

Faculté de droit de l'Université Humboldt de Berlin

Présentation de l'ouvrage
Droit constitutionnel allemand et français
(*Französisches und deutsches Verfassungsrecht*) de MM. Marsch, Vilain et Wendel

Berlin,
Mercredi 28 octobre 2015

Intervention de Jean-Marc Sauvé¹,
vice-président du Conseil d'Etat

Monsieur le doyen de la Faculté de droit de l'Université Humboldt,
Monsieur le président de la Cour administrative fédérale d'Allemagne, cher Klaus Rennert,
Mesdames et Messieurs les juges et les professeurs,
Mesdames et Messieurs,

C'est pour moi un grand honneur et un réel plaisir d'être invité aujourd'hui à la Faculté de droit de la prestigieuse « Université Humboldt » de Berlin. Je me réjouis d'intervenir à cette tribune avec le président Klaus Rennert et d'avoir l'occasion d'échanger avec lui et la communauté des juristes allemands sur l'intérêt que présente la publication d'un nouvel ouvrage de référence en matière de droit constitutionnel comparé franco-allemand et sur les perspectives qu'elle ouvre. Je vois dans notre réunion d'aujourd'hui une marque tangible du dialogue riche et fructueux qu'entretiennent depuis longtemps les juges et les juristes des deux rives du Rhin et, en particulier, le Conseil d'Etat et la Cour administrative fédérale d'Allemagne. Je tiens à saluer à cet égard la présence de Mme Ulrike Bick, juge à la Cour administrative fédérale, qui a œuvré à la réussite d'un projet de publication croisée des principales décisions rendues par nos deux juridictions administratives suprêmes.

L'ouvrage édité par MM. Marsch, Vilain et Wendel, trois chercheurs formés en France et en Allemagne, permet en effet jeter un nouveau « pont » entre les courants de pensée et de doctrine qui circulent, de part et d'autre de notre frontière commune, de manière continue et dans les deux sens, dans le domaine du droit constitutionnel. Cette démarche s'inscrit dans une longue histoire des études comparatives franco-allemandes – le présent ouvrage s'ouvre à cet égard sur une référence à Emile Boutmy² –, tout en la développant et la renouvelant. Il faut ainsi saluer le travail accompli par ses contributeurs : Mme Aurore Gaillet, professeure à l'Université de Toulouse³ ; M. Thomas Hochmann, professeur à l'Université de Reims-

¹ Texte écrit en collaboration avec Stéphane Eustache, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat.

² Marsch, Vilain, Wendel, *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht*, éd. Springer, 2015, p. 1.

³ Auteur d'une thèse intitulée *L'individu contre l'Etat – Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXème siècle* (Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2012).

Champagne-Ardenne⁴ ; M. Nikolaus Marsch, enseignant-chercheur de l'Institut de droit des médias et de l'information de l'Université Albert-Ludwig de Freiburg⁵ ; M. Yoan Vilain, directeur d'études de l'Ecole européenne du droit et du collège doctoral de droit comparé européen de l'Université Humboldt de Berlin ; et, enfin, M. Mattias Wendel, enseignant-chercheur à l'Institut Walter Hallstein de droit constitutionnel européen de l'Université Humboldt de Berlin⁶.

*
* *

I. Le présent ouvrage vient répondre dans son champ d'investigation sinon à une lacune, du moins à une attente encore mal satisfaite de la communauté des juristes.

Il n'est pas en effet une collection de monographies nationales, comme il en existe déjà de très savantes sur des points particuliers. Il offre au contraire un point de vue synthétique et intégré sur nos deux traditions constitutionnelles, à partir de deux thèmes transversaux : l'organisation de l'Etat et les droits fondamentaux. Cet ouvrage s'adresse par conséquent non seulement aux étudiants et aux chercheurs en droit comparé, mais aussi aux professionnels du droit et, notamment, aux juges. Son approche intégrée permet à ces derniers de prendre du recul sur leur pratique quotidienne, en leur ouvrant une large fenêtre sur le cadre juridique et les expériences de leurs proches voisins et, plus profondément, sur les tendances communes qui traversent de part en part nos ordres juridiques respectifs. A mon sens, cette approche permet d'éclairer et de questionner un double phénomène contemporain : d'une part, l'élévation au niveau constitutionnel des droits fondamentaux - qu'il s'agisse de droits autrefois garantis à un niveau législatif, voire infra-législatif, ou de droits entièrement nouveaux ; d'autre part, l'interaction normative croissante entre les ordres juridiques nationaux et les ordres européens, celui de l'Union européenne et celui de la convention européenne des droits de l'Homme – cette interaction pouvant être source de convergence, d'harmonisation et d'élévation des garanties, mais aussi d'inquiétude, de tensions, voire de contradictions, en particulier lorsqu'elle touche au cœur des identités constitutionnelles nationales. Sur ce dernier point, il est frappant de constater que les zones de frottement se sont élargies, non seulement sur le champ d'application et l'équivalence de protection des droits fondamentaux garantis au niveau national et au plan européen, mais aussi sur les facultés d'auto-détermination des Etats et sur leur souveraineté juridique qui seraient excessivement entamées ou mises à mal par la construction européenne. J'y reviendrai.

II. Pour atteindre leur objectif, les auteurs ont suivi une méthode qui assume son caractère « mixte », en combinant une analyse des différences et une étude des similitudes.

⁴ Auteur d'une thèse sur *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression* (Pedone, publications de l'Institut international des droits de l'Homme, 2012).

⁵ Auteur d'une thèse sur *La subjectivisation du contrôle juridictionnel administratif en France - Procédures d'urgence et mise en œuvre des jugements dans un système de contrôle ancré dans le droit objectif - Subjektivierung der gerichtlichen Verwaltungskontrolle in Frankreich - Eilverfahren und Urteilsimplementation im objektiv-rechtlich geprägten Kontrollsystem* (Nomos, 2011).

⁶ Auteur d'une thèse sur *La perméabilité en droit constitutionnel européen - Analyse comparée des normes constitutionnelles d'intégration des Etats et de l'Union européenne - Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht - Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich* (Mohr Siebeck, 2011).

Ils ont en effet su utiliser des outils variés pour rendre compte de la complexité du droit existant et des tendances observables. Ils ont aussi cherché à ne pas niveler la spécificité positive, historique et théorique de chaque droit national, tout en restant attentifs aux points d'équivalence ou de convergence. L'histoire de nos systèmes constitutionnels en ressort plus captivante, car si ces systèmes sont le fruit de contextes historiques et juridiques profondément différents, ils ont été soumis à l'influence de facteurs communs : la montée en puissance des droits fondamentaux ; la garantie des identités constitutionnelles et des souverainetés nationales ; la transformation des exigences démocratiques - en particulier, en matière de transparence, de déontologie et de participation -, mais aussi l'évolution des équilibres institutionnels et politiques – notamment en ce qui concerne l'affirmation, plus ou moins marquée, des exécutifs nationaux. Une telle méthode comparative permet en outre de relever le périmètre contemporain des identités constitutionnelles : celles-ci ne peuvent être seulement invoquées d'une manière défensive, absolue et, en réalité, souvent abstraite ; il faut mettre au jour leurs substances, leurs spécificités, comme leurs points, désormais nombreux, de perméabilité et de convergence et l'absence de rupture entre elles et le droit européen. Car les identités nationales et constitutionnelles sont consacrées par le Traité sur l'Union européenne⁷. Mais leur invocation, qui est légitime dans son principe, ne saurait devenir l'alibi d'une souveraineté exacerbée, indifférente à l'extension des droits fondamentaux et systématiquement soupçonneuse vis-à-vis de l'exercice en commun de compétences autrefois strictement étatiques. Nos traditions constitutionnelles nationales peuvent tout à fait conserver leur identité et suivre leur propre chemin, sans pour autant que soit entravé l'exercice d'une souveraineté partagée, qui a été décidée dans la clarté par les constituants et les législateurs nationaux. En même temps, les délégations qui ont été consenties par les Etats membres à l'Union doivent être pleinement respectées par les uns et les autres, c'est-à-dire par les Etats comme par l'Union, de manière à la fois littérale et substantielle, dans leur lettre et leur esprit. Tel est l'objet de l'article 5 du Traité sur l'Union européenne. *In fine* c'est en tout cas sur le terrain constitutionnel national que se trouvent les plus puissantes réponses à la pathologie contemporaine du souverainisme et, dans de nombreux cas, du populisme qui frappe une partie de l'Europe.

III. L'ouverture des ordres juridiques nationaux et, à leur sommet, des droits constitutionnels au droit de l'Union européenne a en effet été un puissant facteur de consolidation de nos capacités d'autodétermination.

Par le truchement de l'Europe, les Etats peuvent être des acteurs plus efficaces de la globalisation, notamment du droit, pour défendre, faire valoir et diffuser nos principes, nos valeurs et nos traditions juridiques. Les Etats n'ont en effet pas seulement transféré des compétences à l'Union, qu'ils contribuent à exercer en qualité de co-décideurs. Ils ont aussi, par elle, acquis de nouvelles compétences au bénéfice des citoyens européens. Ainsi, en matière de protection des données à caractère personnel, les autorités nationales disposent-elles, grâce au droit de l'Union, d'une base commune pour contrôler l'activité de puissantes compagnies multinationales établies dans des pays tiers, comme l'ont illustré deux affaires récentes jugées par la Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne, l'affaire *Google Spain*⁸ du 13 mai 2014 et l'affaire *Schrems*⁹ du 6 octobre 2015. Non seulement les

⁷ Art. 4 §2 : "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".

⁸ CJUE, Grande chambre, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, C-131/12

⁹ CJUE, Grande chambre, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems*, C-362/14.

Etats de l'Union disposent de nouvelles compétences pour des activités qui se déroulent en réalité hors de leurs frontières. Mais ils sont en mesure de diffuser leur modèle juridique en subordonnant les flux transfrontaliers de données à caractère personnel vers un Etat tiers à l'existence d'une protection substantiellement équivalente à celle garantie au sein de l'Union.

De même, les transferts de compétence consentis par les Etats permettent d'assurer, au niveau de l'Union, la sauvegarde de biens communs européens, comme la maîtrise de l'inflation et le soutien de la croissance par un pilotage avisé de la masse monétaire. Faisons un instant l'hypothèse que la monnaie unique et la politique monétaire commune n'existent pas et que les Etats et leurs banques centrales restent les maîtres de cette politique. Nous verrions et nous aurions vu depuis 1999, et spécialement depuis 2008, les limites et les contraintes de l'exercice national de cette compétence par les Etats membres. Une telle situation contrasterait avec les résultats obtenus par les institutions de l'Union, notamment la Banque centrale européenne, qui ont assumé leurs responsabilités grâce à des outils communs et, au besoin, innovants que les parties prenantes se sont pleinement appropriés.

*
* *

L'ouvrage présenté aujourd'hui porte ainsi sur la matière de droits vivants et évolutifs, à partir desquels se recomposent, sans s'effacer, les ordres juridiques nationaux. L'hybridation des droits constitutionnels ne s'opère pas seulement au sein des Etats de l'Union et du Conseil de l'Europe, mais aussi, au-delà, entre l'ordre juridique de l'Union et celui de la Convention européenne des droits de l'Homme. En ce domaine, la convergence matérielle des droits fondamentaux a précédé l'imbrication des ordres juridiques - cette dernière se heurtant encore à des obstacles « constitutionnels » selon la Cour de justice¹⁰. Par conséquent, pour saisir toute la complexité de notre patrimoine constitutionnel contemporain, les études de droit constitutionnel comparé devront se déployer à de multiples niveaux et se garder d'analyser de manière étanche les systèmes juridiques nationaux et européens, car c'est dans leur interaction que se découvrent et se découvriront les ferments et les gisements les plus féconds de notre modernité juridique.

¹⁰ CJUE, Assemblée plénière, 18 décembre 2014, *Avis 2/13*.