

Principes communs de la protection des droits fondamentaux en Europe et le rôle de la justice constitutionnelle

Rainer Arnold

Professeur à l'Université de Ratisbonne

Chers collègues,
Mesdames et Messieurs,

C'est un grand plaisir pour moi que de pouvoir intervenir, pour quelques minutes, à la fin de la conférence, sur un sujet plus large que les questions de procédure qui sont au centre de notre congrès.

1. La protection des droits fondamentaux comme fonction centrale des cours constitutionnelles

La protection des droits fondamentaux est une fonction centrale des cours constitutionnelles. La procédure et la protection de l'individu sont interconnectées. Une procédure efficace assure l'application adéquate de la constitution et favorise donc le respect des garanties de la liberté de l'individu. Je m'excuse de ne pas contribuer au sujet propre de la conférence, étant donné que l'Allemagne n'est pas un pays francophone, mais je suis très reconnaissant de pouvoir intervenir brièvement sur la thématique de la protection constitutionnelle de la liberté, qui est le sujet de mon travail comparatiste. La protection des droits fondamentaux est une fonction centrale des cours constitutionnelles (bien sûr aussi des cours suprêmes et des conseils constitutionnels) dans le constitutionnalisme contemporain. Ces cours sont les gardiennes et les promotrices de la protection de l'individu.

On peut dire que cette protection figure parmi les tâches de tout organe juridictionnel dans un système constitutionnel, puisque les droits fondamentaux (ou, en terminologie française, les libertés publiques, les droits humains¹) ont force obligatoire pour la totalité de la puissance publique (y compris le législateur). Ils sont, pour la plupart, directement applicables et s'effectuent dans toutes les branches du droit, ce qui correspond à leur caractère double, comme des droits subjectifs et, en même temps, des valeurs objectives². Toutefois la fonction des cours ou des conseils constitutionnels ainsi que des cours suprêmes dans ce cadre est particulièrement importante car ces institutions ont le « dernier mot » en ce qui concerne la définition et l'application des droits fondamentaux.

1. V. Samuel Etoa, La terminologie des « droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdj0902etoea.pdf>

2. V. pour l'Allemagne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (CCF) déc. vol. 6, p. 55, 72 ; vol. 7, p. 198, 204/205 ; vol. 21, p. 362, 371, 372 ; vol.50, p. 290, 337 ; pour des nouvelles démocraties postcommunistes v. Rainer Arnold, Allgemeine Prinzipien des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes in Mittel-, Ost- und Südosteuropa (Principes généraux des la protection des droits fondamentaux dans l'Europe centrale, orientale et de sud-est), dans Handbuch der Grundrechte vol IX, dir. Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier, Rainer Arnold (directeurs), 2016, p. 1011-1037, 101371014, avec des références à la Serbie, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie

2. La dignité humaine et le principe de liberté comme principes directeurs du constitutionnalisme contemporain

Le constitutionnalisme d'aujourd'hui, en Europe et aussi au-delà, manifeste l'acceptation du rôle primordial de l'être humain dont la dignité est reconnue, de manière croissante, dans les textes des constitutions comme étant la valeur suprême de l'État et de la société. Le principe de liberté de l'homme est le principe de base de la Constitution, fonctionnellement lié à la dignité³.

Il faut souligner : la liberté est le principe et la restriction de la liberté est l'exception qui doit être légitimée. Cette légitimation réside dans le fait que la liberté est restreinte pour des raisons contraignantes de l'intérêt public, ce dernier résultant de la seule finalité que poursuit l'État : celle de servir l'homme, directement ou indirectement.

La restriction de la liberté doit correspondre au principe de la proportionnalité, principe « magique » du constitutionnalisme contemporain, répandu universellement⁴.

3. Les fonctions de la justice constitutionnelle pour la protection de l'individu

Quatre fonctions reviennent à la justice constitutionnelle, qu'elle soit exercée soit par des cours ou des conseils constitutionnels (modèle autrichien-européen) soit par des cours suprêmes (modèle américain).

Ces fonctions sont les suivantes :

– *dynamiser* la liberté exprimée par les droits fondamentaux, c'est-à-dire interpréter celle-ci de manière dynamique. La constitution est un *instrument vivant*⁵ qui doit adapter son contenu aux changements sociaux majeurs, étant donné qu'il représente un instrument créé à un moment historique précis, mais destiné à être une norme directrice pour le futur, et qu'il est donc nécessaire d'adapter⁶ pour qu'il puisse remplir sa fonction à chaque moment de son existence, *effectuer* la protection en interprétant les droits fondamentaux de manière *substantiellement* et *fonctionnellement* efficace.

Le principe de liberté qui est à la base de chaque Constitution démocratique, soit de manière écrite soit non écrite, implicite, présuppose l'existence d'une protection *complète* de l'individu. Il en résulte que les juges ont le droit et même l'obligation de compléter le texte écrit par interprétation pour introduire par la jurisprudence les garanties qui ne sont pas encore formulées. Cette fonction de *compléter* le texte constitutionnel et avec cela la *substance* de la protection est l'une des tâches les plus importantes du juge constitutionnel⁷.

La fonction que remplit la justice constitutionnelle d'effectuer la protection de l'individu s'exprime aussi par l'obligation, pour le juge, de renforcer la *fonction* des droits fondamentaux.

L'efficacité des garanties formulées par les textes doit être *optimisée* par l'interprétation, en accord avec le principe de l'effet utile tel qu'il est développé par les cours européennes. Cette approche

3. V. Rainer Arnold, Substantielle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus (Efficacité substantielle et fonctionnelle de la protection des droits fondamentaux dans le constitutionnalisme européen), dans: Max-Emanuel Geis, Markus Winkler, Christian Bickenbach, Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, 2015, p. 3-10.

4. V. Rainer Arnold, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, together with J.I. Martínez Estay, F. Zuniga Urbina, dans: Estudios Constitucionales 2012, Santiago de Chile, p. 65-116.

5. V. Luzius Wildhaber, The European Court of Human Rights in action, <http://www.asianlii.org/jp/journals/RitsLRev/2004/4.pdf>. Ce caractère d'un document de type constitutionnel comme la Convention européenne des droits de l'homme est à constater également pour les constitutions formelles de l'État.

6. V. Fritz Ossenbühl, Grundsätze der Grundrechtsinterpretation (Principes de l'interprétation des droits fondamentaux), dans: Handbuch der Grundrechte, vol. i, detlev Merten, hans-jürgen Papier (dir.), 2004, p. 595-630, en particulier p. 607-609.

7. V. Giorgio Berti, Interpretazione Costituzionale, 2^e éd. 1990, p. 234-239.

d'optimisation s'applique, sans aucun doute, aussi aux garanties non écrites, développées par la jurisprudence⁸.

Effectuer la protection de manière *fonctionnelle* veut aussi dire limiter les restrictions. Il faut que l'essence, la nature du droit fondamental soit respectée par la loi qui restreint la liberté et, surtout, que le principe de proportionnalité soit soigneusement appliqué. Si le texte de la constitution ne prévoit pas ces principes, il faut que le juge les développe par interprétation. On trouve des exemples de ce développement dans la jurisprudence constitutionnelle de nombreux pays, *intégrer* la protection des droits fondamentaux dans le concept moderne de l'État de droit. Celui-ci est «valorisé» c'est-à-dire qu'il comprend, comme éléments nécessaires, les valeurs à protéger exprimées par les droits fondamentaux. Protection de la liberté et État de droit s'associent l'un à l'autre et forment une «unité fonctionnelle»⁹. Les éléments importants de l'État de droit développés par la jurisprudence sont indispensables pour la protection de la liberté : la sécurité juridique, notamment la précision de la loi, la proportionnalité, la non rétroactivité, les exigences procédurales, la justiciabilité des restrictions de la liberté, etc.

– *internationaliser* la protection, c'est-à-dire l'harmoniser avec les garanties existantes à un niveau international, incorporées notamment dans les instruments régionaux comme la Convention européenne des droits de l'homme.

L'internationalisation de la protection de l'individu est une conséquence nécessaire de la primauté du droit international sur le droit national qui s'inscrit dans le processus plus général de la globalisation. Ce processus favorise l'harmonisation régionale et universelle des standards de protection. Un tel processus ne doit pas affaiblir la protection en réduisant sa substance mais, au contraire, doit viser à la renforcer. C'est justement ce que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a fait en 2004, dans l'affaire Görgülü¹⁰, en établissant l'obligation, pour les interprètes de la Constitution, de concevoir les droits fondamentaux nationaux à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits humains. Le non-respect du standard international de la Convention porterait atteinte, selon ce concept, aux droits fondamentaux nationaux. Une telle «sous-estimation» du droit international justifierait même un recours individuel pour violation des droits nationaux¹¹.

Ce phénomène d'internationalisation de la protection de l'individu à niveau national se révèle être une tendance commune européenne, celle-ci se manifestant soit par un texte écrit (comme l'art. 10 de la Constitution espagnole) soit par jurisprudence constitutionnelle.

Le juge, et notamment le juge constitutionnel, occupe un rôle primordial dans la défense des droits protégeant la liberté de l'individu. Une procédure adéquate est indispensable pour réaliser une protection efficace. La procédure, sujet de notre congrès, est donc la condition indissociable de la protection substantielle, tâche fondamentale de la justice constitutionnelle.

8. V. Rainer Arnold, Les points de vue des juridictions nationales en Allemagne, in: Cours suprêmes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration?, In memoriam Louis Favoreu, J. Iliopoulos-Strangas (dir.) Athènes 2007, p. 63-93

9. Rainer Arnold, L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen, Revue française de droit constitutionnel, 25 ans de droit constitutionnel no. 100,2 1014/4, p. 769-776.

10. http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html/32,33.

11. FCC Görgülü (note 10) note marg. 63.