minorités nationales et ne peuvent être considérés comme des droits collectifs<sup>317</sup>.

---

**Minderheitenschutz in Europa, Berlin, 1995, p. 86 ss.**

<sup>312</sup> En vigueur depuis 1814 avec toutefois quelques amendements.

<sup>313</sup> Il est à noter que le statut particulier des îles Féroé et du Groenland, qui bénéficient tous deux d'une très large autonomie, est fondé sur des lois spécifiques de 1948 et 1978; pour plus de détails, voir F. Harhoff, Faroe Islands, dans: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. II, Amsterdam 1995, p. 257 ss et G. Alfredsson, Greenland, in R. Bernhardt, *ibid.*, p. 623 ss.

<sup>314</sup> Cette nouvelle disposition est la suivante: "Les autorités de l'Etat sont tenues de créer les conditions permettant au groupe ethnique sami de sauvegarder et développer sa langue, sa culture et son mode de vie"; voir E. Smith, *Constitutional Protection of minorities: The Rights and protection of the Sami population in Norway*, *Scandinavian Studies in Law* 34 (1990), p. 235 ss.

<sup>315</sup> Il faut néanmoins signaler que la Lettonie a retenu une autre démarche que l'Estonie et la Lituanie. En effet, étant donné que la Constitution lettone actuelle - Constitution de 1922 pleinement rétablie en 1993 - ne comportait (ne comporte) aucune disposition particulière en matière de droits fondamentaux, le législateur a adopté en 1991 la Loi constitutionnelle sur les droits et obligations des citoyens et des personnes; voir I. Ziemele, Latvia, dans: M. Scheinin (éd.), *International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries*, La Haye, 1996, p. 73 ss (p. 77).

<sup>316</sup> Selon l'article 49, chacun a le droit de sauvegarder son identité ethnique; selon l'article 51 (2), chaque personne appartenant à une minorité nationale est en droit d'attendre que les pouvoirs publics et les collectivités locales de même que les fonctionnaires s'adressent à elle dans la langue de la minorité ethnique à laquelle elle appartient sous réserve que les membres de celle-ci représentent au moins la moitié des résidents permanents du lieu considéré. Bien que l'article 50 garantisse aux minorités ethniques le droit de créer des institutions autonomes dans l'intérêt de leur culture nationale, la loi de 1993 sur l'autonomie culturelle des minorités ethniques précise clairement que les droits correspondants sont attachés à des individus appartenant à la minorité considérée et non à la minorité en tant que groupe; pour plus de précisions, voir R. Hofmann, note 16, p. 80 ss.

<sup>317</sup> Pour plus de détails, voir R. Hofmann, *ibid.*, p. 107 ss et p. 111 ss.

c) **Etats occidentaux d'Europe centrale: Allemagne, Autriche et Suisse**<sup>318</sup>

Les différentes lois et dispositions de la législation qui définit l'ordre constitutionnel en Autriche garantissent des droits fondamentaux en tant que droits dont sont titulaires les individus<sup>319</sup>. Cette remarque s'applique en particulier aux dispositions accordant des droits spécifiques aux minorités comme les articles 66 à 68 du Traité de paix de St-Germain-en-Laye de 1919, l'article 7 du Traité d'Etat autrichien de 1955 et l'article 7 de la Loi de 1990 sur les établissements scolaires pour minorités<sup>320</sup>.

La Constitution allemande - Grundgesetz (1949) - comporte une déclaration des droits fondamentaux. Les titulaires de ces droits sont - en dehors de certaines personnes morales pouvant prétendre à certains droits fondamentaux au titre de l'article 19 (3) de la Grundgesetz - des individus et non des groupes<sup>321</sup>. Il n'est pas fait mention de minorités nationales<sup>322</sup>. Ainsi, la protection constitutionnelle des droits des minorités nationales en Allemagne est garantie par les dispositions pertinentes des constitutions des Länder où les membres de ces minorités nationales ont leur domicile: le Brandebourg<sup>323</sup> et la Saxe<sup>324</sup> pour ce qui est de la minorité sorabe et le Schleswig-Holstein<sup>325</sup> en ce qui concerne les minorités danoise et frisonne. Toutes ces dispositions font obligation à l'Etat de protéger et promouvoir l'identité propre à ces minorités; seul le Land de Brandebourg garantit tant au peuple sorabe qu'aux membres de ce groupe (pris individuellement) un droit de sauvegarde et de promotion de leur identité. On se trouve donc en présence de l'existence d'un droit individuel et d'un droit collectif<sup>326</sup>.

Les droits fondamentaux définis dans la Constitution suisse et par la jurisprudence du Tribunal fédéral sont conçus comme des droits appartenant à l'individu. Pour ce qui est du statut juridique des minorités, il faut faire remarquer qu'en tant qu'Etat fédéral multilingue où les cantons disposent de très larges compétences, la Suisse présente, sur le plan juridique, plusieurs particularités par rapport aux autres Etats européens. Cette situation explique l'importance particulière qu'accorde le droit fédéral et cantonal à la question des droits linguistiques. Lorsque

<sup>318</sup> Je n'ignore pas que la Slovénie et, plus encore, la République tchèque, sont situées géographiquement aussi à l'ouest que l'Autriche, mais j'ai toutefois préféré suivre la tendance qui consiste depuis un certain temps à considérer que les deux pays font partie de l'"Europe centrale de l'Est".

<sup>319</sup> Il faut rappeler que la Convention européenne des Droits de l'Homme a valeur de loi organique en Autriche et, d'autre part, que la Bundesverfassung de 1920 ne comporte pas de déclaration de droits.

<sup>320</sup> Voir T. Maruhn, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Österreich*, in: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), *Das Minderheitenrecht europäischer Staaten*, Teil 1, Berlin, 1993, p. 224 ss (p. 230).

<sup>321</sup> Pour plus de précisions, voir B. Pieroth/B. Schlink, *Grundrechte*, Heidelberg, 12e éd. 1996, p. 153 ss.

<sup>322</sup> Il est à noter qu'une proposition visant à introduire un article 20 b dans la Grundgesetz a échoué en 1992; pour plus de détails, voir D. Murswiek, *Schutz der Minderheiten in Deutschland*, dans: J. Isensee/P. Kirchhof (éd.), *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. VIII, Heidelberg, 1995, p. 663 ss (p. 688).

<sup>323</sup> L'article 5 de la Constitution du Brandebourg (1992) garantit au peuple sorabe le droit à la sauvegarde et à la promotion de son identité nationale et accorde aux Sorabes différents droits dans les domaines éducatif et linguistique, qui sont définis de façon plus spécifique dans la Loi sur les Sorabes de 1994.

<sup>324</sup> L'article 5 (2) de la Constitution de la Saxe (1992) garantit le droit des minorités nationales à la sauvegarde et à la promotion de leur identité nationale et l'article 6 garantit le droit des Sorabes à préserver leur langue et leur culture grâce à des mesures appropriées dans les domaines de l'éducation et de la culture.

<sup>325</sup> L'article 5 de la Constitution du Schleswig-Holstein (1990) reconnaît aux minorités danoise et frisonne le droit de sauvegarder et promouvoir leur identité culturelle.

<sup>326</sup> Pour plus de détails, voir M. Hahn, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Deutschland*, dans: J.A. Frowein/R. Hofman/S. Oeter (éd.), note 25, p. 62 ss.

de tels droits - par exemple en ce qui concerne l'éducation ou les relations avec les autorités administratives et judiciaires - sont reconnus, ils le sont, en règle générale, aux individus appartenant aux minorités linguistiques, cantonales ou locales considérées mais pas à des groupes linguistiques<sup>327</sup>.

**d) Etats de l'Est de l'Europe centrale: Croatie, République tchèque, Hongrie, Pologne, Slovaquie, Slovénie**

La Constitution croate de 1990 comporte une déclaration détaillée de droits fondamentaux attachés aux individus<sup>328</sup>. Il est intéressant de noter, en ce qui concerne les minorités nationales, que l'article 15 de la Constitution garantit aux "membres de tous les peuples et de toutes les minorités" la même protection et aux "membres de tous les peuples et de toutes les minorités ... la libre expression de leur identité nationale et la libre utilisation de leur langue et de leur autonomie culturelle". Ainsi, l'institution juridique de l'autonomie culturelle elle-même est à interpréter comme un droit individuel et non un droit collectif<sup>329</sup>.

Il faut souligner qu'en revanche, la loi organique sur les droits de l'homme et les libertés ainsi que sur les droits des communautés et minorités ethniques et nationales, qui accorde tout un éventail de droits fondamentaux aux membres des diverses minorités, conçoit (article 5) l'autonomie culturelle comme un droit dont sont titulaires les minorités; néanmoins, les articles suivants, qui précisent le contenu de cette autonomie culturelle (en particulier les droits liés à l'éducation, à l'utilisation de la langue et à la représentation politique) sont conçus comme des droits dont sont titulaires les individus appartenant à la minorité considérée<sup>330</sup>.

En République tchèque, les droits fondamentaux sont garantis dans la Charte des droits fondamentaux et des libertés (1991) qui, à la suite de la partition de la Tchécoslovaquie, est devenue partie intégrante de l'ordre constitutionnel de la République tchèque tel qu'il est défini explicitement à l'article 112 de la Constitution tchèque de 1992<sup>331</sup>. Cette Charte comporte une déclaration assez détaillée de droits fondamentaux, tous attachés à l'individu<sup>332</sup>. Cette règle s'applique aussi aux articles 24 et 25, qui garantissent des droits spécifiques dans les domaines éducatif et linguistique aux personnes appartenant à des minorités nationales et ethniques. Il faut néanmoins préciser que le droit de ces personnes à développer leur identité distincte peut être exercé "en association avec d'autres"<sup>333</sup>; on pourrait donc, pour caractériser ce droit, dire qu'il offre une importante dimension de droit collectif.

La Constitution hongroise, adoptée à l'origine en 1949, a fait l'objet, notamment depuis 1989, d'amendements de grande ampleur. Ces amendements ont aussi porté sur la déclaration de droits

<sup>327</sup> Pour plus de détails, voir D. Richter, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in der Schweiz*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (eds.), note 25, p. 308 ss.

<sup>328</sup> Voir J. Kregar/B. Smerdel/I. Simonovic, *Die Verfassung der Republik Kroatien*, dans: J. Marko/T. Boric (éd), Vienne, 1991, p. 205 ss (p. 220 ss).

<sup>329</sup> Voir J. Marko, *Der Minderheitenschutz in den jugoslawischen Nachfolgestaaten*, Berlin, 1996, p. 20 ss.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 25 ss.

<sup>331</sup> Voir M. Hoskova, *Die Selbstauflösung der CSFR*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 53 (1993), p. 733 ss (p. 709).

<sup>332</sup> Voir M. Hoskova, *Die Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten der CSFR*, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 18 (1991), p. 369 ss.

<sup>333</sup> Pour plus de détails, voir M. Hoskova, *Der Minderheitenschutz in der Tschechischen Republik*, dans: P. Mohlek/M. Hoskova, *Minderheitenschutz in der Republik Polen, der Tschechischen und der Slowakischen Republik*, Berlin, 1994, p. 83 ss.

fondamentaux figurant au chapitre XII (articles 54 à 70/K). Tous ces droits sont clairement considérés comme des droits dont est titulaire l'individu, interprétation confirmée par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel hongrois<sup>334</sup>. La seule exception à cette règle est représentée par l'article 68, qui traite des droits des minorités nationales et ethniques. Selon cet article (paragraphe 2), "La république de Hongrie accorde une protection aux minorités nationales et ethniques" et "garantit leur droit de participer à la vie publique, d'exercer leur culture, d'utiliser leur langue et d'être éduquées dans leur langue maternelle ...". Cette disposition constitutionnelle est le fondement même de la loi très détaillée de 1993 sur les droits des minorités nationales et ethniques. Cette loi garantit (article 7 à 14 du chapitre II) un certain nombre de droits individuels aux personnes appartenant à ces minorités et (article 15 à 20 du chapitre III) toute une série de droits "communautaires" dont sont titulaires les minorités en tant que groupe: droit de créer les conditions nécessaires à l'enseignement des langues minoritaires et de diffuser des émissions de radio et de télévision dans la langue des minorités ou droit d'être représenté au parlement. On est donc fondé à dire que la Hongrie est l'un des rares pays dont la législation reconnaît expressément le caractère individuel et collectif des droits des minorités<sup>335</sup>.

La Constitution polonaise, adoptée à l'origine en 1952, a fait l'objet depuis - en particulier en 1992 - d'un remaniement en profondeur. La réforme n'a toutefois pas porté sur les droits fondamentaux. Il faut en effet faire remarquer qu'en dépit d'un grand nombre de projets, y compris des projets de lois visant à introduire une déclaration de droits fondamentaux de type moderne, la Constitution polonaise actuellement en vigueur contient encore les mêmes dispositions que la Constitution de 1952 en ce qui concerne les droits fondamentaux. Il faut souligner par contre que la jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître qu'en Pologne les droits fondamentaux sont des droits possédés par l'individu et non par des groupes. Pour ce qui est des minorités nationales, il est intéressant de noter que la Constitution de 1952 - à l'inverse des constitutions de 1921 et 1935 - ne fait pas spécifiquement mention de minorités nationales et ethniques. Le statut juridique de celles-ci est donc fondé sur le grand éventail de traités bilatéraux conclus entre la Pologne et les Etats voisins depuis le début des années 90 et par différentes lois. Ces textes sont généralement rédigés de manière à garantir un vaste ensemble de droits aux personnes appartenant à ces minorités et constituent donc des droits individuels et non collectifs<sup>336</sup>.

La Constitution slovaque de 1992, adoptée avant même la dissolution de la Tchécoslovaquie, contient (chapitre II) une longue déclaration des droits fondamentaux qui, à quelques petites différences près, est identique à la Charte tchécoslovaque des droits fondamentaux et des libertés de 1991. Nous l'avons dit<sup>337</sup>, ces dispositions sont interprétées comme des garanties des droits de l'individu. Cette remarque vaut également pour les articles 33 et 34 de la Constitution qui, bien qu'à peu près identiques aux articles 24 et 25 de la Charte susmentionnée de 1991 qui, par son libellé, considère d'une certaine façon les droits comme des droits collectifs<sup>338</sup>, sont toujours

---

<sup>334</sup> Voir L. Solyom, *zum Geleit zu den Entscheidungen der Verfassungsgerichts der Republik Ungarn*, dans: G. Brunner/L. Solyom, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn*, Baden-Baden, 1995, p. 59 ss.

<sup>335</sup> Pour plus de détails, voir R. Hofmann, note 16, p. 178 ss.

<sup>336</sup> Pour plus d'informations, voir P. Mohlek, *Der Minderheitenschutz in der Republik Polen*, dans: P. Mohlek/M. Hoskova, note 38, p. 9 ss.

<sup>337</sup> Voir note 37.

<sup>338</sup> Voir note 38.



interprétés par les autorités slovaques comme n'accordant des droits qu'aux seuls individus<sup>339</sup>. Cette négation officielle du caractère collectif (potentiel) des droits des minorités a été explicitement affirmée dans la déclaration faite à l'occasion de la ratification par le parlement slovaque du traité hongaro-slovaque de bon voisinage de 1995. Dans cette déclaration, il est expressément indiqué que la Slovaquie, "conformément à la position commune des Etats européens", ne reconnaît et garantit les droits des minorités qu'à titre individuel et non à titre collectif ou en tant que droits de groupe.

La Constitution slovène de 1991 contient (articles 14 à 65 du chapitre II) une déclaration de droits fondamentaux très complète et détaillée. D'une manière générale, ces droits sont interprétés comme des droits individuels<sup>340</sup>.

Il existe cependant une importante exception: l'article 64, qui accorde aux "groupes ethniques autochtones italiens et hongrois et à leurs membres ..." certains droits en matière d'éducation, d'utilisation de la langue et de représentation politique. Il faut donc souligner que la Constitution slovène combine droits individuels et droits collectifs (droits des groupes) à propos des minorités nationales et ethniques de Slovénie ou de certaines d'entre elles<sup>341</sup>.

#### e) **Etats d'Europe occidentale: Belgique, France, Irlande, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni**

La Constitution belge "coordonnée" de 1994, aboutissement d'un long processus qui a transformé la Belgique - Etat centralisé au départ - en un Etat véritablement fédéral, contient (articles 8 à 32 du chapitre II) une déclaration très détaillée de droits fondamentaux considérés comme des droits individuels. La structure "fédérale" très complexe de la Belgique repose sur trois communautés définies par la langue (néerlandophone, francophone et germanophone) et trois régions (Wallonie, Flandres et Bruxelles), qui constituent l'Etat fédéral. La répartition des compétences entre ces différentes entités et la législation spécifique concernant en particulier la situation juridique des personnes dont la langue maternelle n'est pas la langue "officielle" de l'entité dont relève la commune où elles ont leur domicile, permet semble-t-il d'en conclure que la Belgique constitue un *compositum mixtum* assez particulier d'autonomie territoriale et personnelle (ce qui suppose une forme de reconnaissance des "droits des groupes", d'une part, et de droits individuels liés au "statut de minorité" des personnes, d'autre part<sup>342</sup>; on peut donc en déduire que la Belgique constitue un cas particulier qui, du point de vue de l'identité du titulaire des droits des minorités, échappe à l'opposition habituelle entre droits individuels et droits collectifs.

Dans le contexte qui nous occupe, il n'est pas nécessaire de rappeler le débat sur l'importance juridique du préambule de la Constitution française de 1958 et de la référence qui y est faite au préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Il suffit de rappeler que, depuis la célèbre décision du Conseil constitutionnel du 16

---

<sup>339</sup> Pour plus de précisions, voir M. Hoskova, *Der Minderheitenschutz in der Slowakischen Republik*, dans: P. Mohlek/M. Hoskova, note 38, p. 119 ss.

<sup>340</sup> Voir I. Kristan, *Verfassungsentwicklung und Verfassungsordnung Sloweniens*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 53 (1993), p. 322 ss (p. 337 ss.)

<sup>341</sup> Pour de plus amples informations, voir J. Marko, note 34, p. 129 ss.

<sup>342</sup> Pour de plus amples détails, voir R. Mathiak, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Belgien*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), note 25, p. 1 ss.

juillet 1971<sup>343</sup>, l'ordre constitutionnel français se compose de toutes les règles qui constituent le bloc de constitutionnalité comprenant la déclaration de 1789, le préambule de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ; cette décision a permis au Conseil constitutionnel de mettre en place, dans les nombreuses décisions rendues par la suite, un système judiciaire de protection des droits fondamentaux comparable à ceux des pays dans la Constitution desquels figure une déclaration explicite des droits fondamentaux<sup>344</sup>. Lorsqu'on analyse cette jurisprudence et la doctrine correspondante, il semble qu'on puisse affirmer que la France adhère manifestement à la conception d'après laquelle les droits fondamentaux sont - du moins de façon prédominante - attachés à des individus et non à des groupes.

En ce qui concerne la situation juridique des minorités (nationales ou ethniques), il suffit de rappeler la réserve bien connue émise par la France à propos de l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et le point de vue officiel - et apparemment partagé en général - selon lequel il n'existe pas de telles minorités en France<sup>345</sup>. De ce point de vue, la décision du Conseil constitutionnel en date du 9 mai 1991<sup>346</sup>, dans laquelle il déclarait que la formulation "peuple corse, composante du peuple français", utilisée à l'article 1 du Statut de la collectivité territoriale de la Corse, représentait une violation de l'article 2 de la Constitution de 1958, n'a pas été une surprise.

La Constitution irlandaise de 1937 garantit, notamment à l'article 40, toute une série de droits fondamentaux qui sont interprétés comme des droits individuels. Nonobstant la législation qui, sur la base de l'article 8, vise à sauvegarder et promouvoir le gaélique, on peut penser que la population irlandaise, en dépit de quelques différences de dialectes, est si homogène qu'il serait incorrect d'utiliser le terme juridique minorité à propos de la communauté d'expression gaélique d'Irlande de l'Ouest.

La Constitution du Luxembourg, adoptée à l'origine en 1868 et plusieurs fois remaniée depuis, contient une déclaration détaillée de droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels. Nonobstant la situation linguistique à laquelle l'article 29 de la Constitution fait implicitement référence, on peut estimer que, compte tenu de la composition homogène de la population luxembourgeoise, supposer l'existence de minorités nationales ou ethniques au Luxembourg serait incorrect.

La Constitution des Pays-Bas a été adoptée en 1983; à l'instar d'autres "nouvelles" constitutions, elle comporte tout un éventail (article 1 à 23 du chapitre I) de droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels. En ce qui concerne la situation juridique de la communauté de langue frisonne, il faut signaler que le frison a le statut de langue officielle aux Pays-Bas, qu'il peut être utilisé dans les rapports avec les tribunaux et les services administratifs locaux, et qu'il est enseigné dans les établissements scolaires. On ne peut cependant pas considérer, semble-t-il, que la loi accorde des droits collectifs à cette communauté; il s'agirait plutôt de droits individuels dont sont titulaires les personnes appartenant à cette minorité, en quelque sorte.

---

<sup>343</sup> Liberté d'association, J.O. du 18 juillet 1971, 7114.

<sup>344</sup> Voir par exemple J. Rivero, *Les libertés publiques*, Tome 1, Paris, 6<sup>e</sup> édition 1991, p. 174 ss.

<sup>345</sup> Pour plus de détails, voir J. Polakiewicz, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Frankreich*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), note 25, p. 127 ss.

<sup>346</sup> J.O. 14.5.1991, 6350.

En dépit des nombreuses tentatives faites en ce sens, y compris récemment, l'ordre constitutionnel britannique, c'est-à-dire les différentes lois, codes, conventions, usages et autres documents juridiques qui forment la "Constitution du Royaume-Uni", ne comporte pas encore de déclaration moderne des droits fondamentaux. On peut toutefois affirmer que la pratique législative et jurisprudentielle fondée sur le droit commun et la loi, et de plus en plus influencée depuis quelque temps par les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme (même si celle-ci n'est pas encore mise en pratique comme un texte directement applicable), confirme l'interprétation selon laquelle les droits fondamentaux sont - en tout cas en règle générale - conçus comme des droits individuels. Vu de l'extérieur et d'un point de vue comparatif, le Royaume-Uni constitue à l'évidence un Etat plurinational et on serait donc en droit de considérer les habitants des îles anglo-normandes, de l'île de Man, d'Irlande du Nord, d'Ecosse et du Pays de Galles comme des "minorités nationales ou ethniques" dans le cadre du Royaume-Uni<sup>347</sup>. Il faut toutefois rappeler que le débat public sur le renforcement de l'autonomie juridique et politique (décentralisation), en Ecosse et au Pays de Galles notamment, n'a pas porté sur le statut des personnes concernées en tant que membres d'une minorité, mais sur la question de savoir si et jusqu'à quel point l'on pouvait ou devait mettre en place des dispositifs d'autonomie régionale. Par ailleurs, il faut souligner que les dispositions législatives qui garantissent par exemple le droit d'employer le gaélique (l'écossais) ou le gallois devant les tribunaux sont formulées comme des droits individuels<sup>348</sup>.

#### **f) Etats d'Europe du Sud: Italie, Portugal et Espagne**

L'Article 2 de la Constitution italienne de 1947 dispose que l'Italie reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme en tant qu'individu ou membre de communautés sociales au sein desquelles se développe sa personnalité. On retrouve le même esprit dans certaines des dispositions spécifiquement liées aux droits fondamentaux (articles 13 à 54). Cette remarque vaut en particulier pour l'article 19 (liberté de religion) ainsi que pour les articles 29 (droits de la famille), 33 (droit de créer des établissements d'enseignement privé) et 39 (droit de fonder et prérogatives des syndicats).

Néanmoins, étant donné que les droits fondamentaux sont manifestement interprétés pour une très large part comme des droits individuels et qu'on pourrait voir dans les dispositions susmentionnées la possibilité que les droits fondamentaux individuels s'exercent collectivement, on peut se demander si l'on est fondé à prétendre que l'ordre juridique italien reconnaît les droits collectifs en tant que tels. La position juridique des différentes minorités ethniques ou nationales en Italie<sup>349</sup> est fondée sur l'article 6 de la Constitution, selon lequel l'Italie protège "les minorités linguistiques" par des dispositions particulières. En fait, cette protection, qui a plusieurs niveaux - depuis le statut très autonome de la population germanophone du Tyrol du Sud jusqu'aux garanties très limitées dont bénéficient des groupes tels que les communautés d'expression albanaise ou grecque d'Italie centrale et méridionale - est fondée sur un ensemble très complexe de lois et décrets adoptés par le pouvoir central, d'une part, et sur la législation promulguée par les instances régionales ou provinciales compétentes, d'autre part. Du fait de cette complexité -

---

<sup>347</sup> Voir par exemple T. Maruhn, *Die rechtliche Stellung der walisischen Minderheit in Großbritannien*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), note 25, p. 161 ss.

<sup>348</sup> Voir par exemple la section 1 de la loi de 1967 sur l'usage du gallois, où l'on peut lire: "dans toute procédure judiciaire engagée au Pays de Galles ou dans le Monmouthshire, le gallois peut être parlé par les parties, les témoins ou les tiers qui le souhaitent...".

<sup>349</sup> Voir par exemple K. Oellers-Frahm, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Italien*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), note 25, p. 192 ss.

particulièrement manifeste dans le cas du Tyrol du Sud - il est extrêmement difficile de déterminer si le modèle italien de protection de droits des minorités est fondé sur une conception individuelle ou collective des droits. Néanmoins, il semble qu'on puisse affirmer, avec toute la prudence nécessaire, que même pour ce qui est de la législation relative au statut des groupes, l'exercice effectif des droits qui leur sont accordés dépend de la volonté des individus concernés de se déclarer membres du groupe. Il apparaîtrait donc que le modèle italien allie - en une combinaison tout à fait unique - des aspects de l'autonomie territoriale et personnelle, d'une part, et des aspects des droits individuels de personnes appartenant à une minorité (groupe) et des droits collectifs - ou en tous cas de type collectif - d'autre part.

La Constitution portugaise de 1976 contient (articles 12 à 79 de la Partie I) une déclaration de droits fondamentaux d'un degré de détail peu commun. A l'exception de quelques dispositions concernant par exemple le statut juridique des médias, des partis politiques et des syndicats, tous ces droits sont interprétés comme des droits individuels. Il semble toutefois qu'on peut difficilement voir dans les exceptions mentionnées l'expression des droits collectifs ; il faudrait au contraire interpréter ces droits soit comme des droits accordés aux personnes morales qui, conformément à l'article 12 (2), peuvent être titulaires de certains droits, ou comme des droits (individuels) "pouvant être exercés collectivement". Etant donné la composition homogène du peuple portugais, il n'existe pas de minorité (ethnique ou nationale) au Portugal.

La Constitution espagnole de 1978 contient au titre premier (articles 10 à 55) une déclaration des droits fondamentaux complète et détaillée. Ces droits sont définis comme des droits individuels, mais il faut souligner que dans certains cas (partis politiques, syndicats, etc.), l'"exercice collectif" des droits individuels par l'intermédiaire de ces instances est reconnu. Le retour de la démocratie dans les années 70 s'est également accompagné de la reconnaissance (articles 2 et 3 de la Constitution) du droit à l'autonomie des *nacionalidades* et des régions comme composantes de l'Etat espagnol, mais aussi de langues autres que le castillan dans les *comunidades autonomas* où elles sont parlées. En fait, les "langues régionales" que sont le basque, le catalan et le galicien ont obtenu le statut de langue officielle dans les lois d'autonomie des différentes *comunidades*; cela suppose en particulier qu'elles peuvent être utilisées devant les tribunaux et les administrations de ces *comunidades* et, dans une certaine mesure, en matière éducative. Il n'est cependant pas certain que ces mesures législatives puissent être véritablement qualifiées de mesures de reconnaissance des droits des minorités, puisque les populations concernées constituent sur le plan numérique la majorité ou en tout cas une très large partie des habitants de ces *comunidades autonomas*. Il paraît donc plus approprié de considérer le modèle espagnol comme un processus quasiment unique de fédéralisation ou de régionalisation d'un Etat anciennement centralisé, qui se traduit aussi par un statut d'égalité pour les "langues régionales"<sup>350</sup>.

**g) Pays de l'Europe du Sud-Est: Albanie, Bulgarie, Grèce, Macédoine, Roumanie, Turquie et Yougoslavie**

Dans l'attente de la promulgation d'une nouvelle constitution, la protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Albanie est fondée sur la Charte des droits fondamentaux et des libertés de 1993, qui ajoutait un important chapitre à la loi de 1991 sur les principales dispositions constitutionnelles, laquelle faisait office de constitution provisoire. Les droits fondamentaux qui y sont définis sont interprétés en règle générale comme des droits individuels. Cette remarque

<sup>350</sup> Pour plus de détails, voir par exemple S. Oeter, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Spanien*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), note 25, p. 369 ss.

s'applique aussi à l'article 26 de la loi de 1993, qui garantit des droits spécifiques aux "individus appartenant à des minorités"<sup>351</sup>. Il semble donc qu'on puisse affirmer que l'Albanie adhère à la thèse selon laquelle c'est l'individu qui est le (seul) titulaire des droits fondamentaux.

La Constitution bulgare de 1991 comporte une liste assez détaillée de droits fondamentaux, qui sont interprétés comme des droits de l'individu. Cette appréciation vaut aussi pour les dispositions définissant les droits spécifiques des personnes appartenant à des groupes qui, selon la terminologie internationale, forment des minorités nationales ou ethniques<sup>352</sup>. On peut par conséquent affirmer sans trop de crainte de se tromper que la loi bulgare ne reconnaît pas de droits de groupe.

La Constitution grecque de 1975 comporte (article 4 à 25) une déclaration détaillée de droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels. Il n'y est pas question de minorités nationales ou ethniques. A ce jour, la seule "minorité" dont l'existence est reconnue dans l'ordre juridique grec se compose des personnes qui continuent d'être désignées par l'expression "habitants musulmans de Thrace occidentale" (ethniquement turcs et "Pomaks"), dont la protection juridique est fondée sur les dispositions pertinentes du Traité de Lausanne de 1923<sup>353</sup>. Il semble donc qu'on puisse affirmer que la loi grecque ne reconnaît pas de droits collectifs.

La Constitution de 1991 de la Macédoine contient une déclaration détaillée de droits fondamentaux qui - en règle générale - sont interprétés comme des droits dont sont titulaires les individus. Cette observation vaut aussi pour l'article 48, qui reconnaît les droits des membres des "nationalités" (*nacionalnosti*) non macédoniennes d'exprimer, de promouvoir ainsi que de développer librement leur identité nationale, et, à cette fin, de fonder des associations et des institutions, ainsi que de recevoir un enseignement dans leurs langues maternelles<sup>354</sup>. La législation macédonienne reconnaît donc sans conteste des droits individuels mais pas des droits de groupe.

La Constitution roumaine de 1991 comporte une liste très détaillée de droits fondamentaux, qui sont tous interprétés comme des droits individuels. Cette remarque vaut aussi pour les dispositions contenues dans les articles 6, 32(3), 59(2), et 127(2), qui garantissent tous des droits spécifiques pour "les citoyens appartenant aux minorités nationales"<sup>355</sup>; le refus très net des Roumains et de la Roumanie d'accorder des droits "collectifs" ou des droits de groupe à la minorité hongroise de Transylvanie explique pourquoi la Constitution a été rejetée par les membres hongrois du Parlement et pourquoi la négociation du traité de bon voisinage entre la Hongrie et la Roumanie a été si laborieuse, puisque ce document n'a été signé que très récemment et sans que soit acceptée la reconnaissance du principe de droits de groupe, que réclamait la partie hongroise.

---

<sup>351</sup> Voir F. Hoffmeister, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Albanien*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 55 (1995), p. 798 ss.; et L. Loucaides/J. Makarczyk, *Report on Human Rights in the Republic of Albania*, *Human Rights Law Journal* 15 (1994), p. 242 ss.

<sup>352</sup> Il est à signaler qu'officiellement la Bulgarie, très influencée jusqu'à présent par le modèle français, ne reconnaît pas l'existence de "minorités nationales ou ethniques", préférant généralement faire référence à des personnes de descendance non bulgare ou ne parlant pas le bulgare; voir M. Hoskova, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Bulgarien*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), *Das Minderheitenrecht europäischer Staaten*, Teil 2, Berlin, 1994, p. 1 ss.

<sup>353</sup> Voir A. Filos, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Griechenland*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), *ibid.*, p. 61 ss.

<sup>354</sup> Voir Sir J. Freeland/G. Jörundsson, *Report on developing legislation, human rights and the rule of law in the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, *Human Rights Law Journal* 16 (1995), p. 365 ss.; et J. Marko, note 34, p. 291 ss.

<sup>355</sup> En français dans le texte. Voir F. Böhmer, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in Rumänien*, dans J.A. Frowein/R. Hofmann/ S. Oeter (éd.), note 57, p. 216 ss.

La Constitution turque de 1982 garantit un grand nombre de droits fondamentaux en tant que droits individuels. En ce qui concerne la situation des "minorités ethniques ou nationales"<sup>356</sup>, il faut souligner que la conception turque de l'Etat, analogue à la conception française, n'admet pas l'existence de minorités non religieuses, ne reconnaissant juridiquement que les droits des citoyens turcs appartenant à des minorités non musulmanes, tels qu'ils sont définis dans le Traité de Lausanne de 1923. La Constitution de 1982 ne fait donc pas mention de "minorités". Il faut en outre signaler que, selon la position officielle de la Turquie, toutes les dispositions relatives aux minorités contenues dans ce traité - à savoir celles qui font référence à des citoyens turcs ne parlant pas la langue turque - ne s'appliquent pas aux "minorités" musulmanes (les Kurdes en particulier).

L'ordre constitutionnel de la République fédérale de Yougoslavie se compose de la Constitution fédérale de 1992, de la Constitution de la Serbie de 1990 et de la Constitution du Monténégro de 1992. Ces trois textes contiennent des déclarations très détaillées de droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels. En ce qui concerne le statut juridique des minorités nationales<sup>357</sup>, il faut noter que les trois textes garantissent, en des termes et à des degrés divers cependant, des droits spécifiques aux membres de ces minorités mais non aux minorités en tant que groupes.

#### **h) Etats d'Europe de l'Est: Bélarus, Moldova, Russie et Ukraine**

La Constitution du Bélarus de 1994 contient (Partie II) une déclaration détaillée des droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels. Cette remarque vaut aussi en particulier pour l'article 50 (3) qui garantit à chacun le droit d'utiliser sa langue maternelle<sup>358</sup>. Il est intéressant de noter que, contrairement à la loi de 1992 sur les minorités nationales dans la République du Bélarus, la Constitution ne fait pas mention de minorités nationales mais fait référence à des communautés nationales. Il faut en outre signaler que toute la législation - loi sur les minorités nationales de 1992 déjà mentionnée en particulier - accorde des droits aux personnes appartenant à ces minorités mais non aux minorités elles-mêmes en tant que groupes.

La Constitution de la Moldova de 1994 renferme un catalogue exhaustif de droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels. L'article 10 (2) garantit à tous les citoyens le droit de sauvegarder, développer et manifester leur identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse<sup>359</sup>. Il semble donc qu'on puisse dire qu'en Moldova la législation considère avant tout les droits fondamentaux comme des droits individuels et qu'elle ne reconnaît pas - en tout cas jusqu'à présent - de droits de groupe<sup>360</sup>.

---

<sup>356</sup> Voir C. Rumpf, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in der Türkei*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), note 25, p. 448 ss.

<sup>357</sup> Pour plus de détails, voir J. Marko, note 34, p. 205 ss qui met cependant l'accent sur les aspects collectifs de la plupart de ces droits individuels, p. 220 ss.

<sup>358</sup> Voir C. Schmidt, *Der Minderheitenschutz in der Rußländischen Föderation, Ukraine und Republik Weißrußland*, Berlin, 1994, p. 142 ss.

<sup>359</sup> Voir K. Jungwiert/M. Nowicki, *Report on the Legislation of the Republic of Moldova*, *Human Rights Law Journal* 15 (1994), p. 383 ss.

<sup>360</sup> Il faut cependant préciser que je n'ai pas eu accès à des documents récents concernant la situation juridique de la région plurinationale de Gagaouzie ou de la Transnistrie; il semble qu'on ait envisagé très sérieusement - pendant un temps en tout cas - d'instaurer une sorte d'autonomie, en particulier pour la région de Gagaouzie, selon des modèles impliquant la reconnaissance d'une forme de droits de groupe.

La Constitution de la Fédération de Russie de 1993 contient (chapitre II) un catalogue exhaustif de droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels<sup>361</sup>. Cette observation vaut aussi pour l'article 26, qui garantit à chacun le droit d'utiliser sa langue nationale<sup>362</sup>. Il faut signaler que, contrairement au projet initial (article 70), la Constitution ne prévoit pas de droit à l'autonomie culturelle et fait simplement obligation à l'Etat (article 68 (3)) de respecter le droit de tous les peuples de préserver leur langue maternelle et créer les conditions nécessaires à l'enseignement des différentes langues. Il est difficile de considérer que cette clause peut être interprétée comme une disposition reconnaissant un droit collectif ; il semble plutôt qu'il s'agisse simplement d'une obligation faite à l'Etat de promouvoir ces aspects des problèmes liés aux minorités.

La Constitution ukrainienne, adoptée très récemment, contient un catalogue très exhaustif (article 21 à 68 du chapitre II) de droits fondamentaux interprétés comme des droits individuels. Il faut noter, à propos des minorités nationales, que l'article 11 de la Constitution fait obligation à l'Etat de promouvoir le développement de l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse desdites minorités; en outre, l'article 53 (3) - le seul qui traite explicitement des "droits des minorités" - garantit aux citoyens appartenant à des minorités nationales, le droit de recevoir un enseignement dans leur langue maternelle conformément à la loi<sup>363</sup>.

### 3. Observations finales

En conclusion, on est donc fondé à affirmer que la grande majorité des ordres juridiques des Etats européens considère les droits fondamentaux comme des droits de type individuel. Seules la Hongrie et la Slovaquie et, dans une certaine mesure, la Finlande et la Norvège, tout en adhérant au principe mentionné en ce qui concerne les droits fondamentaux de type classique, ont reconnu le caractère mixte en quelque sorte des droits des minorités, qui combinent des aspects individuels et collectifs. En outre, les systèmes juridiques de certains pays tels que la Belgique, l'Italie et l'Espagne notamment, qui adhèrent à la thèse générale en ce qui concerne les droits fondamentaux au sens traditionnel (selon laquelle ces droits appartiennent aux individus) ont conçu pour "leurs" minorités nationales des solutions spécifiques, qui sont caractérisées par des doses variables d'autonomie territoriale et personnelle et par la reconnaissance de certains aspects des droits collectifs.

## III. Tendances récentes du droit international public

### 1. Le niveau universel

L'objet du présent document étant de définir un patrimoine juridique commun à l'ensemble de l'Europe, la prochaine section traite essentiellement de l'évolution du droit international public régional (européen). Il faut cependant signaler que la question des droits des groupes a acquis un formidable regain d'intérêt, notamment du point de vue de la théorie du droit international public<sup>364</sup>. Malgré l'apparition récente de nouveaux concepts (droits dits de la troisième

<sup>361</sup> Pour plus de détails, voir T. Schweisfurth, *Die Verfassung Rußlands vom 12. Dezember 1993. Entstehungsgeschichte und Grundzüge*, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 21 (1994), p. 473 ss.

<sup>362</sup> Voir R. Hofmann, note 16, p. 127 ss ; et C. Schmidt, note 63, p. 21 ss et Nachtrag.

<sup>363</sup> Les textes pertinents sont également fondés sur le principe de droits individuels et ne reconnaissent pas de droits collectifs; voir M. Hoskova, *Die rechtliche Stellung der Minderheiten in der Ukraine*, dans: J.A. Frowein/R. Hofmann/S. Oeter (éd.), note 57, p. 352 ss.

<sup>364</sup> Voir par exemple F. Capotorti, *Are Minorities Entitled to Collective International Rights*, dans Y. Dinstein (éd.), *The Protection of Minorities in International Law*.

génération ou droits des peuples autochtones par exemple) qui remettent en cause le bien-fondé de l'analyse selon laquelle la protection sur le plan international des droits (fondamentaux) de l'homme repose essentiellement sur l'idée que ces droits appartiennent à l'individu, il semble qu'on puisse quand même affirmer qu'à une seule exception près, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tel qu'il est défini aux articles premiers des deux pactes internationaux de 1966, il n'existe toujours pas de reconnaissance générale par les Etats de la notion de droits des groupes. Il est certes de plus en plus largement admis que certains des droits fondamentaux définis dans les instruments universels pertinents en matière de droits de l'homme mettent en jeu certains aspects liés à l'exercice collectif de ces droits ou à la possibilité de les exercer "en commun avec d'autres", mais cela ne signifie pas pour autant qu'ils appartiennent aux groupes et pas aux individus.

Enfin, en ce qui concerne le problème précis de droits des minorités, il faut souligner que l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 - qui demeure la principale garantie concernant ces droits à l'échelle universelle et le seul qui soit du véritable droit applicable - est clairement libellé de telle sorte qu'il peut être interprété comme étant relatif à des droits détenus par "... les personnes appartenant à ces minorités ...". Ainsi, bien qu'il soit de plus en plus communément admis, puisque les droits définis peuvent être exercés par ces personnes "en commun avec les autres membres de leur groupe", que cette disposition comporte un certain "élément collectif", les droits reconnus sont des droits individuels<sup>365</sup>. Le refus toujours très net de la plupart des Etats d'accepter les droits des minorités en tant que droits de groupes est apparu de façon plus évidente encore à l'occasion de l'élaboration de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1992.

L'interprétation - toujours très largement partagée - selon laquelle ces droits doivent s'entendre comme des droits individuels apparaît non seulement dans le titre même de la déclaration mais aussi dans le libellé de ses diverses dispositions qui, chaque fois qu'il est question de droits, fait systématiquement référence aux "personnes appartenant à des minorités" comme titulaires de ces droits<sup>366</sup>.

## 2. Le niveau européen

Il est incontestable qu'au niveau européen la CEDH demeure le principal instrument de protection des droits de l'homme. Une fois encore, il est possible que l'interprétation selon laquelle certains des droits garantis par la CEDH et les protocoles additionnels comportent des "éléments collectifs" dans la mesure où ils peuvent être exercés en commun avec d'autres, soit de plus en plus partagée, mais un fait incontournable demeure: tous ces droits sont définis comme des droits dont les titulaires sont les individus et pas les groupes.

Depuis 1990, des tentatives de plus en plus nombreuses sont faites en Europe en vue d'élaborer à l'échelle régionale des documents garantissant la protection des minorités, et notamment des

---

The Hague, 1992, p. 505 ss ; N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, Dordrecht, 1991 ; et B.G. Ramcharan, *Individual, collective and group rights ; History, theory, practice and contemporary evolution*, *International Journal on Group Rights* 1 (1993), p. 27 ss.

<sup>365</sup> Voir M. Nowak, *CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, 1993, p. 495 ss. (notes 31 ss. ad art. 27 CCPR).

<sup>366</sup> Voir par exemple R. Hofmann, note 16, p. 24 ss.



projets visant à ajouter un protocole spécial à la CEDH<sup>367</sup>. A ce jour, on peut dire que les résultats de tous ces efforts sont quelque peu décevants. En dépit de leur teneur très limitée, du nombre inhabituel d'échappatoires que contiennent leurs dispositions et de formulations offrant aux Etats le pouvoir d'appréciation le plus large en ce qui concerne l'application des dispositions pertinentes, ni la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires de 1992 ni la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales de 1995 ne sont entrées en vigueur. Du point de vue qui nous occupe, il faut souligner que ces deux textes ne reconnaissent aucune forme de droits de groupes; tout au contraire, l'article 3 (2) de la Convention-cadre dispose explicitement que "les personnes appartenant à des minorités nationales peuvent individuellement ainsi qu'en commun avec d'autres exercer les droits et libertés découlant des principes énoncés dans la présente Convention-cadre"; le refus d'accorder un caractère collectif aux droits "découlant des principes" de la Convention-cadre apparaît de façon particulièrement claire au paragraphe 13 du rapport explicatif<sup>368</sup>.

Enfin, il faut mentionner le nombre très élevé de traités bilatéraux relatifs à la protection des minorités nationales conclus ces dernières années entre les pays d'Europe centrale et orientale, qui définissent tous certains droits des personnes appartenant à ces minorités mais, en règle générale, ne reconnaissent pas la notion de droits collectifs.

### 3. Observations finales

En guise de conclusion, on est donc semble-t-il fondé à affirmer qu'en matière de droit international public au niveau tant universel que régional, les individus demeurent les titulaires des droits (de l'homme) fondamentaux protégés par les instruments internationaux pertinents. La même remarque s'applique aussi aux divers instruments traitant de la protection des minorités. Ces documents portent eux aussi sur les droits dont sont titulaires les individus appartenant à ces minorités, même s'il est reconnu que ces droits peuvent être exercés individuellement et/ou en commun avec d'autres membres des groupes considérés.

## IV. Conclusion

Au vu de l'analyse ci-dessus, la réponse à la question qui m'était posée paraît tout à fait limpide: le titulaire des droits fondamentaux est l'individu et non le groupe. Cette conclusion vaut non seulement pour les droits civils et politiques de type classique, mais aussi pour des formules plus récentes telles que "droits des minorités". A quelques exceptions près, ces droits ne sont pas accordés en tant que droits collectifs, à la minorité elle-même, mais en tant que droits individuels - à ses membres. On peut en déduire que le titulaire individuel des droits fondamentaux peut être considéré comme étant lui-même une composante du patrimoine constitutionnel de l'Europe.

Au-delà de cette conclusion fondée sur la *lex lata*, il paraît utile de remettre en cause, *de lege ferenda*, son bien-fondé en ce qui concerne les "droits des minorités" pour favoriser le développement de ce nouveau domaine de la législation sur les droits de l'homme. Il existe somme toute une différence essentielle entre les droits (de l'homme) fondamentaux de type classique et les droits des minorités: alors que l'individu est titulaire des premiers et a besoin de la protection qu'ils garantissent du simple fait qu'il est un être humain, l'individu est titulaire des seconds et a besoin de la protection qu'ils assurent parce qu'il appartient à un groupe d'individus

<sup>367</sup> Pour une analyse de cette question, voir R. Hofmann, *ibid.*, p. 38 ss.

<sup>368</sup> Voir R. Hofmann, *ibid.*, p. 200 ss.

auquel il faut une protection particulière pour préserver et développer son identité distincte. De ce fait, tous les droits spécifiques dont sont titulaires les individus appartenant à une minorité nationale ont nécessairement un caractère "de type collectif".

On peut donc dire qu'il est urgent de dépasser l'ancienne opposition<sup>369</sup>. La question de savoir si les "droits des minorités" sont (seulement) des droits individuels ou (seulement) des droits de groupes est trompeuse et constitue une "fausse querelle"<sup>370</sup> car on pourrait affirmer que les "droits des minorités" sont dans une certaine mesure une catégorie en soi fondée sur des droits individuels auxquels il faut adjoindre des droits de type collectif.

Si, par ailleurs, on est dans le vrai quand on affirme que, si les Etats en général refusent d'admettre cette nature duale des droits des minorités ou en tout cas se montrent réticents, c'est parce qu'ils craignent que cette reconnaissance renforce inévitablement les revendications politiques en faveur d'une plus grande autonomie, susceptible d'entraîner des mouvements séparatistes, il paraît nécessaire de rappeler que les Etats qui ont choisi d'accorder sous diverses formes une autonomie territoriale ou personnelle, ou une combinaison de l'une et de l'autre, en satisfaisant ainsi les souhaits de "leurs" minorités nationales, ont apparemment gagné en stabilité. On peut donc supposer que la reconnaissance des droits des minorités en tant que droits tant individuels que collectifs, loin de mettre en péril leur existence, est dans l'intérêt même des Etats. Il ne s'agit pas de choisir l'autonomie *ou* l'intégration mais bien de réaliser autonomie *et* intégration.

c. De la fonction des droits fondamentaux par M. Gregorio PECES-BARBA

Professeur, Université Carlos III de Madrid

## I. INTRODUCTION

Les analyses du Droit dans la culture juridique moderne ont été fondamentalement construites d'un point de vue structurel. Kelsen est l'exemple le plus clair de cette position. Mais cette thèse ne peut pas être établie pour les recherches sur les droits de l'homme. Peut-être à cause de l'origine pactiste des doctrines des droits de l'homme, surtout dans l'école du Droit naturel rationaliste, les approches les plus fréquentes ont-elles étudié les droits de l'homme dans leurs buts, donc dans leurs fonctions, si, au moins *prima facie*, on identifie fins et fonctions. Dans le cadre de ce séminaire, qui prétend s'approcher de l'idée d'un patrimoine constitutionnel européen, cette perspective est aussi plus adéquate.

Il faut éviter tous les problèmes théoriques que pose le concept de fonction utilisé en mathématiques, en logique ou en linguistique et dans d'autres sciences et se borner au sens utilisé dans les études juridiques de théorie et de sociologie du Droit. Les fonctions peuvent être définies comme l'ensemble des tâches que les droits fondamentaux accomplissent dans la société, et aussi à l'intérieur du système juridique. Si l'analyse structurelle nous permet de savoir ce que sont et comment sont les droits, l'analyse fonctionnelle nous permet de savoir à quoi ils servent<sup>371</sup>. Les éclaircissements que l'on pourrait dégager de ce point de vue pourraient être des

<sup>369</sup> Voir par exemple J. Marko, *Autonomie und Integration*, Vienne, 1995, p. 195 ss; F. Rousso-Lenoir, *Minorités et droits de l'homme: l'Europe et son double*, Bruxelles, 1994, p. 71 ss.

<sup>370</sup> F. Rousso-Lenoir, *ibid.*, p. 75.

<sup>371</sup> Voir la voix "fonctions du Droit" dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, publié sous la direction d'André-Jean Arnaud, et rédigée par Vincenzo Ferrari, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence et Story-Scientia, Paris, Bruxelles, 1988, pp. 161 à 163. Voir aussi Norberto Bobbio, *Della Struttura alla funzione Edizioni di Comunità*, Milan, 1977.

instruments utiles pour comprendre, le cas échéant, la signification commune des droits fondamentaux énoncés et protégés par les différents Etats européens.

Les fonctions des droits fondamentaux sont extérieures au système juridique ou intérieures à celui-ci. Cela suppose que nous pouvons les étudier du point de vue extérieur ou intérieur, en relation avec la société humaine ou avec les autres secteurs du Droit qui forment l'ordre juridique. Dans le premier cas, nous réfléchissons à l'action des droits fondamentaux comme partie du Droit, dans l'organisation de la vie sociale et dans la place que la personne occupe dans la société. Dans le deuxième, nous les considérons comme un sous-système à l'intérieur du système juridique, et nous étudions à quoi ils servent et quelle est leur tâche à l'intérieur de l'ensemble de règles et d'institutions qui forment le Droit, *in casu*, des pays de l'Europe.

Il faut dire, pour finir cette introduction générale, que dans ces approches on se situe dans la moralité publique, appelée traditionnellement justice, après Aristote qui raisonne sur l'ensemble des fins et des objectifs que le Droit doit accomplir pour rapprocher une société de l'idée de justice. Pour réaliser ces objectifs, il faut tenir compte de toute la tradition morale, juridique et politique qui constitue le patrimoine de la culture européenne moderne, à partir de la Renaissance, avec les grandes valeurs de liberté, d'égalité, de solidarité ou de fraternité, et de sécurité, construites sur l'idée initiale de la dignité humaine dans une société où l'homme est le centre du monde - anthropocentrisme - et dans laquelle il est centré sur le monde - sécularisation. Sans aucun doute, les idées qui suivent ne s'expliquent pas dans le contexte d'une culture politique et juridique différente, mais dans une culture organisée dans un Etat libéral, social et démocratique de Droit. Elles ne sont pas originales mais elles essaient d'interpréter et de prolonger une semence produite par la contribution d'une immense pluralité d'apports de la raison humaine dans l'histoire.

## II. LA FONCTION DES DROITS DANS LA SOCIÉTÉ

La fonction principale des droits fondamentaux dans la société moderne est d'orienter l'organisation de la société, et principalement du Droit, comme système d'organisation sociale, conformément à la dignité de la personne, pour qu'elle puisse réaliser les contenus qu'identifie cette dignité. A partir du monde classique, mais surtout après la Renaissance dans les études de Pic de la Mirandole, Angelo Poliziano, Pietro Pomponazzi, Luis Vives, Giordano Bruno et d'autres qui les suivirent, les éléments de cette dignité sont la capacité d'élection, de raisonner et de construire des concepts généraux, de communiquer et de décider sur ses fins dernières, sur sa moralité et sur son idée de salut. Les droits fondamentaux contribuent donc à ce que chaque personne puisse réaliser pleinement ces signes de sa condition humaine.

L'importance de cette fonction réside dans son idoneité pour identifier le concept de "droits de l'homme", et pour suivre toutes les dimensions de son contenu. La moralité publique que nous appelons "droits de l'homme" agit dans la perspective éthique comme une prétention morale et, si elle s'incorpore au Droit positif, comme un droit fondamental. On peut donc parler de la fonction des droits de l'homme comme moralité, et de leur fonction comme droits. Dans le premier cas, ils ont une tâche critique du Droit positif qui ne les reconnaît pas, et ils essaient de se positiviser, donc de se transformer en Droit positif des droits fondamentaux. Dans le deuxième cas, ils sont une règle juridique.

Dans la tradition libérale, on a plutôt identifié les droits d'un point de vue structurel et non fonctionnel, ce qui n'a pas permis d'incorporer au concept de droits fondamentaux les droits économiques, sociaux et culturels. En effet, on a considéré la forme des droits individuels, civils

et politiques<sup>372</sup> comme le critère pour identifier les droits comme tels. Les points de repère ont été fondamentalement au nombre de deux: l'idée d'universalité, dès le point de départ, des titulaires des droits et la relation d'égalité comme identité des conditions. En effet, pour les droits individuels, civils et politiques, les différences de race, de religion, d'idéologie, de sexe, et de condition sociale, ne permettent pas de justifier un traitement inégal. En ce sens, tous sont titulaires *ab initio* des droits. Il s'agit de l'idée d'universalité et du principe de non-discrimination. Les droits économiques, sociaux et culturels, comme le droit à l'éducation, à la protection de la santé, au logement ou à la sécurité sociale, à l'origine, ont été conçus pour satisfaire des nécessités fondamentales des personnes qui ne pouvaient pas les résoudre par elles-mêmes. Les différences sont donc nécessaires pour établir ces droits. La condition de leur existence est précisément une situation de nécessité, qui n'est pas généralisable ni égale chez tous les citoyens. Les critères d'universalité *ab initio* et d'égalité comme identité des conditions sont dans ce cas impossibles, et se substituent par la recherche de l'égalité à partir de la différence, et par l'universalité comme but et non comme point de départ. Le grand débat sur l'Etat social, à cause du refus des secteurs conservateurs du libéralisme (qui défendent l'Etat réduit) à l'égard de l'appui des pouvoirs publics au pourvoi du nécessaire, passe obligatoirement par la mise en question des droits économiques, sociaux et culturels et par le refus de la fonction promotionnelle du Droit.

Si, en revanche, le critère pour établir le concept et le contenu des droits de l'homme est celui que nous signalons dans la réflexion sur leur fonction dans la société, les droits économiques, sociaux et culturels sont des droits fondamentaux au plein sens du terme, car ils prétendent établir des conditions minimales d'homogénéité, pour mettre toutes les personnes dans une condition suffisante pour jouir des autres droits. Nous ne devons pas oublier les enseignements d'un aperçu historique. La lutte pour les droits politiques et pour les droits économiques, sociaux et culturels était menée par les mêmes secteurs sociaux et intellectuels, et leurs adversaires défendaient l'exclusivité des droits individuels et civils. Une explication des causes de l'apparition des fascismes dans les années vingt et trente, avec des défenseurs prestigieux de cette explication comme Hermann Heller, Harold Laski ou Fernando de los Ríos, en Espagne, les présente en partie comme une défense de la bourgeoisie face à cette poussée d'homogénéité sociale des intellectuels et des partis ouvriers. En tout cas, dans certains pays au moins, les points de vue libéraux ont été abandonnés par un secteur de leurs défenseurs habituels, à cause de cette poussée des droits économiques, sociaux et culturels.

Défendre que la fonction des droits de l'homme est d'établir une organisation sociale qui puisse aider toutes les personnes à atteindre le plus haut niveau possible d'humanisation à chaque moment historique ouvre le concept des droits fondamentaux et permet une vision large du patrimoine européen. Chaque groupe de droits envisage cette tâche en fonction de ses possibilités. Le point de départ des droits économiques, sociaux et culturels est l'inégale distribution de la richesse et de la propriété qui empêche un grand nombre de personnes de satisfaire par elles-mêmes leurs nécessités, et cette situation peut les empêcher aussi d'atteindre le niveau minimum d'humanité, pour jouir des autres droits. La liberté et l'égalité seraient

---

<sup>372</sup> Les droits individuels et civils sont la première génération historique, issue des révolutions libérales, anglaise, américaine et française. Dans cette génération, on a reconnu le principe de la souveraineté de la nation, du peuple, dirais-je, mais non les droits politiques. La lutte pour le suffrage universel et pour la reconnaissance du droit d'association, condition pour que les salariés s'incorporent à la participation politique, a occupé en grande partie le XIXe siècle, et la plupart du temps contre les secteurs libéraux partisans des droits individuels et civils, qui s'opposaient à la généralisation des droits politiques. L'idée même de Constant des droits des anciens et des droits des modernes, est un signe de cette grande bataille historique. Finalement, l'effort intellectuel des secteurs libéraux progressistes et socialistes, et la lutte des travailleurs, ont obtenu par degrés cette généralisation des droits politiques. Le fait qu'aujourd'hui, à la fin du XXe siècle, on considère au même niveau les droits individuels, civils et politiques, ne permet pas de les classer dans la même génération. Comme il s'agit d'un critère de classification historique, il est évident que, de ce point de vue, ils appartiennent à deux générations différentes.

purement formelles, si un grand nombre de personnes ne pouvaient pas décider librement et ne pouvaient pas choisir leur moralité privée. D'après cette fonction, les droits ne servent pas seulement à se protéger des maléfices du pouvoir, mais aussi à en obtenir des bénéfiques.

Il faut également signaler que cette fonction suppose une idée des droits fondamentaux capable d'influencer l'organisation de la vie sociale dans le sens indiqué, ce qui montre l'actualité de l'analyse d'auteurs de l'école rationaliste protestante, comme Pufendorf, qui mettaient en relief l'idée d'efficacité, c'est-à-dire la nécessité de dépasser l'approche moraliste pour arriver à l'approche juridique. La moralité des droits marque le but, signale la direction, sert comme guide de ce que l'on doit faire, mais seule leur consécration en droit positif permet d'atteindre effectivement les objectifs de modification de la réalité. Pour cette fonction, il est donc insuffisant de parler de droits moraux, (*moral rights*), et il faut parler de droits juridiques (*legal rights*), quoique cette perspective soit linguistiquement compliquée dans des langues comme le français, l'espagnol ou l'italien, puisqu'on emploie le même mot pour désigner les aspects subjectif et objectif du Droit.

Ce problème que nous ne faisons qu'énoncer évoque une question aujourd'hui centrale, et qui est celle des biens économiques insuffisants, c'est-à-dire de la limitation des moyens pour venir à terme des tâches qui dérivent de l'exercice de certains droits, surtout dans le groupe des droits économiques, sociaux et culturels. En ce sens, sont spécialement indiquées les réflexions de David Hume dans la section sur la Justice de son Enquête sur la Morale. Le point de vue fonctionnel montre comment il ne suffit pas d'avoir une prétention morale justifiée, ni qu'elle soit susceptible de s'incorporer du point de vue théorique à un droit subjectif, à une liberté, à un pouvoir juridique ou à une immunité, qui sont les formes que les droits de l'homme peuvent adopter dans le Droit positif, mais qu'il est également nécessaire que l'efficacité sociale soit possible.

Quand la jurisprudence ou la doctrine s'approchent de cette idée de contenu essentiel des droits, présente dans les systèmes constitutionnels allemand et espagnol, et essaie d'en établir le sens, elles l'identifient avec leur structure, avec l'idée de nature juridique, mais aussi avec la fonction, dans la société, de référence aux intérêts juridiquement protégés (qui, dans notre cas, sont le développement de la condition humaine elle-même).

### III. LA FONCTION DES DROITS DANS LE SYSTEME JURIDIQUE

Les droits fondamentaux remplissent deux fonctions à l'intérieur du système juridique: d'une part, du point de vue objectif, ils sont un sous-système, et forment avec les valeurs et les principes la règle fondamentale matérielle pour identifier les autres règles de l'ordre juridique. Dans cette première fonction, les principes d'organisation et d'interprétation et les droits fondamentaux ont la même fonction. D'autre part, du point de vue subjectif, les droits fondamentaux traduisent, dans des règles de Droit, des prétentions morales justifiées des individus et des groupes sous la forme de droits subjectifs, de libertés, de pouvoirs juridiques et d'immunités. L'arrêt de la Cour Constitutionnelle espagnole 11/1981 du 8 avril, à son considérant cinq, exprime cette idée, en parlant du double caractère des droits fondamentaux: "En premier lieu [...] ce sont des droits subjectifs, des droits des individus. En même temps, ce sont des éléments essentiels de l'ordre juridique objectif de la communauté nationale, quand celle-ci se configure comme le cadre d'une forme de vie en commun humaine, juste et pacifique...".

En un certain sens, ces deux fonctions correspondent, du point de vue de la théorie de la justice, avec toutes les nuances qu'il faut faire dans ces cas, et dans la perspective de la culture juridique européenne de la fin du XXe siècle, à celles qui sont représentées par le Droit naturel classique, et par le Droit naturel moderne rationaliste et protestant. Si on se place du point de vue de l'histoire des droits de l'homme, leur fonction première est la fonction subjective, comme droits naturels. Avec l'apparition et le développement du mouvement constitutionnel, s'ajoutera une fonction objective des droits de l'homme comme constitution matérielle, produite par le législateur extraordinaire *ratione materiae* dans la terminologie de Carl Schmitt. Dans cette perspective, la dimension objective des droits de l'homme comme sous-système à l'intérieur du système juridique, dépasse la dichotomie "règle/système", ajoutant comme tiers genre ce sous-système qui les rapproche de l'idée d'institution de Santi Romano, d'Hauriou, de Delos et d'autres. Les deux dimensions sont nécessaires et s'appuient mutuellement. Il s'agit d'un phénomène d'interpénétration dans la terminologie de Renard.

#### A. Fonction objective: les droits fondamentaux comme Constitution matérielle

Sous cette perspective, les droits font partie de la règle fondamentale de tout système juridique pour identifier les règles qui appartiennent à l'ordre juridique. Dans l'approche structurelle du positivisme classique, chez Kelsen, par exemple, la validité de ces règles s'identifiait seulement par des critères formels. Il s'agissait de la réponse à deux questions: "qui commande?" (organe compétent de production des règles), "comment commande-t-on?" (procédure établie pour la production de chaque type de règles, constitution, loi, règlement, sentence judiciaire, etc). Avec le constitutionnalisme et le processus de positivation, les droits de l'homme permettent de répondre à la question "qu'est-ce qu'on commande?", en signalant les contours nécessaires des règles, les limites des règles hiérarchiquement inférieures pour qu'elles puissent être considérées comme valides et appartenant au système. A côté de la règle formelle, organe compétent et procédure préétablie, ils constituent avec les principes, les valeurs supérieures de l'article 1.1 de la Constitution espagnole de 1978, la règle matérielle fondamentale du système qui permet d'établir le contenu possible et les limites de toutes les autres règles. Ils représentent la décision constitutionnelle de base qui permet de produire, d'appliquer et d'interpréter les règles, selon ce système axiologique qui établit des orientations et qui sert de guide pour le législateur, l'exécutif et le juge.

Dans la tradition constitutionnelle européenne, cette fonction apparaît d'une façon plus explicite dans la Constitution même, c'est le cas de l'article 1.1 de la Constitution espagnole, ou elle sera construite par la jurisprudence des Cours constitutionnelles (dans le cas allemand, par exemple). Une future Constitution européenne devrait en tout cas incorporer une Déclaration des droits qui, avec les principes et les valeurs supérieures du système juridique, devrait remplir cette fonction.

Les conséquences de ces affirmations sont les suivantes:

1. La compétence pour interpréter et développer ces droits et ces principes, appartient au législateur, dans le cadre de la Constitution, avec la garantie des Cours constitutionnelles. Etant donné qu'il s'agit, la plupart du temps, de modèles ouverts, abstraits et formés par des concepts juridiques indéterminés, la détermination exige des règles complémentaires qui les prolongent. Comme la compétence de production des normes appartient au souverain, et très souvent au pouvoir constituant, les décisions centrales d'interprétation appartiennent au législatif. Il faut souligner fortement le rôle du critère d'interprétation et d'application de ces droits et principes, car nous vivons, dans la culture juridique, une époque de "judicialisme". Dans cette dimension

objective, les droits agissent comme guide et limite pour le pouvoir juridique du Parlement, dans cette zone de clarté réservée à la relation Constitution-législation. Etablir une relation directe entre la Constitution et le juge, même s'il s'agit du juge constitutionnel, comme le fait, par exemple, Ronald Dworkin, sans cette précision sur la compétence du Parlement, offre aux juges des avantages qui ne sont pas propres à notre culture juridique.

2. La prééminence des juges se manifeste dans les cas de pénombre et d'obscurité, devant les lacunes, en cas de défaut de règles, d'antinomie ou de contradiction entre deux règles, ou quand le législateur dépasse les limites de libre décision que suppose toujours la zone de libre action du Parlement. Ici nous ne sommes plus devant une option à caractère politique entre plusieurs solutions possibles dans le cadre de la Constitution, mais devant un raisonnement juridique qui, en dernier lieu, appartient à la Cour constitutionnelle. Dans cette opération, la Cour doit marquer clairement les limites de son action, et ne pas s'introduire dans l'espace d'interprétation politique qui appartient au législatif.

3. Dans leur dimension plus générale de pouvoir de critères interprétatifs, les droits fondamentaux sont utilisés par tous les opérateurs juridiques qui appliquent le Droit. Ils sont le guide de toute création normative et sa limite.

Finalement, il faut signaler que la tradition européenne de la modernité suppose la tolérance, le pluralisme et la neutralité de l'Etat, et donc que cette moralité objective ne présente pas de contenus normatifs obligatoires qui supposent une intention de remplacer l'initiative personnelle pour atteindre la libre élection de la moralité individuelle. Aucune conception du bien et du salut, d'une église ou d'une école philosophique, ne peut prétendre, dans notre contexte culturel, à des avantages pour se constituer en noyau de la raison publique. La moralité publique ne peut pas prétendre envahir la moralité privée d'un individu, ce qui est une pratique des Etats totalitaires (tout le salut dépend de l'Etat), mais la moralité privée d'une église ou d'une conception scientifique ou philosophique ne peut pas, non plus, devenir le noyau de la moralité publique, ni traiter tous les citoyens comme des croyants. Dans l'équilibre entre la moralité publique, incorporée au Droit, comme principes et droits, et la moralité privée qui suppose une conception du bien et du salut, réside la différence entre les sociétés démocratiques et les sociétés fermées totalitaires ou confessionnelles. Seulement quand la moralité publique, sous la forme de règles juridiques, établit une obligation générale, qui pourrait affecter la moralité privée, la conscience de l'individu, on autorise dans les sociétés démocratiques avancées l'objection de conscience, qui est un droit fondamental lié à la liberté idéologique ou de conscience. C'est une limite à l'obéissance au Droit, établie par une règle de droit, qui protège la conscience mais qui n'est pas une conséquence de la décision de la conscience, mais du législateur constituant, ordinaire, ou de la Cour constitutionnelle. Laisser la décision à la conscience pourrait supposer un retour à l'état de nature où se produirait ce que Montesquieu dénonce, personne ne serait libre si la décision sur l'obéissance était laissée à la libre option du sujet.

B. La fonction subjective: les droits fondamentaux comme droits subjectifs, comme pouvoirs juridiques et comme immunités

C'est par cette fonction que l'on reconnaît les droits de l'homme, qui historiquement furent conçus comme des droits naturels, et plus tard comme des prétentions morales juridiquement reconnues. Normalement, cette fonction s'exerce à partir de trois dimensions qui constituent leur fonction de protection de la personne, de participation, et de promotion. Exceptionnellement, dans des cas extrêmes, quand une règle de Droit empêche la libre élection de la moralité privée,

on trouve une quatrième fonction des droits de l'homme comme dissension face au "consensus" majoritaire, pour garantir la conscience individuelle face à l'accomplissement d'obligations imposées par la majorité. Les trois premières dimensions de cette fonction subjective vont dans le sens du consensus majoritaire pour rendre possible l'autonomie et l'indépendance morales, tandis que la quatrième s'affronte à ce consensus, avec la même finalité.

Les grandes valeurs et les principes qui, comme racine morale, sont derrière la fonction subjective, sont la liberté, l'égalité, la fraternité ou la solidarité et la sûreté. L'un des grands débats actuels et, certes aussi, futurs, est probablement celui de l'intégrité de ce dépôt de moralité et du développement unitaire et conjoint de toutes ces dimensions. La défense en Europe de ce point de vue, d'où je me place, suppose la revendication de l'Etat social. Les arguments pour exclure la fonction de promotion est la dernière étape de la lutte pour un Etat réduit, qui ne s'occuperait pas des besoins individuels et de leur satisfaction. Si l'on considère la fonction des droits de l'homme dans l'ensemble de la société, ces fonctions subjectives sont nécessaires pour la mise en œuvre d'une forme d'organisation sociale, qui rende possible le libre développement de la condition humaine. La fonction de protection établit des espaces libres où les titulaires des droits peuvent agir librement, et sans interférences, pour exercer la liberté d'élection. La fonction de participation naît des instruments, comme le suffrage universel, qui rendent possible l'intervention individuelle dans la formation de la volonté publique et dans le fonctionnement des services publics. Elle représente le status activae civitatis dans la célèbre formule de Jellinek, et signifie que le pouvoir politique, dans une démocratie, n'est pas étranger ni extérieur - hétéronomie - aux citoyens, mais qu'il se compose fondamentalement de leur volonté - autonomie. Ainsi, le pouvoir politique qui accepte cette moralité des droits de l'homme, qui accepte de la convertir en moralité politique et, avec la participation des citoyens dans les organes de production juridique, en moralité juridique - droits fondamentaux - n'est pas un pouvoir séparé mais un pouvoir soumis aux règles morales, politiques et juridiques nées avec l'intervention directe ou indirecte des citoyens qui utilisent les droits qui intègrent cette fonction.

La fonction de promotion provient de certaines situations de la personne qui empêchent le développement de sa condition, et qui ne peuvent pas se résoudre par le seul effort de celle-ci. Cette incapacité exige l'appui des pouvoirs publics, pour suppléer et substituer l'action des intéressés. Les valeurs d'égalité et de solidarité sont le fondement de cette position, qui possède une longue tradition en Europe, selon laquelle non seulement les conditions d'abstention et de participation, mais aussi les conditions de promotion font partie du bien commun de la société politique. Ces problèmes des besoins dont la satisfaction est nécessaire pour atteindre la condition humaine, ne sont pas des problèmes privés, à résoudre par chacun, mais relèvent de la fonction subjective des droits fondamentaux, créant des prétentions juridiques avec des obligations corrélatives des pouvoirs publics ou des particuliers, dans le cadre des possibilités économiques et des moyens dont on peut disposer. Finalement, la fonction de dissension protège ceux qui divergent des critères de la majorité, quand les règles juridiques qui en dérivent attentent gravement à leur conscience individuelle, et mettent en danger leur moralité privée. Dans l'histoire des droits de l'homme, cette situation est la dernière étape d'institutionnalisation de la résistance face au pouvoir, initiée par la mise en œuvre de certains droits individuels comme la liberté de pensée, d'expression et de conscience.

Avec la fonction de protection, les droits essaient d'empêcher les conduites qui envahissent et qui ne sont pas désirées; avec les fonctions de participation et de promotion, les droits s'intéressent aux comportements socialement désirables, en les rendant nécessaires, réalisables et avantageux. La fonction de dissension ne s'intéresse pas aux conduites désirables, ni aux non désirées, mais seulement à celles qui, étant appuyées par la majorité, peuvent affecter les options



individuelles empêchant le développement de la condition humaine. Si nous considérons ces fonctions du point de vue des idéologies, la première (fonction de protection) a un fondement libéral; la deuxième (fonction de participation), démocratique; la troisième (fonction de promotion), socialiste et, la dernière (fonction de dissension), à nouveau libéral. La nuance qui distingue le fondement libéral de la fonction de protection de celle de dissension, est que, dans la première, on protège la non interférence pour tous, à partir du consensus sur l'autonomie individuelle, sans tenir compte des conduites qui se séparent, tandis que dans la fonction de dissension on défend la non interférence pour une minorité, car on considère seulement les conduites qui se séparent du consensus, quand elles le font avec des raisons morales importantes, considérées suffisantes par le Droit.

Si nous analysons cette fonction subjective dans son ensemble, en relation avec le pouvoir, nous pouvons dire que les droits servent à limiter le pouvoir, à éviter ses maléfices, en deuxième lieu à contribuer à sa formulation, et finalement à obtenir l'appui et les bénéfices de ses prestations et de ses services. Si nous les considérons en relation avec la société civile, ils servent à défendre ses membres du pouvoir, d'eux-mêmes, pour être efficaces et dépasser l'état de nature, pour communiquer et établir des liens entre la société civile et le pouvoir, face aux attitudes d'un pouvoir séparé de la société (étatisme totalitaire de la vie) ou d'une société civile qui ne considère pas le pouvoir (privatisation anarchiste de la vie). En ce sens, ils représentent l'un des signes d'identité d'une société démocratique, face aux positions totalitaires et anarchistes.

### C. Les titulaires et les formes d'organisation des droits dans la fonction subjective

Pour compléter l'analyse de la fonction subjective des droits, il faut s'occuper des destinataires de ces droits, des titulaires qui peuvent les exercer, ainsi que de la forme sous laquelle ils peuvent les exercer, comme droits subjectifs, comme libertés, comme pouvoirs juridiques et comme immunités.

#### a. Les titulaires des droits

Dans une première approche, nous pouvons parler des droits de l'homme abstrait et des droits de l'homme concret. Les premiers sont les droits classiques, tels qu'ils apparaissent dans l'histoire comme droits de l'homme et du citoyen, c'étaient les droits de *l'homo iuridicus*. Ils constituaient la seule catégorie des droits jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle et surtout au XX<sup>e</sup> siècle, quand on a commencé à considérer les droits de l'homme concret, de l'homme situé. Ceux-là comprennent les droits de certains groupes de personnes identifiés par des conditions physiques, culturelles et sociales. Dans ce deuxième groupe, on peut considérer les droits des prisonniers, des parents, des enfants, des personnes âgées, des handicapés, des consommateurs, des usagers des services publics, etc. Ces droits sont attribués à des groupes de personnes qui se trouvent pour différentes raisons en situation d'infériorité par rapport au destinataire générique "homme ou citoyen", et ont besoin d'une protection spéciale pour atteindre le niveau général. Les raisons de cette différence peuvent être culturelles (la femme), d'âge (comme les enfants et les vieillards), de condition physique (comme les handicapés) ou de situation dans la société (comme les consommateurs, les usagers d'un service public, ou les condamnés). Dans ces cas-là, un traitement spécial est justifié, qui spécifie les différences et organise un règlement *ad hoc* pour ces cas.

Sous une autre perspective, on peut distinguer les droits des groupes et des collectivités, les droits individuels qui peuvent être aussi des droits des groupes et des collectivités, et les droits des individus, qui ne peuvent pas s'étendre aux groupes et aux collectivités.

Parmi les premiers on peut signaler la liberté religieuse et de culte reconnue aux Eglises, le droit des syndicats de former des confédérations, de fonder les organisations syndicales internationales ou de s'y affilier. Avec ce groupe, nous envisageons les dimensions corporatives, qui sont essentielles, si l'on comprend que dans une société démocratique moderne est insoutenable l'idée d'une relation sans intermédiaires entre l'individu et l'Etat, soutenue par un individualisme extrême (sur ce point, voir J.-J. Rousseau). La personne se réalise aussi dans les groupes, et c'est précisément l'importance de ceux-ci dans la société démocratique qui indique la tâche centrale du pluralisme, qui se réfère toujours aux groupes et non aux personnes individuelles.

Si nous envisageons les droits individuels qui peuvent être attribués aux groupes, nous pouvons signaler le droit à l'honneur, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, la liberté de résidence, la liberté d'enseignement ou le droit à la juridiction entre autres.

Finalement, nous trouvons des droits qui ne peuvent être attribués qu'à des personnes individuelles, comme la liberté de conscience, le droit au suffrage dans les élections politiques, ou le droit à l'assistance d'un avocat, dans les procès criminels.

Dans cette réflexion, il faut signaler que les analogies entre les droits de la personne située et les privilèges du Moyen-Age sont seulement apparentes. Tandis que les privilèges médiévaux avaient pour fonction de préserver et de maintenir les inégalités existantes, et de protéger certains collectifs, favorisés par un traitement inégal, la fonction des droits de la personne située est, au contraire, d'atteindre une égalité qui n'existe pas au moment où les droits sont attribués à leurs titulaires. Il s'agit de deux philosophies absolument opposées. Nous pouvons attribuer à ces droits de la personne concrète les catégories de généralité et d'abstraction propres aux droits modernes, car toutes les personnes qui se trouvent dans cette situation sont titulaires du droit correspondant. Quant à l'universalité que l'on prêche comme caractéristique des droits classiques, on peut aussi la défendre pour ces droits de la personne concrète et située. Dans ce cas, elle apparaît comme une universalité pour le futur, comme une vérité prématurée et, en ce sens, on parle d'une universalité comme but, située dans le point d'arrivée. Nous sommes devant la différence entre l'universalité comme donnée préalable et l'universalité comme objectif.

#### b. Les formes d'organisation des droits dans la fonction subjective

Nous avons signalé à plusieurs reprises dans cette communication que les droits se présentent comme des droits subjectifs, des libertés, des pouvoirs juridiques et des immunités.

Un droit fondamental est un droit subjectif quand, face au titulaire du droit - sujet actif - apparaît un sujet identifié, avec une obligation juridique conséquence de ce droit - sujet passif. On dit que A est titulaire d'un droit subjectif quand il peut exiger X de B, ou quand B a une obligation X devant A. Les droits situés dans la fonction de promotion sont toujours des droits subjectifs. Il en va de même du droit à l'assistance d'un avocat. Dans tous ces cas, le droit a pour corrélatif un devoir ou une obligation.

Un droit fondamental est une liberté si son titulaire A est libre face à B de faire ou de ne pas faire X. Cela revient à dire que B n'a pas un droit subjectif à ce que A fasse ou ne fasse pas X. Une liberté a toujours comme corrélatif un non droit de l'autre partenaire de la relation; nous n'avons pas le droit à ce que l'autre s'oblige à ne pas interférer avec notre noyau de liberté, mais personne n'a le droit d'interférer avec celui-ci. Dans ce cas, le partenaire n'est pas concret et identifiable, mais générique - les libertés se situent dans la fonction de protection. Les libertés

sont donc des droits fondamentaux *erga omnes* et ceux qui n'en sont pas les titulaires ou, mieux, ceux qui n'ont pas besoin de les mettre en action, n'ont pas le droit d'empêcher leur mise en œuvre.

Un droit fondamental est un pouvoir juridique quand son titulaire A peut obliger, et produire des effets juridiques face à B, au moyen de l'acte X. Cela se produit si B est assujéti face à A, c'est-à-dire si la situation juridique de B est affectée par l'acte X de A. En ce cas, le corrélatif est une "non-immunité" ou un lien juridique. Les exemples les plus typiques d'un droit fondamental comme pouvoir juridique sont le droit à la juridiction ou le droit à la participation politique car, dans ces cas-là, les corrélatifs du pouvoir juridique, les juges, ou les autres parties dans un procès, ou les pouvoirs publics, dans le cas du droit à la participation, ne peuvent pas empêcher les effets de cet exercice.

Un droit fondamental est une immunité quand son titulaire est exempt, c'est-à-dire libre, face aux effets de l'acte X de B, c'est-à-dire quand celui-ci est incompétent pour modifier au moyen de cet acte la situation juridique du titulaire. Les droits situés dans la fonction de dissension, l'objection de conscience se réalisent comme des immunités. Le corrélatif de l'immunité est l'incompétence, c'est-à-dire l'absence de pouvoir juridique pour exiger une conduite ou une abstention.

#### IV. CONCLUSION

Le point de vue des fonctions, qui nous permet de savoir à quoi servent les droits fondamentaux, dans les perspectives que nous venons d'analyser, aide à mesurer l'homogénéité de l'acquis européen, en matière constitutionnelle, dans cette dimension dogmatique, constituée par le contenu matériel des Constitutions. Il s'agit d'un schéma qui peut être utilisé pour l'étude comparée des Constitutions et pour dégager les éléments communs qui peuvent s'y trouver. En aucun cas le patrimoine constitutionnel européen ne peut se limiter à ce niveau de comparaison, et les éléments communs doivent servir au grand effort éthique, politique et juridique de construire une partie dogmatique (principes, valeurs et droits fondamentaux) d'une future Constitution européenne. Tant qu'elle n'aura pas atteint ce but, l'union européenne sera toujours limitée et incomplète.

Séance de clôture

#### **Le patrimoine constitutionnel européen**

Rapport de synthèse

par M. Jean-Claude SCHOLSEM

Le patrimoine constitutionnel européen par M. Jean-Claude SCHOLSEM

Professeur, Faculté de droit, Université de Liège, membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

#### CONCLUSIONS

1. C'est - j'en suis pleinement conscient - un grand honneur pour moi d'être appelé à tirer de ce colloque, de cette journée et demie de travail intense, quelques germes de conclusions générales. Un honneur, mais aussi, de toute évidence, un péril extrême et une œuvre impossible, tant la richesse de nos travaux a été grande, tant le recul, indispensable, nous manque.

S'il est encore un peu tôt - selon Chou En Lai - pour juger les leçons de la révolution française, il est certes bien téméraire, voire intrépide de prétendre tirer, en quelque sorte sur le champ, les enseignements de notre réunion. Il faut du temps aux semences pour germer et porter tous leurs fruits.

2. Le patrimoine constitutionnel européen: tel a été le thème de nos recherches et de nos débats.

Faut-il écrire l'expression avec un point d'interrogation? Entre guillemets? Ou les deux? Je ne sais trop. Tout ce que nous savons, c'est qu'il s'agit d'un thème de recherche des plus stimulants. Nous sommes partis, selon l'excellente expression du Professeur D. Rousseau, à la recherche de critères de convergence constitutionnelle dans la construction européenne. Pourquoi laisser cette idée aux seules mains des économistes? Les juristes eux aussi peuvent faire preuve d'audace et d'imagination. Ici, indubitablement, ils en ont fait preuve.

Cette démarche suscite de multiples interrogations. En tout premier lieu: pourquoi cette notion de "patrimoine constitutionnel" attire-t-elle tant? Comme le note très bien le Professeur G. Soulier, elle fait merveilleusement image. Elle est immédiatement valorisée. Elle "fait droit", si l'on peut se permettre l'expression, sans être du droit. Elle évoque aussi une grande notion de base du droit privé, pour lequel tous les juristes et peut-être plus particulièrement les publicistes, gardent une certaine nostalgie. La notion de patrimoine, moins passéiste que celles d'héritage ou de traditions, apparaît enfin en harmonie avec les conceptions néolibérales et -c'est une simple hypothèse - s'inscrirait ainsi dans cette vague et vogue. Comme le soulignent, entre autres, le Président A. La Pergola et le Professeur D. Rousseau, il ne peut s'agir que d'un héritage choisi. L'aspect dynamique, opérationnel de la notion, son ouverture sur le futur ont été soulignés par tous les intervenants. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à l'article F § 2 du Traité sur l'Union Européenne et à l'article 1 du Statut du Conseil de l'Europe, le premier se référant notamment aux "traditions constitutionnelles communes aux Etats membres" et le second aux idéaux et principes "qui sont leur patrimoine commun".

3. Nous sommes donc partis à la recherche d'un héritage et d'héritiers. Ceci exige une exploration dans le temps. A cet égard, combien l'éloge, la défense et l'illustration du temps long par le Professeur G. Soulier paraît nécessaire. Indispensable même à l'heure où la tyrannie de l'instant et l'immédiateté fait planer, dans tous nos pays, une terrible menace sur une pensée vraiment libre, fondement même d'une société véritablement démocratique.

Comprendre l'Europe, comprendre les Europes exige que l'on remonte 15 siècles en amont, à la division entre Empires d'Occident et d'Orient. Cette grande fracture est là toujours latente, toujours avec nous. Le drame yougoslave, entre autres, devant lequel l'Europe s'est montrée si impuissante, l'illustre tristement.

Il est vrai que depuis la Chute du Mur, c'est une idée d'homogénéité qui s'impose, tous les orateurs l'ont noté. Comme le souligne Madame H. Suchocka, la répudiation du constitutionnalisme socialiste est brutale et totale. La volonté des pays délivrés de la sujétion communiste de s'amarrer fortement et de manière irréversible à l'Europe est sans ambiguïté. Cette volonté, nous la vivons de manière extrêmement intense à la Commission de Venise et c'est là, j'ose dire, collaborer à une tâche exaltante.

Mais cette fin du grand schisme dans la pensée politique et juridique européenne présente parfois des aspects bien paradoxaux, du moins dans les apparences. Le Professeur R. Hofmann le montre: c'est au moment même où la vision collectiviste s'effondre, partout en Europe, que renaît un nouveau problème à dimension collective - même s'il est essentiellement traité par le droit positif de manière individualiste - à savoir le problème des minorités. Cette question a fait l'objet d'études approfondies et de propositions concrètes de la part de la Commission de Venise. Et Madame H. Suchocka de s'interroger: la protection des minorités fait-elle déjà partie de notre patrimoine constitutionnel commun ou s'agit-il là d'un phénomène encore trop neuf, trop peu affermi, trop divers et fluide pour pouvoir en juger?

4. Reprenant la métaphore de G. Soulier, la patrimoine est dévolu aux héritiers en ligne directe, l'Europe occidentale, aux collatéraux, les pays d'Europe centrale et orientale qui plus que jamais revendiquent avec fermeté leur part d'héritage. Que penser de nos cousins d'Amérique? Les racines sont bien sûr les mêmes. L'inspiration d'origine remonte aux grandes révolutions de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle. Mais que de différences aussi qui font mieux ressortir le particularisme - dans le temps et dans l'espace - de l'héritage européen.

Différences sur le terrain des institutions: choix du régime présidentiel d'un côté, multiplicité de régimes parlementaires ou semi-présidentiels de l'autre. Conception moins ouverte aux Etats-Unis qu'en Europe des rapports entre droit interne et droit international, ce que le Président A. La Pergola a épinglé d'emblée comme particularisme européen. Différences aussi sur des problèmes de valeurs fondamentales. Peut-être, le point a été abondamment et vivement discuté, une conception différente des deux côtés de l'Atlantique au sujet des rapport entre ordres temporel et religieux, quoi qu'entre pays européens les sensibilités sur ce point soient loin d'être uniformes. Mais différence surtout, à notre avis, sur la conception proprement européenne d'une démocratie non seulement libérale, mais aussi sociale, en d'autres termes, la reconnaissance sur un pied d'égalité avec les droits dits "classiques", civils et politiques, des droits économiques, sociaux et culturels.

Ces points seront développés et amplifiés par d'autres rapporteurs. Ainsi, Madame H. Suchocka insistera sur le principe commun - au-delà des particularismes nationaux - de la séparation des ordres civil et religieux. Elle sera rejointe sur ce point par le Professeur G. Peces-Barba, distinguant moralité publique et moralité privée. Et ce dernier de souligner l'importance, dans la pensée européenne, des droits économiques, sociaux et culturels. Ces droits ne peuvent apparaître comme des droits de "seconde zone" au motif qu'ils seraient de la seconde génération. Leur universalité et la conception de l'égalité qui les sous-tend est donc dans l'objectif. Selon la belle formule de l'auteur, il s'agit d'"une vérité prématurée".

5. Mais, après avoir parlé des héritiers, proches ou lointains, et de la manière dont ils ont reçu et partagé l'héritage, le temps n'est-il pas venu d'en faire l'inventaire? L'inventaire, dira le Professeur D. Rousseau, de l'actif et du passif. N'oublions pas le passif, au risque de verser dans l'angélisme et l'auto-glorification. Il existe bel et bien en Europe un passif d'oppression, de dictature, de négation brutale des droits de l'homme. Tout un refoulé constitutionnel, donc, qu'il serait imprudent de situer trop vite, comme pour s'en débarrasser, dans le passé. Il y a aussi, dira le Professeur S. Pierré-Caps, des héritages oubliés, tel celui de l'Etat impérial et multinational, typiquement centre-européen et pour lequel, devant le double mouvement d'intégration européenne et d'affaiblissement des liens nationaux, se recrée un intérêt nouveau.

Le Professeur D. Rousseau sort du "bric-à-brac" constitutionnel deux grandes séries de principes: d'une part, les élections libres, honnêtes, disputées et véritablement pluralistes - selon

les vœux de l'article 3 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme - et, d'autre part, le respect des droits fondamentaux. Ces deux principes sont appelés à se renforcer l'un l'autre. Selon l'auteur, le principe électif aurait à long terme un effet de convergence sur les régimes politiques, qui se rapprocheraient en fait, malgré et au-delà de leurs divergences juridiques et même - à la limite - sur les structures de l'Etat. Ce principe tendrait donc, sinon à effacer, du moins à relativiser, les différences entre Etats unitaires, régionalisés et fédéraux. Thèse hardie certes, il s'agit là d'une piste de recherche qui mériterait d'être plus amplement explorée.

Quant au deuxième pilier, les droits fondamentaux, les convergences existent, là peut-être plus qu'ailleurs. Les Constitutions reprennent des listes de droits assez semblables, au-delà des variations et accents nationaux dans la formulation et l'interprétation. Et que dire de l'effet d'harmonisation exercé par la Convention européenne des Droits de l'Homme et de son influence sur la rédaction des nouvelles Constitutions des pays qui font retour à la démocratie?

6. Par ailleurs, la prééminence de la Constitution écrite, qui dans son volet de Constitution sociale consacre ces droits et libertés, est reconnue partout... enfin presque partout. Évidemment pas au Royaume-Uni. C'est ce qu'on pourrait appeler la théorie de l'exception. L'Europe est ainsi faite, semble-t-il, que, comme le dit l'adage, il n'est pas de règle sans exception. Le Professeur C. Kortmann, sur le terrain des institutions, illustrera maintes fois cette "règle de l'exception".

A cette question de la Constitution formelle est évidemment liée celle du contrôle de constitutionnalité. Là, les interventions et les discussions ont fait valoir des points de vues très divers. Le Président A. La Pergola, Madame H. Suchocka et, bien sûr, D. Rousseau, comptent le contrôle de constitutionnalité parmi les acquis communs. L'œil de l'historien, G. Soulier, est plus critique. La distance nous manque, le contrôle de constitutionnalité ne datant, pour l'essentiel, que de l'après-guerre. Son lien avec la démocratie n'est pas certain. Comment ne pas voir certains reculs - à tout le moins relatifs - des droits et libertés dans des pays qui disposent d'un développement des valeurs démocratiques à des époques et dans des pays sans contrôle de constitutionnalité, telle la France de la II<sup>e</sup> République? L'œil du comparatiste qu'est C. Kortmann porte aussi un regard sceptique sur le caractère commun du contrôle de constitutionnalité. Par la force des choses, ce dernier ne touche évidemment pas le Royaume-Uni. Il n'entame guère le bloc des pays nordiques, au sens large du terme: Suède, Finlande, Danemark, Pays-Bas, Luxembourg. Encore faut-il ajouter qu'en France et en Belgique, pour des raisons d'ailleurs toutes différentes, la justice constitutionnelle n'a vu le jour que pour des motifs qui n'ont pas grand chose à voir avec le souci de mieux protéger les droits de l'homme. En France, ce contrôle s'effectue exclusivement a priori et, en Belgique, il reste, en théorie à tout le moins partiel.

Ce débat nous pousse à poser deux questions. D'une part, ne s'impose-t-il pas de tenter de repérer dans le patrimoine commun des strates historiques différentes, l'apport des générations successives? D'autre part, ne conviendrait-il pas de distinguer dans le bloc "Europe" - si l'on peut parler de bloc pour un ensemble si divers - des sous-ensembles d'inspiration encore plus intime? Ainsi, le Professeur S. Pierré-Caps oppose-t-il, quant aux conceptions de l'Etat, la vision proprement occidentale à celle de la Mitteleuropa. Analysant les approches différentes du droit des minorités, le Professeur R. Hofmann nous offre aussi un certain découpage de l'Europe. D'autres questions pourraient exiger des rassemblements géographiques différents. C'est du moins là, à notre avis, une piste de réflexion qui mériterait d'être poursuivie.

7. Le contrôle de la loi par rapport à des normes plus élevées fait rebondir la question du droit naturel. Assistons-nous à une renaissance du droit naturel, se demande Madame H. Suchocka. La question ne peut être éludée, car quand le juge manipule des principes et idées très généraux, comme les concepts de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et censure la loi sur ce fondement, la frontière entre droit positif et droit naturel ne risque-t-elle pas de s'estomper?

Cela pose la problématique de la place du juge dans notre conception de la démocratie. Sur cette question fondamentale, nous avons connu une profonde mutation par rapport à l'héritage de la révolution française. Le juge national - et surtout le juge constitutionnel - semble devenir chaque jour plus audacieux. Et que dire du juge supra- ou international? Le Professeur J.C. Gautron nous fournit une illustration remarquable, démontant ce que l'on pourrait appeler la tactique de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de droits fondamentaux. Les traités européens ne contiennent que relativement peu de choses sur ce sujet. L'objet même des traités, le fait qu'ils ne soient que des traités, expliquent cette relative pauvreté, ainsi que le souci de laisser place à l'"autre Europe", celle du Conseil de l'Europe. La Cour de Justice ne pouvait subordonner le droit communautaire aux divers ordres constitutionnels, sans risquer de remettre en cause sa primauté et son homogénéité. Elle construit donc la protection des droits fondamentaux à partir de principes généraux. Ceux-ci sont parfois déduits de l'essence de l'ordre juridique communautaire. Dans d'autres cas, ils sont tirés des ordres juridiques internes, mais la chose est malaisée, tant le caractère commun de certaines règles est difficile à établir et tant le danger est grand d'en arriver, par cette démarche comparative, non à la protection la plus élevée, mais au plus petit commun dénominateur. Enfin, ces principes peuvent trouver leur inspiration dans la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Mais, la Cour de Luxembourg est soucieuse, là aussi, de maintenir son autonomie d'interprétation et ne se sert de l'"autre droit européen" que comme source d'inspiration.

8. Il y a là un exemple intéressant de la circulation des modèles juridiques en Europe, d'inspiration réciproque, d'osmose et d'hybridation, si caractéristique de la pensée européenne, une et diverse. Cette circulation se fait de diverses manières. Elle peut être directe et en quelque sorte horizontale. Ainsi, comme le rappelle D. Rousseau, le projet Badinter d'extension de la saisine du Conseil constitutionnel français s'appuyait-il sur l'expérience de "toutes les grandes démocraties où existent des juridictions constitutionnelles". La circulation peut être aussi indirecte et être répercutée par la jurisprudence supranationale. J.C. Gautron en donne l'exemple éclairant du principe de proportionnalité, qui se répercute en écho du droit national au droit communautaire avant d'être renvoyé vers d'autres droit "locaux". La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme nous fournirait bien d'autres exemples de ce dialogue, de cet enrichissement mutuel des ordres juridiques et des jurisprudences. A n'en pas douter, les droit étatiques européens sont devenus, sur ce terrain des droits de l'homme, les parties d'un plus vaste ensemble, autant de droits "locaux".

C'est donc en ce domaine que les rapprochements peuvent être les plus prometteurs et l'analyse comparative la plus riche. D'où l'intérêt de l'étude de G. Peces-Barba consacrée à la fonction des droits de l'homme, fonction dans la société et à l'intérieur du système juridique, fonction objective et subjective. L'articulation de ces fonctions - protection, participation, promotion et dissension - et l'agencement technique corrélatif des droits et libertés nous fournissent une grille de lecture des différents droits positifs: Convention européenne des Droits de l'Homme, droit communautaire et droits nationaux.

9. A la recherche d'un patrimoine commun, nous avons fait entendre des voix souvent convergentes, parfois divergentes. Dans ce colloque aussi, il fallait s'y attendre, nous avons vécu l'unité et la diversité. Puisque c'est de patrimoine qu'il s'agit, nous partons, me semble-t-il, plus riches et plus divers que nous ne sommes arrivés. Avec quelques certitudes en plus mais surtout - et c'est ce qui est essentiel - avec un grand nombre d'interrogations, de ces interrogations fécondes, celles qui relancent et stimulent le débat. Au centre de celles-ci, ce petit cap de l'Asie, comme l'a dit un enfant du pays. Quelle ville, par son passé, sa diversité, sa situation aux bord mêmes du berceau de l'Europe, était plus propre à les accueillir que Montpellier et sa prestigieuse université? La substance reste dense et les chemins à explorer nombreux. Que donc puisse se réaliser le vœu, exprimé d'entrée de jeu dès l'ouverture de ce colloque, qu'il soit certes le premier, mais non pas le dernier!

Liste des participants

**UNIVERSITY OF MONTPELLIER, LAW FACULTY / UNIVERSITE DE MONTPELLIER, FACULTE DE DROIT**

M. Olivier DUGRIP, Professeur, Doyen de la Faculté de droit  
M. Georges PEQUIGNOT, Doyen honoraire de la Faculté de droit  
M. Michel LEVINET, Maître de Conférences  
Me F. ROUX, Avocat à la Cour de Montpellier (Excusé)  
Me G. LANG-CHEYMOL, Avocat à la Court de Montpellier  
M. Thibaut GRAFFIN, Doctorant

Centre d'Etudes et de Recherches Comparatives Constitutionnelles et Politiques (C.E.R.CO.P.)

M. Dominique ROUSSEAU, Professeur, Université de Montpellier I, Directeur du C.E.R.CO.P (Rapporteur)  
M. Patrick AUGE, Professeur  
M. Nourredine BEL ABBAS, Professeur  
M. Philippe BLACHER, Doctorant  
M. Stéphane BOLLE, Doctorant  
M. Samuel DYENS, Doctorant  
Mme Marie-Laure GELY, Doctorant  
M. Justin KISSANGOULA, Doctorant  
Mme Virginie LARSONNIER, Doctorant  
Mme Carole MATHIEU, Doctorant  
M. Thomas MEINDL, Doctorant  
Mme Isabelle PESSEGUE, Doctorant  
M. Jérôme ROUX, Doctorant  
M. Eric SALES, Doctorant  
M. Alexandre VIALA, Doctorant

Pôle Universitaire Européen

M. Henri PUJOL, Président du Pôle Universitaire Européen de Montpellier  
M. Jean-Paul FERNANDEZ, Chargé de mission



\* \* \*

#### **ARGENTINA / ARGENTINE**

M. Hector MASNATTA, Ambassadeur, Directeur du Centre d'études constitutionnelles et politiques, Observateur à la Commission européenne pour la démocratie par le droit

#### **ARMENIA / ARMENIE**

M. Khatchig SOUKIASSIAN, Conseiller à la Cour constitutionnelle chargé des relations avec l'extérieur, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

#### **BELGIUM / BELGIQUE**

M. Jean-Claude SCHOLSEM, Faculté de droit, Université de Liège, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Rapporteur)

#### **BULGARIE**

Mme Ana MILENKOVA, Membre de l'Assemblée nationale, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusée)

M. Alexandre DJEROV, Avocat, Membre de l'Assemblée nationale, Membre suppléant de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Excusé)

#### **CROATIA / CROATIE**

Mr Jurica MALČIĆ, Judge, Constitutional Court (Apologised)

#### **FINLAND / FINLANDE**

Mr Matti NIEMIVUO, Director, Department of Legislation, Ministry of Justice, Substitute Member of the European Commission for Democracy through Law

#### **FRANCE**

Mme Noëlle LENOIR, Juge constitutionnel, Membre du Conseil constitutionnel, Paris

M. Gérard SOULIER, Professeur, Université de Picardie Jules Verne, Amiens (Rapporteur)

M. Stéphane PIERRÉ-CAPS, Professeur, Université de Nancy II, Faculté de droit de Sciences Economiques et de Gestion (Rapporteur) (Excusé)

M. Jean-Claude GAUTRON, Professeur, Université de Montesquieu, Bordeaux IV (Rapporteur)

M. Francis HAMON, Professeur, Faculté de droit, Paris

M. Jean ROSETTO, Professeur, Faculté de droit, Paris

M. Olivier PASSELECQ, Professeur, Paris

M. Michel CLAPIE, Professeur, Faculté de droit, Grenoble

M. Benoît MERCUZOT, Professeur, Faculté de droit, Amiens

Mme Marie-Claire PONTTHOREAU-LANDI, Professeur, Faculté de droit, Poitiers

Mme Marie-France VERDIER, Maître de Conférences, Faculté de droit, Bordeaux

Mme Marie-Laure TREGUIER, Maître de conférences, Laboratoire ERMES, Nice

Mme Dominique REMY-GRANGER, Chargée de Mission auprès du Président du Conseil constitutionnel, Paris (Excusée)

Mme Valentine BUCK, Doctorant, La Sorbonne, Paris

Mme Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Doctorant, Faculté de droit, Paris

M. Stéphane LAGET, Doctorant, Faculté de droit, Aix en Provence

M. Dominico MENNA, Doctorant, Faculté de droit, Amiens (Excusé)

Mme Frédérique RUEDA, Doctorant, Faculté de droit, Toulouse

#### **GERMANY / ALLEMAGNE**

Mr Rainer HOFMANN, Professor of public and international Law, University of Cologne  
(Rapporteur)

**GREECE / GRECE**

M. Antoine PANTELIS, Professeur, Université d'Athènes, Directeur du Service des Etudes,  
Chambre des Députés helléniques (Excusé)

**HUNGARY / HONGRIE**

M. András SZABÓ, Juge à la Cour constitutionnelle, Budapest

**ITALY / ITALIE**

M. Antonio La Pergola, Avocat Général à la Cour de Justice des Communautés européennes  
(Rapporteur)

M. Antonio BALDASSARRE, Professeur, Ancien Président de la Cour constitutionnelle, Rome  
(Rapporteur) (Excusé)

**LATVIA / LETTONIE**

Mr Aivars ENDZINS, Vice-President of the Legal Affairs Commission of the *Saeima*, Member  
of the European Commission for Democracy through Law

**LIECHTENSTEIN**

M. Gérard BATLINER, Président du Conseil Scientifique du Liechtenstein Institut, Membre de  
la Commission européenne pour la démocratie par le droit

**LITHUANIA / LITUANIE**

Mr Kestutis LAPINSKAS, Judge, Constitutional Court, Member of the European Commission  
for Democracy through Law

**THE NETHERLANDS / PAYS-BAS**

Mr Godert W. MAAS GEESTERANUS, Former Legal Advisor at the Ministry for Foreign  
Affairs, Member of the European Commission for Democracy through Law

Mr Constantin KORTMANN, Professor, University of Nimègue (Rapporteur)

**POLAND / POLOGNE**

Ms Hanna SUCHOCKA, Member of Parliament, Member of the European Commission for  
Democracy through Law (Rapporteur)

**ROMANIA / ROUMANIE**

M. Florin Bucur VASILESCU, Juge, Cour constitutionnelle de Roumanie (Excusé)

**RUSSIA / RUSSIE**

M. Vladimir TOUMANOV, Président de la Cour constitutionnelle

**SLOVENIA / SLOVENIE**

Mr Lovro ŠTURM, Judge, Constitutional Court (Apologised)

Mr Arne MAVČIČ, Constitutional Court (Apologised)

**SPAIN / ESPAGNE**

M. Gregorio PECES-BARBA, Professeur, Recteur de l'Université de Carlos III, Madrid  
(Rapporteur)

Mme Teresa FREIXES, Professeur, Faculté autonome, Barcelone  
M. Antonio MARZAL, Doyen, Faculté ESADE, Barcelone  
Mme Ana YETANO, Professeur, Faculté ESADE, Barcelone

**"THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA" / "L'EX-REPUBLIQUE  
YOUGOSLAVE DE MACEDOINE"**

Ms Zorica PULEJKOVA, Constitutional Court, SKOPJE

**UKRAINE**

Mr Serhiy HOLOVATY, Minister of Justice, KYIV

\* \* \*

**PARLIAMENTARY ASSEMBLY / ASSEMBLEE PARLEMENTAIRE**

Lord Kirkhill, Former Chairman of the Committee on Legal Affairs and Human Rights  
(Apologised)

\* \* \*

**SECRETARIAT OF THE EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY  
THROUGH LAW / SECRETARIAT DE LA COMMISSION EUROPEENNE POUR LA  
DEMOCRATIE PAR LE DROIT**

M. Gianni BUQUICCHIO  
M. Thomas MARKERT  
Mme Agnès READING

**INTERPRETERS / INTERPRETES**

Mme Denise BRASSEUR  
Ms Patricia WARD

**SECRETARIAT C.E.R.CO.P.**

Mme Habiba ABBASSI

Malgré les progrès de l'intégration européenne, chaque Etat européen fonctionne encore suivant ses propres règles constitutionnelles, et le traité de Rome n'a pas été transformé en constitution européenne. Suite à la disparition du rideau de fer, le moment semble opportun pour essayer d'identifier un noyau de principes communs formant le patrimoine constitutionnel européen.

Sur la base d'un examen des principaux domaines du droit constitutionnel, les participants au séminaire, organisé en coopération avec l'Université de Montpellier, ont examiné si, outre les élections libres et la protection des droits de l'homme, il existe des principes, tels que le contrôle de constitutionnalité des lois par un tribunal indépendant, qui peuvent être considérés faisant partie d'un tel patrimoine constitutionnel européen.

La Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) est un organisme consultatif en matière de droit constitutionnel, créé au sein du Conseil de l'Europe.

Elle est composée d'experts indépendants d'Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que d'Etats non membres. Près de cinquante Etats participent aux travaux de la Commission.

La Commission a lancé le programme UniDem (Université pour la démocratie) de séminaires et de conférences, dans le but de consolider la conscience démocratique des générations futures de juristes et de politologues.