

Constitutions nationales et valeurs européennes

Ouvrage publié sous la direction de Marie-Odile Peyroux-Sissoko et
Peter Kruzsliz

Éditeur: Centre Universitaire Francophone

Année: 2015

ISSN 2498-5120

ISBN 978-963-306-445-0

Le présent ouvrage a été réalisé avec le soutien du Programme
„Balaton”, Partenariat Hubert Curien.

Table des matières

Avant-Propos5

Première partie

Actes du séminaire de recherche à Szeged6

László Trócsányi – Une tentative d’identification des éléments de l’identité constitutionnelle hongroise dans la Loi fondamentale8

Bertrand Mathieu – L’ordre juridique national confronté au développement d’ordres juridiques supranationaux..... 23

Marie-Odile Peyroux-Sissoko – Charte des droits fondamentaux et Convention européenne des droits de l’homme.
Vers un ordre juridique unique ?..... 35

Peter Kruszlicz – Les valeurs de l’Europe des valeurs : analyse juridique des valeurs à caractère constitutionnel, déclarées par les Traités européens..... 51

Marc Guerrini – Les acteurs assurant le respect des valeurs européennes..... 69

Márton Sulyok – Les échos internationaux à l’adoption de la Loi fondamentale de la Hongrie, de ses amendements et des lois organiques relatives à son application102

Deuxième partie

Actes et débats de la table ronde à Paris 115

Bertrand Mathieu – Synthèse des interventions françaises, Bertrand Mathieu, Marc Guerrini, Marie-Odile Peyroux-Sissoko 118

Peter Kruzslicz – Synthèse des interventions hongroises,
László Trócsányi, Péter Kruzslicz, Márton Sulyok. 126

Peter Kruzslicz – Analyse introductive des compétences de
l’ordre juridique de l’Union européenne : les moyens et les
résultats juridiques de l’action de l’Union 136

Márton Sulyok – Les compétences étatiques :
réserves de compétences nationales et identités
constitutionnelles – le point de vue hongrois..... 145

Marc Guerrini – L’identité constitutionnelle
du point de vue français 157

Marc Guerrini – Les mécanismes de régulation
des conflits entre les différents ordres juridiques 174

Marie-Odile Peyroux-Sissoko – Un exemple de régulation
en France : la question du voile intégral..... 185

Anikó Raisz – L’identité constitutionnelle hongroise
dans la relation entre l’Église et l’État..... 192

Avant-Propos

Ce projet de recherche dont les résultats sont publiés dans le présent recueil, portant sur les identités constitutionnelles nationales et les valeurs européennes fait partie du projet franco-hongrois « Balaton » organisé au sein des programmes Hubert Curien dont la finalité est de faciliter et d'encourager la mobilité de chercheurs. Mené en coopération avec le Centre de recherche en Droit constitutionnel de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et l'Institut d'études internationales et régionales de l'Université de Szeged et son Centre universitaire francophone, il vise en particulier à explorer, grâce à une approche comparative des doctrines et expériences françaises et hongroises, la relation complexe que nourrissent les constitutions nationales et les valeurs européennes. Tantôt caractérisée comme harmonieuse et complémentaire ou constituant la force de l'Union européenne, tantôt soumise à rudes épreuves et renfermant des contradictions potentielles, cette relation est *in fine* féconde, ce que nous avons tenté de révéler. Nous avons également tenté de mettre en évidence à quel point le, ou les, droits constitutionnels contribuent à l'intégration européenne sous réserve du respect et de la préservation des particularités constitutives des identités nationales.

Plusieurs questions ont orienté la réalisation de ce projet. Tout d'abord, il convenait de déterminer comment la doctrine et la jurisprudence définissent l'identité constitutionnelle qui remplit à la fois une fonction de limite par rapport aux compétences et à l'approfondissement de l'intégration européenne mais qui a également une mission d'intégration en vue de constituer un patrimoine constitutionnel commun aux États membres, « l'identité nationale ». De ce point de vue, les traditions constitutionnelles sont une figure consacrée dans les traités européens.

Ainsi, alors que l'article 4.2 du Traité de l'Union européenne énonce que « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre* », l'article 6.3 stipule que « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.* ». La question a également été abordée de savoir comment les valeurs européennes sont perçues par les ordres constitutionnels nationaux ? Quelles en sont les sources ? Quels rapports les cours suprêmes nationales et les juridictions constitutionnelles, d'une part, et la Cour de Justice de l'Union européenne, d'autre part, entretiennent-elles avec ces références européennes ?

Dans la pratique, le projet de recherche s'est décliné en deux volets principaux suivant les rencontres des délégations française et hongroise. En premier lieu, un séminaire de recherche fut organisé le 27 novembre 2014 à Szeged en Hongrie autour du thème des valeurs européennes. Dans quelle mesure retrouve-t-on le respect de celles-ci consacré dans les constitutions nationales ? Quels sont les impacts de la création des ordres juridiques supranationaux quant aux prérogatives constitutionnelles ? Comment est garanti le respect des normes européennes ? Moins d'un mois plus tard, le 19 décembre 2014, une table ronde réunit à nouveau les chercheurs à Paris et analysa les relations entre les juridictions nationales et celles de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, leurs compétences respectives, les mécanismes de régulation de conflits pouvant surgir entre ces deux niveaux d'ordre juridique et quelques spécificités nationales.

Au cours de ces rencontres, ce sont les concepts essentiels du droit constitutionnel qui ont été revisités : rapports entre la démocratie et les droits fondamentaux, ces derniers étant parfois conçus, à tort, comme le contenu exclusif des valeurs nationales et de l'Union ; rapports entre le pouvoir politique et les juges, ces derniers recevant, de fait, la mission

essentielle de réguler les rapports de systèmes ; rapports entre la souveraineté nationale et la construction d'ordres juridiques supranationaux... Dans un contexte marqué par l'affirmation des identités nationales, et le développement des défis que l'Europe doit affronter, il convient de sortir des conceptions étroitement idéologiques ou technocratiques de la construction européenne, pour réfléchir, de manière pragmatique, avec les instruments juridiques à notre disposition, à la distinction entre ce qui doit relever des valeurs communes européennes et ce qui relève du génie propre à chacun des Peuples, ou à chacune des Nations, qui composent cette Europe. Le repli identitaire comme la perte d'identité constituent des écueils qui doivent être surmontés. Le dialogue amorcé dans ces rencontres en témoigne.

Ce dialogue est probablement la condition de la survie de la culture, de la civilisation, européennes, une alchimie avec la démocratie, des racines religieuses et culturelles exceptionnelles, et d'une certaine conception de l'homme. On ne peut fusionner dans un creuset commun des histoires nationales riches de traditions multiples et de cultures spécifiques, mais aussi lourdes de conflits et de divisions. Pour construire un espace de paix, dans un monde où les bruits de guerre sont de plus en plus présents, il faut que les peuples puissent apporter leur adhésion, et pour cela il faut leur garantir la préservation de leur identité, tout en dessinant un projet commun. Le droit n'est, en la matière, qu'un instrument, un outil. En ce sens, cet ouvrage qui se veut essentiellement juridique, mais n'écarte aucune question, rassemble les conclusions de ces discussions fructueuses. Il se veut à même d'apporter quelques réponses aux interrogations sur la place, le rôle et le respect des identités nationales dans le projet européen mais aussi de susciter de nouvelles questions pour continuer un débat encore et toujours nécessaire, appuyé sur les fondements du droit public des États membres et de l'intégration européenne.

Bertrand Mathieu et László Trócsányi

Première partie

Actes du séminaire de recherche à Szeged

László Trócsányi

Une tentative d'identification des éléments de l'identité constitutionnelle hongroise dans la Loi fondamentale

Dans la présente analyse, à titre introductif aux débats qui suivront, nous nous pencherons sur l'identité constitutionnelle nationale. La notion d'identité nationale, étroitement liée à l'identité constitutionnelle des États, fera également l'objet d'un examen. C'est ainsi que nous étudierons la Constitution sous l'aspect de l'intégration européenne pour donner une première définition des éléments constitutifs d'une identité constitutionnelle. Nous analyserons après l'identité constitutionnelle nationale en tant que principe permettant de faire valoir des droits constitutionnels nationaux en droit européen pour enfin conclure sur l'identification de l'identité constitutionnelle hongroise dans la Loi fondamentale.

I. Quelques questions de principe autour de la notion d'identité constitutionnelle nationale

L'analyse de l'identité constitutionnelle nationale appelle des réponses à quelques questions de principe. Tout d'abord, il est important de comprendre quels sont les objectifs d'une Constitution. À la fois servant de mémoire et de projet, les Constitutions nationales non seulement sont profondément ancrées dans les traditions constitutionnelles et le développement constitutionnel du pays mais reflètent aussi un message pour

l'avenir, comprenant la projection de l'État en question dans le futur ainsi qu'un programme politique et social. Les Constitutions nationales sont à la fois uniques et universelles. Elles témoignent de l'état du droit mais aussi des structures fondamentales juridiques et politiques d'un pays à un moment donné. Elles ont la vocation de régler, d'une manière générale et abstraite, toutes les questions relatives à l'exercice du pouvoir public.

A/ L'émergence de l'identité constitutionnelle en droit constitutionnel national

Ainsi, une Constitution nationale est un cadre et un miroir. D'une part, elle structure l'État. Elle en définit les fondements. Elle le constitue même. Elle dispose, d'une manière globale, de l'ensemble des questions liées au pouvoir étatique. D'autre part, elle reflète la philosophie politique de l'État. En définissant l'organisation étatique d'un pays donné, elle effectue des choix essentiels. Par exemple, les dispositions que nous pouvons retrouver lorsque la Constitution énumère le catalogue des droits fondamentaux et qu'elle définit les mécanismes de protection desdits droits, déterminent la nature et orientent une vision pour l'État qui est en train de se former par le libellé constitutionnel. La Constitution en tant que mémoire et projet, en tant que cadre et miroir d'un État, a ses éléments spécifiques majeurs.

Les Constitutions nationales disposent indéniablement d'une fonction de création d'identité. Dans un de ses fameux arrêts, la Cour suprême de l'Inde a expliqué les conséquences mêmes de ce phénomène : « *La Constitution est un héritage précieux et respecté. Pour cela, il n'est pas possible de détruire son identité* »¹. Ainsi d'abord, il est évident que les Constitutions nationales ont leur identité. Il est également apparent que cette identité découle d'un développement constitutionnel séculaire et organique. Mais si l'identité constitutionnelle se base sur le

1 Cette phrase a pour origine un arrêt fondamental de la Cour suprême des Indes (*Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, AIR 1980 SC 1789, 1798) par lequel la Cour a déclaré que la Constitution limite le Parlement dans ses compétences de révision constitutionnelle. L'arrêt a ainsi annulé deux modifications constitutionnelles jugées non conformes à la Constitution.

passé, elle oriente aussi l'avenir de l'État. Pour cela, elle ne peut pas être détruite. C'est ce qui lui donne son caractère précieux et respecté.

La notion de Constitution est, en doctrine constitutionnelle mais également en pratique politique, liée à l'État. Ce sont les États qui ont leurs développements constitutionnels propres. Ce sont les États qui ont construit leurs structures constitutionnelles. Et les Constitutions qui sont donc, par définition, nationales, disposent de l'État, de son organisation et des limites quant à l'exercice du pouvoir. Ce sont ces cadres étatiques qui ont leurs spécificités de par leur histoire et en raison de leurs structures constitutionnelles propres. L'identité est de ce point de vue nationale, et est reflétée également dans les Constitutions qui sont aussi nationales et qui créent et renforcent une telle identité. Mais dans l'Europe d'aujourd'hui, l'hégémonie juridique nationale et constitutionnelle est contrebalancée par l'émergence du droit de l'intégration européenne.

B/ La consécration de l'identité constitutionnelle en droit de l'Union européenne

L'intégration européenne, qui est à la base de la création institutionnelle de l'Union européenne, est un processus aux caractères multiples. Déjà les domaines de l'intégration européenne sont nombreux. Nous parlons d'une intégration économique, certes, mais nous pouvons également témoigner d'une intégration politique. Il serait aussi possible de retrouver quelques éléments d'une intégration sociale ou encore mentionner l'existence d'une intégration culturelle en Europe. Concernant ces derniers domaines, les discussions se poursuivent encore. Une chose est sûre et certaine : nous sommes face à une intégration juridique. L'Union européenne dispose de son propre cadre juridique et institutionnel même en l'absence d'un cadre général et abstrait, qui soit clairement constitutionnel. Il est ainsi aisé de démontrer qu'elle dispose d'une structure à caractère constitutionnel.

Nous le répétons encore une fois, la Constitution en tant que notion inhérente à la souveraineté nationale, est toujours liée à un État donné. L'Union européenne, par contre, n'a pas de Constitution formelle. Les cadres de la coopération entre les États membres sont définis par les

traités. Or, depuis les années 1980, le langage politique et juridique de l'Union s'est référé à une procédure constituante pour l'Europe. De même, la Cour de justice a qualifié, déjà à cette époque, les traités comme une charte constitutionnelle². Si la tentative de constitutionnalisation a connu un échec lors des référendums néerlandais et français, et si les États membres se sont montrés frileux quant à un tel projet, ils visaient même à renforcer l'identité européenne, une partie de l'acquis de l'Union peut toujours être considérée comme offrant un cadre à caractère constitutionnel.

À partir du moment où les deux ordres juridiques, l'ordre juridique national et l'ordre juridique de l'Union, et notamment le droit constitutionnel national et le droit de l'Union coexistent, des conflits peuvent émerger. Certes, les rapports entre l'Union européenne et les États membres sont caractérisés par une volonté d'éviter ces conflits. Ni les institutions de l'Union européenne ni les États membres ne souhaitent créer une situation où un conflit ouvert peut apparaître entre les Traités et les Constitutions nationales. Néanmoins, il est possible non seulement de retrouver les champs éventuels où ces conflits pourraient éclater, notamment en matière constitutionnelle, mais aussi de retracer via les jurisprudences européennes et nationales respectives les directions générales aux limites à l'intrusion de l'autre ordre juridique et ainsi les cadres de la coexistence.

Dans l'approche du droit de l'Union, il est à rappeler ce que la Cour de justice a fait valoir : les États membres ne peuvent pas évoquer leur régime constitutionnel dans l'objectif d'une application sélective ou discriminatoire du droit de l'Union³. Par contre, conformément à l'article 4, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne, l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. De même, la mention des traditions constitutionnelles communes aux États membres à l'article 6, paragraphe 3, du même Traité signifie, concernant la protection des droits fondamentaux, que l'Union

2 CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre le Parlement européen*, aff. C-294/83.

3 CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70.

européenne les prend en compte : le droit de l'Union doit être en conformité avec les traditions constitutionnelles communes.

Dans ce contexte, il est intéressant de voir comment les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro essaient de faire la synthèse notamment autour du principe du respect de l'identité nationale : « *Il est vrai que le respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe, en effet, de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur les voies de l'intégration tout en préservant l'existence politique des États. Preuve en est qu'il fut énoncé pour la première fois explicitement à l'occasion d'une révision des traités dont les avancées sur la voie de l'intégration qu'elle prévoyait ont rendu nécessaire aux yeux des constituants son rappel. C'est ainsi que l'article F, paragraphe 1, du traité de Maastricht, devenu l'article 6, paragraphe 3, du traité sur l'Union dispose : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres ». L'identité nationale visée comprend à l'évidence l'identité constitutionnelle de l'État membre. Le confirmerait, s'il en était besoin, l'explication des éléments de l'identité nationale tentée par l'article I-5 de la Constitution pour l'Europe et par l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union tel qu'issu du traité de Lisbonne. Il appert, en effet, du libellé identique de ces deux textes que l'Union respecte « l'identité nationale (des États membres), inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles. [...] Faut-il néanmoins préciser, ce respect dû à l'identité constitutionnelle des États membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales. S'il en était ainsi, les constitutions nationales pourraient devenir un instrument permettant aux États membres de s'affranchir du droit communautaire dans ces domaines déterminés. »⁴*

Le message de l'Union européenne a visiblement un double sens : d'une part, la Constitution nationale n'est qu'un acte parmi les nombreuses normes nationales, d'autre part, le respect de l'identité nationale des États membres ainsi que des traditions constitutionnelles

4 CJUE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07. Voir également les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, §31 et §33.

communes est un élément essentiel dans la coopération européenne consacrée par le droit de l'Union.

Dans l'approche des États membres, si à l'époque de la constitutionnalité à niveaux multiples, une référence faite à la souveraineté nationale peut paraître anachronique, l'identité constitutionnelle qui remplace, en quelque sorte, le terme de la souveraineté, est à une tonalité plus agréable. Il est patent que malgré le transfert des compétences, conformément aux clauses constitutionnelles relatives à l'intégration européenne, les États membres ne souhaitent pas renoncer à leur souveraineté nationale. Ils s'inquiètent du fait que l'Union européenne, parfois sur des fondements juridiques discutables, veut élargir les domaines de ses compétences. Si une confrontation ouverte n'est pas dans l'intérêt des États, non plus, ces derniers recherchent donc sur la base de cette nouvelle notion le *modus vivendi* qui leur assure une protection adéquate vis-à-vis de l'Union.

Il est également à noter que d'une manière assez marquante, pour les États de l'Europe centrale et orientale, l'intégration européenne représente une menace pour leur souveraineté. Leur sensibilité est encore plus importante car ils ont retrouvé leur souveraineté peu avant leur adhésion. Ils ne pouvaient l'exercer que partiellement avant l'adhésion en raison des circonstances historiques. Enfin, il faut également souligner que l'identité constitutionnelle nationale, à l'opposé de la souveraineté nationale, n'a pas encore sa notion et sa théorie en droit constitutionnel et a ainsi également une consonance politique très forte. Or, de notre point de vue, c'est effectivement dans la définition de ce *modus vivendi* à élaborer notamment par les jurisprudences européenne et nationales, qu'elle pourrait jouer un rôle essentiel dans le domaine juridique.

II. Les tentatives de définition de l'identité constitutionnelle

Il est donc nécessaire d'étudier les éléments qui se dessinent autour des notions de l'identité nationale et de l'identité constitutionnelle nationale pour éclaircir, du point de vue strictement juridique, la portée et l'interprétation de la notion. Il est constant que l'identité constitutionnelle ne peut pas avoir une définition générale, tous les États devant préciser

ce qu'ils entendent par elle. Notamment ce sont les préambules constitutionnels qui peuvent servir de référence pour retrouver les éléments constitutifs des identités nationales respectives. En outre quelques jurisprudences constitutionnelles nationales peuvent nous apporter des éclaircissements sur ce point. Sans vouloir faire une étude comparative détaillée, nous nous contenterons de mentionner quelques éléments qui ressortent déjà de ces sources.

A/ L'identité constitutionnelle nationale en droits constitutionnels allemand et français

En droit constitutionnel allemand, l'identité constitutionnelle (*Identität der Verfassung*) fut soulignée très tôt : la Cour constitutionnelle allemande s'y réfère déjà dans son arrêt « Solange »⁵. Mais c'est dans l'analyse de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, relatif au Traité de Lisbonne⁶ que les éléments de l'identité constitutionnelle allemande peuvent être identifiés. Ainsi les éléments fondamentaux de la politique fiscale, les questions relatives à l'État social, les domaines essentiels de la politique culturelle sont notamment mentionnés. Mais l'identité constitutionnelle ne serait pas hermétique : ces éléments ont une influence également sur d'autres domaines tels que la migration ou la question de la non-discrimination. L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande les énumère de la manière suivante : les compétences du droit pénal et du droit de la procédure pénale, la décision concernant la mobilisation de l'armée, la responsabilité commune pour le budget, la fixation des objectifs de la politique sociale et les décisions culturelles les plus importantes.

Pour les constitutionnalistes français, l'identité constitutionnelle de la République française repose sur les principes révolutionnaires de l'histoire constitutionnelle de la France. Ainsi sont d'une manière

5 Cour constitutionnelle allemande, 29 mai 1974, *Solange I-Beschluß*, n°BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71.

6 CHALMERS (D.), *A Few Thoughts on the Lisbon Judgment*, in FISCHER-LESCANO (A.), JOERGES (Ch.), WONKA (A.) (réd.), *The German Constitutional Court's Lisbon Ruling : Legal and Political Science Perspectives*, ZERP-Diskussionspapier 1/2010, ZERP, Bremen, 2010, pp. 5 à 11.

indéniable constitutifs de celle-ci les principes de la liberté, de l'égalité et de la fraternité. De même, les principes de la laïcité, de la solidarité et de l'indivisibilité de la République sont souvent mentionnés à ce titre. Selon l'ancien Président du Conseil constitutionnel français, Pierre Mazeaud, même à travers l'interprétation des dispositions constitutionnelles françaises, il serait possible et nécessaire de découvrir celles qui couvrent « l'identité constitutionnelle », « l'essentiel de la République »⁷. Il est à noter que des juridictions constitutionnelles des États de l'Europe centrale comme, par exemple, celles de la Pologne ou de la République tchèque, se sont également intéressées à cette question dans leurs jurisprudences respectives.

B/ L'identité constitutionnelle comme une soupape aux droits constitutionnels nationaux

C'est après l'étude de l'émergence du droit de l'Union avec ses caractéristiques propres, dont notamment le principe de la primauté, et l'étude des conséquences de l'application de ces principes, par rapport à un conflit éventuel entre le droit de l'Union et un droit constitutionnel national, que l'identité constitutionnelle nationale prend tout son intérêt. Rappelons-nous que la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas exclu une interprétation absolue du principe de primauté du droit de l'Union face à toutes les normes nationales indépendamment de la place qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes. Une telle interprétation pourrait conduire à sacrifier le droit constitutionnel national pour une mise en valeur absolue des règles du droit de l'Union face aux États membres. Or un tel découronnement des droits constitutionnels nationaux sur la scène européenne a justement poussé les États membres à sauvegarder les régimes constitutionnels nationaux face au droit de l'Union.

7 MAZEAUD (P.), « Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, (18)2005, pp. 1 à 15, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51930.pdf>.

Dans ce cas de figure, nous avons donc, d'une part, la primauté du droit de l'Union européenne, d'autre part, l'application *erga omnes* des Constitutions nationales sur le territoire de l'État membre. À partir de ce constat, des questions précises se posent : les droits constitutionnels nationaux peuvent-ils être sacrifiés sur « l'autel » du droit européen ? Ou, d'une manière plus atténuée : en raison de la primauté du droit de l'Union, peut-on assister à une marginalisation des droits constitutionnels nationaux ? Enfin, si nous acceptons la mission de défense des droits constitutionnels nationaux, nous pouvons nous questionner sur les moyens adéquats pour les protéger.

Il est constant que l'obstacle à l'effet *erga omnes* des Constitutions nationales, constitué par l'interprétation absolue du principe de primauté concernant le droit de l'Union, piège, en quelque sorte, les droits constitutionnels nationaux. Il n'est pas simple de sortir d'un tel piège : soit c'est le principe général du droit de l'Union qui doit être remis en cause, soit il faut renoncer à l'effet *erga omnes* de la Constitution nationale. Le concept absolu du principe de primauté est surtout intenable en raison du fait qu'il rend impossible la mise en valeur dans le contexte de l'Union des éléments essentiels des droits constitutionnels nationaux. Or ces éléments peuvent justement être des éléments constitutionnels inhérents à l'identité nationale qui n'ont pas été annihilés lors de l'adhésion à l'Union de l'État membre en question.

C'est donc grâce à l'apparition de la norme juridique primaire concernant, de notre point de vue d'une manière suffisamment claire, les rapports entre le droit de l'Union et les Constitutions nationales, que les droits constitutionnels nationaux sont entrés dans un lien juridiquement réglementé avec le droit de l'Union. Cette norme primaire est, bien entendu, l'article 4, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne qui dispose que « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.* ».

Selon l'interprétation de Von Bogdandy et Schill, l'article 4, paragraphe 2, rédigé en cette forme, est l'expression du « constitutionnalisme composite » (composite constitutionalism, Verfassungsverbund), et dans ce cadre, l'application du droit de l'Union européenne et les juridictions constitutionnelles nationales peuvent construire ensemble et en coopération étroite le sens de la clause de l'identité constitutionnelle nationale⁸. De notre point de vue, cette disposition du Traité sur l'Union européenne reconnaît expressément une limite juridique au droit de l'Union européenne. La norme du droit européen peut être écartée en raison du respect des éléments constitutionnels nationaux inhérents à l'identité constitutionnelle nationale⁹. Ainsi le respect de l'identité constitutionnelle limite la portée du principe de primauté.

Toutefois, cette limite instaurée par la consécration en droit primaire de l'obligation du respect de l'identité constitutionnelle nationale n'est pas absolue. Elle ne peut être appliquée que d'une manière restreinte. En conséquence des conditions matérielles de son application, cette limite intervient lorsque le droit de l'Union ne peut pas remettre en cause des institutions ou des mesures des États membres qui sont fondamentales et qui concernent les fonctions essentielles de l'État et les éléments inhérents aux structures fondamentales politiques et constitutionnelles des États membres ; la limite intervient aussi en ce que l'Union ne peut pas prendre des mesures qui violeraient ou restreindraient la mise en valeur de ces institutions ou de ces mesures au sein de l'État. Ainsi ce ne sont pas toutes les normes des Constitutions nationales qui créeraient des limites au droit de l'Union, mais uniquement celles qui concernent leurs éléments essentiels. D'autre part, la non application de la norme européenne est uniquement justifiée sur le territoire de l'État membre en cause.

L'obligation du respect de l'identité constitutionnelle nationale rend ainsi nécessaire un travail d'interprétation constitutionnelle qui est la tâche des juridictions constitutionnelles nationales. Les juges constitutionnels doivent identifier et définir les éléments de leurs ordres

8 VON BOGDANDY (A.), SCHILL (S.), « Overcoming Absolute Primacy : Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *Common Market Law Review*, (48)2011, pp. 1 à 38, notamment p. 4.

9 CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Seyn-Wittgenstein c. Landeshauptman von Wien*, aff. C-208/09.

constitutionnels nationaux qui seront considérés comme constitutifs de leurs identités constitutionnelles nationales respectives. C'est ainsi que peut apparaître une interprétation relative du principe de primauté, suggérée par l'auteur de ces présentes lignes qui, en sa qualité de juge constitutionnel, affirma dans son opinion concordante à l'arrêt de la Cour constitutionnelle hongroise¹⁰ relatif à la question de la constitutionnalité du Traité de Lisbonne : « *Lorsque les États membres ont attribué une partie de leurs compétences résultant de leur souveraineté à des organes de l'Union, ils n'ont pas renoncé à la substance de leur caractère national, de leur souveraineté et de leur indépendance, ni à la détermination libre des fondements de leur ordre étatique. Les États membres ont gardé leur droit de disposition libre en matière de certains principes fondamentaux de leur Constitution indispensables pour le maintien de leur caractère national, leur identité constitutionnelle.* ».

C/ Une tentative de définition de l'identité constitutionnelle hongroise dans la Loi fondamentale

Suite à toutes ces introductions théoriques, c'est la question de l'identité constitutionnelle de l'État hongrois qui retiendra ici notre attention. En 2010, le constituant hongrois, en tant que dépositaire de l'identité hongroise, avait, parmi ses objectifs, d'adopter une Constitution de l'État membre qui parallèlement à l'eupéanisation déjà à l'œuvre dans la Constitution précédente, soit aussi capable d'exprimer la cohérence nationale. Ce sont les questions principales de l'identité constitutionnelle auxquelles il faut répondre, à savoir, qui étions-nous ? Qui sommes-nous ? Et qui souhaitons-nous devenir ?

L'idée n'est pas étrange dans les traditions constitutionnelles hongroises. L'auteur d'un livre français, publié en 1910, portant sur la Hongrie¹¹ avait déjà souligné : « *La Nation hongroise vit et lutte en Europe avec sa constitution datant de mille ans. Pendant de longs siècles, la Hongrie a résisté à la barbarie arrivant de l'Est. Tandis qu'en Hongrie l'objectif*

10 Cour constitutionnelle hongroise, n°143/2010 (VII. 14.).

11 KAIN (A.), *La Hongrie*, Erdélyi. Institut Artistique de la Cour Imp. et Royale, Budapest, 1910, p. 1.

était de freiner l'invasion, au-delà de nos frontières, la civilisation, l'industrie et le commerce ont connu leur essor grâce à la Hongrie. Parmi ces guerres internes et externes, une seule chose est restée inchangée en Hongrie : la Constitution. ».

Les fondements de l'identité constitutionnelle hongroise sont à retrouver dans l'histoire constitutionnelle de la Hongrie. Ces éléments constitutifs, en réponse aux trois questions posées, ont été consacrés par la Loi fondamentale de la Hongrie. L'histoire constitutionnelle hongroise est caractérisée surtout par le fait que si la Hongrie, à l'image du Royaume-Uni, dispose d'une Constitution fondée sur ses traditions constitutionnelles millénaires, pendant très longtemps, c'était une constitution non écrite. La première constitution écrite de la Hongrie date de 1949. L'histoire constitutionnelle qui suit la rédaction de la première constitution écrite peut être divisée en trois périodes. Avant de voir donc ces éléments constitutionnels constitutifs de l'identité constitutionnelle hongroise, notamment dans la Loi fondamentale actuellement en vigueur, il est nécessaire de retracer ces trois périodes de la constitution écrite.

Entre 1949 et 1989, suite à la seconde guerre mondiale, la Hongrie a connu, sous l'occupation des troupes armées soviétiques, le communisme et le système du parti unique. C'est justement à l'initiative des leaders communistes que la première constitution écrite de la Hongrie a été adoptée. Elle copiait, d'une manière peu originale, la constitution stalinienne de l'Union soviétique. La constitution écrite a donc été adoptée d'une manière conforme au nouveau système. Des idéologies fausses et difformes y sont apparues. Le libellé constitutionnel voulait absolument démarquer la Hongrie de ce qu'elle était. Pour la première question donc, il a donné une réponse par la négation absolue du passé. Concernant les deux autres questions liées à l'identité constitutionnelle, le texte constitutionnel a pu développer des réponses fausses et falsifiant la réalité et notre devenir.

Pendant la période du changement de régime, en raison des circonstances historiques où l'élite communiste était formellement encore au pouvoir malgré la perte visible de sa légitimité politique, et de l'opposition politiquement légitime mais n'étant pas encore légalement et démocratiquement investie, la Hongrie a conclu, par des négociations entre ces deux camps, une révision générale de sa Constitution sans la

démarrer de son origine communiste. La numérotation même de la Constitution a conservé la date de 1949. Entre 1989 et 2010, la Constitution a sans aucun doute été européanisée et démocratisée, mais elle est restée une constitution neutre ne reflétant aucune valeur et n'ayant pas l'intention de trancher les questions nécessitant justement une prise de position concernant les valeurs. Cette Constitution, tel que cela ressort de l'exposé de l'ancien ministre de la Justice, Kálmán Kulcsár qui l'a présentée, et de son Préambule, était considérée, de toute façon, comme une constitution temporaire.

Mais cette constitution temporaire est restée en vigueur, suite à la première grande révision et à plusieurs modifications, pendant vingt ans. Durant cette période, le travail de l'interprétation de la Cour constitutionnelle était primordial. Cette Cour mise en place au moment du changement de régime, en raison de l'attribution des compétences très larges à son égard, disposait d'un pouvoir que l'on pourrait qualifier d'excessif ce qui avait des avantages et des inconvénients. Le côté négatif d'un tel pouvoir dans l'interprétation d'une constitution neutre, est qu'ainsi c'est la juridiction constitutionnelle qui est devenue le créateur principal des valeurs constitutionnelles en usurpant une prérogative qui revient au pouvoir constituant démocratique. Mais en même temps, la Cour a pu, par son activisme, contribuer à la dynamique de la doctrine constitutionnelle juridique en développant un régime constitutionnel stable.

Il n'en reste pas moins que pendant cette période entre 1989 et 2010, la Constitution était stérile. Elle n'était ni mémoire ni projet pour la Nation hongroise. Elle n'apportait pas de réponses aux trois questions. Elle ne définissait pas qui nous étions, qui nous sommes et qui nous souhaitons devenir. Elle ne pouvait pas ainsi, à notre avis, être porteuse d'une véritable identité constitutionnelle nationale.

Enfin, la troisième période a débuté avec l'adoption de la Loi fondamentale en 2011. Ce nouveau libellé constitutionnel répond aux trois questions. L'on pourrait même dire que des réponses très claires ont été données à ces questions. La Loi fondamentale est ainsi très certainement porteuse de l'identité constitutionnelle nationale. Elle est non seulement le résultat du passé constitutionnel mais elle a également vocation à définir l'avenir du pays.

Tout d'abord, sans qu'il soit nécessaire d'en dire plus, la Loi fondamentale définit qui nous étions. Elle fait référence à la Constitution historique de la Hongrie et intègre au niveau constitutionnel tous les différents principes qui en découlent en en faisant une source d'interprétation du texte actuel. De nombreux éléments du passé pourraient être cités pour illustrer ce point, qu'il s'agisse du respect des libertés fondamentales consacrées déjà par les lois organiques du mois d'avril 1848 ou encore de la suprématie parlementaire qui constitue un principe constitutionnel hongrois encore plus ancien. Il est à noter que dans la jurisprudence constitutionnelle adoptée depuis l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale, ces éléments reviennent déjà permettant justement non seulement d'honorer un passé constitutionnel extrêmement riche mais aussi d'encadrer encore mieux l'exercice du pouvoir public.

La Loi fondamentale déclare aussi clairement les valeurs sur la base desquelles la société actuelle doit se construire. Ces positions de valeur démarquent la Hongrie et permettent de définir aussi les éléments constitutionnels constitutifs de l'identité constitutionnelle hongroise. Dans le présent examen, nous souhaiterions indiquer les éléments les plus visibles. D'abord, la famille ou l'institution du mariage doivent jouer un rôle très important dans la société hongroise. Les Hongrois sont ainsi encouragés à avoir des enfants. Puis, la Loi fondamentale dispose que la force de la communauté et l'honneur de chaque femme et homme sont fondés sur le travail. L'économie est ainsi basée sur le travail créateur des valeurs et sur la liberté d'entreprise. C'est ainsi aussi que la Hongrie protège les personnes contre ceux qui tentent d'abuser de leur supériorité économique. Troisièmement, toujours dans la même lignée logique, le texte constitutionnel déclare également que tout le monde est responsable de soi-même, les personnes contribuent ainsi aux activités de l'État et de la communauté selon leurs capacités et possibilités. L'énumération de ces prises de position quant aux valeurs pourrait être poursuivie. Ce qui est évident c'est qu'ainsi la Loi fondamentale répond aussi à la seconde question, à savoir qui nous sommes, quelles sont les valeurs de notre société.

Enfin, la Loi fondamentale a également vocation à définir qui nous souhaitons devenir. Sur ce point, elle donne des points de repère très marquants non seulement dans son Préambule et parmi les dispositions introductives, mais aussi par les dispositions constitutionnelles

diverses. À ce titre, la responsabilité à l'égard des générations futures apparaît d'abord. La Loi fondamentale dispose que nous sommes responsables pour nos successeurs. Nous protégeons les conditions de vie des générations futures par une utilisation raisonnable de nos ressources matérielles. Il s'agit, clairement, d'une disposition constitutionnelle très dans l'air du temps qui prévoit des engagements pour l'avenir, non seulement par le respect des principes constitutionnels fondamentaux, mais également par des règles constitutionnelles spécifiques ayant pour vocation de définir l'avenir. De même, la Loi fondamentale prévoit la protection d'une agriculture sans organismes génétiquement modifiés. Plus spécifiquement quant aux valeurs ayant portée pour l'avenir de la Hongrie, il faut garder à l'esprit les dispositions qui consacrent la politique relative à la Nation, qui déclarent l'unité intellectuelle et spirituelle des Hongrois ou mettent en valeur l'importance de la langue et de la culture hongroises. Toujours à titre d'exemple, il faut préciser que la Loi fondamentale, parmi ces règles de principe concernant l'avenir, énonce les traditions chrétiennes de la Hongrie et établit, comme la Grèce ou la Suède, une relation particulière entre l'État et l'Église.

De notre point de vue, en adoptant un libellé constitutionnel qui consacre désormais, grâce aux choix politiques du pouvoir constituant, des valeurs fondamentales au niveau juridique constitutionnel, qui répondent ainsi aisément aux trois questions que nous avons posées, la Hongrie dispose d'une Loi fondamentale qui reflète l'identité constitutionnelle de l'État. Ces valeurs jouent un rôle essentiel dans tout le système juridique hongrois lors de l'adoption et aussi lors de l'application des normes. Les éléments constitutifs de l'identité constitutionnelle hongroise doivent également bénéficier d'une protection dans l'Union européenne telle que le Traité sur l'Union européenne la prévoit. Les quelques exemples que nous avons pu citer doivent être et seront précisés et complétés par les juges constitutionnels qui auront pour tâche de délimiter le contenu normatif exact et la portée claire de ces dispositions.

Bertrand Mathieu

L'ordre juridique national confronté au développement d'ordres juridiques supranationaux

La structure étatique, forme moderne d'organisation politique, s'est développée dans certains pays par la mutation d'un système féodal en système monarchique, dans une période plus récente, soit par l'éclatement d'Empires (Austro-Hongrois, soviétique...), soit par la mise en place d'une organisation fédérale réunissant des structures étatiques ou pré-étatiques relativement faibles (États-Unis, Allemagne), soit par des découpages plus ou moins artificiels opérés dans le cadre de la décolonisation.

La création d'un État, forme moderne de la société, se justifie par l'existence d'un Peuple installé sur un territoire et partageant des valeurs communes.

L'État est fondé sur la souveraineté, concept qui lui est consubstantiel. À la période contemporaine au niveau interne le modèle communément reconnu est le modèle démocratique qui suppose la souveraineté du Peuple, la souveraineté s'incarnant dans un pouvoir initial et inconditionné.

I. La remise en cause du cadre national

Cette situation, qui est, pour l'essentiel, l'objet du droit constitutionnel, est aujourd'hui bouleversée probablement plus profondément qu'il n'y paraît. Les facteurs sont nombreux et relèvent de logiques à la fois différentes et convergentes.

A/ La géopolitique et la logique « impériale »

D'abord on peut constater, d'un point de vue géopolitique, que la logique impériale se développe s'appuyant, notamment, sur la crise de la structure étatique. Cette construction doit être appréciée sous divers aspects et vous me permettrez quelques développements tendant à montrer qu'au-delà des analyses purement constitutionnelles, la morale, l'idéologie, le souverainisme, comme l'europanisme, ne suffisent pas à mesurer les enjeux de cette évolution.

L'Union européenne, dont les prémices datent de l'après seconde guerre mondiale, se créait à la fin d'un conflit qui avait ravagé l'Europe et dans le contexte d'une guerre froide qui divisait l'Europe entre sa partie occidentale et les territoires de l'Est rattachés au bloc soviétique. Si l'on observe la situation dans une plus large perspective, la structure étatique qui a marqué l'organisation du monde est remise en cause. Ainsi au Moyen Orient les structures étatiques mises en place de manière parfois artificielle, ne résistent pas à des interventions militaires qui, visant à mettre fin à des sanglantes dictatures, ne sont parvenues qu'à leur substituer une sanglante anarchie, et plus gravement encore la constitution de groupes terroristes qui constituent une menace mortelle pour l'Occident. En Europe, la structure étatique est remise en cause sous la pression de deux mouvements contraires mais convergents : le développement d'ordres juridiques supra nationaux plus ou moins intégrés (Union européenne mais aussi Convention européenne des droits de l'homme) et le développement de revendications autonomistes régionales qui minent certains États (Espagne, Belgique, voire Royaume Uni). Il est permis de constater que la fragilisation du cadre étatique conduit au développement d'un monde à la fois parcellisé et marqué par la reconstitution de logiques impériales. D'une certaine manière, en Europe, au modèle étatique français se substitue progressivement le modèle du Saint Empire romain germanique. Cette comparaison est bien sûr caricaturale, elle n'en dessine pas moins une évolution lente mais profonde. L'Union européenne se trouve placée entre deux puissances qui s'inscrivent dans une logique impériale, schématiquement la Russie au nord et la Turquie au sud. L'histoire modèle les rêves, elle façonne aussi les réalités d'aujourd'hui.

De ce point de vue, la réflexion juridique ne peut ignorer le contexte géopolitique dans lequel elle s'inscrit. Il convient d'abord de s'interroger sur les risques auxquels conduit l'affaiblissement des États. Ces derniers se constituent autour d'une culture et de traditions communes, la constitution de grands ensembles, visant à substituer à ces racines une culture commune parfois artificielle, est un facteur de déstabilisation. Il convient également de prendre en compte le fait que dans le monde tel qu'il est tant sur le plan économique que sur le plan militaire, l'union d'États réunis par des intérêts et une idéologie communs est une nécessité vitale. La perte d'identité comme le repli identitaire représentent deux dangers majeurs.

B/ Le droit « naturel » des droits fondamentaux contre la logique étatique

L'identification des valeurs aux seuls droits fondamentaux, leur prétention à l'universalisme, engendrent deux effets qui affaiblissent le concept même de valeur nationale. D'une part ces droits fondamentaux sont très largement définis, ou interprétés, mais cela revient presque au même, par des structures supra nationales de nature juridictionnelle, voire par des organisations non gouvernementales. En ce sens les cours constitutionnelles, gardiennes des valeurs nationales exprimées par les Constitutions, se plient, implicitement ou explicitement, aux interprétations déterminées par des organes supra nationaux. D'autre part ces droits sont presque exclusivement des droits individuels. Or si le citoyen dispose de droits et devoirs qui le rattachent à son pays, l'homme est universel et ses droits individuels sont conçus comme échappant aux frontières nationales. La notion d'intérêt général, renvoyant à l'existence de devoirs, exprimant les valeurs communes exprimées par la Constitution est contestée, l'arbitrage étant pour l'essentiel réalisé entre des droits individuels, des droits d'individus sans appartenance, sans histoire, sans Patrie. On relèvera d'ailleurs que cette évolution qui isole l'individu et détruit le cadre social engendre en retour des revendications et des restructurations communautaristes, tout autant dangereuses et facteurs de dilution pour la structure étatique.

D'un autre point de vue ces droits fondamentaux, qui irriguent l'ensemble des systèmes juridiques et l'ensemble des branches du droit, constituent une forme contemporaine de droit naturel, entrant en concurrence avec le principe démocratique. Incidemment, cette conception des droits fondamentaux comme substitut à la religion pourrait expliquer les critiques adressées à des États qui, conformément à leur tradition, inscrivent une référence religieuse dans leur Constitution. Ces références s'inscrivent ainsi, aux yeux de leurs contempteurs, dans un système concurrent de celui des droits fondamentaux.

C/ Le principe démocratique concurrencé

Le concept de démocratie est aujourd'hui utilisé avec un manque de rigueur évident. Portant une forte charge idéologique, il renvoie dans le langage courant, voire dans celui du droit de l'Union européenne, à un agrégat de concepts aussi différents que l'État de droit, la protection des droits fondamentaux. Or ces différents concepts mis en pratique sont susceptibles d'entrer en conflit. La démocratie implique le respect de la volonté du Peuple s'exprimant par la voie majoritaire, elle n'implique en elle-même ni le respect des droits fondamentaux, ni la limitation du pouvoir. Dans un système ordonné autour des droits fondamentaux, le procès en non respect de la démocratie, s'appuie d'abord sur une grande méfiance à l'égard du peuple. Le système politique contemporain dans les États occidentaux, notamment, pour des raisons qu'il serait trop long d'expliquer ici, est un système essentiellement oligarchique. De ce point de vue, l'expression du Peuple doit être canalisée, elle n'est pas en soi et par principe légitime. Le principe de légitimité s'est ainsi déplacé. S'agissant de l'organisation politique, c'est plus du côté du libéralisme que de la démocratie qu'il convient de chercher ses fondements. Indépendamment de tout jugement de valeurs, dont le juriste ferait bien parfois de se départir, même s'il peut les exprimer en tant que citoyen, la démocratie n'est plus aujourd'hui que l'un des fondements des sociétés contemporaines. S'inscrivant dans la logique révélée par Montesquieu selon lequel « qui a du pouvoir a tendance à en abuser et (que) seul le pouvoir arrête le pouvoir », le pouvoir démocratique, c'est-à-dire le pouvoir politique, est arrêté par le pouvoir judiciaire, par le pouvoir transnational, par le

pouvoir économique. Cette réalité qu'il convient selon moi de constater présente en l'état plusieurs faiblesses. La première tient au fait que cette évolution est masquée aux citoyens à qui l'on fait croire que l'on s'inscrit toujours dans le cadre exclusif de la démocratie. La deuxième tient au fait que la légitimation de ces pouvoirs, contrepoids au pouvoir démocratique, est pour le moins incertaine. La troisième tient au fait que les contre pouvoirs ne doivent pas devenir plus puissants que les pouvoirs, autrement dit le pouvoir de contrôler et d'empêcher ne doit pas paralyser le pouvoir de décider et d'agir.

À partir de ces remarques très générales, qui en elles-mêmes et par leur présentation manquant de précisions méritent bien des discussions, je voudrais envisager plus précisément quelques questions propres à la construction et au développement des ordres juridiques européens, notamment celui de l'Union, qui constituent le cadre dans lequel s'inscrivent nos échanges.

II. De quelques incidences de la construction d'ordres juridiques européens¹²

J'aborderai rapidement trois thèmes qui caractérisent la construction européenne. Il s'agit d'une appréciation qui se veut objective et qui ne porte en elle-même aucun jugement critique :

- L'Union européenne s'inscrit dans une logique qui relève à la fois de la construction d'un ordre juridique international et de la construction d'un ordre juridique constitutionnel. Elle s'écarte cependant de deux concepts propres à l'ordre juridique national : la démocratie et la souveraineté ;
- La construction européenne marque une montée en puissance du juge, ce qui constitue une évolution fondamentale de la séparation des pouvoirs au sein des systèmes juridiques ;
- La construction européenne témoigne de la nécessité d'une réflexion sur la distinction entre les valeurs relevant de l'identité

¹² Cf. sur ces questions, MATHIEU (B.), *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso, 2013, 191 p..

constitutionnelle des États et celles communes à l'ordre juridique supranational.

A/ L'Union européenne : un ordre juridique qui fait l'économie du concept de souveraineté et ne se construit pas sur un fondement démocratique

Si l'Europe n'a pas encore de véritable « Constitution », sa transformation en une société politique et en un ordre juridique doté de règles d'organisation, de fonctionnement et d'un système de valeurs communes en fait incontestablement un objet du droit constitutionnel contemporain. Elle présente cependant deux caractéristiques qui la séparent d'un ordre juridique étatique.

1. L'Union européenne n'est pas un ordre juridique souverain

Le lien entre État et Constitution s'explique par le fait que l'État est considéré comme souverain, et donc qu'il a le monopole de l'édition de règles générales et inconditionnées. Au sein de l'État, le titulaire de la souveraineté qu'est le Peuple, dans une démocratie, est l'auteur de la Constitution, norme d'où procèdent à la fois les pouvoirs exercés au sein de l'État et les normes qui sont produites.

L'Union européenne peut être considérée comme dotée d'une Constitution matérielle. En effet, elle s'est vue attribuer des compétences qui relèvent par nature des États, des compétences régaliennes, par exemple le fait de battre monnaie et ces abandons de compétences relevant de la souveraineté nationale ont exigé la modification des Constitutions nationales. Cependant, l'Union européenne n'est pas un ordre juridique constitutionnel au sens normatif du terme. C'est en fait l'absence de souveraineté de cette entité politique qui prive le Traité de l'Union européenne de sa nature constitutionnelle. En effet, la « Constitution » européenne ne peut être considérée comme la norme qui confère sa validité aux autres normes. En témoigne essentiellement le fait que le droit communautaire, dans nombre de droits nationaux, prévaut sur la loi nationale non pas en vertu de la norme communautaire, mais de la

norme constitutionnelle nationale. L'absence de souveraineté de l'Union se traduit également par le fait que ce nouvel ordre juridique ne peut s'auto-réformer, l'accord de l'ensemble des États, se manifestant par un Traité, conditionne la révision de ses règles fondamentales.

2. La construction européenne et la démocratie : un rapport ambigu

La construction européenne manifeste la création d'un ordre juridique dont les fondements ne sont pas démocratiques, mais reposent sur les États. Au terme de démocratie est attaché une forte connotation idéologique. Le postulat étant posé qu'il n'y a d'ordre juridique légitime que démocratique, l'Union européenne se doit d'être démocratique afin d'être légitime. L'affirmation selon laquelle l'Union européenne aurait un fondement démocratique repose en fait sur le caractère démocratique des États qui la composent et laisse pendante la question de la légitimité de l'ordre juridique européen, non pas la réalité de cette légitimité, mais sa nature. Le Traité accorde une place spécifique à la démocratie, distincte à la fois de la légitimité substantielle que représente l'affirmation de droits et de la légitimité à la fois procédurale et substantielle que représente l'État de droit. Ainsi l'article 2 du Traité sur l'Union européenne stipule que l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme ainsi que de l'État de droit.

De ce point de vue le Parlement européen, seul organe de l'Union à avoir un fondement démocratique au sens traditionnel du terme, est investi d'une fonction légitimante dont rendent imparfaitement compte tant ses compétences que sa place dans l'architecture institutionnelle de l'Union européenne.

En réalité, le principe démocratique joue deux fonctions différentes qu'il convient de distinguer. C'est d'abord un principe légitimant. Il renvoie alors aux fondements de l'ordre juridique et à la question de la souveraineté, entendue comme principe de légitimité. Le principe démocratique concerne également la manière dont les décisions sont prises.

Il renvoie en ce sens à une technique décisionnelle visant à l'acceptation des décisions prises par leurs destinataires¹³.

Du premier de ces points de vue il est indéniable que la constitutionnalisation de l'Union européenne ne s'opère pas selon un processus démocratique. Certes, le Peuple, ou ses représentants, est intervenu à la fois pour autoriser la ratification des Traités européens et opérer les modifications induites des Constitutions nationales, mais ce sont les citoyens nationaux, ou leurs représentants qui se sont prononcés. Les citoyens de l'Union tels qu'ils sont reconnus par les Traités ou les droits nationaux n'ont aucune part à ce processus.

Si l'on admet que les États et les citoyens européens sont les deux éléments constitutifs de l'Union, l'on observe que seuls les États sont les acteurs du processus constitutionnel. Or la constitution d'un groupement d'États fondé sur les règles du droit international est étrangère au modèle démocratique.

Plus profondément la question de l'existence même d'un Peuple européen doit être posée. De manière volontariste les Traités communautaires et un certain nombre de Constitutions nationales ont affirmé l'existence d'un citoyen européen. Cette qualité est le corollaire de la qualité de citoyen d'un État membre. Elle ne présente au regard de la citoyenneté nationale aucune autonomie. Mais en toute hypothèse ces citoyens qui bénéficient de protections spécifiques et de facultés d'intervention, limitées, dans le jeu institutionnel européen, ne constituent pas un Peuple souverain.

Cette constatation étant faite, deux questions se posent. La première vise à déterminer si cette origine non démocratique du pouvoir constituant implique le caractère non démocratique de l'ordre juridique ainsi établi. La seconde conduit à s'interroger sur le point de savoir si la démocratie est une condition nécessaire à la reconnaissance d'un ordre juridique constitutionnel. De ce dernier point de vue, il n'est pas évident que cette absence de caractère démocratique de l'ordre juridique communautaire fasse obstacle à la reconnaissance de son caractère constitutionnel. Si la souveraineté du Peuple et le droit d'autodétermination du Peuple sont « consubstantiels à la démocratie constitutionnelle, forme

13 Cf. en ce sens ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique*, Seuil, 2008, 384 p..

contemporaine de l'État »¹⁴, la démocratie n'est pas consubstantielle à l'État, et encore moins à toute société politique.

En fait la légitimité de l'Union européenne est multiple, elle est fondée, par exemple, tant sur le caractère démocratique des États membres que sur l'exercice de la démocratie au sein de l'Union et sur la notion d'acquis communautaires¹⁵.

B/ La montée en puissance du juge : régulateur des relations entre les ordres juridiques

Dans l'espace européen, la montée en puissance du juge résulte, notamment, de deux phénomènes : le développement d'un droit dans lequel les droits fondamentaux occupent une place privilégiée et le développement d'une nouvelle fonction attribuée au juge : celle de régulateur des rapports entre les ordres juridiques.

Du premier de ces points de vue, les droits fondamentaux représentent un système de valeurs qui tend à s'imposer, comme il a été dit, à l'expression même de la volonté du Peuple ou de ses représentants. Ainsi le juge, gardien de ces droits, s'inscrit dans une légitimité concurrente de celle portée par la démocratie politique. Par ailleurs, alors que la formulation de ces droits est nécessairement générale et leur contenu plus idéologique, le rôle de leur interprète qu'est le juge ne peut qu'en être renforcé. La plasticité du droit des droits fondamentaux opère de ce point de vue au profit du renforcement du pouvoir du juge.

Du second de ces points de vue, si le rapport entre les normes juridiques, à l'intérieur d'un ordre juridique, obéit essentiellement à un système hiérarchique, la confrontation des normes issues de systèmes juridiques différents obéit à d'autres logiques. Les rapports entre deux normes peuvent ne pas être identiques dans deux ordres juridiques différents. Ainsi, en France, le juge constitutionnel, comme le juge administratif, ont reconnu la pluralité des ordres juridiques et la pluralité des

14 BEAUD (O.), « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », *RFDA*, 1993, p. 1048.

15 Pour une appréciation de cette nature cf. TIMSIT (G.), intervention au GEDP, septembre 2003, REDP.

hiérarchies. C'est alors aux juges qu'il appartient de réguler ces rapports entre normes qui ne s'imposent plus à eux de manière évidente. Cette régulation s'opère essentiellement par un lissage visant à éviter la réalisation des conflits et des blocages que cette pluralité de hiérarchies appliquée rigoureusement ne manquerait pas de créer.

Cependant, il faut bien constater qu'au-delà de son rôle fondateur qui la place nécessairement au sommet de la hiérarchie des normes nationales, la Constitution se trouve subordonnée dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler une hiérarchie pratique ou opérationnelle, qui se différencie de la hiérarchie théorique ou de principe, sans la remettre en cause.

Par ailleurs, le pouvoir créatif de la Cour européenne des droits de l'homme se manifeste par bien des logiques, notamment la volonté d'adapter le droit à ce qu'elle considère être les évolutions (souhaitables) de la société et la reconnaissance de droits non inscrits dans la Convention.

De ce dernier point de vue, la Cour considère qu'elle doit prendre en compte toute règle pertinente du droit international applicable aux relations entre les parties contractantes pour interpréter les droits et libertés reconnus par la Convention qui n'est pas l'unique cadre de référence. Toutes les sources formelles du droit international, instruments conventionnels ou non, principes généraux reconnus par les Nations civilisées, *jus cogens*, décisions de juridictions internationales, ou d'organes non juridictionnels, avis ou recommandations de comités d'experts, sources du droit européen qu'elles soient ou non contraignantes, tant la production normative que la *soft law*, constituent une large palette, un réseau normatif dont elle définit le périmètre selon la question en cause. En fait, on peut y voir la volonté de forger une société sécurisée par un « hyper-juridisme faisant contrepoids à une identité politique faible »¹⁶. C'est alors la force du juge qui compense la faiblesse du politique.

16 Cf. DEL VALLE (A.), *Le complexe occidental*, Toucan, 2014, p. 86.

C/ La difficile ligne de partage entre patrimoine constitutionnel national et patrimoine européen commun

L'ensemble de ces questions renvoie à un débat qui est essentiel, qui est au cœur de notre rencontre. Il est souvent écarté pour des raisons idéologiques, c'est celui du rapport entre les identités nationales et l'identité commune européenne. Il nous semble que le renforcement, nécessaire, de la construction européenne ne sera effectif et accepté qu'au prix d'un débat sur ces questions, d'une application du principe de subsidiarité et d'une réserve des juges européens sur ce qui intéresse les identités, notamment historiques et culturelles des États. De ce point de vue le concept de principes inhérents à l'identité constitutionnelle (cf. Conseil constitutionnel, décis. 2006-540 DC) devrait avoir vocation à s'appliquer dans le cadre des relations entre le droit constitutionnel et celui de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le cadre de l'application du droit de l'Union européenne, ce principe justifie, selon le Conseil constitutionnel, que soit écarté le principe selon lequel il ne contrôle pas la constitutionnalité des dispositions législatives qui transposent exactement et nécessairement une directive européenne. En effet cette transposition résulte d'une exigence constitutionnelle sauf si elle heurte un principe inhérent à l'identité nationale.

La nécessité d'opérer une distinction entre les principes relevant de l'ordre constitutionnel national et ceux relevant du patrimoine commun européen s'impose. Comme le relève le Vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, la Constitution exprime le lien indissoluble entre le passé d'une société et l'avenir qu'elle veut se donner, elle exprime aussi un lien entre le particulier et l'universel. De ce point de vue la Déclaration de 1789 en ce qu'elle reconnaît des droits de l'homme et des droits appartenant aux citoyens, qu'elle distingue dans le corps du texte, rend compte de cette dualité. On relèvera, par ailleurs, que la Cour de justice de l'Union européenne a, elle-même, dans son avis 2/13 du 18 décembre 2014, opposé à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme sa propre identité en précisant que « la circonstance que l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de

règles juridiques qui en assurent le fonctionnement, entraîne des conséquences en ce qui concerne la procédure et les conditions d'une adhésion à la CEDH ».

La réalité nationale ne peut être passée par pertes et profits. On ne peut construire artificiellement une identité européenne se substituant aux identités nationales sans couper le Peuple de l'Europe. On peut admettre que « L'identité nationale est la représentation que chaque État nation se fait de lui même, des autres, du système international et de sa place dans ce système »¹⁷. Il convient alors de considérer qu'entre l'aspiration à l'universel et la multiplication des micro identités (régionales, sexuelles, religieuses, etc.), l'identité nationale a du mal à trouver sa place. Plus largement cette identité est contestée dans son existence même, alors que d'autres identités sont, elles, valorisées... C'est probablement là que l'on peut trouver un témoignage de la crise de l'État nation.

17 BULHER (P.), *La puissance au XXI^{ème} siècle*, CNRD éd., 2012, p. 102.

Marie-Odile Peyroux-Sissoko

Charte des droits fondamentaux et Convention européenne des droits de l'homme.

Vers un ordre juridique unique ?

Köszönöm, Monsieur le Président. Mes compétences en Magyar se limitant hélas à ce mot, permettez-moi de parler ici en français et surtout de commencer par des remerciements sincères. Ils s'adressent aux Professeurs Trócsányi et Mathieu pour avoir élaboré ce projet de recherche entre la Hongrie et la France et m'avoir proposé d'y prendre part, à M. Kruzslíc pour son agréable et très efficace collaboration dans la mise en œuvre de ce projet, et bien entendu à l'Institut d'études internationales et régionales de l'Université de Szeged et à son Centre universitaire francophone qui nous font l'honneur de nous accueillir ici aujourd'hui.

L'Europe ; ou plutôt : les Europe. D'abord, l'Europe des 28 États membres, l'Europe des traités de Rome, de Maastricht, de Lisbonne. L'Europe économique, monétaire, et maintenant politique : l'Union européenne. Mais il y a aussi l'autre Europe. Celle des 47 États parties, celle du Traité de Londres. L'Europe des droits de l'homme : le Conseil de l'Europe.

Ces deux Europe qui coexistent forment chacune un ordre juridique propre. Concernant l'Union européenne, c'est par son arrêt *Van Gend en Loos* de 1963¹⁸, que la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE/CJUE) a ouvert la voie en qualifiant l'Union européenne de « *nouvel ordre juridique international* ». Voie qu'elle a ensuite précisée un an plus tard par son arrêt *Costa c. Enel* en indiquant que l'Union européenne est un « *ordre juridique propre, intégré au système juridique des*

18 CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62.

États membres »¹⁹. Quant au Conseil de l'Europe, le contenu de l'article 1er de son statut renseigne sur sa qualité d'ordre juridique. Mais bien plus, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Loizidou* rendu en 1995 reconnaît « *la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen* »²⁰.

L'Union européenne et le Conseil de l'Europe forment donc deux ordres juridiques distincts, que l'on ne peut cependant pas qualifier d'ordres juridiques constitutionnels. En effet, et si l'on suit Bertrand Mathieu, cette qualification n'est pas possible dans la mesure où l'Union européenne souffre d'un déficit de souveraineté, et le Conseil de l'Europe reste lui limité par le principe de spécialité²¹.

Pourtant, ces deux ordres présentent des caractéristiques que l'on retrouve dans les ordres juridiques constitutionnels et notamment : une référence aux valeurs. Si l'on abordera leur contenu ultérieurement, on peut cependant dès à présent émettre quelques remarques quant à cette référence. Elle se présente différemment selon qu'il est question de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe.

Concernant en premier lieu l'Union européenne, la première référence aux valeurs a été effectuée par la Cour et non les traités. Dans son arrêt *Stauder*, de 1969²², mais surtout dans son célèbre arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, rendu en 1970²³, la CJCE a indiqué que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect. Ce n'est que plus tard, lorsque les États membres ont voulu que l'Union devienne aussi une union politique, que les traités ont renvoyé aux valeurs. Depuis la révision effectuée par le Traité de Lisbonne, on trouve ainsi de nombreuses occurrences du mot même de « valeurs » dans le Traité sur l'Union européenne (TUE), en son préambule, mais aussi en ses articles 2, 3, et 7 notamment (liste non exhaustive), ainsi que dans le préambule de la Charte des droits fondamentaux.

19 CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, 6/64.

20 CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou*, série A n°310, req. n°15318/89.

21 MATHIEU (B.), *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Lextenso, Forum, 2013, 191 p..

22 CJCE, 12 novembre 1969, *Stander c/ Ville d'Ulm*, 29/69.

23 CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Hengesgesellschaft c/ Einfuhr und Vorrattstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70.

Pour le Conseil de l'Europe en second lieu, la première référence aux valeurs est à l'origine effectuée par le texte. C'est le préambule du statut du Conseil de l'Europe qui précise alors que les Gouvernements signataires sont « *Inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples* ». Et si la Convention européenne des droits de l'homme ne laisse pas apparaître le terme de « valeurs », de son côté, la Cour européenne des droits de l'homme y fait référence et ce depuis son arrêt *Kjeldsen* rendu en 1976, qui précise que la Convention EDH est « *destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique* »²⁴.

Les deux Europe proclament donc des valeurs. Mais pourquoi le font-elles ? Malgré l'étude des travaux préparatoires aux textes et l'étude de la jurisprudence, il n'est pas évident d'obtenir avec certitude les raisons qui ont poussé, à la fin des années 40, les États à proclamer des valeurs. On peut toutefois, en tenant compte du contexte historique, deviner les objectifs qu'ils ont poursuivis. À la fin des années 40, la seconde guerre mondiale vient tout juste de s'achever. Les esprits sont très marqués par les dérives qui ont eu lieu. Notamment, on se rend compte de la faiblesse des hommes, qui contraste avec la puissance des États. Pour les États signataires de la Convention européenne des droits de l'homme, il était donc indispensable de proclamer des valeurs, comme de les rendre effectives. Par ailleurs, et concernant cette fois-ci l'Union européenne, le contexte est certes un peu différent, puisque l'Union a d'abord été conçue comme une Union économique et monétaire. Mais l'évolution de cet ordre juridique et surtout l'érosion du lien entre gouvernants et gouvernés au profit de la figure du juge dans les États membres – qui, il semblerait, n'est pas sans lien avec la volonté de construire une Union politique, voire même constitutionnelle (cf. TECE) – a conduit les États membres à penser une Union davantage tournée vers les individus. Ainsi, pour les États, la protection des hommes passait nécessairement par la proclamation de valeurs, et par leur garantie.

Avant de s'interroger sur cette garantie, c'est-à-dire sur la valeur des valeurs, on peut remarquer qu'il existe plusieurs mots permettant de renvoyer aux valeurs. Ainsi, dans les arrêts de la CJCE cités

24 CEDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, série A n°23, req. n°5095/71 ; 5920/72 ; 5926/72.

précédemment, la Cour fait mention de « droits fondamentaux », et non de valeurs. De même, les traités et de nombreux autres arrêts emploient plusieurs dénominations, comme celles de « valeurs communes », de « traditions », ou encore de « traditions constitutionnelles communes ». Plus encore, il est possible de trouver d'autres expressions, comme celle de « principes généraux du droit des nations civilisées », que l'on trouve dans les actes préparatoires à la Convention EDH, ou encore de « patrimoine commun ».

Toutefois, derrière la multiplicité des dénominations, il semble qu'il y ait une véritable unité. Selon Gérard Cornu, dans un sens courant, les valeurs correspondent à « *ce qui, en général, est considéré comme bon, utile, digne d'estime* »²⁵. Après avoir présenté cette définition, qui déjà nous permet d'imaginer ce à quoi les acteurs européens veulent faire référence, Gérard Cornu en propose une autre, associant au terme « valeurs » celui de « fondamentales ». C'est alors qu'il définit les valeurs fondamentales comme étant les « *Bienfaits reconnus comme principes de la vie en société ; valeurs dites communes par ceux qui, ensemble, s'en réclament, comme bases de leurs relations* ». Il donne ensuite pour exemple la liberté, l'égalité et la solidarité « proclamées par (...) l'Union européenne »²⁶ dans sa Charte des droits fondamentaux. Cette deuxième définition permet alors de comprendre en quoi il y a unicité malgré les différents termes employés. D'une part, lorsque l'on parle de *traditions*, de *patrimoine commun*, on fait référence aux valeurs qui les constituent. La Cour EDH en a d'ailleurs jugé ainsi lorsque, dans son arrêt *Soering* de 1989²⁷, elle a vu dans ce *patrimoine commun* les valeurs sous-jacentes à la Convention. D'autre part, les droits fondamentaux doivent être entendus comme étant un instrument de traduction juridique des valeurs. C'est dans ce sens que l'on peut lire l'arrêt *Nold* de 1974 rendu par la CJCE par lequel elle a jugé qu'« *en assurant la sauvegarde [des droits fondamentaux], la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis*

25 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, 2005, 970 p..

26 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, 2005, 970 p..

27 CEDH, 7 juillet 1989, *Soering*, série A n°161, req. n°14038/88.

par les Constitutions de ces États »²⁸. Cette unité derrière la multiplicité des termes permettra de parler ici en employant les différents vocables, sans marquer de réelle différence entre eux, sauf mention explicite contraire.

Outre cette précaution de langage, il est nécessaire de poser dès à présent le cadre à la fois juridique et géographique de notre étude. L'analyse des valeurs de l'Europe sera ici limitée. Elle partira de deux textes, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (dite « Charte ») et la Convention européenne des droits de l'homme (dite « CEDH » ou « Convention »), textes constituant le point de départ et d'ancrage de l'étude. Mais cette limitation n'empêchera pas de s'appuyer sur d'autres éléments de droit positif. En effet, recourir à d'autres textes pourra s'avérer parfois utile, notamment s'il s'agit du Traité sur l'Union européenne, ou encore du Statut constitutif du Conseil de l'Europe.

Enfin, précisons les valeur et portée juridiques qui sont reconnues aux valeurs de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Pour ce faire, il est nécessaire de prendre appui sur un État membre et partie à la Convention. Prenons l'exemple de la France. Son ordre juridique interne est organisé par la Constitution de 1958, dont l'article 55 confère aux traités internationaux une valeur supérieure à la loi²⁹. Dès lors, la CEDH, mais aussi les traités de l'Union européenne, y compris leur préambule, ont une valeur supra-législative. La jurisprudence interne n'a toutefois pas choisi, contrairement à ce qu'il s'est passé dans d'autres pays (ex : l'Espagne), de conférer aux dispositions des traités supranationaux, une valeur constitutionnelle. Après le refus du Conseil constitutionnel de contrôler la conventionalité des lois en 1975 par sa décision *IVG*³⁰, le Conseil d'État a, dans son arrêt d'Assemblée *Sarran, Levacher et autres* rendu en 1998³¹, rappelé la suprématie de la Constitution. Cependant, si en droit interne les valeurs de l'Union et celles du Conseil de l'Eu-

28 CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, attendu 13.

29 L'article 55 de la Constitution dispose en effet que : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ».

30 Décision n°74-54 DC, 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*.

31 CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, n°200286 et n°200287.

rope n'ont pas valeur constitutionnelle, il en va différemment dans les faits. Il arrive en effet que le contenu des valeurs proclamées au niveau supranational recouvre celui de valeurs constitutionnelles nationales, ce d'autant plus que les Traités parlent de *valeurs communes*.

La conséquence de la valeur juridique ainsi reconnue aux valeurs de l'Union et du Conseil de l'Europe est alors que, comme les textes qui les portent, elles sont opposables aux institutions de l'Union comme aux États membres et aux États parties. Leurs violations sont sanctionnées par un juge, qu'il s'agisse du juge de Luxembourg (UE) ou de celui de Strasbourg (Conseil de l'Europe). Par ailleurs, mais ce point sera davantage explicité par M. Peter Kruzsliz, l'article 7 du TUE prévoit une sanction particulière en cas de violation par un État membre des valeurs de l'Union.

Ces éléments montrent combien les valeurs de l'Europe sont importantes. En les étudiant, il est alors apparu que de nombreuses interactions entre l'ordre juridique de l'Union et l'ordre juridique conventionnel ont lieu. Il a ainsi semblé intéressant de se demander si ces valeurs n'œuvreraient pas pour une réunion de ces deux ordres juridiques. Par conséquent, la question est de savoir si les valeurs de l'Union et du Conseil de l'Europe révèlent un mouvement en faveur de la création d'un ordre juridique unique.

Reconnaître des valeurs n'est pas un acte uniquement symbolique. Il l'est d'autant moins quand un juge a été institué pour en assurer le respect, ce qu'il fait, mais à sa manière. Dès lors, il est possible de remarquer qu'il existe de véritables divergences entre les valeurs de ces deux ordres juridiques, ce qui laisserait penser qu'un ordre juridique unique n'est pas concevable. C'est ce que je tenterai de démontrer dans une première partie (I). Toutefois, et ce sera l'objet de la deuxième partie, force est de constater qu'il existe des convergences entre ces valeurs, convergences qui permettent d'envisager l'existence d'un mouvement de rapprochement entre ces deux ordres juridiques (II).

I. Divergences des valeurs de l'Europe, distinction de deux ordres juridiques

Les valeurs de la Charte et de la CEDH révèlent des divergences profondes entre l'ordre juridique de l'Union et l'ordre juridique de la Convention, divergences qui laissent penser que le rapprochement entre ces deux ordres est improbable. Il est possible de présenter ces divergences en deux temps : celles qui sont liées à la structure des ordres juridiques (A), et celles liées à leur superposition (B).

A/ Des divergences liées à la structure des ordres juridiques

L'Union européenne est un ordre juridique intégré, qui possède ses propres institutions. Celles-ci ont reçu compétence, notamment, pour légiférer, et les États membres se sont historiquement regroupés au sein de l'UE afin de créer un espace commun. À l'inverse, le Conseil de l'Europe, s'il a ses propres institutions, ne légifère pas pour réglementer un marché, mais reste centré sur les individus.

De cette différence originelle, résulte une première divergence relative à la compétence de ces deux ordres juridiques. D'un point de vue géographique, même si les élargissements de l'Union européenne lui permettent d'étendre la Charte à de nombreux États, elle reste limitée en comparaison avec la Convention, qui est elle applicable directement dans de nombreux autres États que ceux liés par la Charte.

Plus encore, d'un point de vue de la compétence *rationae materiae*, les valeurs sont limitées par le champ d'application du droit de l'Union européenne. Ainsi, dans un arrêt de 1985 *Cinéthèque*, la CJCE a jugé qu'« il ne lui appartient pas (...) d'examiner la compatibilité (...) d'une loi nationale qui se situe (...) dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national »³². On retrouve également cette limite à l'article

32 CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, 60-61/84.

51 de la Charte³³. Au contraire, les valeurs de la Convention EDH ne connaissent pas une telle limite et doivent être respectées, quelle que soit la matière concernée.

Une deuxième divergence peut être trouvée dans l'institution de la citoyenneté européenne, reconnue au sein de l'Union et non du Conseil de l'Europe. La reconnaissance de cette citoyenneté entraîne des droits spécifiques pour les personnes – comme le droit de vote par exemple – et aboutit à une distinction que l'on retrouve dans les États nations entre les personnes ayant la qualité de citoyen et celles qui ne l'ont pas. Or, cette distinction n'existe pas au sein du Conseil de l'Europe, qui reconnaît à tous les individus les mêmes droits.

Enfin, on peut noter une troisième divergence, relative à la justiciabilité des valeurs. Bien que saisie uniquement après épuisement des voies de recours internes, comme l'indique l'article 34 de la CEDH, la Cour EDH peut être saisie par un individu directement³⁴. En revanche, une requête individuelle devant la Cour de Justice est plus difficile, le requérant devant prouver un intérêt à agir, c'est-à-dire qu'il doit démontrer qu'il est destinataire de l'acte contesté et que cet acte le concerne à la fois directement et individuellement³⁵.

De même, lorsque le requérant n'est plus un individu mais un État, le régime prévu pour assurer le respect des valeurs est bien différent selon l'ordre juridique concerné. Ainsi, pour l'Union européenne, l'article 7 du TUE, s'il prévoit une sanction de l'État, prévoit une sanction

33 Selon le premier alinéa de l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres **uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union** [souligné par nous]. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives.* ».

34 En effet, comme le précise l'article 34 de la Convention EDH, « *La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit.* ».

35 Cf. notamment GAUTRON (J.-Cl.), *Droit européen*, 14^{ème} éd., Dalloz, Mémento Dalloz, 2012, 346 p..

plus politique que juridique puisqu'elle est prononcée non pas par le juge de Luxembourg, mais par le Conseil européen³⁶. Cette procédure s'avère d'ailleurs difficile à mettre en œuvre, d'un point de vue diplomatique. À l'inverse, l'article 33 de la CEDH prévoit que la Cour sera saisie et jugera de la violation³⁷. On a donc une sanction politique d'un côté, et une sanction juridictionnelle de l'autre.

À ces divergences structurelles s'ajoutent des divergences liées à la superposition des deux ordres juridiques.

B/ Des divergences liées à la superposition des ordres juridiques

Au commencement, les buts de l'Union et du Conseil de l'Europe divergent. Si la volonté d'établir un environnement stable, propice à la paix est un point que l'on retrouve dans les discours à l'origine des deux ordres juridiques, les textes finalement adoptés présentent deux réalités différentes. Le Conseil de l'Europe, qui fait le choix de contraindre les États à respecter les valeurs que la Convention proclame, ne leur reconnaît qu'une marge d'appréciation, selon la liberté qui est atteinte. Autrement dit, la liberté est posée dans son principe, son application et ses limites restent à la discrétion de la Cour. De son côté, l'Union européenne, qui a d'abord fait le choix d'une construction communautaire, a laissé une liberté a priori plus large aux États lorsqu'elle a choisi, face à ses États membres et à la CEDH, de s'affirmer politiquement. La dénomination de « Charte », qui désigne souvent un document plus solennel que

36 Le paragraphe 3 de l'article 7 du TUE dispose en effet que : « Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, peut décider de suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'État membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Ce faisant, le Conseil tient compte des conséquences éventuelles d'une telle suspension sur les droits et obligations des personnes physiques et morales. »

37 D'après l'article 33 de la Convention EDH, « Toute Haute Partie contractante peut saisir la Cour de tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Haute Partie contractante ».

juridiquement coercitif³⁸, n'est, de ce point de vue, pas anodine (même si le Traité de Lisbonne a donné une véritable force juridique à la Charte). Et la reconnaissance au §2 de l'article 4 du TUE du respect par l'Union des identités nationales des États, inhérentes à « *leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* », ajoute aux divergences³⁹.

On remarque alors que la CJCE et la Cour EDH n'ont pas la même manière de mettre en œuvre cette marge nationale d'appréciation laissée aux États. Ainsi, dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, rendu en 1976⁴⁰, la Cour EDH limite la marge nationale d'appréciation en précisant qu'elle « *va de pair avec un contrôle européen* » et que le degré du contrôle tiendra compte non seulement de la nature du droit en cause mais encore du but de l'ingérence. Dans son arrêt *Rasmussen c. Danemark*, de novembre 1984⁴¹, dont les critères ont été réitérés en juillet dernier, la Cour ajoute que « *L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, le domaine et le contexte ; la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États (...) [pouvant] constituer un facteur pertinent à cet égard* ». Bien entendu, la présence de principes juridiques communs entraîne une marge d'appréciation réduite. Mais dans son arrêt *Goodwin* rendu en 2002, la Cour a fortement limité la liberté des États en estimant que, si le nombre de pays qui autorisent le mariage des transsexuels sous leur nouvelle identité sexuelle est inférieur à celui des États qui reconnaissent la conversion sexuelle, « *(la Cour) n'est toutefois pas convaincue que cela soit de nature à conforter la thèse selon laquelle les États contractants doivent pouvoir entièrement régler la question dans le cadre de leur*

38 Cf. notamment CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., PUF, 2005, 970 p..

39 D'après le paragraphe 2 de l'article 4 du TUE, « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.* ».

40 CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n°24, req. n°5493/72.

41 CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, série A n°87, req. n°8777/79.

marge d'appréciation ». Elle a alors conclu que la marge laissée aux États « ne saurait être aussi large »⁴².

De son côté, la CJCE paraît plus respectueuse de la liberté laissée aux États membres. D'une part dans la mesure où, comme elle le précise dans plusieurs arrêts, réitérés en décembre 2008 avec l'affaire *Sopropé c. Fazenda Pública*, elle est tenue, en assurant la sauvegarde des droits fondamentaux, de « s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres de manière (à ce) que ne sauraient être admises (...) des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les Constitutions de ces États »⁴³. Dans l'exercice de son contrôle, elle tient alors compte notamment « des conceptions constitutionnelles communes aux États membres », des « pratiques législatives constantes », et vérifie si le type de restriction mis en place est « connu et admis comme légitime, sous des formes identiques ou analogues, dans l'ordre constitutionnel de tous les États membres ». D'autre part, elle laisse aux États une réelle marge dans les critères qu'elle utilise pour contrôler leur marge d'appréciation. Ainsi, dans son arrêt *Hermann* rendu en 1989, elle montre que l'État peut limiter le droit de propriété, « à condition que ces restrictions (...) ne constituent pas (...) une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même [du droit] ainsi garanti »⁴⁴.

On le voit alors bien : la superposition des ordres juridiques de l'Union et du Conseil de l'Europe entraîne des divergences qui, s'ajoutant aux divergences structurelles, témoignent de différences laissant penser au maintien de la distinction entre les deux ordres juridiques. Pourtant, la logique veut que les valeurs qu'ils reconnaissent convergent pour entraîner, finalement, leur rapprochement.

42 CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n°28957/95.

43 CJUE, 18 décembre 2008, *Sopropé c. Fazenda Pública*, aff. C-349/07.

44 CJCE, 11 juillet 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Gronau*, aff. 265/87.

II. Convergences des valeurs de l'Europe, rapprochement de deux ordres juridiques

On remarque un certain mimétisme avec les États dans la façon dont la Charte et la CEDH ont été élaborées. En effet, qu'il s'agisse des « Conventions » présidées par Roman Herzog puis Valéry Giscard d'Estaing pour la Charte, ou du *Mouvement européen* relancé par Winston Churchill en 1946 pour la CEDH, les deux textes ont mobilisé de nombreux acteurs et fait l'objet de nombreux travaux préparatoires, ce qui n'est pas sans rappeler les processus constitutifs. Les valeurs issues de ces travaux empruntent alors aux États (A), tout en s'imposant à eux (B). Ces convergences entre valeurs contenues dans la Charte et valeurs contenues dans la Convention montrent qu'il existe un rapprochement entre les deux ordres juridiques dans lesquels elles s'insèrent.

A/ Des valeurs empruntées aux États

Les valeurs de la Charte et de la CEDH convergent d'abord du fait qu'elles prennent toutes deux les États pour référence.

En premier lieu, la mention dans ces deux textes du *patrimoine commun*, des *traditions constitutionnelles communes* ou encore des *valeurs communes* témoigne de ce que les États ont servi de source. Et bien que ces mentions semblent parfois être un outil de légitimation des textes, il reste que l'inspiration étatique est bel et bien présente. Elle dépasse d'ailleurs les seuls textes de la Charte et de la Convention puisque les juges utilisent ces mêmes mots et expressions, notamment dans l'arrêt *Nold* déjà cité pour la Cour de Justice, et dans l'arrêt *Parti communiste unifié de Turquie et autres* de 1998 pour la Cour EDH⁴⁵.

En second lieu, et si l'on dresse ici une liste des éléments que l'on peut identifier comme étant les « valeurs » reconnues par la Charte et par la CEDH, on remarque là aussi des convergences entre les deux textes, qui résultent des valeurs reconnues en leur sein par les *États* membres et parties. Ainsi, en nous accordant avec Anne Levade, on peut

45 CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres*, req. n°133/1996/752/951.

remarquer que la Charte reconnaît les valeurs de dignité, de liberté, d'égalité, de solidarité, de citoyenneté et de justice⁴⁶. Déjà, on pense à la devise de la République française qui, à elle seule, se réfère à trois de ces valeurs : la liberté, l'égalité et la solidarité (par la fraternité). Plus encore, les articles 2 et 3 du TUE font mention de la démocratie, de l'État de droit, du pluralisme et de la paix. Or, et comme le précise Céline Husson-Rochcongar, la Convention repose sur sept valeurs : la démocratie, la prééminence du droit (c'est-à-dire l'État de droit), le pluralisme, la justice, la paix, la dignité et la liberté⁴⁷, sept valeurs que les travaux préparatoires désignent comme étant les « *principes généraux* [de/du]⁴⁸ *droit reconnu par les nations civilisées* ». La convergence, y compris dans le contenu des valeurs, est bien réelle.

Ces convergences, liées au fait que les valeurs de la Charte et de la Convention ont été puisées dans celles des États, incitent à penser qu'il existe un mouvement de rapprochement entre les deux ordres juridiques. Mais cette identité avec les États, bien que certaine, n'est pas suffisante. Encore faut-il que les deux ordres s'affirment face aux États, imposent leurs valeurs.

B/ Des valeurs imposées aux États

Il suffit d'évoquer l'article 49 du TUE pour être convaincu de la force avec laquelle l'Union européenne impose ses valeurs. En effet, d'après

46 BURGORGUE-LARSEN (L.), LEVADE (A.), PICOD (F.) (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Tome 2, Bruylant, 2005, 835 p..

47 HUSSON-ROCHCONGAR (C.), *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme (thèses), 2012, 989 p..

48 Les travaux préparatoires utilisent ces deux formulations, de manière synonyme, sans faire de distinction entre elles.

cet article, l'adhésion aux valeurs est une condition d'intégration d'un nouvel État dans l'Union⁴⁹.

Mais l'ordre juridique européen ne se contente pas de contraindre les États futurs, il contraint également les États présents, tout comme le fait l'ordre juridique conventionnel. L'exemple des minorités est ici révélateur. La France s'inscrit en opposition avec la reconnaissance d'un droit des minorités, sa Constitution et son juge constitutionnel garantissant le principe de l'indivisibilité du peuple (art. 2C). Pierre Moscovici, alors ministre délégué chargé des affaires européennes, avait exprimé cette opposition de la France lors des débats au Sénat relatifs à la Charte, avant le Conseil européen de Nice⁵⁰. Il était alors clair que le droit des minorités ne faisait pas partie des valeurs communes. Pourtant, une lecture combinée des articles 2 TUE et 21 de la Charte permet de voir qu'une référence est faite au droit des minorités. Il en est de même du côté du Conseil de l'Europe avec l'article 14 de la CEDH interdisant les discriminations et la Convention-cadre pour la protection des minorités, bien que non encore ratifiée par la France. Les valeurs s'imposent donc aux États, par le vecteur des textes.

Mais les valeurs s'imposent aussi aux États du fait de l'action du juge qui est chargé d'en assurer le respect. C'est alors que, expliquant comment la Cour EDH s'attache, en protégeant les droits fondamentaux, à harmoniser les droits de la personne autour de standards admis par tous, Franck Moderne parle de « *préfiguration d'un jus communis europeus des droits de l'homme* ». Et cette préfiguration est d'autant plus plausible que le juge de l'Union européenne, après avoir jugé en 1989 dans son arrêt *Hoechst* que la CEDH « *revêt (...) une signification*

49 La formulation retenue par l'article est la suivante : « *Tout État européen qui respecte les valeurs visées à l'article 2 et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de cette demande.* ».

50 Il avait formulé cette opposition dans les termes suivants : « *S'agissant du droit des minorités, le Gouvernement ne peut que s'opposer à une telle inscription, qui est contraire à notre tradition constitutionnelle* », cf. rapport d'information n°395 du 7 juin 2000 fait au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, par M. Hubert HAENEL.

particulière »⁵¹, s'en est saisi comme d'un instrument incontournable de la protection des droits fondamentaux.

Plus encore, l'adhésion à présent rendue possible, et envisagée (bien que non encore effectuée) de l'Union européenne à la CEDH, entraînera l'ultime convergence entre les valeurs de l'Union et celles de la CEDH.

Ces convergences des valeurs montrent qu'il existe bien aujourd'hui un mouvement en faveur d'un ordre juridique unique. Et c'est dans ce sens que l'on peut interpréter l'arrêt *Loizidou* du 23 mars 1995 par lequel la Cour EDH a jugé que la Convention « *constitue l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »⁵². Ne pose-t-elle pas ici les jalons d'un ordre juridique unique, d'une Europe institutionnelle⁵³ ?

On serait tenté de dire que, si les valeurs ont permis à l'ordre juridique européen et à l'ordre juridique conventionnel de se rapprocher, le pas n'est pas encore franchi d'un ordre juridique unique, notamment du point de vue institutionnel. La prudence conduirait donc à se ranger à cette doctrine, ce d'autant plus que, pour le moment, aucune voix ou volonté politique n'envisage la réunion de l'UE et du Conseil de l'Europe⁵⁴.

51 CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst*, 46/87.

52 CEDH, *Loizidou c/ Turquie*, *préc.*

53 PICHERAL (C.), *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La Documentation Française, 2001, 426 p.

54 ADDENDUM : la présente communication a été écrite et présentée fin novembre 2014, alors que la CJUE n'avait pas encore rendu son avis concernant l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. L'avis 2/13, rendu le 18 décembre 2014, a ajouté un élément à la thèse de la difficile convergence entre les deux ordres juridiques. On y lit en effet la réticence de la CJUE à l'adhésion de l'Union à la CEDH. En réalité, la Cour de justice craint que l'adhésion la « subordonne » à la CEDH, qui deviendrait une Cour suprême pour les droits fondamentaux. Elle réitère alors l'autonomie du droit de l'Union, sa spécificité, et sa propre compétence, qui ne saurait être limitée par la CEDH, soit parce que la Cour de justice y serait subordonnée, soit parce que la CEDH pourrait, pour certains contentieux, contourner la compétence de la CJUE et juger directement les États. Toutefois, la Cour de justice ne rejette pas le principe de l'adhésion de l'Union à la CEDH, mais le projet d'accord, tel qu'il a été conçu et lui a été présenté. La convergence des deux ordres juridiques n'est donc pas, en tant que telle, réellement exclue.

Mais l'on sait la puissance du juge dans la société actuelle, on sait la prééminence des droits fondamentaux, on sait la grande plasticité de la notion de « valeurs », notion qui, comme le précise Céline Husson-Rochcongar, « *est en elle-même attentatoire à la souveraineté étatique dans la mesure où elle passe en quelque sorte au-dessus de celle-ci* »⁵⁵.

Tous ces éléments font qu'on ne peut ignorer ce mouvement, qui s'inscrit dans une sorte de mimétisme des États, opéré par l'Union européenne. On peut alors penser que l'Union est à la CEDH ce que les États membres étaient à l'Union. Et de ce point de vue, la reconnaissance d'une citoyenneté européenne et la question de l'adhésion de l'Union à la CEDH sont révélatrices. Si l'Union européenne a contribué à l'élaboration de nouveaux outils, notamment jurisprudentiels, et a bouleversé les repères classiques du droit constitutionnel, force est de constater que la logique de fond qu'elle poursuit est en réalité une logique étatique.

Alors que les acteurs de la Convention se sont émancipés de l'État pour faire respecter valeurs et droits fondamentaux, les acteurs de l'Union européenne sont restés prisonniers de leur État.

55 HUSSON-ROCHCONGAR (C.), *Droit international des droits de l'homme et valeurs. Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, Droit de la Convention européenne des droits de l'homme (thèses), 2012, 989 p..

Peter Kruzslicz

Les valeurs de l'Europe des valeurs : analyse juridique des valeurs à caractère constitutionnel, déclarées par les Traités européens

L'intégration européenne est, sans aucun doute, fondée sur des valeurs. Dans ce sens, l'Europe intégrée est une Europe des valeurs. Ces valeurs ont servi à la mise en place même de ce système d'intégration, ou encore elles étaient simplement à l'origine de la construction européenne. Il suffit, pour prouver un tel constat, de mentionner l'idée de la paix, valeur longuement développée par un grand nombre d'acteurs politiques et juridiques⁵⁶, et reprise dans un contexte politico-juridique qui l'exigeait⁵⁷. Ces valeurs sont également la conséquence du fonctionnement de ce système d'intégration ; elles ont été, parfois même, créées par la construction européenne. L'intégration économique, à son stade actuel très développée, est aussi, sûrement, une telle valeur.

En droit, ces valeurs apparaissent. D'une part, elles sont à l'origine des normes. En droit primaire de l'Union européenne, l'on retrouve facilement les dispositions déclarant ces valeurs⁵⁸. Puis, les actes juri-

56 Depuis Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* (*De Jure Belli ac Pacis, libri tres, in quibus ius naturae et gentium : item iuris publici precipitae explicantur, Parisiis : apud Nicalaum Buom, 1625*), nombreux sont les auteurs qui relient l'idée d'une coopération européenne avec la valeur suprême d'assurer la paix en Europe.

57 Voir la déclaration du 9 mai 1950 de Robert Schuman, ministre des Affaires étrangères de la France, qui affiche clairement comme objectif du projet européen : la paix et la prospérité, « L'Europe n'a pas été faite, nous avons eu la guerre », reproduite sur le site de la Fondation Robert Schuman, <http://www.robert-schuman.eu/fr/declaration-du-9-mai-1950>.

58 Voir l'article 2 du Traité sur l'Union européenne.

diques qui sont fondés sur ces déclarations de valeurs sont nombreux. Il est possible de mentionner, à ce titre, tous les actes juridiques du droit dérivé pris pour la réalisation des objectifs de l'intégration européenne, qui se rattachent ainsi à ses valeurs⁵⁹. D'autre part, elles sont également présentes au stade de l'application des normes. L'interprétation téléologique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en témoigne amplement, et il est intéressant de voir que c'est même dans l'intérêt de l'intégration, considérée en elle-même, à juste titre, comme une valeur, que les principes faisant émerger l'ordre juridique de l'Union européenne ont été élaborés par la Cour⁶⁰.

Nous pouvons même soutenir l'idée que l'émergence d'un ordre juridique propre, en soi, est une valeur dans le domaine du droit⁶¹, mais non uniquement, de même que la mise en place d'un système institutionnel est une valeur dans le domaine politique, et même en-dehors de celui-ci. C'est bien l'essence même de l'approfondissement européen. Le fait que l'intégration européenne ait été construite par le droit, ce qui a eu de nombreuses conséquences dont quelques unes seront à la base de nos analyses, est une valeur, une valeur très européenne. La construction d'une intégration, qu'elle soit économique ou politique, s'effectue par les normes juridiques permettant l'aboutissement du projet tout en marquant aussi ses limites. La force de l'intégration réside ainsi dans ce droit qui dépasse les considérations politiques, limitant leur marge de manœuvre, et a, très certainement ainsi, des conséquences parfois dangereuses.

L'intégration européenne a, bien sûr, ses limites. Par définition, un projet et le processus qui l'a initié, ayant pour but de créer de l'unité,

59 Si l'on reste autour de l'idée de la valeur de la paix, il suffit de rappeler toutes les positions et stratégies communes adoptées dans le cadre de l'ancien deuxième pilier du Traité de Maastricht (Politique extérieure et de sécurité commune) faisant référence à cette valeur de base.

60 Il s'agit du très fameux arrêt *Van Gend en Loos* de la CJCE dans lequel la Cour a fait référence aux objectifs de l'intégration européenne pour argumenter sur l'effet direct du droit communautaire. Cf. CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. C-26/62.

61 JACQUE (J.-P.), « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *Revue française de Droit constitutionnel*, 2007, n°69, PUF, Paris.

se heurtent à la diversité. Or, la diversité est également une valeur, une valeur aussi très européenne⁶². Les entités constituant l'Union européenne, notamment les États membres, présentent des spécificités, des particularités qui créent leurs identités, notamment les identités nationales. Il est tout de suite à souligner qu'il ne s'agit pas d'un obstacle à l'intégration, mais bien d'une réalité de fait, et pour ainsi dire, de valeur, que l'intégration européenne doit prendre en compte. Cette diversité est riche, et s'est enrichie d'autant plus grâce au processus de l'élargissement. Parallèlement à l'unification européenne, il est également à voir son rééquilibrage avec une telle diversité.

L'Europe a également des valeurs à caractère constitutionnel, c'est ainsi qu'en droit public nous pouvons parler des valeurs de l'Europe des valeurs. Bien entendu, les valeurs exposées préalablement ont un impact et pour la déclaration et pour l'application des valeurs à caractère constitutionnel⁶³. En nous limitant uniquement au champ de l'analyse juridique, le corollaire entre l'émergence de l'ordre juridique propre de l'Union européenne et la déclaration des valeurs à caractère constitutionnel en est la preuve incontestable. Ces normes concernent l'exercice du pouvoir par l'Union européenne et, bien sûr, les limites d'un tel exercice. C'est ainsi qu'elles créent, sous forme de normes très abstraites, des normes de valeur constitutionnelle qui encadrent l'ordre juridique de l'Union⁶⁴.

L'ordre juridique de l'Union doit se définir dans sa dimension propre, mais tout en tenant compte de la dimension déjà existante des ordres juridiques nationaux. Or l'Union, sur la base de ces valeurs initiales, a

62 Il suffit de rappeler la devise même de l'Union européenne, « Unis dans la diversité », utilisée, d'une manière officielle, depuis 2000. Or il s'agit bien plus que d'une simple devise, si l'on examine la nature même de l'intégration européenne. Voir GUIRAUDON (V.), « La diversité en Europe : une évidence ? », *Raisons politiques*, 2009, n°35, Paris.

63 L'on pourrait répéter ici les valeurs générales à caractère constitutionnel, proclamées par l'article 2 TUE.

64 L'on fait référence ici, également, à des valeurs à caractère constitutionnel beaucoup plus concrètes, déclarées aussi dans des dispositions du droit primaire et clairement opposables aux institutions de l'Union européenne, comme, par exemple concernant la protection des droits fondamentaux, les dispositions de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et tous les dispositions et principes auxquels elles se réfèrent.

des objectifs très clairs en droit : elle exige, car cela est nécessaire même pour son existence⁶⁵, une application inconditionnelle de ses normes dans ce système désormais à deux dimensions. Conscient du fait que les ordres juridiques nationaux et supranationaux fonctionnent justement comme deux dimensions d'une même réalité juridique, ne peuvent pas être séparés ni en amont, c'est-à-dire au stade de l'adoption, ni en aval, c'est-à-dire au stade de l'application des normes, le droit de l'Union a accepté d'abord sa limitation par des valeurs à caractère constitutionnel⁶⁶ pour, par la suite, opposer ces mêmes valeurs aux États membres.

À ce stade, il est à relever que ces valeurs à caractère constitutionnel sont évidemment issues des droits constitutionnels nationaux, plus précisément, de leurs développements organiques lents⁶⁷. Si l'Union européenne dispose d'un ordre juridique propre, elle n'a pas eu une telle évolution constitutionnelle. Elle a ainsi eu recours aux principes généraux du droit constitutionnel des États membres en répondant aisément aux exigences posées par ceux-ci en la matière⁶⁸, mais en donnant également lieu à certaines confusions lorsqu'il s'agit de l'interprétation de ces principes généraux⁶⁹. Ce sont ces principes qui constituent le patrimoine

65 Il suffit de rappeler que l'Union européenne repose sur le droit ; le respect de ses normes est donc essentiel. Voir, l'arrêt *Van Gend en Loos* précité. Le principe de l'État de droit reçoit ainsi un tout autre sens : la prééminence du droit, et ainsi du droit de l'Union, assure l'intégration faite par le droit.

66 En réponse au fameux arrêt Solange de la Cour constitutionnelle allemande (BVerfGE 37, 271), la CJCE a accepté, pas à pas, la limitation du droit de l'Union pour assurer son application inconditionnelle par les États membres. À ce propos, voir l'arrêt CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70.

67 Il suffit de rappeler ainsi, à titre d'exemple, l'Habeas Corpus Act qui, depuis le 6 mai 1679 (soit depuis plus de 330 ans), est considéré comme un fondement de la protection des droits de l'Homme au Royaume-Uni, mais aussi, par ses perception et transposition, dans toute l'Europe.

68 Voir l'arrêt *Solange*, précité, et la réponse que l'ordre juridique communautaire de l'époque y a donné.

69 À titre d'exemple, l'on peut mentionner la différence doctrinale mais aussi pratique dans leurs applications respectives, des principes de l'État de droit, certes construits autour des mêmes questions mais tout de même différents : Staatsrecht et rule of law.

constitutionnel européen⁷⁰, ils sont consacrés en tant que « traditions constitutionnelles communes aux États membres » même au niveau du droit primaire de l'Union⁷¹.

Mais le droit de l'Union européenne impose aussi, par ses dispositions de droit primaire, le respect par les États membres de certaines valeurs à caractère constitutionnel. La raison d'un tel impératif du respect des valeurs a déjà été exposée précédemment : et pour l'approfondissement de l'intégration européenne, d'un point de vue même politique, et pour l'application adéquate de ses actes, d'un point de vue juridique, le respect de ces principes est nécessaire. Si l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) proclame ces valeurs, l'article 7 du même Traité prévoit la procédure pour sanctionner les États membres qui ne les respecteraient pas. Dans cette présente analyse, nous examinerons la définition de ces valeurs, d'origine d'abord nationale, valeurs ainsi diverses mais censées imposer des exigences juridiques claires opposables aux États, pour présenter, ensuite, la procédure de contrôle de leur respect par les États.

Un concert constitutionnel européen bien orchestré devrait ainsi faire entendre sa mélodie en Europe où en raison de la coexistence des ordres juridiques, la mélodie d'ensemble et celle des différents groupes d'instruments, ne peuvent pas être séparées. La tonalité est définie par la partition générale, c'est-à-dire européenne, qui permet aux différents groupes d'instruments, tout en sauvegardant l'harmonie d'ensemble, de jouer les notes en fonction de leurs particularités, voir en fonction de la diversité des instruments dans le respect de leurs spécificités et en reprenant leurs caractères propres dans l'ensemble de cette symphonie tout en préservant leurs identités. Car le principe du respect des identités nationales, il est à noter, est aussi déclaré par le droit de l'Union européenne⁷² bien que ce principe ne fasse pas l'objet de la présente analyse.

70 Voir, pour l'introduction de la notion, *Le patrimoine constitutionnel européen*, Actes du colloque qui s'est tenu à Montpellier (France), les 22 et 23 novembre 1996, publiés par le Conseil de l'Europe, collection Science et technique de la démocratie, 1997, n°18, Strasbourg.

71 Article 6, alinéa 3.

72 Article 4, alinéa 2 du TUE.

I. La définition des valeurs à caractère constitutionnel par le droit de l'Union

Le droit de l'Union européenne expose désormais que l'intégration européenne, c'est-à-dire l'Union européenne en tant que projet politique mais aussi en tant qu'ordre juridique et institutionnel propre, est fondée sur ces valeurs⁷³, des valeurs ayant une nature juridique, voir même constitutionnelle. Si ces valeurs peuvent être considérées comme issues d'une déclaration politique, il est constant que leur contenu, normatif, est défini par le droit. L'emplacement et le libellé de ces dispositions du Traité sur l'Union européenne ne laissent aucun doute à ce sujet : il s'agit bien de valeurs à caractère constitutionnel, qui bénéficient d'une protection juridique et qui ont en tant que telles des conséquences et sur l'ordre juridique de l'Union et sur les ordres juridiques nationaux.

A/ La déclaration des valeurs à caractère constitutionnel par le droit de l'Union : une manière originale d'offrir la protection des valeurs et un programme politique

Ces valeurs à caractère constitutionnel, énoncées par le Traité sur l'Union européenne sont les suivantes : le respect des droits fondamentaux, y compris les droits des personnes appartenant à des minorités, le respect du principe de l'État de droit, l'égalité et la démocratie, la liberté et la dignité humaine. Alors que ces valeurs constituent sûrement des principes constitutionnels, l'article 2 TUE énumère aussi des valeurs à caractère plutôt politique, lorsqu'il traite des sociétés des États membres. Ces dernières concernent le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. Si ces valeurs sont plutôt politiques, elles sont, tout de même, les corollaires des principes constitutionnels précédents.

Car ces valeurs à caractère constitutionnel ne peuvent pas être protégées aisément sans la réalisation de ces valeurs politiques. D'une part, ces dernières assurent les conditions politiques préalables nécessaires à la protection des premières : le pluralisme politique est une condition

73 Voir l'article 2 qui stipule : « L'Union est fondée sur les valeurs... ».

pour assurer, sur le plan constitutionnel, la démocratie, la non-discrimination, pour protéger l'égalité de droit, etc. D'autre part, c'est ainsi que l'exposé d'un tel système de valeur devient complet : les conditions politiques et l'état des sociétés doivent être en équilibre avec les principes constitutionnels, les effets sont réciproques, par exemple entre le respect du principe de l'État de droit et le caractère démocratique de la société de l'État en question⁷⁴.

De surcroît, il ne s'agit pas seulement de poser un état des lieux et une obligation juridique concernant le respect de ces valeurs, mais il s'agit aussi d'imposer un programme, que l'on pourrait qualifier de politique, et à l'Union européenne et aux États membres. Si l'on garde l'exemple du respect du principe de l'État de droit, il est constant que ce principe ne comporte pas uniquement des exigences juridiques et constitutionnelles bien précises à l'encontre de l'État en question, mais qu'il prévoit aussi un processus d'amélioration continue, un programme politique que l'État aura à réaliser⁷⁵. L'ensemble des valeurs déclarées donc dans les deux phrases de l'article 2, précité, se complète d'une manière très importante, c'est ainsi qu'une lecture claire et une interprétation sans équivoque de ces valeurs devient possible.

B/ L'origine des valeurs à caractère constitutionnel de l'Union : un recours aisé aux droit constitutionnels nationaux, sources de divergences, et au droit de la Convention européenne, source de standardisation

Pour la bonne lecture et l'interprétation adéquate de ces valeurs, il est aussi essentiel de s'intéresser à leurs origines. Si leurs respect et protection sont prévus par le droit de l'Union avec un intérêt accru comme nous l'avons présenté dans l'introduction de la présente analyse, leurs

74 Voir l'énoncé traditionnel dans la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme : « dans les sociétés démocratiques européennes », utilisé lorsqu'il s'agit de la protection des droits fondamentaux.

75 Voir, en ce sens, la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle hongroise relative à l'interprétation du principe de l'État de droit. Cf., par exemple, l'arrêt 23/1990 (X. 31.) et notamment l'opinion parallèle du président de la Cour.

origines doivent être recherchées dans d'autres ordres juridiques. Ainsi pour comprendre leur définition, connaître leur contenu normatif, il est utile d'avoir recours à ces autres systèmes. Il est à noter que les références sont encore plus avantageuses dans l'objectif d'assurer l'harmonie du concert dont la parabole a été exposée dans l'introduction : la tonalité exacte ne peut être assurée que si chaque musicien de l'orchestre dispose de la même partition, car encore une fois, si les ordres juridiques représentent des dimensions différentes, leur application se fait d'une manière parallèle ; ils ne peuvent pas, par conséquent, être séparés.

Or, ces valeurs à caractère constitutionnel, nous le rappelons encore une fois, ont fait l'objet d'un développement organique dans les droits constitutionnels nationaux. Même l'article 2 du TUE rappelle le lien entre ces valeurs et les droits nationaux lorsque, bien entendu, également, dans un objectif d'expliquer et de renforcer l'obligation du respect de ces valeurs à l'encontre des États membres, il explique que ces valeurs leur sont communes⁷⁶. Mais il est également à noter, toujours en rapport avec l'origine nationale de ces valeurs à caractère constitutionnel, que si grâce aux développements constitutionnels nationaux la définition juridique de ces principes et les exigences constitutionnelles qui en découlent sont désormais bien claires, et certains résultats de cette évolution constituent les éléments du patrimoine constitutionnel européen, les différences dans les voies de développement constitutionnel sont aussi palpables.

En raison de ces différences dans l'évolution constitutionnelle propre à tel ou tel État européen, également en rapport, pour reprendre l'idée déjà présentée sous la première lecture de l'article 2 TUE, avec le développement de leurs sociétés respectives, les définitions de ces principes et les exigences constitutionnelles qui en découlent peuvent être quelque peu différentes. Il ne s'agirait pas, en tout cas en Europe, de lectures divergentes, en droit constitutionnel, de ces principes, mais les nuances peuvent être légèrement différentes avec des conséquences

76 L'article 2, précité, dispose très exactement au début de sa deuxième phrase : « Ces valeurs sont communes aux États membres... ».

parfois importantes dans l'application de ces principes⁷⁷. Si de telles différences ne rendent pas faux le témoignage sur l'existence d'un patrimoine constitutionnel européen, et si même les définitions et les contenus normatifs des différents principes restent possibles et sont plus faciles à retrouver grâce à une étude comparée des ordres constitutionnels nationaux, l'on doit également faire attention à ces différences d'application lors de l'interprétation des valeurs.

D'une manière similaire au développement des ordres constitutionnels nationaux, même à l'échelle européenne, il existe une source propre à ces valeurs à caractère constitutionnel, différente du droit de l'Union. Il s'agit bien du droit de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁸. Or, si de notre point de vue le droit de cette dernière ne constitue pas un ordre juridique propre, il est néanmoins constant que par son développement, notamment grâce à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit conventionnel contribue, d'une manière essentielle, à l'élaboration des définitions, des contenus normatifs des principes ainsi qu'aux exigences constitutionnelles qui en découlent. Le droit de l'Union se réfère à ces résultats, d'une manière aisée et abondante, lorsqu'il s'agit de l'interprétation des valeurs concernées⁷⁹.

De telles références, lorsqu'il s'agit de définir les valeurs à caractère constitutionnel en droit de l'Union, nous semblent être bien logiques. D'une part, il s'agit de se référer aux résultats d'un système d'intégration politique, mis en place à l'échelle européenne, justement dans l'objectif d'assurer la protection des droits fondamentaux, du principe de l'État de droit et du principe démocratique⁸⁰. Le développement du

77 Une telle différence des nuances est, à titre d'exemple, à l'origine de l'arrêt de la CJUE *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, du 22 décembre 2010, aff. C-208/09, concernant l'opposition entre le droit de porter des titres de noblesse et le caractère républicain d'un État.

78 Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950, signée à Rome.

79 Voir, à titre d'exemple, l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, précité.

80 Voir le Traité sur le Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949, signé à Londres, établissant le Conseil de l'Europe. L'objectif de mettre en place un système d'intégration, cette fois-ci, politique, ressort clairement dudit Traité ainsi que de l'histoire du Conseil de l'Europe.

droit de la CEDH a contribué à donner des définitions claires aux valeurs en se fondant également, pour clore le cercle logique, sur les traditions constitutionnelles communes aux États. D'autre part, il est évident que les définitions reprises ainsi par le droit de l'Union font vraiment partie de ce que l'on pourrait appeler le patrimoine constitutionnel européen, c'est-à-dire les standards⁸¹ constitutionnels des États.

Les définitions élaborées de ces principes constitutionnels ainsi que les exigences constitutionnelles qui en découlent, sont donc, d'une part, bien claires, et peuvent faire l'objet d'un usage aisé, et sont, d'autre part, conformes aux définitions et exigences en pratique dans les ordres constitutionnels nationaux. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est ainsi un instrument très adapté, sur le plan juridique, pour assurer la protection de ces valeurs. S'il a, au moment du contrôle effectif du respect des valeurs, ses inconvénients, notamment dans la mesure où il impose des exigences discutables et discutées même à l'encontre du droit de l'Union⁸², en amont, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la définition de ces valeurs à caractère constitutionnel, il ne présente que des avantages.

C/ La portée juridique des valeurs à caractère constitutionnel de l'Union : les destinataires de l'obligation de respect des valeurs dans un système à multiples niveaux

Enfin, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, qui est incontestablement un ordre juridique propre⁸³ et qui, tel que nous l'avons vu dans l'introduction, a des mérites très importants (son émergence étant

81 C'est le terme de « standards » qui est d'usage et dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et dans les travaux de la Commission de Venise. C'est sur le fondement de ce terme que l'on parle aujourd'hui d'une véritable « standardisation » dans la protection des droits fondamentaux et des principes constitutionnels, même s'il s'agit déjà d'un processus différent : ceux qui ne sont pas encore des standards, seront, par la suite, standardisés.

82 Voir l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne, rendu le 18 décembre 2014.

83 Voir l'arrêt *Van Gend en Loos*, précité.

une véritable révolution juridique dans nos droits contemporains), les valeurs à caractère constitutionnel apparaissent très tardivement et leurs définitions, leurs portées juridiques exactes se délimitent très lentement. Il est à rappeler que l'Union est un ordre juridique, pour ainsi dire, très pragmatique. Son droit a été créé et mis en valeur, surtout par la jurisprudence de la Cour de justice, pour servir l'objectif de l'intégration, avant tout, économique. Les principes de ce nouvel ordre juridique avaient premièrement pour objet d'assurer l'application des actes de l'Union, c'est-à-dire, selon la terminologie européenne, leur effet utile.

Tel que nous l'avons vu, le droit de l'Union commence justement à s'intéresser aux valeurs à caractère constitutionnel lorsque son application inconditionnelle par les États l'exige⁸⁴. À partir de ce moment, il se réfère aux droits nationaux, c'est-à-dire aux traditions constitutionnelles communes aux États membres, et au droit de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsqu'il cherche à définir le contenu normatif, juridique de ces valeurs. Il est à rappeler qu'à ce stade, il s'agit essentiellement d'imposer des limites à caractère constitutionnel au droit de l'Union, or pour se protéger face aux exigences constitutionnelles nationales, le droit de l'Union préfère plutôt s'autolimiter sur ce plan. C'est ainsi que et l'objectif recherché et le pragmatisme traditionnel du droit de l'Union préconisent le recours aux sources déjà existantes.

Même lorsque l'Union dispose, ce qui est le cas aujourd'hui, de ses propres sources en la matière⁸⁵, elle est, de toute manière, également tenue de respecter ces valeurs conformément aux définitions nationales et aux exigences du Conseil de l'Europe. Il suffit de noter qu'en absence d'un tel respect des règles de la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, en raison des actes de l'Union européenne, les États seraient responsables, ou bien s'ils se conformaient aux dites règles, ils se placeraient en manquement à leurs obligations découlant des traités de l'Union. Mais en même temps, le droit de l'Union, par l'article 2 du TUE, impose aux États membres ces valeurs et leur respect

84 Voir l'arrêt *Solange*, précité, et la réaction de la Cour.

85 Voir, à titre d'exemple pour la protection des droits fondamentaux, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ayant force de droit conformément à l'article 6, précité.

tout en restant silencieux sur les définitions de ces valeurs ou encore, si l'on veut, quoique sa jurisprudence antérieure ne supporte pas forcément d'analogies sur ce point, en les définissant par les références susmentionnées.

II. Le contrôle des valeurs à caractère constitutionnel en droit de l'Union

Les valeurs à caractère constitutionnel sont, en droit de l'Union, opposables et à l'Union européenne qui est « fondée sur ces valeurs » et aux États membres auxquels « ces valeurs sont communes »⁸⁶. Nous avons vu qu'à l'égard de l'Union européenne la définition de ces valeurs (que nous considérons être, sur le plan juridique, des principes constitutionnels), ainsi que la délimitation des exigences qui en découlent, se font sur la base de trois catégories de sources, à savoir :

- sur certains éléments des droits constitutionnels nationaux considérés comme faisant partie des traditions constitutionnelles communes aux États,
- sur l'ensemble du droit de la Convention européenne des droits de l'homme bien que l'adhésion de l'Union européenne à cette dernière tarde, et pendant qu'une partie essentielle de ses exigences peut être considérée comme faisant partie des standards constitutionnels (c'est-à-dire du patrimoine constitutionnel européen),
- sur ses propres sources.

Par contre, tel que nous l'avons également vu, à l'égard des États membres, la définition de ces principes constitutionnels et des exigences qui en découlent, est encore plus controversée. Nous avons déjà mentionné la difficulté de faire usage, par voie d'analogie, des définitions, plutôt rares, que la Cour de justice de l'Union européenne a données dans sa jurisprudence, lorsque l'on cherche à définir le contenu normatif des valeurs à caractère constitutionnel à l'égard des États membres. Car il est à noter, dès à présent, que la jurisprudence constante de la Cour

86 Article 2, TUE.

de justice n'impose pas le respect de ses valeurs d'une manière séparée d'autres obligations découlant du droit de l'Union : c'est uniquement lorsque l'État membre en question est en manquement d'une obligation « concrète » que la Cour le sanctionne, même si ce manquement est plus ou moins lié au non respect des valeurs⁸⁷.

A/ Les mécanismes de contrôle juridique relatif aux valeurs à caractère constitutionnel mis en place à l'égard de l'Union européenne

Pour le contrôle du respect de ces valeurs à caractère constitutionnel par l'Union européenne, des mécanismes de contrôle juridique existent. Le fondement juridique d'un tel contrôle est consacré à l'article 6 du TUE. D'une part, la compétence du contrôle juridique revient à la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dernière est compétente, en procédure d'annulation, pour veiller à ce que les valeurs déclarées et juridiquement définies, notamment, pour le respect des droits fondamentaux, par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne soient pas violées par les actes de l'Union européenne. Si des doutes persistent, en raison du caractère limité de la procédure en annulation⁸⁸, mais aussi en raison de la réticence de la Cour de justice à fonctionner en tant que juridiction quasi constitutionnelle, il est constant qu'une procédure juridique existe pour contrôler la légalité des actes.

D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme sera également compétente pour contrôler la conformité de l'action de l'Union européenne aux règles du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Nombreuses sont les questions qui doivent encore être traitées avant d'aboutir à l'adhésion de l'Union européenne à ladite Convention et d'instaurer ainsi un tel mécanisme de contrôle⁸⁹. Néanmoins, conformément à l'article 6 alinéa 2 du TUE, cette deuxième voie de

87 Cf. CJUE, 8 avril 2014, *Commission c. Hongrie*, aff. C-288/14, et les conclusions de l'avocat général Melchior Wathelet présentées le 10 décembre 2013.

88 Voir, concernant les limites de la procédure en annulation, l'article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

89 Il suffit de rappeler l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne, *précité*.

contrôle juridique, notamment en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux, doit être tôt ou tard ouverte. Ainsi à l'égard de l'Union européenne, un contrôle extérieur sera également inauguré pour rendre complet le système des mécanismes de contrôle juridique.

Enfin, l'Union européenne s'oblige à respecter des valeurs à caractère constitutionnel, notamment toujours dans le domaine des droits fondamentaux, sur le fondement des traditions constitutionnelles communes aux États membres⁹⁰. Si une telle obligation, sous forme d'autolimitation, est requise par les droits constitutionnels nationaux dans l'approfondissement de l'intégration européenne⁹¹, un mécanisme du contrôle effectif du respect desdits droits dans un tel aspect est encore plus difficile à prévoir. Il est constant que les juridictions constitutionnelles nationales, pour la plupart d'entre elles, se déclarent compétentes pour le contrôle de constitutionnalité du droit primaire qui même dans une approche de droit international classique est de tendance traditionnelle, mais elles refusent de se prononcer sur la conformité des actes de droit dérivé aux normes constitutionnelles⁹².

Ainsi, si la conformité du droit primaire aux exigences constitutionnelles nationales est assurée selon les mécanismes traditionnels de contrôle de constitutionnalité, en réfutant tout de suite la logique plutôt simpliste de l'argument soutenant qu'à partir de cela, il est possible de déduire que toute l'action de l'Union européenne menée en conformité avec les règles du droit primaire serait également conforme aux règles constitutionnelles nationales, la question du respect des traditions constitutionnelles lors de l'adoption et de l'application des actes de droit dérivé se pose. Sans vouloir s'attarder sur ce point, il est à noter que c'est la recherche d'un véritable *modus vivendi* entre les juridictions nationales et la Cour de justice de l'Union européenne qui est nécessaire pour pouvoir répondre à cette question.

90 Article 6, alinéa 3.

91 Voir le sens de l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande *Solange*, précité.

92 Voir, à titre d'exemple, l'arrêt 143/2010 (VII. 14.) de la Cour constitutionnelle hongroise sur la constitutionnalité du Traité de Lisbonne.

B/ Les mécanismes de contrôle politique relatif aux valeurs à caractère constitutionnel mis en place à l'égard des États membres

Mais les valeurs à caractère constitutionnel de l'Union européenne doivent être, tel que nous l'avons rappelé, également respectées par les États membres. S'agissant, ainsi que la première partie de notre analyse le révèle, des valeurs ayant un contenu normatif juridique, voir même constitutionnel, quoique substantiellement quelque peu diffus, la question se pose de savoir si le respect de ces valeurs par les États membres est contrôlé dans le cadre des mécanismes juridiques. Bien entendu, les États doivent respecter leurs propres cadres constitutionnels, et le contrôle de constitutionnalité est garanti, d'une manière ou d'une autre, dans chacun des États membres de l'Union européenne. Les États sont également tenus de respecter la Convention européenne des droits de l'homme dont ils sont, tous, membres, le mécanisme de contrôle juridique étant prévu conformément au Traité de Rome au sein du Conseil de l'Europe.

Or nous pouvons, dès le départ, constater que l'Union européenne prévoit plutôt un mécanisme politique de contrôle au lieu d'établir un mécanisme juridique conforme à la nature constitutionnelle des valeurs. Nous soulignons que, comme nous l'avons déjà mentionné, lorsqu'un État membre mis en cause dans le cadre d'une procédure en manquement (c'est-à-dire dans le cadre d'un mécanisme juridique) a violé une obligation précise des traités européens faisant intervenir les valeurs à caractère constitutionnel, il peut voir cette violation être sanctionnée par la Cour de justice de l'Union européenne⁹³. Le contrôle juridique d'une violation des valeurs européennes sera donc possible dans l'hypothèse où cette violation est liée à un manquement aux obligations contenues dans les Traités européens ou en droit dérivé. Par contre, lorsqu'il s'agit « uniquement » du non respect desdites valeurs, conformément au Traité sur l'Union européenne, ce sont plutôt des mécanismes politiques de contrôle qui peuvent être déclenchés.

93 Voir, à titre d'exemple, l'arrêt de la CJUE, *Commission c. Hongrie*, précité.

Le contrôle du respect des valeurs sur lesquelles l'Union européenne est fondée, et qui sont communes à ses États membres, intervient même avant l'adhésion d'un nouvel État à l'Union européenne. Le respect de ces valeurs fait, indéniablement, partie des critères de l'adhésion⁹⁴ appelés les critères de Copenhague⁹⁵. L'article 49 du TUE fait directement référence à l'article 2. La Commission européenne, dans ses rapports de suivi⁹⁶, contrôle ainsi le respect de ces valeurs à caractère constitutionnel par les États en question. De même, ce contrôle peut être maintenu après l'adhésion des États, notamment conformément à des dispositions prévues dans le traité d'adhésion⁹⁷. Le contrôle effectué dans ce cadre par la Commission, qui est certes le « gardien » des traités, mais qui est aussi, dans le système institutionnel européen, une institution ayant la responsabilité politique, revêt des caractères plutôt politiques.

Il est clair que dans un tel mécanisme, même s'il s'agit de contrôler le respect des valeurs à caractère constitutionnel, il n'y a pas lieu à l'intervention des institutions juridictionnelles. C'est la Commission européenne qui a la compétence d'apprécier le respect de ces principes en faisant recours aux définitions à caractère juridique, des exigences découlant de ces valeurs, et qui doit se prononcer sur le fait de savoir si l'État en question respecte ou ne respecte pas entièrement lesdits principes. Même la conséquence d'un tel contrôle est politique dans la mesure où en cas de non respect des valeurs, c'est l'adhésion de l'État en cause qui peut être retardée, mais il ne s'agit nullement de sanctions au sens juridique du terme.

L'innovation majeure concernant le contrôle du respect de ces valeurs réside dans le nouveau mécanisme de contrôle inauguré par l'article 7 du Traité sur l'Union européenne. Dans l'hypothèse qui y est prévue, ce sont les États membres de l'Union européenne qui peuvent faire l'objet d'un tel contrôle. Il s'agit encore une fois de voir si l'État en question respecte ou ne respecte pas les valeurs à caractère constitutionnel

94 Article 49 du Traité sur l'Union européenne.

95 C'est à Copenhague que les critères d'adhésion ont été précisés, lors du Conseil européen de juin 1993.

96 Ce régime de rapport de suivi concernant les États candidats à l'adhésion à l'Union européenne a été mis en place en 1997.

97 Tel était le cas pour la Bulgarie et la Roumanie après leur adhésion à l'Union européenne, en 2007.

proclamées par l'article 2, précité. Si la sanction prévue en cas de non respect est déjà de nature juridique, puisqu'il s'agit de suspendre certains droits (droit de vote, bénéfice des fonds européens) « découlant de l'application des traités »⁹⁸, le mécanisme établi est, néanmoins, plutôt de caractère politique. Pour le démontrer, il suffit de rappeler que ce sont encore une fois les institutions politiques de l'Union européenne qui interviennent et qui décident sur la base des constats plutôt politiques par un vote respectant les majorités prévues par le Traité.

Il est intéressant de remarquer, sur ce point, que la Commission européenne est revenue sur la question de l'application de ce mécanisme de contrôle. Dans sa communication publiée le 11 mars 2014⁹⁹, elle propose une procédure en quatre étapes en revendiquant des compétences importantes en la matière. Il n'est donc pas surprenant que dans son document de travail du 27 mai, le service juridique du Conseil de l'Union européenne donne un avis plutôt défavorable à une telle application de l'article 7 TUE. Déjà ces échanges interinstitutionnels démontrent bien le caractère politique très sensible du mécanisme de contrôle qui a été considéré, par la suite, comme une véritable arme nucléaire aux yeux des acteurs européens. Pour la présente analyse, nous voulons simplement attirer l'attention sur le fait qu'encore une fois le contrôle du respect des valeurs à caractère constitutionnel, c'est-à-dire des principes juridiques, est devenu l'objet d'un mécanisme politique.

De notre point de vue, l'Union européenne risquerait ainsi, une fois que le respect des valeurs à caractère constitutionnel sera établi grâce à des régimes internes et externes de contrôle à caractère juridique, de se lancer dans une aventure périlleuse lorsqu'elle envisagera de contrôler le respect de ces valeurs par les États, mais cette fois-ci à travers des mécanismes à caractère politique. Non seulement la nature juridique de ces valeurs, qui souffrent de plus de l'absence de définition juridique propre dans l'ordre juridique de l'Union (comme nous l'avons démontré dans la première partie de notre analyse), mais aussi le manque d'un véritable contrôle juridictionnel mettraient en cause l'objectivité du mécanisme. Toujours de notre point de vue, la compétence du contrôle du respect par les États membres de ces valeurs, certes essentielles pour

98 Article 7, alinéa 3.

99 Communication n°COM(2014)158.

mener à bien le projet européen, devrait revenir au régime de protection du Conseil de l'Europe, mais il conviendrait de laisser entre les mains de l'Union européenne un garde fou politique.

Marc Guerrini

Les acteurs assurant le respect des valeurs européennes

Il existe un certain nombre d'acteurs européens qui, directement ou plus indirectement, vont s'assurer du respect des valeurs européennes. La particularité d'un tel système réside dans le fait que l'Europe contemporaine et plus spécifiquement l'Europe des droits de l'Homme telle que nous la connaissons aujourd'hui, a rompu avec la conception théorique et méta-juridique des valeurs entendues comme « *des émotions et des préférences ni vraies ni fausses [qui] ne font l'objet d'aucune connaissance objective* »¹⁰⁰, sans pour autant abandonner l'idée que ces dernières renferment « *une dose minimale de coefficient axiologique* »¹⁰¹. Ainsi, il apparaît possible d'affirmer que les valeurs européennes n'appartiennent plus à la seule sphère de la philosophie politique ou de la philosophie morale, mais ont désormais intégré le domaine du droit positif. L'étude des acteurs et des institutions chargées de veiller au respect de telles valeurs apparaît de ce point de vue d'une importance centrale dans la mesure où ces acteurs vont pouvoir surveiller leur respect, voire sanctionner tout comportement contraire, s'apparentant pour certains, pour reprendre une terminologie jus-naturaliste, à des « *instances de validation objective* »¹⁰² des valeurs qui sont, à travers eux, « révélées ».

Le terreau qui constitue à la fois la justification de l'action de ces acteurs et le fondement de leur légitimité réside essentiellement dans l'idée d'un idéal commun, d'une forme de patrimoine communément partagé par les États européens voire dans l'existence d'un droit constitutionnel européen qui gravite autour de la protection des droits

100 ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (H.), MARGUENAUD (J.-P.), RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Paris, 2012, p. 972.

101 *Ibid.*, p. 971.

102 *Ibid.*, p. 973.

fondamentaux de la personne humaine, des exigences de la démocratie et de la prééminence du droit. Sur ce fondement, s'est ainsi développée une discipline qui « *ne pouvant plus se limiter au droit constitutionnel institutionnel, inclut désormais le droit constitutionnel normatif (le système des sources du droit, la façon dont s'ordonnent les diverses catégories de normes internationales, nationales et locales) et le droit constitutionnel substantiel (les principes et les règles ayant pour objet la réalisation de l'État de droit, la recherche de la plénitude des droits et libertés)* »¹⁰³. Cependant, le consensus qui entoure cet idéal européen ne doit pas occulter toute réflexion sur la manière dont il convient d'ancrer cet idéal dans une réalité normative, sur les acteurs qui sont légitimes à le faire mais également sur la substance des valeurs européennes. À cet égard, il est possible de rappeler que de telles valeurs peuvent relever tantôt de l'héritage tantôt de l'invention et que « *les débats de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe en 1949 montrent que certains participants réfutent l'existence de valeurs européennes communautaires et donc que le processus d'unité n'est pas justifié par l'histoire* »¹⁰⁴.

Les acteurs européens qui vont contribuer au respect des valeurs européennes sont principalement des organisations internationales – de coopération ou d'intégration – créées conformément aux règles du droit international public, qui disposent de la personnalité juridique internationale et d'organes permanents. Tel est le cas de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Ces organisations fonctionnent selon un principe de spécialité qui les cantonne aux domaines de compétences qui ont été déterminés dans leurs actes constitutifs. On y trouve généralement un organe institutionnel de nature intergouvernementale qui, composé de représentants des États, dispose d'un pouvoir de décision important (Conseil de l'Union européenne, Comité des ministres du Conseil de l'Europe) ainsi qu'une multitude d'organes qui vont soit participer directement à l'activité normative de l'organisation soit avoir un rôle seulement

103 LEVINET (M.), « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'Homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011/2, n°86, p. 228.

104 BOSSUAT (G.), « Valeurs communautaires européennes. L'héritage et l'invention », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 37.

consultatif¹⁰⁵. Le fait que le contrôle du respect des valeurs européennes repose principalement sur des organisations internationales rend délicate l'appréciation de la légitimité de leur action dans la mesure où de telles organisations tirent leur légitimité d'une tension originelle. En effet, les organisations internationales tiennent en premier lieu leur légitimité des États qui sont à l'origine de leur création et ces dernières doivent en conséquence respecter leur volonté. Mais, dans le même temps, leur légitimité repose également dans leur capacité à dépasser les intérêts particuliers des États pour servir un intérêt commun.

Ainsi, « *sans envisager (tant s'en faut) leur propre disparition, les États voyaient dans les organisations internationales un instrument indispensable pour instaurer une "culture" nouvelle qui respecterait les valeurs et les règles des différents partenaires, poursuivrait l'intérêt et le bien communs, et s'élèverait au-dessus des préoccupations étroites et égoïstes des États [...]. C'est en s'acquittant de cette obligation que les organisations internationales ont obtenu une signification et une validité sociales et politiques en tant qu'institutions vouées à la poursuite d'objectifs d'intérêt général. Leur capacité à s'en acquitter durablement était le principal critère de leur légitimité* »¹⁰⁶. On comprend alors que bafouer trop profondément la volonté des États tout comme faire preuve de déférence envers eux ruinerait le caractère légitime de l'intervention de ces organisations. Ainsi, la légitimité de ces organisations européennes réside à la fois dans les États mais aussi dans leur capacité à assumer le projet commun qui a sous-tendu leur création ou leur évolution, projet dans lequel la protection des droits de l'Homme occupe une place de premier ordre, considérés comme « *l'ensemble des règles de conduite que nous devons respecter pour promouvoir les valeurs de l'Homme* »¹⁰⁷. Ainsi, l'Union européenne, depuis l'Acte unique européen, se considère également comme une communauté de valeurs alors que, dès sa création, les États membres du

105 LESCOT (Ch.), *Organisations européennes. Union européenne, Conseil de l'Europe et autres organisations*, Larcier, Bruxelles, 2014, 16ème éd., pp. 7-11.

106 COICAUD (J.-M.), « Réflexions sur les organisations internationales et la légitimité internationale : contraintes, pathologies et perspectives », *Revue internationale des sciences sociales*, 2001/4, n°170, p. 574.

107 BAUZON (S.), « Droits de l'Homme : dogmatique ou réalisme juridique », in *Fondations et naissances des Droits de l'Homme*, L'Harmattan, Grenoble, 2011, p. 194.

Conseil de l'Europe se sont déclarés comme « *inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* »¹⁰⁸. Il apparaît ainsi nécessaire d'identifier au sein de l'espace européen les organes compétents pour assurer le respect des valeurs européennes qui apparaissent comme une véritable constellation mise au service de la protection de ces dernières (I) et dont la légitimité politique et juridique en ce domaine apparaît variable (II).

I. Une constellation d'organes coopérant au service des valeurs de l'Europe

Le respect et la promotion des valeurs européennes sont principalement assurés dans le cadre de deux organisations régionales, l'une d'intégration qui est l'Union européenne, et l'autre de coopération qui est le Conseil de l'Europe. Le paysage européen témoigne ici de l'existence d'une véritable constellation d'organes compétents en ce domaine (A) qui vont, en réalité, étroitement coopérer (C) et dont le travail se concrétisera par des mécanismes de surveillance voire de sanction du non respect des valeurs en Europe (B).

A/ L'existence d'une constellation d'organes compétents dans l'espace juridique européen

Les institutions et organes de l'Union européenne. Dans le cadre de l'Union européenne, l'ensemble des institutions de l'Union vont agir, de manière générale, pour la protection des droits de l'Homme au sein de l'organisation et même dans ses relations extérieures, tout en précisant que c'est en premier lieu aux États qu'il incombe d'assurer une telle protection. En effet, l'Union européenne ne dispose que d'une compétence d'attribution à l'instar de n'importe quelle organisation

108 Préambule du statut du Conseil de l'Europe.

internationale¹⁰⁹ et l'exercice des compétences partagées est régi par le principe de subsidiarité qui implique, selon les termes de l'article 5§3 du TUE, que « *l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union* ». Ainsi, « *les efforts déployés pour assurer la tolérance, la dignité humaine et la non-discrimination, supposent une innovation constante dans les domaines tels que la justice, l'emploi, les affaires sociales et les migrations* »¹¹⁰. L'activité normative de l'Union européenne se trouve donc irriguée par le respect des valeurs communes dans le cadre de l'ensemble de ses compétences et sont concernés au premier plan le Parlement européen, la Commission, le Conseil et le Conseil européen. De manière plus ciblée, « *la Commission garantit et vérifie soigneusement que toutes les propositions législatives respectent et promeuvent les droits fondamentaux. Elle suit cette approche tout au long du processus législatif, depuis la proposition même, en passant par la discussion de celle-ci pendant les négociations entre les institutions de l'Union, et jusqu'à son adoption définitive* »¹¹¹. Dans leur action, les institutions de l'Union européenne sont épaulées par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union. Créée en 2007 et composée d'experts juridiques, d'experts en sciences sociales et politiques, de statisticiens et d'experts en communication, cette dernière va conseiller les institutions européennes et les États membres en matière de droits fondamentaux. Du point de vue juridictionnel, la Cour de justice de l'Union européenne va prendre part à la protection des valeurs de l'Union européenne en

109 L'article 5§2 du TUE précise que « *En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ».

110 « *Droit de l'Homme et démocratie dans le monde* », Rapport sur l'action de l'Union européenne, juillet 2008 à décembre 2009, p. 8.

111 Rapport de 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, p. 5.

sanctionnant toute atteinte aux droits fondamentaux consacrés dans son ordre juridique et que reprend la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Les institutions et organes du Conseil de l'Europe. Aux côtés de l'Union européenne, on trouve une organisation internationale de coopération qui va largement participer à la mise en œuvre d'une telle protection : le Conseil de l'Europe regroupant 47 États-membres dont les 28 États-membres de l'Union européenne. Son but est, selon l'article 1er de son Statut, de « *réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* ». L'organe central de cette organisation est le Comité des ministres composé des ministres des affaires étrangères des États parties et qui va gérer les activités de l'organisation. Cette institution va prendre « *sur recommandation de l'Assemblée Consultative ou de sa propre initiative, les mesures propres à réaliser le but du Conseil de l'Europe, y compris la conclusion de conventions et d'accords et l'adoption par les gouvernements d'une politique commune à l'égard de questions déterminées* »¹¹². Le Comité pourra, le cas échéant, adresser des recommandations aux États et, bien que n'ayant pas formellement de caractère obligatoire, il pourra inviter ces derniers à faire connaître les suites données à de telles recommandations¹¹³. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe compte un organe délibérant qui est l'Assemblée parlementaire dont le rôle est principalement consultatif. Cette dernière va adresser des avis au Comité des ministres qui seront susceptibles d'orienter ses travaux. Elle pourra également adresser des résolutions aux États afin que ces derniers prennent certaines mesures en faveur de la protection des droits fondamentaux. C'est elle également qui procèdera à l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme qui, comme nous le verrons, assume un rôle central dans le cadre de la protection des valeurs de l'Europe. Le Conseil de l'Europe se caractérise par ailleurs par une multitude d'organes dont le rôle est essentiellement consultatif et qui

112 Article 15 a) du Statut du Conseil de l'Europe. Sur les actes adoptés par le Comité des ministres : Voir not. KISS (A.-Ch.), « Les actes du Comité des ministres du Conseil de l'Europe », *Annuaire français de droit international*, 1960, vol. 6, n°6, pp. 755-773.

113 Article 15 b) du Statut du Conseil de l'Europe.

vont, dans leurs domaines de spécialités, participer à sa mission. Tel est le cas du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe créé en 1994 afin de promouvoir la démocratie locale notamment au regard de la Charte européenne de l'autonomie locale et composé d'élus des collectivités infra-étatiques ou de fonctionnaires responsables devant des élus locaux. Son rôle est consultatif et il peut prendre des résolutions qui n'ont aucune portée contraignante. Un rôle équivalent est confié à la Commission européenne pour l'efficacité de la justice. Composée d'experts indépendants, elle fut créée en 2002 par le Comité des ministres afin de travailler à l'amélioration des systèmes judiciaires des États notamment en apportant une aide aux États qui en formuleraient la demande et en suggérant au Comité des ministres l'élaboration de nouveaux instruments juridiques. De manière complémentaire, le Conseil consultatif de juges européens et le Conseil consultatif de procureurs européens, composés de juges et procureurs en activité, vont prendre en charge une même mission de manière plus spécifique. En matière de démocratie et de justice constitutionnelle, interviendra la Commission européenne pour la démocratie et le droit dite « Commission de Venise ». Composée d'experts indépendants, elle veille à la diffusion des valeurs inhérentes aux principes de la démocratie et de la prééminence du droit notamment sous l'angle du développement de la justice constitutionnelle et de la régularité des élections politiques à travers différents avis.

B/ La surveillance et la sanction du non respect des valeurs européennes

Le contrôle *a priori* des valeurs européennes. Avant toute chose, il convient de préciser que le respect des valeurs européennes est assuré *a priori*, c'est-à-dire avant même l'adhésion d'un État à l'une des organisations européennes concernées. S'agissant de l'adhésion à l'Union européenne, tout État candidat à l'adhésion devra respecter les valeurs de l'Union en vertu de l'article 49 du TUE selon lequel « *Tout État européen qui respecte les valeurs visées à l'article 2 et s'engage à les promouvoir peut demander à devenir membre de l'Union* ». Sont ainsi concernées aux termes de l'article 2 du TUE « *les valeurs de respect de la dignité humaine,*

de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Une même logique est présente dans le cadre de l'adhésion au Conseil de l'Europe qui ne saurait ouvrir ses portes qu'aux États qui reconnaissent « *le principe de prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* » de telle sorte que seul un État européen capable de se conformer à ces principes et qui en manifesterait la volonté pourra être invité par le Comité des ministres à devenir membre du Conseil de l'Europe¹¹⁴.

Les mécanismes de surveillance non contraignants : les recommandations, résolutions, rapports et avis des organes européens. Par ailleurs, il existe de manière générale des mécanismes de surveillance du respect des valeurs européennes dans l'espace juridique européen qui ne sont pas directement contraignants pour les États. L'ensemble des organes mentionnés contribue de manière générale à surveiller l'application des engagements des États. Il existe par exemple une Commission de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour le respect des obligations et engagements des États membres du Conseil de l'Europe. Il existe également certaines conventions qui pourront mettre en place un mécanisme spécifique de surveillance et de contrôle. Ainsi, par exemple, la Charte sociale européenne a institué un mécanisme de contrôle qui oblige les États parties à présenter des rapports à un Comité européen des droits sociaux qui, composé d'experts indépendants nommés par le Comité des ministres, établira un rapport d'évaluation examiné par un Comité gouvernemental composé de représentants des États parties. Ce processus peut aboutir à la formulation de recommandations non contraignantes du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Un même rôle de contrôle et de surveillance a été attribué au Comité européen pour la prévention de la torture chargé, par le biais de rapports établis suite à des visites dans les lieux de détention des États parties, de surveiller l'application de la Convention

114 Articles 7 et 8 du Statut du Conseil de l'Europe.

européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants.

Les mécanismes de surveillance contraignants. Au-delà de tels procédés de surveillance et de contrôle, il peut exister de véritables sanctions de nature non juridictionnelle qui vont toucher un État qui méconnaîtrait gravement les valeurs européennes. Tel est le cas, en premier lieu, dans l'ordre juridique de l'Union européenne. L'article 7 du TUE prévoit que la violation grave et répétée par un État des valeurs visées à l'article 2 peut entraîner la suspension de certains droits découlant de l'application des traités, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet État membre au sein du Conseil. Au sein du Conseil de l'Europe, un État peut perdre son droit de représentation au Comité des ministres et à l'Assemblée parlementaire, voire même être invité à se retirer du Conseil de l'Europe en cas de manquement grave aux principes de l'organisation. Ainsi, l'article 8 du Statut prévoit que *« tout membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des Ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même »*. Si aucun État n'a jusqu'à présent été exclu du Conseil de l'Europe, la procédure de suspension des droits a été utilisée à plusieurs reprises. Elle a notamment été mise en œuvre à la fin des années 1960 pour la Grèce suite au coup d'État militaire du 24 avril 1967¹¹⁵.

Le mécanisme de contrôle et de sanction qui, incontestablement revêt la plus grande efficacité est celui qui va dépendre des juges européens. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, les États peuvent se voir indirectement opposer les valeurs de l'article 2 à travers une sanction juridictionnelle résultant d'une violation des droits fondamentaux. En effet, si l'article 2 ne semble pas pouvoir être directement mobilisable devant la Cour de justice de l'Union européenne, il est clair que la méconnaissance des droits fondamentaux qui en découle aboutit à une

115 Voir sur ce point : KISS (A.-Ch.), VEGLERIS (Ph.), « L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international*, Vol. 17, 1971, pp. 889-931.

sanction indirecte du non respect des valeurs de l'Union européenne, les droits fondamentaux apparaissant, en quelque sorte, comme des garanties opposables d'exigences axiologiques. Cependant, leur respect ne saurait s'imposer que dans la mesure où les États mettent en œuvre le droit de l'Union européenne. L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux précise en ce sens que « *les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives* ». La Charte et les droits et libertés dont elle est porteuse ne sauraient donc s'imposer à toute situation mais seulement aux cas dans lesquels un État agit en vertu du droit de l'Union européenne ou s'acquitte de ses obligations européennes. Ainsi, par exemple, dans une affaire concernant la compatibilité au droit de propriété d'une législation italienne qui imposait l'annulation d'un acte de vente d'un immeuble lorsque ledit immeuble a été modifié sans tenir compte de la réglementation d'urbanisme, la Cour a estimé le recours irrecevable dans la mesure où l'État ne se situait pas dans le champ d'application du droit de l'Union européenne¹¹⁶. Du côté du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme pourra également sanctionner la méconnaissance par un État des droits et libertés garantis par la Convention. Les arrêts de la Cour ont force obligatoire en vertu de l'article 46§1 de la Convention qui prévoit que « *les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

Ces mécanismes juridictionnels sont eux-mêmes couplés ou doublés par un mécanisme de surveillance. Celui-ci se formalise dans l'ordre juridique de l'Union européenne par la procédure du recours en manquement. Tout État qui, par action ou par omission, ne respecterait pas ses obligations pourrait, en vertu de l'article 258 du TFUE, faire l'objet d'un tel recours. Son initiative appartient essentiellement à la Commission, bien qu'un État puisse également en être à l'origine. Après une première étape consistant en un dialogue permettant à l'État de rectifier le

116 CJUE, 30 mai 2013, *Francesco Fierro et Fabiana Marmorale c/ Edoardo Ronchi et Cosimo Scocozza*, aff. C-160/13.

manquement, la Commission peut émettre un avis motivé sur la situation auquel l'État devra se conformer. Dans le cas contraire, la Cour de justice de l'Union européenne pourra être saisie afin d'imposer à l'État la prise de mesures aptes à régulariser le manquement. Si au terme de ce processus, l'État n'a toujours pas fait preuve de diligence, la Cour pourra une nouvelle fois être saisie après un second avis motivé de la Commission, et condamner l'État à des sanctions pécuniaires « *arrêtées en fonction du degré de persuasion nécessaire pour que l'État membre en cause modifie son comportement* »¹¹⁷. Au sein du Conseil de l'Europe, le Comité des ministres assure la surveillance de l'application des arrêts de la Cour et le Protocole additionnel n°14 à la Convention européenne des droits de l'homme a institué une procédure de manquement qui consiste, après une mise en demeure de l'État, à saisir la Cour européenne par une décision prise à la majorité des deux tiers. Cette dernière pourra alors constater le manquement et inviter le Comité des ministres à prendre les mesures nécessaires. Une telle procédure n'a jamais encore été mise en œuvre et, contrairement au recours en manquement devant la Cour de justice de l'Union européenne, elle ne prévoit pas de sanction permettant de persuader l'État de mettre fin à son comportement. L'Assemblée parlementaire participe également à la surveillance de l'application des arrêts de la Cour en élaborant chaque année un rapport faisant état des situations constatées.

C/ La coopération étroite au service de la protection des valeurs de l'Europe : le rôle central de la Cour européenne des droits de l'homme

Le fonctionnement systémique et coopératif des organes européens : le rôle central de la CEDH. Les développements précédents illustrent le fait que les États européens se trouvent véritablement encadrés par une multitude d'organes compétents pour s'assurer du respect des valeurs européennes. Ils se trouvent ainsi surveillés par la Commission européenne, évalués par l'Agence des droits fondamentaux

117 CJCE, 4 juin 2009, *Commission c/ République hellénique*, aff. C-109/09, *Rec.* 2009, p. I-4657.

de l'Union européenne qui a conclu un accord de coopération spécial avec le Conseil de l'Europe¹¹⁸, ainsi que par des organes tels que la Commission européenne contre le racisme, le Comité européen des droits sociaux, le Commissaire aux droits de l'Homme, le Comité de prévention de la torture et sous le regard et l'assistance de la Commission de Venise en matière constitutionnelle. De plus, les États peuvent être juridictionnellement sanctionnés par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme dont certains mécanismes prévoient le suivi des arrêts. L'observation du fonctionnement de ces organes permet d'avancer que, malgré la profusion apparente, leur action combinée tisse un maillage efficace en faveur de la protection et de la promotion des droits fondamentaux et des valeurs européennes. Or, il nous apparaît que dans ce schéma, la Cour européenne des droits de l'homme prend une importance centrale dans la protection des valeurs et qu'elle apparaît, en quelque sorte, comme un juge néo-constitutionnel de l'Europe. Il existe, en effet, une forme d'attraction de l'ensemble du système européen vers le juge de Strasbourg qui prend alors les traits d'un bras armé assurant la synthèse de l'action des différents organes mentionnés. La Cour assure en quelque sorte, après la mise en œuvre de mécanismes peu contraignants fondés principalement sur des rapports et des recommandations, une transition entre *soft law* et *hard law* par une sanction juridictionnelle. La Cour est aujourd'hui considérée comme « *le Grand-œuvre* »¹¹⁹ du Conseil de l'Europe et représente 66% du budget total du Conseil de l'Europe. L'importance de la Convention européenne des droits de l'homme et de son juge peut, selon nous, être déduite de cinq éléments, ce qui ne manquera pas de soulever un certain nombre de difficultés.

Le changement de paradigme dans l'identification des valeurs européennes au profit de la CEDH. Premièrement, on observe un changement de paradigme dans l'identification des valeurs européennes. En effet, l'idée même de valeur européenne renvoie à certains principes partagés par les États européens. De ce point de vue, la référence aux

118 Accord entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe concernant la coopération entre l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, *JOUE*, 15 juillet 2008, L 186/7.

119 BURBAN (J.-L.), *Le Conseil de l'Europe, op.cit.*, p. 55.

traditions constitutionnelles communes des États membres présente à l'article 6§3 du TUE¹²⁰ semblait être un outil particulièrement bien adapté à l'identification de telles valeurs. De telles traditions renvoient à « *des principes ou structures de valeurs qui, consacrés au niveau des États au rang de norme de constitutionnalité (écrites et non écrites), sont également partagés par les ordonnancements juridiques des États impliqués dans le processus de l'intégration* »¹²¹. Les traditions constitutionnelles communes contribuent en effet « à former ce substratum philosophique, politique commun aux États membres à partir duquel se dégage de façon prétorienne un droit communautaire non écrit dont l'un des buts essentiels est précisément d'assurer le respect des droits fondamentaux de l'individu. En ce sens, les principes fondamentaux des droits nationaux contribuent à permettre au droit communautaire de trouver en lui-même les ressources nécessaires pour assurer, en cas de besoin, le respect des droits fondamentaux qui forment le patrimoine commun des États membres »¹²². Or, sur ce point, la Convention européenne des droits de l'homme est venue occulter doublement cette source. En effet, la référence aux traditions constitutionnelles communes afin de consacrer au niveau de l'Union européenne des principes généraux du droit est devenue largement marginale et la Cour de justice a préféré tirer les droits qu'elle a consacrés de la Convention européenne des droits de l'homme qui, selon ses propres termes, revêt pour l'ordre juridique de

120 L'article 6§3 du TUE dispose que « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

121 FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2012, 6ème éd., p. 552.

122 Conclusions de l'avocat général Alain DUTHEILLET DE LAMOTHE dans l'affaire 11/70 du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

l'Union européenne une « *signification particulière* »¹²³ et est devenue une véritable source matérielle du droit de l'Union européenne. Dans le même temps, lorsque la ressource des traditions constitutionnelles communes aux États est encore utilisée, on observe que la Cour de justice considère que la Convention européenne des droits de l'homme « *constitue un outil précieux pour la Cour dans la recherche de ce qui relève des traditions constitutionnelles communes aux États membres. En général, au-delà d'une recherche aléatoire de droit comparé, l'inscription d'un droit dans la CEDH constitue pour la Cour de justice une indication, un indice de l'existence d'une tradition constitutionnelle commune* »¹²⁴. Le juge de l'Union européenne considère ainsi que l'adhésion à la Convention européenne constitue un indice de l'existence d'une conception partagée et qu'elle doit en conséquence s'inspirer « *des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹²⁵. Comme nous le verrons plus avant, une telle position peut soulever un certain nombre de difficultés dans la mesure où la jurisprudence audacieuse de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas nécessairement le reflet de conceptions

123 CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 46/87 et 227/88. La Cour y précise que « *selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, revêt à cet effet une signification particulière* ».

124 ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La Convention européenne des droits de l'homme, instrument de convergence des droits constitutionnels nationaux et du droit communautaire », in GAUDIN (H.) (dir.), *Droit constitutionnel – Droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Economica, Paris, 2001, p. 183.

125 CJCE, 26 mars 2009, *Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich, Bank Austria Creditanstalt, Österreichische Volksbanken c/Commission des Communautés européennes*, aff. C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P.

communes aux États, ce qui peut aboutir à consacrer des valeurs qui en réalité ne sont pas réellement communes.

L'interprétation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la lumière de la CEDH. Deuxièmement, la position centrale de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Convention dans la protection des valeurs européennes se déduit des dispositions relatives à l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Avant même l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour de justice s'appuyait déjà sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dès lors qu'elle mobilisait un droit de la Convention dans son propre ordre juridique. Désormais cette méthode est expressément prévue par la Charte des droits fondamentaux. Cette dernière prévoit en premier lieu, à travers une clause de correspondance présente à l'article 52§3 que *« dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue »*. De plus, la Charte prévoit également une clause de non régression à l'article 53 qui dispose : *« aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres »*.

La conscience institutionnelle du rôle central de la CEDH dans la protection des valeurs européennes. Troisièmement, il semble que l'idée même de l'importance centrale de la Convention dans la protection des valeurs européennes se soit imposée dans l'ordre juridique de l'Union européenne et dans « l'esprit » de ses institutions. La Commission elle-même, dans son rapport sur l'application de la Charte des droits fondamentaux, mentionne le fait que même si la Charte n'a vocation à s'appliquer que dans les cas où l'État met en œuvre le droit de l'Union européenne, la Convention européenne des droits de l'homme

comblera l'absence de protection qui peut caractériser les situations dans lesquelles l'État ne se situe pas dans un tel cas de figure. Elle estime ainsi que « *le simple fait que la Charte s'applique uniquement lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union ne signifie pas pour autant qu'il y ait des lacunes dans la protection des droits fondamentaux. Les particuliers utilisent les voies de recours nationales et lorsqu'ils les ont épuisées, ils peuvent introduire une demande auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, conformément à la CEDH à laquelle tous les États membres de l'Union sont parties* »¹²⁶.

La justification organique et ontologique du rôle central de la CEDH dans la protection des valeurs européennes. Quatrièmement, l'importance de la Convention dans la protection des valeurs européennes trouve une justification à la fois organique et ontologique. Du point de vue organique, la Cour européenne des droits de l'homme est en passe de devenir une sorte de Cour constitutionnelle européenne à travers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Bien que non encore réalisée, le principe de cette adhésion est posé d'une part par l'article 6§2 du TUE qui dispose que « *l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ». D'autre part l'article 59§2 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que « *l'Union européenne peut adhérer à la présente Convention* ». Cette adhésion rendrait ainsi la Cour européenne compétente *ratione personae* pour connaître des actes des institutions de l'Union européenne elles-mêmes et plus seulement de ses États membres. D'un point de vue ontologique, la Cour européenne des droits de l'homme apparaît également comme fondée à exercer ce rôle central dans la protection des valeurs européennes. En effet, si l'Union européenne comme le Conseil de l'Europe visent à réaliser une « union plus étroite » entre leurs membres, il existe tout de même une différence dans la méthode de cette union. L'Union européenne tend à concilier ses

126 Rapport 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, p. 11.

intérêts et ses valeurs car son but n'est pas entièrement tourné vers la protection et la promotion du principe de la prééminence du droit, de la démocratie et des droits de l'Homme alors que la Cour européenne des droits de l'homme en fait un objet unique et exclusif. La Convention apparaît ainsi, selon l'expression de la Cour, comme un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »¹²⁷.

La méthode de jugement combinatoire de la Cour européenne des droits de l'homme. Enfin, le caractère central de la Convention européenne des droits de l'homme dans la protection des valeurs de l'Europe réside dans la méthode de jugement de la Cour européenne. L'ensemble des rapports et des travaux des organes européens de surveillance et de promotion des droits fondamentaux va être pris en compte dans sa jurisprudence afin d'éclairer la Cour sur la réalité des violations des droits et libertés garantis. Si les travaux de la majorité des organes européens apparaissaient jusqu'alors comme peu contraignants pour les États, la Cour européenne va leur donner, en quelque sorte, « une seconde vie » en les impliquant comme l'un des fondements d'une sanction juridictionnelle. Dans son arrêt *Golder c/ Royaume-Uni* du 21 février 1975, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « *tel que le prévoit la «règle générale» de l'article 31 de la Convention de Vienne, le processus d'interprétation d'un traité forme un tout, une seule opération complexe* »¹²⁸. Au regard de la jurisprudence de la Cour, les avis, rapports et travaux des différents organes européens constituent indiscutablement des éléments pertinents dans son appréciation. Ainsi, par exemple, dans une affaire *Winterstein et autres c/ France* du 17 janvier 2014 concernant les conditions d'expulsion des Roms et gens du voyage¹²⁹, la Cour conclut à une violation de l'article 8 de la Convention en soulignant dans son appréciation que de nombreux textes européens insistent sur la nécessité, en cas d'expulsion de Roms et gens du voyage, de leur fournir un logement sauf cas de force majeure. La Cour vise ainsi au titre du droit européen pertinent un rapport d'octobre 2009 de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne,

127 CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, req. n°15318/89.

128 CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Rouyaune-Uni*, req. n°4451/70, série A, n°18.

129 CEDH, 17 janvier 2014, *Winterstein et autres c/ France*, req. n°27013/07.

une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ainsi qu'une déclaration du Commissaire aux droits de l'Homme. De la même manière, dans une affaire jugée par la Grande chambre le 27 avril 2010¹³⁰, la Cour s'appuie largement sur un rapport de la Commission de Venise portant sur les modifications apportées au code électoral de la Moldavie en avril 2008. Dans un point intitulé « Réactions internationales à la réforme électorale », la Cour cite également un discours du Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui encourageait vivement le Parlement moldave à obtenir pour la réforme envisagée l'aval de la Commission de Venise. Est alors cité au titre des « instruments pertinents », le code de bonne conduite en matière électorale élaboré par la Commission de Venise. Pour conclure à une violation de l'article 3 du Protocole n°1 (droit à des élections libres), la Cour tire un argument du fait que d'une part, le code de bonne conduite électorale en question mettait en garde contre les modifications trop fréquentes de la législation électorale notamment celles qui précédaient de peu un scrutin et d'autre part, qu'il est « significatif » que la Commission de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour le respect des obligations et engagements des États membres ainsi que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe aient été unanimes dans leur critique portant sur la réforme électorale moldave. Par ailleurs, on retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de très nombreuses références au droit de l'Union européenne et plus spécifiquement à la jurisprudence de la Cour de justice et à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³¹. À travers ces exemples, on constate que l'activité de surveillance des organes européens et les travaux, avis, recommandations, résolutions non contraignantes sur lesquels elle débouche peut en réalité constituer le prélude à une future condamnation de l'État par la Cour européenne des droits de l'homme ce qui conduit à relativiser dans les faits leur portée peu astreignante. Il existe ainsi un véritable système enchevêtré pour la protection des valeurs européennes dont la Cour de Strasbourg appa-

130 CEDH, 27 avril 2010, *Tanase c/ Moldova*, req. n°7/08.

131 Voir not. CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n°28957/95 ; CEDH, 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie*, req. n°10249/03.

raît comme un véritable bras armé juridictionnel et cette mécanique va poser la question de la légitimité de chacun des maillons de cette chaîne, jusqu'au dernier.

II. Une légitimité variable des organes compétents pour assurer le respect des valeurs de l'Europe

Le fonctionnement du système européen, dans sa globalité, de promotion et de protection des valeurs de l'Europe pose inéluctablement la question de la légitimité des acteurs qui y interviennent. Cette question est cependant délicate car la nature, la composition et le rôle des différents organes concernés varient assez largement et il convient, en outre, d'éviter un jugement trop hâtif portant sur leur légitimité à intervenir qui ne refléterait que partiellement les nuances que peuvent revêtir les différentes formes de légitimité. En effet, « *trop souvent, la pensée fonctionne par antithèses, en opposant par exemple la légitimité à l'illégitimité, mais la réalité est beaucoup plus complexe et admet des degrés divers de légitimité* »¹³². Il apparaît ici opportun, voire nécessaire, de distinguer la légitimité politique (A) et la légitimité juridique (B) des organes protecteurs des valeurs européennes.

A/ La légitimité politique des organes compétents pour assurer le respect des valeurs de l'Europe

La question de la légitimité appartient en premier lieu au registre de la science politique en renvoyant au « *bien-fondé du Pouvoir, ce qui lui confère sa justification et sa validité* »¹³³ et qui peut à l'inverse, être touché par un phénomène de délégitimation qui « *implique des attitudes négatives à l'égard non pas de la démocratie en général, mais*

132 MATTEI (D.), « La légitimité politique : nouveauté des critères, anachronisme des théories classiques », *Revue internationale des sciences sociales*, 2010/2, n°196, p. 21.

133 ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Paris, 2014, p. 929.

d'institutions spécifiques qui, selon les citoyens ou selon les membres de l'élite, fonctionnent mal ou pas du tout »¹³⁴.

La question de la légitimité politique des institutions européennes : une critique à relativiser. Les institutions qui font, de manière régulière, l'objet de questionnements relatifs à leur légitimité sont en premier lieu celles de l'Union européenne. La question de leur légitimité est évidemment une question centrale, ce que le Professeur Olivier Jouanjan a remarquablement formalisé en ces termes : « *Pourquoi la Cour de justice a-t-elle éprouvé le besoin de qualifier le traité CE de "charte constitutionnelle" ? Non pas seulement, sans doute, parce que, à l'instar des constitutions dans les ordres juridiques nationaux, il aurait, dans l'ordre juridique communautaire, valeur suprême. Mais plutôt parce que, autre paradoxe, ce traité n'est pas un "traité". Du moins, il diffère des traités internationaux typiques. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans le détail des problèmes juridiques, mais de préciser le caractère fondamental des traités qui forment l'ensemble complexe de l'Union : leur objet est de créer une communauté non seulement d'États, mais aussi de peuples et de citoyens. La "Communauté" n'embrasse pas seulement les États qui la composent, mais aussi les populations dont les membres ont acquis, désormais, une "citoyenneté" spécifique dans l'Union qui s'ajoute à leur citoyenneté étatique. De manière même encore limitée, ils participent à la légitimation du pouvoir exercé par les Communautés. Ils en sont aussi les destinataires, nombre de règles communautaires s'appliquant à eux en principe immédiatement, sans que le droit des États membres puisse faire obstacle. On ne peut donc nier que "la puissance supranationale de réglementation et de décision concentrée au sein de la Communauté européenne représente certainement un élément de pouvoir politique de gouvernement" et que, "bien qu'elles ne soient pas elles-mêmes des États, les Communautés jouissent de prérogatives que traditionnellement seuls les États possédaient". De ce fait, la Communauté (et l'Union) n'est pas seulement une "organisation internationale", mais une polity, un corps politique, une sorte de "chose publique", ce que le mot de "Communauté" s'efforce de signifier. Disant cela, le jugement de valeur que l'on porte sur la consistance même de ce corps politique importe peu, qu'on trouve l'Union*

134 MORLINO (L.), « Légitimité et qualité de démocratie », *Revue internationale des sciences sociales*, 2010/2, n°196, p. 41.

encore trop embryonnaire ou déjà trop envahissante. Le mot "traité", renvoyant à une convention entre États, paraît insuffisant à signifier cette dimension politique de l'Union et des Communautés »¹³⁵.

Pour certains, la légitimité de l'Union européenne pourrait reposer sur une légitimité de résultat fondée sur « *le principe fonctionnel de l'utilité des décisions gouvernementales* »¹³⁶. Une telle logique implique que la légitimité de l'organisation reposerait essentiellement sur le fait qu'elle parvienne à produire des résultats tangibles en adéquation avec le but qu'elle poursuit. Pour notre part, nous ne pensons pas que la légitimité de l'Union européenne puisse entièrement reposer sur une logique de résultat et que la légitimité politique d'une organisation puisse se justifier par une formule de type « qu'importe le flacon, pourvu qu'on ait l'ivresse ». Si la production d'un résultat peut incontestablement participer à un processus de légitimation des institutions de l'Union européenne, il apparaît dans le même temps essentiel de porter un regard sur la composition et le fonctionnement de ces dernières afin de pouvoir apprécier de manière plus complète leur légitimité. À l'heure actuelle, le principal reproche que l'on peut adresser à l'Union européenne réside dans un certain déficit démocratique. Dès 1951, la création d'une Assemblée commune représentant les peuples européens, a constitué un gage de légitimité de la construction communautaire. Or, comme a pu l'avancer Elvire Letourneur-Fabry, la légitimité de l'Union européenne et de son pouvoir ne peut être entièrement assurée qu'en présence d'une institution qui, parallèlement à la représentation diplomatique des États, assure la représentation des peuples européens et, à travers de véritables pouvoirs, assure dans le même temps la défense des intérêts communautaires¹³⁷. Or, aucune institution décisionnaire ne répond réellement à ce schéma dans la mesure où la Commission ne représente pas réellement les peuples et le Conseil de l'Union européenne « *fait prévaloir la défense des intérêts nationaux sur celle de l'in-*

135 JOUANJAN (O.), « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », *Cités*, 2003/1, n°13, p. 22.

136 HALLER (M.), « Quelle légitimité pour l'Union européenne? », *Revue internationale des sciences sociales*, 2010/2, n°196, p. 55.

137 LETOURNEUR-FABRY (E.), « Le déficit de légitimité des institutions européennes : un procès en cours d'instruction », *Revue d'histoire politique*, 2004, n°1, p. 67.

térêt communautaire »¹³⁸. Liée à cette difficulté, la division du travail de ces deux dernières institutions au sein de directions générales a favorisé une critique en termes de « technocratie » européenne. Dans le prolongement, le Parlement ne dispose peut-être pas des pouvoirs que l'on pourrait attendre d'une institution représentant les peuples de l'Europe. En conséquence, « *le déficit de légitimité garde un caractère structurel qui tient à la spécificité du processus décisionnel mis en place* »¹³⁹. Le Parlement dispose néanmoins d'une légitimité incontestable dans la mesure où il est une institution élue au suffrage universel direct dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Or, ici encore, le bât blesse en raison des très forts taux d'abstention qui égratignent les élections européennes et qui illustrent une forme de désintérêt des citoyens à l'égard de l'institution qui les représente au niveau supra national. Il convient cependant de ne pas être trop critique à l'égard de la légitimité de l'Union européenne. En effet, il faut relever en premier lieu que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pose un certain nombre de principes qui assurent son caractère démocratique et nourrissent en conséquence sa légitimité. Se trouvent ainsi consacrés le droit de vote et d'éligibilité aux élections du Parlement européen (article 39), le droit à une bonne administration s'imposant aux institutions et organes de l'Union européenne (article 41), le droit d'accès aux documents de la Commission, du Conseil et du Parlement européen (article 42) ou encore le droit de pétition devant ce dernier (article 44). De plus, le juge de l'Union européenne a donné une certaine effectivité à ces droits. Il a, par exemple, sur le fondement de l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux, annulé partiellement le refus du Conseil d'accorder l'accès à un document sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁰. Par ailleurs, le Traité de Lisbonne a apporté un certain nombre d'améliorations notamment en accentuant le caractère parlementaire du système. Ainsi, le Président de la Commission est désormais choisi « *en tenant compte des élections au Parlement européen, et après avoir procédé aux consultations appropriées* »¹⁴¹. Cette

138 *Ibid.*

139 *Ibid.*

140 Tribunal, 12 décembre 2013, *Besselink c/ Conseil*, aff. T-331/11.

141 Article 17§7 du TUE.

mesure est « de nature à tisser un lien politique plus apparent entre la Commission et le Parlement : cette exigence semble en effet induire que le candidat président devra soit être choisi au sein du groupe parlementaire majoritaire - solution maximaliste - soit appartenir à la tendance politique de ce groupe parlementaire - solution minimaliste. En tout état de cause, cette nouveauté est propice à une évolution de l'usage de la motion de censure et surtout à une modification des élections au Parlement européen, les partis politiques pouvant faire campagne dans cette perspective de conquête de la présidence de la Commission »¹⁴². Ce dernier élément est particulièrement important dans le cadre de la problématique qui nous occupe dans la mesure où la Commission est le principal acteur qui veille au respect des Traités et donc des valeurs de l'Union européenne. Par ailleurs le rôle des Parlements nationaux a été renforcé¹⁴³ ainsi que les prérogatives du Parlement européen, s'est imposé le principe d'un

142 Michel (V.), « Le triangle institutionnel », *Gazette du Palais*, 19 juin 2008, n°171, p. 5.

143 L'article 12 du TUE prévoit que : « Les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union :

- a) en étant informés par les institutions de l'Union et en recevant notification des projets d'actes législatifs de l'Union conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ;
- b) en veillant au respect du principe de subsidiarité conformément aux procédures prévues par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ;
- c) en participant, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans cet espace, conformément à l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et en étant associés au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust, conformément aux articles 88 et 85 dudit traité ;
- d) en prenant part aux procédures de révision des traités, conformément à l'article 48 du présent traité ;
- e) en étant informés des demandes d'adhésion à l'Union, conformément à l'article 49 du présent traité ;
- f) en participant à la coopération interparlementaire entre parlements nationaux et avec le Parlement européen, conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ».

commissaire européen par État et le rôle des citoyens dans les affaires européennes a été renforcé¹⁴⁴.

La légitimité des organes européens protecteurs des valeurs reposant sur leur caractère intergouvernemental. Au sein du Conseil de l'Europe, les institutions et organes semblent répondre largement à une forme de légitimité politique d'autant que leur logique est essentiellement intergouvernementale et qu'elles ne disposent pas d'un pouvoir normatif équivalent à celui de l'Union européenne. Le débat sur leur légitimité ne se pose donc pas dans les mêmes termes que s'agissant de l'Union européenne. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe est composée de 318 membres et de 318 suppléants qui sont désignés par les Parlements nationaux dont ils tirent leur légitimité démocratique. Le nombre de siège par État est ici réparti en tenant compte de la population des États membres. Il existe un certain nombre de règles déontologiques tenant notamment à la transparence et à la lutte contre les conflits d'intérêts¹⁴⁵. Il y existe une véritable « *vie parlementaire* [...] *comparable à celle que l'on peut trouver dans un Parlement national ; on y observe notamment la discussion de textes avec des amendements parfois âprement discutés, avec l'utilisation d'armes de procédure, telles que les motions de renvoi en commission. Une spécificité importante tient à son renouvellement constant puisqu'il est rare qu'il n'y ait pas une élection législative à un moment ou à un autre dans l'un des 47 États membres* »¹⁴⁶. La légitimité de l'Assemblée parlementaire semble s'être imposée en pratique car cette dernière, sans pour autant disposer de réels pouvoirs normatifs, apparaît « *comme une autorité morale et comme une tribune devant laquelle tout homme d'État digne de ce nom est venu un jour s'exprimer, qu'il s'agisse de dirigeants des États membres ou de chefs d'États*

144 L'article 11§4 du TUE dispose que « *Des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités* ».

145 Article 13 du règlement de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

146 PINON (X.), *Le Conseil de l'Europe. Une organisation au service de l'Homme*, LGDJ, Paris, 2011, p. 81.

et de gouvernement de pays tiers »¹⁴⁷. Quant au Comité des ministres, il fonctionne sur le modèle de l'intergouvernementalité, composé des ministres des affaires étrangères des États membres et fondé sur le principe d'égalité entre tous ses membres.

La légitimité contrastée des comités d'experts. Par ailleurs, on trouve des organes européens composés d'experts dont la légitimité apparaît être en demie teinte. S'agissant de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, son règlement impose un certain nombre de garanties qui tendent à assurer sa représentativité, l'indépendance de ses membres et la qualité scientifique de ses travaux. L'Agence doit ainsi veiller à une participation équilibrée des hommes et des femmes au sein de son personnel et respecter la législation européenne en termes d'accès au public des documents et de protection des données personnelles. Son Conseil d'administration se compose d'une personnalité indépendante, inamovible, au mandat non renouvelable désignée par chaque État membre, d'une personnalité présentant les mêmes qualités désignée par le Conseil de l'Europe et, enfin, de deux représentants de la Commission européenne¹⁴⁸. De la même manière, son comité scientifique est composé de 11 personnalités indépendantes, inamovibles et au mandat non renouvelable qui sont hautement qualifiées dans le domaine des droits fondamentaux. Ces personnalités sont désignées par le Conseil d'administration au terme d'une procédure transparente d'appel à candidature et assurant une représentation géographique équilibrée¹⁴⁹. Quant aux autres organes du Conseil de l'Europe, tous répondent également à des exigences d'indépendance et d'impartialité qui tendent notamment à exclure toute forme d'incompatibilité entre la mission qui incombe à leurs membres et leurs activités extérieures. Ces derniers peuvent soit être élus par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Tel est le cas des membres du Comité européen des droits sociaux ou de la Commission de prévention de la

147 BURBAN (J.-L.), *Le Conseil de l'Europe*, Que sais-je ?, PUF, Paris, 1985, p. 27.

148 Article 12 du règlement (CE) n°168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

149 Article 13 du règlement (CE) n°168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne.

torture. Soit leurs membres peuvent être désignés directement par les États membres pour des personnalités hautement qualifiées et connues pour leurs compétences en la matière concernée. Tel est le cas s'agissant de la Commission de Venise. Son fonctionnement repose sur l'égalité des voix entre ses membres, un membre ne pouvant prendre part à un avis lorsque ce dernier concerne l'État qui l'a nommé¹⁵⁰.

De manière générale, la qualité des personnalités siégeant dans ces comités et commissions ainsi que leur mode de nomination et l'ensemble des garanties d'indépendance et d'impartialité qui les encadre assurent la légitimité de leur action. Cependant, la qualité d'expert génère tout de même un certain trouble qui est d'autant plus frappant en matière constitutionnelle. En effet, l'expertise peut incontestablement être un facteur d'amélioration de la qualité démocratique du droit mais elle ne saurait parfaitement épouser la complexité d'un processus constituant. Ainsi, la légitimité de ces organes du Conseil de l'Europe pourrait également se retourner contre ces derniers à travers un risque de technocratie démocratique qui passerait par un jugement technique de normes constitutionnelles qui tiennent compte, quant à elles, de multiples facteurs nationaux parfois extrêmement complexes. Les experts ne sont donc pas des constituants et ici, leur légitimité à critiquer certains aspects du constitutionnalisme national peut être discutée, sans pour autant être totalement niée. Cette difficulté est d'autant plus prégnante que, comme nous l'avons préalablement évoqué, ces expertises peuvent avoir un impact non négligeable sur une future condamnation juridictionnelle, laissant apparaître l'idée d'une expertise pré-juridictionnelle ce qui va poser également la question de la légitimité juridique de ces organes.

150 Article 13 du règlement intérieur révisé, adopté par la Commission de Venise lors de sa 50^{ème} Session plénière (Venise, 8-9 mars 2002) et tel qu'amendé lors de sa 53^{ème} Session plénière (Venise, 13-14 décembre 2002), lors de sa 61^{ème} Session plénière (Venise, 2-3 décembre 2004) et lors de sa 96^{ème} Session plénière (Venise, 11-12 octobre 2013).

B/ La légitimité juridique des organes compétents pour assurer le respect des valeurs de l'Europe

La question de la légitimité juridique renvoie largement à celle de la légalité. Ainsi, « pour la pensée moderne qui ne trouve sa "majorité" que dans la rationalité, la réponse à cette problématique que condense la question *Quid juris ?* semble aller de soi, corroborée, dans le registre philosophique, par l'étymologie des termes "légitimité" et "légalité" dont la racine commune est le latin *lex* : la légitimité, est-on tenté de dire, implique la légalité au point de lui être consubstantielle »¹⁵¹. D'un point de vue juridique, la légitimité de l'intervention des organes européens assurant le respect des valeurs européennes repose soit sur des transferts de compétences dans le cadre de l'Union européenne, soit sur une logique de nature conventionnelle, les États ayant adhéré à certaines conventions et accepté certains mécanismes de contrôle et de surveillance. La question principale de la légitimité juridique va en réalité concerner certainement l'aspect le plus important de la problématique traitée : celui du juge européen et plus spécifiquement de la Cour européenne des droits de l'homme qui se trouve au centre de ce dispositif de protection étroitement entrelacé. La légitimité du juge repose sur une double base : son statut et la manière dont il va exercer ses fonctions¹⁵².

La légitimité juridique des juges européens au regard de leur statut. S'agissant du statut des juges européens, celui-ci semble assurer leur légitimité statutaire. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme comme ceux de la Cour de justice sont nommés sur proposition des États membres. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme se compose de 47 juges nommés par l'Assemblée parlementaire sur une liste de trois candidats présentée par chaque État membre. De la même manière, les juges de la Cour de justice de l'Union européenne sont présentés par chaque État et agréés par les autres. Dans les deux cas, le principe est celui d'un juge par État membre de l'organisation internationale. Dans les deux cas également, l'indépendance des juges tend à être garantie et ces derniers ne peuvent pas exercer d'activités

151 ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de culture juridique, op.cit.*, p. 929.

152 Voir en ce sens : MERCADAL (B.), « La légitimité du juge », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, n°2, avril-Juin 2002, p. 277-291.

administratives, politiques ou professionnelles incompatibles avec leurs fonctions. Dans les faits, les personnalités nommées sont toujours des professionnels hautement qualifiés dont les compétences n'ont jamais fait l'objet de contestations particulières.

La légitimité juridique des juges européens au regard de la substance de leurs jugements. La question de la légitimité des juges dans l'exercice de leurs fonctions et notamment dans les positions prises dans leurs jugements est plus problématique notamment s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, « *c'est donc bien l'appréciation portée sur la décision du juge qui fonde la légitimité du juge. Peu importe alors la particularité du juge : qu'il soit national ou international, professionnel ou occasionnel (juge consulaire, prud'homme, arbitre, juré), civil ou répressif, judiciaire ou administratif, constitutionnel ou autorité administrative dite indépendante, dès lors qu'il « juge », dit le droit dans une cause qui lui est soumise, sa légitimité dépend du contenu de son jugement. Ce sont les jugements légitimes qui rendent les juges légitimes. Les différentes compétences reconnues aux juges n'ont d'incidence que sur la détermination de la légitimité de leurs jugements. Celle-ci dépendant du droit que chaque juge est chargé d'appliquer, un jugement ne peut être évalué qu'en fonction de ce droit. Ainsi, un juge peut être légitime au regard d'un droit donné et ne pas l'être au regard d'un autre droit donné* »¹⁵³. De ce point de vue, l'activisme de la Cour européenne des droits de l'homme peut poser certaines difficultés et impacter sur l'ensemble du système de protection des valeurs européennes dans la mesure où, comme nous l'avons développé plus haut, ce système est étroitement imbriqué à travers une logique de coopération dont la Cour européenne apparaît comme un aboutissement juridictionnel. Les positions de la Cour vont ainsi, dans le cas où leur légitimité apparaîtrait comme pouvant être discutée, jeter un trouble sur l'ensemble du système et accentuer les défauts de légitimité des autres acteurs de cette protection en les associant à son processus décisionnel. En effet, le sentiment d'incompréhension ou d'illégitimité de ses positions vont atteindre l'ordre juridique de l'Union européenne dont la Convention européenne est une source matérielle qui conditionne notamment l'interprétation et le standard de protection de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, mais éga-

153 *Ibid.*, p. 278.

lement l'action et les travaux des autres organes européens qui sont pris en compte dans ses décisions au titre du droit international pertinent. La Convention européenne des droits de l'homme apparaît selon la Cour comme un instrument spécifiquement destiné à préserver l'ordre public européen et à garantir le respect des droits fondamentaux. À cet égard, la référence à la société démocratique joue un rôle de premier ordre en répondant à une « *fonction idéologique essentielle* »¹⁵⁴ qui vise à « établir une échelle de normalité permettant de déterminer l'étendue souhaitable des droits et libertés puisque [...] *bien au-delà des droits proprement politiques, la notion de société démocratique "domine la Convention toute entière"* »¹⁵⁵. Ainsi, considéré comme le seul régime politique envisagé compatible avec la Convention européenne¹⁵⁶ et comme la condition du maintien de la paix et de la justice dans le monde¹⁵⁷, la référence à la démocratie commande dans une large mesure l'interprétation extensive de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a étroitement lié la finalité de son prétoire au maintien d'un ordre public européen lui-même intimement fixé à la démocratie. En effet, elle considère d'une part, que la Convention a « *pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'Homme et en étendant sa jurisprudence à l'ensemble de la communauté des États parties* »¹⁵⁸ et, d'autre part, que la démocratie « *représente sans nul doute un élément fondamental de l'ordre public européen* »¹⁵⁹. Les conséquences de cette prise de position idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme débouchant sur un certain activisme de la Cour ne sont pas toujours bien comprises par les États. Comme le souligne le Professeur Michel Levinet, « *on le voit, contrairement à un discours souvent sommaire, le juge européen*

154 LEVINET (M.), « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Petites affiches*, 22 décembre 2010, n°254, p. 9.

155 *Ibid.*

156 CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*, req. n°133/1996/752/951, §45.

157 Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme.

158 CEDH, 24 octobre 2003, *Karner c/ Autriche*, req. n°40016/98, §26.

159 CEDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*, *op. cit.*, §45.

ne cherche pas systématiquement à exercer une tutelle tatillonne sur les États parties à la Convention. Cependant, cette posture ne saurait faire oublier que, dans un nombre croissant de domaines, il manifeste un interventionnisme et un dynamisme spectaculaires. Il faut bien admettre que, s'il lui arrive de rechercher la vérité de la Convention dans l'existence de solutions nationales communes, son souci majeur est de construire un véritable standard européen avec une liberté de plus en plus grande sans, forcément, toujours convaincre et en vidant largement de sa substance le dialogue des juges »¹⁶⁰. Cet activisme de la Cour a pu notamment prendre deux formes distinctes. La Cour européenne a pu, en premier lieu, sous l'effet d'une interprétation dynamique des standards d'une société démocratique, imposer aux États des solutions qu'ils ne partageaient pas, en faisant ainsi fi d'un quelconque consensus européen. Tel est le cas, par exemple, dans l'affaire *Goodwin c/ Royaume-Uni*¹⁶¹ dans laquelle elle revient sur sa jurisprudence antérieure en affirmant désormais que la mention faite par l'article 12 de la Convention d'un homme et d'une femme en matière du droit au mariage ne pouvait plus désormais être interprétée comme visant le sexe purement biologique. Ce faisant, la Cour ouvrait un droit au mariage pour les personnes transsexuelles avec des personnes du sexe opposé, en l'absence de tout consensus européen sur cette question. Mais la Cour a pu aller plus loin encore en imposant indirectement aux États le respect d'instruments auxquels ces derniers n'ont pas adhéré. Tel est le cas lorsque la Cour a ouvert la porte à la qualification de la peine de mort comme traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention, nonobstant le fait que la Russie et l'Azerbaïdjan n'ont pas ratifié le protocole n°13 abolissant la peine de mort de tout temps¹⁶². De la même manière, en 2008 dans une affaire qui concernait le droit de fonder un syndicat et de mener des négociations collectives, la Cour européenne des droits de l'homme va procéder à un revirement de jurisprudence en imposant à la Turquie le respect des exigences de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne garantis-

160 LEVINET (M.), « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'Homme dans le droit constitutionnel européen », *RFDC*, 2011/2, n°86, p. 233.

161 CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, req. n°28957/95.

162 CEDH, 4 octobre 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c/ Royaume-Uni*, req. n°61498/08.

sant le droit à des négociations collectives alors même que la Turquie ne l'a pas ratifiée. La Cour a en effet estimé que « *sa jurisprudence selon laquelle le droit de négocier et de conclure des conventions collectives ne constitue pas un élément inhérent à l'article 11 de la Convention (Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, précité, § 39, et Schmidt et Dahlström, précité, § 34) doit être revue, de manière à tenir compte de l'évolution perceptible en la matière tant en droit international que dans les systèmes juridiques nationaux. Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, l'abandon par elle d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration. En conséquence, la Cour estime, eu égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des États contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention »¹⁶³.*

La délicate question du « lit de justice international » comme fondement de la légitimité du juge européen. L'ensemble de ces éléments pose une nouvelle question portant sur la légitimité du juge européen, question qui est bien connue des constitutionnalistes : celle du lit de justice. Le doyen Favoreu estimait que la légitimité du juge constitutionnel tient au fait qu'il n'a pas le dernier mot et qu'il est toujours loisible au pouvoir constituant d'intervenir afin de surmonter l'une de ses jurisprudences¹⁶⁴. Dans le cadre du droit européen, l'intervention d'un pouvoir souverain destiné à surmonter la jurisprudence d'un juge supranational apparaît bien délicate car elle nécessite que l'ensemble des États membres de l'organisation concernée se mette d'accord afin de procéder à une révision des traités. Or, un tel scénario est timidement esquissé par les derniers protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'homme. Les Protocoles 15 et 16, ouverts à la signature

163 CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, req. n°34503/97, §153 et 154.

164 FAVOREU (L.), « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 46, n°2, avril-juin 1994, pp. 557-581.

en 2013, ont pour objectif de diminuer le nombre d'affaires pendantes devant la Cour car l'engorgement constitue le principal problème du juge européen des droits de l'homme. Or, au-delà de cet objectif, « ces déclarations poursuivent un autre but, réduire le champ d'intervention de la Cour, contenir ses velléités progressistes »¹⁶⁵ dénoncées par le Premier ministre britannique David Cameron au début de l'année 2012 devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁶⁶. Le Protocole n°16 prévoit d'insérer dans le Préambule de la Convention le principe de subsidiarité et de la marge nationale d'appréciation bénéficiant aux États. On peut avancer, à l'instar du Professeur Frédéric Sudre, que « le changement de nature de la marge nationale d'appréciation fait craindre un repli du contrôle de la Cour [...] tel que le principe de subsidiarité assimilé à la marge d'appréciation marquerait un recul de la protection conventionnelle. Confrontée à un principe de subsidiarité compris par les États comme devant générer une plus grande réserve de la Cour à l'égard des mesures étatiques entrant dans une marge d'appréciation qu'ils souhaitent la plus large possible et à une marge d'appréciation sanctuarisée par son inscription dans le Préambule, la Cour européenne voit sa marge de manœuvre réduite quant à ses méthodes d'interprétation »¹⁶⁷. Dans le même temps, l'inscription expresse du principe de subsidiarité et de la marge nationale d'appréciation relève d'une logique comparable à celle d'un lit de justice dans la mesure où, sans revenir sur une jurisprudence particulière de la Cour européenne des droits de l'homme, la réforme tend à modifier sa méthode extensive d'interprétation. Ainsi, bien que porteur d'un certain nombre d'inquiétudes légitimes, ce phénomène nourrit dans le même temps la légitimité du juge européen des droits de l'Homme dans sa fonction de gardien d'un ordre public transnational dont il est, avec la Convention sur laquelle il s'appuie, l'instrument « constitutionnel ».

165 SUDRE (F.), « La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'Homme. À propos des Protocoles 15 et 16 de la Convention », *JCP G*, 14 octobre 2013, n°42, p. 1912.

166 Discours de David Cameron devant l'APCE, 25 janvier 2012, disponible en version numérique sur le site officiel du Conseil de l'Europe.

167 SUDRE (F.), « La subsidiarité, nouvelle frontière de la Cour européenne des droits de l'Homme. À propos des Protocoles 15 et 16 de la Convention », *op.cit.*, p. 1912.

En conclusion, on constate que la pluralité d'organes qui interviennent dans l'espace européen pour la protection des valeurs de l'Europe coopèrent très étroitement dans ce but et la Cour européenne des droits de l'homme y occupe un rôle central. Or, l'appréciation de la légitimité de ces organes apparaît à la fois variable selon les critères que l'on retient et également complexe, le point de cristallisation le plus important s'attachant à la jurisprudence des juges européens. Selon nous, il existe cependant un élément commun qui permettrait d'apprécier plus concrètement la légitimité de leurs interventions : le respect de la philosophie qui a sous-tendu leur création. « Unis dans la diversité », voilà certainement le point crucial de cette légitimité. Ces organes ont-ils su développer leurs missions tout en respectant les spécificités fondamentales des États, leur identité nationale et constitutionnelle ? Finalement, la légitimité de ces institutions repose peut-être sur une chose beaucoup plus simple, qui passant outre toutes les particularités normatives et institutionnelles de ces acteurs, les renvoie à leur nature profonde, celle d'organisations internationales qui s'insèrent dans un « *paradigme des légitimités* »¹⁶⁸ devant concilier à travers un juste équilibre une légitimité nationale qu'il convient de ne jamais perdre de vue et une légitimité internationale classique reposant sur la capacité d'une organisation internationale à dépasser les intérêts particuliers des États pour se mettre au service d'un intérêt communautaire et de valeurs communes.

168 COICAUD (J.-M.), « Réflexions sur les organisations internationales et la légitimité internationale : contraintes, pathologies et perspectives », *op.cit.*, p. 579.

Márton Sulyok

Les échos internationaux à l'adoption de la Loi fondamentale de la Hongrie, de ses amendements et des lois organiques relatives à son application

« La construction identitaire passe nécessairement par le regard de l'autre, car nous avons du mal à nous voir nous-mêmes et avons besoin d'un regard extérieur. Dès lors, cette construction est la résultante de son propre regard et du regard de l'autre, mus que nous sommes par le désir d'« être ce que n'est pas l'autre ». Ce qui nous fait dire que « l'identité est une somme de différences », et la quête d'identité une quête de différenciation, une quête du non autre. C'est à l'épreuve de la différence que l'on découvre son « quoi être ». Ce quoi être, loin d'être une essence, se résume à un ensemble de traits identitaires stables et mouvants. Mais en même temps on voudrait qu'il soit repérable, percevable, définissable et absolu, car comment avoir le sentiment d'exister si ce n'est en se référant à un absolu ? C'est là, la contradiction qu'on ne résoudra jamais. » (Patrick Charaudeau)

I. Cadre d'interprétation et quelques remarques initiales

La Loi fondamentale de la Hongrie (Constitution), adoptée le 25 avril 2011, est née dans un contexte politique national, européen et international agité. La présente étude de cas est alors menée dans l'objectif de servir de cadre de référence facilitant la compréhension des motivations de l'adoption de la Loi fondamentale, de ses amendements et des lois organiques prises sur la base de la Constitution, mais aussi, et c'est là son objectif essentiel, dans l'objectif de livrer des éléments relatifs

à la recherche d'une nouvelle identité constitutionnelle de la Hongrie, envisagée en rapport avec les valeurs (constitutionnelles) européennes.

En tant qu'étude de cas, la présentation se concentre premièrement sur la chronologie des débats internationaux en ce qui concerne les valeurs constitutionnelles nationales, dans la phase actuelle de l'intégration européenne. Ces débats, échos internationaux peuvent être classifiés comme suit :

- dans un premier temps, comme critiques à l'encontre de la Loi fondamentale de la Hongrie par rapport aux valeurs constitutionnelles des « deux Europe »¹⁶⁹ (au « géopolitique »), on peut distinguer les réflexions internationales et européennes.

En ce qui concerne les échos internationaux, il faut évoquer rapidement le fait que les États-Unis (plus exactement la Commission Helsinki au sein du Sénat)¹⁷⁰ étaient responsables de la plupart des critiques plutôt théoriques et envisageaient la question de la Loi fondamentale de la Hongrie d'un point de vue assez distant des vrais problèmes quotidiens en Europe et en Hongrie. Hélas, cette étude de cas ne prendra pas en considération ces opinions. Il faut au contraire se concentrer sur les débats « strictement » européens, dont les premières sources sont les institutions de Bruxelles, de Luxembourg et aussi de Strasbourg (et bien évidemment, l'on pourrait aussi parler des réflexions de différents États membres de l'Europe de l'Ouest, mais l'on fait le choix d'éviter ces

169 L'ouvrage *Les deux Europe* était publié sous la direction de AFFINITO (M.), MIGANI (G.) et WENKEL (Ch.), Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Wien, 2009. 359 p. J'utilise cette approche sous l'angle des différents aspects des deux Europe initialement traité par l'ouvrage cité. Quand cette étude de cas parle des deux Europe, toutes les références sont faites à l'Europe des 28 et à l'Europe des 47.

170 Entre autres, cf. US Helsinki Commission Hearing, « The Trajectory of Democracy - Why Hungary Matters? », voir : http://www.americanhungarianfederation.org/news_HelsinkiCommission_March2013.html.

Plus récemment, le Sénateur John McCain avait choqué l'opinion publique avec ses remarques concernant la nomination de la productrice Colleen Bell comme ambassadrice de la Hongrie, voir : <http://www.euronews.com/2014/12/04/mccain-s-neofascist-comments-strain-us-hungary-relations/>.

approches dans cette analyse). Les différentes institutions européennes - à la fois au sein de l'Union Européenne et au sein du Conseil de l'Europe (CdE) (représentant l'axe secondaire de la distinction géographique entre les échos internationaux) - ont politiquement condamné la Hongrie plusieurs fois. Par conséquent, la réalité, l'actualité et les soupçons inhérents de ces réactions doivent être analysés,

- dans un deuxième temps, eu égard à la nature des institutions qui sont à la source des critiques, il faut que l'on distingue les échos politiques des échos juridiques,
- dans un troisième temps, des clarifications peuvent être apportées en ce qui concerne les échos juridiques. Il nous semble que l'on peut différencier les remarques juridiques techniques (par exemple : le nombre de lois organiques adoptées sur la base de la Loi fondamentale, les questions relatives aux majorités nécessaires en termes de certaines décisions remises en cause) et les remarques juridico-politiques (par exemple : les opinions des associations et organisations internationales expertes au sein des différentes institutions européennes). Ces deux catégories ne sont pas nécessairement clairement séparées, mais une telle distinction est admise pour la présente étude,
- finalement, dans un quatrième temps, dans une dimension temporaire, l'on peut aussi séparer les réflexions préalables et postérieures à l'adoption de la Loi fondamentale et de ses amendements (y compris les lois organiques adoptées sur la base de la Loi fondamentale).

II. Echos politiques et juridiques en réponse à l'adoption de la Loi fondamentale de la Hongrie

Suivant la chronologie des échos des « deux Europe » (de l'UE et du CdE) sur la Loi fondamentale, l'on s'intéresse, d'abord, aux échos politiques émis avant son adoption. Le 7 juin 2010, la Commission des questions politiques de l'Assemblée parlementaire du CdE (APCdE) a adopté un rapport - préparé par le député socialiste suisse, Andreas Gross - intitulé

« *La démocratie en Europe - crises et perspectives* »¹⁷¹. Ce rapport traite de la situation politique de la Hongrie dans le contexte du changement de gouvernement suite aux élections générales du printemps 2010.

Bien sûr, il y avait aussi des échos juridiques par rapport à la Loi fondamentale avant même son adoption. Une requête du Gouvernement hongrois (Ministère de la Justice et de l'Administration) à la Commission de Venise (CdV) était à la source de l'adoption d'un avis par la CdV, le 11 février 2011, sur trois questions juridiques concernant la rédaction de la nouvelle Constitution¹⁷². De la part du Gouvernement, il s'agissait d'une demande d'assistance - conformément à la mission primaire de la CdV¹⁷³ - dans l'orientation de la formation d'une nouvelle Constitution.

Cette demande d'assistance concernait notamment (nous nous en tenons ici aux éléments intéressants ce séminaire) la formulation de « l'essentiel de la République », pour paraphraser ainsi l'expression de Pierre Mazeaud concernant les questions de l'identité constitutionnelle de la France¹⁷⁴. La recherche d'une identité constitutionnelle clairement exprimée par l'adoption d'une Loi fondamentale concerne, sans doute, certaines questions de symbolisme, valeurs, principes inhérents, et bien sûr, la reconstruction de certaines fonctions des corps publics et constitutionnels. Toutes ces questions touchent au sujet de l'identité constitutionnelle, pas seulement en Hongrie, mais aussi dans les autres États membres des deux Europe.

171 Rapport de la Commission de l'APCdE, 7 juin 2010, Document n°12279, accessible en ligne : <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileId=12462&Language=fr>.

172 Avis n°614/2011, sur trois questions juridiques apparues lors de la rédaction de la nouvelle constitution hongroise, CDL-AD(2011)001.

173 Le site web du CdV, dans le contexte des réformes constitutionnelles, déclare que « *les **demandes d'assistance** et la participation de la Commission à ces processus témoignent de la confiance et du respect des États concernés et des partenaires institutionnels envers la Commission.* » (souligné par nous), voir http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities.

174 MAZEAUD (P.), Vœux du Président, discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/voeux-du-president-du-conseil-constitutionnel-m-pierre-mazeaud-au-president-de-la-republique.51930.html>.

Les trois questions juridiques qui ont été posées par le Gouvernement, concernaient les domaines des valeurs européennes en termes de protection des droits fondamentaux fondée entièrement sur la Charte des droits fondamentaux de l'UE (Charte) et le rôle et le *status quo* du contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe. En répondant, la CdV indiquait que la Charte devait être seulement utilisée comme source d'inspiration, car une éventuelle incorporation complète des textes juridiques européens créerait des problèmes en ce qui concerne l'interprétation authentique du texte constitutionnel.

Se prononçant sur le contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori*, la CdV déclarait que ces deux types de contrôle sont garants de la constitutionnalité des normes, et que, souvent, la Cour constitutionnelle est l'organe le mieux placé pour en juger. En ce qui concerne la question de l'*actio popularis*, la CdV déclarait qu'il ne s'agit pas d'un standard en Europe, et que l'intention d'une transformation profonde du système hongrois est justifiée. Aussi, l'exclusion de l'*actio popularis* a déjà été recommandée dans d'autres opinions - cf. le cas du Montenegro - et la CdV était d'opinion que l'élargissement des différentes voies du recours direct *a posteriori* est à encourager. En conclusion, la CdV était convaincue que les réformes proposées par le Gouvernement hongrois ne portent pas atteinte aux valeurs constitutionnelles européennes communes.

En Hongrie, finalement, la Loi fondamentale a été adoptée le 25 avril 2011, prenant en compte les recommandations de la CdV. En 2015, la Hongrie fêtera le quatrième anniversaire de ce texte, mais chaque année suivant l'adoption a connu de nombreux échos politiques et juridiques dont il convient de parler dans la présente étude de cas.

Suite à l'adoption de la Loi fondamentale, la communauté internationale et la communauté européenne ont immédiatement mis en garde la Hongrie en raison des infractions aux valeurs européennes communes et au patrimoine constitutionnel commun des États membres. Sous l'angle de la recherche de l'identité constitutionnelle dans les États membres de l'Europe centrale et de l'Est, il faut que l'on analyse quelques aspects de ce débat.

Concernant tout d'abord les échos juridico-politiques, certains peuvent être ici distingués :

- (i) Les opinions (avis) de la CdV en mission de l'*assistance constitutionnelle*
- (ii) Les *procédures d'infraction* lancées par la Commission de l'UE (CUE).

En ce qui concerne les avis de la CdV, celui du 20 juin 2011 contenait une évaluation approfondie de la Loi fondamentale relative aux valeurs et principes européens, accompagnée par un examen de compatibilité de la Loi fondamentale avec la CEDH175.

Malgré des critiques sérieuses et sévères, l'avis de la CdV conclut que:
« *La Commission de Venise se félicite du fait que la nouvelle Constitution mette en place un nouvel ordre constitutionnel fondé sur les principes essentiels de la démocratie, de la primauté du droit et de la protection des droits fondamentaux. Elle note que le document s'inspire des constitutions d'autres pays européens, comme la Pologne, la Finlande, la Suisse ou l'Autriche, et qu'il témoigne d'un effort certain pour suivre de près la CEDH, et dans une certaine mesure aussi la Charte de l'UE, aux niveaux du fond et de la forme.* »

Dans le contexte de l'identité constitutionnelle, il est à noter que l'avis en question mentionne le respect et le rôle de l'identité nationale (ou bien constitutionnelle) et des traditions nationales. Dans ce contexte, l'avis contient une analyse article par article de la Loi fondamentale. Faisant partie de cette enquête, la CdV se présente « *reconnaissante (du fait) que chaque État dispose d'une large marge d'appréciation sur l'ampleur et le niveau de détail des dispositions de sa constitution et de chaque niveau de sa législation* ». Toutefois, la CdV relève des problèmes dont certains doivent être livrés ici :

- (i) le nombre des différents sujets des lois organiques,
- (ii) la clarté, avec la notion vague des « acquis de la Constitution historique »,
- (iii) le langage politique et culturel des dispositions du Préambule (nation, etc.),

175 Avis n°621/2011, sur la nouvelle Constitution de la Hongrie, CDL-AD(2011)016.

- (iv) la définition du mariage,
- (v) la protection du fœtus dès sa conception,
- (vi) l'emprisonnement à vie sans la possibilité de libération conditionnelle¹⁷⁶.

Finalement, la CdV conclut que « *l'ordre constitutionnel sous la Loi fondamentale reflète des valeurs européennes, est compatible avec les traités.* ». Pourtant, la majorité des critiques sont concentrées - entre autres - sur le nombre de lois organiques, adoptées par deux tiers des députés présents sur la base de la Loi fondamentale. En raison de ces critiques, il faut que l'on discute aussi des échos européens au sujet de ces lois organiques.

Suite à cet avis de la CdV, l'assistance constitutionnelle a été demandée, de nouveau, par le Gouvernement hongrois pour les lois organiques. La CdV a alors adopté neuf opinions¹⁷⁷ dans le domaine de ces lois, plus précisément sur les lois portant : (i) sur le système électoral, (ii) sur la protection des données et sur la liberté de l'information¹⁷⁸, (iii) sur le système judiciaire (y compris le statut des juges et des procureurs et l'organisation des tribunaux), (iv) sur les minorités, (v) sur la liberté de croyance et de religion, (vi) sur la Cour constitutionnelle.

Concernant enfin les échos purement politiques, ils proviennent de deux voies correspondant aux organes politiques des institutions des deux Europe. Le 5 juillet 2011, le Parlement Européen (PE) a adopté une résolution sur la Constitution révisée de la Hongrie, contenant des déclarations politiques reprenant certains éléments des avis de la CdV et aboutissant à une invocation des articles 2 et 7 du Traité de Lisbonne (TL), en référence aux valeurs européennes. Il est à noter aussi que cette résolution ne se réfère aucunement au respect de l'identité nationale (cf. identité constitutionnelle), identité pourtant mentionnée

176 Par rapport au point (v), il est à noter que la CEDH a entretemps eu à juger d'une plainte contre la Hongrie en mai 2014.

177 La liste des avis de la CdV adoptés au sujet de la Hongrie est accessible à l'adresse : <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=17&year=all>.

178 Notamment, la question de la protection des données personnelles est un dossier problématique en ce qui concerne les échos juridiques au sein de l'UE, analysés ci-dessous.

par l'article 4(2) du TL. La résolution du PE invite la CUE à mener une enquête profonde de conformité de la Loi fondamentale avec les valeurs européennes. Les voies juridiques des critiques s'ouvrent donc aussi par l'activité du PE.

Au sein de l'APCdE, l'avant-propos de « l'Affaire de la Hongrie » a commencé, le 25 janvier 2011, par l'adoption d'une proposition de résolution intitulée « *Graves revers dans le domaine de la prééminence du droit et des droits de l'homme en Hongrie* »¹⁷⁹. Ce document, pour la première fois dans l'histoire, proposait le lancement d'une procédure de suivi contre un État membre de l'UE. Toutefois, à cette époque-là, les échos politico-juridiques de la CdV étaient plus forts que les échos purement politiques, ce qui permettait la mise en place d'un dialogue entre les organes du CdE et les autorités hongroises. Faisant partie de ce dialogue entre les échos politiques de la direction du CdE, le Secrétaire général Thomas Hammarberg a émis, le 24 février 2011, une opinion sur la loi organique applicable aux médias à la lumière des standards du CdE.

III. L'adoption des amendements à la Loi fondamentale et des lois organiques - échos européens

Plus tard, suite aux décisions de la Cour constitutionnelle et de l'Assemblée nationale hongroises, le pouvoir constituant a adopté les quatre premiers amendements de la Loi fondamentale (entre le 18 juin 2012 et le 25 mars 2013), et puis le cinquième, en réponse aux échos européens (adopté le 26 septembre 2013), avec le seul objectif de « calmer le jeu ». En toute vérité, les trois premiers amendements étaient plutôt des amendements juridiques et techniques, réglant des mesures transitoires

179 Proposition de résolution présentée par Mme de Pourbaix-Lundin et al., Document n°12490, <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=12741&Language=FR>.

et clarifiant le texte constitutionnel¹⁸⁰. Seul le quatrième amendement faisait l'objet d'un examen approfondi par les organes européens.

Une des raisons d'être des échos autour du quatrième amendement est due au fait que les dispositions préalablement annulées en raison de vices de forme par la Cour constitutionnelle ont été introduites de nouveau dans le texte constitutionnel (basé sur un choix légitime du pouvoir constituant).

A/ Les échos au Parlement européen et devant la Cour de Justice

Le 17 avril 2013, alors qu'était en cours en séance plénière au PE un débat sur la Loi fondamentale, un communiqué de la CUE intitulé « *La Hongrie et la primauté du droit* » (chargée d'affaire : Viviane Reding) a été présenté¹⁸¹. Ensuite, le 3 juillet de la même année, le fameux rapport Tavares (« *La situation des droits fondamentaux - standards et pratiques en Hongrie* ») a été adopté¹⁸². Sans arrêter ces nombreux et vifs débats, le dialogue sur la situation hongroise continuait au sein de la commission LIBE du PE, commission chargée du dossier relatif aux droits et libertés fondamentaux, aussi présidée par Mme Reding. Entre autres, ces discussions contribuaient aux débats sur l'adoption d'un nouveau mécanisme

180 Le premier amendement disait que les dispositions transitoires constituent une partie intégrante de la Loi fondamentale. Il est à noter que l'obligation d'incorporation de certaines dispositions de cet amendement dans la Loi fondamentale a été annulée par une décision de la Cour constitutionnelle. Le deuxième amendement prévoyait un enregistrement obligatoire préalable pour tous les électeurs, et de nouveau il est à noter que cet amendement a été aussi abandonné suite à la décision de la Cour constitutionnelle annulant les dispositions de la loi électorale relatives au contenu de cet amendement. Finalement, le troisième amendement traitait des questions relatives aux lois organiques pour toute réglementation qui concerne la protection du patrimoine naturel et l'acquisition des terrains agricoles.

181 Voir le rapport de Viviane REDING, 17 avril 2013 : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-324_en.htm?locale=FR.

182 Rapport de Rui TAVARES, 25 juin 2013, sur la situation en matière de droits fondamentaux : normes et pratiques en Hongrie (conformément à la résolution du Parlement européen du 16 février 2012), n°2012/2130(INI).

de protection pour l'État de droit, qui est devenue « la patate chaude européenne » en cette phase de l'intégration¹⁸³.

Après l'adoption de la Loi fondamentale et parallèlement au débat sur le contenu des amendements, les procédures d'infraction (du manquement) européennes ont été lancées devant la CJUE. Concernant les dispositions des amendements, il faut mentionner deux arrêts : dans un premier temps, l'arrêt *C-286/12* - adopté le 6 novembre 2012¹⁸⁴ - concernait le sujet des retraites (fin de l'activité professionnelle) des juges, notaires et procureurs à l'âge de 62 ans (sous la Directive 2000/78/CE). La CJUE a jugé que la Hongrie était en manquement à ses obligations sous l'angle de la discrimination et de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁸⁵.

Dans un deuxième arrêt, l'arrêt *C-288/12* - rendu le 8 avril 2014¹⁸⁶ - la CJUE a aussi constaté le manquement aux obligations dans le domaine de la protection des données personnelles. La Directive 95/46/CE prévoit la protection des données personnelles sous forme d'une autorité de contrôle indépendante au niveau des États membres. En Hongrie, l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale et des mesures transitoires mises en place par le premier amendement a donné à la protection de ces données une nouvelle autorité (au lieu de la protection préalable

183 Voir par ex. la présentation du mécanisme sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-237_fr.htm.

184 CJUE, 6 novembre 2012, *Commission c. Hongrie*, aff. C-286/12.

185 La procédure d'infraction à l'encontre de la Hongrie a été lancée le 17 janvier 2012 par une lettre de mise en demeure adoptée par la CUE, suivie par un avis motivé le 7 mars 2012. En parallèle de ces événements, le 16 juillet 2012, la Cour constitutionnelle hongroise a annulé rétroactivement la loi en question. Toutefois, le 2 octobre 2012, les conclusions de l'AG, Mme Kokott ont été présentées avec une recommandation de constater le manquement aux obligations.

186 CJUE, 8 avril 2014, *Commission c. Hongrie*, aff. C-288/12.

par un ombudsman (médiateur des droits fondamentaux)), et une autre personne a été nommée présidente de cette autorité¹⁸⁷.

B/ Les échos au Conseil de l'Europe : l'Assemblée parlementaire et la Cour européenne des droits de l'homme

Les réactions au sein du CdE suivant l'adoption de la Loi fondamentale ont aussi deux voies. Les échos politiques ont finalement abouti, au deuxième anniversaire de la Loi fondamentale le 25 avril 2013, à un vote sur une demande de nouvelle procédure de suivi contre la Hongrie, en continuation des tentatives politiques préalables (cf. la proposition de résolution « *Graves revers...* », détaillée ci-dessus).

En préparatif de ce vote, le 25 mars 2013, l'APCdE avait nommé Kerstin Lundgren (Suède) et Jana Fischerova (République tchèque) comme rapporteurs dans « l'Affaire de la Hongrie » pour les questions suivantes : la liberté de religion, la loi électorale (parlementaire), les compétences de la Cour constitutionnelle, la législation applicable aux médias. Les rapporteurs ont visité la Hongrie trois fois dans l'objectif de négocier avec les autorités gouvernementales et avec des représentants du système judiciaire ainsi que de la société civile (les déplacements ont eu lieu entre les 6 à 8 juillet 2011, les 16 et 17 février 2012 et les 25 à 27 février 2013).

Il est important de noter que le rapporteur tchèque a démissionné de sa fonction parce qu'elle a trouvé le projet de rapport, adopté le 25 juin 2013, déséquilibré¹⁸⁸ et parce qu'elle était d'opinion que la procédure de suivi était essentiellement basée sur des déterminations plus politiques que juridiques. En conséquence, finalement, la procédure de suivi était

187 Le 17 janvier 2012, une lettre de mise en demeure a été envoyée aux autorités hongroises par la CUE, suivie le 7 mars 2012 par un avis motivé. Le 6 décembre de cette-même année, la Hongrie a demandé une décision de la grande chambre de la CJUE. Finalement, le 10 décembre 2013, les conclusions de l'AG M. Wathelet ont été présentées avec une recommandation de constater le manquement aux obligations, ses conclusions ont été reprises par l'arrêt.

188 Cf. résolution n°1941/2013, <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=19933&lang=FR>.

évitée par le dialogue entre la diplomatie hongroise et les autorités du CdE. La procédure de suivi a été écartée avec 153 votes en faveur de la non adoption d'une telle procédure, 88 votes contre, et 6 abstentions¹⁸⁹.

La dernière partie de cette étude de cas détaillant les échos juridiques de l'adoption de la Loi fondamentale et ses amendements concerne plutôt les lois organiques adoptées sur la base de la Loi fondamentale. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a adopté quelques arrêts se prononçant sur des violations de la Convention EDH en jugeant l'usage des lois organiques dans certains contextes relatifs aux droits fondamentaux. Les plaintes déposées auprès de la CEDH ont initié les « Affaires Magyars contre la Hongrie ».

Dans un premier temps, l'arrêt *Magyar Keresztény Mennonita Egyház et autres contre la Hongrie*¹⁹⁰, rendu le 8 avril 2014, concerne l'enregistrement des dénominations religieuses comme églises par le Parlement hongrois, et a conclu que la Hongrie violait l'article 11 de la Convention EDH. Dans un deuxième arrêt *László Magyar contre la Hongrie*¹⁹¹, rendu le 20 mai 2014, s'occupant des règles relatives à l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle, la Cour a jugé que la Hongrie violait l'article 6 de la Convention EDH.

Étant donné qu'une étude de cas est faite pour présenter objectivement les dates et faits conduisant à certaines situations, tirer des conclusions est ici inutile ; il revient plutôt à l'audience d'accomplir cette tâche. Néanmoins, pour continuer la réflexion sur les Constitutions nationales et les valeurs constitutionnelles européennes, les conclusions suivantes peuvent être présentées. Les interactions des autorités hongroises avec les institutions des deux Europe montrent aujourd'hui :

- (i) *qu'un vrai dialogue existe seulement s'il y a aussi une vraie volonté d'entendre les arguments des deux côtés dans le cadre de ce dialogue,*

189 Pour un descriptif détaillé des événements devant l'APCdE, voir TROCSANYI (L.), « Sur les questions de l'identité constitutionnelle et l'intégration de la Hongrie en Europe », in *Az alkotmányozás dilemmái - Alkotmányos identitás és európai integráció*, hvgorac, Budapest, 2014, pp. 124-129.

190 CEDH, 8 avril 2014, *Magyar Keresztény Mennonita Egyház et autres contre la Hongrie*, req. n°70945/11, n°23611/12, n°26998/12, n°41150/12, n°41155/12, n°41463/12, n°41553/12, n°54977/12 et n°56581/12.

191 CEDH, 20 mai 2014, *László Magyar contre la Hongrie*, req. n°73593/10.

(ii) *qu'un tel dialogue bénéficie à tout le monde si l'on considère l'objectif ultime de l'intégration et le principe de tolérance constitutionnelle*¹⁹² (repris comme le respect de l'identité nationale et constitutionnelle) prévu par l'article 4(2) du TL.

Si, dans ce contexte, l'on parle seulement des axes juridiques et judiciaires (des arrêts de la CJUE et de la CEDH), ces aspects montrent aussi que les réformes sont nécessaires (au niveau national) et ils offrent des indications en ce qui concerne les directions possibles des réformes constitutionnelles pour les États membres.

Un exemple manifeste des développements des régimes constitutionnels nationaux en rapport aussi avec les échos européens est celui de la Hongrie. C'est ainsi par exemple que les réformes dans le domaine de la liberté de croyance et de religion et concernant l'emprisonnement à vie sont en cours de réalisation sous la direction du Ministère de la Justice.

192 Sur la question de la tolérance constitutionnelle, voir WEILER (J.H.H.), « Federation without Constitutionalism - Europe's Sonderweg », *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2001, pp. 8 et ss.

Deuxième partie

Actes et débats de la table ronde à Paris

Bertrand Mathieu : Je suis particulièrement heureux que nous puissions nous retrouver au Conseil constitutionnel pour cette deuxième phase de nos échanges. Je crois que le format un peu inhabituel de cette rencontre est aussi un format intéressant puisque nous avons eu une première partie où il y a eu un certain nombre d'exposés avec quelques questions de la salle et nous avons à présent cette deuxième partie, sans salle c'est-à-dire sans public, mais qui je crois permettra d'avoir entre nous des échanges intéressants. Ce qui est essentiel, c'est que ces échanges puissent être diffusés, et que notamment, nous puissions avoir une publication de ces travaux.

Je voudrais rappeler que nous sommes dans le cadre d'un projet qui a été organisé, du côté français, avec l'aide de Campus France, et qui a été initié par le Professeur László Trócsányi et ses assistants qui participent à cet exercice et sont aujourd'hui présents à cette table ronde. J'ai été très heureux moi-même d'être associé à ce projet.

Je crois qu'il est – et j'y reviendrai un peu dans la synthèse de ce qui a été dit du côté français en novembre dernier à Szeged – extrêmement intéressant, parce que c'est là où les questions sont les plus évidentes que l'on arrive à mesurer un certain nombre d'évolutions.

La manière dont la Hongrie a conduit sa réforme constitutionnelle a suscité un certain nombre de réactions et de critiques d'instances européennes diverses. Dans les débats que nous avons, il ne s'agit aucunement de faire le procès du système constitutionnel hongrois mais d'essayer de voir quelles sont les logiques et quelles sont les compétences qui ont pu conduire à ce genre de critiques. Finalement, s'intéresser à la manière dont ces réactions se sont produites, implique, à mon avis, une réflexion sur deux aspects de la question :

Premièrement, il faut s'interroger sur la façon dont sont réparties ces compétences, puisque, de mon point de vue, un organe ne peut critiquer que s'il a la compétence pour le faire. Cela nous conduit également à nous interroger sur le point de savoir sur le fondement de quels titres de compétences ces critiques ont pu être faites. Le deuxième aspect porte aussi sur le fondement et la légitimité des organes qui ont pu prononcer ces critiques.

Par ailleurs, je crois qu'au-delà de la question des critiques, il y a une question de fond, qui se pose de manière cruciale dans ces rapports entre certains organes européens et la Hongrie, qui est une question qui intéresse finalement les rapports entre les Europe et l'ensemble des pays : c'est le problème de la distinction de ce qui relève des valeurs communes européennes et de ce qui relève des valeurs nationales. Si cette question intéresse la Hongrie, je crois qu'il faut prendre le problème hongrois comme un point de départ, tout simplement parce qu'il donne l'occasion d'en discuter, mais je ne crois absolument pas que ce soit un problème propre à la Hongrie.

On s'aperçoit bien que ce problème s'est posé dans des termes différents concernant un certain nombre de pays, notamment en ce qui concerne de ce point de vue la Convention européenne des droits de l'homme. Quand je dis Convention européenne des droits de l'homme, je ferais mieux de dire « Cour européenne des droits de l'homme », parce qu'en fait, dans ce système, le texte a beaucoup moins d'importance que la jurisprudence à partir du moment où il existe une jurisprudence extrêmement créative. Le problème, on le voit bien, c'est qu'il y a des grincements entre cette Cour et les États. Cela s'est notamment illustré, par exemple, avec la Grande-Bretagne qui a résisté sur la question du droit de vote des détenus. La question aurait pu aussi se poser – mais ça s'est arrangé – avec l'Italie et l'affaire des crucifix dans les salles de classe. La question aurait pu également se poser avec la France à propos de l'interdiction du voile intégral. Je ne prends là que des exemples.

On voit bien que nous sommes ici, en partie, dans des rapports de force. Il est évident que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut développer une jurisprudence qu'à partir du moment où elle a un relais dans les juridictions nationales et elle est obligée de se montrer plus réservée si elle sent que, nationalement, il risque d'y avoir une réaction très forte. Tout cela étant aussi dans des rapports de force puisque – ce n'est peut-être pas très correct de le dire, mais je l'assume – il est bien évident que la Cour européenne réagit aussi dans des problèmes de rapports de force : il est probable qu'elle se montrerait moins exigeante vis-à-vis de la Russie que vis-à-vis d'autres pays à partir du moment où si la Russie dit non, ses moyens d'action sont plus limités.

Voilà le contexte dans lequel nous nous trouvons. Et je crois que cela conduit à des évolutions parce que la Cour européenne des droits de

l'homme développe, elle-même, l'idée d'une subsidiarité. Et à partir du moment où elle développe cette idée d'une subsidiarité, la question devient extrêmement intéressante, car l'on retourne immédiatement à un problème de compétence : subsidiarité veut bien dire qu'il y a des questions qui vont relever de la compétence des États.

Pardonnez-moi cette pré-introduction, peut-être un peu longue, mais c'est aussi pour resituer le cadre de nos débats. Considérez cela si vous le voulez bien comme des propos liminaires. J'en arrive donc à la synthèse des interventions françaises. Je ne citerai que rapidement les trois auteurs sur la base desquels je reprends cette synthèse rapide, en espérant qu'ils puissent y retrouver quelques éléments de leurs développements. Il s'agit des interventions de Marie-Odile Peyroux-Sissoko, de Marc Guerrini et de la mienne.

Bertrand Mathieu

Synthèse des interventions françaises

Bertrand Mathieu, Marc Guerrini, Marie-Odile Peyroux-Sissoko

Le contexte

En Europe, la structure étatique est remise en cause sous la pression de deux mouvements contraires mais convergents : le développement d'ordres juridiques supranationaux plus ou moins intégrés (Union européenne mais aussi Convention européenne des droits de l'homme) et le développement de revendications autonomistes régionales qui minent certains États (Espagne, Belgique, voire Royaume-Uni).

Il convient également de prendre en compte le fait que dans le monde tel qu'il est tant sur le plan économique que sur le plan militaire, l'union d'États réunis par des intérêts et une idéologie communs est une nécessité vitale. La perte d'identité comme le repli identitaire représentent deux dangers majeurs.

L'identification des valeurs aux seuls droits fondamentaux, leur prétention à l'universalisme engendre deux effets qui affaiblissent le concept même de valeur nationale. D'une part ces droits fondamentaux sont très largement définis, ou interprétés, mais cela revient presque au même, par des structures supranationales de nature juridictionnelle, voire par des organisations non gouvernementales. En ce sens les cours constitutionnelles, gardiennes des valeurs nationales, exprimées par les Constitutions, se plient, implicitement ou explicitement, aux interprétations déterminées par des organes supranationaux.

Par ailleurs, le concept de démocratie renvoie dans le langage courant, voire dans celui du droit de l'Union européenne, à un agrégat de concepts aussi différents que l'État de droit, la protection des droits fondamentaux. Le principe de légitimité s'est ainsi déplacé. S'agissant de l'organisation politique, c'est plus du côté du libéralisme que de la démocratie qu'il convient de chercher ses fondements.

Dans un contexte où les identités nationales sont affaiblies, la situation d'un État qui cherche à affirmer, à retrouver son identité nationale est mal comprise.

S'agissant des rapports entre les ordres juridiques, si le rapport entre les normes juridiques, à l'intérieur d'un ordre juridique, obéit essentiellement à un système hiérarchique, la confrontation des normes issues de systèmes juridiques différents obéit à d'autres logiques. Les rapports entre deux normes peuvent ne pas être identiques dans deux ordres juridiques différents. C'est alors aux juges qu'il appartient de réguler ces rapports entre normes qui ne s'imposent plus à eux de manière évidente.

Pendant, il faut bien constater qu'au-delà de son rôle fondateur qui la place nécessairement au sommet de la hiérarchie des normes nationales, la Constitution se trouve subordonnée dans le cadre de ce que l'on pourrait appeler une hiérarchie pratique ou opérationnelle, qui se différencie de la hiérarchie théorique ou de principe, sans la remettre en cause.

In fine, on peut y voir la volonté de forger une société sécurisée par un « hyper-juridisme faisant contrepoids à une identité politique faible »¹⁹³. C'est alors la force du juge qui compense la faiblesse du politique.

L'objet de notre étude concerne un débat qui est essentiel, qui est souvent écarté pour des raisons idéologiques, c'est celui du rapport entre les identités nationales et l'identité commune européenne. La nécessité d'opérer une distinction entre les principes relevant de l'ordre constitutionnel national et ceux relevant du patrimoine commun européen, s'impose.

Il convient d'abord de relever qu'il existe des valeurs européennes

Les deux ordres juridiques font référence à des valeurs. Concernant l'Union européenne, la première référence aux valeurs a été effectuée par la Cour et non les traités. Ce n'est que plus tard, lorsque les États

193 DEL VALLE (A.), *Le complexe occidental*, Toucan, Paris, 2014, p. 86.

membres ont voulu que l'Union devienne aussi une union politique, que les traités ont renvoyé aux valeurs. Pour le Conseil de l'Europe, la première référence aux valeurs est à l'origine effectuée par le préambule du statut du Conseil de l'Europe.

Les droits fondamentaux doivent être entendus comme exprimant l'essentiel de ces valeurs, ce qui renvoie à une vision essentiellement individualiste de la société. Ils doivent être entendus comme étant un instrument de traduction juridique des valeurs.

La détermination européenne des valeurs irrigue les droits nationaux par leur prise en compte par les juges constitutionnels nationaux. Par ailleurs, la mention dans la Charte des droits fondamentaux et la Convention européenne des droits de l'homme des *patrimoines communs, traditions constitutionnelles communes* ou encore *valeurs communes* témoigne de ce que les États ont servi de source aux valeurs européennes. Plus encore, si l'on dresse une liste des éléments que l'on peut identifier comme étant les « valeurs » reconnues par la Charte et par la CEDH, on remarque des convergences évidentes entre les deux textes, et les valeurs reconnues par les *États* membres. Mais la question de l'interprétation peut révéler des conflits, masqués.

Les acteurs

Une fois admis qu'il existe des valeurs européennes qui ont désormais intégré le domaine du droit positif, il convient de prendre en compte les acteurs qui vont contribuer au respect des valeurs européennes. Ce sont principalement des organisations internationales – de coopération ou d'intégration – créées conformément aux règles du droit international public, qui disposent de la personnalité juridique internationale et d'organes permanents.

Dans le cadre de l'Union européenne, l'ensemble des institutions de l'Union va agir, de manière générale, pour la protection des droits de l'homme tout en précisant que c'est en premier lieu aux États qu'il incombe d'assurer une telle protection. En effet, l'Union européenne ne dispose que d'une compétence d'attribution à l'instar de n'importe

quelle organisation internationale¹⁹⁴ et l'exercice des compétences partagées est régi par le principe de subsidiarité. L'activité normative de l'Union européenne se trouve donc irriguée par le respect des valeurs communes dans le cadre de l'ensemble de ses compétences et sont concernés au premier plan le Parlement européen, la Commission, le Conseil et le Conseil européen. Mais, autour de ces organes pullulent d'autres organes comme l'Agence des droits fondamentaux de l'Union composée d'experts. Du point de vue juridictionnel, la Cour de justice de l'Union européenne va prendre part à la protection des valeurs de l'Union en sanctionnant toute atteinte aux droits fondamentaux consacrés dans son ordre juridique et que reprend la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

S'agissant du Conseil de l'Europe, l'organe central de cette organisation est le Comité des ministres composé des ministres des affaires étrangères des États parties. Le Conseil de l'Europe se caractérise par ailleurs par une multitude d'organes dont le rôle est essentiellement consultatif et qui vont, dans leurs domaines de spécialités, participer à sa mission. Tel est le cas du Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe créé en 1994 afin de promouvoir la démocratie locale. Son rôle est consultatif et il peut prendre des résolutions qui n'ont aucune portée contraignante. Un rôle équivalent est confié à la Commission européenne pour l'efficacité de la justice ou encore au Conseil consultatif de juges européens et au Conseil consultatif de procureurs européens. En matière de démocratie et de justice constitutionnelle intervient la Commission européenne pour la démocratie et le droit dite « Commission de Venise ». On relèvera d'emblée que de tels organes sont portés à intervenir sur des questions institutionnelles qui ne relèvent pas de manière générale des compétences européennes.

194 L'article 5§2 du TUE précise que « *En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ».

Les conditions d'intervention des acteurs

Cette intervention peut prendre la forme de mécanismes de surveillance non contraignants : les recommandations, résolutions, rapports et avis des organes européens.

Mais elle peut aussi prendre la forme de mécanismes contraignants. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, l'article 7 du TUE prévoit que la violation grave et répétée par un État des valeurs visées à l'article 2 peut entraîner la suspension de certains droits découlant de l'application des traités. Mais le mécanisme de contrôle et de sanction qui revêt incontestablement la plus grande efficacité est celui qui va dépendre des juges européens. Dans ce même ordre juridique, les États peuvent se voir indirectement opposer les valeurs de l'article 2 à travers une sanction juridictionnelle résultant d'une violation des droits fondamentaux. Cependant, le respect de ces droits ne saurait s'imposer que dans la mesure où les États mettent en œuvre le droit de l'Union européenne et dans le respect du principe de subsidiarité. Du côté du Conseil de l'Europe, la Cour européenne des droits de l'homme pourra également sanctionner la méconnaissance par un État des droits et libertés garantis par la Convention.

Les États européens se trouvent véritablement encadrés par une multitude d'organes compétents pour s'assurer du respect des valeurs européennes. L'action combinée de ces organes tisse un maillage efficace en faveur de la protection et de la promotion des droits fondamentaux et des valeurs européennes. Dans ce schéma, la Cour européenne des droits de l'homme prend une importance centrale dans la protection des valeurs et elle tend à se considérer comme un juge néo-constitutionnel de l'Europe. Elle assure en quelque sorte, après la mise en œuvre de mécanismes peu contraignants fondés principalement sur des rapports et des recommandations, une transition entre *soft law* et *hard law* par une sanction juridictionnelle. Ainsi dans une affaire jugée par la Grande chambre le 27 avril 2010¹⁹⁵, la Cour s'appuie largement sur un rapport de la Commission de Venise portant sur les modifications apportées au code électoral de la Moldavie en avril 2008, ce qui constitue incontestablement une intervention dans le domaine institutionnel des États.

195 CEDH, 27 avril 2010, *Tanase c/ Moldova*, requête n°7/08.

Ce contrôle entraîne un changement de paradigme dans l'identification des valeurs européennes au profit de la CEDH

Les traditions constitutionnelles communes contribuent en effet « à former ce substratum *philosophique, politique commun aux États membres de l'Union européenne à partir duquel se dégage de façon pré-torienne un droit de l'Union non écrit* ». Mais la Convention européenne des droits de l'homme est venue occulter cette source. En effet, la Cour de justice a préféré tirer les droits qu'elle a consacrés de la Convention européenne des droits de l'homme qui, selon ses propres termes, revêt pour l'ordre juridique de l'Union européenne une « signification particulière »¹⁹⁶ et est devenue une véritable source matérielle du droit de l'Union européenne.

Du point de vue organique, la Cour européenne des droits de l'homme est en passe de devenir une sorte de Cour constitutionnelle européenne à travers la possible adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme.

Le fonctionnement du système européen, dans sa globalité, de promotion et de protection des valeurs de l'Europe pose inéluctablement la question de la légitimité des acteurs qui y interviennent.

196 Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, du 21 septembre 1989, dans les affaires 46/87 et 227/88, *Hoechst AG contre Commission des Communautés européennes*. La Cour y précise que « *selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect, conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, revêt à cet effet une signification particulière* ».

La légitimité des acteurs

On ne peut nier que « *la puissance supranationale de réglementation et de décision concentrée au sein de la Communauté européenne représente certainement un élément de pouvoir politique de gouvernement* »¹⁹⁷.

La légitimité des organes de caractère intergouvernemental est essentiellement politique.

La légitimité des comités d'experts est plus incertaine. La qualité d'expert peut sembler insuffisante s'agissant de la matière constitutionnelle.

La légitimité juridique des juges européens est encore d'une autre nature. Il n'en reste pas moins que, dans un nombre croissant de domaines, la cour manifeste un interventionnisme et un dynamisme spectaculaires. La Cour européenne peut sous l'effet d'une interprétation dynamique des standards d'une société démocratique, imposer aux États des solutions, faisant ainsi fi d'un quelconque consensus européen.

197 JOUANJAN (O.), « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », *Cités*, 2003/1, n°13, p. 22.

BM : Je propose maintenant que nous écoutions le rapport hongrois.

Peter Kruzsliz : Merci beaucoup, Monsieur le Professeur. Je tiens à remercier nos collègues, et je dirais de bon cœur nos amis français, de nous avoir invités. Nous sommes très fiers et très contents d'être reçus ici au Conseil constitutionnel, au cœur de Paris pour, ainsi que l'a rappelé le Professeur Mathieu, continuer nos débats dans le cadre du projet Balaton par ces échanges franco-hongrois et ainsi européens en raison non seulement du sujet de nos débats mais aussi en raison de cette envie de prendre connaissance, dans une Europe riche en sa diversité, de l'autre.

A été également rappelé le fait que nous avons un sujet de fond, nous avons un sujet très pertinent, justement en raison de l'évolution qui a été également remarquée, à très juste titre, par le Professeur Mathieu, qui se joue à l'heure actuelle sous nos yeux.

Et nous avons surtout des questions qui se posent, des questions auxquelles il faut trouver des réponses, dont il faut parler sans tabous et avec beaucoup de franchise, même si ces questions peuvent être qualifiées de véritables dilemmes.

Permettez-moi, au moment où je reprends justement les termes utilisés par le Professeur László Trócsányi dans le titre de son dernier ouvrage, de le remercier d'avoir été l'initiateur de ce projet et de vous présenter ses excuses : il ne pouvait finalement pas être présent aujourd'hui, du fait de ses obligations ministérielles.

Avant de vous présenter la synthèse des interventions hongroises, je voudrais remercier très sincèrement une dernière fois les collègues français et nous féliciter de l'intérêt pour ce sujet où les dilemmes mentionnés doivent être analysés d'une manière plus abstraite car, comme nous l'avons rappelé, il ne s'agit pas seulement de l'actualité hongroise mais il s'agit aussi de questions de fond qui dépassent les faits.

Peter Kruzslicz

Synthèse des interventions hongroises

László Trócsányi, Péter Kruzslicz, Márton Sulyok

1. Les constitutions face au droit de l'Union – les valeurs européennes face aux constitutions

Les trois interventions présentées en contribution au séminaire de recherche à Szeged par les participants hongrois au projet Balaton parcourent une structure en cercle fermé que le titre à l'introduction de cette synthèse essaie de reprendre de manière, certes, simplifiée, mais parlante. De nos jours, en Europe, les droits constitutionnels nationaux se heurtent, par leur nature même, aux ordres juridiques supranationaux qui se sont construits. Ils se heurtent notamment au droit de l'Union qui s'est affirmé en premier en tant que tel. Quant aux ordres juridiques supranationaux, eux-mêmes se heurtent, de plus en plus, aux questions constitutionnelles qui leur sont à première vue étrangères, en raison de leur nature.

Les droits constitutionnels nationaux sont, par définition, liés à, voir même centrés sur l'idée de souveraineté. Par conséquent, ils se veulent exclusifs dans la dimension juridique, qui pendant longtemps n'était que nationale et ce même dans les coopérations internationales, le droit se référant aux États. L'émergence du droit de l'Union, voir même de plusieurs ordres juridiques supranationaux, est donc difficile à gérer par les droits constitutionnels, d'autant plus lorsque ces nouveaux ordres se déclarent avantagés par l'applicabilité directe de leurs actes ainsi que par leur primauté, constituant dès lors une nouvelle dimension juridique, par ailleurs très contraignante.

D'autre part, ces ordres juridiques supranationaux, notamment le droit de l'Union, s'intéressent à des valeurs à caractère constitutionnel. Le droit de l'Union n'était pas destiné, on le rappelle, à un tel parcours. Il a été constitué par les traités et renforcé, dans l'application de ses actes,

par la Cour de justice qui, chargée de son interprétation, a élaboré les principes permettant de le considérer en tant qu'ordre juridique propre, afin de réaliser les objectifs avant tout économiques de l'intégration européenne. Mais c'est justement l'émergence d'un ordre juridique propre qui a rendu finalement nécessaire, avant même l'apparition de l'intégration politique, l'apparition dans ce nouvel ordre des valeurs à caractère constitutionnel.

Élaborées, d'abord, par la Cour de justice, reprises par la suite, notamment avec l'intégration politique, par les traités, ces valeurs à caractère constitutionnel, originaires des droits constitutionnels nationaux ainsi que du droit de la CEDH, sont devenues en tant que valeurs les fondements même de l'Union européenne. À partir de cela, non seulement ces valeurs jouent un rôle dans l'ordre juridique de l'Union européenne, mais elles ont aussi vocation à s'affirmer face aux États membres.

Or, ceux-ci se rattachent à ce que l'on appelle leur identité constitutionnelle nationale. Il faut dire que les États membres, face aux valeurs de l'Union, ont déjà dû gérer un changement de nature, en passant d'États traditionnels à États membres de l'Union. Ils ont opéré cette transformation en insérant, dans leurs droits constitutionnels respectifs, des clauses relatives à l'intégration, tout en craignant que l'élargissement des compétences de l'UE se fasse au détriment de leur souveraineté, contrainte par les valeurs européennes à caractère constitutionnel.

Les trois interventions reprennent donc, à l'inverse de l'évolution chronologique, les deux étapes majeures du développement ainsi que leurs conséquences : l'idée de l'identité constitutionnelle nationale à travers l'exemple de la Hongrie, l'émergence et l'affirmation des valeurs à caractère constitutionnel dans le droit de l'Union, et enfin l'étude de la Loi fondamentale de la Hongrie qui a, dans ce contexte juridique européen marqué par les nouveaux ordres juridiques supranationaux, fait l'objet d'importants échos européens.

2. L'identité constitutionnelle nationale – l'exemple de la Hongrie

La question au cœur de l'analyse de l'identité constitutionnelle nationale à partir de l'exemple de la Hongrie est plus générale, elle s'intéresse au point de savoir ce qu'est le droit constitutionnel au XXI^e siècle. À l'époque de la mondialisation et avec l'émergence de l'intégration politique suite à l'intégration économique en Europe, le droit constitutionnel peut-il encore avoir de l'importance ou est-il simplement une relique du XIX^e et du XX^e siècles qui se vide peu à peu de son contenu ? Si parler de la souveraineté n'est plus à la mode dans une Europe s'unifiant, parler de l'identité constitutionnelle est d'autant plus dans l'air du temps.

La protection de l'identité constitutionnelle nationale sert à protéger, en quelque sorte, un noyau dur de la souveraineté nationale, qui prend la forme de structures constitutionnelles fondamentales de l'État que le droit de l'Union, malgré l'attribution des compétences et son intérêt croissant pour les valeurs à caractère constitutionnel, ne pourra jamais détruire. Il s'agit, avant tout, de ce que recouvre la vocation essentielle du droit constitutionnel : l'identité constitutionnelle nationale regroupe les éléments constitutionnels qui répondent aux trois questions suivantes : en tant que communauté, qui étions-nous, qui sommes-nous et que souhaitons-nous devenir ?

Le droit constitutionnel national, dans tous les États européens, est le résultat d'une longue évolution historique qui peut être considérée comme un développement organique des communautés politiques en Europe. Si ce développement est parfois marqué par des révolutions qui ont changé, d'une manière plus brusque, la structure constitutionnelle étatique, il est constant que les résultats de l'évolution constitutionnelle nationale se cristallisent autour d'un développement organique faisant émerger des acquis constitutionnels majeurs autour du principe de la constitutionnalité.

En Hongrie (qui a connu pendant longtemps, comme le Royaume-Uni, une constitution historique), ces acquis constitutionnels sont manifestes y compris suite à leur consécration par les textes constitutionnels. C'est pour cette raison que la Loi fondamentale hongroise fait référence à la constitution historique comme source d'interprétation dans sa lecture. Et les éléments au cœur du développement historique, qui doivent

certainement être considérés comme des acquis (par exemple : la suprématie parlementaire dans la structure institutionnelle), constituent indéniablement des éléments de l'identité constitutionnelle hongroise.

De même, le droit constitutionnel a un rôle important dans la définition de la communauté politique du présent. Dans cet aspect, il est à souligner ici qu'il répond également aux défis actuels majeurs tels que la mondialisation ou l'intégration européenne, sujets proches de notre étude. Le droit constitutionnel, par définition, se heurte à ces phénomènes, et doit y apporter des réponses que l'intégration européenne peut également accepter, en vue du respect des identités constitutionnelles nationales. Il définit ainsi les fondements structurels de l'État à sa propre façon.

Les réponses que les États membres donnent dans ce contexte de mondialisation et de l'intégration, sont, évidemment, différentes. C'est justement par les différences de ces réponses, tolérées par les ordres juridiques supranationaux, que l'identité constitutionnelle nationale est préservée. La Hongrie a défini ainsi ses particularités propres à une vision guidée par des valeurs retenues par le pouvoir constituant au moment de l'adoption de la Loi fondamentale. À titre d'exemple, l'on pourrait mentionner le rôle important (et par conséquent la protection établie) de la famille, considérée comme étant une entité organique de grande importance de notre société.

Enfin, le droit constitutionnel national a également et aura toujours une forte vocation à contribuer à l'avenir. C'est aussi dans cette approche que des éléments liés à l'identité constitutionnelle nationale sont à retrouver. En effet, le droit constitutionnel, grâce à son histoire riche en acquis constitutionnels majeurs, et par les valeurs qui guident sa structure fondamentale, est amené également à réfléchir sur l'avenir de la communauté étatique qu'il constitue, dans cet aspect du développement organique et pour préserver les valeurs défendues par les choix délibérés du constituant.

Dans la Loi fondamentale hongroise, cet aspect de projection dans l'avenir est également fort, encore une fois, grâce aux fondements constitutionnels historiques mais aussi en raison d'un choix évident des valeurs devant guider l'État hongrois et ayant ainsi des conséquences importantes pour le futur. C'est dans cet esprit que la Loi fondamentale hongroise peut être considérée comme étant très moderne. Elle prévoit

explicitement, et ce justement dans l'objectif de préserver des cadres pour l'avenir, la protection de l'environnement ou encore la préservation d'une agriculture sans OGM.

Si les éléments du passé, du présent et des projections dans l'avenir sont des éléments constitutifs de l'identité constitutionnelle nationale lorsqu'ils définissent les structures fondamentales constitutionnelles, pour voir clair dans leur qualification en tant que tels, il est essentiel à notre avis de voir si ces éléments répondent finalement aux trois questions relatives à la définition de l'identité nationale dans le passé, dans le présent et pour l'avenir. De notre point de vue, la Loi fondamentale hongroise, par le choix de certaines valeurs, y apporte des réponses très claires.

3. Les valeurs à caractère constitutionnel : leur contenu normatif et leur contrôle

L'Union européenne est fondée sur un certain nombre des valeurs. Elle reprend ainsi l'idée d'une Europe des valeurs. À première vue, ces valeurs doivent être considérées comme des valeurs juridiques, plus précisément des valeurs à caractère constitutionnel. Elles sont, d'une part, consacrées par les traités sous forme de normes juridiques, d'autre part, elles ont un contenu qui se définit dans le domaine du droit, c'est-à-dire qui peut être même considéré comme normatif. Si par leur consécration et par leur contenu, ces valeurs peuvent être qualifiées de valeurs juridiques, le système de contrôle qui les protège, à l'égard des États membres, reste cependant plutôt politique.

Ces valeurs, à savoir la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit et les droits de l'homme ainsi que le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes, jouent indéniablement un rôle très important dans les sociétés européennes. Elles sont notamment proclamées et protégées par les droits constitutionnels nationaux. Le fait que le droit de l'Union s'intéresse à ces valeurs est à l'origine source d'interrogations à la fois quant au fond de ces valeurs et quant à leur forme, notamment pour leur protection dans une structure juridique à plusieurs niveaux.

Le droit de l'Union n'était pas destiné à s'occuper de telles normes à caractère constitutionnel. D'une part, il ne bénéficie pas de fondement constitutionnel propre : en l'absence de souveraineté, le domaine constitutionnel lui échappe. D'autre part, il s'intéressait à la mise en place puis au développement de l'intégration économique qui, à première vue, ne nécessite pas une telle démarche. Mais à partir du moment où la jurisprudence de la Cour a consacré l'existence d'un ordre juridique propre à la construction européenne, ces questions constitutionnelles ont, obligatoirement, émergé.

Les droits constitutionnels nationaux, qui ne peuvent tolérer la pénétration en droit national des actes juridiques d'un ordre supranational si, ni à l'adoption, ni à l'application de ces actes les limites constitutionnelles ne sont respectées ou garanties, ont conduit la Cour de justice à mettre en place un système de protection équivalent aux systèmes de protection nationaux. L'UE n'ayant pas de fondements juridiques pour protéger ces exigences normatives constitutionnelles pour les raisons mentionnées, c'est la Cour qui s'est chargée de cette protection, en les qualifiant de valeurs issues, entre autres, des traditions constitutionnelles des États.

Une telle qualification de « valeurs », répondant certainement à la nature de ces exigences constitutionnelles, également corroborée par la doctrine constitutionnelle et renforcée par la tradition constitutionnelle européenne, a eu des conséquences importantes par la suite. Elle a en effet rendu logique, dans cette structure, la protection absolue de ces normes à caractère constitutionnel. Et c'est au moment de l'émergence de l'intégration politique au sein de l'Union européenne que, dans le cadre d'une procédure que l'on pourrait appeler de constitutionnalisation, les fondements juridiques de la protection de ces valeurs sont apparus en droit de l'Union.

Ces exigences constitutionnelles apparaissent en droit de l'Union par trois sources et produisent leurs effets sur deux niveaux. Concernant les sources, une fois qu'il déclare que toute l'Union est fondée sur ces valeurs, le droit de l'Union se réfère à ses propres normes (notamment pour la protection des droits fondamentaux), à la Charte, aux traditions constitutionnelles de ses États membres et au droit de la CEDH. Pour les effets, il prévoit que, et pour l'Union européenne et pour les États membres, le respect de ces valeurs est obligatoire. Or c'est notamment

cette deuxième direction qui, en l'absence d'un mécanisme de contrôle bien établi, soulève des questions.

Pour le contenu de ces normes, les droits constitutionnels nationaux ainsi que le droit de la CEDH peuvent donner des indications précieuses. La Cour de justice de l'Union européenne, n'ayant pas vocation à devenir une juridiction « constitutionnelle » de l'Union, se réfère à ces définitions aisément. Mais l'absence de définitions propres au droit de l'Union, et ce en présence de quelques divergences substantielles dans l'interprétation de certaines normes constitutionnelles dans les États, peut entraîner des difficultés, même si l'on applique le principe du plus haut niveau de la protection. Car en droit de l'Union, il ne s'agit pas d'assurer une protection « minimale » obligatoire de ces valeurs, mais de leur donner, surtout face aux actes de l'Union, une protection optimale.

Pour le mécanisme de protection, c'est-à-dire quant à l'efficacité du contrôle du respect de ces valeurs, les questions sont encore plus nombreuses. D'une part, face à l'action de l'Union européenne, les moyens de contrôle juridique sont plutôt restreints, les procédures en contentieux européen ne permettent pas un contrôle complet. D'autre part, face aux États membres, ce n'est pas un mécanisme juridique mais un mécanisme politique de contrôle qui est prévu par le Traité pour garantir le respect des valeurs. Or un tel mécanisme, lorsqu'il s'agit du respect des exigences à caractère constitutionnel, nous semble être dangereux à de nombreux égards.

4. Les échos internationaux à l'adoption de la Loi fondamentale hongroise

Dans un contexte de standardisation constitutionnelle sous l'égide du Conseil de l'Europe et de constitutionnalisation du droit de l'Union européenne, la Hongrie a été le premier pays à adopter une nouvelle constitution suite à son adhésion à l'Union et le dernier pays à réformer fondamentalement sa structure constitutionnelle après les changements de régime dans la région de l'Europe centrale et orientale. L'adoption de la Loi fondamentale hongroise a suscité de nombreuses réactions à l'échelle internationale et notamment en Europe. Les deux Europe se

sont prononcées sur le libellé constitutionnel hongrois ainsi que sur le contexte de son adoption par des mécanismes politiques et juridiques.

Au Conseil de l'Europe, les réactions principales proviennent de trois acteurs : l'Assemblée parlementaire, la Commission de Venise et la Cour européenne des droits de l'homme. Les caractéristiques de ces organes ainsi que le mécanisme qu'ils appliquent, mais également, bien entendu, le sens de leurs critiques, entraînent des réactions purement politiques, politico-juridiques et purement juridiques.

Les réactions purement politiques, au Conseil de l'Europe, se sont faites entendre à l'Assemblée parlementaire. Du rapport du 7 juin 2011 adopté par la Commission des questions politiques s'inquiétant des réformes constitutionnelles hongroises, au vote du 25 juin 2013 refusant le lancement d'une procédure de suivi contre la Hongrie, ces réactions n'ont pas pu aboutir à un dialogue réel entre le Conseil de l'Europe et le gouvernement hongrois. Ce dernier a cherché, d'une part, à expliquer le plus en détail possible la conformité de la constitution et des lois organiques aux standards européens, et d'autre part, il n'a pas voulu apporter de changements majeurs aux textes.

À la demande du gouvernement hongrois, la Commission de Venise a, à plusieurs reprises, élaboré plusieurs rapports et avis en amont et en aval de la procédure constituante. Ces textes, portant et sur la procédure constituante et la Loi fondamentale et sur les lois organiques adoptées par la suite, ont rappelé les standards européens en les opposant parfois, très clairement, aux nouvelles règles hongroises. Si les critiques que ces rapports et avis ont énumérées, ont été, par la suite, souvent reprises par d'autres organes notamment politiques, même au sein de l'Union européenne, elles pouvaient également guider la Hongrie dans l'aboutissement de sa réforme constitutionnelle.

Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée à deux reprises déjà non pas sur la Loi fondamentale en tant que telle mais sur les lois organiques adoptées dans le cadre de la réforme constitutionnelle. Dans les deux affaires dites « Magyar », elle a trouvé contraires à la Convention les règles et leurs applications. La Hongrie a toujours respecté et exécuté les jugements de la CEDH en adoptant les amendements nécessaires aux textes critiqués. Ces « réactions » purement juridiques ont donc pu apporter des résultats réels dans la procédure d'adoption du texte final de la Loi fondamentale.

Au sein de l'Union européenne, les réactions relatives à la procédure entamée par la Hongrie ont aussi été nombreuses. Les critiques qui ont été faites peuvent être regroupées en trois branches, de la même manière que celles émises par les différents organes du Conseil de l'Europe. On remarque les critiques purement politiques développées au Parlement européen, les opinions politico-juridiques de la Commission européenne et enfin, les échos purement juridiques prenant forme dans les arrêts de la Cour de justice. Il n'est pas étonnant de voir que les résultats sont également à peu près les mêmes que du côté du Conseil de l'Europe, en fonction de la nature de ces critiques.

Plusieurs débats ont eu lieu : en séance plénière au Parlement européen en présence du Premier ministre hongrois qui y était invité, ainsi qu'à la Commission Liberté civile, justice et affaires intérieures (Commission LIBE). Le point culminant de ces échos politiques est le rapport Tavares adopté par le Parlement européen le 3 juillet 2013. Si le gouvernement hongrois était présent à ces débats, il n'a jamais pu accepter ni les critiques politiques que les parlementaires faisaient, ni le sens du rapport. La position des parlementaires européens était déterminée par leur appartenance à telle ou telle fraction politique et si des points de droit, notamment avec référence aux documents du Conseil de l'Europe, ont été traités, les débats étaient toujours très politisés.

La Commission européenne, et notamment la commissaire responsable Mme Viviane Reding, se sont aussi vivement intéressées aux réformes constitutionnelles hongroises. À ce titre, la commissaire, également membre de la Commission LIBE sur les travaux de laquelle elle avait une forte influence, a présenté plusieurs communiqués devant la presse par lesquels elle a sérieusement condamné la politique constitutionnelle de la Hongrie. De même, sur un plan déjà plus juridique, la Commission européenne a lancé plusieurs procédures d'infraction contre la Hongrie en rapport avec l'adoption et l'application de nouvelles règles. Dans ce cadre, des procédures contentieuses ont dû être ouvertes, la Hongrie n'ayant pas modifié sa position dans certaines affaires.

C'est justement la Cour de justice qui, dans le cadre de contentieux en manquement, a condamné juridiquement la Hongrie pour des pratiques juridiques qualifiées de non conformes au droit de l'Union. Tel était le sens du jugement de la Cour dans les affaires C-286/12 et C-288/12 (arrêts du 6 novembre 2012 et du 8 avril 2014 respectivement sur l'âge

de retraite des juges et sur le statut du médiateur pour la protection des données personnelles et la liberté d'information). Pour ces non conformités avec le droit de l'Union, la Hongrie a également respecté les règles, c'est-à-dire qu'elle s'est conformée aux exigences juridiques découlant certes des valeurs, mais surtout des normes du droit dérivé.

BM : Merci beaucoup pour cette synthèse de nos travaux de notre dernière réunion. Et je crois qu'on a fait, en effet, le tour avec ces deux synthèses des problèmes qui se posent et qui constituent le cœur de nos débats.

Cette réunion a été organisée autour de trois thèmes : la répartition des compétences entre les différents ordres juridiques, les mécanismes de régulation des conflits et un certain nombre d'exemples concrets.

Nous allons donc prendre le premier thème. Ce thème est réparti en deux sous-groupes : les compétences de l'Union européenne et les compétences étatiques.

Ce que je vous propose, c'est que l'on ait l'ensemble des interventions sur ce thème et que l'on ouvre ensuite le débat. Il serait en effet, à mon avis, totalement contreproductif de faire un débat sur les compétences européennes et ensuite un débat sur les compétences étatiques.

Je vous redonne donc, Monsieur Kruzslizc, immédiatement la parole pour traiter des compétences de l'Union européenne sachant qu'il n'est pas nécessaire de faire une répartition, j'allais dire, étatique, des interventions s'agissant d'une intervention qui concerne l'Union européenne. Donc je vous laisse la parole pour une dizaine de minutes si cela vous convient.

PK : Tout à fait. Merci bien pour la parole. Pour ne pas risquer de me contredire par rapport à la synthèse que je viens de présenter, étant donné que je reprends un peu la même problématique mais sous un angle qui peut vous sembler différent, voir même opposé par rapport à ce que je viens de dire, j'ai décidé de vous apporter, en guise d'introduction, une citation :

Peter Kruzlicz

Analyse introductive des compétences de l'ordre juridique de l'Union européenne : les moyens et les résultats juridiques de l'action de l'Union

« Aux yeux de la raison, il n'y a pas, pour les États entretenant des relations réciproques, d'autre moyen de sortir de l'absence de légalité, source de guerres déclarées, que de renoncer, comme les individus, à leur liberté sauvage (anarchique), pour s'accommoder de la contrainte publique des lois, et former ainsi un État des Nations croissant sans cesse librement, qui s'étendrait à la fin à tous les peuples de la terre »¹⁹⁸.

Il est à la fois surprenant et réconfortant de se rendre compte du fait que plus de deux cents cinquante années après la parution de l'essai philosophique de Kant, l'intégration européenne s'est réalisée, en quelque sorte, en suivant le schéma kantien : par le transfert de leurs compétences souveraines, les États européens « renoncent à leur liberté sauvage », c'est-à-dire qu'ils renoncent à l'exercice complet de leur souveraineté¹⁹⁹, et se placent sous « la contrainte publique des lois » dans cet ordre juridique nouveau fondé sur les principes de l'applicabilité directe et de la primauté²⁰⁰ : ils créent les communautés européennes.

L'analyse qui suit se veut juridique. Elle reprendra ainsi l'idée de « la contrainte des lois » pour présenter les compétences de l'Union européenne, c'est-à-dire les compétences de l'ordre juridique de l'Union. Elle

198 KANT (E.), *Vers la paix perpétuelle*, paru en 1795.

199 DENIZEAU (CH.), *L'idée de la puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2004, 704 p..

200 CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend and Loos contre l'Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26-62, et 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6/64.

prendra aussi en considération les objectifs, notamment l'effectivité de l'action de l'Union. En guise d'introduction, nous voudrions simplement attirer l'attention sur la comparaison, non dépourvue d'intérêt sous une approche de droit constitutionnel, entre les individus renonçant à leur liberté et les États renonçant à leur souveraineté.

Il est également intéressant d'analyser cette comparaison non seulement du point de vue de la constitution de la puissance publique permettant l'action étatique et l'action de l'Union européenne, mais aussi pour pousser plus loin nos réflexions, en examinant les contreparties nécessaires à de tels « transferts » : si l'exercice de la souveraineté coexiste avec le respect des droits fondamentaux, de notre point de vue, l'exercice des compétences de l'Union doit, de façon similaire, coexister avec le respect des identités constitutionnelles des États²⁰¹.

Dans notre analyse générale, nous défendrons deux thèses. Dans un premier temps, lors du rappel de l'attribution des compétences à l'Union européenne, nous démontrerons que les moyens mis à la disposition de l'Union pour mener ses actions sont juridiquement très élargis : et pour l'adoption et pour l'application de ses actes, l'Union bénéficie d'un système bien avantageux. Dans la deuxième partie de notre présentation, concernant l'exercice de ses compétences par l'Union européenne, nous soutiendrons que si l'Union tire avantage de la contrainte de ses normes, lors de l'exercice des compétences, elle est néanmoins limitée par des principes opposant à son action des garanties à l'égard des États et à l'égard des particuliers.

I. L'attribution des compétences à l'Union européenne : les moyens élargis de l'action de l'Union

Afin de rendre capable l'Union européenne de mener de manière effective ses actions, sur le plan juridique des compétences lui ont été attribuées. En droit de l'Union, ce sont les traités qui prévoient l'attribution de ces compétences²⁰². Mais, avant d'être attribuées et, de notre point de vue, après leur attribution également, lesdites compétences

201 Article 4, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne.

202 Article 5, paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne.

font partie intégrante des souverainetés étatiques. De fait, les droits constitutionnels nationaux doivent également s'intéresser à la question, ce qui explique que des dispositions constitutionnelles spécifiques (par exemple, des clauses concernant le transfert de compétences), soient insérées dans les droits constitutionnels nationaux²⁰³.

En droit de l'Union, nous verrons donc que c'est un système complexe de compétences qui assure les moyens élargis mis à disposition de l'Union européenne pour l'adoption de ses actes juridiques. Quant à l'application de ces actes, des principes très contraignants élaborés par la Cour de justice (en l'occurrence celui de l'applicabilité directe et de la primauté) assurent aussi un élargissement important des moyens mis en œuvre pour l'effet utile des actes. De plus, ces règles et principes sont repris et confirmés par les droits constitutionnels nationaux²⁰⁴.

A/ Au stade de l'adoption des actes juridiques de l'Union européenne

Ainsi que nous l'avons mentionné, un système très complexe et très complet offre des moyens larges à l'Union européenne pour l'adoption de ses actes juridiques. L'effectivité de l'action de l'Union européenne est ainsi garantie. Sans vouloir présenter ici, d'une manière détaillée, ce système de compétences, nous souhaiterions simplement rappeler certaines de ses caractéristiques. Nous attirerons l'attention sur le rôle important des objectifs de l'intégration européenne dans la définition de ces compétences, sur la compétence dite subsidiaire, ainsi que sur le caractère attribué des compétences de l'Union.

Premièrement, lors de l'attribution des compétences, les objectifs dont l'accomplissement définit l'action de l'Union européenne jouent un

203 À titre d'exemple, l'article 88-1 de la Constitution française ou l'article E) de la Loi fondamentale hongroise.

204 Décision n°2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* du Conseil constitutionnel ou CE, Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, n°287110.

rôle essentiel²⁰⁵. Il est constant qu'en l'absence de souveraineté, c'est-à-dire de liberté absolue pour l'action de l'autorité publique, l'Union, pour pouvoir mener ses actions, a besoin de compétences. Or ces compétences lui sont attribuées dans les différents domaines des politiques publiques conformément aux stipulations diverses des traités, et de façon générale, pour accomplir les objectifs qu'ils prévoient.

Deuxièmement, et toujours en lien avec notre thèse sur l'importance des objectifs dans la définition des compétences, le traité prévoit même qu'en l'absence d'une attribution précise des compétences, les institutions européennes peuvent adopter les dispositions appropriées « pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités »²⁰⁶. Il est toutefois à noter que cette faculté a été donnée à l'UE par le Conseil, c'est-à-dire en fait par les États membres eux-mêmes.

Si les limites de la subsidiarité et de la proportionnalité s'appliquent pour la définition d'une telle compétence, il n'en reste pas moins que l'Union gagne des pouvoirs en-dehors des traités pour son action.

Troisièmement, en contrepartie d'un tel élargissement des moyens prévus pour l'action de l'Union européenne, il est à noter que le principe d'attribution est tout de même d'application stricte. Le traité le répète à deux reprises²⁰⁷. Si une telle répétition, certainement effectuée pour répondre aux États membres craignant le gain des compétences notamment dans les propositions de la Commission, renforce l'idée d'une telle contrepartie, il est évident qu'il ne s'agit pas de contredire l'attribution des compétences, déjà opérée de manière large.

B/Au stade de l'application des actes juridiques de l'Union européenne

Si pour l'adoption de ses actes juridiques, l'Union européenne bénéficie de l'avantage d'un système complet de compétences lui permettant

205 L'article 5, paragraphe 2, précité, stipule que « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. ».

206 Article 352 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

207 L'article 4, paragraphe 1 du Traité sur l'Union européenne et l'article 5, paragraphe 2, précité stipulent, tous les deux, que « toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. ».

de mener ses actions, en l'absence de souveraineté, pour atteindre ses objectifs, elle dispose également, au stade de l'application de ses actes, d'un système juridique quasi fédéral pour obtenir leur effet utile, c'est-à-dire pour que son action aboutisse aux objectifs visés²⁰⁸. Alors que le système de compétences est expressément prévu par les traités, les principes déjà mentionnés qui constituent son ordre juridique propre ont été élaborés, dans l'interprétation des traités, par la Cour²⁰⁹.

D'abord, c'est le principe de l'applicabilité directe, voir même de l'applicabilité inconditionnelle des actes de l'Union européenne, qui fait vraiment apparaître cet ordre juridique nouveau. Par ce principe, les actes adoptés doivent être directement appliqués dans les systèmes juridiques des États membres, ce qui ouvre une nouvelle dimension juridique. D'autre part, la primauté, voir même la suprématie du droit de l'Union, rend le nouveau système juridique quasi fédéral : les actes adoptés par l'Union européenne dérogent aux actes juridiques nationaux. Au stade de l'application des actes de l'Union, les moyens de les faire valoir sont donc vraiment très larges.

Il est à noter, à ce titre, que les deux ordres juridiques (national et de l'Union) sont, en raison de ces principes, indissociables. Si le droit de l'Union apparaît, lors de son adoption et conformément au système de compétences, circonscrit dans sa structure propre, et si la Cour de justice proclame à juste titre, lors de l'interprétation des traités, l'existence d'un ordre juridique propre, il est constant que lors de l'application des actes adoptés, le droit de l'Union est appliqué au même titre que les actes nationaux. Au stade de l'application des actes de l'Union, ni les domaines juridiques en question ni les objectifs visés en cause ne permettent de faire de distinction.

208 JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2012.

209 Arrêts dans l'affaire 26-62 et dans l'affaire 6/64, précités.

II. L'exercice des compétences par l'Union européenne : les résultats de l'action de l'Union réconciliés

Pour mener à bien son action, l'Union européenne dispose donc de moyens élargis. Son système de compétences complexe et les caractéristiques propres à son ordre juridique dit *sui generis* lui permettent d'imposer cette « contrainte publique des lois » au-dessus des États, dans un cadre qualifié par conséquent de supranational dont bénéficient les actes juridiques de son droit. Mais si l'attribution des compétences permet une telle action libre dans ce cadre élargi par une interprétation centrée sur les objectifs visés par l'action, malgré le caractère restrictif du principe même de l'attribution des compétences, il existe des contreparties lors de leur exercice.

De même que les individus bénéficient de la protection de leurs libertés face aux États souverains, les composants, pour ne pas dire les constituants de l'Union européenne, doivent aussi voir leurs libertés garanties. Or ces composants ne sont pas uniquement des individus comme dans le cas de la constitution des États, mais bien plus encore, il s'agit aussi des États membres. C'est ainsi que des principes limitant l'exercice des compétences sont prévus par les traités pour protéger et la liberté des États membres (c'est-à-dire leur souveraineté) et bien entendu les droits et libertés fondamentaux des personnes.

A/ À l'égard des États membres

Nous l'avons dit, l'Union européenne en tant que dépositaire des pouvoirs publics est plus constituée par les États que par les individus. Et ces États, qui bien sûr participent par leurs représentants à l'adoption des actes juridiques du droit de l'Union et sont en premier lieu responsables du respect de ces actes, tout comme le sont les citoyens au sein des États (pour poursuivre la comparaison), ne doivent pas et ne peuvent pas perdre leur souveraineté en raison de la constitution de l'Union. Bien au contraire, s'ils deviennent des États membres, dans ce changement de nature leurs caractéristiques originaires retrouvent une certaine protection.

Lors de l'exercice des compétences qui lui sont attribuées, l'Union européenne doit ainsi respecter l'égalité des États membres, une égalité en droit, c'est-à-dire devant les traités, ainsi que leur identité nationale qui est définie comme inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles²¹⁰. C'est ainsi que l'exercice des compétences est limité et par l'égalité et par la liberté. Or cette liberté, quand il s'agit des États, renvoie à la souveraineté, car l'identité nationale est définie en rapport aux structures politiques et juridiques de l'État, des composants de l'Union européenne : des États membres.

Une telle limitation peut conduire logiquement même à la non application des actes²¹¹. Bien évidemment, cette solution des conflits entre les actes de l'Union européenne et la protection de l'identité nationale, c'est-à-dire de la souveraineté de l'État membre en question, lors de l'exercice des compétences attribuées à l'Union européenne, au stade de l'application de ses actes juridiques, est très encadrée. Il s'agit uniquement de protéger les structures constitutionnelles fondamentales. Et le traité y ajoute que ce sont, avant tout, les fonctions essentielles des États qui doivent être respectées à ce titre²¹².

L'exercice, par l'Union européenne, de ses compétences est donc encadré à l'égard des États membres, par le principe du respect de l'identité constitutionnelle nationale. Pour son interprétation, ce principe peut même être lu en combinaison avec le principe de subsidiarité et de proportionnalité²¹³. Ce dernier, inséré dans le droit primaire par le Traité de Maastricht, visait un exercice plus équilibré des compétences partagées entre l'Union européenne et les États membres. Or, à notre avis, une lecture combinée avec l'identité nationale laisse voir que ce

210 L'article 4, paragraphe 2, précité, stipule que « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles...* ».

211 CJUE, du 22 décembre 2010, *Ilonka Seyn-Wittgenstein contre Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09.

212 L'article 4, paragraphe 2, précité, précise également que l'Union « *respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.* ».

213 L'article 5, paragraphes 3 et 4 du Traité sur l'Union européenne.

principe permet de mieux appliquer l'encadrement de l'exercice des compétences.

B/ À l'égard des personnes

Si les limites à l'exercice des compétences par l'Union européenne, et ainsi sa réconciliation à l'égard des États membres, peuvent apparaître plutôt au stade de l'application qu'au stade de l'adoption des actes, celles relatives à la protection des personnes, notamment de leurs droits fondamentaux, se manifestent désormais et en amont et en aval de l'exercice des compétences. Il est constant que l'exercice des pouvoirs doit être encadré dans tous les systèmes juridiques : le respect des droits et des libertés fondamentaux doit être assuré. Mais dans le droit de l'Union européenne, ce n'est qu'au bout d'une longue évolution qu'une telle garantie est apparue.

D'abord, c'est la jurisprudence de la Cour de justice qui, à l'initiative des juridictions nationales et notamment constitutionnelles, a déclaré que la protection des droits fondamentaux constitue une limite à l'exercice des compétences par l'Union européenne²¹⁴. Une telle protection a été complétée plus tard par les traités qui, d'une manière générale, prévoient pour l'exercice des compétences de l'UE une protection aux stades de l'adoption comme de l'application des actes qui est triple : par le droit de l'Union, par le droit de la CEDH et par les traditions constitutionnelles nationales²¹⁵.

Si un tel système de garantie semble être très complet surtout si l'on y ajoute le principe de l'application du plus haut niveau de protection, prévu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²¹⁶, de nombreuses questions se posent encore quant à la mise en place effective des contrôles, notamment en ce qui concerne les différents détails sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme et sur la prise en compte efficace des

214 CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm – Sozialamt*, aff. 29-69.

215 Article 6 du Traité sur l'Union européenne.

216 Article 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

traditions constitutionnelles nationales. Il n'en reste pas moins qu'en principe, l'Union est encadrée, dans son action, à l'égard des individus, par la protection des droits fondamentaux.

PK : Je suis conscient d'avoir été, dans ma conclusion, quelque peu contradictoire, car j'aurais dû parler des compétences de l'Union européenne en matière de protection des valeurs européennes et j'ai finalement conclu par la limitation de l'exercice des compétences par l'Union européenne en raison du respect de ces valeurs. Je dois vous avouer que je l'ai fait dans le but d'ouvrir le débat. C'est ainsi que je vous remercie de votre attention.

BM : Merci beaucoup. Oui, en effet, les deux thèmes ne peuvent être, en tout cas, qu'articulés. Il n'est pas possible de les isoler, ou on peut les isoler dans la présentation, mais par définition, dans les traités, l'un renvoie nécessairement à l'autre. Nous allons à présent passer aux compétences étatiques avec le point de vue hongrois présenté par Monsieur Marton Sulyok.

Márton Sulyok : Merci beaucoup, Monsieur le Professeur. Voici donc ma contribution :

Márton Sulyok

Les compétences étatiques : réserves de compétences nationales et identités constitutionnelles – le point de vue hongrois

Du point de vue hongrois, dans le contexte de l'Europe centrale et orientale, la question des compétences étatiques doit être abordée – en tant qu'analyse des réserves de compétences nationales et identités constitutionnelles – par le biais de trois axes transversaux :

- (i) Dans un premier temps, la question de l'identité nationale et constitutionnelle doit être placée dans le contexte historique, culturel, géopolitique mais aussi constitutionnel de l'Europe centrale et orientale, en n'oubliant pas, bien évidemment, le point de vue hongrois.
- (ii) Dans un deuxième temps, la notion de constitution doit être analysée, au niveau de la forme et du fond, en tant que concept contenant des éléments symboliques représentatifs de l'identité (historique, culturelle, religieuse, politique, constitutionnelle) et encadrant l'exercice des compétences du pouvoir public (par ex. par les règles relatives aux droits fondamentaux ou encore à l'intégration européenne).
- (iii) Dans un troisième temps, après avoir défini "identité" et "constitution" en tenant compte des spécificités politiques et constitutionnelles hongroises, on doit se diriger vers l'analyse des limites imposées, en raison des objectifs de l'intégration et des compétences européennes, aux compétences nationales lorsqu'il s'agit de définir l'identité constitutionnelle (notamment les éléments historiques, culturels et politiques qui pourraient en relever).

Concernant (iii), en examinant les compétences européennes et nationales en tant que contrepoids, il faut aussi analyser les objectifs de ces compétences :

- a) Les compétences européennes, d'un point de vue formel, visent à faciliter l'intégration (économique, politique, juridique, sociale). Elles donnent ainsi même une première direction à la formation de l'identité de l'UE. Si l'on envisage les choses d'un point de vue substantiel, les limites des compétences de l'UE peuvent être trouvées dans l'interprétation que la CJUE fait de la notion d'identité nationale telle qu'elle résulte du Traité de Lisbonne.
- b) Les compétences étatiques, d'un point de vue formel, visent - d'après de nombreux auteurs - à « offrir une protection »²¹⁷, à « isoler au sein du système constitutionnel ce qui est indispensable à sa pérennité, notamment afin de résister aux assauts des droits venus d'ailleurs »²¹⁸. Ces constats ne sont pas uniquement valables pour les États de l'Europe centrale et orientale, néanmoins, le point de vue présenté ci-après se focalisera sur un tel contexte politique, interprétant également sous un aspect substantiel la notion d'identité nationale au sens d'identité constitutionnelle (inhérente aux structures juridiques et politiques des États membres).

Si l'on analyse la notion de réserve nationale, mentionnée dans le titre de cette communication, il faut se référer à la fameuse « décision Lisbonne » de la Cour constitutionnelle allemande, rendue en 2009, qui conclut comme suit : conformément à la notion d'identité constitutionnelle, les maîtres des traités restent les États membres pour tous les sujets relevant des réserves nationales, c'est-à-dire, dans tous les domaines qui concernent les conditions de vie des citoyens (par ex. famille, éducation, religion, travail, culture, les droits fondamentaux formant l'action démocratique, etc.). Ce sont des limitations externes de l'intégration.

Dans ces domaines, l'État conserve une marge d'action, ou bien une marge de manœuvre, dont nous parlerons ultérieurement. Mais

217 MARTIN (S.), « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre 'identité nationale' et 'identité constitutionnelle' », *Revue française de droit constitutionnel*, n°91, 2012/3, pp. 13 à 44.

218 DUBOUT (E.), « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra constitutionnalité ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n°83, 2010/3, pp. 451-482.

la question des réserves de compétences nationales doit être analysée aussi à l'égard de l'identité constitutionnelle.

I. Constat de départ : la question de l'identité nationale et de l'identité constitutionnelle en Europe - une véritable controverse identitaire ?

L'adoption des constitutions démocratiques après la rupture avec le socialisme et la constitution d'une identité nationale (constitutionnelle) propre à chacun des États de l'Europe centrale et orientale, doivent être examinées, de façon plus approfondie, en définissant les cadres modernes de l'exercice du pouvoir public (des compétences étatiques) et des systèmes constitutionnels respectifs.

À ce premier égard, le Professeur Mathieu a déjà parlé à Szeged – lors du premier séminaire sur l'identité constitutionnelle – de la formation des structures étatiques après l'éclatement des empires et des dangers de la perte d'identité. Nous voudrions simplement compléter ses observations relatives à la perte d'identité. À l'encontre d'une identité assimilée dans la période soviétique, les constitutions des pays de l'Europe centrale et orientale luttent afin de créer un contenu constitutionnel "révélateur", c'est-à-dire définissant des valeurs à la fois nationales et européennes (dans une interprétation propre à ces États membres) et tenant compte de leur identité (constitutionnelle) nationale retrouvée au cours des vingt-cinq dernières années.

Aussi en rapport aux conclusions faites par le Professeur Mathieu, concernant la difficile ligne de partage entre le patrimoine constitutionnel national et le patrimoine européen commun, nous aimerions ajouter quelques remarques relatives aux controverses identitaires (comme lignes de partages politiques) manifestes entre les différents États membres de l'UE. La fortification de la construction européenne nécessite ce débat.

Dans ce contexte, pendant la période des changements de régimes et depuis lors, la controverse identitaire, à laquelle le titre de cette partie fait référence, est évidente dans les pays de l'Europe centrale et orientale, contrairement aux pays occidentaux.

Cette controverse existe entre l'héritage « constitutionnel » du socialisme, qui apparaît dans l'absence ou dans la perte d'identité constitutionnelle propre (résultant à la fois de l'absence de concepts et de visions constitutionnelles propres), et le patrimoine constitutionnel commun aux États membres dans « les deux Europe ». Ici, les États membres de l'Europe de l'Ouest possèdent une véritable « collection » de valeurs identitaires propres qui ont été développées et formées dans le cadre de l'histoire et des traditions constitutionnelles établies dans ces pays et qui bénéficient d'une reconnaissance constitutionnelle importante depuis longtemps.

Aussi, on remarque deux tendances contraires manifestes au sein de l'UE des 28 :

- (i) Si l'on applique la distinction géographique et politique, également en référence à l'exposé du Professeur Mathieu, et que l'on sépare l'Europe de l'Ouest de l'Europe centrale et orientale, il nous semble qu'en raison de la crise d'identité au sein de l'UE, les pays de l'Europe de l'Ouest sont confrontés à l'abandon de l'identité nationale et en même temps bousculés par l'identité européenne.
- (ii) Ce processus va à l'opposé de celui que l'on observe en Europe centrale et orientale, où la recherche de l'identité nationale constitutionnelle est, pour la plupart des États, encore en progrès (mais loin d'être accomplie). Cette recherche prend par ailleurs en compte des valeurs européennes et un certain sens de l'identité européenne qui est, elle aussi, en crise. Le changement de régime est un processus très connu en Europe centrale et orientale. Lorsque l'on voit l'impact que la crise européenne peut avoir sur la survie des États, un changement de régime, au sens de l'interprétation des valeurs et de l'identité européennes, doit aussi avoir lieu dans les pays de l'Europe de l'Ouest. Pour cela, ces pays peuvent s'appuyer sur les États d'Europe centrale et orientale et profiter ainsi de la valeur ajoutée que représente leur contribution aux débats européens, pour tirer parti de leur expérience en la matière. Ceci est l'essentiel du dialogue relatif à l'identité constitutionnelle et aux valeurs européennes.

Ces directions de la définition des identités nous permettent de conclure en disant qu'il existe, à propos des formes et approches de

l'intégration, deux vitesses en Europe. Cela est dû aux différentes façons que les États ont de percevoir les valeurs européennes (interprétées comme constitutionnelles), selon que l'État appartienne à l'Europe de l'Ouest ou à l'Europe centrale et orientale.

Cela nous conduit à la question du contenu et de l'acquis constitutionnel.

Dans la définition (et le contenu) d'une constitution (en suivant les constats d'András Jakab), des éléments symboliques et d'autolimitation en termes de l'exercice des compétences sous-jacentes aux systèmes constitutionnels nationaux doivent aussi apparaître²¹⁹. Souvent, les éléments symboliques, interprétés comme éléments de l'identité constitutionnelle, donnent lieu à d'avantage de débats notamment en rapport avec l'intégration européenne (cf., par ex., l'affaire Sayn-Wittgenstein concernant l'Autriche et l'utilisation des titres de noblesse. À cet égard, la CJUE disait que l'usage des titres de noblesse constitue un élément de l'histoire constitutionnelle et de l'identité nationale autrichienne et faisait aussi référence à l'identité constitutionnelle dans ce contexte).

En Europe centrale et orientale, la création de constitutions définissant des valeurs, fondée sur une manifestation claire de l'identité nationale et en même temps constitutionnelle, et l'établissement d'une interprétation favorisant la mise en avant de l'identité constitutionnelle font l'objet de controverses toujours actuelles.

Il est également important de noter que la volonté d'adhérer à l'intégration dans les deux Europe renforce les intentions nationales dans les pays de l'Europe centrale et orientale d'exprimer leurs points de vue propres sur les valeurs constitutionnelles nationales et européennes, ce qui prend la forme des identités constitutionnelles, car tout le monde veut « rejoindre le club » des deux Europe ; or, les conditions *sine qua non* de l'adhésion sont un engagement et une internalisation des valeurs européennes (prévues par le droit européen). Du fait des différentes traditions politiques, historiques et constitutionnelles néanmoins, le contexte de l'interprétation et de l'internalisation de ces valeurs européennes est différent du contexte connu par l'Europe de l'Ouest.

219 JAKAB (A.), « Mire jó egy alkotmány ? », *Kommentár*, 2010/6, pp. 10 à 24.

Dans le cas de la Macédoine, par exemple, Karakamisheva-Jovanovska est d'opinion que, actuellement, il est commun d'estimer que l'identité (encore plus particulièrement en Europe centrale et orientale) se perd dans les changements de régime, ou bien dans la traduction de cette identité en-dehors de la Macédoine. En outre, ce dilemme de l'identité constitutionnelle "*lost in transition*" (*perdue en changement*) ou "*lost in translation*" (*perdue en traduction/communication*) est vraisemblablement plus manifeste encore dans le contexte de l'Europe centrale et orientale²²⁰.

Dans le contexte (plus « européen ») des nouveaux États membres (ceux qui ont adhéré à l'UE après 2004) et des États qui, non encore membres, sont candidats à l'adhésion, nous sommes face à une situation historique et juridique très importante. Les deux aspects du changement et de la traduction sont aussi fortement connectés. Premièrement, l'identité devait être créée en réponse au changement de régime et dans un deuxième temps, elle devait aussi être traduite vers les autres acteurs internationaux (pays, organisations) en respectant leurs procédures.

Quand la majorité des États postsocialistes a adopté de nouvelles constitutions au début des années 1990, la Hongrie a choisi de ne pas adopter une toute nouvelle constitution, mais d'introduire un changement constitutionnel temporaire, accompagné, par contre, de réformes institutionnelles profondes. Comme les autres pays de l'ancien bloc de l'Est, qui ont décidé de s'engager dans un « recopiage » des textes constitutionnels des pays voisins, la révision constitutionnelle hongroise a été adoptée sans prendre le temps de réfléchir sur l'importance de véritables éléments identitaires (histoire, tradition historique et constitutionnelle, culture, principes inhérents). Bien sûr, les exemples internationaux ont été pris en compte tant au niveau de la forme qu'au niveau du fond. Mais en général on peut conclure que, malgré quelques éléments relatifs à la primauté (prééminence) du droit et aux atouts démocratiques (par exemple, le pluralisme du régime politique) inclus

220 KARAKAMISHEVA-JOVANOVSKA (T.), « Macedonian Constitutional Identity : Lost in translation or lost in transition ? », IXth World Congress, « Constitutional Challenges : Global and Local », Oslo, du 16 au 20 juin 2014, <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws9/w9-karakamisheva-jovanovska.pdf>.

dans les textes constitutionnels, aucun élément identitaire n'était défini et codifié dans ces constitutions postsocialistes.

Après suffisamment de temps de réflexion sur soi, basée sur les expériences des vingt-cinq dernières années suite au changement de régime et des dix années en tant que membre de l'UE, dans un contexte d'intégration européenne avancée, la Hongrie a décidé :

- (i) de s'exprimer (en 2010) sur son identité nationale constitutionnelle retrouvée (ce qui n'avait pas été fait lors du changement du régime) en rompant avec les modifications préalables, et
- (ii) de présenter cette identité aux pays de l'Europe.

Deux choses sont à noter :

- (i) une perte de l'identité nationale est manifeste en Europe de l'Ouest au profit de l'identité européenne, et
- (ii) la recherche de l'identité constitutionnelle hongroise pendant les vingt-cinq dernières années après le changement du régime peut être retracée dans les nombreuses initiatives de l'adoption d'une nouvelle constitution. Mais du fait de l'absence de dialogue et de consensus politique, une nouvelle constitution ne pouvait pas être adoptée avant 2010.

Néanmoins, la création et la traduction de l'identité constitutionnelle ne relèvent pas seulement des compétences du pouvoir constituant. Le rôle des cours constitutionnelles nationales est très important en Europe dans l'interprétation des constitutions nationales et dans l'établissement de ces identités (aussi au niveau de la création et de la traduction). Ces institutions participent à la traduction ou bien à la formulation correcte de cette identité constitutionnelle par la prise en compte, en même temps, des valeurs constitutionnelles européennes au-dessus des valeurs constitutionnelles nationales.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des différentes normes nationales ou européennes (du point de vue formel), les cours constitutionnelles nationales protègent et en même temps définissent, expriment et expliquent, l'identité constitutionnelle dans plusieurs contextes (dans un aspect substantiel) :

- (i) sous l'angle de l'intégration européenne, et

- (ii) sous l'angle d'une auto-analyse « intrinsèque », c'est-à-dire neutre du point de vue de l'intégration, pas nécessairement dirigée vers les questions relatives à l'intégration européenne mais dirigée plutôt vers les questions liées au développement constitutionnel organique du pays.

En ce qui concerne l'identité constitutionnelle sous l'angle de l'intégration européenne, l'on peut mentionner les éléments de l'identité constitutionnelle (l'essentiel de la République, différents droits fondamentaux, principes fondateurs des régimes constitutionnels nationaux, etc.) qui apparaissent dans plusieurs « décisions Lisbonne » des cours constitutionnelles nationales. À ce titre, les acquis constitutionnels (cf. décision Lisbonne polonais) peuvent aller à l'encontre de l'acquis communautaire.

Il est encore plus intéressant de voir l'importance des éléments de l'auto-analyse « intrinsèque » conduite par les cours constitutionnelles nationales aussi sous l'angle des acquis constitutionnels. À cet égard, dans le contexte hongrois, le poids des acquis de la constitution historique est très important dans l'interprétation de la Loi fondamentale. Bien sûr, l'identité constitutionnelle se construit avec des éléments historiques culturellement ancrés dans la tradition constitutionnelle hongroise, par le développement organique du système constitutionnel (l'évolution des principes fondateurs, etc.).

Dans quelle mesure la référence aux acquis historiques, notamment dans l'article R de la Loi fondamentale hongroise, peut être décisive pour l'identité constitutionnelle hongroise ? Selon Besselinek, nombreux sont les éléments de l'identité nationale des États membres liés aux structures constitutionnelles culturellement ancrées (*culturally embedded*)²²¹. À cet égard, la décision de la Cour constitutionnelle hongroise n°33/2012 (paragraphe 75) précise que « *Quand la Loi fondamentale ouvre la fenêtre sur la dimension historique de notre droit public, elle attire aussi l'attention sur certains antécédents dans l'histoire des institutions, sans lesquels nos relations contemporaines en droit public et notre culture juridique, en général, seraient sans racines* ».

221 BESSELINEK (LFM.), « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, Vol. 6, 2010/3, pp. 36 à 49.

Le respect de la constitution (et de la tradition) historique est un élément essentiel dans le droit public hongrois, par conséquent, il faut qu'on le considère comme un élément de l'identité constitutionnelle hongroise. Il est donc évident que les acquis constitutionnels historiques font partie de l'identité constitutionnelle. Ces acquis ont été plusieurs fois identifiés par certains auteurs hongrois (par ex. Jenő Szmodis a qualifié ainsi l'inviolabilité de la propriété privée comme le fondement économique de l'exercice des droits fondamentaux) et par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (indépendance des juges, autonomie des Églises, liberté de croyance et de religion, etc.).

Ces acquis de la constitution historique sont des éléments d'une identité historique, à un moment donné, utilisée comme référence aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle dans le contexte de la Hongrie. Ces références sont importantes, comme la Cour constitutionnelle hongroise l'a indiqué : « quand la cour *examine des affaires spécifiques, les sources pertinentes de l'histoire des institutions juridiques devaient être obligatoirement prises en compte dans l'objectif critique des analyses* ».

II. Compétences étatiques dans la construction de l'identité constitutionnelle – le point de vue hongrois

En Europe centrale et orientale, des questions d'interprétation se posent dans le processus de la construction identitaire. Cette construction identitaire devait ainsi être interprétée aussi en termes d'exercice des compétences. Pour simplifier, il faut répondre à la question : qui fait quoi ? Dans le contexte d'une intégration fondée sur le droit, si l'on parle des infractions systémiques à la prééminence du droit (en vue de la construction identitaire d'un État membre), les compétences européennes et nationales entrent manifestement en conflit.

La Commission européenne et les organes politiques nationaux aussi justifient leurs propres compétences en matière d'interprétation de la prééminence du droit dans leurs contextes politiques respectifs et dans le contexte de différents niveaux, à savoir européen et national. Le rôle des cours constitutionnelles nationales, en Europe centrale et orientale, est aussi, sans doute, très important dans ce contexte.

Préalablement, au niveau européen, il y a eu un consensus, orienté par les États occidentaux membres, sur le sens de la prééminence du droit quand les critères de Maastricht ont été créés en 1992. Pourtant, en raison de la crise des valeurs et de l'identité au niveau européen, l'interprétation de ces valeurs doit changer avec le temps et avec l'élargissement de l'UE. Il existe différentes approches relatives à l'interprétation de la prééminence du droit, qui apparaissent souvent lors de la définition de l'identité constitutionnelle au niveau des États de l'Europe centrale et orientale, ce principe de la prééminence du droit étant considéré comme un élément du noyau dur de la constitution (NB : ceci apparaît aussi dans de nombreuses « décisions Lisbonne »).

Au niveau national, en nous référant, de nouveau, au point de vue des pays de l'Europe centrale et orientale, notamment à celui de la Croatie, Branko Smerdel est d'opinion que le point de vue de nouveaux États membres est influencé par la tradition autocratique du communisme (leur trop longue histoire dans les différentes communautés internationales fermées). Il ajoute, par exemple, que dans le cas de la Croatie, l'absence de traditions établies autour de la prééminence du droit est aussi un facteur déterminant²²².

Nous estimons que l'affirmation de Smerdel est très importante : selon lui, une adaptation nécessaire du principe et de la norme occidentale de prééminence du droit doit se produire très tôt au niveau européen, et en échange, ce principe adapté doit être clairement diffusé auprès des autorités nationales des États membres et compris par elles. Un tel mécanisme, dit Smerdel, peut contribuer à la création de relations fortes et productives entre les États membres de l'Europe centrale et orientale, et peut aussi permettre à ces États membres de préserver et sauvegarder leurs identités constitutionnelles. Smerdel appelle cela l'approche "euro-réaliste", qui s'oppose à l'approche "euro-idéaliste". Cette solution envisagée fin 2014-début 2015 est un dialogue politique entre organes européens et nationaux sur la prééminence du droit, en

222 SMERDEL (B.), « In Quest of a Doctrine – Croatian Constitutional Identity in the European Union », IXth World Congress, « Constitutional Challenges : Global and Local », Oslo, du 16 au 20 juin 2014, <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-mdc/wccl/papers/ws9/w9-smerdel.pdf>.

addition aux outils déjà mis en place sous le Traité de Lisbonne, à savoir : procédures d'infractions, « procédure de l'Article 7 ».

En conclusion des idées élaborées ci-dessus et en revenant sur la réponse à la question « qui fait quoi ? » en termes de compétences nationales, nous voudrions terminer notre contribution par la définition des compétences des cours constitutionnelles nationales. Ces compétences sont très importantes non seulement dans la définition du contenu contemporain national de la prééminence du droit, mais aussi dans l'interprétation d'autres principes pertinents pour la constitution du noyau dur des constitutions, et des dispositions constitutionnelles fondées sur ces principes. Cette activité d'interprétation pourrait ériger des barrières à l'intégration tout en la fortifiant. La Cour constitutionnelle dispose, dans l'interprétation du texte constitutionnel, d'une autorisation pour identifier :

- (i) les objectifs régulateurs de l'État,
- (ii) les droits fondamentaux,
- (iii) les valeurs constitutionnelles et
- (vi) les exigences constitutionnelles.

Ces éléments nous conduisent à la nécessité de répondre aux questions :

- (a) du choix des valeurs,
- (b) de la définition de ces valeurs, et
- (c) de la volonté de suivre ces valeurs.

Concernant le (i) sous (a), concernant la construction des objectifs régulateurs, pour lesquels il existe une marge de manœuvre, la perception nationale de l'identité constitutionnelle peut être un facteur déterminant. Au contraire, dans le contexte européen, le principe de l'effet utile comme principe régulateur peut être compris comme étant un objectif de cette nature. L'inclusion des objectifs régulateurs dans la constitution peut également permettre de consacrer des choix politiques dans le texte constitutionnel, par exemple, certains droits sociaux comme objectifs régulateurs de l'État : droit au logement dans le contexte hongrois, accès aux services publics, etc.

Concernant le (ii) sous (b), concernant les droits fondamentaux, l'identité constitutionnelle ne peut pas aller à l'encontre du patrimoine constitutionnel commun, c'est-à-dire qu'il y a une autolimitation obligatoire qui encadre le pouvoir et les compétences étatiques lors de la définition des droits fondamentaux. Bien évidemment, la notion de patrimoine constitutionnel commun étant dérivée de l'interprétation du droit communautaire, l'UE est elle aussi obligée de respecter ce patrimoine.

Concernant le (iii) sous (a) et (b), par rapport à la création ou la transposition des valeurs constitutionnelles fondées sur le texte constitutionnel ou sur son interprétation, souvent, les spécificités constitutionnelles nationales peuvent apparaître : par exemple, le respect de la vie foetale, la notion de la famille ou du mariage, le statut des Églises. Dans la plupart des cas, ces spécificités sont liées aux éléments des déclarations symboliques, du contenu des valeurs spécifiques, qui sont importants dans le contexte constitutionnel national, et pour le pouvoir constituant et pour la cour constitutionnelle. Au contraire, dans le contexte européen, les valeurs constitutionnelles, dans le droit constitutionnel ou dans les traditions constitutionnelles européennes, sont souvent identifiées par la Cour de justice et elles correspondent aux valeurs constitutionnelles indispensables protégées aussi par les cours constitutionnelles nationales.

Concernant le (iv) sous (c), par rapport à la transposition ou la définition des exigences constitutionnelles fondées sur ou en rapport avec les trois premiers éléments identitaires (de (i) à (iii)), l'interprétation de la cour constitutionnelle concernant ces exigences constitutionnelles est en harmonie avec les valeurs européennes, étant donné que l'interprétation constitutionnelle prend toujours en compte la jurisprudence de la Cour de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Respecter l'identité nationale, aussi sous forme de l'identité constitutionnelle inhérente aux structures constitutionnelle et politiques d'un État membre, est d'ailleurs une exigence qui contraint l'UE.

BM : Merci beaucoup pour cette intervention. Nous allons passer tout de suite au point de vue français exprimé par Marc Guerrini avant de pouvoir discuter de ces questions.

Marc Guerrini : Merci, Monsieur le Professeur.

Marc Guerrini

L'identité constitutionnelle du point de vue français

Le Conseil constitutionnel français fit pour la première fois référence à l'identité constitutionnelle de la France dans sa jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives de l'Union européenne. Le juge constitutionnel, se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution qui pose le principe de participation de la France à l'Union européenne, en déduit une exigence constitutionnelle de transposition des directives de l'Union européenne. La reconnaissance d'une telle exigence de transposition a pour conséquence que les dispositions législatives qui se contentent de tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive bénéficient d'une immunité contentieuse, le Conseil refusant de les contrôler. Ce dernier formule cependant une réserve : la transposition ne saurait porter atteinte à une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France sauf à ce que le constituant y ait consenti. Est ainsi apparue, dans la décision *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* du 27 juillet 2006, une référence à l'identité de la Constitution dans la jurisprudence constitutionnelle.

Malgré le caractère largement énigmatique de la formule et le fait que, pour l'heure, le Conseil constitutionnel n'a jamais identifié une telle règle ou un tel principe, il est possible d'esquisser certains critères qui permettent de définir ce qui relève ou non de l'identité constitutionnelle française. Premièrement, une norme identitaire devrait apparaître comme étant spécifique à l'ordre constitutionnel français au regard du droit de l'Union européenne. L'identification passe ainsi par une forme de comparaison des catalogues afin de déterminer si une norme constitutionnelle trouve ou non un équivalent dans le droit européen. Deuxièmement, s'ajoutant à son caractère spécifique, cette norme devrait posséder un caractère crucial, fondamental pour l'ordre juridique.

Cette « fondamentalité » ne renvoie pas à une fondamentalité formelle tenant au rang de la norme considérée car toute norme constitutionnelle constitue, par définition, une norme fondamentale, mais renvoie plutôt à une fondamentalité substantielle au sens d'importante, de structurante. Ainsi, il est possible d'avancer qu'une norme apparaît inhérente à l'identité constitutionnelle de la France dès lors qu'elle est spécifique et fondamentale dans l'ordre constitutionnel français.

L'identité constitutionnelle française, notamment au regard du droit comparé, revêt elle-même un certain particularisme. Cette singularité identitaire repose sur deux éléments dont l'un est, en réalité, la conséquence de l'autre. Premièrement, le fait que l'identité constitutionnelle se détermine au regard du droit de l'Union européenne, par le caractère spécifique de la consécration ou de la portée d'une norme constitutionnelle, ne se retrouve pas en droit comparé. Les homologues européens du Conseil constitutionnel français ont préféré poser, revendiquer, une identité de la Constitution. Tel est le cas, par exemple, de la Cour constitutionnelle allemande qui, le 30 juin 2009, dans son arrêt *Lisbonne*, lie l'identité constitutionnelle allemande aux clauses d'éternité de la Loi fondamentale, c'est-à-dire aux limites matérielles au pouvoir de révision. On ne retrouve pas davantage cette exigence de spécificité dans la référence aux principes fondamentaux de l'État social et démocratique dans la jurisprudence constitutionnelle espagnole ou encore dans les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel dans la jurisprudence constitutionnelle italienne. Deuxièmement, cette dimension comparative de l'identité constitutionnelle française fait de cette identité une identité de nature relationnelle, c'est-à-dire qu'elle se construit et se déconstruit sous l'effet d'une confrontation à l'altérité européenne. Il ne s'agit donc pas d'une identité close sur elle-même mais, au contraire, ouverte. S'ouvre ainsi une dialectique identitaire oscillant entre singularisation et globalisation qui s'accompagne d'une conséquence logique : plus les convergences entre les rapports de systèmes iront en s'accroissant, plus l'identité de la Constitution française tendra à se réduire. Cette norme de constitutionnalité qu'est l'identité constitutionnelle a donc ceci de particulier qu'elle est de nature inter-normative et qu'ainsi, sans abandonner une logique de type hiérarchique qui place toujours la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, l'identité constitutionnelle française s'est enrichie d'une dimension plus relationnelle.

L'ensemble de ces éléments permet de comprendre que la notion d'identité constitutionnelle de la France dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel possède un contenu largement indéterminé car les critères d'identification que nous avons relevés sont susceptibles d'interprétations diverses. Tel est le cas du critère de spécificité dont l'appréciation peut être plus ou moins rigoureuse, le juge peut se contenter de rechercher un équivalent purement formel ou, allant plus loin, s'attarder sur l'équivalence effective du point de vue de la portée des droits garantis. Tel est également le cas, de manière plus forte encore, du critère de fondamentalité, car apprécier ce qui est fondamental ou ce qui ne l'est pas relève d'un exercice empreint d'une grande subjectivité. De plus, ce qui est fondamental aujourd'hui ne le sera peut être plus demain. Cet impressionnisme juridique qui entoure l'identité constitutionnelle française nourrit l'idée qu'elle est une notion fonctionnelle qui pourra être utilisée au cas par cas pour s'opposer ou non à l'intégration du droit de l'Union européenne. Ce faisant, le Conseil constitutionnel n'a fait qu'assurer les conditions de sa liberté d'interprétation, faisant de lui l'autorité désormais la mieux placée pour assurer la régulation des rapports entre ordres juridiques. Le juge se trouve libre de dénier à une norme la qualification d' « inhérente à l'identité constitutionnelle » et de laisser libre cours à l'intégration européenne ou, au contraire, d'élever une norme au rang de norme identitaire et de s'opposer à cette intégration au regard des conséquences qu'un tel choix pourra engendrer au niveau européen.

Se pose alors une question centrale : quand le juge décidera-t-il de mettre un coup d'arrêt à l'intégration européenne en qualifiant une norme d'inhérente à l'identité constitutionnelle ? L'hypothèse ne s'étant jamais produite, il convient d'être prudent et de s'interroger sur les raisons qui expliqueraient qu'à un instant donné, le juge cesse d'être conciliant pour opposer une réserve de constitutionnalité au droit de l'Union européenne. Cet instant correspond, selon nous, à l'hypothèse d'un véritable devoir de préservation identitaire, c'est-à-dire une situation dans laquelle le juge ne pourrait faire autrement que de s'opposer au droit de l'Union européenne. En France, c'est l'image de la République qui est ici remise en pleine lumière, l'article 89 alinéa 5 interdisant toute révision de la forme républicaine du gouvernement susceptible de concerner – en l'absence de précision du Conseil sur ce point – l'ensemble des caractères républicains de l'État : le caractère décentralisé, le respect

de l'égalité devant la loi, de l'égalité entre les hommes et les femmes, la laïcité, le caractère démocratique, le caractère social, la langue ou encore l'indivisibilité de la République. On comprend alors que l'identité constitutionnelle est certainement et étroitement interconnectée aux limites matérielles à la révision de la Constitution pour deux raisons : premièrement, si une norme identitaire se définit, en partie, par son caractère fondamental, on ne peut raisonnablement dénier ce caractère aux normes que le pouvoir constituant originaire a placées au-dessus de toute révision postérieure. Deuxièmement, ce lien découle d'une exigence purement logique : on ne peut admettre que l'intégration du droit de l'Union européenne vienne remettre en cause des normes que le pouvoir de révision lui-même ne saurait remettre en cause en droit interne.

En conclusion, on remarque que la référence à l'identité constitutionnelle de la France est empreinte d'une certaine plasticité qui permet au juge d'en faire une norme de référence pragmatique de régulation des rapports de systèmes. Les hypothèses de conflit entre le droit de l'Union européenne et les normes identitaires françaises ne se limitent pas à des cas incongrus dans lesquels on assisterait, par exemple, à une directive venant imposer l'adoption de la monarchie aux États membres de l'Union européenne. En France, par exemple, des difficultés liées à la laïcité ont pu émerger lors de la transposition des directives sur l'abattage des animaux. Des problèmes sérieux pourraient également se poser si le droit européen des minorités venait à se développer plus encore au regard du principe d'indivisibilité de la République. Il existe donc de véritables points de crispation potentiels qu'il convient de ne pas exagérer pour autant. Cette crispation provient fondamentalement du fait que la Constitution n'est pas une norme comme les autres, elle possède une portée intégrative du corps social et qu'avant de se poser la question « Qui suis-je ? », la Constitution pose avant tout la question « Qui sommes-nous ? ».

MG : Je vous remercie.

BM : C'est moi qui vous remercie pour cette introduction du sujet, pour ces différentes approches de l'identité. J'allais dire que ce qui est commun, c'est l'idée d'une identité. Ce qui n'est pas nécessairement commun, c'est, bien sûr, ces identités (puisque si elles sont nationales, par définition, elles ne sont pas communes) et c'est aussi la manière dont on les détermine.

BM : Pour engager ce débat – qui pourrait durer un quart d’heure à peu près – je crois qu’il y a un certain nombre de choses qu’on peut relever et que j’ai relevé d’une manière un peu désordonnée.

C’est, d’abord, le fait qu’il y a autour de cette souveraineté, une grande abstraction. C’est-à-dire qu’en fait, on transfère des compétences qui relèvent de la souveraineté sans perdre la souveraineté. Et à partir de ce moment-là, le problème est de savoir ce qu’il reste matériellement et effectivement de cette souveraineté qui est maintenue dans son principe mais qui est finalement vidée très largement de son contenu.

Je remarque aussi que concernant la Hongrie ou plus largement les pays de l’Est, je crois qu’il existe une explication extrêmement importante de cette crispation des deux côtés : c’est qu’il y a un concours historique de circonstances qui est qu’au moment où ces pays retrouvent leurs identités par la sortie du bloc soviétique, ils sont confrontés à une remise en cause de leurs identités par l’entrée dans le système européen. Je regarde tout cela de l’extérieur, mais je crois qu’il y a là sans doute un véritable problème. C’est la confrontation de ces deux mouvements qui arrivent à peu près en même temps.

Alors, il est bien évident qu’on comprend comment tout cela peut fonctionner. Par exemple, il y a la notion d’objectif régulateur de l’État. Le seul problème, c’est quand cet objectif régulateur de l’État entre en conflit avec un certain nombre de conceptions européennes, et vous avez cité trois exemples où il peut y avoir un conflit, et c’est intéressant, notamment le statut de l’embryon humain, le mariage ou le rôle de l’Église.

Et cela renvoie à ce que disait Marc Guerrini, mais sur une question qui n’est, à mon avis, pas tranchée : c’est quand on dit que l’identité en France relève de savoir si le principe existe ou non au niveau européen. Si l’on prenait le mariage ou la dignité, cela existe au niveau européen. Mais le problème c’est de savoir quelle est l’interprétation qu’on lui donne.

Je me souviens d’un débat que j’avais eu avec Anne Levade sur cette question-là, où je soutenais que ce n’est pas simplement la reconnaissance du principe, c’est le problème de l’interprétation du principe. Parce que, et je reprends cet exemple de la dignité, si on dit que la dignité est reconnue au niveau européen, c’est incontestable, mais elle n’est pas nécessairement reconnue dans les mêmes termes. Là, on se retrouve vis-à-vis d’un problème.

J'ai remarqué aussi, et j'en terminerai par là sur mes réactions, ce que vous avez noté sur l'évolution de la fondamentalité. En fait, là, le juge joue un rôle très important. Je cite un exemple très récent : c'est sur le mariage entre les personnes de même sexe. On pouvait considérer jusqu'il y a très peu de temps en France que l'interdiction du mariage entre les personnes de même sexe relevait de l'ordre public. La Cour de cassation a été, ces jours-ci, et la décision n'est pas encore rendue, confrontée à la question suivante : il y a des accords bilatéraux avec le Maroc qui conduiraient à ne pas reconnaître le mariage entre personnes de même sexe s'agissant d'un Marocain et d'un Français. Et ce qui est soutenu notamment par l'avocat général devant la Cour de cassation, c'est que l'ordre public a basculé et que maintenant, le mariage entre les personnes de même sexe relève de l'ordre public qui permettrait de faire obstacle à une convention internationale bilatérale. Cela traduit particulièrement la rapidité avec laquelle on peut basculer d'un ordre public dans un ordre public inverse et le fait que tout cela est entre les mains du juge.

Dernière remarque sur la supra constitutionnalité, ou les normes de plus forte potentialité constitutionnelle ou force constitutionnelle. La construction que vous faites sur la forme républicaine du gouvernement est un très bon exemple, mais d'un autre côté, il est quand même très constructif d'y rattacher les principes républicains. Et je crois que c'est, en effet, un point d'accroche, mais un point d'accroche par imitation de ce qu'est le système allemand. C'est-à-dire qu'on transpose en France la logique du système allemand qui précise ce que l'on ne peut pas modifier dans la constitution. Mais jusqu'à présent, même si le Conseil constitutionnel a déjà reconnu qu'il y a certaines choses qu'on ne peut pas modifier, il n'a jamais reconnu qu'il y a un contrôle sur ces modifications. Et là, on s'aperçoit qu'il y a à la fois le contenu substantiel et les critères d'identification.

Voilà, je lance le débat et prend la parole vraiment librement qui le veut, dans l'ordre qu'il veut, mais simplement comme nous avons encore deux thèmes à traiter, il faudrait qu'on prenne dix minutes-un quart d'heure pour ce débat.

MG : Peut-être une petite remarque juste sur un exemple intéressant de crispation identitaire en France, qui rejoint, d'ailleurs, la question des standards républicains : l'exemple de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires.

Lorsque le Conseil constitutionnel effectue d'habitude son contrôle des traités, il doit dire si le traité va nécessiter ou non une révision de la Constitution pour pouvoir être ratifié. Dans le cas de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires, cela a posé un problème sur la langue, parce que l'article 2 de la Constitution dispose que la langue de la République est le français, et un problème sur l'indivisibilité de la République, qui précisément ne reconnaît pas de droits aux minorités, alors qu'avec la Charte, on visait des minorités nationales ou linguistiques.

Il y a deux éléments qui montrent, dans cette affaire, la crispation un peu identitaire. Le premier est que c'est, je crois, le seul traité européen issu du Conseil de l'Europe, qui n'a pas donné lieu à une révision pour son adoption. Donc le Président de la République à l'époque a décidé que la langue, on n'y toucherait pas, et ainsi le traité n'a pas été ratifié. Le deuxième élément, c'est que dans la décision du Conseil constitutionnel, d'habitude, le juge analyse les dispositions du traité et à la fin, il dit la Constitution pourra être révisée, je ne me souviens plus de la formule exacte, avant ratification. Et là, il analyse mais ne dit rien. C'est-à-dire que même dans ses formules, il n'ouvre pas la voie à la révision.

C'est peut-être une vue de l'esprit de quelqu'un qui lit trop de près la décision, mais c'est le seul cas où le Conseil ne mentionne pas cette possibilité, dans sa décision, de révision de la Constitution.

Marie-Odile Peyroux-Sissoko : Du coup, cet exemple me permet de rebondir sur le débat qu'on a eu hier, au dîner, sur le droit des minorités : est-ce qu'on ne peut pas considérer que le droit des minorités et le droit de regard qu'a la Hongrie vis-à-vis de ses minorités, constitue pour la Hongrie un élément de l'identité constitutionnelle hongroise dans la mesure où il me semble qu'il y a là spécificité, en tout cas, on ne retrouve pas cela en France ou au niveau de l'Union européenne. Il y a, en fait, en droit de l'Union, juste une petite mention, mais elle est légère, justement parce que la France s'opposait avec la Charte des droits fondamentaux à ce qu'il y ait une trop grande reconnaissance des minorités. Donc, là, il y a la spécificité. Après, pour le critère de la fundamentalité, je ne sais pas trop, vous pourrez, peut-être, nous éclairer là-dessus. Mais voilà la question que je me posais : est-ce qu'on ne peut pas considérer que cet élément entrerait dans l'identité constitutionnelle hongroise ?

MS : Très brièvement. Je pense que c'est tout à fait possible. La Hongrie a adopté une loi pour accorder des bénéfices aux minorités hongroises

vivant dans les pays voisins, je crois, déjà, en 2001. Et donc, même avant l'adoption de la Loi fondamentale, dans le développement constitutionnel hongrois, le respect des droits des minorités hongroises à l'étranger est déjà culturellement incorporé. Je crois donc que la fondamentalité du principe pourrait être également trouvée et il est possible de le considérer comme un élément de l'identité constitutionnelle nationale.

PK : Pour compléter un peu la réponse, je voudrais ajouter que là, il s'agit de deux choses différentes.

D'une part, il y a le droit des minorités qui vivent en Hongrie qui est une question comparable à la situation française, quant à la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires. Pour ce point, je ne pense pas qu'il s'agisse d'une question de l'identité constitutionnelle nationale, car le critère de spécificité manque, la Hongrie se retrouvant, ici, dans le camp de la majorité des États qui reconnaissent les minorités et qui leur accordent des droits. Il n'est donc pas exceptionnel que la Loi fondamentale hongroise déclare certains droits de ces minorités.

D'autre part, il y a cette question des minorités hongroises vivant à l'étranger. Il faut, je pense, séparer les deux questions. Lorsqu'il s'agit d'accorder des bénéfices, c'est-à-dire des droits, aux minorités qui vivent au-delà des frontières de la Hongrie, et sur cela, il y a une disposition constitutionnelle dans la Loi fondamentale qui déclare la responsabilité de la Hongrie en tant qu'État vis-à-vis de ces minorités qui sont au-delà de ses frontières mais qui sont considérées comme corps constitutif de la Nation, nous pouvons retrouver cet élément de spécificité quoique ce n'est pas uniquement la Hongrie qui a adopté de telles dispositions. Si justement en considérant ces minorités comme parties intégrantes de la Nation, la Hongrie a donné la nationalité aux personnes y appartenant, dans la région de l'Europe centrale et orientale, il y a déjà eu des exemples comparables même si en ce qui concerne la procédure de l'attribution de la nationalité, il y a des différences. Par exemple, la Roumaine a fait pareil avec la minorité roumaine habitant en Moldavie.

Donc il faut faire attention à l'exacte distinction : les normes internationales prévues par les traités ayant vocation à protéger les minorités et qui sont largement soutenues par la Hongrie en raison de son engagement dans cet objectif, exigent que les États qui ont ratifié ces traités prennent des responsabilités vis-à-vis des minorités qui vivent sur leur territoire national. En ce qui concerne la possibilité d'accorder, d'une manière

soutenue par les dispositions constitutionnelles, des droits à des personnes appartenant à des minorités nationales, vivant au-delà des frontières de l'État qui souhaiterait les protéger, ce n'est pas le droit européen qui doit être pris en compte, mais le droit international public : quelle peut être la compétence d'un État d'intervenir sur le territoire d'un autre État, à l'égard des citoyens de ce dernier ? Il ne s'agit pas d'une question d'identité constitutionnelle qui ne s'appliquerait, comme Marc l'a rappelé, que lorsque le même domaine est repris également en droit de l'Union. Or pour la protection des minorités, ce n'est pas le cas : même si le Traité reconnaît également la protection des personnes appartenant à des minorités comme une valeur fondamentale, il ne s'agit pas de rechercher une compétence quelconque pour l'Union européenne dans ce domaine.

Anikó Raisz : Un petit point. Justement le Préambule de la nouvelle Loi fondamentale dit que la Hongrie respecte les minorités vivant sur son territoire. Il y a un problème très actuel quant à cette disposition de la Loi fondamentale qui dit que la Hongrie protège les minorités. Une législation sur la base de cette disposition constitutionnelle prévoit une protection accrue par l'instrument du droit civil pour les communautés minoritaires.

La question est de savoir si cela peut être considéré comme contraire à la liberté de parole. Car la loi en question dit, pour simplifier, que l'on ne peut pas dire de mauvaises choses sur les minorités en Hongrie. C'est une question débattue à l'heure actuelle en Hongrie. Et là, il s'agit, par contre, en rapport avec la protection des minorités vivant, cette fois-ci, sur le territoire de la Hongrie, d'une opposition éventuelle entre une spécificité hongroise et le droit européen, à savoir la liberté de parole.

D'une manière plus générale, il faut savoir qu'en Europe centrale et orientale, la protection des minorités est une question prioritaire. Ce n'est pas facile à comprendre pour les États vivant dans d'autres contextes. La raison est historique et donc, il faut lire ces normes dans leur contexte. Comme vous l'avez dit à juste titre, je partage cette opinion là aussi, on peut rechercher l'identité constitutionnelle nationale. Même s'il s'agit d'une question très complexe.

Juste une dernière remarque : c'est justement dans notre contexte de l'Europe centrale et orientale qu'il est, par contre, très difficile de comprendre pourquoi la France a dérogé à l'application de l'article 27 du Pacte international des droits civils et politiques. Il faut vraiment bien connaître l'histoire de chacun des pays pour comprendre ces questions.

BM : C'est un débat très intéressant qu'on ne peut pas pousser trop loin ici, faute de temps. Mais je crois que c'est finalement un débat qui ne concerne probablement pas essentiellement les rapports entre l'Europe et les États, mais bien plutôt les rapports entre les États, entre eux.

Pour répondre à votre question, et c'est là qu'on a un choc culturel : en France, il n'y a pas de minorités. On ne va pas leur reconnaître des droits puisqu'en droit, elles n'existent pas. C'est un postulat. Il n'existe pas de minorités, donc on ne peut pas leur accorder des droits.

Le problème, c'est que vous êtes dans une situation totalement inverse, où, et on en parlait hier, il y a probablement une certaine artificialité des frontières qui sont le fruit de l'histoire, et où des peuples, des populations d'origines différentes sont restés, un peu par les hasards des traités, d'un côté ou de l'autre des frontières. Ce problème est donc un problème probablement propre à l'Europe centrale. Comme vous le dites, c'est un problème historique.

Mais si on le traduit sur le plan juridique, cela pose quand même un certain nombre de questions qui concernent le problème des rapports entre États, le problème de souveraineté des États. C'est-à-dire qu'en fait, chaque État estime, et c'est vrai, vous le dites pour la Roumanie ou pour la Hongrie, qu'il peut intervenir dans les affaires extérieures d'un autre État pour protéger ses minorités. C'est-à-dire qu'en fait, on considère, d'une certaine manière, que la protection des minorités ne relève pas d'abord de la compétence de l'État dans lequel ces minorités se trouvent, mais elle relève d'abord de la compétence de l'État auquel elles peuvent se rattacher. Et je crois qu'on a, là, un problème tout à fait particulier qu'il serait probablement intéressant de résoudre ; et en fait, on pourrait se demander si finalement, il ne pourrait pas y avoir une coordination européenne de ce point de vue, parce qu'on est dans un problème des relations entre États.

Mais je crois, même si c'est très satisfaisant de l'avoir soulevé ici, qu'on ne peut pas aller beaucoup plus loin à ce niveau-là, sinon à faire l'effort, comme vous l'avez dit, de se comprendre. Parce que c'est un problème qui, je crois et vous l'avez dit, est des deux côtés source d'incompréhensions. Incompréhensions car si on ne raisonne pas de manière historique, mais si on raisonne de manière uniquement juridique, comme vous le dites, vous ne comprenez pas qu'on ne puisse pas reconnaître les minorités, et nous, nous ne comprenons pas que vous alliez vous intéresser à vos minorités établies dans d'autres pays. Disons les choses clairement. On pourrait

peut-être un jour continuer le débat sur cette question-là, je crois qu'il est important de le soulever, mais on ne peut guère aller plus loin ici, me semble-t-il, sauf si vous le souhaitez.

PK : Pour continuer notre débat, je pense aussi que cette question des minorités est une question très intéressante, parce qu'elle est liée, étant donné le fait qu'elle concerne directement la problématique de définition de la communauté, à la question de l'identité constitutionnelle nationale dans la mesure où elle interroge quant à la question qui sommes-nous. Et là, justement, je voudrais continuer avec une idée que je relierais à ce que Marc a dit.

Ce que nous sommes – et je comprends cette fois-ci cette question de manière plus large, voir même philosophique, mais surtout pas uniquement sous un aspect juridique – influencera les cadres normatifs du droit constitutionnel retenus pour répondre à des questions qui sont déjà soulevées dans un contexte défini par ce que nous sommes.

Je veux dire que nous sommes dans une logique où la réponse est dans la question et parfois, la question est soulevée par la réponse. Cela peut compliquer la chose, et rend difficile la tenue de vrais débats.

Et pourtant, je voudrais ici relancer la discussion. Voici donc quelques remarques que j'ai notées durant les interventions.

D'abord, pour simplifier un peu le sens de nos échanges, je pense que lorsqu'on a cherché quelle définition donner à l'identité constitutionnelle nationale, ou plus encore comment la définir, l'histoire constitutionnelle récente de la Hongrie – et là, je fais référence aux vingt-cinq dernières années, depuis le changement de régime – est très instructive. L'élément de supra constitutionnalité que tu as mentionné, Marc, est, je crois, essentiel. Ce que la Hongrie a vécu ces dernières années, et qui est commun finalement à tous les États membres, mais là nous étions dans une période de construction d'un nouveau régime constitutionnel, comme l'a rappelé le Professeur Mathieu, en quête d'identité suite à la chute du bloc de l'Est, c'est que lorsqu'une question ou un problème se révèle par rapport à l'intégration européenne, c'est-à-dire lorsque le droit européen se heurte au droit constitutionnel, automatiquement, les dispositions constitutionnelles ont été modifiées. La réponse a donc toujours été très rapidement apportée par le pouvoir constituant. Et par ce fait, en quelque sorte, on a eu l'impression d'une perte de rigueur dans une période de transition où

la rigueur devait d'autant plus s'imposer. Ces éléments se relient et renforcent encore plus la volonté de rechercher l'identité constitutionnelle.

Je voudrais ajouter un autre élément aussi. En Hongrie, à l'époque du changement de régime, lorsque la Constitution a été modifiée, c'étaient bien entendu les dispositions les plus fondamentales qui ont fait l'objet de la révision, car ce qui était à l'ordre du jour, c'était de créer une véritable constitution capable d'encadrer le pouvoir dans son exercice. Mais la question du « qui sommes-nous ? », la définition de l'identité, n'a pas fait partie des travaux de révision. L'adoption de la Loi fondamentale corrige donc, en quelque sorte, cette erreur. Mais le sens de la révision est inverse : on peut voir que les dispositions qui concernent l'encadrement du pouvoir n'ont pas beaucoup changé, même s'il y a, bien entendu, quelques exceptions. En revanche, l'apport essentiel de la Loi fondamentale, parmi d'autres apports certes, se manifeste au travers de ces déclarations identitaires.

Des constitutions adoptées en Europe centrale et orientale suite aux changements de régime, et le Conseil de l'Europe a joué un rôle très important dans ce processus, ont été marquées, si je peux me permettre de le dire, par une importation constitutionnelle des modèles occidentaux. La Commission de Venise qui a été créée justement pour conseiller ces États lors de l'adoption de leur nouvelle constitution, au cours de cette transition démocratique, a incité les États à résoudre les équations constitutionnelles de la façon la plus simple possible, et j'utilise exprès ce parallèle mathématique, en copiant ce que les autres avaient déjà fait, en imitant des modèles existants tout en économisant le travail de réflexion qui aurait pu non seulement permettre de répondre aux exigences spécifiques locales mais également créer une expérience politique que la définition constitutionnelle des valeurs identitaires peut offrir.

Et je pourrais continuer : la jurisprudence constitutionnelle, très importante surtout au cours de sa première période car justement fondatrice, en quelque sorte, de ce nouveau régime constitutionnel comme de nombreuses études le démontrent, était largement le produit d'une importation des solutions. Outre les multiples références expresses effectuées par les arrêts, les motifs eux-mêmes citent, à maintes reprises, par exemple, les arrêts constitutionnels allemands qui ont servi de guide d'interprétation constitutionnelle pour les juges hongrois.

Il est donc évident que tout élément identitaire en droit constitutionnel hongrois manquait. Par des importations, nous ne pouvons pas créer une

identité. Je pense donc que comme nous l'avons déjà mentionné, il s'agit, et dans le cas de la Hongrie cette volonté est peut-être encore plus forte, d'une intention très prononcée des États de l'Europe centrale de pouvoir se doter enfin d'une identité constitutionnelle.

Et donc c'est cette recherche d'identité soulevant également la question de la supra constitutionalité qui caractérise la situation. Comme la jurisprudence constitutionnelle française l'a également fait remarquer, c'est dans le domaine de la supra constitutionalité que nous pouvons retrouver des éléments de l'identité constitutionnelle. Et je trouve cette idée très intéressante.

En fait, lorsqu'il s'agit de l'encadrement du pouvoir, ces parties institutionnelles ont fait l'objet de nombreuses analyses également dans cet aspect de conformité entre les droits constitutionnels nationaux et le droit européen. Il peut y avoir bien sûr des problèmes, notamment comme vous l'avez dit, concernant l'interprétation de certains droits fondamentaux, mais ces problèmes peuvent être résolus par une attention réciproque et mutuelle de la part des juges nationaux et européens. La réconciliation est donc, à mon avis, possible entre les ordres juridiques.

J'intègre aussi dans cette partie institutionnelle les grands principes de l'État de droit ou de la démocratie qui, toujours à mon avis, peuvent également être renforcés par un contrôle externe sans forcément que ce contrôle nuise aux droits constitutionnels nationaux, à condition que ces grands principes soient définis conformément au patrimoine constitutionnel commun, ce qui n'est pas facile à faire lorsque nous comptons de plus en plus d'États dans les deux Europe.

Mais c'est justement lorsqu'il s'agit de définir qui sommes-nous, et je tiens à souligner que cet élément est essentiel en droit constitutionnel, et pour la formation de l'État et pour la formation de la Nation, que nous nous retrouvons dans un domaine, et je vais terminer par là, qui est inconnu pour le droit européen qui n'a pas vraiment eu de références identitaires réelles si ce n'est ce substratum juridique neutre des droits fondamentaux et des principes constitutionnels communs qui ne crée pas, je crois que nous pouvons l'affirmer, de communauté.

Il est particulièrement, permettez-moi de le dire en toute franchise, curieux que l'intégration européenne, certes, avec un objectif, tout à fait, respectable, reprenne le droit constitutionnel pour se créer une identité

mais en même temps le neutralise en n'utilisant que les normes institutionnelles, et essaie d'y attribuer un sens identitaire.

L'exercice, autant qu'on y tient, est condamné par définition à l'échec : par des principes juridiques neutres, on ne peut pas créer d'identités, même si ces principes sont proclamés sous forme de valeurs. Par contre, les États, dotés des valeurs historiquement forgées qui font leurs spécificités et qui rendent difficiles comme nous l'avons vu la compréhension des autres et de soit, préservent ici un rôle majeur : par leur droit constitutionnel, ils peuvent se définir, affirmer cette identité, répondre à cette question de savoir qui sommes-nous pour pouvoir créer leurs communautés respectives.

Nous sommes donc dans cette problématique de la répartition, je ne dirais pas des compétences mais plutôt des tâches, entre les Europe et les États parties ou membres. Et comme nous l'avons rappelé, nous ne pouvons pas contourner cette question si nous voulons retrouver les éléments constitutifs des identités constitutionnelles nationales française, hongroise ou autre. Juridiquement parlant, le problème se pose lorsque les Europe veulent également se doter des valeurs précises et non uniquement des standards qui sont à caractère constitutionnel car une opposition se manifeste alors entre ces principes européens et les droits constitutionnels nationaux. Encore une fois, je pense qu'ici, le problème peut être résolu par les juges, mais c'est justement là où les Europe sont plutôt tacites que les droits constitutionnels nationaux jouent toujours un rôle important.

BM : Sauf que quand même l'idée du traité constitutionnel européen visait vraiment à donner une identité à l'Europe. Je crois qu'il y a profondément au sein de l'Europe – même si cela n'a pas marché pour les raisons que l'on sait – une telle capacité, et la Charte des droits fondamentaux répond à cela. La Charte de l'Union européenne, en fait, pourrait ne servir à rien, ne sert à rien. Elle ne sert à rien, sinon à répondre à un besoin d'identité de l'Union européenne, puisqu'il y avait déjà la Convention européenne des droits de l'homme. À mon avis, à un moment, la construction européenne éprouve le besoin de se donner une Charte dont encore une fois, elle n'a pas vraiment besoin parce qu'il y a la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle sont parties tous les pays qui appartiennent à l'Union européen, car elle veut se donner une identité. Et il y a ce mimétisme quand même constitutionnel fort au niveau de l'Union européenne.

MOPS : Je voudrais réagir car justement quand tu as dit cela, Peter, je n'étais pas totalement d'accord et je suis plutôt de l'avis du Professeur Mathieu concernant la Charte. D'ailleurs, le communiqué de presse rendu hier par la Cour de justice que nous avons mentionné ce matin avant le début du séminaire, est assez révélateur, pour moi en tout cas, de tous les éléments que l'on pose ici dans le débat. C'est-à-dire que quand on regarde notamment pour la Charte – j'ai amené ce communiqué – la Cour de justice exprime vraiment un souci quand elle dit qu'il faut éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte. Et pour cela, elle fait déjà barrière à la Convention. Parce qu'il faut éviter de compromettre ce niveau de protection.

Et tu as dit une autre chose qui m'a également fait penser à cela, mais je change ici un peu le cadre du débat. Quand tu disais que les importations ne permettent pas de former une identité, donc, par exemple, quand la Cour constitutionnelle hongroise a importé des éléments de la Cour fédérale allemande. En fait, je me demande si l'idée qui sous-tend cette transposition effectuée par la Cour constitutionnelle, ne serait pas de « faire plaisir » à l'Union européenne. Parce que – tu vas me dire ce que tu en penses – j'ai vraiment l'impression qu'au début, l'Union européenne, c'est l'idée de dire qu'on est unis dans la diversité. Et en fait, petit à petit, on a l'impression que les États vont essayer de se caler, parce que l'Union européenne les force aussi à le faire, les États vont s'obliger à se caler un petit peu sur les standards de l'Union européenne de façon finalement à être un peu divers mais quand même ressemblant dans une unité globale. Et je me demande si l'Union européenne n'a pas finalement pour but d'avoir un ensemble d'États qui sont carrément unis dans l'unité. Donc on passe de « unis dans la diversité » à « divers dans l'unité » pour finir à « unis dans l'unité ». Voilà, tout cela, en fait, pour demander s'il n'y a pas cette tentative des États de ressembler de plus en plus aux standards de l'Union européenne, et de s'y conformer même si ce n'est pas leur culture.

BM : Une réponse vraiment rapide, juste une minute, parce qu'on est obligés de passer au point suivant. Vous voyez même quand on organise les choses comme cela avec le plus de marges pour le débat, on est aussi pris par le temps.

PK : En une minute. D'abord, je prendrais tout de même les trente premières secondes pour répondre à cette question de la recherche de l'identité par l'Union européenne. Je suis également d'avis que l'Union

européenne cherche à se doter d'une identité. Mais je pense que d'une part, la défaite du traité constitutionnel vient aussi du fait que l'identité, comme on le disait la question « qui sommes-nous ? », nous oblige à trouver de vraies réponses pour définir ce que nous sommes. Autrement dit, pour faire vite, l'identité ne peut pas être artificielle. Je crains que dans ces tentatives de l'Union européenne, il y ait toujours un élément de distance et d'artificialité qui fait que finalement une identité aussi forte qu'au niveau national ne peut pas se construire au niveau européen. D'autre part, je pense que, juridiquement parlant, nous sommes entièrement d'accord : il y a une identité qui se forge au niveau de l'Union européenne avec la Charte des droits fondamentaux, mais c'est loin de créer encore de véritables communautés politiques. Et lorsque les Europe tentent de se construire une identité à travers ces valeurs à caractère constitutionnel, elles doivent veiller à ce que les États de l'Europe centrale aient suffisamment d'espace, pour ainsi dire, pour développer ou plus exactement pour retrouver leurs identités propres, tout en leur faisant respecter bien entendu, mais uniquement dans la mesure de ce qui est vraiment nécessaire, les standards européens.

Pour répondre vraiment rapidement à la dernière question de Marie-Odile, étant donné qu'il ne me reste plus de temps, je peux simplement dire que la situation, selon mon opinion, est beaucoup plus complexe, et elle n'est pas simplement complexe en raison des valeurs mais également en raison d'intérêts présents lors de l'articulation desdites valeurs. Je ne mentionnerai qu'un seul élément : fait partie, par exemple, de l'identité constitutionnelle hongroise, je crois profondément, cette volonté de s'approcher de l'Europe occidentale ; ainsi la volonté d'imiter, ce qui complique encore plus les choses, fait partie de l'identité. Ce n'est pas toujours pour plaire aux autres, mais c'est souvent pour se plaire qu'on transpose. Mais est-ce que cela est efficace, c'est-à-dire est-ce que cela rend les États aptes à réguler un contexte politique et social différent de celui d'où proviennent ces règles importées ?

Je crois que l'intégration a besoin des États qui sont les véritables acteurs et créateurs de cette intégration. Elle a besoin d'États forts, ce qui n'est possible que si les États restent en mesure de définir leurs identités et les Europe se soucient uniquement des standards minimums que ces États doivent respecter. Vu la délicatesse de la question, la solution réside encore une fois dans la sagesse des juges dont il y a fort besoin pour faire fonctionner le système.

BM : Je ne veux surtout pas relancer le débat parce qu'il ne nous reste vraiment pas de temps, mais quand vous parlez de cette volonté de se rattacher à l'Europe occidentale, cela démontre qu'implicitement, il existe, tout de même, une identité européenne, puisque vous la voyez, cette identité, comme étant celle de l'Europe occidentale. D'une certaine manière quand vous dites qu'elle n'existe pas, je n'irais pas aussi loin que vous...

Cela pourrait être d'ailleurs un autre débat : qu'est-ce que c'est cette identité européenne ? Je crois que c'est une véritable et bonne question. Que l'on ne s'est sûrement pas suffisamment posée parce qu'on renvoie à des termes complètement flous : la démocratie, les droits de l'Homme, etc. Cela est donc une vraie question à se poser, mais on ne peut pas la poser ici.

Nous arrivons donc directement aux mécanismes de régulation des conflits. Alors, c'est vous, Marc, qui avez pris en charge l'ensemble de cette question. Nous vous en sommes reconnaissants. Donc, on vous donne un quart d'heure. Vous pourrez le faire en un quart d'heure ?

MG : Oui, je vais essayer.

BM : Parce qu'on a encore un thème à aborder après celui-ci. Sachant qu'à l'écrit, vous pourrez être un peu plus disert.

MG : D'accord. Merci, Monsieur le Professeur.

Marc Guerrini

Les mécanismes de régulation des conflits entre les différents ordres juridiques

I. Le rôle du principe de subsidiarité

Le principe de subsidiarité trouve son origine historique dans la doctrine chrétienne avec l'idée que les difficultés sociales doivent trouver des solutions au plus près des personnes concernées, au niveau de proximité le plus poussé. À l'heure actuelle et dans le cadre du droit de l'Union européenne, l'article 5§3 du TUE dispose que :

« En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

Ce principe est intimement lié à deux autres principes structurels de l'Union européenne : celui de la compétence d'attribution selon lequel l'Union européenne n'est compétente que dans les domaines de compétence qui lui ont été dévolus par les États, et le principe de proportionnalité qui implique que l'action de l'Union ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. S'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, le principe de subsidiarité s'exprime à travers la condition de recevabilité des recours tenant à l'épuisement des voies de recours internes. Par ailleurs, le Protocole additionnel n°15 à la Convention européenne des droits de l'homme prévoit d'inscrire expressément le principe de subsidiarité dans le préambule de la Convention par la formule suivante : « Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et

libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme instituée par la présente Convention ».

Dans le cadre de l'Union européenne, le principe de subsidiarité possède un triple intérêt. Premièrement, il permet de rassurer les États du point de vue de l'exercice des compétences partagées de l'Union. Deuxièmement, la subsidiarité nourrit la légitimité de l'Union européenne et notamment la légitimité du processus décisionnel. Apparaît ainsi dans le cadre de l'Union européenne une exigence de qualité de la loi européenne qui est en grande partie fondée sur le respect du principe de subsidiarité et qui se concrétise notamment dans la publication de rapports annuels du « Mieux légiférer ». Enfin, troisièmement, la subsidiarité offre une forme d'alternative au principe de souveraineté qui est souvent problématique s'agissant des questions de compétences en abordant ces dernières non pas du point de vue de leur titulaire, mais davantage du point de vue de leur exercice effectif.

Il est possible d'évoquer deux points s'agissant du principe de subsidiarité : d'une part ce dernier s'accompagne de certaines garanties qui apparaissent satisfaisantes et, d'autre part, il existe des effets « ramnants » qui méritent d'être mentionnés.

1. Si l'idée de la subsidiarité est relativement aisée à appréhender, il n'en va pas de même s'agissant de son application concrète. Deux critères peuvent être déduits de l'article 5§3 du TUE. Premièrement, se dégage un critère de l'insuffisance de l'intervention au niveau étatique. Le second critère tient à une amélioration qualitative de l'action qui serait menée par l'Union européenne. Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui avait été adopté à l'occasion du traité d'Amsterdam donnait des indications qui peuvent éclairer ce point mais qui n'ont pas été reprises par le dernier protocole accompagnant le traité de Lisbonne. Il indiquait, notamment, pour illustrer le saut qualitatif de l'action de l'Union le fait que la question concernée comporte des aspects transnationaux qui ne peuvent être réglés de manière satisfaisante au seul niveau de l'État.

Le processus décisionnel au sein de l'Union européenne veille rigoureusement à respecter le principe de subsidiarité. Cela ressort

notamment de l'accord interinstitutionnel du 25 octobre 1993 « Démocratie, transparence et subsidiarité ». La Commission doit, par exemple, dans l'exposé des motifs de ses actes justifier l'intervention de l'Union dès lors qu'on se situe dans un domaine de compétence partagée. Elle établit également un rapport annuel à l'intention du Parlement et du Conseil sur le respect de ce principe. L'apport principal du traité de Lisbonne repose certainement sur le rôle conféré aux parlements nationaux dans la surveillance du respect du principe de subsidiarité. Ces derniers sont notamment informés de toutes les propositions législatives de la Commission et peuvent faire connaître, dans un délai de 8 semaines, leurs observations qui devront être prises en compte par la Commission, le Parlement et le Conseil. Est également prévu un mécanisme d'alerte. Si une proposition législative voit une opposition d'un tiers des parlements nationaux la Commission devra réexaminer sa proposition. En outre, les parlements nationaux, par l'intermédiaire de leurs États, ainsi que le Comité des régions, peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne afin qu'elle s'assure du respect du principe de subsidiarité. Il existe donc depuis le traité de Lisbonne une surveillance largement politisée du respect de ce principe mais qui se double, évidemment, d'un contrôle de nature juridictionnelle. Sur ce point, la Cour de justice contrôle plus fermement le respect de la subsidiarité alors qu'elle s'était cantonnée pendant un certain temps à un contrôle restreint, de l'erreur manifeste. La Cour vérifie de manière rigoureuse que la mesure devait effectivement être mieux réalisée au niveau de l'Union qu'au niveau de l'État dont l'action apparaissait insuffisante.

2. Au-delà de ces nombreuses garanties, le principe de subsidiarité possède des effets moins visibles, plus surprenants, parfois paradoxaux. Le paradoxe n'est, à l'origine, guère étranger à ce principe tant au niveau de sa conception qu'au niveau de sa mise en œuvre. En effet, du point de vue de sa conception, il provoque dans l'esprit de ses observateurs tout et son contraire. Ainsi, principe d'origine fédérale, il a satisfait dès ses premières formulations les défenseurs d'une Europe fédéraliste alors que, dans le même temps, il rassurait ceux qui s'inquiétaient de l'accroissement des compétences de l'Union. Quant à sa mise en œuvre, on peut en premier lieu avancer que le principe de subsidiarité est susceptible de préserver la diversité nationale tant que celle-ci ne va pas à l'encontre

des objectifs de l'Union européenne, notamment s'agissant des droits fondamentaux en renvoyant à l'idée qu'un droit est d'autant mieux protégé qu'il est empreint de l'identité culturelle de l'État qui le consacre. Mais, dans le même temps, le principe de subsidiarité provoque une grande porosité des systèmes. Il permet bien sûr de préserver l'intervention privilégiée de l'État et certains particularismes nationaux mais, simultanément, la subsidiarité provoque un effet rampant de « conventionnalisation » ou de « communautarisation » des systèmes juridiques. Ce phénomène est imputable à la subsidiarité juridictionnelle qui fait des juridictions nationales les juges de droit commun du droit de l'Union européenne. Elle implique que la Cour de justice, comme la Cour européenne des droits de l'homme, se prononcent après les juges internes ce qui place ces derniers dans une situation permanente de surveillance qui accentue la prise en compte, notamment dans leur jurisprudence, du droit supranational. Une telle configuration est en réalité beaucoup plus invasive pour les États que l'on pourrait le penser *a priori*.

II. Le rôle des juges constitutionnels et européens dans la régulation des ordres juridiques

À l'heure actuelle, on peut avancer sans risque que ce sont les juges constitutionnels et européens qui sont les véritables régulateurs des rapports entre systèmes juridiques. Ces derniers vont développer des méthodes d'articulation pertinentes et il semble qu'à l'heure actuelle, émerge de manière de plus en plus visible une méthode identitaire commune de régulation. Cette méthode s'appuie principalement sur trois phénomènes : premièrement, les juges sont placés dans des situations comparables qui favorisent la détermination d'une logique commune. Deuxièmement, les juges semblent tirer les conséquences de cette situation en développant un patrimoine constitutionnel commun notamment dans le domaine des droits fondamentaux. Enfin, troisièmement, sur le fondement de ce qui précède, les juges constitutionnels et européens développent une méthode d'articulation qui repose sur la prise en compte de ce qui apparaît commun aux différents systèmes envisagés ou, au contraire, ce qui apparaît spécifique.

1. Chaque juge, constitutionnel ou européen, est soumis à une tension entre différentes exigences fondamentales antinomiques. S'agissant des juridictions constitutionnelles, ces dernières sont généralement soumises d'une part au devoir de respecter la participation de l'État à l'Union européenne, participation qui le cas échéant repose sur une clause constitutionnelle d'intégration comme c'est le cas en France avec l'article 88-1 de la Constitution et d'autre part, à la nécessité de préserver la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. En effet, le juge constitutionnel doit respecter une hiérarchie entre organe de production du droit constitutionnel et organe d'application du droit constitutionnel et il ne peut donc pas, en tant qu'organe d'application, saper la suprématie de la Constitution en droit interne qui constitue une condition existentielle. Parallèlement, et d'une manière comparable, les juges européens sont tenus d'arbitrer entre d'une part le respect de l'identité constitutionnelle et nationale des États qui selon les conclusions de l'avocat général Poyares Maduro dans l'affaire *Michaniki* « *participe de l'essence même du projet européen* »²²³ et, d'autre part, la primauté du droit conventionnel. Tout comme le juge constitutionnel, le juge européen ne peut abandonner cette primauté car son maintien constitue une exigence existentielle qui participe de l'essence même de l'activité normative de l'organisation internationale. Placés dans cette tension existentielle commune, les juges européens vont en premier lieu s'appuyer sur ce qu'ils ont de commun avant de pouvoir résoudre les difficultés liées aux singularités qui les caractérisent.

2. Il existe ici un phénomène très prégnant d'interpénétration et de convergence des systèmes juridiques conduisant à la formation d'un patrimoine constitutionnel européen. Les juges ont un rôle central dans ce schéma et on peut déceler la mise en œuvre de techniques d'interprétation conforme qui permettent d'éviter les conflits de normes en s'assurant, par exemple, de la compatibilité d'une norme interne à une norme européenne par le truchement de son interprétation. On assiste d'abord à des convergences descendantes qui témoignent d'une influence du droit de l'Union européenne sur les droits constitutionnels nationaux. Il

223 Conclusions de l'avocat général M. Poyares Maduro présentées le 16 janvier 2008 dans l'affaire C-402/05 P et C-415/05 P, point 21.

semble, et c'est particulièrement le cas de la France, que les juges constitutionnels tiennent compte du droit de l'Union européenne ou du droit de la CEDH dans l'interprétation qu'ils délivrent de la Constitution nationale afin d'assurer une certaine forme d'euro-compatibilité des normes constitutionnelles. En France, un arrêt récent de la Cour de cassation est particulièrement éclairant sur ce point, celle-ci ayant décidé qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme constitue un changement de circonstances de droit justifiant qu'une norme constitutionnelle déjà examinée le soit de nouveau par le biais du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*²²⁴. Peuvent également exister des convergences ascendantes du droit constitutionnel national sur le droit européen. La Cour de justice a ainsi pu s'inspirer de normes nationales qui apparaissent communes aux États afin de préciser la portée d'une norme européenne ou de consacrer une norme au niveau européen. Il y a sur ce point un véritable travail comparatiste mis en place par le juge de l'Union européenne. Dans le domaine constitutionnel, ce travail se concrétise de manière singulière par la prise en compte des traditions constitutionnelles communes des États dans la consécration des principes généraux du droit de l'Union européenne. La Cour européenne des droits de l'homme prête également une attention particulière au consensus des États sur certaines questions. Au niveau des juges européens, on observe donc, non pas une prise en compte spécifique du droit français, hongrois ou italien, mais une prise en compte des tendances communes aux États. Ce phénomène de convergence et de prise en compte réciproque est accentué par les rapports triangulaires entre l'Union européenne, la CEDH et les États. En effet, la Convention européenne des droits de l'homme influence simultanément, et de manière très forte, à la fois le juge de l'Union européenne et les juges constitutionnels nationaux. On constate donc que les juges européens et constitutionnels agissent de concert dans la convergence des systèmes et s'influencent mutuellement pour asseoir ce patrimoine commun qui est à la base des constructions supranationales.

224 Cass, crim., 20 août 2014, *Association Mouvement Raëlien international*, n°4789.

3. Au-delà, enfin, de la convergence des systèmes, semble se développer en Europe une logique de régulation des systèmes qui est une logique de nature identitaire car elle repose sur la prise en compte de la spécificité de certaines normes ou, au contraire, de leur consécration commune. Il existe, de manière générale, un mouvement de prise en considération des singularités normatives qui gravite autour de la question du respect de l'identité nationale et constitutionnelle des États. Ce mouvement résulte de deux éléments. Premièrement, les juridictions constitutionnelles nationales ont su tirer parti de l'inscription du principe du respect de l'identité nationale et constitutionnelle à l'article 4§2 du TUE. Les juridictions constitutionnelles française, allemande, espagnole notamment ont toutes, directement ou indirectement, appuyé une partie de leur raisonnement sur cette clause afin de justifier leur position et le développement de leur théorie des contre-limites et du respect de l'identité nationale. Comme l'a relevé le Professeur Magnon, « *l'existence d'un noyau dur de principes constitutionnels insusceptibles d'être affecté par le droit de l'UE ne présente aujourd'hui aucune originalité au point qu'il est possible d'y reconnaître une tradition constitutionnelle commune* »²²⁵. Deuxièmement, l'ordre juridique de l'Union européenne semble s'accoutumer à une telle logique identitaire, d'abord parce qu'il la met en œuvre au profit de ses États membres. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que l'État possède un intérêt légitime à préserver son identité nationale et constitutionnelle, intérêt légitime qui lui confère une marge nationale d'appréciation. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Omega* jugée le 4 octobre 2004²²⁶, la Cour de justice admet une restriction à la liberté de circulation afin de tenir compte de la conception singulière et extensive que l'Allemagne retient du principe de dignité de la personne humaine. De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme semble tenir compte de l'identité culturelle italienne dans l'affaire *Lautsi* du 18 mars

225 MAGNON (X.), « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne. Interrogations autour d'une lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 30 juin 2009 sur le traité de Lisbonne », *RFDC*, 2010/2, n°82, p. 424.

226 CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec. CJCE* 2004, p. I-9609.

2011²²⁷ afin de justifier la présence de crucifix dans des salles de classe. Par ailleurs, l'Union s'est également vue appliquer une telle logique par la Cour européenne des droits de l'homme en 2005 dans l'arrêt *Bosphorus*²²⁸. La Cour de Strasbourg tire de l'équivalence des protections entre les deux organisations internationales une présomption de conventionalité bénéficiant aux États membres qui appliquent, en l'absence de marge nationale d'appréciation, le droit de l'Union européenne. La Cour émet cependant une réserve en cas d'insuffisance manifeste de protection au nom du respect de l'ordre public européen. Le juge européen des droits de l'homme a donc su atténuer son contrôle sur le fondement d'une protection commune ou équivalente, tout en émettant une réserve liée à la protection de l'ordre public européen. Enfin, l'Union européenne a elle-même appliqué une logique identitaire pour son propre compte dans son arrêt *Kadi* en 2008 en refusant d'accorder une immunité aux actes européens tirant les conséquences de résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies car la protection offerte par l'organisation universelle n'apparaissait pas comme équivalente²²⁹. La Cour de justice évoqua alors la nécessité de préserver « les principes constitutionnels des traités ».

On constate donc que les juges européens et constitutionnels mettent en place une logique qui prend en compte le caractère commun ou au contraire le caractère spécifique de certaines normes pour mettre en œuvre une méthode de régulation nouvelle, de nature identitaire. Cette logique vise en réalité à articuler la compétence de contrôle des juges. Demeure alors une question bien délicate : celle de savoir qui est compétent pour déterminer l'identité nationale et constitutionnelle d'un État. D'un point de vue logique, on ne peut nier la compétence exclusive de l'État pour définir ce qui relève de son identité nationale. Cependant, la configuration du système fait que les cours européennes seront conduites à se prononcer en dernier lieu sur le caractère acceptable de l'invocation de l'identité nationale et constitutionnelle pour déroger au

227 CEDH, 18 mars 2011, *Lautsi et autres c/ Italie*, req. n°30814/06, *Rec. CourEDH* 2011.

228 CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, req. n°45036/98, *Rec. CourEDH* 2005-VI.

229 CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission*, aff. C-402/05 P et C-415/05 P.

droit européen. Il s'agira alors, pour ces dernières, de vérifier soit que les mesures mises en œuvre par les États ne sont pas disproportionnées par rapport à l'objectif de préservation de l'identité nationale, soit que les mesures étatiques ne sont pas totalement incompatibles avec les valeurs européennes. Par exemple, dans l'affaire *Dudgeon c/ Royaume-Uni* en 1981230, le Royaume-Uni invoquait certaines spécificités culturelles pour justifier en Irlande une législation sévère à l'égard des personnes homosexuelles, ce que la Cour n'a pas jugé compatible avec une société démocratique.

BM : Merci beaucoup pour cet exposé. Traiter des questions si importantes d'une manière aussi synthétique, c'est une très belle réussite. On a, en fait, très peu de temps pour discuter de ces questions-là.

Je crois qu'un élément qui intervient nécessairement, c'est que comme vous l'avez dit, il y a dans tous ces domaines-là, une dépossession quasiment totale du pouvoir politique. C'est l'observation à laquelle on arrive. Parce que l'identité est définie par l'État, oui, mais qui au niveau de l'État ? le juge ? Et est-ce qu'elle est acceptable au niveau européen, qui est-ce qui en décide ? le juge. Donc on est quand même dans des rapports entre juges qui posent, à mon avis, un problème très large des constructions européennes et de la dépossession du pouvoir politique. Je crois que c'est une question importante.

D'autre part, il y a cette considération par la Cour européenne des droits de l'homme notamment, c'est qu'elle détermine de manière extrêmement variable l'existence ou non d'un consensus européen. C'est-à-dire qu'en fait, c'est elle qui décide quand est-ce qu'on bascule dans le consensus européen par un système vaguement majoritaire mais les conditions de majorité, c'est, de toute manière, elle qui les apprécie librement. C'est d'ailleurs totalement contraire au droit des traités. Le droit des traités, ce n'est pas un système démocratique. Ce n'est pas un système démocratique où on change le traité parce que la majorité a décidé d'en changer. Le droit des traités c'est une logique contractuelle, pas une logique majoritaire. Donc là, on applique à un domaine qui est celui des traités, une logique qui

230 CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, req. n°7525/76, série A, n°59.

est celle de la démocratie : une majorité des pays a décidé, donc la décision est prise.

Je ne vais pas aller plus loin. J'aimerais bien qu'on ne prenne pas plus de cinq minutes de débat parce qu'il nous restera une demie heure. Il faut qu'on s'en tienne à cinq minutes ici. Peut-être sur le principe de subsidiarité : comment réagit-on chez vous ? Ou sur d'autres questions... Je vous laisse la parole, mais je crois qu'on va voir d'abord du côté hongrois.

PK : Puisque je suis entièrement d'accord sur cette idée, si vous me le permettez, je vais plutôt la relier avec le débat que nous avons eu tout à l'heure, c'est-à-dire avec l'idée de retrouver surtout des éléments d'identité constitutionnelle dans la supra constitutionalité. Car cela nous ramène à la problématique du rôle des juges. Si nous plaçons les éléments d'identité dans la supra constitutionalité, cela veut dire que même le pouvoir constituant n'a plus les moyens d'y toucher. Ainsi une sorte de cercle vicieux se referme, à mon avis, qui fait que puisque nous avons peur de l'absence de protection de la constitutionalité ou des éléments d'identité constitutionnelle contre l'approfondissement de l'intégration européenne, on place ces éléments au niveau de la supra constitutionalité mais alors, la dimension politique n'a plus les moyens, non plus, de définir l'identité.

Et à partir de ce moment-là il est très facile de relier ceci avec ce que nous avons dit à Szeged par rapport à la Hongrie, mais je ne veux surtout pas simplifier les choses car les conséquences et le contexte sont complexes, s'il y a un pouvoir politique qui veut toucher à ce domaine, qui veut définir l'identité, il y a une incompréhension du côté européen. Donc, ici, je pense que par les idées que vous avez présentées, Monsieur le Professeur, on revient au cœur de la question.

Concernant le principe de subsidiarité, je pense que tout a été dit. Je ne pourrais que répéter quelques éléments de l'exposé qui nous a été présenté.

Pour ce qui concerne cette épineuse question de la légitimité qui doit être soulignée, c'est à partir de cette approche que l'on pourra encore trouver des idées à creuser. Je suis convaincu qu'il y a encore plus dans le principe de subsidiarité, qu'il n'a pas encore révélé toutes ses potentialités. Parce que, en ce qui concerne la souveraineté des États, en ce qui concerne cette question de savoir comment accroître l'acceptabilité politique du système et surtout de la prise de décision (c'est-à-dire l'exercice des compétences au sein de l'Union européenne, au niveau des États ou même au niveau des régions), beaucoup de choses ont déjà été dites. Mais c'est à

travers la question de la légitimité, par contre, qu'on pourrait aller plus loin grâce à une réflexion sur l'application du principe de subsidiarité. Car ici, la subsidiarité a encore des réserves à exploiter. Et la question de la légitimité est, je pense, la question la plus épineuse, comme on vient de le répéter, or la recherche de l'identité n'est pas loin, non plus, de la problématique qu'elle soulève.

BM : Merci beaucoup. Si vous en êtes d'accord, nous allons reprendre nos travaux forcés. On charge toujours trop le programme, c'est une leçon à retenir. Mais vous voyez que nous n'avons pas le choix parce qu'on ne peut pas continuer, tout au moins financièrement, le projet de recherche Balaton alors que de véritables questions se posent.

Abordons donc la dernière phase : les exemples concrets de mise en œuvre de régulation. C'est vrai qu'il est quand même intéressant de voir les choses aussi plus concrètement et de ne pas simplement avoir une appréciation totalement théorique. Donc nous avons pris deux exemples, choisis par chacun des pays, le voile intégral pour la France et le rapport avec les Églises pour la Hongrie, et ces deux sujets ne sont pas totalement sans lien.

Marie-Odile, je vous laisse la parole pour dix minutes de rigueur.

MOPS : Merci, Monsieur le Président. J'utiliserais mon temps de débat avant, si vous me le permettez. Je n'avais pas besoin de réagir sur le débat, parce qu'en fait, avec mon étude sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, je pense que je vais retomber sur l'acceptation par la cour supérieure de l'identité constitutionnelle nationale, et je serai en désaccord avec toi, Marc, sur deux points, ou plutôt, sur un point qui se divise en deux.

Je dois ajouter un élément avant de commencer ma présentation : je trouve ce débat intéressant concernant la dissimulation du visage dans l'espace public parce que la décision rendue par la Cour européenne que je vais essayer d'analyser succinctement ici, montre comment la question des valeurs va pouvoir être abordée. Tu as parlé, Marc, de la place des valeurs, et je pense que leur place est réellement centrale, pour deux raisons. D'une part, c'est un alibi qui est souvent utilisé par les juges pour justifier leur interventionnisme, et d'autre part, parce que, et tout le débat qu'on a depuis le début de ce programme de recherche et depuis Szeged le montre, les questions des rapports de force, de la régulation, des compétences, en fait, se cristallisent dans la question des valeurs.

Marie-Odile Peyroux-Sissoko

Un exemple de régulation en France : la question du voile intégral

« *La République se vit à visage découvert* ». C'est par cette formule que l'État français explique la loi du 11 octobre 2010 qui interdit à toute personne de circuler ou de se présenter dans l'espace public le visage dissimulé. Adoptée à la quasi-unanimité, cette loi a été soumise au Conseil constitutionnel, qui l'a déclarée constitutionnelle²³¹.

La décision alors rendue est aussi brève qu'importante. Pour déclarer la loi constitutionnelle, le Conseil a fait évoluer la notion d'ordre public, qui permet au législateur comme aux autorités de police administrative, de limiter les libertés individuelles. Le Conseil a en effet enrichi cette notion en lui donnant une nouvelle composante : les « *exigences minimales de la vie en société* ». Cette composante est l'élément qui fonde juridiquement la loi. Ainsi, au nom des exigences minimales de la vie en société, il n'est pas légal de cacher son visage à autrui. La société est alors protégée de comportements qui seraient considérés comme antisociaux, et le Conseil constitutionnel a considéré que cette protection était constitutionnelle.

La question restait toutefois ouverte de la conventionalité de la loi. Elle a été tranchée le 1er juillet dernier par la Grande chambre de la Cour EDH, qui a validé le dispositif français²³² en suivant un raisonnement aussi important que révélateur des relations entre les ordres juridiques.

Depuis Szeged, nous parlons de régulation entre les différents ordres juridiques, de répartition des compétences, d'articulation entre les identités nationales et une identité commune européenne. L'affaire de la loi relative à la dissimulation du visage dans l'espace public illustre tous

231 Décision n°2010-613 DC, 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

232 CEDH, 1^{er} juillet 2014, *S.A.S. c. France*, req. n°43835/11.

ces éléments là. On peut alors remarquer que, au moyen des outils classiques dont elle dispose (principe de subsidiarité, contrôle de proportionnalité, marge nationale d'appréciation), la Cour a abordé le cas français comme un dompteur ses fauves. Elle est entrée dans la cage avec expérience et prudence, avec des instruments, mais aussi avec un objectif. Autrement dit, la Cour connaissait la répartition des compétences applicable en l'espèce, les outils à utiliser, et la politique jurisprudentielle dont elle comptait poser les jalons par cette décision. Reprenons ces points un à un.

I. Répartition des compétences en matière de questions de société

La mesure constituait une ingérence ou restriction dans l'exercice des droits conventionnellement garantis, en l'espèce ceux des articles 8 et 9 de la Convention (droit au respect de la vie privée et familiale et liberté de pensée, de conscience et de religion). La Cour procède alors à un contrôle important, considérant que la teneur des objectifs invoqués par l'État « *commande un examen approfondi* ».

Le gouvernement français justifiait sa mesure par deux éléments : la sécurité publique, et le « respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte », qu'il déclinait en trois valeurs : l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect de la dignité des personnes, ainsi que le « respect des exigences minimales de la vie en société », appelé « vivre-ensemble » dans l'exposé des motifs de la loi.

Restait à savoir si un de ces éléments pouvait justifier la limitation portée aux droits de la Convention. Si la sécurité n'a pas posé de difficulté, il en a été différemment du moyen relatif au socle minimal de valeurs.

S'appuyant sur les §2 des articles 8 et 9, la Cour remarque qu' « aucune de ces trois valeurs ne correspond explicitement aux buts légitimes » énumérés par les textes. Elle va ainsi chercher à intégrer les valeurs dans le texte de la Convention. Elle précise alors que cette intégration peut se faire soit dans le but « ordre public », soit dans le but « protection des droits et libertés d'autrui ». Or, comme, d'après elle, l'ordre public n'existe pas dans le §2 de l'article 8, la Cour rejette ce

fondement. Elle intègre ainsi les trois valeurs dans une notion commune aux deux textes : la protection des droits et libertés d'autrui, puis étudie consécutivement chaque valeur.

Prenant en compte le consentement et refusant la protection des individus contre eux-mêmes, la Cour ne pouvait que rejeter l'égalité²³³ et la dignité²³⁴. Le « vivre-ensemble » a toutefois été admis, la Cour indiquant « pouvoir comprendre » le point de vue du gouvernement, et « pouvoir admettre » que la clôture opposée par le voile aux autres soit perçue « *par l'État (...) comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble* ».

L'intégration des arguments du gouvernement dans le texte de la Convention, les mots utilisés... ces éléments montrent la prudence de la Cour. Confrontée à une question de société, elle décide de garder une certaine distance, considérant que l'État est le mieux à même d'agir. Cette façon de procéder fait d'ailleurs un peu penser à la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle, notamment pour les questions de société, le Conseil considère ne pas avoir un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement²³⁵.

233 La Cour estime ainsi « *qu'un État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes (...) revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent ces dispositions, sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux* » (souligné par nous).

234 La Cour rejette l'idée selon laquelle il y aurait en l'espèce atteinte aux droits et libertés d'autrui : « (La Cour) *souligne toutefois que, dans sa différence, il (le voile intégral) est l'expression d'une identité culturelle qui contribue au pluralisme dont la démocratie se nourrit. Elle observe, à ce titre, la variabilité des conceptions de la vertu et de la décence appliquées au dévoilement des corps. Par ailleurs, elle ne dispose d'aucun élément susceptible de conduire à considérer que les femmes qui portent le voile intégral entendent exprimer une forme de mépris à l'égard de ceux qu'elles croisent ou porter autrement atteinte à la dignité d'autrui* » (souligné par nous). Il est étonnant de remarquer que cette argumentation pourrait justifier une autre décision de la Cour, qui serait contraire à la décision ici commentée.

235 Voir, par exemple, décision n°2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 14, ou encore décision n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption au sein d'un couple non marié]*, cons. 5.

Cela pose une difficulté de taille : en « s’effaçant » devant un choix de société, la Cour semble, pour une certaine part, « démissionner » de son rôle de protectrice des droits et libertés. Mais ce n’est qu’une impression. Car, contrairement au fondement de la sécurité, qui laisse la Cour « aveugle » face à un État mieux placé qu’elle pour connaître – et gérer – la situation sur son territoire, le fondement de la protection des droits et libertés d’autrui devrait permettre à la Cour de contrôler plus sévèrement les mesures étatiques, puisqu’elle est chargée de concilier les différents droits et libertés conventionnels. La Cour réinvestit alors son rôle, ce d’autant plus que la mesure étatique pourra être « neutralisée » en cas d’existence d’un patrimoine commun européen.

II. Instruments de régulation des rapports entre CEDH et France

Le premier instrument utilisé par la CEDH est le principe de subsidiarité. Dans son §129, l’arrêt rappelle en effet le rôle subsidiaire de la Convention²³⁶. Ce rappel permet à la Cour d’indiquer quelle sera l’ampleur de la marge d’appréciation laissée à l’État.

Or, et c’est là le deuxième instrument dont elle fait usage, cette marge nationale d’appréciation doit ici être comprise comme étant large, puisqu’il s’agit d’une question de société²³⁷. La Cour tente alors de tempérer cette ampleur, en précisant que le « *consensus et les valeurs communes qui se dégagent de la pratique des États parties à la Convention* » doivent être pris en compte. Seulement, dans le §156, la Cour conclu

236 La Cour précise que « *Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, (...) il y a lieu d’accorder une importance particulière au rôle du décideur national* ».

237 La Cour précise en effet que l’État possède une ample marge d’appréciation en la matière, car sont en jeu « *des questions de politique générale, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique* ».

qu' « *il n'y a pas de consensus européen contre l'interdiction* »²³⁸. Elle choisit donc de laisser un vaste terrain à l'État.

Ce terrain, elle fait cependant mine de l'occuper en faisant usage du principe de proportionnalité, troisième instrument de régulation. Mais en réalité, elle ne l'occupe guère. Son contrôle de proportionnalité est en effet très léger. La Cour ne cache d'ailleurs pas son embarras concernant la proportionnalité, puisqu'elle précise que la pratique en cause est « *jugée incompatible avec la société française* »²³⁹. Elle utilise même des termes peu convaincants, notamment lorsqu'elle estime qu' « *au regard de l'ampleur de la marge d'appréciation (...) [la mesure] peut paraître proportionnée au but poursuivi* ». Le « *peut paraître* » est ici significatif.

Au-delà, si elle prend tout de même la peine de préciser que les sanctions prévues sont les plus légères, rien ne permet de penser qu'elle aurait considéré une sanction plus lourde comme étant disproportionnée. En ce sens, on remarque que la Cour constitutionnelle belge, qui a été saisie d'une loi similaire²⁴⁰ mais prévoyant des sanctions plus sévères que la loi française, a elle aussi jugé que la mesure était proportionnée, alors qu'une peine de quelques jours de prison était instituée... Ainsi, le contrôle de proportionnalité est inefficace, neutralisé par le fait que la mesure poursuit un but d'une nature bien particulière : le choix de société. La Cour laisse donc à l'État une réelle liberté d'action.

III. La volonté de mise en place d'une politique jurisprudentielle relative aux questions de société

La Cour EDH laisse à l'État une liberté, mais on remarque à plusieurs reprises qu'elle tente d'imposer, pour l'avenir, une réduction de cette liberté et un accroissement de sa compétence. Ainsi, au §149, la Cour

238 La Cour conclut en ce sens alors même que le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (M. Thomas Hammarberg) avait estimé que l'interdiction de la burqa ne correspondrait pas aux valeurs européennes.

239 On a ici l'idée d'une identité propre à la France.

240 Le but de la loi Belge est d'assurer « *le respect du socle minimal des valeurs d'une société démocratique et ouverte* ». Le législateur Belge a, contrairement au législateur français, pris en compte dans l'élaboration de la loi le patrimoine commun de valeurs fondamentales existant en Belgique.

s'affirme en indiquant être « *très préoccupée par les indications fournies par certains intervenants selon lesquelles des propos islamophobes ont marqué le débat* ». Elle poursuit en précisant que, s' « *Il ne lui appartient certes pas de se prononcer sur l'opportunité de légiférer en la matière* », « *elle rappelle que des propos constitutifs d'une attaque générale et véhémente contre un groupe identifié (...) sont incompatibles avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention et ne relèvent pas du droit à la liberté d'expression qu'elle consacre* ». Ce paragraphe résonne comme une mise en garde prononcée à l'encontre des États.

On peut même penser, avec ses mots « *sont incompatibles avec les valeurs (...) qui sous-tendent la Convention* », qu'elle s'affranchit ouvertement du texte de la Convention et qu'elle pourra se référer, à l'avenir, non plus au texte seul mais à son esprit.

On voit alors bien sa volonté de se positionner en tant que censeur des mesures prises par les États sur des questions de société. Cependant, s'imposant en censeur, elle se pose finalement et bien malgré elle, en défenseur de la compétence des États.

En effet, la notion de « vivre-ensemble » n'apparaît pas dans la Convention. Or, en acceptant qu'une mesure fondée sur cette notion puisse limiter des libertés pourtant conventionnellement garanties²⁴¹, la Cour donne au « vivre-ensemble » une portée juridique réelle, au même titre que les fondements reconnus par les §2 des articles 8 à 11 de la Convention. Cette portée juridique ainsi reconnue permettra ensuite à d'autres États de se réclamer du « vivre-ensemble » pour justifier de la nécessité et de la proportionnalité de leurs mesures limitant les libertés conventionnelles. La Cour ne maîtrisera donc pas autant les questions de société qu'elle aurait souhaité le faire et qu'elle semble l'imposer par cet arrêt.

Fonder la conventionalité de la mesure sur la protection des droits et libertés d'autrui plutôt que sur l'ordre public et la sécurité a été un véritable pari. Par celui-ci, la Cour pensait pouvoir imposer sa compétence future pour les litiges du même type. Mais ce faisant, elle a en fait donné

241 La Cour indique en effet que « *l'interdiction litigieuse peut être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du « vivre ensemble* » ».

à la notion de « vivre-ensemble » une véritable portée juridique, qui ne manquera pas de limiter cette compétence qu'elle s'est octroyée.

En conséquence, je crois que, loin d'avoir gagné du terrain en vue d'accroître sa compétence, la Cour s'est inclinée face à l'État français. Du fait de sa propre manœuvre, le dompteur s'est ainsi laissé dominer par le fauve.

Reste à savoir si l'hypothèse sera confirmée, la Cour est si imprévisible... En tout état de cause, cet arrêt pose une série de questions, qui va pouvoir nourrir le débat : par cet arrêt, la Cour a-t-elle intégré la notion de « vivre-ensemble » dans l'identité constitutionnelle des États ? Comment cette notion pourra-t-elle être maniée ? La Cour pourra-t-elle l'utiliser à l'encontre des États alors même que la notion a émergé pour préserver leur compétence ?

BM : Merci beaucoup, Marie-Odile.

BM : Nous allons prendre la dernière intervention, je vous laisse donc, Madame Raisz, la parole.

AR : Merci, Monsieur le Professeur, Chers Collègues, pour cette opportunité exceptionnelle. En travaillant comme conseillère au cabinet du Ministre de la Justice, le Professeur László Trócsányi actuellement, j'ai comme tâche très importante de participer en collaboration avec d'autres collègues à la mise en œuvre d'une nouvelle réglementation concernant les Églises en Hongrie. C'est ainsi que je suis particulièrement heureuse qu'à la demande de Monsieur le Ministre, je puisse vous parler, aujourd'hui, de cette question.

L'identité constitutionnelle hongroise dans la relation entre l'Église et l'État

La présente contribution vise un aspect particulier de l'identité constitutionnelle qui a pris de l'importance ces dernières années, en Europe et en Hongrie en particulier : la relation entre l'Église et l'État. Certains développements ou changements sociaux présentent de nouveaux défis pour les sociétés européennes ; il convient de les relever de manière responsable.

Tout d'abord, il faut présenter la situation actuelle. Même en Europe, il existe plusieurs modèles quant à la relation entre l'État et les églises. D'une part, quelques pays supportent une sécularisation complète (comme les États-Unis d'Amérique). D'autre part, de nombreux pays ont adopté une religion d'État (comme la Grèce, par exemple). Et à mi-chemin, il existe les pays pour lesquels le modèle de coopération entre les églises et l'État semblait être la meilleure solution. Bien entendu, la France appartient au premier groupe, mais la Hongrie est un de ces derniers pays où la relation entre l'Église et l'État n'est pas si univoque...

Pourquoi le sujet du rapport entre l'Église et l'État présente-t-il aujourd'hui un intérêt particulier en Hongrie ? Pourquoi est-il si important, vingt-cinq ans après la chute du communisme ? La réponse se trouve dans l'histoire de la Hongrie. Sans la présenter en détails, il est toutefois nécessaire d'insister sur les points suivants : la Hongrie, État chrétien depuis plus d'un millénaire, a déjà connu plusieurs périodes difficiles pour la liberté religieuse avant l'arrivée de la loi de 1895²⁴² instaurant l'égalité entre les plus grandes Églises. Avec une population majoritairement catholique et où le nombre des protestants, surtout calvinistes, est aussi considérable, les quarante années de communisme ont fait subir à la Hongrie une dévastation majeure. Les Églises les plus

242 Loi n°XLIII de 1895.

grandes, catholique, réformée (calviniste) et évangélique, n'ont pas seulement perdu la plupart de leurs biens, mais ont aussi vu disparaître la plupart de leurs paroissiens. Quand en 1930, 67% de la population du pays était catholique, 20% réformée (calviniste) et 6% évangélique, en 2011, les pourcentages sont respectivement passés à 39, 11 et 2. Le déclin de la population des juifs (en 1930, 5% de la population, en 2011, seulement 0,1%) a, bien entendu, d'autres raisons, tragiques et connues. Néanmoins, la diversité religieuse est visible : en 1930, le nombre de chrétiens et juifs confondus était inférieur à 3000 personnes, alors qu'en 2011, il y en avait plus de 4 millions, et le nombre de personnes déclarant n'appartenir à aucune religion était presque de 2 millions²⁴³. C'est un changement conséquent et fondamental, qui doit également être pris en compte par la réglementation relative à la liberté de religion en Hongrie.

En fait, au XIX^{ème} siècle, la réglementation garantissait des droits très larges aux Églises et aux communautés religieuses, avant cette période noire du communisme. Après la chute du communisme, ou, plutôt, à la fin du socialisme, une des lois les plus libérales de l'Europe relative aux Églises et à la liberté de religion était adoptée en Hongrie, la fameuse Loi IV de 1990²⁴⁴. En accordant une position favorable aux Églises et aux communautés religieuses, en combinaison avec une réglementation exceptionnellement libérale quant à la fondation d'une église ou d'une communauté religieuse, la loi a suscité un résultat négatif qui ne s'est pas fait attendre. Dans un pays de 10 millions d'habitants, plusieurs centaines d'églises étaient enregistrées. Bien entendu, ce fait étonnant ne reflétait pas la réalité. Néanmoins, les autorités ne disposaient pas de moyens très effectifs contre les fraudeurs (c'est-à-dire contre ceux qui

243 Voir http://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/idoszaki/nepsz2011/nepsz_10_2011.pdf et http://www.ksh.hu/nepszamlalas/tablak_vallas.

244 Pour une description plus détaillée, voir FERENCZY (R.) « Kérdések az egyházak és szervezeteik jogi személyiségének köréből », in *Magyar Jog*, 9/1999, pp. 518 à 529, BITSKEY (B.), « Antidiszkrimináció és egyházi autonómia », in *Fundamentum*, 2/2004, pp. 71 à 79, SZUROMI (Sz.) et FERENCZY (R.), « Kérdések az állami egyházjog köréből », in *Szent István Társulat*, Budapest, 2014, ERDŐ (P.), « A vallási közösségek mint közjogi testületek », in *Jogtudományi Közlöny*, 3/1999, pp. 127 à 131.

ne voulaient que bénéficier des moyens financiers accordés aux Églises par l'État).

La lutte contre ce phénomène a motivé l'adoption d'une nouvelle loi sur la liberté religieuse en 2011²⁴⁵, mais la nouvelle réglementation était au centre de plusieurs controverses : la première loi, adoptée en été, était abrogée, la deuxième (adoptée en décembre), largement modifiée à cause d'une décision de la Cour constitutionnelle, et de plus, l'article VII de la nouvelle Loi Fondamentale concernant la liberté de religion était également modifié²⁴⁶. Telle était la situation normative au début de l'année 2014²⁴⁷. Mais en avril, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu son jugement concernant la requête de 16 églises contre la Hongrie, en condamnant la Hongrie, entre autres, pour violation de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, de la liberté d'association à la lumière de l'article 9, et de la liberté de conscience. Cela a créé une nouvelle situation, qu'il convient d'analyser.

Comme indiqué précédemment, en vertu de la réglementation instaurée par la Loi IV de 1990, des centaines d'églises existaient – au moins sur le papier – en Hongrie. Afin d'éliminer celles d'entre elles qui ne sont pas de « vrais » cultes religieux, la nouvelle réglementation de 2011 introduisait un double système de reconnaissance. La distinction était essentiellement basée sur leur soutien social (c'est-à-dire le nombre de leur membres) et la durée de leur existence : tandis que les « grandes », vieilles églises étaient reconnues comme « églises légalement établies », les autres étaient obligées d'obtenir leur réinscription en tant que « communautés religieuses », c'est-à-dire comme « associations » avec

245 SCHANDA (B.), « Néhány megjegyzés a lelkiismeret és vallásszabadság jogáról, valamint az egyházak, vallásfelekezetek és vallási közösségek jogállásáról szóló 2011. évi C. törvényről » in *Jogtudományi Közlöny*, octobre 2011, pp. 515 à 520.

246 Sur l'identité constitutionnelle – entre autre par rapport aux Églises – voir TRÓCSÁNYI (L.), *Constitutions nationales et intégration européenne. L'exemple de la Hongrie*, Bruylant, Bruxelles, 2015, TRÓCSÁNYI (L.), *Az Alkotmányozás dilemmái*, HVGOrac, Budapest, 2014.

247 La loi en vigueur est la Loi CCVI de 2011 sur la liberté de conscience et de religion, ainsi que le statut des Églises, des communautés confessionnelles et des communautés religieuses (A lelkiismereti és vallásszabadság jogáról, valamint az egyházak, vallásfelekezetek és vallási közösségek jogállásáról szóló 2011. évi CCVI. törvény).

un statut particulier. L'autre point fondamental du système ainsi mis en place était la question des avantages pécuniaires. Avant l'adoption de la loi de 2011, les églises requérantes étaient enregistrées comme églises et bénéficiaient d'un financement public, et surtout des soi-disant 1% des impôts sur le revenu. Pour récupérer ces avantages pécuniaires, ces communautés religieuses étaient tenues de demander au Parlement leur enregistrement comme « églises légalement établies ».

La Cour EDH, dans sa décision du 8 avril 2014²⁴⁸, estimait que bien que la loi poursuivait un but légitime, à savoir éviter la constitution d'organismes prétendant mener des activités religieuses dans le seul but d'obtenir frauduleusement des avantages financiers de l'État, l'annulation de l'enregistrement des requérantes en tant qu'églises a constitué une ingérence dans l'exercice de leurs droits découlant des articles 9 et 11 de la Convention EDH. La Cour estimait que cette ingérence était disproportionnée et que les autorités avaient négligé leur devoir de neutralité. La décision de la Cour EDH a bien entendu reçu pas mal de critiques en Hongrie. Par exemple, sa crainte que les adhérents d'une communauté religieuse sans allocations budgétaires puissent se sentir relégués au rang de citoyens de seconde zone, peut être regardée comme juridiquement contestable. En ce qui concerne les communautés requérantes, des négociations pour une satisfaction équitable sont actuellement en cours.

Après la décision de la Cour EDH, le temps est alors arrivé en Hongrie de réfléchir à une nouvelle réglementation ou plutôt de réfléchir à la modification de la réglementation actuelle. Dans la mesure où il s'agit d'un sujet sensible, de nombreux articles et déclarations sont déjà parus dans la presse hongroise, bien que le travail du Gouvernement ne soit pas encore entré dans sa phase de publication. Le contexte politique qui entoure l'adoption de cette nouvelle réglementation est donc difficile.

Compte tenu de la tradition historique de la Hongrie en ce qui concerne le rapport entre les Églises et l'État, les données du problème sont plus ou moins connues. Il s'agit d'un État qui est neutre, mais qui – en reconnaissant le rôle joué par les Églises dans la société – soutient certaines de leurs activités, par exemple en ce qui concerne les institutions sociales (écoles, hôpitaux, etc.). Au surplus, il faut reconnaître

248 CEDH, req. n°70945/11, n°23611/12, n°26998/12 et al.

les injustices commises dans le passé par certains systèmes politiques, qui justifient la mise en place par l'État d'une compensation partielle octroyée aux « Églises historiques » en Hongrie.

Travailler sur le projet d'une nouvelle réglementation nécessite de prendre en compte plusieurs facteurs. Lorsqu'il est question des traditions communes aux États européens, la Cour EDH reconnaît que la Convention ne garantit aux organisations religieuses aucun droit à un statut juridique spécifique. Toutefois, les États doivent assurer aux organisations religieuses la possibilité d'acquérir un certain statut, en veillant bien entendu à respecter les exigences de nécessité, de proportionnalité et de non-discrimination.

La mise en œuvre d'un système de reconnaissance des Églises relève de la marge d'appréciation de l'État. Même l'existence et la reconnaissance d'une catégorie « église historique » sont acceptables. En ce qui concerne les finances, il faut noter que la liberté de religion ne confère à personne un droit de bénéficier d'un financement de la part de l'État. À cet égard, les États ne sont obligés qu'à rester neutres : ils ne doivent pas prendre de mesures discriminatoires. Pour la Hongrie, c'est un point difficile : après notre passé communiste, la situation n'est pas toute blanche ou toute noire. Comment l'État pourrait-il demander aux Églises qu'elles s'autofinancent alors qu'il les a lui-même privées de leurs biens ? Cette situation n'est pas comparable à celle des nouvelles Églises. Face à cette diversité de situations, il est alors indispensable que la Cour EDH permette aux États de faire des distinctions fondées sur des critères objectifs, et qu'elle les laisse libres de choisir les formes de coopération à mettre en place avec les communautés religieuses ainsi que leurs partenaires.

Ces idées sont celles qui guident les travaux actuels du ministère de la Justice hongrois. Le but est à la fois d'arriver à une réglementation qui respecte les exigences posées par la Cour constitutionnelle²⁴⁹, celles

²⁴⁹ Surtout celles qui se trouvent dans les décisions n°4/1993 (II. 12.), n°8/1993 (II. 27.), n°10/1998 (IV. 8.), n°22/1997 (IV. 25.), n°225/B/2000, n°15/2004 (V. 14.), n°27/2014 (VII. 23.) et n°6/2013 (III. 1.). Voir, entre autre, ÁDÁM (A.), « Az Alkotmánybíróság egyházakkal kapcsolatos határozatai » in *Tíz éves az Alkotmánybíróság. Tudományos-szakmai konferencia*, Budapest, 2000, p. 121.

posées par la Cour EDH250, ainsi que nos valeurs européennes communes²⁵¹, et de répondre à la nécessité sociale, en prenant en considération les traditions historiques de la Hongrie.

BM : Merci beaucoup pour ce débat sur une question qui est manifestement très actuelle, c'est du droit en train de se faire. Et c'est vrai que dès qu'on place le problème sur le plan des valeurs, cela est source de difficultés. Et comme vous le dites, c'est probablement en le contournant, c'est-à-dire en trouvant des critères objectifs sur le fait de compenser la perte des biens, le fait de compenser des activités sociales, etc., c'est donc en trouvant des critères matériels que vous pouvez répondre à ce que vous souhaitez. Si vous prenez quelles sont les Églises qui font des activités sociales, quelles sont celles qui ont perdu leurs biens, quelles sont celles qui proportionnellement au nombre d'adhérents, sont importantes, etc., c'est la bonne piste pour arriver à donner l'argent à celles qui méritent et à éviter que la Cour européenne des droits de l'homme y trouve des problèmes.

Je crois que c'est une bonne piste de recherche, parce que dès qu'on pose la question sur le plan des valeurs, de l'histoire, etc., là, vous risquez d'être mal reçus. Avec toute franchise, la politique, là, c'est d'avoir un

250 Surtout entre autres les affaires *The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints c. Royaume-Uni*, 04/03/2014, n°7552/09, *Relionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et al. c. Autriche*, 31/07/2008, n°40925, et *Metropolitan Church of Bessarabia et al. c. Moldova*, 13/12/2001, n°45701/99. Voir aussi KOVÁCS (P), « La protection des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Statut et protection des minorités : Exemples en Europe occidentale et centrale ainsi que dans les pays méditerranéens*, Bruylant Bruxelles, 2009, pp. 49 à 81. Voir également Overview of the Court's case-law on freedom of religion, European Court of Human Rights, 2011, 2013, http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf.

251 Plusieurs documents internationaux s'occupent de la liberté religieuse, voir par ex. l'Observation générale n°22 (art. 18) du Comité des droits de l'homme de 1993, le Guidelines for Review of Legislation Pertaining to Religion or Belief, et les opinions de la Commission de Venise concernant la réglementation hongroise (CDL-AD(2012)004 ; CDL-AD(2013)012 ; CDL-AD(2011)016). Pour la réglementation européenne, abordée avec une perspective historique, voir *id.* TRÓCSÁNYI (L.), « Az állam és egyház kapcsolatrendszeré egy európai országban », MTA, Budapest, 1990.

double discours : à l'intérieur où vous parlez des traditions et un discours vis-à-vis de l'Europe où vous parlez des questions totalement matérielles.

BM : Ecoutez, je crois qu'on est arrivés aux termes de ce débat. On aurait pu aussi, et je suis désolé mais le temps nous contraint, prendre en complément les questions des critiques qui ont été faites notamment par la Commission de Venise à l'égard de la Hongrie. Ce sont des questions qui renvoient à des problèmes fondamentaux.

Il y a d'autres questions qui sont très intéressantes aussi, dont on pourrait traiter, comme par exemple, et c'est une vraie question, la limitation des pouvoirs de la Cour constitutionnelle en cas de déficit économique : selon la Loi fondamentale de Hongrie, la Cour ne peut juger les lois que par rapport à certaines normes constitutionnelles. Mais cela renvoie à une question très importante qu'on ne peut pas trancher, celle de savoir qui décide de l'équilibre entre les exigences sociales et les exigences économiques. Est-ce que c'est le constituant ou la loi ou est-ce que c'est la cour ? C'est une question extrêmement intéressante. Et il y a derrière cette question-là une autre question qui ne relève pas de l'évidence. Je me souviens que quand on était à l'Association internationale de droit constitutionnel, on a dit : « mais c'est scandaleux ! » et la situation hongroise était la plus scandaleuse de toutes. On disait que ce qui est scandaleux c'est que le juge prenne plus en considération des exigences économiques que sociales. Moi, je dis, oui, mais la question, c'est de savoir de qui relève ce choix. C'est donc la question de la démocratie et du peuple, et c'est très intéressant.

Prenons un autre exemple. On dit : vous ne pouvez pas figer la position sur le mariage. Mais vous ne la figez pas, parce que le mariage peut toujours être redéfini par une modification constitutionnelle un jour, simplement, vous avez quand même théoriquement le choix du niveau où vous placez la question.

Sur les lois organiques, il y a des tas de questions qui renvoient également à la question de la démocratie.

Et derrière, je crois que la réponse à ces questions-là, ce n'est pas de dire « on fait comme on veut », c'est de dire « attention ce que vous nous renvoyez, ce sont des questions sur ce qu'est la démocratie, ce sont des questions sur ce que sont les rapports entre le juge et le pouvoir constituant. Ce sont ces questions-là auxquelles vous nous renvoyez. Et à quel titre, vous pouvez nous imposer une conception de la démocratie », etc.

Et je crois que le débat serait très intéressant si on disait : « attendez, on va tout mettre sur la table, si vous le voulez bien, on va mettre sur la table la conception de la démocratie, on va mettre sur la table la question des rapports entre les juges et le pouvoir politique ». On ne se contente pas de vous répondre : « on fait comme on veut ». Mais on vous répond : « attendez, on va plutôt vous renvoyer à la question : au nom de quoi définitivez-vous tous ces principes ? ».

Pardonnez-moi de trop parler, mais je trouve que vraiment, ces échanges sont extrêmement intéressants, et ce que j'ai trouvé encore plus intéressant, c'est le format de ces échanges. On a eu un premier temps, et on procède rarement comme cela, où on a fait des textes formalisés. Par définition, on est arrivés à la deuxième phase où tout le monde avait lu ces textes formalisés, ne serait-ce que pour faire les synthèses. Et là, on est arrivés à créer un vrai débat sur des questions précises, et je crois qu'il faudrait de plus en plus travailler comme cela, avec des séminaires, c'est-à-dire alterner. Et on peut imaginer à la fin, refaire un colloque où on redonne le produit de ce travail. Mais ce qui manque toujours dans nos travaux universitaires, de mon point de vue, c'est cette phase intermédiaire que j'appelle séminaire.

En tout cas, merci à tous, merci à vous, merci à nos amis hongrois d'avoir lancé ce débat qui vient d'ailleurs à l'origine des échanges informels que j'ai eus avec le Professeur Trócsányi sur ces questions-là. On a beaucoup dialogué sur ces questions, et on s'est intéressés à cette problématique. Merci d'avoir fait, vous tous, avec beaucoup d'investissement et beaucoup de talent, ces échanges qui me semblent très intéressants. Je suis convaincu que produire cela sera encore plus intéressant parce qu'on produira sur un sujet très vivant. Voilà, merci, et merci d'être venus jusqu'à nous.

