

# LE DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN ET LE RÔLE DES COURS DE KARLSRUHE, DE LUXEMBOURG ET DE STRASBOURG

*Rainer ARNOLD*

## 1. La notion de droit constitutionnel européen

### a) Le droit constitutionnel: un transfert conceptuel et terminologique aux institutions supranationales

Après l'échec du projet d'une constitution pour l'Europe, le débat sur l'existence d'un droit constitutionnel européen s'est affaibli mais n'a pas disparu. En tant que problème dogmatique cette notion reste au centre de l'intérêt des professionnels du droit constitutionnel comparé. Il est évident que la tendance de convergence croissante du droit constitutionnel des États européens vers l'Europe ainsi que l'effet harmonisateur des documents supranationaux européens contribuent à l'émergence d'un droit commun de nature constitutionnelle en Europe. Il est donc tout à fait légitime de s'interroger sur la constitution d'un corps de droit constitutionnel européen propre.

Tout d'abord, la première question à se poser est de savoir si le terme de Constitution ou de Droit constitutionnel peut être transféré de sa place traditionnelle, l'Etat, aux organismes supranationaux, les organisations multinationales.

Plusieurs raisons légitiment un tel transfert: les organismes supranationaux se sont substitués en grande proportion aux États sur la base d'un transfert de souveraineté et plus précisément de compétences internes (dans la terminologie de la Loi fondamentale allemande: des droits souverains) dans beaucoup de domaines réglés auparavant par l'Etat lui-même.

On peut donc constater un transfert des fonctions de l'Etat aux organismes multinationaux qui se trouvent, en ce qui concerne l'exercice des compétences, dans la même situation que l'Etat, sauf la portée de la législation qui sera européenne et non nationale.

Le deuxième argument expliquant un tel transfert terminologique est le fait que les deux fonctions principales d'une Constitution étatique apparaissent au sein du droit supranational: la dimension institutionnelle d'une Constitution et les valeurs exprimées par elle, notamment au sujet des droits fondamentaux. Ces deux fonctions sont simples à retrouver dans le droit primaire de l'Union européenne ainsi que dans la Charte des droits fondamentaux, en vigueur depuis le 1er décembre 2009.

En ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme, il y a plusieurs arguments en faveur de son appartenance au domaine du droit constitutionnel. Le premier et le plus important est le fait que les constitutions nationales se trouvent fonctionnellement soumises à cette Convention („sous réserve“), malgré le système normatif autonome de chaque Etat. Ainsi, les solutions trouvées par le juge constitutionnel ne peuvent finalement pas diverger de celles qui résultent de la Convention. Cette dernière se révèle être une sorte de deuxième Constitution, qui s'ajoute à celle de l'Etat mais se place à un rang supérieur. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande l'a par ailleurs démontré avec clarté: malgré la règle de droit qui place la Convention au même niveau qu'une loi fédérale ordinaire, la Cour Constitutionnelle allemande l'a « constitutionnalisée » et s'adapte désormais aux perspectives que la Cour de Strasbourg exprime, même en cas de divergences conceptuelles significatives. L'assimilation de la Convention à une Constitution supplémentaire justifie donc le transfert du terme de droit constitutionnel à cette Convention qui reste cependant dans la forme un traité international.

### b) Les trois niveaux constitutionnels en Europe: des ordres autonomes mais interdépendantes

Une seconde question doit par la suite être posée: le droit de l'Union européenne constitue-t-il le bloc de droit constitutionnel européen, comme des auteurs allemands l'expriment souvent?

Il faut souligner que cette perspective est trop étroite. Il me semble justifié de parler plutôt des trois ordres constitutionnels en Europe: (1) l'ordre national (ordres nationaux des 27 Etats membres de

l'UE ou bien des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe), (2) l'ordre du droit de l'UE (dans les règles et principes fondamentaux qu'il exprime) et (3) la Convention européenne des droits de l'homme (qui est dans son aspect formel un traité international mais substantiellement un texte de droit constitutionnel).

Ces trois ordres sont autonomes mais interdépendants les uns des autres. On peut distinguer des impacts et influences verticales et horizontales. Cette interdépendance se révèle favorable à une convergence normative croissante. Les impacts verticaux sont les plus significatifs: le droit supranational de l'union européenne se caractérise par sa primauté à l'égard du droit des Etats membres, droit constitutionnel compris. Il est vrai que, une telle primauté absolue s'exprime dans le cadre de la Cour de justice de Luxembourg mais elle ne trouve pas le consentement d'une majorité des Cours constitutionnelles des Etats membres. Toutefois, la justice constitutionnelle cherche un chemin intermédiaire. Ainsi, même en considérant une telle relativisation de la perspective supranationale, on peut constater un impact significatif du droit supranational sur les constitutions nationales. En ce qui concerne le rapport entre droit constitutionnel national et droit supranational, il existe une influence importante qui s'exprime notamment par l'inspiration des institutions de l'UE, en particulier des juges supranationaux, par des concepts constitutionnels des Etats membres.

Il faut mentionner ici que la différence entre impact et influence réside, selon le concept de cette contribution, dans le fait que l'impact a un effet normatif donc obligatoire, tandis que l'influence est plutôt l'inspiration par un autre ordre, l'acceptation de celui-ci et la réception partielle ou totale de ce dernier.

Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, l'impact vertical se traduit par l'obligation des Etats signataires de respecter la Convention qui a un rang supérieur aux lois dans une multitude de pays (en France, en Roumanie...), un rang constitutionnel dans d'autres (Autriche, Suisse), ou comme en Allemagne, un rang équivalent à la loi fédérale.

Toutefois, en Allemagne, on observe une constitutionnalisation partielle de la Convention que j'aborderais en détail plus loin.

L'influence exercée par les Etats signataires sur la Convention n'est pas plus significative que dans le cas de l'influence des Etats membres sur l'UE. Toutefois, la perspective nationale est d'une certaine influence sur les modes d'argumentation juridique des juges de Strasbourg.

Les rapports horizontaux entre les Etats européens se caractérisent par une influence mutuelle s'effectuant sur la base d'un dialogue des juges par la coopération des législateurs s'inspirant les uns des autres. Il s'ajoute à cela une influence horizontale indirecte qui va se réaliser à travers le pouvoir supranational. Ainsi, certains concepts nationaux sont exportés de l'ordre juridique national au plan supranational, notamment par une réception de ces concepts de la part de la Cour de justice de Luxembourg qui les supranationalise et les exporte à l'ensemble des Etats membres. Un concept national comme par exemple le principe de proportionnalité, développé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande, s'est intégré dans les ordres juridiques des autres Etats membres par l'intermédiaire de la jurisprudence communautaire. On peut dire que ce processus d'influence horizontale s'effectue dans le cadre de l'impact vertical entre le pouvoir supranational et les ordres juridiques nationaux.

L'influence entre la Convention européenne des droits de l'homme et l'UE est de type horizontal puisque les deux ordres se trouvent au même niveau. Il serait plus correct de parler d'une influence mutuelle et non d'un impact normatif vu l'absence de rapport obligatoire entre elles. Cependant, l'influence horizontale se transformera au moment de l'adhésion de l'UE à la Convention (ce qui devrait arriver dans un futur proche au vu de l'avancée du projet). On parlera alors de rapport vertical dans le cadre duquel la jurisprudence de Luxembourg sera exposée à un contrôle de la part de la jurisprudence de Strasbourg dans les domaines des droits fondamentaux et humains.

Il est bien connu que la Cour de justice de Luxembourg s'est inspirée de la Convention lors de l'évolution des droits fondamentaux en principes généraux du droit communautaire non écrits. Cette dernière a exercé une grande influence également sur l'élaboration de la Charte de l'UE des droits fondamentaux, dans laquelle certaines parties correspondent aux articles de la Convention, notamment le chapitre 6 relatif aux garanties de la justice.

Cependant, il est aussi important de s'intéresser à l'influence opposée, celle de l'UE sur la Convention: la jurisprudence de Strasbourg reconnaît les hauts standards de la protection de l'individu par

des droits fondamentaux protégés par la Charte (ainsi que par les autres instruments de protection qui ont précédés la Charte: les principes généraux du droit qui avaient pour fonction de protéger les droits fondamentaux) et déclare suffisante la protection supranationale de manière semblable au concept de la décision „Solange II“ de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Vol. 73, 339). Ainsi, dans la décision Bosphorus de 2005 (décision du 30 juin 2005, requ. no. 45036/ 98), la Cour de Strasbourg a renoncé à appliquer les garanties de la Convention (sauf dans le cas d'une violation évidente des ces garanties) en attribuant cette fonction à la Cour de justice de Luxembourg. Il s'agit donc d'un acte juridique supranational comme p.ex. un règlement appliqué par les autorités nationales soumis au contrôle de Strasbourg à cause du fait qu'il constitue une action émanant d'une autorité nationale. La Cour de Strasbourg se déclare ainsi compétente en matière de protection de l'individu en se basant sur des droits fondamentaux supranationaux. Ce concept de Bosphorus est encore valable. Toutefois, lorsque l'UE rejoindra la Convention, cette doctrine devra être abandonnée pour rendre accessible aux individus un véritable examen par la Cour des droits de l'homme.

## **2. L'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale allemande: L'interaction avec les cours de Luxembourg et de Strasbourg comme source d'évolution d'un droit constitutionnel européen**

### a) La Cour Constitutionnelle fédérale allemande (CCF) comme garante de la Constitution nationale

Les Cours constitutionnelles nationales ont comme tâche primordiale la défense de la Constitution nationale. Cependant, ce rôle s'est relativisé avec le temps. La constitution d'aujourd'hui est un document ouvert, face au droit international et européen. Garantir la Constitution comprend ainsi la garantie de la dimension externe de la Constitution. D'un point de vu constitutionnel il faut concilier la garantie de la dimension interne (rôle traditionnel de la Cour) avec celle de la dimension externe (rôle moderne de la Cour). Ceci conduit à la reconnaissance d'un noyau dur de la Constitution qui forme une limite pour le pouvoir externe. La Cour constitutionnelle allemande a constaté l'existence d'un tel noyau, dans ses décisions relatives aux droits fondamentaux en 1974 et 1986 „Solange I“ (vol. 37,271) et „Solange II“ (vol. 73, 339), qui affirmaient que la protection des droits fondamentaux constituaient un élément *identifiant* de la Loi fondamentale allemande et devait donc être respecté par le droit communautaire. Dans l'affaire récente concernant la constitutionnalité du traité de Lisbonne (vol. 123, 267), la Cour a élaboré, avec encore plus de clarté, un noyau constitutionnel intouchable par le droit de l'Union européenne appelé *identité constitutionnelle*. La Cour utilise la fameuse *clause d'éternité* (*Ewigkeitsgarantie*) de l'article 79 al 3 LF pour définir cette identité. Cette clause interdit même au législateur réformant la Constitution (ce qui est possible avec le consentement de 2/3 des membres du Parlement fédéral ainsi que 2/3 tiers des membres du Conseil fédéral) de réformer certains éléments de la Constitution qui paraissent absolument indispensables tels que la dignité humaine ainsi que les structures de l'Etat comme établies par l'article 20 LF: la démocratie, la République, l'Etat fédéral, l'Etat de droit et l'Etat social).

Les rapports entre la Cour de Karlsruhe et la Cour de justice de l'Union européenne sont donc faits de compromis: La Cour constitutionnelle allemande accepte la primauté du droit supranational sur le droit national, droit constitutionnel compris, mais en formulant des réserves: certains éléments de la Constitution nationale sont indispensables et ne peuvent pas être éliminés ou relativisés dans leur essence par le droit supranational. Ce sont en particulier les droits fondamentaux (et on peut ajouter: les éléments de l'Etat de droit), l'identité constitutionnelle (décision sur le Traité de Lisbonne du 30 juin 2009) et le respect des compétences attribuées par les traités aux institutions supranationales. Ce dernier thème ne constitue pas une réserve dans un sens strict car qu'il s'agit d'une question de distribution des compétences entre les Etats membres et l'Union européenne, c'est à dire qu'il permet de savoir s'il existe une compétence attribuée aux institutions supranationales par les Etats membres ou non. Cette thématique

d'“ultra vires“ a été traitée pour la première fois par la Cour constitutionnelle dans l'affaire relative au traité de Maastricht (décision de 1993, vol.89, 155). En 2010 la Cour a précisé dans l'affaire Mangold (vol.126, 286) la définition d'un acte „ultra vires“ et n'a déclaré inconstitutionnel qu'un cas d'incompétence qualifiée, c'est-à-dire un cas d'incompétence d'agir qui modifierait essentiellement la distribution de compétences établie par les traités. La Cour a donc poussé très loin la limite d'incompétence. Du reste, la Cour accepte la primauté même sur le droit national constitutionnel.

Malgré cela, encore plus problématique est la position de la Cour d'assumer la compétence de décider par elle-même si un cas d'„ultra vires“ ou un cas de violation de l'identité constitutionnelle est intervenu. En vérité, c'est la Cour de Luxembourg qui doit en décider. La Cour allemande doit poser une question préliminaire en s'adressant à la Cour de l'union européenne. Il s'agit donc d'un rapport de coopération entre ces deux cours (expression utilisée dans la décision sur Maastricht).

De plus, la Cour de Karlsruhe a développé un principe d'interprétation de la Constitution allemande en faveur du droit de l'Union européenne (*Europarechtsfreundliche Auslegung*) afin d'éviter les conflits réels entre le droit supranational et le droit constitutionnel national.

Procéduralement, le rapport de coopération entre la Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour de Luxembourg est soumis au mécanisme de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, donc à l'obligation de la Cour constitutionnelle de poser des questions préliminaires à la Cour de justice. Pendant longtemps il n'a pas été clair si la Cour constitutionnelle devait être considérée comme un tribunal de dernière instance dans le sens de cet article, c'est pourquoi on a hésité à imposer à la Cour constitutionnelle une telle obligation. Mais la décision Mangold de juillet 2010 a clairement exprimé qu'une telle obligation existait également pour la Cour constitutionnelle. De plus, cette décision a affirmé que la Cour constitutionnelle nationale ne pourrait pas déclarer un acte supranational inapplicable dans le territoire allemand pour incompétence des institutions qui ont émis cet acte ou pour violation de l'identité constitutionnelle allemande. Il faudrait d'abord que la Cour s'adresse à la Cour de Luxembourg pour que cette dernière interprète cet acte supranational et contrôle sa validité face au droit supranational. Seulement après que la Cour de justice de l'UE ait exprimé son opinion, la Cour constitutionnelle nationale pourrait décider. Il faut noter dans ce contexte que la position de la Cour allemande s'attribuant la compétence de décision définitive est difficilement acceptable. C'est à la Cour de justice de l'UE que revient la compétence définitive d'interpréter un acte supranational et de décider de sa validité. (v. CCF Mangold, déc. du 6 juillet 2010, Rec. Vol. 126, 286 ainsi que R. Arnold, *Identité constitutionnelle*, Mélanges en honneur de Prof. Scheuing, à paraître).

#### b) La Cour constitutionnelle allemande et la Convention européenne des droits de l'homme

Le rapport entre Karlsruhe et Strasbourg est moins dramatique que la relation entre Karlsruhe et Luxembourg. La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a un rang de la loi fédérale ordinaire à cause de la théorie de transformation qui est à la base de l'article 59 alinéa 2 LF. Cela veut dire que le traité international est transformé en droit allemand par la loi d'approbation votée par le Parlement fédéral et le Conseil fédéral, ce qui lui donne un rang équivalent à cette loi.

Mais, de manière substantielle et fonctionnelle, la CEDH est de nature constitutionnelle comme il a déjà été expliqué. En conséquent, la Cour constitutionnelle „constitutionnalise“ la Convention. Ainsi, elle a interprété le principe de l'Etat de droit, exprimé de manière générale par l'article 20 ( et 28 al.1) LF, à la lumière des garanties de la Convention relatives à la justice, donc des articles 6 et 7. En particulier elle a transposé au niveau constitutionnel la présomption d'innocence ancré dans la Convention, principe jusque là peu connu par la loi fondamentale. De plus, dans la décision Görgülü de 2004 (vol.111, 317), la Cour allemande a créé un instrument pour protéger la CEDH en élargissant la portée du recours constitutionnel individuel (*Verfassungsbeschwerde*) aux cas où un tribunal allemand ne respecterait pas la jurisprudence de Strasbourg. Ceci signifierait une violation du principe de l'Etat de droit (qui inclut le respect du droit international, donc de la CEDH) et en l'espèce du droit fondamental allemand en question. Selon cette doctrine, le non-respect de la CEDH porte atteinte en même temps à un droit fondamental de la LF et à cette Convention des droits de l'homme.

Cette doctrine a été reprise et détaillée par une décision rendue il y a quelques semaines. Dans la question relative à la pratique de la détention de sécurité (garde à vue) il s'est montré une divergence de perspectives entre la Cour de Karlsruhe et de la Cour de Strasbourg. Tandis que la cour allemande a accepté la pratique allemande dans ce contexte, la Cour de Strasbourg a constaté une violation de la prohibition de la rétroactivité de la peine. La politique allemande s'est efforcée de s'adapter à la perspective de Strasbourg. Dans la décision mentionnée, la Cour constitutionnelle s'est conformée avec l'opinion de la Cour de Strasbourg et a déclaré, de manière générale, le devoir de tous les tribunaux ainsi que de la cour constitutionnelle allemande elle-même d'interpréter les droits fondamentaux de la constitution allemande en conformité avec l'interprétation des garanties de la CEDH comme elles s'expriment par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ce devoir de prendre en considération de manière adéquate la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme ne s'applique pas seulement à des cas particuliers mais aussi à l'ensemble de la jurisprudence de Strasbourg. Cela veut dire que l'impact de la CEDH sur l'interprétation des normes constitutionnelles nationales est général et n'est pas limité à la décision rendue par la Cour de Strasbourg dans ce même cas.

### **3. Le droit constitutionnel européen dans un sens étroit: les normes et principes qui sont conceptuellement les mêmes dans les trois niveaux constitutionnels en Europe**

Après avoir analysé l'existence, l'interdépendance et partiellement l'interactivité des trois niveaux constitutionnels en Europe: le niveau national, supranational (UE) et celui de la CEDH, il a été abordé l'exemple de la Cour constitutionnelle allemande par les mécanismes qui s'appliquent en sens vertical et horizontal dans ce processus de co- action: des impacts normatifs, des influences par interprétation adaptative, des transferts mutuels des concepts et la coopération formalisée des Cours (v. l'art 267 TFUE). Il est ressorti un processus de convergence auquel s'oppose toutefois la volonté de ces divers ordres de sauvegarder son propre noyau conceptuel, son identité.

Si l'on regarde maintenant, dans le contexte de ce processus de convergence limitée l'émergence des concepts et principes communs à tous ces trois ordres, on peut constater qu'il s'agit du droit constitutionnel européen dans un sens étroit. Comme exemple spécifique on peut citer le principe de proportionnalité développé par la jurisprudence constitutionnelle allemande et repris par la Cour de justice communautaire qui l'a „supranationalisé“. Une partie des Etats membres de l'UE l'ont par la suite importé tandis que d'autres Etats ont suivi l'exemple allemand directement ou ont inventé par eux-mêmes ce principe. Étant l'instrument le plus adéquat pour l'orientation d'aujourd'hui relative au rapport Etat – individu, il est caractérisé par la primauté de l'individu et sa liberté.

De plus, on peut se référer, dans le cadre du droit constitutionnel européen dans un sens strict, aux concepts fondamentaux d'aujourd'hui: la primauté et l'efficacité de la protection de l'individu grâce à sa dignité, son autonomie et sa liberté ( ce qui implique l'instrument de la proportionnalité), la supériorité du droit au pouvoir politique comme exprimé par la Constitution, les finalités suprêmes de l'Etat de promouvoir le bien-être de l'individu et de sauvegarder sa personnalité, finalité „anthropocentrique“ .qui fait partie du concept moderne de l'Etat de droit et on pourrait encore citer beaucoup de détails normatifs qui résultent de la primauté et de l'efficacité de la protection des individus. La position de l'individu envers le pouvoir public (de l'Etat ainsi que du pouvoir supranational) et l'Etat de droit, principe primordial d'orientation du pouvoir public d'aujourd'hui, sont les domaines principaux du droit constitutionnel européens où l'on trouve, au sein des trois ordres mentionnés, les concepts communs dans leur noyaux. Les Cours constitutionnelles nationales, la Cour de justice de l'UE et la Cour de Strasbourg ont en effet un rôle éminent dans ce processus d'eupéanisation du droit constitutionnel.

## **Dreptul constituțional european și rolul Curților din Karlsruhe, Luxembourg și Strasbourg**

### *Rezumat*

*Dreptul constituțional s-a dezvoltat în principal în relația cu statul-națiune, însă procesul de integrare europeană poate purta aceste cercetări dincolo de granițele statale. Principalul argument al acestui articol este acela că suntem, astăzi, martorii apariției unui drept constituțional european bazat pe trei piloni autonomi, dar cu toate acestea interdependenți: constituțiile naționale, ordinea supranațională din Uniunea Europeană, respectiv Convenția Europeană a Drepturilor Omului. Cu rol ilustrativ, este oferită o analiză a modului în care Curtea Constituțională germană interacționează cu Curtea Europeană de Justiție și cu Curtea Europeană a Drepturilor Omului, precum și a consecințelor acestor interacțiuni. Subliniind emergența unor concepte și principii comune celor trei ordini autonome, articolul sugerează că acest proces de europeanizare a dreptului constituțional generează un nou cadru teoretic, având la bază principii transnaționale precum locul central al individului, eficacitatea drepturilor fundamentale și limitarea puterii publice.*

## **The European constitutional law and the role of the Courts in Karlsruhe, Luxemburg, and Strasbourg**

### *Abstract*

*Constitutional law has developed mainly in relation to the nation-state, but the process of European integration can take such inquiries beyond state borders. The main argument of this article is that we are currently witnessing the emergence of a European constitutional law, based on three autonomous, but nevertheless interdependent pillars: the national constitutions, the supranational order of the European Union, and the European Convention on Human Rights. As an illustration, an assessment is provided of the way in which the German Constitutional Court interacts with the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, as well as of the consequences of such interactions. Pointing out the emergence of concepts and principles that are common to the three autonomous orders, the article suggests that the process of Europeanization of the constitutional law generates a new theoretical framework, relying on transnational principles such as the central position of the individual, the efficiency of fundamental rights, and the limitation of public power.*