

La valorisation formelle des droits fondamentaux : une tradition européenne commune ? (*)

par Elisabeth WILLEMART

Assistante à la Faculté de droit de l'U.C.L.

Les Etats membres de l'Union européenne se reconnaissent des traditions communes en matière de droits fondamentaux. L'article F du traité de Maastricht dispose en effet que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils résultent », entre autres, « des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ». L'affirmation est à la fois vague et audacieuse. Elle suppose à tout le moins que les quinze partagent une même conception générale des droits fondamentaux.

L'expression « droits fondamentaux » n'apparaît que dans la seconde moitié du XX^e siècle (1). Elle traduit une valorisation formelle des droits de l'homme dans le droit constitutionnel moderne. L'autorité symbolique dont bénéficient les droits de l'homme, grâce à leur consécration dans des textes caractérisés par la *solemnité*, se double peu à peu de réelles garanties d'effectivité. Les droits fondamentaux font, en effet, l'objet d'un processus de normativisation, qui s'observe à la fois en termes d'*applicabilité directe* vis-à-vis des particuliers et de *suprématie* à l'égard de l'ensemble des pouvoirs constitués.

Peut-on voir, dans cette valorisation formelle, une tradition dont tous les Etats membres de l'Union européenne puissent légitimement se revendi-

(*) Le présent article constitue le résumé d'un travail réalisé au séminaire de droit public, sous la direction des Professeurs Francis Delpérée et Marc Verdussen et de Monsieur Sébastien Depré. Ce travail a été récompensé par le prix Jacques Falys 1996.

(1) Ces termes apparaissent pour la première fois dans la Loi fondamentale allemande de 1949.

quer ? La question appelle un examen systématique des sources des droits fondamentaux dans les Etats considérés (2).

Les droits fondamentaux sont généralement définis par des *textes constitutionnels*. Le vaste mouvement de codification, qui a traversé le continent au cours des XIX^e et XX^e siècles, a conduit la plupart des Etats européens à insérer une énumération de « droits », « droits et libertés », « droits de l'homme », « droits et devoirs » ou « droits fondamentaux » dans la Constitution.

La France, la Grande-Bretagne et l'Autriche font encore référence à des *textes préconstitutionnels* non codifiés. Elles paraissent en retrait par rapport à l'œuvre de systématisation des autres Etats. En réalité, ce sont des pionnières. Elles ont respectivement conçu la solennité, l'applicabilité et la suprématie des droits fondamentaux, c'est-à-dire les trois qualités que le droit constitutionnel moderne tente de leur conférer cumulativement.

Tous les Etats membres de l'Union européenne sont, en outre, parties à des *textes internationaux* relatifs aux droits de l'homme. Les droits internes tendent à attribuer à certains d'entre eux une normativité comparable à celle des droits constitutionnellement définis.

Chapitre premier. — La définition solennelle des droits fondamentaux

La Révolution française a, pour la première fois en Europe, défini les droits de l'homme dans des sources dotées d'une solennité qui traduit leur importance politique et leur valeur symbolique. Ce mode de définition des droits a inspiré tous les textes ultérieurs.

§ 1^{er}. — LA RÉFÉRENCE À DES TEXTES PRÉCONSTITUTIONNELS

Les droits fondamentaux trouvent leur source en Grande-Bretagne, en France et en Autriche, dans des documents rédigés avant l'adoption de la Constitution. La Grande-Bretagne ne s'est tout simplement jamais dotée d'une Constitution. La France a coutume de proclamer les droits de l'homme dans des préambules. L'Autriche a choisi, lors de l'adoption de la Constitution actuellement en vigueur, de faire référence à d'anciens textes solennels.

(2) La recherche de traditions communes sera uniquement consacrée aux droits qui permettent à la personne de « mener une existence libre, une vie digne et une activité efficace », à l'exclusion des droits politiques, « qui lui permettent de revendiquer le titre de citoyen » (F. DELPÉRIÉ, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1995, p. 7).

1. LES DROITS CONCÉDÉS PAR LA COURONNE BRITANNIQUE. Qu'elle résulte de l'accession à l'indépendance, d'une révolution, d'un coup d'Etat, d'une défaite militaire ou de circonstances plus pacifiques, l'adoption d'une Constitution marque l'avènement d'une ère institutionnelle nouvelle. La Grande-Bretagne demeure le dernier Etat à ne pas s'en être doté (3). Si son histoire n'a pas été épargnée par les soubresauts, aucun n'a provoqué, comme sur le continent, de rupture suffisamment profonde que pour justifier la mise en place d'un ordre nouveau. L'histoire des institutions britanniques est celle de la lente montée en puissance du Parlement, face à une monarchie de plus en plus affaiblie. Initiée en 1215, l'opposition du Parlement et de la Couronne connaît son apogée au XVII^e siècle. Elle se solde par la rédaction d'actes solennels limitant successivement les prérogatives royales.

Les textes concédés par la Couronne sont souvent présentés comme les précurseurs de nos déclarations de droits. Que l'on pense à la Grande Charte de 1215, à la Pétition des droits de 1628, à l'Habeas corpus de 1679, à la Déclaration des droits de 1688, à l'Acte de succession de 1701 ou à des lois plus récentes, ils ont pourtant une tout autre signification que les premières déclarations continentales. En effet, « il n'est pas question d'établir les fondements du système politique, mais d'obtenir la garantie en droit positif de certaines libertés importantes contre les entreprises des pouvoirs institués » (4). Empreints de pragmatisme, ces actes aboutissent à la formulation de règles très ponctuelles, mettant l'accent sur la sûreté en matière pénale.

Les actes historiques sont aujourd'hui largement complétés par le droit de *common law*. Les juges ont consacré des garanties semblables aux droits insérés dans les Constitutions continentales.

2. LES PRÉAMBULES FRANÇAIS. La France a fait œuvre de pionnière. L'adoption, en 1791, de la première Constitution écrite et rationnelle est motivée par la volonté de faire table-rase du passé. La Constitution doit reconstruire l'ordre social et poser les fondements des institutions nouvelles. Elle est précédée de la « déclaration des droits de l'homme et du citoyen »

(3) En l'absence de document écrit unique, le terme « Constitution » désigne « le système gouvernemental dans son ensemble, la somme des règles qui l'établissent et sous lesquelles il fonctionne » (F. RIDLEY, « Les sources du droit constitutionnel britannique », in F. DELPÉRÉE, M. VERDUSSEN et K. BIVER, *Recueil des Constitutions européennes*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 300). Ces règles sont véhiculées par un grand nombre de lois parlementaires d'ancienneté variable (*statute law*), par des coutumes dégagées par la jurisprudence (*common law*), par l'interprétation que le juge donne des règles (*case law*) et par des usages et pratiques qui sont sources d'obligations politiques (*rules*).

(4) G. BACOT, « La déclaration de 1789 et la Constitution de 1958 », *Rev. dr. publ.*, 1989, p. 691.

de 1789, qui est à l'origine, en Europe, d'un nouveau mode de définition des droits fondamentaux. Il ne s'agit plus de garanties concrètes et ponctuelles. La déclaration proclame, en termes presque philosophiques, « ces vérités éternelles d'où doivent découler toutes les institutions » (5). Il ne s'agit plus de droits octroyés. La déclaration puise dans le droit naturel des « droits inaliénables et sacrés de l'homme » qu'elle ne peut que reconnaître. Il ne s'agit plus non plus de dispositions législatives. La déclaration est l'œuvre d'une assemblée constituante. Elle est chronologiquement et ontologiquement antérieure à la création de l'ensemble des autorités publiques.

Si elle a été la pionnière de « l'ère des proclamations de droits » (6), la France est aussi l'une des dernières à ne pas avoir intégré de chapitre relatif aux droits fondamentaux dans le corps de la Constitution. La principale préoccupation des auteurs de la Constitution de 1958 est d'assurer la séparation des pouvoirs, qui est à leurs yeux la meilleure garantie des droits individuels. C'est en son préambule que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 ». Selon les travaux préparatoires, cette solution était « la plus opportune », dans la mesure où « il n'est pas conforme à la tradition politique et juridique française de faire rédiger une déclaration des droits par le gouvernement » (7).

Les sources de droits auxquelles se réfère le préambule de 1958 se complètent utilement. La déclaration de 1789 proclame, en termes abstraits, des droits d'inspiration iusnaturaliste marqués par l'universalité et par l'individualisme : l'égalité, la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression. Les « principes reconnus par les lois de la République », dont fait état le préambule de 1946, élèvent au rang de droit fondamental tout « principe essentiel posé par le législateur républicain, touchant à l'exercice des droits et libertés et qui a reçu application avec une constance suffisante dans la législation antérieure à la Constitution de 1946 » (8). Sont consacrés par ce biais, des droits tels que la liberté d'association, la liberté de l'enseignement, la liberté individuelle ou le respect des droits de la défense (9). Les « principes politiques, économiques et sociaux », énoncés dans le même préambule, ont

(5) LAFAYETTE, cité par G. BACOT, *op. cit.*, p. 690.

(6) C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, p. 141.

(7) Compte-rendu de la réunion du groupe de travail du 12 juin 1958, cité par H. OBERDORFF, « A propos de l'actualité juridique de la déclaration de 1789 », *Rev. dr. publ.*, 1989, p. 670.

(8) B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel — Principes directeurs*, Paris, S.T.H., 1988, p. 200.

(9) Voy. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1995, p. 95.

engagé la France, « probablement pour la première fois en Europe » (10), dans la reconnaissance de droits à des prestations relatives au bien-être matériel de l'individu. On y trouve, entre autres, le droit de travailler et le droit d'obtenir un emploi, la protection de la santé, la garantie de la sécurité matérielle ou l'égal accès à l'enseignement. On peut enfin relever, dispersés dans le dispositif de la Constitution, le principe de l'égalité devant la loi, la liberté de conscience, la liberté individuelle et l'interdiction de toute détention arbitraire.

3. LES LOIS CONSTITUTIONNELLES AUTRICHIENNES. Le droit constitutionnel autrichien est d'emblée marqué par la complexité. Les normes constitutionnelles ne sont pas intégrées dans un texte unique et structuré. Elles comprennent de très nombreux éléments. Les droits fondamentaux sont dispersés dans de multiples sources. La Constitution de 1920, remaniée en 1929 et remise en vigueur en 1945, ne comporte pas d'énumération de droits. Ne pouvant parvenir à un accord politique sur une nouvelle déclaration, les Constituants ont simplement décidé de remettre en vigueur d'anciens textes solennels.

Les principales sources de droits fondamentaux sont la Loi sur la liberté personnelle de 1862, la Loi sur la protection du domicile de la même année et la Loi fondamentale sur les droits généraux des citoyens de 1867. Ces sources sont comparables, quant à leur contenu, aux Constitutions libérales dont elles sont contemporaines (11). Des lois plus récentes les complètent ponctuellement.

§ 2. — LA RÉDACTION DE TEXTES CONSTITUTIONNELS

Les autres Etats membres de l'Union européenne ont inséré dans la Constitution les droits qu'ils entendaient consacrer. La proclamation des droits fondamentaux, précédant le plus souvent les dispositions organiques des institutions (12), rappelle la tradition française. Mais c'est aux Constituants du XIX^e siècle que revient l'idée de les intégrer dans le corps du texte.

Plusieurs fonctions sont assignées à ces dispositions. Elles doivent définir le statut constitutionnel du particulier, établir les fondements et les finalités de l'Etat, voire même, parfois, dicter la morale officielle de la société.

(10) P. ORIANNE, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », in *Présence du droit public et des droits de l'homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1872.

(11) Voy. *infra*.

(12) Seules les Constitutions danoise et irlandaise ne consacrent aux droits fondamentaux que quelques dispositions de fin de texte.

1. LE STATUT CONSTITUTIONNEL DU PARTICULIER. Les droits fondamentaux ont pour première fonction de définir le statut constitutionnel du particulier. Ce statut a successivement été inspiré par le libéralisme du XIX^e siècle et par l'avènement de l'Etat-Providence dans la seconde moitié du XX^e siècle. Il s'articule aujourd'hui autour de deux enjeux, auxquels correspondent deux catégories de droits : la protection de la liberté individuelle dans la société civile et la promotion de la dignité humaine dans la société économique, sociale et culturelle (13).

La principale préoccupation des Constituants du XIX^e siècle est de ménager une sphère de liberté autour de l'individu, de ses biens, de ses opinions et de ses activités. Les Constitutions belge, luxembourgeoise et finlandaise, aujourd'hui gagnées par des valeurs sociales plus modernes, ont longtemps porté la tradition libérale. La Constitution belge de 1831 représentait le modèle-type des textes de l'époque. Elle avait réussi, si l'on en croit l'influence qu'elle a eue en Europe, une savante combinaison des expériences qui la précédaient et de dispositions originales (14). La Constitution luxembourgeoise de 1868 s'en inspirait littéralement. La forme de gouvernement finlandaise de 1919 y puisait l'une de ses principales sources (15). Toutes trois consacrent, dans un style moins emphatique que celui des déclarations révolutionnaires, des libertés publiques telles que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, le droit de propriété, la liberté des cultes, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de la presse, la liberté d'association et la liberté de réunion. Les libertés publiques appartiennent aujourd'hui au tronc commun des déclarations de droits.

La récente mobilisation de l'opinion suédoise témoigne de la modernité de ces libertés traditionnelles. La Constitution de 1809, en vigueur jusqu'en 1974, ne contenait qu'un article proclamant que le Roi veillerait au maintien de la justice et de l'équité et ne permettrait pas que les citoyens soient privés, sans procès légal, de la vie, de l'honneur, de la liberté ou du bien-être. Plusieurs comités ont successivement été mis en place, à partir de 1938, d'abord dans le but de faire de cet article la base de garanties effectives, puis pour insérer dans la Constitution un chapitre consacré aux droits et libertés fondamentaux. Faute d'accord politique sur leurs propositions, les travaux de ces comités n'ont abouti à aucun résultat concret. C'est sous la pression

(13) Les droits politiques forment une troisième catégorie de droits fondamentaux, qui a pour enjeu de permettre la participation active du citoyen à la gestion de la société politique.

(14) Voy. not. J. GILISSEN, « La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence », *Res. Publ.*, 1968, n° spécial, pp. 107-134 ; J. VANDERLINDEN, « Aux origines du titre II de la Constitution belge de 1831 — Essai d'histoire constitutionnelle comparative », in *Présence du droit public et des droits de l'homme*, op. cit., t. II, pp. 1193-1209.

(15) M. SCHEININ et A. ROSAS, « Les libertés fondamentales figurant dans la Constitution finlandaise », *R.I.D.C.*, 1995, p. 644.

de l'opinion, qu'un chapitre consacré aux libertés publiques est enfin inséré dans la Constitution de 1974.

Au libéralisme du XIX^e siècle a succédé, dans la seconde moitié du XX^e siècle, une conception plus sociale du rôle de l'Etat. L'avènement de l'Etat-Providence se traduit, dans les Constitutions modernes, par l'extension matérielle des déclarations de droits. L'homme est un être concret et situé. Il ne suffit pas de protéger la liberté de l'individu ; il faut également lui garantir un standard minimum de vie et favoriser son épanouissement social et culturel.

La Constitution italienne de 1948, la Constitution danoise de 1953, la Constitution grecque de 1975, la Constitution portugaise de 1976, la Constitution espagnole de 1977 et la Constitution des Pays-Bas de 1983 consacrent d'emblée des droits d'ordre économique, social ou culturel. Elles proclament, par exemple, le droit au travail, le droit à la sécurité sociale, le droit aux soins de santé, le droit au logement ou le droit d'accès à la culture. Les anciennes Constitutions libérales s'ouvrent également à ces aspects de l'existence humaine. La Constitution luxembourgeoise a été complétée en ce sens dès 1948. La Constitution belge a intégré de nouveaux droits en 1994 (16). La forme de gouvernement finlandaise a également subi une profonde modernisation en 1995 (17). Seules la Loi fondamentale allemande et la Constitution suédoise s'en tiennent encore à une conception résolument libérale du statut constitutionnel de l'individu.

2. LES FONDEMENTS ESSENTIELS DE L'ETAT. L'expérience, parfois dramatique, de régimes hostiles aux droits de l'homme a provoqué, dans la seconde moitié du XX^e siècle, une réflexion nouvelle sur les droits fondamentaux. La Loi fondamentale allemande et la Constitution italienne, adoptées à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, ainsi que les Constitutions espagnole, grecque et portugaise, rédigées suite à la chute de régimes dictatoriaux, proposent une nouvelle conception des droits fondamentaux.

Ces cinq Constitutions renouent avec la solennité des premières déclarations françaises. La Loi fondamentale allemande proclame, par exemple, que « la dignité de l'être humain est intangible » et que « tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ». Elle ajoute qu'« en conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et

(16) Voy. F. DELPÉRIE, « L'insertion des droits économiques et sociaux dans la Constitution belge », *A.P.T.*, 1993, p. 111 ; M. VERDUSSEN et A. NOËL, « Les droits fondamentaux et la réforme constitutionnelle de 1993 », *A.P.T.*, 1994, pp. 127-143. Voy. égal. D. DE BRUYN, « Le droit constitutionnel au travail », *Ann. dr.*, 1996, pp. 173-212.

(17) Le droit au travail avait cependant déjà été inséré en 1972. Voy. M. SCHEININ et A. ROSAS, *op. cit.*, p. 644.

de la justice dans le monde » (18). De telles déclarations suggèrent une nouvelle lecture, à la fois globale et dynamique, des déclarations de droits.

Une lecture globale, d'abord, fondée sur l'unité d'inspiration des droits fondamentaux. Tous convergent vers une même valeur : la dignité humaine. Ils forment « un ordre juridique objectif qui doit être interprété non comme une série de garanties ponctuelles, mais comme un système cohérent et complet de valeurs qui visent à la protection et à la promotion de la dignité de la personne humaine et à son libre développement » (19).

Une lecture dynamique, ensuite, sur laquelle repose une nouvelle dimension des droits fondamentaux. Ces Constitutions proclament que la protection et la promotion de la dignité de l'homme sont à la fois les fondements et les finalités de l'Etat. Les valeurs sous-jacentes aux droits fondamentaux doivent irradier tout le système juridique. Ils « ne sont plus seulement entendus aujourd'hui comme des limitations à la puissance de l'Etat », mais « ils empreignent la vie juridique dans son ensemble, et sont devenus capitaux pour la conception de l'Etat » (20). Les droits fondamentaux sont caractérisés par une certaine ambivalence : droits personnels attachés à chaque individu, ils doivent également dominer l'organisation et le fonctionnement des institutions.

La dimension « institutionnelle » des droits fondamentaux a été largement admise dans les autres Etats (21). Elle reçoit une signification particulière dans un cadre fédéral. En Belgique, par exemple, les droits « s'analysent comme des règles de fond dont les principes s'imposent tant à l'Etat fédéral qu'aux communautés et aux régions dans l'exercice de leur pouvoir normatif respectif » ; en effet, « la Constitution a vocation à constituer le 'cadre fédéral' qui garantisse les valeurs de base jugées à ce point fondamentales qu'elles doivent valoir de manière uniforme sur l'ensemble du territoire fédéral » (22).

(18) Article 1.1 de la Loi fondamentale allemande. Voy. égal. l'article 10.2 de la Constitution espagnole, l'article 3 de la Constitution italienne, l'article 2 de la Constitution grecque et les articles 1^{er} et 2 de la Constitution portugaise.

(19) J.C. BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982, p. 128.

(20) K. SCHLAICH, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux — Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux* (dir. L. FAVOREU), Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1982, p. 106.

(21) L'Autriche est probablement la seule à rejeter la fonction institutionnelle des droits fondamentaux. Voy. T. OHLINGER, « Objet et portée des droits fondamentaux — Cour constitutionnelle autrichienne », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 351.

(22) T. STIÉVENARD, « Le statut du citoyen », in *La Belgique fédérale* (dir. F. DELPÉRÉE), Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 431-432.

3. LA MORALE OFFICIELLE DE LA SOCIÉTÉ. La Constitution irlandaise de 1937 « montre, en tous cas, que l'Europe [...], quel que soit le degré de son intégration économique et des ambitions d'unification politique, autorise le maintien de normes juridiques bien particularisées » (23). Son originalité apparaît dès la première ligne. Fondée sur l'antériorité du droit naturel, inspirée et dominée par les idéaux de l'Eglise catholique romaine, la Constitution irlandaise semble formuler davantage de valeurs morales que de normes juridiques.

Contrairement aux principes de droit naturel, avec lesquels ils ont pourtant un lien étroit de filiation, les droits fondamentaux n'occupent pas une place très importante dans le texte. Le iusnaturalisme a surtout inspiré aux Constituants une conception générale de la société, de ses fondements, de son organisation et de ses finalités. La consécration de droits fondamentaux n'intervient qu'en second plan. La Constitution traite, en cinq longs articles, de quelques droits personnels, de la famille, de la propriété privée et de la religion. Ces droits sont suivis d'un article portant des « principes directeurs de la politique sociale » (24). Toutes ces dispositions sont marquées par une conception très conservatrice de la moralité publique, par l'interventionnisme de l'Etat au sein de la vie privée et familiale et par une étroite connexité entre l'Eglise et l'Etat.

En réalité, la Constitution irlandaise n'est pas la source exclusive des droits fondamentaux. Elle ne fait que confirmer l'existence de certains d'entre eux. Les principes de droit naturel ne sont pas épuisés par la rédaction de la Constitution. En effet, « il existe de nombreux droits personnels des citoyens découlant de la nature chrétienne et démocratique de l'Etat qui ne sont pas mentionnés » dans la Constitution (25). Le juge reçoit, en Irlande, un pouvoir créateur sans équivalent dans les autres Etats de droit écrit. Il lui appartient de compléter les quelques dispositions constitutionnelles. On trouve, par exemple, parmi les droits consacrés par la jurisprudence, le droit de grève, le droit à la vie privée, le droit de communiquer, le droits d'accès aux tribunaux, le droit d'être représenté en matières criminelles, le droit de se marier et de fonder une famille, le droit de voyager (26). Les difficultés d'identification de ces droits sont sources d'insécurité juridique. Elles génèrent de nombreuses critiques.

(23) D. COLAS, *Textes constitutionnels français et étrangers*, Paris, Larousse, 1994, p. 418.

(24) G. QUINN, « Irlande — Introduction », in F. DELPÉRIE, M. VERDUSSEN et K. BIVER, *op. cit.*, p. 447.

(25) Cour suprême d'Irlande, *Ryan v. Attorney General*, 1965, cité par B. DOOLAN, *Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland*, 3^e éd., Dublin, Gill and Mac Millan, 1994, p. 152.

(26) J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, London, Sweet and Maxwell, 1987, pp. 306-307.

§ 3. — L'ADHÉSION À DES TEXTES INTERNATIONAUX

Longtemps limité aux relations entre les Etats, le droit international joue actuellement un rôle important dans la protection des particuliers. Les Conventions relatives aux droits de l'homme se sont multipliées depuis la seconde guerre mondiale. Elles « définissent aujourd'hui une sorte de morale officielle commune à la quasi-totalité des Etats » (27). Les textes internationaux ont une action-réflexe, qui favorise l'élaboration de traditions communes : ils empruntent largement aux expériences acquises en droit interne et inspirent en retour les Constitutions rédigées ultérieurement.

1. LES CONVENTIONS UNIVERSELLES. Certains textes internationaux ont une portée territoriale, personnelle et matérielle caractérisée par l'universalité. Le 10 décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies, « considérant que la reconnaissance de la dignité humaine à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », adopte la Déclaration universelle des droits de l'homme. Celle-ci s'inspire des textes des Etats membres des Nations Unies. Elle proclame indifféremment des droits civils, économiques, sociaux et culturels. Elle n'a aucune valeur juridique (28), mais elle a, à son tour, servi de modèle à de nombreuses Constitutions.

D'autres documents, également rédigés dans le cadre des Nations Unies, imposent de réelles obligations aux Etats parties. Deux Pactes adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 1966, l'un relatif aux droits civils et politiques et l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels, ont été ouverts à la signature des Etats. Tous les Etats membres de l'Union européenne sont parties à ces deux pactes (29).

2. LES CONVENTIONS PARTICULIÈRES. De nombreuses conventions internationales complètent ces textes universels, en répondant plus précisément à des situations dans lesquelles l'être humain mérite une protection adaptée à une faiblesse particulière. Elles visent soit des catégories ciblées de destinataires — les femmes, les enfants, les réfugiés, les apatrides, les prisonniers, les personnes handicapées, les minorités —, soit des aspects spécifiques des droits de l'homme — la lutte contre la discrimination raciale, l'élimination

(27) J. RIVERO, *Les libertés publiques*, t. I^{er}, *Les droits de l'homme*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1995, pp. 108-109.

(28) La situation est un peu particulière en Espagne et au Portugal, puisque l'article 10.2 de la Constitution espagnole et l'article 16.2 de la Constitution portugaise stipulent que les dispositions relatives aux droits fondamentaux doivent être interprétées conformément à la Déclaration.

(29) Depuis la ratification par l'Irlande du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels (le 8 décembre 1989) et l'adhésion de la Grèce au Pacte sur les droits civils et politiques (le 5 mai 1997).

et la répression du crime d'apartheid, l'interdiction de la torture et des autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants—.

3. LES CONVENTIONS RÉGIONALES. Les conventions relatives aux droits de l'homme se multiplient sur un plan régional également. Elles permettent de dégager un commun dénominateur plus étroit entre des Etats géographiquement, et souvent culturellement, proches. Une mention particulière doit être faite des conventions adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe, auquel appartiennent tous les Etats membres de l'Union européenne.

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, a pour vocation de dégager, de développer et de garantir un standard commun des droits civils et politiques, qui complète ou supplée les dispositions nationales. La Convention ne se contente pas de proclamer des droits. Elle en définit le contenu et met en place un contrôle international efficace (30). Elle constitue « le système le plus évolué qui existe actuellement au monde » (31) en la matière et demeure le principal facteur d'harmonisation des droits fondamentaux en Europe (32).

La Convention ne définit que des droits d'inspiration libérale. Il s'avérerait plus difficile de dégager un consensus sur les droits économiques, culturels et sociaux. En outre, les Etats membres du Conseil de l'Europe voulaient assurer, aux droits de la Convention, une effectivité qu'ils ne pouvaient garantir à des droits économiques et sociaux (33). C'est la raison pour laquelle ces derniers ont été insérés dans la Charte sociale européenne de 1961, qui est moins contraignante. Les Etats signataires s'engagent seulement à poursuivre globalement les objectifs de la Charte et à en respecter un minimum d'articles. Le contrôle international est exercé par voie de recommandations, sur base des rapports bisannuels rédigés par les Etats eux-mêmes. Une Charte sociale révisée, étendue à de nouveaux droits, a été

(30) Parmi les très nombreux ouvrages généraux consacrés à la Convention européenne des droits de l'homme, voy. not. J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990 ; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 3^e éd., Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1994 ; L.E. PETTITI, E. DECAUX, P.H. IMPERT, *La Convention européenne des droits de l'homme — Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995 ; G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1996 ; F.G. JACOBS and R.C.A. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996.

(31) R. ERGEC, « Le statut interne de la Convention européenne des droits de l'homme et sa mise en œuvre dans les pays d'Europe occidentale, centrale et de l'Est », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, p. 1.

(32) Le caractère facultatif des onze protocoles additionnels et la possibilité d'émettre des réserves concernant certaines dispositions constituent cependant des facteurs de différenciation entre les Etats.

(33) Voy. J. RIVERO, *op. cit.*, p. 93.

ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe le 3 mai 1996, afin de tenir compte de l'évolution de la société depuis l'adoption de la première Charte. Elle entrera en vigueur lorsqu'elle sera ratifiée par trois Etats. Dix Etats l'ont d'ores et déjà signée, dont huit membres de l'Union européenne (34).

Chapitre II. — L'applicabilité directe des droits fondamentaux

La normativité des droits fondamentaux s'apprécie d'abord en termes d'applicabilité directe. Les droits sont directement applicables si leur consécration préconstitutionnelle, constitutionnelle ou internationale suffit à générer des droits subjectifs, que les particuliers puissent concrètement opposer aux pouvoirs publics (35). La Grande-Bretagne est la première à avoir doté les droits de réelles garanties de ce point de vue.

L'applicabilité des droits fondamentaux est étroitement liée à leur enjeu. Les droits d'inspiration libérale sont, dans l'ensemble, directement applicables. Les droits d'inspiration sociale sont souvent difficiles à garantir aussi concrètement, dans la mesure où ils imposent des prestations positives, c'est-à-dire des efforts financiers, aux pouvoirs publics. Ils mettent généralement des « obligations de faire » à charge de l'Etat, sans créer de « droit de recevoir » dans le chef des individus.

§ 1^{er}. — L'APPLICABILITÉ DIRECTE DES TEXTES PRÉCONSTITUTIONNELS

1. LE PRAGMATISME BRITANNIQUE. La liberté a, en Grande-Bretagne, un caractère résiduel, en ce sens que « l'individu peut faire ou dire ce qu'il veut dès lors qu'il ne viole pas une interdiction légale ou ne porte pas atteinte aux droits légaux d'autres personnes » (36). Il bénéficie en quelque sorte d'une « présomption de liberté en toutes circonstances » (37). L'énoncé de principes est, par conséquent, moins important que les procédures qui en assurent concrètement le respect. Les déclarations de droits britanniques ne

(34) Il s'agit de la Belgique, du Danemark, de la Finlande, de la France, de la Grèce, de l'Italie, du Portugal et de la Suède (l'état des signatures est arrêté au 23 juillet 1997).

(35) L'applicabilité directe de certains droits fondamentaux pourrait également être invoquée dans les rapports entre les particuliers. La question est délicate et controversée dans de nombreux Etats. Voy. not. C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, pp. 181-183.

(36) S. DUBOURG-LAVROFF, « Pour une constitutionnalisation des droits et libertés en Grande-Bretagne ? », *Rev. fr. dr. const.*, 1993, pp. 479-498.

(37) D. FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 61.

représentent que la consécration de quelques garanties ponctuelles, dont l'applicabilité directe n'a jamais été mise en doute.

2. LA CONCRÉTISATION DES DÉCLARATIONS FRANÇAISES. Les préambules français n'avaient pas pour vocation, à l'origine, de garantir concrètement les droits qu'ils proclamaient. En réalité, « les Constituants savent parfaitement que la constatation des droits de l'homme ne suffit pas à en assurer le respect. Quand on les a 'déclarés', il reste à les 'garantir'. Mais les deux opérations, pour eux, sont distinctes : la Déclaration indique les droits qui appellent une garantie, mais l'organisation de cette garantie incombe à la Constitution » (38).

Une réelle valeur juridique est aujourd'hui reconnue à tous les droits auxquels se réfère le préambule de 1958. Ils ne jouissent cependant pas tous des mêmes garanties d'effectivité. Les libertés publiques sont directement applicables, mais tel n'est pas le cas de tous les droits économiques et sociaux. Certains d'entre eux doivent être concrétisés par la loi.

3. LA NORMATIVITÉ DES LOIS CONSTITUTIONNELLES AUTRICHIENNES. La Constitution autrichienne ne fait pas référence à de simples déclarations de droits ; elle remet en vigueur d'anciennes lois constitutionnelles, dotées d'une réelle valeur normative. Les dispositions constitutionnelles fédérales représentent exclusivement des garanties contre les empiétements de l'Etat. Elles ne lui imposent aucune prestation positive (39). Ces droits sont directement applicables. En effet, « chaque disposition relative aux droits fondamentaux peut être interprétée et concrétisée de manière satisfaisante à partir d'elle-même » (40).

§ 2. — L'APPLICABILITÉ DIRECTE DES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Les premières Constitutions du XIX^e siècle ont cherché à doter les principes révolutionnaires dont elles s'inspiraient de garanties d'effectivité semblables à celles des actes britanniques (41). Les Constitutions du XX^e siècle

(38) J. RIVERO, *op. cit.*, p. 51.

(39) Ce constat doit être doublement nuancé. D'une part, les Constitutions des Länder consacrent des droits d'ordre économique et social (voy. D. COLAS, *op. cit.*, p. 286). D'autre part, le principe constitutionnel d'égalité, très important dans la jurisprudence constitutionnelle, oblige le législateur, lorsqu'il crée de tels droits, à traiter tous les citoyens sans discrimination (voy. L. ADAMOVICH, « L'accès direct à la protection : technique et résultats — Rapport autrichien », *A.I.J.C.*, 1991, pp. 107-108).

(40) T. OHLINGER, *op. cit.*, p. 351.

(41) Selon A. ALEN, « the text of the Belgian Constitution was influenced by the Anglo-Saxon system of effective, concrete and pragmatic guarantees rather than by the theoretical declarations of principles produced by the French Revolution » (A. ALEN, *Treatise on Belgian Constitutional Law*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 183).

ont intégré des droits plus difficiles à concrétiser. Rares sont, en définitive, les textes homogènes. La plupart d'entre eux comportent, sans les distinguer clairement, des droits directement applicables et des droits sans applicabilité directe. Seules les Constitutions espagnole, portugaise et irlandaise distinguent systématiquement les droits fondamentaux en fonction des garanties d'effectivité qui leur sont attachées.

1. LES TEXTES HOMOGÈNES. Les droits consacrés par la Loi fondamentale allemande et la Constitution suédoise sont insérés sous un titre unique. Cette présentation uniforme correspond, dans les deux Etats, à une normativité homogène. Tous deux s'en tiennent encore à une conception libérale des droits fondamentaux, auxquels ils reconnaissent une applicabilité directe.

La Loi fondamentale allemande de 1948 ne consacre que des droits civils classiques. Tous « lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable » (42). La philosophie ambiante a amené les Constituants à proclamer que le principe de l'Etat social est un fondement de l'ordre étatique (43), mais ne les pas encore conduits à développer quantitativement les droits fondamentaux.

La Constitution suédoise proclame, à titre de « principe de base », que « le bien-être personnel, économique et culturel de l'individu sera l'objectif principal de l'activité publique » (44), mais les Constituants ont voulu éviter de consacrer des promesses économiques et sociales que les autorités n'estimaient pas pouvoir tenir (45). Ils s'en sont tenus aux droits classiques. Ils les ont définis avec une grande précision, destinée à leur assurer la meilleure protection.

2. LES TEXTES HÉTÉROGÈNES. Les Constitutions belge, luxembourgeoise, grecque, italienne et néerlandaise consacrent, sans les distinguer expressément, des droits civils, économiques, culturels et sociaux qui ne sont pas dotés des mêmes garanties d'effectivité.

En principe, dans les cinq textes, les dispositions directement applicables titularisent les droits dans le chef des particuliers et ne subordonnent pas explicitement leur effectivité à l'intervention du législateur. La Constitution dispose par exemple que « le domicile est inviolable », que « la liberté individuelle est garantie », que les citoyens « ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes », qu'ils « ont le droit de s'associer librement » ou que « le

(42) Article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande.

(43) Article 20 de la Loi fondamentale allemande.

(44) Article 2 de la Constitution suédoise.

(45) E. PALM, « Human rights in Sweden », in H. TIBERG, F. STERZL et P. CRONHULT, *Swedish Law, a Survey*, Stockholm, Jurist förlaget, 1994, p. 64.

secret des lettres est inviolable » (46). L'applicabilité directe de ces droits n'exclut cependant pas que la loi soit invitée à préciser leur régime ou à en définir les limites.

A l'inverse, dans les mêmes Constitutions, la formulation de certaines dispositions indique clairement que l'intention du Constituant n'est pas de leur donner un effet immédiat. Elles s'adressent plus particulièrement aux pouvoirs publics et les chargent de mettre concrètement en œuvre les droits qu'elles définissent (47). Il s'agit généralement de droits économiques, sociaux et culturels. La Constitution dispose par exemple que « la loi [...] garanti[t] » les droits économiques, sociaux et culturels, que « la loi organise » la sécurité sociale, que la République « favorise les conditions susceptibles de rendre effectif » le droit au travail, que « l'Etat veille à la santé des citoyens » ou que « les pouvoirs publics veillent à l'habitabilité du pays » (48).

Les Constitutions danoise et finlandaise consacrent à la fois des droits d'inspiration libérale et des droits d'inspiration sociale. Selon la doctrine, les premiers confèrent des droits subjectifs aux particuliers, tandis que les seconds sont adressés aux pouvoirs publics (49). En réalité, les uns comme les autres seraient entièrement privés d'applicabilité directe. Les dispositions constitutionnelles auraient, dans les deux Etats, peu d'impact en pratique. La Constitution serait même « privée de normativité, du moins vis-à-vis des individus » (50). Les garanties les plus effectives et les plus fréquemment invoquées par les particuliers sont consacrées dans des dispositions législatives ou réglementaires.

3. LES TEXTES CLARIFIÉS. Les Constitutions espagnole et portugaise mettent systématiquement en exergue les garanties d'effectivité qu'elles attribuent à chaque droit. Les dispositions qui confèrent des droits subjectifs aux particuliers sont regroupées sous un même titre. La Constitution précise qu'elles sont directement applicables. Les droits privés d'applicabilité directe sont insérés sous un titre distinct, comme pour éviter une confusion qui serait préjudiciable aux premiers.

(46) Article 15 de la Constitution belge, article 12 de la Constitution luxembourgeoise, article 11 de la Constitution grecque, article 18 de la Constitution italienne et article 13 de la Constitution néerlandaise.

(47) M. VERDUSSEN et A. NOËL, *op. cit.*, p. 131.

(48) Article 23 de la Constitution belge, article 11.5 de la Constitution luxembourgeoise, article 4 de la Constitution italienne, article 21.3 de la Constitution grecque et article 21 de la Constitution néerlandaise.

(49) Voy. not., pour la Finlande, M. SCHEININ et A. ROSAS, *op. cit.*, p. 650 et, pour le Danemark, G. TOFTEGAARD NIELSEN, « Constitutional and Administrative Law », in *Danish Law, a General Survey*, Copenhagen, G.E.C. Gads Publishing House, 1982, p. 45.

(50) C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 167.

Les « droits fondamentaux et libertés publiques » et les « droits et devoirs des citoyens » de la Constitution espagnole confèrent des droits subjectifs aux individus (51). Leur applicabilité directe est certaine « même lorsque la Constitution prévoit expressément l'intervention d'une loi pour concrétiser le droit : si la loi en question n'est pas encore intervenue, les particuliers peuvent invoquer le droit qui est directement applicable » (52). Il faut remarquer que les « droits et devoirs des citoyens » comportent plusieurs droits de nature économique ou sociale. A l'inverse, les « principes directeurs de la politique sociale et économique » doivent inspirer « la législation positive, la pratique judiciaire et l'action des pouvoirs publics », mais « ne pourront être allégués que devant la juridiction ordinaire conformément aux lois qui les développent » (53).

La Constitution portugaise précise que « les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont directement applicables » (54). Par contre, les « droits économiques, sociaux et culturels » doivent être concrétisés par le législateur (55).

La Constitution irlandaise distingue également des « droits fondamentaux » et des « principes directeurs de la politique sociale ». Les premiers sont directement applicables. Comme leur nom l'indique, ce n'est pas le cas des seconds. Ils affirment par exemple, très prudemment, que « l'Etat s'efforcera d'augmenter le bien-être du peuple entier » ou que « l'Etat tentera d'assurer que l'on n'abuse ni de la force ni de la santé des travailleurs » (56).

§ 3. — L'APPLICABILITÉ DIRECTE DES TEXTES INTERNATIONAUX

Deux conditions doivent être réunies pour qu'une convention régulièrement ratifiée fasse naître des droits subjectifs dans le chef des individus. La première est relative à l'incorporation de la convention dans l'ordre interne, la seconde à sa capacité de produire des effets sans mesures internes d'application.

1. L'INCORPORATION DES CONVENTIONS. Les conditions d'incorporation des traités dans l'ordre interne relèvent du droit national de chaque Etat.

(51) Article 53.2 de la Constitution espagnole.

(52) P. BON, « Les droits et libertés en Espagne — Eléments pour une théorie générale », in A. BAR et autres, *Dix ans de démocratie constitutionnelle en Espagne*, Paris, Editions du C.N.R.S., 1991, p. 58.

(53) Article 53.3 de la Constitution espagnole.

(54) Article 18 de la Constitution portugaise.

(55) Sur le régime précis de ces deux catégories de droit, voy. J. CASALTA NABAIS, « Rapport portugais », in *Etudes de droit franco-portugais à propos de la révision de la Constitution portugaise, suivies de la traduction de la Constitution*, Paris, Economica, 1992.

(56) Articles 45.1 et 45.4.2° de la Constitution irlandaise.

Deux modèles de base — le monisme et le dualisme — inspirent ceux-ci dans leur manière de recevoir les conventions. Le monisme « postule l'existence d'un seul ordre juridique où le droit international est superposé au droit interne ». Le dualisme, au contraire, « suppose la séparation des ordres juridiques et leur non-interférence » (57). Dans le premier cas, les conventions internationales entrent automatiquement en vigueur dans l'ordre interne, sans qu'un acte de réception formelle ne soit nécessaire. Dans le second cas, les conventions internationales ne s'intègrent au droit interne qu'après avoir fait l'objet d'un acte de réception ou de transformation. La majorité des Etats membres de l'Union européenne s'inscrivent dans la tendance dualiste.

2. L'EFFET DIRECT DES CONVENTIONS. Un traité régulièrement introduit en droit interne « a, dans l'acception traditionnelle un effet direct lorsqu'il confère aux particuliers des droits ou leur impose des obligations dont ils puissent se prévaloir ou qui puissent leur être opposés sans qu'il soit besoin de mesures d'exécution internes » (58).

La question de l'effet direct des dispositions de droit international relève, contrairement à celle de leur incorporation, du droit international. Deux critères sont généralement avancés pour attribuer des effets directs à une norme. Selon une première conception, l'effet direct d'une disposition résulte à la fois de son applicabilité technique et de l'intention de ses auteurs de faire effectivement naître des droits et obligations dans le chef des particuliers. Selon une seconde conception, actuellement dominante, l'effet direct d'une convention résulterait uniquement du « caractère suffisamment clair, précis et complet » de ses dispositions (59).

3. LE STATUT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. L'une des grandes forces de la Convention européenne des droits de l'homme, outre le contrôle international efficace dont elle est assortie, est de bénéficier, dans de nombreux Etats, d'un statut très favorable en droit interne. Le droit de la Convention est vivant, non seulement dans l'ordre international, mais également dans les droits nationaux.

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que la Convention ne confère pas elle-même aux Etats parties l'obligation d'introduire ses dis-

(57) C. GREWE, « La question de l'effet direct de la Convention et les résistances nationales », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 149.

(58) J. VERHOEVEN, « Applicabilité directe des traités et 'intention des parties contractantes' », in *Liber Amicorum M.E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 896. Voy. égal., du même auteur, « La notion d'applicabilité 'directe' du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, pp. 243-264.

(59) H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1996, p. 49.

positions dans l'ordre juridique interne (60). La majorité des Etats membres de l'Union ont cependant procédé à cette incorporation (61). La Convention a été automatiquement insérée, lors de sa ratification, aux Pays-Bas, en Espagne, au Portugal et en Grèce. Elle est intégrée de longue date dans les ordres internes allemand, autrichien, belge, français, italien et luxembourgeois. La Finlande, le Danemark et la Suède, plus réticents à l'origine, ont formellement incorporé la Convention dans les années 1990 (62).

Seules la Grande-Bretagne et l'Irlande conservent une attitude purement dualiste. La Convention n'y a pas été incorporée en droit interne. La jurisprudence britannique infléchit quelque peu cette position, grâce à la technique de l'interprétation conciliante. Les juridictions cherchent, dans la mesure du possible, à interpréter la loi d'une manière conforme à la Convention, en présumant que le législateur n'a pas voulu adopter de disposition qui lui soit contraire. Cette technique laisse cependant le juge sans ressource lorsque l'incompatibilité de la loi qu'il doit appliquer est patente (63). L'impact de la Convention reste très limité en Irlande (64).

Le statut de la Convention européenne des droits de l'homme est également favorable du point de vue de son effet direct. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, toutes les dispositions de la Convention sont « techniquement aptes à être directement appliquées » (65). Il résulte de surcroît, de l'article premier de la Convention, que l'intention des parties contractantes était bien de s'engager à l'égard des particuliers (66).

On remarque, d'une manière générale, que l'impact concret de la Convention en droit interne est relativement faible dans les Etats qui disposent de textes préconstitutionnels ou constitutionnels très développés. Ainsi, par exemple, la Constitution portugaise est-elle la plus fournie d'Europe en matière de droits fondamentaux ; la Convention n'y est pas fréquemment

(60) Voy. not. l'arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* du 6 février 1976, par. 50 ; R. ERGEC, *op. cit.*, p. 4 ; G. COHEN-JONATHAN, « La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français », in F. SUDRE (dir.) *Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974-1992*, Strasbourg, N.P. Engel, 1994, p. 3.

(61) Voy. les analyses comparatives de R. ERGEC, *op. cit.*, pp. 9-15 ; J.G. POLAKIEWICZ, « La mise en œuvre de la C.E.D.H. en Europe de l'Ouest : aperçu du droit et de la pratique nationaux », *R.U.D.H.*, 1992, pp. 359 et s. Voy. égal. les contributions de F. SUNDBERG, A. DRZEMCZEWSKY, C. GREWE et S. PERRAKIS, in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, *op. cit.*, pp. 109-188.

(62) Respectivement en 1990, 1992 et 1995.

(63) R. ERGEC, *op. cit.*, p. 7.

(64) *Id.*

(65) G. COHEN-JONATHAN, « La place... », *op. cit.*, p. 6. Voy. égal. R. ERGEC, *op. cit.*, p. 4. Selon ce dernier auteur, « que la Convention, pour sa mise en œuvre, ne nécessite pas de mesures internes d'exécution, ne saurait prêter à discussion, tant ses clauses normatives sont suffisamment complète ».

(66) G. COHEN-JONATHAN, « La place... », *op. cit.*, p. 4.

invoquée. En Espagne, également, les juridictions ordinaires invoquent rarement la Convention. Elles préfèrent se référer aux dispositions constitutionnelles, interprétées à la lumière de la Convention (67), ainsi qu'à la jurisprudence constitutionnelle qui, elle, la met régulièrement en œuvre.

Chapitre III. — La suprématie effective des droits fondamentaux

La normativité des droits fondamentaux s'analyse également en termes de suprématie à l'égard de l'ensemble des pouvoirs constitués, en ce compris le législateur. Cette suprématie est théoriquement acquise lorsque les droits sont insérés dans une norme de valeur constitutionnelle. Son effectivité n'est cependant assurée que dans les Etats qui acceptent qu'elle soit sanctionnée par la justice constitutionnelle.

La France avait conçu très tôt la supériorité théorique des droits fondamentaux. C'est pourtant à l'Autriche kelsénienne qu'il revient d'avoir, la première, tiré toutes les conséquences utiles de la hiérarchie des normes.

§ 1^{er}. — LA SUPRÉMATIE DES TEXTES PRÉCONSTITUTIONNELS

La suprématie des droits fondamentaux suppose, en Grande-Bretagne, en France et en Autriche, qu'une valeur constitutionnelle soit reconnue aux textes dans lesquels ils trouvent leur source.

1. LE *RULE OF LAW* BRITANNIQUE. De la volonté de limiter les pouvoirs de l'Exécutif et d'assurer le règne de la légalité découle, en Grande-Bretagne, une première version de l'Etat de droit. La lutte du Parlement et de la Couronne et la concession des droits qui a suivi, ont définitivement consacré l'idée que la prééminence du législateur est la meilleure garantie des droits fondamentaux.

L'Etat de droit est ici un Etat légal. Le *rule of law* consacre le principe selon lequel les pouvoirs publics, comme les particuliers, doivent se conformer à la loi. Mais le *rule of law* ne vise pas le Parlement lui-même, auquel s'applique au contraire le principe de souveraineté (68). La Grande-Bretagne demeure le dernier Etat d'Europe dans lequel les droits fondamentaux ne bénéficient d'aucune suprématie, même conceptuelle, à l'égard du légis-

(67) Comme le stipule l'article 10.2 de la Constitution espagnole.

(68) Dans une version contemporaine plus large, on admet que le *rule of law* puisse, tout au plus, imposer au législateur le respect d'exigences minimales de justice. Voy. C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 23.

lateur. Si ce n'est leur force morale et leur prestige, rien n'empêche théoriquement le Parlement de les abolir.

Le rule of law ne laisse évidemment aucune place à un quelconque mode de protection juridictionnelle des droits fondamentaux à l'encontre de la loi. Il est interdit au juge d'apprécier la compatibilité de la loi avec les déclarations de droits existantes. Le pouvoir judiciaire est soumis, comme l'Exécutif, à la souveraineté parlementaire, au point que « si le Parlement devait déclarer que l'homme est une femme et que la femme est un homme, les cours et tribunaux seraient tenus d'agir comme s'il en était effectivement ainsi » (69).

La situation n'est plus satisfaisante aux yeux de nombreux Britanniques, qui revendiquent l'adoption d'une déclaration de droits (70). Les formules envisagées doivent cependant composer avec la souveraineté « forcée » du Parlement. Cette souveraineté lui ôte les moyens de mettre en place une autorité constituante à qui il confierait le pouvoir de rédiger une déclaration de droits, ou d'y procéder lui-même avec l'intention de se lier pour l'avenir. Une nouvelle déclaration des droits et libertés n'aurait donc jamais, en Grande-Bretagne, qu'une « signification constitutionnelle et une valeur législative » (71). On ne peut cependant s'empêcher de remarquer que, même si elles ne sont pourvues d'aucune suprématie formelle, les sources de droits individuels y jouissent d'un prestige tel que les textes européens les plus anciens y sont toujours en vigueur.

2. L'AUDACE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS. La France a conçu, dès la Révolution, un système normatif hiérarchisé dont le sommet est occupé par la Constitution. Le Conseil constitutionnel, qu'elle met en place en 1958, doit assurer sa suprématie effective. La justice constitutionnelle ne profite cependant pas immédiatement aux droits fondamentaux.

L'ambiguïté du préambule de 1958 a longtemps entretenu une controverse sur la valeur des principes proclamés en 1789 et en 1946. Quelle portée donner à un « attachement aux droits de l'homme » ? L'intention des Constituants est claire. Le Commissaire du Gouvernement Janot répond à deux reprises au Comité consultatif constitutionnel que le préambule n'a « certainement pas » valeur constitutionnelle (72). Le juge constitutionnel ne dispo-

(69) F. RIDLEY, *op. cit.*, p. 306.

(70) S. DUBOURG-LAVROFF, *op. cit.*, p. 482.

(71) *Ibid.*, p. 497.

(72) R. JANOT, « Comité consultatif constitutionnel », *Doc. fr.*, 1960, p. 101. Celui-ci insistera plus tard sur le fait que les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 n'ont pas la même valeur que ceux d'une Constitution rédigée par des députés spécialement élus pour cela. Voy. l'intervention de R. JANOT in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 212.

sait donc pas de normes de référence qui lui auraient permis d'assurer le respect des droits fondamentaux par le législateur. Il a d'abord été mis en place pour assurer l'équilibre des pouvoirs législatif et exécutif.

Le Conseil constitutionnel s'est donné lui-même les moyens d'assurer la protection des droits fondamentaux, dans un arrêt du 16 juillet 1971 (73). En quelques mots (« vu la Constitution et *notamment* son préambule »), il a reconnu une pleine valeur constitutionnelle aux déclarations de droits et s'est érigé, par le fait-même, en protecteur de ces droits (74). Un simple visa, pour le moins lapidaire, a donc doté la France de sources de droits constitutionnels, et l'a simultanément projetée dans le cénacle des Etats pratiquant déjà leur protection par une Cour constitutionnelle.

3. LA RATIONALITÉ AUTRICHIENNE. Le premier Etat à avoir tiré toutes les conséquences utiles de la hiérarchie des normes est l'Autriche. Le travail théorique de Hans Kelsen y a reçu très rapidement un accueil favorable, puisqu'il a suscité la création d'une Cour constitutionnelle dès 1920. Cette Cour, supprimée en 1938 et rétablie en 1945, demeure le prototype du « modèle européen » de justice constitutionnelle.

Kelsen conçoit l'ordre juridique comme une pyramide, dominée par la Constitution, mais surtout, il met les différents échelons de cette pyramide en relation d'imputation : aucune règle ne peut être considérée comme valide si elle ne se fonde régulièrement sur la norme supérieure. La cohérence de l'ensemble est maintenue grâce à ces rapports successifs de subordination ; elle doit être garantie par un contrôle de conformité à tous les stades de la hiérarchie normative. Le contrôle de constitutionnalité devient la clé de voûte du système. Les droits fondamentaux, dont la valeur constitutionnelle n'est pas douteuse, en bénéficient directement.

§ 2. — LA SUPRÉMATIE

DES TEXTES CONSTITUTIONNELS

Les droits fondamentaux insérés dans les Constitutions jouissent d'emblée d'une supériorité théorique sur la loi. La Révolution française a conçu l'Etat de droit comme un Etat constitutionnel, dans lequel tous les pouvoirs, y compris le législateur, sont tenus de respecter la Constitution. En réalité, le constitutionnalisme a encore été longtemps tenu en échec par le mythe de la représentation parfaite et de l'infailibilité de la loi. La volonté des élus

(73) C.C., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.*, I, p. 104.

(74) La doctrine française recourt à l'expression « bloc de constitutionnalité » pour désigner l'ensemble des normes auxquelles est attribuée une valeur constitutionnelle. Sur l'origine, le contenu et l'avenir de la notion de « bloc de constitutionnalité », voy. not. la récente étude de C. DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, L.G.D.J., 1997.

ne peut que correspondre exactement à celle des électeurs. Une loi adoptée par les représentants légitimes de la nation souveraine ne peut dès lors être attentatoire aux droits et libertés des citoyens. La méfiance ambiante à l'égard du juge écarte *a fortiori* toute possibilité de lui voir confier le contrôle de la loi.

1. LE LÉGICENTRISME. Le légicentrisme a dominé l'Europe jusqu'à ce que s'effrite la confiance en la loi et s'affaiblisse la méfiance à l'égard du juge. La Finlande, les Pays-Bas, le Danemark, la Suède et l'Irlande en sont encore fort proches.

La Finlande et les Pays-Bas sont hostiles à tout contrôle juridictionnel des lois. Les réformes de 1983, aux Pays-Bas, et de 1995, en Finlande, ont permis l'ouverture d'un débat sur l'instauration d'une Cour constitutionnelle, mais l'idée a finalement été rejetée de part et d'autre (75).

Le Danemark et la Suède admettent que les juges ordinaires exercent un contrôle de constitutionnalité de la loi (76), mais avec une telle prudence que son effectivité est douteuse. La jurisprudence danoise permet aux juges judiciaires, dès 1920, de refuser d'appliquer la loi, lorsqu'existe « la certitude requise pour que les cours puisse infirmer comme inconstitutionnelles, les dispositions d'une loi adoptée selon la procédure constitutionnelle » (77). Cette certitude est difficile à démontrer. Les juges font preuve d'une telle timidité que ce contrôle est resté théorique (78). Une jurisprudence similaire s'est développée en Suède (79), avant d'être entérinée en 1979 par le Constituant. Les termes de la Constitution sont extrêmement prudents : « l'inapplicabilité n'est prononcée que si l'erreur constatée est manifeste » (80). En réalité, « le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité de lois en Suède n'est toujours véritablement admis que dans une mesure assez limitée. Ceci est vrai même dans le domaine essentiel de la protection des droits de l'homme » (81).

(75) On en est resté, en Finlande, à l'ancien système selon lequel la Commission des lois fondamentales, c'est-à-dire un organe parlementaire, veille préventivement à la constitutionnalité des lois. Voy. M. SCHEININ et A. ROSAS, *op. cit.*, p. 649 ; T. MODEEN, « The rule of law in Finland », *Finnish Features*, Helsinki, Ministry for Foreign Affairs, 1993, pp. 4-5. Aux Pays-Bas, c'est également « au pouvoir législatif que revient cette tâche ». Voy. P.W.C. AKKERMANS, « Pays-Bas — Introduction », in F. DELPÉRÉE, M. VERDUSSEN et K. BIVER, *op. cit.*, p. 630.

(76) Les deux Etats ont opté pour un contrôle de constitutionnalité « diffus », inspiré du modèle américain.

(77) UfR 1921. 644, passage cité et traduit par E. SMITH, « Les pays scandinaves », in L. FAVOREU et J.A. JOLOWICZ, *Le contrôle juridictionnel des lois — Légitimité et développements récents*, Aix-en-Provence, Economica, 1986, p. 241.

(78) G. TOFTEGAARD NIELSEN, *op. cit.*, p. 37 ; C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 73.

(79) H. TIBERG, F. STERZEL, P. CRONHULT, *op. cit.*, pp. 67-68.

(80) Article 14 du Chapitre 11 de la Constitution suédoise. Voy. E. SMITH, « Les Pays scandinaves », *op. cit.*, p. 235.

(81) *Id.*, p. 256.

La Constitution irlandaise prévoit également, depuis 1937, un mécanisme de contrôle de constitutionnalité, mais il n'est pas fréquemment pratiqué (82).

2. LE CONSTITUTIONNALISME. En Allemagne, en Italie, en Espagne, en Belgique, en Grèce et au Portugal, l'Etat de droit est véritablement un Etat constitutionnel (83). La justice constitutionnelle y fonctionne effectivement et est devenue un pilier de la protection des droits fondamentaux (84). Le passage de la protection des droits par la loi à leur protection contre la loi (85), dans la seconde moitié du XX^e siècle, suppose l'abandon préalable du mythe de la représentation parfaite et de l'infailibilité de la loi.

Plusieurs indices sont révélateurs d'une dissociation entre les gouvernés et les gouvernants, entre la volonté du peuple et celle des élus du peuple. Tout d'abord, les tâches assumées par l'Etat ont évolué. La loi devient de plus en plus complexe ; elle est l'œuvre de techniciens qui demeurent parfois les seuls à la comprendre vraiment. Par ailleurs, les modes de gouvernement donnent à penser que la loi n'est finalement pas tant l'expression de la volonté nationale, que « l'expression de la volonté gouvernementale approuvée par une majorité solidaire » (86). Certains politologues considèrent même que « les élus forment un corps professionnel possédant des intérêts propres, différents de ceux des citoyens, qu'ils font métier de défendre » (87). Les gouvernés ne reconnaissent plus dans la loi la fidèle expression de leur volonté.

Certains Etats ont immédiatement confié au juge constitutionnel le soin d'assurer la protection des droits fondamentaux. La première guerre mondiale en Allemagne et en Italie, les régimes dictatoriaux en Grèce, en Espagne et au Portugal, ont fait prendre crûment conscience de la nécessité d'encadrer l'action du législateur. Les Constitutions italienne, allemande, grecque, portugaise et espagnole revalorisent les droits fondamentaux et

(82) C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, pp. 93-94.

(83) Les quatre premiers Etats ont opté pour le contrôle de constitutionnalité « concentré », c'est-à-dire exclusivement réservé à une Cour constitutionnelle spécialisée. La Grèce et le Portugal ont opté pour des systèmes « mixtes », combinant les caractères du contrôle diffus, exercés par les juges ordinaires, et du contrôle concentré, exercé par une juridiction spécialisée. Il existe de très nombreux ouvrages sur la justice constitutionnelle. Pour une vue d'ensemble des mécanismes européens, voy. not. L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, 3^e éd., Paris, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 1996 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996 ; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politiques, 1996.

(84) Voy. les comptes-rendus réguliers de la jurisprudence des Cours constitutionnelles européennes dans l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*.

(85) Selon l'expression de Jean Rivero.

(86) *Ibid.*, p. 181.

(87) D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle...*, *op. cit.*, p. 43.

affirment d'emblée le principe de la soumission de toutes les autorités, y compris du législateur, aux droits insérés dans la Constitution. L'article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande proclame, par exemple, que les droits fondamentaux « lient le pouvoir législatif » (88). Ces cinq Constitutions mettent simultanément en place une Cour constitutionnelle (89). Les deux démarches sont indissociables.

L'élargissement des catalogues à des droits économiques, sociaux et culturels, qui ne confèrent en principe pas de droits subjectifs aux individus, a peut-être aussi favorisé la mise en place de modes de contrôle objectifs. Privés d'autres garanties juridictionnelles, ces droits trouvent dans le contrôle de constitutionnalité leur principale sanction.

La justice constitutionnelle a, dans d'autres Etats, été conçue à des fins régulatrices, avant de devenir réellement protectrice. Francis Delpérée rappelle que « le mouvement est venu, d'abord des Etats fédéraux — qui étaient préoccupés de résoudre les conflits qui pouvaient surgir entre la loi du Bund et celles des Länder — » (90). Comme l'indique encore son nom, la Cour d'arbitrage belge, mise en place en 1985, a d'abord été chargée de trancher, par application des règles répartitrices de compétences, les conflits qui surgiraient inévitablement entre les collectivités politiques jouissant de l'autonomie. Sa compétence a ensuite été étendue à la protection de droits politiquement sensibles : la liberté de l'enseignement, l'égalité et la non-discrimination. La Cour a su faire bon usage de la porte qui lui était entrouverte en assurant, sous l'angle de l'égalité et de la non-discrimination, la protection de tous les droits reconnus aux Belges.

Le Luxembourg vient de s'engager dans la voie du constitutionnalisme, en insérant un article 95^{ter} dans la Constitution, prévoyant la mise en place d'une Cour constitutionnelle (91). La loi d'application de cette disposition vient d'être adoptée (92).

3. LES GARANTIES DE PERMANENCE RENFORCÉES. Dans certains Etats, la conception de l'Etat de droit semble dépasser celle de l'Etat constitutionnel.

(88) Article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande. L'article 20. 3 ajoute : « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et par le droit ».

(89) La Grèce, l'Allemagne et l'Espagne avaient déjà fait l'expérience du contrôle de constitutionnalité dans des Constitutions antérieures.

(90) F. DELPÉRÉE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg », *Ann. dr. Lux.*, 1995, p. 15. J. RIVERO observe également que « ce n'est tout de même pas un hasard si les pays qui, les premiers, ont mis au point un contrôle de constitutionnalité sont des pays fédéraux » (« La loi et les droits fondamentaux », in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2^e éd., Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1987, p. 181).

(91) Voy. F. DELPÉRÉE, « Le contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, pp. 11-38.

(92) Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, *Mémorial A*, n° 58, p. 1724.

Les principes ou les dispositions jugés les plus importants sont assortis de nouvelles garanties de permanence. Les Constituants les ont verrouillés définitivement, naïvement peut-être, en les soustrayant à toute révision ultérieure (93). Les droits fondamentaux sont souvent les premiers bénéficiaires de ces verrous.

En Allemagne et en Grèce, le principe de la protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux qui en découlent bénéficie d'un verrouillage qui doit assurer sa pérennité. L'article premier de la Loi fondamentale allemande donne aux pouvoirs publics l'obligation de respecter et de protéger la dignité de l'homme, avec pour conséquences la reconnaissance de droits inviolables et l'obligation pour les trois pouvoirs de respecter les droits fondamentaux. L'article 20 énonce les fondements de l'ordre étatique. Ces dispositions ne pourront en aucun cas être modifiées ou supprimées, même par le pouvoir constituant (94). En Grèce, l'article qui proclame, en début de texte, que « le respect et la protection de la valeur humaine constituent l'obligation primordiale de la République » est également non-amendable (95).

En Italie et au Portugal, les droits fondamentaux les plus importants ne peuvent être remis en cause, même par le Constituant. La jurisprudence considère, en Italie, que les « droits inviolables » forment un noyau soustrait à toute révision constitutionnelle (96). « Éléments essentiels et stables » (97) de l'ordonnancement constitutionnel, ils ne peuvent être exposés aux évolutions politico-sociales. Il s'agit « de droits inviolables parce que toute violation (à travers même la procédure de révision de la Constitution) serait inadmissible, entraînant un bouleversement des principes éthiques et politiques sur qui se base la légitimité des institutions politiques » (98). Il en va de même des « droits libertés et garanties » de la Constitution portugaise (99).

(93) Voy. les rapports présentés à la Table Ronde d'Aix-en-Provence des 16 et 17 septembre 1994, sur le thème « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle », *A.I.J.C.*, 1994, pp. 31-254.

(94) Article 79 de la Loi fondamentale allemande.

(95) Article 2 de la Constitution grecque. Voy. P.D. DAGTOGLOU, « Constitutional and administrative law », in *Introduction to Greek Law*, 2^e éd., Deventer, Kluwer, 1993, pp. 47-50.

(96) Ce verrou est fondé sur la jurisprudence constitutionnelle. Voir M. LUCIANI, « Italie — Introduction », in F. DELPÉRÉE, M. VERDUSSEN et K. BIVER, *op. cit.*, p. 524.

(97) G. ZAGREBELSKI, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux — Cour constitutionnelle italienne », in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 305.

(98) *Ibid.*, p. 306.

(99) Article 288 de la Constitution portugaise.

§ 3. — LA SUPRÉMATIE
DES TEXTES INTERNATIONAUX

Du point de vue du droit international, les conventions régulièrement ratifiées priment le droit national. Mais, en droit interne, les conventions directement applicables jouissent d'une place variable dans la hiérarchie des normes.

Cinq Etats membres de l'Union européenne, parmi les treize qui ont intégré la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne (100), ne lui accordent qu'une valeur législative. Elle jouit, dans les huit autres Etats, d'une valeur supra-législative, constitutionnelle, ou même supra-constitutionnelle. Elle est en outre, dans certains Etats, intégrée parmi les normes de référence du juge constitutionnel.

1. L'INTÉGRATION AU RANG LÉGISLATIF. L'Allemagne, l'Italie, le Danemark, la Suède et la Finlande ne reconnaissent à la Convention qu'une valeur législative. En vertu de l'adage « *lex posterior priori derogat* », une loi postérieure dérogeant à la Convention devrait, en principe, prévaloir sur celle-ci. La jurisprudence tend cependant, dans les quatre premiers Etats, à conférer indirectement une certaine priorité aux dispositions de la Convention.

En Allemagne, au Danemark et en Suède, le législateur est présumé agir conformément à la Convention, tant qu'il n'apparaît pas clairement qu'il ait voulu y déroger. Les juridictions mettent en œuvre, dans toute la mesure du possible, la technique de l'interprétation conciliante. Elles appliquent la loi interne, mais en l'interprétant d'une manière qui soit conforme aux obligations internationales de l'Etat.

La doctrine et la jurisprudence confèrent, en Italie, une valeur quasi-constitutionnelle à la Convention. L'article 10, alinéa 1^{er}, de la Constitution dispose que « l'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues ». Cet article a été interprété comme étant une « clause d'ouverture », permettant la reconnaissance de droits qui ne seraient pas consacrés par la Constitution (101). Après avoir affirmé que l'article 10, alinéa 1^{er}, visait uniquement les dispositions coutumières, à l'exclusion des conventions (102), la Cour constitutionnelle italienne admet,

(100) La question de la suprématie de la Convention ne concerne pas la Grande-Bretagne et l'Irlande, puisqu'elles ne l'ont pas insérée dans l'ordre interne.

(101) Voy. not. M.-C. PONTHEUREAU, *La reconnaissance de droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française — Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994.

(102) Corte cost., 6 mars 1987, n° 153 et Corte. cost., 22 décembre 1980 (1986), n° 188, citées par G. POLAKIEWICZ, *op. cit.*, p. 366.

depuis 1993, qu'il puisse viser des dispositions écrites telles que la Convention européenne des droits de l'homme (103).

2. L'INTÉGRATION À UN RANG SUPRA-LÉGISLATIF. La Convention européenne des droits de l'homme est dotée, en France, en Belgique, au Luxembourg, au Portugal, en Grèce, en Espagne, en Autriche et aux Pays-Bas, d'une supériorité normative sur la loi. Elle dispose, dans les six premiers Etats, d'une valeur intermédiaire entre la loi et la Constitution. L'Autriche lui reconnaît une valeur constitutionnelle. Les Pays-Bas adoptent une solution extrême, palliant les lacunes du droit interne, en lui accordant une valeur supérieure à celle de la Constitution (104).

3. L'INTÉGRATION DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE. La suprématie effective des droits fondamentaux définis par la Convention européenne des droits de l'homme ne peut être assurée par le juge constitutionnel que si la Convention est intégrée, d'une manière ou d'une autre, parmi ses normes de référence (105). La problématique ne concerne bien entendu que les Etats dotés d'un mécanisme effectif de justice constitutionnelle, soit l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Italie et le Portugal. Dans ces huit Etats, le juge constitutionnel peut avoir recours aux dispositions de la Convention à trois titres. Il peut y faire référence directement, indirectement ou à titre interprétatif.

La référence à la Convention est directe — ou « autonome » (106) — lorsque le juge constitutionnel censure la violation, par la loi, d'une disposition de la Convention. Dans ce cas, il contrôle non seulement la constitutionnalité des lois, mais également leur conventionnalité. Seule l'Autriche intègre directement les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme parmi les normes de référence du juge constitutionnel. Le contrôle s'y opère en regard de toutes les dispositions de valeur constitutionnelle, valeur dont bénéficie précisément la Convention. Au Portugal, la position du Tribunal constitutionnel est encore incertaine, la première section considérant qu'une violation de la Convention représente une inconstitutionnalité qu'il lui appartient de censurer, tandis que la seconde se refuse à exercer un tel contrôle. La question a cependant moins d'importance pratique que dans d'autres Etats, dans la mesure où les droits constitutionnellement garantis couvrent largement les droits définis par la Convention.

(103) C. GREWE, *op. cit.*, p. 157.

(104) R. ERGEC, *op. cit.* ; G. POLAKIEWICZ, *op. cit.*, pp. 359-376.

(105) Voy. not. l'étude de M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. pp. 30-62.

(106) Selon l'expression de M. VERDUSSEN, *ibid.*, p. 31.

La référence à la Convention est indirecte si le juge constitutionnel n'en fait application que par le truchement d'une disposition constitutionnelle dont il lui revient d'assurer le respect. Les droits définis par la Convention deviennent, dans cette hypothèse, une « valeur de référence des normes constitutionnelles » (107). La jurisprudence de la Cour d'arbitrage belge illustre parfaitement cette technique. La Cour a su profiter de sa compétence en matière d'égalité et de non-discrimination dans « la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges » (108) pour assurer une certaine protection à l'ensemble des droits fondamentaux. Elle intègre en effet dans sa jurisprudence, par le prisme du contrôle d'égalité et de non-discrimination, tous les droits définis par la Constitution ou par des dispositions internationales directement applicables, telles que la Convention européenne des droits de l'homme.

La référence à la Convention est interprétative, enfin, lorsque le juge constitutionnel applique ses propres normes de référence en les interprétant à la lumière des dispositions conventionnelles. La référence à la Convention en tant que « modèle d'interprétation des normes constitutionnelles » (109) est, le plus souvent, d'origine prétorienne ; les juridictions constitutionnelles pratiquent habituellement la technique de l'interprétation conforme. Seule la Constitution espagnole dispose expressément que « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution, seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiées par l'Espagne » (110). La Constitution portugaise impose que ses propres dispositions soient interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme. La jurisprudence constitutionnelle étend ce principe à d'autres documents internationaux, parmi lesquels la Convention européenne des droits de l'homme.

Conclusion

Par le jeu de leurs influences mutuelles, grâce aussi à une action européenne réellement concertée, les Etats membres de l'Union européenne semblent progresser vers une même théorie formelle des droits fondamentaux.

Quelle que soit la doctrine qui les sous-tendait à l'origine, les textes relatifs aux droits fondamentaux poursuivent aujourd'hui la même aspiration. Ils assignent à la société politique la finalité première de sauvegarder et de

(107) *Ibid.*, p. 55.

(108) Article 11 de la Constitution belge.

(109) M. VERDUSSEN, « La Convention... », *op. cit.*, p. 44.

(110) Article 10.2 de la Constitution espagnole.

promouvoir la dignité humaine. Parce qu'ils expriment les valeurs de base que se reconnaît la société politique, les droits fondamentaux sont définis dans des textes caractérisés par la solennité. Parce que cette solennité ne suffit pas à assurer leur effectivité, les droits dont les autorités peuvent raisonnablement assurer le respect se voient reconnaître la qualité de droits subjectifs directement applicables. Parce que l'on a pris conscience de ce que ces droits devaient être protégés non seulement contre le pouvoir exécutif, mais aussi contre le pouvoir législatif, le droit constitutionnel moderne les dote d'une suprématie normative, sanctionnée par le juge constitutionnel.

Tous les Etats membres de l'Union européenne sont, à des degrés divers, engagés dans ce processus de valorisation des droits fondamentaux. Les pays anglo-saxons et les pays nordiques, marqués par des particularismes plus forts, peut-être moins meurtris par le totalitarisme, demeurent en retrait dans cette marche convergeante. Mais la force d'attraction des textes internationaux, en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme, maintient l'ensemble des Etats membres de l'Union dans une remarquable et rassurante proximité.