

LE DROIT AU JUGE DANS L'ORDRE CONSTITUTIONNEL DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE

Gabriela-Adriana RUSU*

« Après le pontife, le roi, le représentant du peuple, c'est le juge qui devient la figure emblématique de la rationalité juridique » (Denys Simon)

ABSTRACT: *The access to justice is a fundamental right in the constitutional legal order of the European Union Member States. Recognized in several ways by the constitutional provisions or created by the constitutional judge for the protection of other fundamental rights and freedoms or in the case of violations committed by the public authorities, the access to justice is a 'sine qua non' condition of the rule of law.*

KEYWORDS: *access to justice, constitutional legal order, fundamental rights, rule of law, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms, European Union legal system*

JEL CLASSIFICATION: *K 49*

« Le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹ [...] et qui a

* Attaché temporaire d'enseignement et de recherche-Droit public, Université de Perpignan Via Domitia, France ; doctorante Université Montpellier 1, FRANCE.

¹ Article 6 consacré au droit à un procès équitable prévoit dans son premier paragraphe «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice » tandis que l'article 13, en reconnaissant le droit à un recours effectif, est énoncé de la façon suivante « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif [...]»

également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » affirmait en mars 2007 la Cour de justice des Communautés européennes² en reprenant une formule utilisée systématiquement depuis l'arrêt *Johnston*³, formule qui concerne l'existence du droit à un recours juridictionnel effectif dans l'ordre juridique de l'Union européenne, qu'il s'agit du droit au juge national ou au juge de l'Union⁴.

Sachant que le juge de Luxembourg, dans la création des principes généraux de droit de l'Union n'est pas obligé de respecter le plus grand dénominateur commun des droits nationaux⁵, il est intéressant à voir si l'accès à la justice représente une valeur commune des ordres juridiques constitutionnels des Etats membres. Le juge de Luxembourg ne se fonde pas sur un standard minimum, sur le droit de l'Etat le moins avancé dans le domaine, mais il regarde « l'existence d'une évolution commune, d'une marche commune dans une direction donnée » ce qui signifie la prise en compte des « solutions adoptées par les Etats membres le plus avancés »⁶. C'est le cas de la démarche que la Cour de justice a suivi dans l'arrêt *Johnston*, précité. Bien sûr, les Etats membres de la Communauté économique européenne étaient des Etats de droit⁷ dans lesquels le droit au juge contre les actes de l'administration s'impose, mais en reconnaissant le droit à un contrôle juridictionnel effectif le juge de Luxembourg n'a pas tenu compte d'une situation assez fréquente au Royaume Uni ce qui veut dire qu'il n'a pas choisi le système du plus grand dénominateur commun. Mais, de cette façon la Cour de justice fait évoluer les droits nationaux en les alignant au niveau des droits les plus avancés quand il s'agit du champ d'application du droit de l'Union européenne. C'est un mouvement à double sens : les droits nationaux sont la base de la création des principes généraux de droit par la Cour de justice, mais une fois reconnus, ces principes influencent les droits nationaux.

En analysant les traditions constitutionnelles des 27 Etats membres de l'Union européenne, on peut remarquer qu'aujourd'hui dans la plupart des Etats membres la constitution fait référence d'une manière générale au droit au juge, au droit à une protection juridictionnelle effective surtout contre les actes administratifs ou pour la protection des droits et libertés fondamentales (I). De l'autre côté il reste quelques Etats, peu nombreux c'est vrai, dans lesquels les constitutions ne protègent pas le droit d'accès à la justice, mais malgré cette absence ce droit est protégé par la jurisprudence (II) car le droit au juge est une condition *sine qua non* de l'Etat de droit.

² CJCE, 13 mars 2007, Unibet, aff. C-432/05, § 37.

³ CJCE, 15 mai 1986, Marguerite Johnston / Chief constable of the Royal Ulster Constabulary, aff. 222/84.

⁴ Dans le présent article les notions « protection juridictionnelle », « recours juridictionnel » et « droit au juge » seront utilisées dans un sens large avec la signification de l'accès à la justice.

⁵ GALMOT (Yves), « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue française de droit administratif*, 1990, p. 258.

⁶ Ibid.

⁷ Selon Tim Koopmans les principes généraux de droit communs aux Etats membres sont de deux catégories : la première catégorie est celle des principes basés sur les traditions en lien avec l'Etat de droit (rule of law) et la deuxième est celle des principes basés sur les présomptions implicites qui fondent le système légal. Voir, dans ce sens, KOOPMANS (Tim), « The Court of Justice and National Legal Traditions », in *La Cour de Justice des Communautés européennes 1952-2002 : Bilan et perspectives. Actes de la conférence organisée dans le cadre du cinquantième anniversaire de la Cour de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 17-18. Il est légitime de considérer que le droit au juge fait partie de la première catégorie vu le lien indispensable qu'il a avec la prééminence du droit, avec l'Etat de droit.

1. LE DROIT AU JUGE, UN DROIT PREVU PAR LES CONSTITUTIONS NATIONALES

En regardant les dispositions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne qui consacrent le droit au juge, on pourra dire qu'elles contiennent d'une manière sommaire les exigences des articles 6 (procès équitable) et 13 (recours effectif) de la Convention européenne des droits de l'homme. Concernant cette remarque il faut quand même faire deux précisions.

Premièrement, ce n'est pas seulement la Convention européenne des droits de l'homme qui a influencé le droit national. Le mouvement a eu lieu dans un double sens : les constitutions antérieures aux années '50s ont constitué une source d'inspiration pour l'auteur conventionnel et, une fois la Convention apparue, les constitutions modernes (surtout des pays de l'Europe Centrale et Orientale élaborées après la chute du communisme) s'en sont inspirées. Bien sûr, cela n'a pas empêché une influence réciproque entre les constitutions européennes. Comme le souligne le Professeur Verdussen, c'est le cas, par exemple, de l'article 13 de la Constitution belge qui prévoit le droit au juge légal⁸ et qui copie l'article 167 de la Loi fondamentale du Royaume des Pays Bas de 1815. Des dispositions similaires on retrouve à présent dans plusieurs constitutions telles que la constitution grecque, la constitution néerlandaise ou la constitution luxembourgeoise⁹.

Deuxièmement, il faut souligner que malgré ces influences, soit à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme, soit celles réciproques, les constitutions nationales présentent une grande diversité. Concernant, par exemple, les garanties du procès équitable, il y a des constitutions qui mettent l'accent sur l'indépendance et l'impartialité du tribunal (comme la constitution de l'Estonie), d'autres qui mettent en avant la publicité des débats (comme la constitution luxembourgeoise) ou qui mentionnent la plupart de ces exigences (comme la constitution slovaque).

Mais malgré cette diversité, qui constitue la richesse de l'Europe, il faut souligner que derrière ces dispositions ou, mieux dit dans ces dispositions, on retrouve, comme un leitmotiv, même si parfois d'une manière implicite, le droit au juge, condition nécessaire de l'Etat de droit. C'est le droit au juge dans un sens large qui demande l'existence de ces garanties procédurales et c'est le droit au juge dans un sens restreint (l'accès au juge) qui constitue la raison d'être des autres garanties.

D'une manière générale on pourrait synthétiser le droit au juge tel que prévu par les constitutions nationales en donnant comme exemple l'article 21 de la Constitution roumaine qui en protégeant le libre accès à la justice dispose que « *Toute personne peut s'adresser à la justice pour la sauvegarde de ses droits, libertés et intérêts légitimes* ». Les caractéristiques générales sont toujours les mêmes. Premièrement, il s'agit d'un droit qui appartient à toute personne, sans que différence soit faite si celle-ci est citoyen, ressortissant de l'Etat en cause ou pas. Deuxièmement il s'agit d'une voie de droit de nature juridictionnelle pour la protection des droits et intérêts des particuliers.

⁸« Nul ne peut être distrait, contre son gré, du juge que la loi lui assigne ».

⁹ VERDUSSEN (Marc), « La protection des droits fondamentaux en Europe : subsidiarité et circularité », in DELPEREE (Françoise), Le principe de subsidiarité, LGDJ, Paris, 2002, p. 327.

Concernant l'existence des voies de recours nationales on peut observer que dans ce domaine aussi les constitutions nationales contiennent des dispositions diverses. Sans prendre en compte les références au juge légal vu que dans ce cas il ne s'agit pas d'un accès généralisé à la justice, mais tout simplement du droit au juge dans les cas établis par la loi, on observe plusieurs cas de figure dans les constitutions nationales fondant l'accès à la justice. Bien sûr, ces différences ne touchent pas vraiment le fond, mais la façon dont le droit à un recours juridictionnel est réglementé, façon motivée soit par le passé historique du pays, soit par le contexte politique au moment de l'élaboration de la constitution. Une constitution contenir plusieurs de cas de figure détaillés plus bas surtout que la frontière entre ceux-ci est difficile à établir. Le premier cas de figure est celui où la constitution nationale prévoit le droit à une protection juridictionnelle d'une manière générale pour faire valoir les droits et les intérêts des particuliers. C'est le cas, par exemple de la constitution grecque qui prévoit à l'article 20 « *Chacun a droit à la protection légale par les tribunaux et peut exposer devant eux ses points de vue sur ses droits et intérêts [...]* » ou des constitutions espagnole¹⁰, italienne¹¹ et portugaise¹². Il s'agit d'une réglementation de principe du droit au tribunal. Si à la première vue on serait tenté de considérer qu'il s'agit d'un cas spécifique aux pays méditerranéens, il faut dire que ce n'est pas tout à fait vrai. La constitution finlandaise a une disposition similaire, peut être encore plus générale qui fait référence pas seulement aux droits de particuliers, mais aussi aux obligations des particuliers¹³. C'est un droit au juge généralisé pour tous les domaines. Mais il ne faut pas oublier que même dans le cas des obligations, il s'agit d'un intérêt de la personne qui va devant le juge.

Un autre cas de figure, qui pourrait être vu comme une subdivision du premier, concerne la reconnaissance du droit au juge pour la protection des droits fondamentaux. Il ne faut pas oublier que c'est l'Etat de droit qui exige l'existence d'un recours juridictionnel contre toute atteinte à un droit fondamental¹⁴. C'est, par exemple, le cas de la constitution portugaise et surtout de la constitution espagnole qui prévoient un recours spécial rapide et prioritaire pour la protection des certains droits fondamentaux¹⁵. Cette dernière

¹⁰ L'article 24 reconnaît le droit de toute personne « d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour l'exercice de ses droits et intérêts légitimes ».

¹¹ « Il est reconnu à tout individu d'ester en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes » (article 24).

¹² « L'accès au droit et aux tribunaux pour la défense de ses droits et de ses intérêts protégés par la loi est garanti à toute personne. La justice ne peut être refusée pour insuffisance de moyens économiques » (article 20).

¹³ « *Chacun a le droit de voir ses affaires examinées de façon appropriée et sans retard injustifié par le tribunal compétent en vertu de la loi ou par toute autre autorité, ainsi que le droit de soumettre à l'examen d'un tribunal ou d'une autre juridiction indépendante les décisions relatives à ses droits et à ses obligations* » (article 21 – Protection juridique). Il faut souligner le fait qu'en droit finlandais on considère que cet article est considéré comme la base juridique du droit à un recours juridictionnel contre les actes de l'administration. Voir dans ce sens SPILIOTOPOLOUS (Epaminondas) (dir.), *Towards a Unified Judicial Protection of Citizen in Europe (?)*. Vers une protection juridictionnelle des citoyens en Europe (?), Esperia Publications Ltd., London, 2000, pp. 260-261. Cette référence aux obligations n'est pas un cas singulier en ce qui concerne l'accès au juge, la constitution portugaise parlant de « devoirs » dans son article 23 « Droit à la protection judiciaire ».

¹⁴ GREWE (Constance), « Les conflits de normes entre droit communautaire et droits nationaux en matière de droits fondamentaux », in LECLERC (Stéphane), AKANDJI-KOMBE (Jean-François), REDOR (Marie-Joëlle), (éd.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 69.

¹⁵ « Tous les citoyens pourront demander la protection des libertés et droits reconnus dans l'article 14 et à la section première du chapitre II devant les tribunaux ordinaires suivant une procédure reposant sur les principes de priorité et de référé [...] » (article 53 de la constitution espagnole). Pour cette procédure détaillée voir SPILIOTOPOLOUS (Epaminondas) (dir.), op. cit., p. 657 et CARMONACUENCA (Encarnation), « El recurso de amparo constitucional y el recurso de amparo judicial », *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 5, 2006, pp. 3-14.

disposition doit être lue en combinaison avec celle qui reconnaît le droit au recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel.

Un autre cas de figure, qui pourrait toujours être considéré comme une subdivision du premier, voire du deuxième, est celui des constitutions qui prévoient le recours juridictionnel contre les actes des autorités publiques. Bien sur, il s'agit des actes qui portent atteinte aux droits et intérêts des particuliers, voire aux droits fondamentaux. On pourrait citer ici l'article 19 de la constitution allemande conformément auquel toute personne lésée dans ses droits par une autorité publique dispose d'un recours juridictionnel ou de la constitution danoise qui reconnaît aux tribunaux la compétence « *pour connaître de toutes les questions concernant les limites des attributions des autorités publiques* »¹⁶. Il faut signaler ici également la constitution hongroise qui, après avoir repris dans le premier paragraphe de l'article 57 les dispositions de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacre expressément le droit de recours contre les actes des autorités publiques en mentionnant qu'il s'agit des recours contre « *contre une décision judiciaire, administrative ou autre* ». La constitution hongroise semble avoir influencé la constitution slovaque qui a la même structure dans son article 46, juste que celle-ci fait référence seulement aux décisions « *d'un organe de l'administration publique* » ce qui restreint le champ d'application du droit de recours. Dans la constitution portugaise, après une consécration de principe du droit d'accès à la justice, on retrouve dans la troisième partie un développement de cette garantie en ce qui concerne les recours contre les actes administratifs¹⁷. On peut remarquer que les constitutions nationales, après avoir affirmé d'une manière générale le droit au juge, mentionnent cet article en ce qui concerne les actes des autorités publiques. Un quatrième cas de figure est constitué par les constitutions qui reprennent principalement les dispositions de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Tel est le cas de l'article 57 de la constitution hongroise qui prévoit « *En République de Hongrie, tous sont égaux devant la loi et toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit de toute accusation dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations* ». Cette disposition est d'autant plus intéressante vu que la Hongrie a fait une réserve au moment de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme pour ne pas appliquer le droit d'accès à un tribunal aux contraventions administratives. Des dispositions constitutionnelles similaires garantissant d'une manière générale le droit au tribunal (y compris le droit d'accès si on prend en compte *mutatis mutandis* la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et l'interprétation que celle-ci donne à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme) on retrouve aussi dans les constitutions polonaise¹⁸ ou slovaque¹⁹. L'influence

¹⁶ Article 63.

¹⁷ « 4. Les administrés jouissent d'une garantie juridictionnelle effective des droits ou des intérêts légalement protégés, notamment la reconnaissance de leurs droits ou intérêts, le recours contre tout acte administratif qui leur porte atteinte, indépendamment de sa forme, l'application des actes administratifs légalement dus et l'adoption de mesures conservatoires appropriées. 5. Les citoyens ont également le droit à un recours contre toute norme administrative formellement valable qui porte atteinte à leurs droits ou à leurs intérêts légalement protégés. » (article 268)

¹⁸ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement, sans retard excessif, par un tribunal compétent, indépendant et impartial » (article 45)

¹⁹ « Toute personne peut exiger que sa cause soit entendue conformément à la procédure établie par la loi, par un tribunal indépendant et impartial ou, dans certains cas fixés par la loi, par un autre organe de la République slovaque » (article 46)

de la Convention européenne des droits de l'homme est facilement compréhensible vu qu'il s'agit des constitutions modernes qui ont été élaborées (ou fortement modifiées) récemment, presque le même moment avec l'adhésion à cet instrument international.

De tout ce qui précède on pourrait conclure la plupart des constitutions nationales reconnaissant l'existence du recours juridictionnel pour la sauvegarde des droits et intérêts des particuliers. Mais, vu qu'il s'agit des constitutions nationales, il faut aussi s'interroger si ce droit au juge concerne aussi le juge constitutionnel.

Dans les Etats où la possibilité d'accéder à la juridiction constitutionnelle est ouverte aux particuliers on peut retrouver deux situations : soit le juge constitutionnel peut être saisi pour la protection des droits fondamentaux, soit il peut être saisi pour déclarer un texte contraire à la constitution indépendamment du domaine dont il s'agit.

La nature²⁰, le rôle, la structure²¹, le fonctionnement et l'accès des particuliers à l'*organe* constitutionnel diffèrent d'un Etat à l'autre, mais la saisine de celui par les particuliers représente une avancée de l'Etat de droit. Le juge constitutionnel est le garant de la constitution, la loi fondamentale d'un Etat et l'accès des individus au prétoire constitutionnel renforce la protection juridique des droits des particuliers²².

Par le biais d'un recours « constitutionnel » direct les particuliers peuvent défendre les droits et intérêts légitimes dont un acte (législatif ou administratif) contraire à la constitution a porté atteinte. Il faut souligner le fait que dans ce domaine les régimes constitutionnels sont très différents, un acte contraire à la constitution pouvant être annulé par la juridiction constitutionnelle, par le juge ordinaire ou par les deux. Aussi, dans certains Etats membres les particuliers n'ont pas accès au juge constitutionnel pour demander l'annulation d'une norme contraire à la constitution ou la reconnaissance d'un droit et, dans d'autres Etats membres, cet accès se fait par l'intermédiaire des juridictions ordinaires ou après l'épuisement des voies de recours ordinaires.

Des constitutions comme celles de l'Allemagne, de l'Autriche, de l'Espagne, de la Roumanie prévoient de différents recours devant la juridiction constitutionnelle. Dans certaines Etats il s'agit d'un recours général pour assurer la suprématie et l'application de toutes les dispositions constitutionnelles, dans d'autres Etats des recours destinés à protéger les droits fondamentaux (de nature constitutionnelle).

En Autriche, par exemple, le recours devant juge constitutionnel contre les décisions des autorités administratives (y compris les chambres administratives indépendantes) est conditionné par l'épuisement des voies de recours ordinaire et il est possible en cas de violation d'un droit garanti par la constitution ou « *ou par l'application d'un règlement non conforme à la loi, d'une loi inconstitutionnelle ou d'un traité international non conforme au droit* »²³. C'est un accès direct des particuliers devant le juge constitutionnel dans les cas d'inconstitutionnalité ou d'illégalité.

²⁰ Par exemple en Allemagne et Autriche la Cour constitutionnelle est considérée comme faisant partie du pouvoir judiciaire, en France et en Roumanie il est une institution spéciale réglementée séparément du pouvoir judiciaire.

²¹ Les membres de cette « instance » constitutionnelle peuvent être que des juges (d'où la dénomination de cour constitutionnelle ou tribunal constitutionnel), mais aussi des hommes politiques (c'est le cas du Conseil constitutionnel français dont la composition on retrouve les anciens présidents de la République).

²² Dans ce contexte il faut souligner le fait que les Pays Bas n'ont pas une juridiction constitutionnelle et que l'article 120 de la constitution interdit aux juges de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

²³ L'article 144 de la constitution.

En Roumanie, le juge constitutionnel peut être saisi par le biais des juridictions ordinaires à l'occasion d'un litige pour déclarer l'inconstitutionnalité d'une disposition législative ou d'un règlement, tant que l'inconstitutionnalité (ou l'illégalité) d'un acte administratif peut être constatée par une juridiction ordinaire. Il ne s'agit pas d'un accès direct au juge constitutionnel, mais de la possibilité d'invoquer devant le juge national la contrariété d'une norme avec la constitution dans le cadre d'un procès et seulement si la question est nécessaire (pertinente) pour la solution du litige. La réglementation de ces « exceptions d'inconstitutionnalité » est similaire à la réglementation du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne (contestation incidente) seulement que dans ce dernier cas le juge national a pouvoir plus grand d'appréciation de l'opportunité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Une procédure similaire existe également en Espagne (recours en inconstitutionnalité) avec parfois des différences en ce qui concerne les actes qui peuvent être soumis au contrôle et la procédure. En France l'accès des particuliers à l'organe constitutionnel ne passe pas seulement pas l'intermédiaire du juge ordinaire, mais aussi par les juridictions suprêmes le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation.

Mais le juge constitutionnel, dans son travail, devient aussi un juge des droits fondamentaux. Tant au niveau de l'Union européenne qu'au niveau national une question se pose de plus en plus : faut-il créer des voies de droit spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux ? Si ces voies existent parfois devant les juridictions ordinaires, certaines constitutions ont attribué cette tâche au juge constitutionnel.

Garant des constitutions qui contiennent presque toujours une liste des droits fondamentaux, les juridictions constitutionnelles sont devenues juge des droits de l'homme. Dans la protection des droits fondamentaux par le juge constitutionnel le recours d'*amparo* prévu par la constitution espagnole semble offrir la meilleure garantie et un exemple à suivre par les autres Etats membres.

L'article 53 §2 de la constitution de l'Espagne prévoit le recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel espagnol pour la protection de certains droits fondamentaux. Ce recours devant le juge constitutionnel vient s'ajouter au recours spécial²⁴ existant devant le juge ordinaire pour la sauvegarde des droits fondamentaux, ce qui crée une possibilité de conflit entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire, les deux juges d'*amparo*²⁵. L'importance de ce recours en ce qui concerne le droit au juge réside dans le fait qu'il peut être introduit par toute personne, physique ou morale²⁶, qui s'estime lésée dans ses droits fondamentaux par un acte de l'administration ou par une décision judiciaire. Il faut noter que ce recours n'est pas possible contre les lois qui peuvent être soumises à un contrôle à posteriori de constitutionnalité selon une autre procédure et qu'il ne s'agit pas d'un « *instrument du contrôle direct et abstrait de la constitutionnalité d'une loi* »²⁷. La

²⁴ Réglementé par les articles 114-117 de la Loi relative à la juridiction du contentieux administratif de 1998.

²⁵ Il faut préciser que la doctrine espagnole utilise le terme d'*amparo* pour les deux recours, distinguant entre le recours de *amparo* judiciaire (ordinaire) et le recours d'*amparo* constitutionnel. Voir dans ce sens CARMONA CUENCA (Encarnation), op. cit., p. 3.

²⁶ L'article 162 de la Constitution espagnole prévoit que « *Sont en droit: [...] b) d'introduire le recours individuel d'amparo, toute personne naturelle ou juridique invoquant un intérêt légitime, ainsi que le Défenseur du Peuple et le ministère public* ».

²⁷ MONTES (Jérôme), « Le retour du 'gouvernement des juges' », Revue de science criminelle, 2002, pp. 293-297.

loi vient encadrer ce recours, vu le grand nombre des litiges portés devant le juge constitutionnel en imposant l'épuisement des voies d'autres voies de recours et en fixant les autres conditions à remplir (délais, intérêt).

Mais le cas espagnol n'est pas unique. En Allemagne, des recours constitutionnels peuvent être formés par toute personne qui « *estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104* »²⁸. Il s'agit d'un recours direct des particuliers pour la protection des droits fondamentaux. La constitution allemande offre une protection accrue des particuliers, de leurs droits fondamentaux, qu'il s'agit d'un recours devant le juge constitutionnel ou d'un recours devant le juge ordinaire comme prévoit l'article 19 de la Loi fondamentale.

Après la seconde guerre mondiale, la protection de la personne a acquis une signification particulière en Allemagne. Le texte de la Constitution de 1948 a mis en avant l'importance de la dignité humaine et du respect des droits fondamentaux par la puissance publique en contenant un catalogue de droits de l'homme et libertés fondamentales dans le souci d'éviter l'instauration de nouveau d'un système totalitariste qui méconnaîtrait les droits de la personne. Pour assurer le respect des droits fondamentaux par la puissance publique la constitution a prévu l'existence d'un recours juridictionnel contre les actes de la puissance publique. La tâche de la protection des droits fondamentaux et de leur contrôle juridictionnel a été accomplie aussi par le juge suprême constitutionnel dont la jurisprudence a été un des moteurs de la protection de droits fondamentaux au niveau de la Communauté économique européenne.

L'article 19 de la Loi fondamentale de l'Allemagne prévoit « *1. Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. 2. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire.* »

A la première vue c'est facile d'observer une similitude avec l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qui peut-être s'y inspirer. Même si l'article 19 de la constitution allemande demande un recours de nature juridictionnelle (tant que l'article 13 exige seulement un recours effectif), l'idée de base est la même : le droit de recours devant les autorités nationales (juridictionnelles ou pas) contre les actes des autorités publiques qui portent atteinte aux droits fondamentales. Si l'article 19 ne fait pas référence aux droits fondamentaux s'est parce que cet article est le dernier d'une section consacrée aux droits fondamentaux.

Cette disposition constitutionnelle, tel que l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, est une *lex specialis*. Ce droit de recours devant les juridictions ordinaires trouve son application si les particuliers ne bénéficient pas d'un autre recours spécial comme c'est le cas, par exemple du recours constitutionnel prévu à l'article 93. Dans les deux cas il s'agit d'un recours protecteur des droits fondamentaux dont la violation demande l'application de ces articles. Il ne faut pas que le requérant prouve sans doute la violation de ses droits fondamentaux, mais il doit y avoir un grief plausible.

Le droit à un contrôle juridictionnel tel que prévu par la Loi fondamentale allemande, mais aussi par d'autres constitutions européennes comme la constitution grecque, est un

²⁸ L'article 93 de la constitution.

droit qui appartient à toute personne, physique ou morale et qui va à l'encontre de tous les actes des autorités publiques, y compris ceux qui touchent le droit des étrangers ou l'implémentation du droit international y compris de l'Union européenne²⁹. On pourrait légitimement croire que l'existence en droit allemand d'un droit de recours pour la protection des droits fondamentaux garantis a pu inspirer la Cour de justice des Communautés européennes quand celle-ci a reconnu le droit à un recours juridictionnel effectif pour la protection des droits tirés du droit de l'Union européenne, droits *fondamentaux* dans le sens où ceux-ci fondent l'ordre juridique de l'Union européenne. Par ses deux arrêts historiques au niveau de la construction européenne, la Cour constitutionnelle allemande a souligné l'importance du droit au juge pour la protection des droits fondamentaux. Les particuliers doivent bénéficier d'un contrôle juridictionnel des textes d'origine communautaire qui méconnaîtraient leurs droits fondamentaux et, dans l'absence d'une telle protection au niveau des Communautés dans un premier temps cette tâche appartient au juge national. Une fois que les droits fondamentaux ont bénéficié d'une véritable protection juridictionnelle dans l'ordre juridique des Communautés européennes, le juge allemand a renoncé à son contrôle.

Le juge constitutionnel allemand a admis en 1974 que dans le cas où les droits fondamentaux des particuliers ont été violés par un texte d'origine communautaire, il est compétent d'en vérifier la légalité par rapport au texte constitutionnel. À côté du fait que les particuliers bénéficient dans l'ordre juridique allemand de plusieurs voies de protection juridictionnelle pour la sauvegarde des droits fondamentaux, la juridiction suprême souligne le fait qu'en vertu de la Loi fondamentale, le juge constitutionnel allemand a comme attribution la protection des droits constitutionnels, attribution dont aucune autre juridiction ne peut pas se déposséder. Il ne s'agit pas seulement du droit au juge des droits fondamentaux comme droit de l'homme, mais aussi du devoir et du droit du juge constitutionnel allemand d'être juge des droits et libertés de la personne. Le juge constitutionnel allemand n'est pas compétent pour invalider la norme communautaire, mais il peut décider que, vu le non respect des droits fondamentaux d'origine constitutionnelle, les autorités publiques (organes de l'administration ou tribunaux) ne doivent pas l'appliquer³⁰.

Le 22 octobre 1986, en rendant la décision Solange II, la Cour constitutionnelle allemande opère un revirement de jurisprudence par rapport à son jugement du mai 1974³¹. Le contrôle du droit communautaire dérivé par rapport aux droits fondamentaux prévus par la constitution est toujours possible, mais il est inutile vu la jurisprudence de la Cour de justice protectrice des droits de l'homme. Tout d'abord la Cour constitutionnelle allemande considère que la Cour de justice est un *juge légal*³² au sens de l'article 101 (1)

²⁹ Les actes de l'autorité judiciaire ne sont pas soumis à ce recours juridictionnel comme c'est le cas du recours prévu par la constitution hongroise, par exemple. Pour les actes soumis au contrôle conformément à l'article 19 de la constitution allemande voir SPILIOTOPOLOUS (Epaminondas) (dir.), op. cit., pp. 205 et s.

³⁰ Pour une ample analyse de cette décision voir BORNER (B.), « Droits fondamentaux allemands et droit communautaire », in Mélanges Fernand Dehousse, tome II La construction européenne, Editions Labor, Bruxelles, 1979, pp. 193-203.

³¹ Bundesverfassungsgericht, 22 octobre 1986, 2 BVR 197/83, Solange II, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 73, 339.

³² La décision note que la Cour de justice est un organe souverain, indépendant et impartial, établi par les traités, qui rend des décisions indépendantes et qui respecte les règles du procès imposées par la prééminence du droit. La qualification de juge légal au sens de l'article 101 de la Constitution est possible vu les articles 24 (qui prévoit le transfert des droits souverains) et 59 (qui règlent la question des traités internationaux) de ce document fondamental.

de la Constitution allemande qui dispose « *Nul ne doit pas être soustrait à son juge légal* » pour souligner ensuite que cette juridiction a un « monopole juridictionnel » en vertu de l'article 177 du Traité CEE (actuel article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) pour apprécier la validité et interpréter le droit dérivé. Entre la Cour de justice et les juges nationaux il y a une coopération forte en vue d'intégration et dans la procédure préjudicielle les juridictions nationales mettent en œuvre l'obligation de coopération loyale prévue par le Traité CEE. Mais tout en soulignant le rôle important joué par la Cour de justice, le juge constitutionnel allemand « *abandonne sa réserve à l'égard du droit communautaire dérivé telle qu'elle résultait de sa jurisprudence de 1974* »³³. C'est seulement parce qu'au niveau communautaire les particuliers bénéficient d'une « *protection juridique individuelle* » par « *des juridictions indépendantes dotées de pouvoirs juridictionnels suffisants* » que le juge constitutionnel allemand renonce à exercer son contrôle du droit communautaire dérivé. L'existence du droit au juge communautaire qui est aussi juge des droits de l'homme et qui assure une protection équivalente à celle garantie par l'ordre juridique allemande rend inutile le contrôle juridictionnel exercé par le juge constitutionnel allemand.

Il est opportun de souligner que le juge constitutionnel allemand énumère, parmi les droits reconnus par la Cour de justice des Communautés européennes et qui, par conséquent bénéficient d'une protection équivalente en droit communautaire, le droit au juge en précisant que « *dans l'affaire Johnston [...], la Cour, par référence aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, et à l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a déclaré que le droit à une protection juridictionnelle effective en vue de garantir la protection des droits de la personne humaine était un élément des garanties fondamentales du droit communautaire* ».

De tout ce qu'il précède on tire la conclusion que le droit au juge est présent, d'une manière ou d'une dans la plupart des constitutions des Etats membres de l'Union européenne. Dans les rares cas où la constitution nationale n'a pas consacré le droit au juge, les autres dispositions normatives ou le juge constitutionnel ont su donner à ce droit fondamental un statut et une place équivalents à la constitution.

2. LE DROIT AU JUGE, UN DROIT CREE PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL

Le droit à une protection juridictionnelle des droits et intérêts des particuliers n'est pas garanti par toutes les constitutions des Etats membres de l'Union européenne. C'est le cas, entre autres, de l'Autriche, de la Belgique, de la France, e la Suède ou du Royaume Uni. Mais malgré cette absence du texte constitutionnel ou, dans le cas du Royaume Uni malgré l'absence d'une constitution écrite, le droit à un recours juridictionnel existe dans l'ordre juridique des Etats membres grâce à l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique constitutionnel ou grâce à une jurisprudence créatrice du juge constitutionnel ou d'autre juge suprême.

³³ CONSTANTINESCO (Vlad), Note sous Cour constitutionnelle allemande, Solange II, Revue trimestrielle de droit européen, 1987, p. 549.

La Convention européenne des droits de l'homme protège, par ses articles 6 et 13, le droit à un tribunal et le droit à un recours effectif et la Cour de Strasbourg définit cet instrument international protecteur des droits fondamentaux comme « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »³⁴, mais cela ne veut pas dire que ce traité normatif est passé dans l'ordre constitutionnel des Etats signataires. Si ce sera le cas, on pourrait facilement affirmer que le droit au juge, tel que prévu par la Convention, a une valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique national.

Ce n'est pas le cas de plusieurs Etats, mais c'est le cas d'Autriche où la Constitution fédérale ne garantit pas d'une manière générale l'accès à la justice. Dans cet Etat la Convention européenne des droits de l'homme fait partie intégrante du droit constitutionnel autrichien, donc dans le champ d'application de l'article 6 on peut parler d'un droit constitutionnel d'accès à la justice, disposition à laquelle s'ajoutent les dispositions de l'article 13³⁵.

Bien sûr, l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas suffisante pour compenser l'absence de la reconnaissance du droit au juge d'une manière générale par la constitution nationale. Même dans le cas où la Convention acquiert une valeur constitutionnelle, il ne faut pas oublier que d'un côté l'article 6 avec ses garanties ne s'applique pas à tous les litiges administratifs, son champ d'application étant limité aux droits et obligations et caractère civil et aux obligations en matière pénale³⁶, de l'autre côté l'article 13 n'impose pas un recours juridictionnel. Mais, dans certains cas le droit au juge a acquiert une valeur constitutionnelle.

La Constitution française, d'un autre côté, ne protège pas en tant que tel le droit à un recours juridictionnel, le droit d'accès à la justice ou le droit au juge. Mais le droit à un recours juridictionnel effectif a acquiert une valeur constitutionnelle suite à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il s'agit d'une constitutionnalisation « indirecte » du droit d'agir en justice³⁷.

Avant de voir l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle française il faut préciser qu'un premier pas a été fait par la jurisprudence administrative en 1950. Dans l'arrêt *Ministre de l'agriculture / Mme Lamotte*³⁸ le juge administratif pose le principe que toute décision administrative peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Comme un auteur de spécialité a souligné « *cette jurisprudence a été l'une de celles qui ont constitué ce principe général du droit commun aux divers Etats membres, sur lequel s'est appuyée la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire Johnston* »³⁹.

Bien plus tard, voire après l'arrêt *Johnston*, précité, le juge constitutionnel fait référence au droit à un recours juridictionnel effectif. Dans un premier temps, dans une décision de 1993, il affirme que le droit de recours administratif est un « *droit de valeur*

³⁴ Cour EDH, GC, 23 mars 1995, Loizidou / Turquie, série A, n° 310.

³⁵ Voir SPILIOTOPOLOUS (Epaminondas) (dir.), op.cit., p. 42.

³⁶ Il faut souligner dans ce sens que la Cour européenne des droits de l'homme a donné un sens autonome à ces notions, en faisant preuve d'une interprétation extensive de la matière civile et la matière pénale.

³⁷ RENOUX (Thierry S.), « La constitutionnalisation du droit au juge en France », rapport au colloque du CEDORE, Nice, 25 et 26 avril 1997, in RIDEAU (Joël), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 1998, p. 109.

³⁸ CE, 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture / Mme Lamotte*, Lebon 110.

³⁹ GALMOT (Yves), op. cit., p. 258.

constitutionnelle » assurant la garantie de droits et libertés fondamentaux⁴⁰. Tout comme le juge administratif, dans un contexte d'excès de pouvoir, le juge constitutionnel, comme affirme Serge Guinchard⁴¹, rattache en 1994⁴² le droit de recours à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴³ pour le consacrer définitivement en 1996⁴⁴ et 1999⁴⁵. Ces fois-ci la formulation du juge constitutionnel est encore plus claire : « *il résulte de [l'article 16 de la Déclaration] qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ». Le rattachement à l'article 16 et la transformation de celui-ci en fondement constitutionnel du droit au juge sont justifiés, c'est par le biais d'un recours juridictionnel effectif qu'on assure la garantie des droits dans toute société démocratique. Le droit à un recours juridictionnel effectif représente une condition pour assurer l'effectivité des autres droits.

Le juge constitutionnel consacre un principe, un droit qui découle d'un texte qui fait partie du bloc de constitutionnalité, mais qui n'est pas absolu, vu que des limitations sont possibles. Bien sûr, on pourrait rattacher cette position du juge constitutionnel à l'arrêt *Goldner*⁴⁶ de la Cour européenne des droits de l'homme qui affirme que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas un droit absolu, des limitations pouvant être admises si elles ne portent pas atteinte à la substance même du droit. On observe que même si la Convention européenne n'est pas citée, il est clair que celle-ci, avec sa jurisprudence respectueuse, a influencé, voire contraint⁴⁷, le Conseil Constitutionnel.

A cela on pourrait ajouter même la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui avait déjà affirmé le droit à un recours juridictionnel effectif. En 1986, le moment où la Cour de justice reconnaissait le droit à un recours juridictionnel effectif, l'ordre constitutionnel français ne contenait pas un principe constitutionnel garantissant ce droit. Si aujourd'hui on peut affirmer que le droit à un recours juridictionnel effectif fait partie du droit constitutionnel français, en 1986 celui-ci ne faisait pas partie des traditions constitutionnelles communes à tous Etats membres. Dans ce cas où pourrait même envisager une influence « inverse » du niveau « communautaire » au niveau national. Le juge communautaire s'inspire en 1986 des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (pas à tous les Etats) pour reconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif et quelques années plus tard ce droit va influencer le droit constitutionnel français.

Par conséquent, on peut considérer que le droit à un recours juridictionnel effectif en droit constitutionnel français est le résultat d'une influence cumulée de Strasbourg et de Luxembourg, des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme tels qu'interprétés par leur juge et de la jurisprudence « normative » de la Cour de justice.

On a constaté que même si la constitution ne prévoit pas le droit au juge celui-ci peut acquérir une valeur constitutionnelle. Mais quelle est la situation dans l'absence d'un

⁴⁰ CC, 13 août 1993, décision 93-325 DC ; Revue française de droit administratif, 1993, 871, note GENEVOIS (Bruno).

⁴¹ GUINCHARD (Serge), « Le procès équitable : droit fondamental ? », Annuaire Juridique de Droit Administratif, 20 juillet/20 août 1998, numéro spécial Droits fondamentaux, p. 197.

⁴² CC, 21 janvier 1994, décision 93-335 ; Revue de Droit Public, 1995, 91, obs. ROUSSEAU (Dominique).

⁴³ « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »

⁴⁴ CC, 9 avril 1996, décision 96-373 ; Revue de Droit Public, 1997, 18, obs. ROUSSEAU (Dominique).

⁴⁵ CC, 23 juillet 1999, décision 99-416 DC.

Constitution ? Est-il possible de retrouver le droit à un recours juridictionnel effectif à un niveau « constitutionnel » ?

Le cas du Royaume Uni présente certaines particularités vu l'absence d'une constitution écrite. C'est vrai que dans ce pays on assiste à une intégration partielle de la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne avec *Human Rights Bill* 1998⁴⁸, mais il faut souligner le fait que l'article 13 de la Convention n'est pas considéré « convention right » et, par conséquent il ne fait pas l'objet de cette intégration. Mais, dans le champ d'application de la Convention, cet acte établit clairement quels sont les tribunaux compétents, quels sont les actes des autorités publics qui peuvent être attaqués et quels sont les remèdes juridictionnels.

La question qui se pose est si on peut parler d'un droit d'accès à la justice comme un droit constitutionnel dans un pays qui, de point de vue formel, n'a pas de constitution. Afin de répondre à cette question, il faut regarder la jurisprudence interne pertinente et, dans ce cadre, on pourra affirmer qu'au Royaume Uni, même en absence d'une constitution écrite, le droit d'accès à la justice, droit dérivé de *common law*⁴⁹, est considéré comme un droit constitutionnel. En 1981⁵⁰, Lord Diplock affirmait que « *chaque système civilisé de gouvernance doit mettre à la disposition de tous ses citoyens les moyens pour le règlement juste et pacifique des disputes entre eux et de leurs droits légaux respectifs* ». Dans ce cadre il considérait que « *chaque citoyen a le droit constitutionnel d'accès en tant que requérant pour obtenir les remèdes auxquels il estime avoir le droit comme conséquence d'une violation alléguée de ses droits légaux ou équitables commise par un autre citoyen, le défendeur* »⁵¹. Cette position est confirmée en 1997 quand la High Court affirme l'existence du droit constitutionnel de *common law* d'accès aux tribunaux qui peut être abrogé seulement par une disposition légale spéciale⁵².

Il faut tirer la conclusion que même dans un pays qui n'a pas de constitution écrite le droit d'accès à la justice a une valeur constitutionnelle. Bien sûr, dans un sens matériel et pas formel. Il s'agit d'un droit qui est au sommet des normes, un droit nécessaire pour assurer la *rule of law*.

De tout ce qu'il précède, on peut bel et bien affirmer que le droit au juge, élément indispensable de l'Etat de droit, est présent dans l'ordre juridique constitutionnel des Etats membres de l'Union européenne qu'il est prévu par la constitution ou créé par le juge constitutionnel, qu'il est réglementé d'une manière générale ou détaillée et qu'il concerne un accès général à la justice ou seulement dans des cas précis. Il résulte, par conséquence, que le droit au juge est un droit constitutionnel dans les Etats membres de l'Union européenne.

⁴⁶ Cour EDH, février 1975, Golder / Royaume-Uni, série A, n° 18.

⁴⁷ On pourrait citer les condamnations de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires Geouffre de la Pradelle et Bellet. Dans le premier arrêt, du 16 décembre 1992, la France est condamnée car le requérant n'as pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif au Conseil d'Etats. Le même constat est fait en ce qui concerne l'accès à la Cour d'appel de Paris dans le deuxième arrêt du 4 décembre 1996.

⁴⁸ Pour le texte de cet acte voir http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1#pb1-11g1

⁴⁹ SPILIOPOLOUS (Epaminondas) (dir.), op. cit., p. 773.

⁵⁰ Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corporation [1981] 1 AC 909; [1981] 2 WLR 141; [1981] 2 All ER 289.

⁵¹ Pour le texte en anglais, voir <http://www.swarb.co.uk/lisc/Arbit19801984.php>

⁵² R v Lord Chancellor, ex p Witham [1997] 2 All ER 779.