



HAL
open science

Chronique de jurisprudence européenne comparée (2006)

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Chronique de jurisprudence européenne comparée (2006). Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2007, CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE, 2007 (4), pp.1099-1135. hal-01519916

HAL Id: hal-01519916

<https://hal.science/hal-01519916>

Submitted on 9 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Chronique de jurisprudence européenne comparée (2006)

par Laurence BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'Université Paris I — Panthéon Sorbonne

Le rejet du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* n'a pas tari, loin s'en faut, l'activité judiciaire en matière européenne. La figure du juge est toujours aussi imposant ; sa fonction plus que jamais efficace. C'est définitivement lui qui assure au quotidien les avancées de l'intégration, qu'il s'agisse de celle de l'Union européenne — qui doit toujours arriver à concilier les contraires, *i.e.* la primauté du droit communautaire devant se marier avec les fondamentaux constitutionnels — comme de celle du Conseil de l'Europe où la Cour de Strasbourg assure l'édification, non sans mal, d'une Europe où les droits et libertés de chacun doivent se marier avec les impératifs de l'intérêt général. Les interactions entre les cours européennes comme avec leurs homologues nationaux sont plus que jamais à l'honneur et témoignent de la vitalité de la constitution, sur le territoire européen, d'une véritable culture commune.

I^{re} PARTIE. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES

I. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES HORIZONTALES

Les destins des deux Cours européennes sont liés de façon indéfectible. La Cour de Luxembourg ne peut pas de sitôt faire fi de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui continue d'apparaître comme un puissant référent interprétatif du droit communautaire [A], tandis que la Cour de Strasbourg

REVUE DU DROIT PUBLIC - N° 4-2007

est amenée toujours plus fréquemment à examiner des affaires où le droit de l'Union est à l'honneur [B]. Le tout est certes parfois complexe est décrypté, il n'en reste pas moins dans l'ensemble très cohérent.

A. — *La Cour de Luxembourg, interprète de la Convention*

Rien n'est statique ; l'évolution et le mouvement son constants. Le droit en est la parfaite illustration. Résultat de rapports de force politiques et socio-économiques au sein de toute société organisée, le droit témoigne avec éclat de cette idée qui, en réalité, s'applique aux choses de la Vie en général. Ignorée et inefficace hier, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est tout à la fois prise au sérieux et opératoire aujourd'hui. En effet, la juridiction communautaire suprême, *i.e.* la Cour de justice, s'en est emparée. Elle ne le fit point contre la volonté des États ; en cela, elle est logique avec elle-même et n'entend point en ce domaine renouer avec le temps des révisions judiciaires. Le tour de force réside dans le fait qu'elle changea radicalement le statut de la Charte dans l'ordre juridique communautaire tout en respectant la volonté des États membres [1]. De façon concomitante, le statut de la Convention — telle qu'interprétée par la Cour de Strasbourg — suit son chemin traditionnel plus que jamais marqué par une place de premier choix dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg [2].

Confronté au pluralisme référentiel (1), l'ordre juridique communautaire s'en accommode avec aisance. Il faut dire que le dialogue entre les deux juges européens est aujourd'hui, sans doute plus qu'hier, marqué par une farouche volonté d'osmose interprétative (2) rendu possible, entre autres choses, par la quasi-identité matérielle des instruments de référence.

1. *Le nouveau statut de la Charte des droits fondamentaux*

C'est grâce à l'inscription d'un « considérant Charte » au sein des actes de droit dérivé — sur la base de la stratégie évocation politique de la Commission (3) — tant au sein des actes du premier pilier (4), qu'au sein

(1) Les instruments « référents » étant d'un côté la Convention de sauvegarde des droits et libertés fondamentales et, de l'autre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(2) Pour un point de vue politiste, v. L. Scheeck, *Les Cours européennes et l'intégration par les droits de l'homme*, Thèse IEP, Paris, 2006, préparée sous la direction du professeur G. Devin, 537p.

(3) Voir « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *cette Revue*, 2006-4, spec. pp. 1110-1111.

(4) Règlement CE n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, L.1 du 4 janvier 2003, pp. 1-25, considérant 37.

de ceux des piliers intergouvernementaux (5) — que le statut juridique de la Charte dans l'ordre juridique communautaire pu évoluer. Le désormais célèbre arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 (6) marque les débuts d'une présence judiciaire de la Charte dans la motivation des arrêts de la Cour de justice qui ne pourra que s'amplifier. Cela ne fait que confirmer et démontrer — une fois de plus — qu'une absence de force contraignante n'équivaut certainement pas à une absence d'effets juridiques.

Dans cette affaire, les États membres ayant témoigné de leur attachement à ce nouveau texte emblématique d'une Europe « humaniste », la Cour de justice ne pouvait qu'en prendre acte. En l'espèce, c'est le second considérant de la directive de 2003 qui mentionne la Charte : « *Les mesures concernant le regroupement familial devraient être adoptées en conformité avec l'obligation de protection de la famille et de respect de la vie familiale qui est consacrée dans de nombreux instruments du droit international. La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par l'article 8 de la convention européenne pour la protection des droits humains et des libertés fondamentales et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.* » Ce fait fut habilement utilisé par le Parlement dans son argumentation (points 31 et 32), ne passa guère inaperçu à l'avocat général Kokott (points 60 et 108 des conclusions) et ne fut guère esquivé par la Cour (point 38). Si elle reconnue l'évidence en affirmant que la « *charte ne constitue pas un instrument juridique contraignant* », elle ajouta aussitôt que « *le législateur communautaire a cependant entendu en reconnaître l'importance en affirmant, au deuxième considérant de la directive, que cette dernière respecte les principes qui sont reconnus non seulement par l'article 8 de la CEDH, mais également par la Charte* » (point 38). Et de mettre en évidence son caractère confirmatif — mis en lumière très tôt par l'avocat général Tizzano dans l'affaire *Bectu* (7)) en

(5) Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *JOCE* L 76 du 22 mars 2005, pp. 16-30, considérant n° 30.

(6) CJCE, Gde Ch., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03. Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 8 septembre 2005. Dans cette affaire, au fond, la Cour rejeta le recours en annulation introduit par le Parlement européen contre l'article 4 § 1 dernier alinéa et les articles 6 et 8 de la directive 2003/86 du 22 septembre 2003 relative au regroupement familial (JO L 251, p. 12). Elle écarta les divers arguments invoqués par le Parlement européen en s'attachant à vérifier qu'au vu de la manière dont elles étaient énoncées, les dérogations qu'autorisaient les dispositions attaquées ne pouvaient être considérées comme allant à l'encontre du droit fondamental au respect de la vie familiale, de l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant ou du principe de non-discrimination en raison de l'âge et ce, ni en tant que telles, ni en ce qu'elles autoriseraient explicitement ou implicitement les États membres à agir ainsi.

(7) L. Burgorgue-Larsen, « La Charte des droits fondamentaux racontée au citoyen européen », *RAE*, 2000, pp. 398-409.

affirmant que « *l'objectif principal de la Charte, ainsi qu'il ressort de son préambule, est de réaffirmer les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et les obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la CEDH, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [...] et de la Cour européenne des droits de l'homme.* »

Certains pourraient estimer qu'il y a là une reconnaissance *a minima* de la Charte dans le bloc de légalité communautaire. Elle ne bouleverse rien ; elle ne fait que confirmer l'ancrage de l'Union dans l'espace européen des droits fondamentaux (point 35). En réalité, c'est le seul moyen aujourd'hui de la faire vivre dans l'univers normatif communautaire, *i.e.* en tant qu'un texte de consolidation de l'acquis en matière de droits fondamentaux, ce qu'elle est. Même si la Cour la mentionne après les principes généraux (et le rôle clé qu'y joue la Convention EDH) (point 35), le droit primaire (article 6 § 2 TUE) (point 36), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention relative aux droits de l'enfant qui lient « *chacun des États membres* » (point 37), c'est-à-dire après toute une série d'instruments contraignants, le fait est important. Surtout, l'évocation judiciaire de la Charte ne s'arrête pas là. Une fois la question des normes du bloc de légalité communautaire identifiée, la Cour de justice scruta les allégations de violation des dispositions précises de la directive. Si, tout du moins dans l'analyse de l'article 4 § 1 dernier alinéa de celle-ci, elle ne dérogea guère à sa méthodologie consistant à appliquer directement la jurisprudence de la Cour européenne (8), elle en profita pour mentionner à nouveau la Charte et plus particulièrement ses articles 7 (droit au respect de la vie privée et familiale) 24 (droits de l'enfant), afin de valider, au bout du compte, la réglementation communautaire...

2. *Le traditionnel statut de la Convention « interprétée »*

Nonobstant l'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le bloc de légalité communautaire, il n'en reste pas moins que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg continue de briller de tous ses feux dans l'argumentaire de la Cour de justice. L'affaire emblématique en la matière est celle qui opposa à l'instance l'*Espagne* au *Royaume-Uni* (9), dans le cadre de la procédure de recours en constatation de manquement de l'article 227 T.CE. Très rarement utilisé, sans doute parce qu'en tant que vestige des « racines internationales » (10) de la Communauté, il cadre mal (en général) avec les spécificités contentieuses de l'intégration. Cette affaire est majeure en ce qui concerne

(8) En s'appuyant *expressis verbis* sur l'arrêt de la Cour EDH, 21 décembre 2001, *Sen c. Pays-Bas*, points 54, 55, 56.

les contours de la citoyenneté européenne et ses liens avec le droit de vote et d'éligibilité aux élections européennes ; elle préfigure d'ailleurs ce que pourrait être aujourd'hui l'identité de l'Union (11). Elle est également remarquable en ce qu'elle applique, sans sourciller, l'arrêt de la Cour de Strasbourg *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 décembre 1999 — analysé en son temps dans le premier numéro de cette chronique (12) — et dont on sait qu'il condamna le Royaume-Uni sur la base de l'article 3 du protocole n° 1 pour ne pas avoir permis à une ressortissante britannique, domiciliée à Gibraltar,

(9) CJCE, Gr. Ch., 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni*, C-145/04. Conclusions partiellement conformes de l'avocat général A. Tizzano présentées le 6 avril 2006, v. E. Broussy, F. Donnat, C. Lambert, « Actualité du droit communautaire », *AJDA*, n° 41, 4 décembre 2006, pp. 2271-2272 ; A. Dawes, « Jurisprudence de la CJCE. Chronique des arrêts », *RDUE*, 3-2006, pp. 710-712 ; F. Kauff-Gazin, *Europe*, Novembre 2006, com. 300, pp. 8-9 ; J-P. Jacqué, « L'affaire Matthews (suite et fin) », *L'Europe des libertés*, Septembre 2006, n° 21, pp. 2-4.

(10) D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Paris, Pédone, 2000, p. 228. Denys Simon emploie cette expression en rappelant « l'ancrage » de la Communauté dans l'univers du droit international ; il faut toutefois préciser qu'il ne mentionne pas l'article 227 T.CE. L'extrapolation est donc de notre fait.

(11) L. Burgorgue-Larsen, « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne », *RTDE*, 2007-1, pp. 22-45. L'arrêt *Espagne c. Royaume-Uni* doit être lu de façon combinée avec l'arrêt *Eman et Sevinger* rendu le même jour (C-300/04) sur la base des conclusions conjointes d'Antonio Tizzano. Il a été rendu sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État néerlandais (*Raad van State*) qui se posait la question de savoir si le droit communautaire s'opposait à la législation des Pays-Bas qui excluait du droit de vote aux élections européennes les ressortissants néerlandais résidant dans un territoire d'outre-mer associé à la Communauté, en l'occurrence Aruba. La Cour a considéré que des personnes qui possèdent la nationalité d'un État membre et qui résident ou sont domiciliées dans un territoire faisant partie des pays et territoires d'outre-mer (PTOM), font l'objet d'un régime spécial d'association — défini dans la quatrième partie du traité (articles 182 CE à 188 CE) — de telle sorte que les dispositions générales du traité ne leur sont pas applicables sans référence expresse et que les articles 189 et 190 CE (relatifs au Parlement européen) ne sont pas applicables à ces pays et territoires. La conséquence est que les États membres ne sont pas tenus d'y organiser des élections au Parlement européen. La Cour prit le soin de préciser qu'en l'état actuel du droit communautaire, rien ne s'opposait à ce que les États membres définissent, dans le respect du droit communautaire, les conditions du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen par référence au critère de la résidence sur le territoire dans lequel sont organisées les élections. Le principe d'égalité de traitement fait toutefois obstacle à ce que les critères choisis aient pour effet de traiter de manière différente des ressortissants se trouvant dans des situations comparables, sans que cette différence de traitement soit objectivement justifiée. »

(12) Cour EDH, 19 décembre 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, v. cette Revue, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2000-4, pp. 1981-1151.

de participer aux élections européennes. Ce sont les conséquences de cette condamnation qui rejaillirent sur la scène judiciaire européenne, cette fois-ci devant le prétoire de la Cour de Luxembourg. En effet, alors que le Royaume-Uni avait entrepris de modifier sa législation électorale afin de se conformer à l'arrêt *Matthews*, l'Espagne considéra qu'il y avait là une double atteinte au droit communautaire : par l'extension du droit de vote aux élections européennes à des personnes n'étant pas des ressortissants communautaires tout d'abord ; par la création d'une circonscription électorale « combinée » ensuite (point 36). C'est ce second moyen qui s'avère clé ici pour analyser la prégnance de la jurisprudence de Strasbourg dans l'argumentaire de la Cour de justice. Pour l'Espagne, avoir intégré le territoire de Gibraltar au sein d'une circonscription électorale existante du Royaume-Uni est une violation tant de l'acte de 1976 que de la déclaration britannique en date du 18 février 2002 (13). Cette approche légaliste ne trouva pas grâce aux yeux de la Cour de Luxembourg. Sa démarche pourrait être résumée comme suit : si le Royaume-Uni a contrevenu à l'acte de 1976, c'est qu'il devait transposer *mutadis mutandis* à Gibraltar la législation électorale applicable au Royaume-Uni et ce, conformément aux enseignements de l'arrêt *Matthews*. Le point 90 de l'arrêt qui inaugure l'argumentation de la Cour à l'égard du second moyen soulevé par l'Espagne ne laisse planer aucun doute sur une exigence qui apparaît manifestement comme supérieure : « Ainsi qu'il a été rappelé au point 60 du présent arrêt, c'est pour se conformer à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, *Matthews c. Royaume-Uni*, précité, que le Royaume-Uni a adopté la législation mise en cause par le Royaume d'Espagne. » Et de continuer, en assénant que « Le Royaume d'Espagne ne conteste pas à cet égard que le Royaume-Uni était tenu de respecter cette obligation, malgré le maintien de l'acte de 1976. » L'incise finale est ici cardinale, car elle démontre en creux la contrariété manifeste entre le contenu de l'acte de 1976 et la législation électorale britannique. La Cour poursuit immédiatement en valorisant non pas l'acte de 1976, mais la déclaration de 2002 où le Royaume-Uni s'était engagé « à ce que les modifications soient apportées en vue de permettre aux électeurs de Gibraltar de participer aux élections du Parlement européen dans le cadre d'une circonscription existante au Royaume-Uni et dans les mêmes conditions que les autres électeurs de cette circonscription » (point 91). Et d'accepter en quelque sorte qu'un acte de droit primaire — qui ne peut être modifié qu'à l'unanimité — le soit par une déclaration reflétant un accord bilatéral, dont on ne peut que rappeler le statut de *soft law*... L'argumentation de la Cour laisse particulièrement perplexe, car elle s'attache exclusivement à démontrer que le Royaume-Uni n'avait pas d'autres moyens — au regard des spécificités de sa législation électorale — de mettre en œuvre la déclaration

(13) La déclaration du Royaume-Uni fut inscrite au Procès Verbal de la réunion du Conseil de l'Union du 18 février 2002 qui a modifié l'acte de 1976 par la décision 2002/772, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2004 v. point 12 de l'arrêt.

de 2002 sans mettre à mal l'égalité des situations entre les électeurs de Gibraltar et ceux du Royaume-Uni (points 92 et 93). En réalité, elle n'a pas l'audace d'aborder de front la question sous-jacente mais cardinale : celle de la contrariété frontale entre le droit communautaire positif et la tenue d'élections sur le territoire de Gibraltar. Or, c'était le nœud gordien de la controverse et c'est uniquement en lisant les conclusions d'Antonio Tizzano que le lecteur en prend parfaitement la mesure (points 116 à 123 des conclusions) (14).

La force de légitimation de la jurisprudence européenne va très loin dans ce contentieux inter-étatique. En effet, si la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sert à légitimer la *nécessité* du changement électoral à Gibraltar au point d'avaliser un *ultra vires*, elle participe également à légitimer les *modalités* dudit changement. Alors que l'Espagne contestait la mise en œuvre concrète par le Royaume-Uni des exigences tirées de la jurisprudence conventionnelle, la Cour les avalise doublement en mentionnant deux paragraphes précis de l'arrêt *Matthews* érigés, en quelque sorte, en motivation *ad hoc* ! Elle affirme tout d'abord que le paragraphe 63 de l'arrêt *Matthews* rappelle que la jurisprudence conventionnelle accorde traditionnellement aux États membres une « ample marge d'appréciation pour entourer le droit de vote de conditions ». Et de mentionner l'arrêt emblématique du droit à des élections libres — l'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt* (15) — tout en se référant à un arrêt plus récent à titre confortatif (16) (point 94). Du coup, elle peut affirmer « qu'il ne saurait être reproché au Royaume-Uni d'avoir adopté la législation nécessaire à l'organisation de telles élections dans des conditions équivalentes, mutadis mutandis, à celles prévues par la législation applicable au Royaume-Uni » (point 95). Elle mentionne ensuite qu'au paragraphe 59 de l'arrêt *Matthews*, la Cour de Strasbourg « n'a décelé, dans le statut de Gibraltar, aucun élément faisant apparaître des nécessités locales dont il conviendrait de tenir compte au sens de l'article 56 § 3 de la CEDH » (point 96). Partant, elle légitime ainsi « la transposition au territoire de Gibraltar, mutadis mutandis, la législation du Royaume-Uni » Le mot est lâché. Pour la première fois, la

(14) C'est lui qui donne la clé de la solution pour laquelle a opté *in fine* la Cour. Ce qu'il présente comme une « dérogation » au droit communautaire ne peut être admise qu'en ayant égard à la « place privilégiée » des droits fondamentaux en droit communautaire. Or, après avoir rappelé ce qui est désormais connu de tous — *i. e.* le libellé de l'article 6 § 2 TUE, les droits fondamentaux consacrés comme principes généraux du droit, la « signification particulière » de la Convention européenne et le constat de violation délivré par l'arrêt *Matthews* — l'avocat général affirme au point 121 « il s'ensuit que, en droit communautaire, le respect des droits fondamentaux ainsi reconnus "s'impose" à titre primaire "tant à la Communauté qu'à ses États membres" et que, par conséquent, cet ordre juridique n'admet pas les "mesures incompatibles avec le respect" de ces droits ».

(15) Cour EDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, Série A n° 113.

(16) Cour EDH, 19 octobre 2004, *Melnitchenko c. Ukraine*.

grande chambre aborde la question sous l'angle territorial, le point clé de l'affaire, ce qui laisserait sous-entendre qu'elle avalise *in fine* l'inclusion du territoire de Gibraltar au sein du territoire britannique. Ce qui est loin d'être anodin et non exempt de critiques. À l'époque où l'arrêt *Matthews* avait été rendu, l'appréciation des « *nécessités locales* » (17) par le juge de Strasbourg avait fait l'objet de critiques importantes en ce qu'elle faisait fi le droit de la décolonisation et des nombreuses prises de position des Nations Unies en la matière (18). D'aucuns avaient même considéré que la décision de la Cour de Strasbourg en plus d'être une « application sectorielle' du système européen des droits de l'homme », favorisait la pérennisation de l'administration coloniale britannique sur le territoire du Royaume d'Espagne (19).

Dit autrement, la Cour de justice, sur un point juridique majeur aux conséquences politiques importantes, applique la jurisprudence strasbourgeoise (non exempte de critiques), sans sourciller, sans prendre le temps de la discuter, de la mettre en perspective, de développer éventuellement une interprétation *communautaire* de la question. On l'aura compris, ce n'est pas tant le résultat qui est ici critiquable — comment en effet arriver à une autre solution notamment après la « réserve de conventionnalité » délivrée par l'arrêt *Bosphorus* (20) ? — que la manière dont la Cour y parvient. Que le temps du dialogue et de l'harmonie interprétative soient aujourd'hui une donnée avérée et nécessaire, car bénéfique à l'édification d'un *ius commune* stable et fort en matière de droits fondamentaux à l'échelle européenne est une chose ; que le dialogue se nourrisse du respect mutuel que les deux cours européennes témoignent à l'endroit de leur système juridique respectif, soit. Mais que la Cour de justice pousse l'exigence devenue « existentielle » de s'arrimer de *façon inconditionnelle* au respect des droits fondamentaux tels que dégagés par la Cour de Strasbourg, y compris quand éventuellement les conséquences de ce respect peuvent être *discutées*, est une autre chose.

(17) L'article 56 § 1 et § 3 de la Convention est ainsi libellé : « 1. Tout État peut, au moment de la ratification ou à tout autre moment par la suite, déclarer, par notification adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, que la (...) convention s'appliquera, sous réserve du paragraphe 4 du présent article, à tous les territoires ou à l'un quelconque des territoires dont il assure les relations internationales. (.../...) 3. Dans lesdits territoires les dispositions de la (...) Convention seront appliquées en tenant compte des *nécessités locales* ».

(18) Voir les Résolutions 2070 (XX), 2231 (XXI) et 2429 (XXIII) de l'Assemblée Générale des Nations Unies

(19) Cette critique fut avancée en son temps par un célèbre internationaliste espagnol, v. L.I. Sánchez Rodríguez, « Sobre el derecho internacional, de los derechos humanos y comunitario europeo (a propósito del asunto *Matthews c. Reino Unido*) », *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 5, 1999-1, pp. 95-108.

(20) Cour EDH, Gde Ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava c. Irlande*, v. *cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2006-4, spec. pp. 1114-1116.

B. — *La Cour de Strasbourg, juge de la conventionnalité du système communautaire*

La jurisprudence démontre une fois de plus que la Cour de Strasbourg est confrontée de manière multiple au droit de l'intégration. Tout d'abord, en étant en situation de mettre en place un examen de compatibilité du droit communautaire (qui plus est tel qu'interprété par la Cour de justice) avec les exigences de la Convention. Un tel contrôle est effectivement patent quand les États, « bons élèves » communautaires, remplissent leurs obligations et sont, malgré cela, attraités devant la Cour européenne [1]. Ensuite, en s'érigant au gré des saisines en juge des manquements au droit communautaire quand les États — cette fois-ci de façon plus classique — n'auront pas joué le jeu loyal du respect de leurs engagements communautaires [2]. Enfin, elle pourra décider de s'emparer du droit communautaire comme paramètre interprétatif afin dispositions de la Convention européenne. Le syncrétisme analytique sera ici alors à son comble [3].

1. *La Cour de Strasbourg, juge du droit communautaire*

Que peut-il se passer quand l'ordonnement juridique communautaire — et les droits qu'il confère — n'est pas satisfaisant aux yeux de certains ressortissants communautaires ? Présenté différemment, que peut-il se passer quand un État se conforme à ses obligations communautaires, telles qu'interprétées par le juge suprême de l'ordre juridique (*i.e.*, la Cour de justice), qu'elles ne contentent pas certains individus et que ceux-ci décident de tirer profit de la dualité juridictionnelle à l'échelle européenne en usant de la technique du *forum shopping* ? La réponse est claire : la Cour de Strasbourg se retrouve dans une situation très inconfortable. Elle doit en effet répondre à la question de savoir si un *État intégré* qui respecte ses engagements à l'égard de l'Union peut dans le même temps contrevenir à ses obligations conventionnelles... Ce délicat dilemme s'est présenté à la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Stec* (21), après avoir été au cœur de l'arrêt *Bosphorus*. Relative à des questions fort intéressantes concernant la légalité de discriminations au regard du sexe en matière de prestations sociales complémentaires à une pension de retraite — elles seront examinées dans la II^e partie de cette chronique), il convient ici de s'attarder sur l'enjeu institutionnel entre les deux Cours. Cette affaire, avec les mêmes requérants, avait déjà été examinée par la Cour de justice au titre de ses compétences préjudicielles (22). On était donc dans le cadre d'une affaire où l'identité des parties, des arguments, en un mot du litige était maximale dans les deux systèmes... Si *in fine* la Cour

(21) Cour EDH, Gde Ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*.

(22) CJCE, 23 mai 2000, *Hepple c. Chief Adjudication Officer*, C-196/98, *rec.*, I-3701.

de Strasbourg ne donna pas satisfaction aux requérants en ne constatant aucune violation de l'article 14 combinée avec l'article 1 du protocole n° 1 — par seize voix contre une — et validant par ricochet la conventionnalité du droit communautaire dérivé tel qu'interprété par la Cour de justice, l'impact de cette interprétation a clairement joué dans son analyse et sa décision finale. Cela ne ressort guère d'une intuition — qui se marierait mal avec les canons de l'analyse juridique — mais bien des remarques formulées par la Cour de Strasbourg dans son argumentation. Le passage pertinent, le § 58, mérite ici d'être reproduit. Le lecteur sera juge : « *La Cour juge par ailleurs significatif que, dans l'affaire des requérants, la CJCE a considéré que dès lors que la REA était destinée à compenser la perte de leur capacité de gain subie par les personnes victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, il était nécessaire, pour préserver la cohérence existant entre la REA et le régime des pensions de vieillesse, de lier les âges limites (paragraphe 41 ci-dessus). S'il est vrai que l'article 7 § 1 a) de la directive prévoit une dérogation explicite à l'interdiction générale de discrimination dans le domaine de la sécurité sociale (paragraphe 38 ci-dessus), la CJCE était appelée, s'agissant de décider si l'affaire relevait de l'exception de l'article 7, à porter un jugement sur la question de savoir si la discrimination dans le régime de la REA résultant du lien établi avec l'âge légal du départ à la retraite, qui variait selon le sexe, était objectivement nécessaire pour assurer la cohérence avec le régime des retraites. Concernant ce point, qui, tout en n'étant pas déterminant pour la question soulevée au regard de l'article 14 de la Convention, n'en revêt pas moins une importance capitale, il y a lieu d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la CJCE.* »

Que les justiciables se le disent : les deux juges européens sont vigilants sur les effets néfastes qui découleraient d'une instrumentalisation débridée du *forum shopping*. Tout est donc mis en œuvre pour éviter une protection des droits à géométrie variable qui prendrait appui sur la non prise en considération des interprétations délivrées par l'une des deux cours européennes.

2. La Cour de Strasbourg, juge des manquements au droit communautaire

L'affaire *Aristimuño Mendizabal* est l'emblème de la transformation du droit au sein du territoire européen qui passe par une subséquente et inéluctable modification des droits (23). La dimension du droit à la vie privée et familiale ne peut plus être appréhendée, aujourd'hui, sans l'aide du droit communautaire dérivé pour mieux interpréter, en retour, les droits qu'en tirent les justiciables. En examinant la situation de la requérante (Espagnole, ex-réfugié politique, épouse d'un ancien dirigeant de l'ETA extradé vers l'Espagne et mère d'un

(23) Cour EDH, 17 janvier 2006, *Aristimuño Mendizabal c. France*.

enfant de nationalité française), à laquelle l'administration française a refusé pendant près de 14 ans la délivrance d'un titre de long séjour, la Cour européenne a estimé qu'elle devait le faire à la lumière du droit communautaire : « *La Cour estime (...) que l'article 8 doit être interprétée en l'espèce à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux États membres quant aux droits d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires.* » (§ 69). La Cour de Strasbourg fait ici coup double : en distinguant le statut de ressortissant communautaire de celui des étrangers — comme elle l'avait déjà fait en matière de liberté d'expression dans l'affaire *Piermont* (24) — elle conforte la place du droit communautaire au sein des ordres juridiques nationaux ; ce faisant, elle devient une fois de plus l'alliée objectif de l'ordre juridique communautaire en sanctionnant les États qui contreviendraient aux obligations imposés par cet ordre telles qu'elles découlent du droit primaire (article 48 T.CE) et dérivé (règlement n° 1621/68 et directives n° 64/221 et 68/360), dûment interprétés par la Cour de Luxembourg. Ainsi, en condamnant la France par six voix contre une pour une ingérence (25) dans le droit à la vie privée et familiale qui n'était pas prévue par la « loi » — que la « loi » en question soit française ou communautaire » (§ 78) — la Cour de Strasbourg est inmanquablement et efficacement le juge des manquements au droit communautaire.

3. *La Cour de Strasbourg, interprète du droit communautaire*

Afin d'évaluer la portée de l'article 11 de la Convention européenne et pour finir par affirmer, dans l'arrêt *Sørensen et Rasmussen* (26), que « *les États contractants ne sont guère favorables au maintien des accords de monopole syndical* » (§ 75), la Cour de Strasbourg a effectué un tour d'horizon des textes européens relatif à la liberté d'association. Elle déclina sa méthodologie au § 58 et affirma : « *lorsque le droit interne d'un État contractant autorise la conclusions entre syndicats et employeurs d'accords de monopole syndical*

(24) Cour EDH, 27 avril 1995, *Piermont c. France*, Série A n° 134.

(25) L'ingérence consistant pour la Cour dans la non délivrance d'un titre de séjour pendant une très longue période.

(26) Il se lit ainsi : « *En vue de garantir ou de promouvoir la liberté pour les travailleurs et les employeurs de constituer des organisations locales, nationales ou internationales, pour la protection de leurs intérêts économiques et sociaux et d'adhérer à ces organisations, les Parties contractantes s'engagent à ce que la législation nationale ne porte pas atteinte, ni ne soit appliquée de manière à porter atteinte à cette liberté. La mesure dans laquelle les garanties prévues au présent article s'appliqueront à la police sera déterminée par la législation ou la réglementation nationale. Le principe de l'application de ces garanties aux membres des forces armées et la mesure dans laquelle elles s'appliqueraient à cette catégorie de personnes sont également déterminés par la législation ou la réglementation nationale.* »

qui vont à l'encontre de la liberté de choix de l'individu inhérente à l'article 11, la marge d'appréciation doit être considéré comme réduite.(.../...) Pour déterminer si un État contractant est resté dans les limites de sa marge d'appréciation en tolérant des accords de monopole syndical, une importance particulière doit être attachée aux motifs avancés par les autorités pour justifier ces accords (...). Par ailleurs, il faut tenir compte de l'évolution de la perception de l'utilité des accords de monopole syndical pour garantir la jouissance effective de la liberté syndicale. » Cette dernière incise est majeure car, pour prendre en compte l'évolution susmentionnée, la Cour de Strasbourg examine le contenu des textes européens les plus pertinents en la matière. En plus de les mentionner dans la partie « en fait » de l'arrêt, le juge de Strasbourg leur accorda une place importante dans sa motivation (§§ 72-75). Si l'article 5 de la Charte sociale européenne (« droit syndical ») (27) et l'activité du Comité européen des droits sociaux à l'endroit du Danemark sont évidemment mentionnés en premier dans l'argumentaire de la Cour (§ 72), il n'en est pas moins intéressant de noter que deux textes de *soft law* — la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (§ 73), mais également l'article 12 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (§ 74) — sont utilisés afin, *in fine*, de condamner le Danemark pour avoir laissé perdurer des pratiques de monopole syndical. Mieux, on peut dire que l'ensemble de ces instruments dont la Cour ne distingue pas les différences de portée juridique, sont utilisés pour mieux interpréter l'article 11 de la convention qui consacre le droit d'association négatif. Il est remarquable de relever ici que la Cour de Strasbourg prend le temps de relever que « *les dispositions susmentionnées de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs sont évidemment importantes dans l'appréciation de la portée de l'article 12* » de la Charte des droits fondamentaux. Afin de justifier une telle démarche interprétative, la Cour renvoie au très important article 53 de la Charte, la fameuse « clause de renvoi » (28). Ainsi, avant même que l'interprète naturel de la Charte (*i.e.* la Cour de justice) n'est pu se manifester, la Cour européenne en profitait pour délivrer « son » interprétation de l'article 12 (29).

(27) ■ ■ ■.

(28) Article 53 « Niveau de protection » : « 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. »

(29) Pour des commentaires circonstanciés des articles 12 et 53, tel qu'intégrés dans le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, on se reportera aux analyses de J-C. Galloux et de Loïc Azoulay in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, L. Burgorgue-Larsen, A. Levade, F. Picod (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, respectivement pp. 184-204 et pp. 689-714.

II. — LES INTERACTIONS ORGANIQUES VERTICALES

Les décisions constitutionnelles en matière communautaires sont cette année d'une exceptionnelle richesse [B]. Fondamentales pour l'approfondissement de l'intégration, importantes à connaître pour prendre la mesure de l'édification d'une cohérence jurisprudentielle en matière communautaire, il a été décidé de leur faire une place de choix afin de les mettre d'autant mieux en perspective avec la jurisprudence constitutionnelle française qui est connue de tous dans l'Hexagone. Partant, l'analyse de la « contrainte conventionnelle » sur les ordres juridiques constitutionnels et plus spécifiquement sur les Cours constitutionnelles sera, cette année, analysé plus succinctement [A].

A. — *La Cour de Strasbourg, juge des Cours constitutionnelles*1. *La Cour européenne, juge des procédures constitutionnelles*

Le revirement de jurisprudence *Kudla* à l'endroit de l'article 13 de la Convention n'en finit pas d'avoir des répercussions au sein des États membres y compris au sein de ceux pour lesquels le respect des droits fondamentaux constitue leur raison d'être. Inutile ici de rappeler que l'Allemagne est sans doute l'emblème de cette donne. À la question de savoir s'il existe outre-Rhin un recours permettant aux justiciables de se plaindre efficacement de la durée des procédures internes, la réponse est non. Le constat de violation établi dans l'important arrêt *Sürmeli* (30) est d'autant plus implacable qu'il provient de la Grande Chambre, qu'il est asséné à l'unanimité, et *last but not least*, qu'il affecte directement le Tribunal de Karlsruhe. En effet, après une minutieuse analyse des quatre types de recours présentés par le Gouvernement comme étant en mesure de répondre aux exigences de l'article 13, la Cour considéra qu'aucun des quatre — y compris le recours constitutionnel — ne permettait, conformément aux développements récents de sa jurisprudence — tant d'accélérer les procédures que d'obtenir une réparation adéquate (31).

(30) Cour EDH, Gde Ch., 8 juin 2006, *Sürmeli c. Allemagne*.

(31) Elle rappelle au § 100 les lignes fortes de sa jurisprudence récente en étant très « pédagogue » : « (...) la Cour a récemment précisé que le meilleur remède dans l'absolu est, comme dans de nombreux domaines, la prévention. Lorsqu'un système judiciaire s'avère défaillant à l'égard de l'exigence découlant de l'article 6 § 1 de la Convention quant au délai raisonnable, un recours permettant de faire accélérer la procédure afin d'empêcher la survenance d'une durée excessive constitue la solution la plus efficace. Un tel recours présente un avantage incontestable par rapport à un recours uniquement indemnitaire car il évite également d'avoir à constater des violations successives pour la même procédure et ne se limite pas à agir a posteriori comme le fait un recours indemnitaire. Certains États l'ont d'ailleurs parfaitement compris, en choisissant de combiner deux types de recours, l'un tendant à l'accélération de la procédure, l'autre de nature indemnitaire (Scordino précité, §§ 183 et 186, et Cocchiarella précité, §§ 74 et 77). »

C'est à une véritable analyse de droit constitutionnel comparé à laquelle s'est livrée la Cour de Strasbourg dans cet arrêt. Elle prit le soin — on ne pourra ici qu'approuver une telle démarche au regard du système constitutionnel qui était en cause et de l' « aura » juridique du Tribunal de Karlsruhe — de mettre en exergue les limites des compétences de la cour constitutionnelle allemande pour remédier aux durées excessives des procédures devant les juges ordinaires. Et de rappeler que lorsqu'elle conclut à la durée excessive d'une procédure, elle en constate l'inconstitutionnalité pour ensuite inviter la juridiction concernée à accélérer ou terminer la procédure. Et de poursuivre « À l'instar de la Cour constitutionnelle tchèque (voir *Hartman précité*, §§ 67-68) et contrairement à d'autres cours constitutionnelles et suprêmes en Europe (voir, par exemple, *Andráèik et autres c. Slovaquie*, *Slavièek c. Croatie*, *Fernández-Molina González et autres c. Espagne précitées*, et *Kunz c. Suisse (déc.)*, n° 623/02, 21 juin 2005), la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'a pas compétence pour impartir des délais à l'instance inférieure ou ordonner d'autres mesures propres à assurer l'accélération de la procédure litigieuse ni, par ailleurs, la possibilité d'allouer des indemnisations. » (§ 105). Elle va même jusqu'à utiliser les remarques de la Cour allemande qui fut la première à reconnaître « la portée limitée de son intervention lorsqu'elle constate l'inconstitutionnalité de la durée critiquée. » (§ 106). Partant, ni le recours constitutionnel, ni les recours indemnitaire, hiérarchique et en carence ne sont des recours effectifs pour se plaindre de la durée excessive des procédures en Allemagne. Le verdict est plutôt accablant. Toutefois, dans le cadre de l'analyse de l'article 46 § 1 de la convention — « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* » — la Cour prend bonne note d'un projet de loi dont le dessein est d'introduire en droit allemand un nouveau recours en carence qui désengorgera la cour constitutionnelle fédérale des recours critiquant la durée des procédures. Ces derniers devront être « adressés à la juridiction chargée de l'affaire ou bien dans l'hypothèse d'un refus par celle-ci de prendre des mesures pour accélérer la procédure, à la juridiction de recours. » (§ 138). Quand la pression conventionnelle transfigure les procédures constitutionnelles y compris dans le pays de Goethe, cela convient d'être relevé.

2. La Cour européenne, juge des décisions constitutionnelles

Voilà que réapparaît la jurisprudence *Zielinski, Pradal et Gonzalez* (32) dans la jurisprudence de la Cour européenne. On se rappelle de la « mise à l'index » de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de validations législatives (33). Or, malgré le fait que dans l'arrêt *Cabourdin* (34) la

(32) Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et a. c. France*.

(33) *Cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2000-4, pp. 1102-1103.

(34) Cour EDH, 11 avril 2006, *Cabourdin c. France*.

Cour européenne montre aux juges du Palais Montpensier qu'elle a bien pris acte de l'évolution de leur jurisprudence, plus en phase avec les paramètres conventionnels — « *le Conseil constitutionnel, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour, exige désormais un "intérêt général suffisant"* » (§ 36) — il n'en reste pas moins qu'elle condamne la France à l'unanimité et sanctionne une fois de plus clairement le Conseil constitutionnel en rappelant que sa décision « *ne saurait suffire à établir la conformité de l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 avec les dispositions de la Convention.* » (§ 36). On se plait alors à sa demander — avec un brin de provocation il est vrai — si la nouvelle formule utilisée par le Conseil ne serait que de la poudre aux yeux et ne modifierait en rien l'intensité de son contrôle...

Toujours dans le cadre du contrôle par la Cour de Strasbourg des décisions constitutionnelles, l'affaire *Da Costa Silva* (35) mérite l'attention, d'autant plus que l'affaire révèle, à l'inverse de l'affaire *Cabourdin*, la face positive du contrôle. En outre, il s'agit à l'heure actuelle et à notre connaissance de la seule affaire où le juge de Strasbourg a été amené à examiner la réserve espagnole concernant l'application des articles 5 et 6 de la Convention en matière disciplinaire. L'Espagne ratifia en effet la Convention européenne le 26 septembre 1979 en émettant une réserve en vertu de l'ancien article 64 (nouvel article 57) à l'application des articles 5 § 1 et 6 § 1. Bien que la législation nationale qui fut à l'origine de ses réserves ait fini par être abrogée — il s'agissait de dispositions relatives au régime disciplinaires des forcées armées — elle fut remplacée par la loi organique du 27 novembre 1985 (loi 27/1985). Or, l'Espagne décida de maintenir sa réserve en 1986 estimant que les articles 5 et 6 continuaient d'être incompatibles avec certaines des dispositions de la nouvelle législation. C'est dans ce contexte que le requérant, Garde civil de son état (le point est important) mettant en doute la légalité des sanctions disciplinaires qui lui furent infligées (une mis aux arrêts à domicile), saisit la Cour pour violation de l'article 5 § 1 relatif au droit à la liberté et à la sûreté. Avant d'examiner le fond de l'affaire, la Cour dû se pencher sur l'applicabilité aux faits de l'espèce de la réserve espagnole. Elle y répondit par la négative en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal constitutionnel. Qu'on en juge : « *Prétendre que la réserve espagnole, basée sur le régime disciplinaire des forces armées, soit applicable à une norme postérieure, qui a précisément pour objet de régir le régime disciplinaire de la Garde civile en tant que régime spécifique et, par conséquent, différent de celui applicable aux forces armées, est de l'avis de la Cour, difficilement soutenable. (...)* La réserve espagnole avait et a toujours eu pour objet le « régime disciplinaire des forces armées ». Si depuis 1991 la Garde civile, « force et corps de sécurité de l'État », et non « force armée », a pour impératif légal, rappelé par la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel, un régime disciplinaire spécifique, différent de celui des forces armées, et régi par une loi organique

(35) Cour EDH, 2 novembre 2006, *Da Costa Silva c. Espagne*.

propre, la réserve ne peut par conséquent pas s'étendre à une norme qui a pour finalité une ségrégation de l'objet reflété dans la réserve. Cette prétention étant contraire à la Convention, la Cour ne peut l'accepter. » Après avoir utilisé la jurisprudence constitutionnelle pour déclarer inapplicable la réserve, la Cour fit de même pour déclarer au fond la violation par l'Espagne de l'article 5 § 1 qui exige que toute privation de liberté doit résulter d'une décision juridictionnelle. Elle doit être infligée par un tribunal compétent ayant l'autorité requise pour juger l'affaire, qui jouisse d'une indépendance par rapport à l'exécutif et qui présente toutes les garanties judiciaires adéquates. Pour démontrer que la « mis aux arrêts » subie par le requérant avait tous les atours d'une privation de liberté, elle se référa en ces termes à la jurisprudence constitutionnelle : « *La Cour observe que le Tribunal constitutionnel espagnol a considéré, dans son arrêt 14/1999 du 22 février (voir, ci-dessus, Droit interne et international pertinent) que la mise aux arrêts au domicile est une véritable privation de liberté et non une simple restriction de cette dernière. Et cette appréciation est reconnue dans les décisions internes rendues en l'espèce après l'arrêt mentionné du Tribunal constitutionnel (voir, ci-dessus, paragraphes 19 et 20).* » (§ 42). Elle fut en mesure sur ces bases de constater, à l'unanimité, que la mise aux arrêts à domicile décrété contre le requérant par son supérieur hiérarchique ne respectait pas les critères d'indépendance et de garanties judiciaires et ne pouvait être assimilée à une détention régulière « après condamnation par un tribunal compétent ».

B. — *Les Cours constitutionnelles, juges de la constitutionnalité des systèmes transnationaux*

L'entrée des « Dix » nouveaux États membres a eu pour conséquence prévisible d'enrichir la jurisprudence constitutionnelle en matière communautaire. Ainsi, la primauté du droit communautaire est logiquement au cœur des décisions (1) comme l'incourtournable outil de coopération qu'est le mécanisme de renvoi préjudiciel qui organise et rationalise le dialogue de juges à juges (2).

1. *Les Cours constitutionnelles et la primauté du droit communautaire*

Les décisions constitutionnelles cette année témoignent de l'apparition d'une nouvelle ère jurisprudentielle marquée par une ouverture sans pareil à l'endroit du *fait européen*, à tout le moins pour une majorité des cours constitutionnelles. La défiance n'a plus lieu d'être. Il faut dire que l'Union européenne arbore aujourd'hui un visage plus humaniste qu'à l'heure des premières frictions constitutionnelles où il n'était point question de catalogue des droits fondamentaux... Partant, le droit de l'Union européenne n'est plus perçu comme un corps juridique étranger, un droit venu d'ailleurs : il fait, ni plus ni moins,

partie intégrante des droits constitutionnels internes. L'enchevêtrement normatif dévoile ainsi ses effets positifs au niveau judiciaire. Si la jurisprudence constitutionnelle française fut l'objet de toutes les attentions doctrinales au sein de l'Hexagone et bien sûr au-delà, il faut relever également l'importance des jurisprudences constitutionnelles hongroise et tchèque qui démontrent la possibilité d'« ordonner le pluralisme » pour reprendre, en l'inversant, l'expression devenue culte de Mireille Delmas-Marty (36). Tant la question générale des rapports de systèmes [a], que celle plus spécifique du contrôle du droit dérivé [b], permettent de faire le point sur l'avancement de l'intégration au sein des « anciens » comme des « nouveaux » États membres.

a. Les Cours constitutionnelles et l'articulation des systèmes

La cour constitutionnelle tchèque a rendu une décision fondamentale le 8 mars 2006 (37) en abordant de front trois grands types de questions reliées au droit communautaire (38). À la question de savoir si la Cour constitutionnelle était compétente pour réexaminer la validité des actes communautaires, elle rétorqua dans le droit fil de l'orthodoxie communautaire qu'une telle compétence était du ressort exclusif de la Cour de justice. Elle en profita pour dérouler ensuite un raisonnement qui s'apparente à celui tenu par bon nombre de cours constitutionnelles en Europe et qui présente les limites de l'engagement de la République tchèque dans l'aventure intégrative. La « réserve de constitutionnalité » est formulée dans le cadre d'un *obiter dictum*. Elle n'étonnera pas et se conçoit amplement. Surtout, elle témoigne de l'émergence d'une cohérence constitutionnelle à l'échelle européenne relatives aux limites indépassables à ne pas franchir par l'Union dans le cadre de l'exercice des compétences. La primauté du droit de l'Union n'est toujours pas *absolue* comme la Cour de justice l'a pourtant clamé. Il n'en reste pas moins que c'est la contre partie logique d'une adhésion réussie et d'une évolution constitutionnellement compatible — et rajouterai-je *légitime* — des États au sein du système d'intégration. La Cour rappelle ainsi que le transfert des compétence repose sur une « délégation constitutionnelle » dans la mesure où le titulaire originel de la souveraineté et des compétences qui en découlent reste la République tchèque. Partant, la délégation des compétences durera tant que celles-ci seront exercées par les organes de la Communauté d'une manière compatible avec la sauvegarde des fondements de la souveraineté nationale

(36) M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 301p.

(37) Cour constitutionnelle tchèque (*stavní soud*), 8 mars 2006, n° I PL US 50/04.

(38) Elle a été amenée à annuler l'article 3 du règlement du gouvernement n° 548/2005 relatif à la fixation de certaines conditions de mise en œuvre des mesures de l'organisation commune des marchés de sucre. Selon la Cour, en adoptant la législation attaquée qui transpose l'article 1 § 3 du règlement (CE) n° 1609/05, le gouvernement a outrepassé ses compétences qui avaient été transférée aux institutions communautaires.

de la République tchèque et de façon à ne pas menacer les fondements même de l'État de droit. La Cour continua — et on notera les similitudes avec la réserve de constitutionnalité française — en considérant qu'à partir du moment où l'une des conditions de réalisation du transfert de compétences ne serait pas respectée — c'est-à-dire si l'évolution au sein de la Communauté ou l'Union menaçait les fondements de la souveraineté nationale ou les conditions essentielles de l'État de droit démocratique — il serait alors indispensable que les institutions nationales de la République tchèque reprennent leurs compétences et dans ce contexte, il reviendrait à la Cour constitutionnelle de veiller à la constitutionnalité de la démarche. Et de poursuivre son raisonnement en fustigeant tout dérapage par les institutions de l'Union dans l'exercice de leurs compétences. Et d'avertir que si elles exerçaient leur compétences « déléguées » d'une manière *régressive par rapport à la conception actuelle des conditions essentielles de l'État de droit démocratique*, un tel comportement constituerait une violation des règles constitutionnelles de la République tchèque qui, du coup, serait en droit d'exiger que les institutions nationales se réapproprient l'exercice des compétences déléguées.

À la deuxième interrogation qui avait pour dessein de savoir si la Cour constitutionnelle était compétence pour réexaminer la constitutionnalité des règles de droit interne transposant des actes de droit communautaire, la Cour rappelle qu'elles doivent être conformes aux prescriptions constitutionnelles et qu'il n'est guère possible de renoncer à leur examen. Ici, le juge constitutionnel tchèque se sépare de l'approche française. Toutefois, on peut s'aventurer à affirmer qu'en considérant que le droit constitutionnel devra s'interpréter à la lumière des principes découlant du droit communautaire, le résultat sera sans doute *in fine* et concrètement identique. À la troisième et dernière interrogation afférente à la question de savoir si la Cour constitutionnelle était une « juridiction » au sens de l'article 234 T.CE apte à activer le mécanisme du renvoi préjudiciel, elle fournit une « réponse de normand » — en considérant que le sujet était épineux au regard de la diversité des approches des juges constitutionnels en Europe. Du coup, elle reporta la résolution de la question.

La jurisprudence de la cour constitutionnelle hongroise est marquée quant à elle par la volonté de trouver un équilibre subtil entre les prescriptions constitutionnelles — qui ne sont guère toujours univoques — et le nouveau statut d'État intégré de la Hongrie (39). Parmi les décisions qu'elle rendit, celle du *16 juin 2006* (40) — confirmée par celle du *12 décembre 2006* (41)

(39) Les développements qui suivent sont la synthèse des développements présentés par P. Kovács dans la communication intitulée : « Introduction à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Hongrie. Approche thématique » que l'on peut consulter sur le site de l'ACCPUF ou sur le site du *Miskolc Journal of International Law*.

(40) Cour constitutionnelle hongroise, 16 juin 2006, n° 1053/E/2005 AB, v. E. Várnay, A. F. Tatham, « A new step on the Long Way — How to Find the Proper Place for Community Law in the Hungarian Legal Order? » *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 3 (2006), n° 3, pp. 76-84 (<http://www.mjil.hu>).

— est assurément celle qui eu pour ambition d'éclaircir certains points controversés et de poser les fondamentaux de sa jurisprudence européenne pour l'avenir. Alors que la constitution hongroise du 23 octobre 1989 n'avait pas prévu de « clause d'intégration », optant pour le classicisme dans ses rapports au monde (42), la donne changea dans le cadre de la préparation de l'adhésion. La Constitution hongroise devenait européenne avec l'insertion d'un nouvel article 2/A (1) qui se lit ainsi : « *Aux fins de sa participation en tant qu'État-membre au sein de l'Union européenne et en vertu d'un traité international, la République de Hongrie peut exercer certaines de ses compétences découlant de la Constitution, en commun avec les autres États membres, jusqu'aux mesures nécessaires à la jouissance des droits et à l'exécution des obligations stipulés par les traités fondateurs respectivement de l'Union européenne et des Communautés européennes — ci-après mentionnés comme l'Union européenne ; l'exercice de la compétence peut être réalisé seul ou bien par les institutions de l'Union européenne.* » Une telle modification ne fut point accompagnée d'un changement subséquent de la loi sur la Cour constitutionnelle qui reste « dépourvue d'indication concrète sur l'existence (ou non) d'une compétence de la Cour en cas de contradiction entre la Constitution et le droit interne communautaire et le droit interne infra-constitutionnel (43). » Du coup, ces deux éléments combinés mettent en avant le fait que si la clause hongroise d'intégration aborde de front la question de l'exercice des compétences — à l'instar de l'article 88 § 1 de la constitution française — elle reste toutefois muette sur la question de la position hiérarchique du droit de l'Union au sein de l'ordonnement juridique hongrois. C'est dans ce contexte que la décision du 16 juin 2006 est intervenue. Alors qu'une puissance société britannique mettait en cause la carence du législateur hongrois — qui avait omis selon elle de se conformer à la réglementation communautaire concernant les très lucratives activités de paris en ligne (paris électroniques) (44) — la cour constitutionnelle rejeta la requête pour défaut de fondement. Et de considérer que le nouvel article 2/A (1) de la constitution n'imposait pas à l'État

(41) Cour constitutionnelle hongroise, 12 décembre 2006, 72/2006 (XII.15) AB. Sur cette dernière décision, v. P. Kovács, « Vol (communautaire) au-dessus d'un nid de coucou (ou le calcul du temps de travail des médecins et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de la Hongrie), à paraître à la *RFDC*. Je tiens à remercier chaleureusement le professeur P. Kovács — juge à la Cour constitutionnelle — de m'avoir transmis cet article avant sa publication.

(42) Les constituants avaient en effet intégré une clause très orthodoxe sur les rapports entre le droit international et le droit communautaire. L'article 7-1 est ainsi rédigé : « L'ordre juridique de la République de Hongrie accepte les règles universellement reconnues du droit international et garantit l'harmonie entre ses engagements contractés dans le domaine du droit international et le droit interne. »

(43) P. Kovács, « Introduction à la jurisprudence constitutionnelle... », *op.cit.*, p. 26.

(44) C'est une question sensible que la Cour de justice eut plusieurs fois l'occasion d'examiner : CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01.

une obligation positive de légiférer. Elle saisit l'occasion toutefois pour affirmer — contre l'avis de son président (45) — qu'« *En dépit de leur origine conventionnelle [la cour] n'entend pas considérer les traités fondateurs de l'Union européenne (ou les traités qui les modifient) comme des traités internationaux.* » L'*obiter dictum* est emblématique de la prégnance et de la réalité de la théorie de la « spécificité » tandis qu'elle désavoue clairement celle de la « banalisation ». La première était défendue par le professeur Kovács, rapporteur dans cette affaire, qui explicita dans son opinion concordante le fait qu'« *les normes de droit communautaire sont beaucoup plus proches du droit interne que du droit international. Ceci est évident quand on a égard à leur mise en œuvre via la primauté et l'applicabilité directe* (46) ». Et de présenter l'évolution de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire — couronnée par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — comme l'évolution des jurisprudences constitutionnelles allemande et française. Et d'affirmer qu'à l'instar de ses consœurs, la cour constitutionnelle hongroise devrait opter pour une compétence de contrôle très limitée du droit communautaire, dans la seule hypothèse d'une violation manifeste des droits fondamentaux tels que garantis dans la constitution nationale. Hormis cette hypothèse extrême, c'est à la Cour de justice et elle seule d'assurer ledit contrôle.

b. Les Cours constitutionnelles et le contrôle *indirect* du droit dérivé

Après 2004, 2006 est une année clé pour la jurisprudence constitutionnelle française à l'endroit du droit communautaire. Inutile ici de revenir sur les subtilités techniques des décisions du 30 mars 2006 (47), 27 juillet 2006 (48) et du 30 novembre 2006 (49) des juges du Palais Montpensier ; elles ont été à merveille exposées par la doctrine dans des commentaires spécialisés (50). On relèvera simplement que la France semble enfin rentrer dans une ère où l'ensemble des juges — suprêmes et constitutionnels — prennent concrètement la mesure du statut d'État *intégré* de la France. Ainsi, d'un côté, si l'incompé-

(45) Le juge Bihari, président de la cour constitutionnelle hongroise, a considéré dans son opinion dissidente que le traité CE était un « traité international » comme un autre ; pour plus de détails sur l'argumentation qu'il développa, v. E. Várnay, A. F. Tatham, « A new step on the Long Way ... », *op.cit.*, p. 80.

(46) *Ibid.*, p. 78.

(47) Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC.

(48) Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 2006-540 DC.

(49) Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC.

(50) Les commentaires étant innombrables, on se permet de renvoyer aux nomenclatures des tels qu'ils se trouvent dûment mentionnés sous chaque décision mise en ligne sur le site du Conseil constitutionnel (www.conseil-constitutionnel.fr).

tence de principe pour contrôler la constitutionnalité des lois nationales de transposition est confirmée, la réserve de constitutionnalité n'en est pas moins différemment identifiée et ramenée à « *une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* ». De l'autre, la compétence pour vérifier la compatibilité des lois avec les directives qu'elles ont pour objet de transposer est plus que jamais affirmée, le Conseil constitutionnel ayant pour la première fois censuré partiellement le législateur (décisions du 30 novembre 2006). La jurisprudence « IVG » est clairement égratignée, pour le meilleur de l'office communautaire du juge constitutionnel qui devient — aux côtés des juges suprêmes — l'allié objectif de la Cour de justice.

L'histoire du mandat d'arrêt européen n'est décidément pas celle d'un « long fleuve tranquille ». À cet égard, le temps juridique n'est pas le même pour tous les États membres. Dans certains pays, les législateurs ont du se remettre à l'ouvrage après les déclarations d'inconstitutionnalité des lois de transposition (Chypre et Pologne). D'autres, qui ont connu plus tardivement la saisine des cours constitutionnelles, sont à peine dans le temps des déclarations de constitutionnalité à l'endroit des lois de transposition. À cet égard, certains juges constitutionnels s'en sont remis à la Cour de justice (Belgique), tandis que d'autres ont abordé de front la question (République tchèque).

S'agissant du premier point, le va et vient entre le législateur et les juges nationaux est en effet poussé à son paroxysme. Il ne s'agit là toutefois que du prix démocratique à payer afin que le droit de l'Union soit, en plus d'être intégré conformément aux canons constitutionnels internes, perçu comme *légitime* au sein des ordres nationaux. On se rappelle des décisions polonaises et chypriotes qui déclarèrent inconstitutionnelles les lois de transposition de la décision-cadre du 13 juin 2002 (51) ; elles amenèrent les législateurs de ces deux pays à en tirer les conséquences, sans toutefois que leur action modificatrice prenne une allure identique. Si la loi de réforme constitutionnelle chypriote prit en considération, de façon générale, la condition d' « État membre européen » de la République de Chypre (52), la réforme polonaise a eu, quant à elle, pour unique dessein de remédier aux contrariétés techniques relevées en son temps par le juge constitutionnel qui avait donné dix-huit mois au législateur pour « remettre l'ouvrage sur le métier » (53). Dans ce contexte, on s'attardera plus particulièrement sur le cas chypriote. Alors que la Cour suprême avait relevé une contrariété entre la loi nationale de transposition du mandat d'arrêt européen et l'article 11 de la Constitution, le pouvoir constituant dérivé s'empara de ce contexte afin d'élargir la portée de la

(51) Tribunal constitutionnel polonais, 27 avril 2005, P 1/05 ; Cour suprême de la République de Chypre, 7 novembre 2005, *Avocat général c. Costa Constantinou*, n° 294/2005, v. *cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2006-4, spec. pp. 1122-1127.

(52) Loi n° 127 (I) / 2006 du 26 juillet 2006 sur la cinquième modification de la Constitution de 2006.

modification constitutionnelle. Si le § 2 de l'article 11 fut spécifiquement modifié (54), il fut surtout ajouté pour la première fois dans la jeune histoire européenne de la République de Chypre, un nouvel article 1A à la Constitution qui s'apparente à une véritable profession de foi juridique européenne. Il prévoit en effet qu'aucune disposition de la Constitution ne peut être considérée comme annulant des lois, des actes ou des mesures adoptées par la République afin de se conformer à ses obligations résultant de son adhésion à l'Union européenne. Dans le même sens, aucune disposition constitutionnelle ne peut faire échec aux effets juridiques au sein de la République de Chypre du droit dérivé (contraignant), tant du premier pilier que des deux piliers intergouvernementaux. La dimension européenne du droit constitutionnel posée sans ambages ni tabou par un article qui se situe au frontispice de la Charte constitutionnelle — ce qui n'est évidemment pas un hasard — ce sont deux modifications spécifiques qui dévoilent, s'il en était encore besoin, que la République de Chypre entend résolument jouer le jeu de son statut d'*État intégré*. L'article 140 qui permettait au Président de la République ou au Vice président de demander à la Cour suprême de se prononcer sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation, leur octroie désormais ce même pouvoir, mais étendu au contrôle de leur compatibilité avec le droit communautaire ou le droit de la Convention. Tout est fait, en somme, pour que l'intégration routinière du droit de l'Union au sein de l'ordonnement chypriote se déroule sans

(53) Loi du 8 septembre 2006. L'interdiction constitutionnelle d'extradition connaît désormais une exception. L'extradition d'un citoyen polonais peut être, en effet, autorisée à la demande d'un autre pays ou d'un organe judiciaire international si cette possibilité découle d'un traité international ratifié par la Pologne ou d'une loi transposant un acte juridique adopté par une organisation internationale à laquelle la Pologne est partie. La possibilité d'extrader un citoyen polonais est en outre soumise à la condition que les faits pour lesquels la demande d'extradition a été émise aient été commis hors du territoire polonais et qu'ils constituent une infraction au regard du droit polonais ou auraient constitué une infraction au regard du droit polonais s'ils avaient été commis sur le territoire de la Pologne, tant au moment de la commission des faits, qu'à celui du dépôt de la demande.

(54) Selon la modification du § 2 de l'article 11 de la Constitution, l'arrestation et la détention d'un ressortissant chypriote sont possibles à condition qu'elles soient effectuées aux fins d'extradition, soit en raison de l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, soit conformément à un accord international qui lie la République. Bien que l'arrestation et la détention d'un ressortissant chypriote aux fins d'extradition suite à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, soient possibles pour des faits commis à partir de la date d'adhésion de Chypre à l'Union européenne dans le cas d'un accord international, elles ne concernent que des actes qui ont eu lieu après l'entrée en vigueur de la loi de modification. D'ailleurs, une telle arrestation et détention peut être refusée dans le cadre d'une poursuite pénale ou d'une peine infligée, pour des raisons tenant à la race, la religion, la nationalité, l'origine ethnique, les croyances politiques et des actions concernant des droits communs et personnels découlant du droit international.

difficultés, ce qui suppose que tous les actes de la République soient compatibles avec lui.

S'agissant du second élément, il est particulièrement révélateur du « dialogue horizontal » que les juges nationaux entretiennent entre eux en matière européenne. En effet, si la cour constitutionnelle tchèque se prononça directement sur la constitutionnalité de la loi transposition de la décision-cadre (55), c'est qu'elle savait que — de son côté — la Cour d'Arbitrage belge avait saisi la Cour de justice d'une question préjudicielle en appréciation de validité de ladite décision (56). Dans ce contexte, elle considéra qu'il n'était pas nécessaire de faire de même et qu'il convenait de trancher la question de constitutionnalité (le mandat d'arrêt étant, jusqu'au prononcé de la Cour de justice, applicable.) Alors qu'elle était saisie par des groupes de députés et de sénateurs d'une demande d'abrogation de la loi de transposition, elle la rejeta en développant une argumentation très clairement euro-compatible révélatrice. Et d'estimer que lorsque plusieurs interprétations de la Constitution sont possibles, il convient d'opter en faveur de celle qui ne contrevient pas aux obligations découlant de la qualité de d'État membre. Sur la base de ce curseur, elle analysa les dispositions constitutionnelles qui, selon les saisissants, entraient en contradiction avec la loi de transposition. Elle confronta ainsi le principe constitutionnel de non extradition d'un citoyen tchèque avec la procédure de remise. En utilisant tout à la fois des arguments exégétiques, comparatifs et téléologiques, elle mit en avant le fait que les avantages qui découlaient de la citoyenneté européenne (notamment pour les ressortissants tchèques) avaient une contrepartie en termes de responsabilité. Pour le juge constitutionnel tchèque, la réalité de l'Union européenne ne peut point être esquivée et s'est en tenant compte qu'il convient d'interpréter la disposition constitutionnelle en cause. Ainsi, à l'argument des saisissants selon lequel le lien entre le citoyen et l'État était altéré par la procédure de remise, la Cour rétorqua qu'elle n'empêchait pas la protection du citoyen tchèque par l'État, qu'il disposait du droit d'attaquer les décisions grâce à l'existence de voies de recours et que la loi énumérait précisément les motifs de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen. De même, à l'argument (éculé) selon lequel la procédure de remise affectait l'exigence de la « double incrimination », la cour de façon remarquable estima que l'abandon de cette exigence classique s'expliquait et se légitimait au regard de la proximité des valeurs partagées par les États membres — marquées par le force de la *rule of law* — qui, de ce fait, devaient cultiver une confiance mutuelle. La cour constitutionnelle tchèque fait assurément partie des cours qui ont pris acte de la réalité européenne des États membres : l'indissociabilité des, ordres juridiques européens et nationaux (57).

(55) Cour constitutionnelle tchèque (*stavní soud*), 3 mai 2006, n Pl. S 66/04.

(56) Cour d'arbitrage belge, 13 juillet 2005, 2005-126 (recours en annulation).

(57) Il convient toutefois de relever que la décision fit l'objet d'une opinion dissidente formulée par trois des douze juges de la cour constitutionnelle.

2. Les Cours constitutionnelles et le renvoi préjudiciel communautaire

Le renvoi préjudiciel — « clé de voûte » du système juridictionnel communautaire — est loin d'avoir tari l'intérêt des analystes ; il a même attiré l'attention des législateurs nationaux ! Une loi suédoise du *1^{er} juillet 2006* — qui s'applique à toute juridiction ou autorité publique tenue, en vertu du droit communautaire, de saisir la Cour de justice — leur impose une obligation (*i.e.* motiver de façon expresse tout refus de renvoi, quand il est demandé par une partie au litige ou quand les faits de la cause pouvaient laisser penser qu'il pouvait être activé) et leur expose leurs droits et obligations notamment dans le cadre du III^e pilier. Il est symptomatique de constater la réactivité de la Suède à une procédure de recours en constatation de manquement qui avait été activée par la Commission en 2004, notamment au regard du nombre très faible de renvois préjudiciels par les juges suédois... Abandonnée dans le cours de l'été, la Commission prit acte à n'en pas douter de la loi suédoise qui rappelle à l'ordre les juges nationaux afin qu'ils exercent correctement leur fonction de « juge commun de droit communautaire »...Exemple à suivre ?

La géométrie variable du mécanisme préjudiciel est désormais chose connue ; elle n'en est certes pas pour autant positive. La variabilité des compétences de la Cour de justice existe entre le pilier communautaire (article 234 T.CE) et le troisième pilier (article 35 T.UE), mais aussi à l'intérieur du premier pilier (articles 234 T.CE *versus* article 68 CE), ce qui n'est guère positif pour un droit de l'intégration homogène et une protection adéquate des droits des justiciables. Il est à cet égard remarquable de constater que la Cour suprême polonaise, dans une affaire où était en jeu l'application du mandat d'arrêt européen, a regretté que le gouvernement polonais n'ait pas accepté la compétence de la Cour sur la base de l'article 35 T.UE ce qui l'empêcha ce faisant de poser une question préjudicielle à la Cour de justice (58). Cette critique à peine voilée aura-t-elle des conséquences positives sur la politique judiciaire du gouvernement de Varsovie ? En tout état de cause, elle met en exergue s'il était encore besoin les failles importantes de la protection juridictionnelle dans le cadre du III^e pilier.

Ces remarques liminaires effectuées, le cru du contentieux constitutionnel 2006 en matière de renvoi dévoile des jurisprudences ambivalentes : les unes sont marquées par une défiance étonnante à l'endroit du mécanisme (Allemagne) [a], tandis que d'autres montrent à l'endroit du renvoi préjudiciel une « empathie juridictionnelle » tout à faire remarquable (République tchèque, Espagne) [b]. Surtout, l'année aura confirmé que l'architecture des mécanismes constitutionnels et l'allure du « procès » constitutionnel permettent à certaines cours constitutionnelles de surseoir à statuer et de s'adresser à la Cour de

(58) Cour suprême polonaise, 20 juillet 2006, 1 KZP 21/06.

justice (Belgique), tandis que d'autres, en l'état actuel du droit, ne le *peuvent* tout simplement pas (France) (59).

a. Les défiances juridictionnelles

On connaît un des aspects majeurs de l'arrêt *Simmenthal*. En cas de concurrence entre l'obligation de renvoi préjudiciel en matière constitutionnelle (existant dans certains ordonnancements) et celle de renvoi préjudiciel communautaire, le juge national doit privilégier la seconde. Ainsi, depuis 1978, la messe est dite. Or, malgré cela, le tribunal constitutionnel allemand — dont on sait que la jurisprudence européenne est sortie des périodes de turbulences pour être entrée dans une phase de confiance et d'apaisement — vient de manifester à l'endroit de cette règle une bien curieuse défiance. En effet, dans un arrêt du 11 juillet 2006 (60), il estima qu'il ne pouvait pas être établie de « hiérarchie » entre la procédure de l'article 234 T.CE et celle de l'article 100 de la Loi Fondamentale qui s'insère dans le cadre du contrôle concret des normes en vertu duquel un juge national peut surseoir à statuer afin de faire vérifier la compatibilité d'une loi interne à la Loi Fondamentale par la cour constitutionnelle. Outre le fait que poser la problématique en termes de « hiérarchie » au lieu et place de « priorité d'application » est malvenue, c'est tout l'esprit de la jurisprudence *Simmenthal* qui est faussé. Le Haut tribunal considère qu'il appartient au juge compétent (*i.e.* le juge du fond) d'apprécier l'utilité et l'opportunité de l'une ou de l'autre procédure du litige en cause. Il reste à espérer que les juges ordinaires fassent une lecture adéquate des priorités en matière de renvoi préjudiciel et prennent la mesure de leurs obligations communautaires.

b. Les empathies juridictionnelles

Le contraste entre la jurisprudence allemande et tchèque est saisissant. Confronté à la même problématique (*i.e.* concurrence des procédures de renvoi), la Cour constitutionnelle tchèque a fourni une leçon exemplaire de droit communautaire aux juges du fond en s'alignant sur les canons de la jurisprudence *Simmenthal*. Dans une décision du 21 février 2006 (61), elle considéra

(59) Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, considérant n° 7 : « 7. Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel. » (C'est nous qui soulignons).

(60) Tribunal constitutionnel allemand, 16 juillet 2006, BvL 4/00.

(61) Cour constitutionnelle tchèque (*stavní soud*), 21 février 2006, n° PL S 19/04.

qu'il fallait désormais interpréter le contrôle concret de constitutionnalité tel qu'établi à l'article 95 § 2 de la Constitution (62) à la lumière du nouveau statut d'État intégré de la République tchèque qui, depuis le 1^{er} mai 2004, fait partie de l'Union européenne. Cela implique que toute autorité publique doit respecter le principe de primauté et de l'appliquer en cas d'incompatibilité avec le droit tchèque. Et de rappeler à l'attention des juges du fond que s'il pense déceler une contrariété entre une loi nationale et le droit communautaire, c'est avec la Cour de justice et non elle-même qu'il convient de coopérer en activant le mécanisme du renvoi de l'article 234 T.CE. La doctrine tchèque a salué une telle décision en se demandant toutefois si la même solution l'emporterait dans l'hypothèse où le droit interne serait jugé inconstitutionnel et où son application serait néanmoins exigée par le droit de l'Union (63). Attendons les développements jurisprudentiels et relevons pour le saluer la posture *pro-communitate* (64) du juge constitutionnel tchèque à qui il n'aura point fallu des années d'adaptation pour intégrer la donne européenne dont on ne se lassera pas de répéter qu'elle fait ni plus ni moins partie intégrante de la donne nationale.

Conformément à son célèbre revirement de jurisprudence du 19 avril 2004 (65), le Tribunal constitutionnel espagnol, dans une décision du 19 juin 2006 (66) a considéré que le Tribunal supérieur de justice des Canaries avait enfreint l'article 24 §§ 1 et 2 de la Constitution espagnole consacrant le droit à une protection juridictionnelle effective (*tutela judicial efectiva*) pour avoir méconnu le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des normes en Espagne. L'origine du litige résidait dans un arrêt de la Cour de justice. Dans le cadre d'une procédure en constatation de manquement, elle avait déclaré l'article 20. 1.13 de la loi espagnole n° 37/1992 relative à la taxe sur la valeur ajoutée contraire à la 6^e directive sur l'harmonisation fiscale. Dans ce contexte, le tribunal supérieur de justice avait cru bon de considérer, *proprio motu*, que la loi fiscale canarienne, rédigée dans des termes identiques à la loi générale nationale, devait être écartée et rester inappliquée sur le territoire canarien. Le recours d'*amparo* étant largement ouvert outre-Pyrénées, le gouvernement canarien saisit le tribunal constitutionnel espagnol en alléguant la violation de l'article 24 de la Constitution par le tribunal supérieur de justice. *In fine*, les juges constitutionnels donnèrent raison au gouvernement. La juridiction

(62) Il se lit ainsi : « Si un tribunal arrive à la conclusion que la loi qui doit être appliquée à la solution de l'affaire est contraire à l'ordre constitutionnel, il transmet la question à la Cour constitutionnelle. »

(63) M. Bobek, *Soudní rozhledy*, 2006-5, p. 171.

(64) L'expression est celle de Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2007, p. 219.

(65) Tribunal Constitutionnel espagnol, 19 avril 2004, n° 58/2004, v. *cette Revue*, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », 2005-4, pp. 1136-1137.

(66) Tribunal Constitutionnel espagnol, STC, 19 juin 2006, n° 194/2006.

suprême de la Communauté Autonomes des Canaries s'était en effet méprise sur le champ d'application de la 6^e directive : en vertu de son article 3, le territoire des Iles Canaries en était expressément exclu. Partant, pour la Haute juridiction constitutionnelle espagnole, le tribunal autonome devait, afin de respecter le mécanisme de contrôle de constitutionnalité des normes, soit poser une question préjudicielle sur la base de l'article 234 TCE (s'il estimait que la réglementation régionale était contraire au droit communautaire), soit poser une question de constitutionnalité au tribunal constitutionnel (s'il considérait contraire au principe d'égalité une différence d'interprétation de la réglementation nationale par rapport à celle de la réglementation autonome).

II^e PARTIE. — LES INTERACTIONS MATÉRIELLES (67)

Les tendances lourdes des jurisprudences européennes et constitutionnelles révèlent des manières souvent différentes d'appréhender le fait discriminatoire selon les personnes et leur orientation sexuelle (la césure entre le traitement des homosexuels et des transsexuels perdurant par exemple), mais également entre les personnes et les « groupes ». Il est à cet égard significatif de constater l'utilisation à géométrie variable de l'élément statistique comme outil probatoire d'une discrimination par la Cour européenne. Utilisé sans complexes quant il s'agit d'évaluer les discriminations sexuelles (notamment entre les hommes et les femmes) [I], cet outil est minoré quand il est question de se placer sur le terrain des atteintes aux droits des membres de groupes ethniques minoritaires. Il faut dire que la discrimination ethnique [II] bouleverse en tant que telle les fondamentaux de la garantie *individuelle* des droits.

I. — LES DISCRIMINATIONS SEXUELLES

La *summa divisio* classique entre les discriminations au regard du sexe [A] et les discriminations au regard de l'orientation sexuelle [B] est toujours opératoire afin de tenter de discerner les tendances des jurisprudences européennes qui, à certains égards, n'en sont pas moins révélatrices d'approches casuistiques.

(67) Pour des raisons techniques dues à la taille des chroniques, il n'a pas pu être analysé cette année le thème du droit à la vie privée et familiale au regard de l'importance prise par la question discriminatoire et par l'importance des développements consacrés dans le cadre de la première partie. Gageons qu'un état des lieux sera effectué sur le droit à la vie privée et familiale l'année prochaine.

A. — *Les discriminations au regard du sexe*

L'arrêt *Stec* (68) qui valide une différence de traitement entre les hommes et les femmes quant à l'âge légal de départ à la retraite est-il un arrêt d'espèce ? On a vu plus haut le contexte européen particulier à l'origine de l'affaire ; le fait que la Cour de justice ait eu l'occasion de se prononcer et de valider une telle différence pourrait à lui seul expliquer une telle solution... Il n'en reste pas moins intéressant de souligner que la Cour, dans cette affaire, en plus de confirmer que les prestations non contributives relèvent bien du « *droit au respect des biens* », considère que les États doivent disposer d'une large marge d'appréciation dans le cadre de l'égalité professionnelle. Du coup, elle valide et accepte l'idée de « discrimination positive » à l'égard des femmes, explicative de la différence de traitement avec les hommes à une époque où elles étaient désavantagées. Et d'affirmer qu' : « *Eu égard à la justification originelle de la mesure, qui était censée corriger une inégalité financière entre les sexes, à la lenteur naturelle du processus d'évolution dans les vies professionnelles des femmes et à l'absence d'uniformité à cet égard parmi les États contractants (voir Petrovic, précité, §§ 36-43), la Cour estime que le Royaume-Uni ne peut être critiqué pour ne pas s'être engagé plus tôt sur la voie d'un âge légal unique de départ à la retraite.* » (§ 64)

L'utilisation par la Cour de Strasbourg de l'outil statistique afin d'évaluer l'existence d'une discrimination indirecte laisse songeur tant elle est conditionnée par les particularités des espèces qui lui sont soumises. Quand il s'agit d'examiner les obligations attenantes au « service obligatoire de jury », elle s'empare de l'outil pour reconnaître que les hommes sont dans la pratique plus soumis que les femmes à cette obligation civique. L'affaire *Zarb Adami* (69) le démontre sans ambages. Si à Malte la législation de 1994 est en apparemment neutre — les hommes et les femmes étant soumis de la même manière à leur obligation civique de jury — il ressort des statistiques fournies par le requérant que sa mise en œuvre en revanche ne l'est guère. Ainsi, la Cour reconnaît une violation de l'article 14 combiné avec l'article 4 § 3.d) de la Convention à l'encontre du requérant qui, à trois reprises, a été contraint sur une période de dix-sept ans de faire partie d'un jury criminel. Et de rejeter les explications d'ordre socio-culturelles présentées en défense par le gouvernement pour justifier l'écart numérique entre les deux sexes. Pour le juge de Strasbourg, elles ne constituaient pas de justification objective et raisonnable, à partir du moment où elles concernaient en réalité la participation concrète des femmes aux jurys et non leur inscription en tant que telle sur les listes des jurés. On ne peut s'empêcher de relier cette affaire — qui peut sembler à certains égards « dérisoire » — avec le contentieux ethnique en progression devant la Cour et qui mit en avant cette année l'extrême vulnérabilité de la

(68) Cour EDH, Gde Ch., 12 avril 2006, *Stec et autres c. Royaume-Uni*.

(69) Cour EDH, 20 juin 2006, *Zarb Adami c. Malte*.

situation des Roms en République tchèque. On verra — dans le cadre de l'analyse de l'arrêt *D.H* (70) — que la mise en avant de l'outil statistique quand il est question de déterminer l'existence d'une discrimination indirecte à l'endroit d'une minorité ethnique est maniée avec beaucoup moins d'aisance et de facilité par le juge européen.

B. — *Les discriminations au regard de l'orientation sexuelle*

Bien qu'il faille se garder de trop généraliser au risque de caricaturer les subtilités des jurisprudences européennes et constitutionnelles, il n'en reste pas moins qu'elles sont marquées par des tendances de fond assez largement similaires. Tout d'abord, d'un point de vue général, si les discriminations à l'endroit des homosexuels ne sont guère invariablement considérées comme injustifiées, celles à l'endroit des transsexuels sont quant à elle systématiquement condamnées [2]. Ensuite, une analyse plus fine permet de discerner un traitement différencié au sein même de la catégorie des homosexuels. En effet, les différences de traitement existant encore dans de nombreuses législations entre les *couples* homosexuels et hétérosexuels ne sont pas considérées comme des discriminations injustifiées, tandis que les *personnes* homosexuelles bénéficient quant à elle de la vulgate égalitaire [1]. Le paradoxe est à son comble : mieux vaut être un célibataire homosexuel qu'un homosexuel en couple pour pouvoir se plaindre d'une discrimination et obtenir réparation...

1. *Les différences homosexuelles*

À la question de savoir si un « fonctionnaire partenaire » — dans le cadre d'un partenariat de vie — avait droit aux allocations familiales en vertu de la loi portant rémunération des fonctionnaires « mariés » (71), la réponse est catégorique : c'est non ! La décision du 26 janvier 2006 (72) de la Haute juridiction administrative allemande arrive à cette conclusion en se basant notamment sur le droit communautaire après avoir considéré qu'il n'était pas possible d'assimiler le « partenariat de vie » à un « mariage », ce qui avait été délibérément exclu par le législateur. C'est tout à la fois la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 (73) comme le fameux arrêt *D c. Conseil*, que le *Bundesverwaltungsgericht* présenta à l'appui de son argumentation. Et

(70) Cour EDH, 7 février 2006, *D.H. et autres c. République tchèque*.

(71) En effet, l'article 40 § 1 de la loi prévoit un droit aux allocations familiales entre autres pour le fonctionnaire marié.

(72) Cour suprême administrative allemande, 26 janvier 2006, 2 C 43/04, *NJW* 2006, p. 1828.

(73) Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

de considérer que la directive ne s'oppose pas à l'exclusion du droit aux allocations familiales du partenaire d'un partenariat enregistré. Le texte de la directive n'exigerait pas qu'un élément de la rémunération accordé aux employés mariés le soit également aux employés qui sont partenaires d'un partenariat enregistré. Elle s'appliquerait au contraire, selon son considérant 22, « sans préjudice des lois nationales relatives à l'état civil et des prestations qui en dépendent » (74). Surtout, il rappela la solution dégagée dans l'arrêt *D. c. Conseil* où la Cour de Luxembourg s'était refusée — dans le cadre d'affaires concernant l'attribution d'allocations familiales à des fonctionnaires européens — à considérer que le traitement différencié entre des fonctionnaires enregistrés et mariés étaient une discrimination au regard du sexe (75). Cette affaire démontre à quel point les questions afférentes à l'état civil des personnes ont voulu être « retenues » par les États qui désirent encore être maîtres de ces questions, quand bien même leur législation peuvent engendrer des discriminations jugées *illégitimes* — car décalées avec l'évolution des mœurs au sein des sociétés — pour nombre de personnes. Surtout, l'arrêt démontre à l'envi la différence de traitement entre les couples homosexuels et les couples transsexuels, la Cour de justice ne leur appliquant guère les mêmes paramètres comparatifs. Le hiatus entre la démarche dégagée dans l'arrêt *P. c. S* (76) et celle soutenue dans l'affaire *D. c. Conseil* est toujours d'actualité (v. *infra*)...

(74) Cela est encore plus explicite quand on lit l'article 3 § 1 de la directive relative à son champ d'application : « Dans les limites des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne : a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion ; b) l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique ; c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération ; d) l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations. Pourvu que ses dispositions soient par ailleurs respectées, la présente directive est donc sans préjudice du droit des églises et des autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions, agissant en conformité avec les dispositions constitutionnelles et législatives nationales, de requérir des personnes travaillant pour elles une attitude de bonne foi et de loyauté envers l'éthique de l'organisation ».

(75) CJCE, 31 mai 2001, *D. c. Conseil*, C-122/99 et C-125/99. Pour une critique circonstanciée d'une telle approche, v. « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *cette Revue*, 2002-4, spec. pp. 1026-1035.

(76) CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S*, C-13/94, *rec.* I-2143.

Quoi qu'il en soit, quand les faits d'une espèce entrent dans le champ d'application de la même directive correctement transposée en droit interne, la lutte contre tout type de discriminations, y compris en matière d'orientation sexuelle, finit par l'emporter. Ainsi quand, pour la première fois dans un pays, en l'occurrence l'Autriche, un tribunal (le *Landesgericht Salzburg*) reconnaît le droit d'une personne à une indemnisation pour harcèlement en raison de son orientation sexuelle subi sur son lieu de travail, cela mérite l'attention. Cette solution du 14 juillet 2006 (77) découle de la transposition de la directive 2000/78 par une loi autrichienne en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2004. Elle prohibe toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en ce qui concerne l'emploi (articles 17 et 18) ainsi que tout harcèlement en raison de l'orientation sexuelle (article 21). En l'espèce, le tribunal autrichien constata que le requérant, un camionneur homosexuel, avait été victime pendant plusieurs années des moqueries et d'allusions désobligeantes de deux collègues en raison de son homosexualité. Et de considérer que l'intensité de leurs comportements eut pour effet de porter atteinte à sa dignité et à sa réputation. Partant, ils furent condamnés respectivement au paiement d'une somme d'un montant de 400 euros, le requérant ayant décidé de se battre pour les principes en ne demandant l'obtention que du montant minimal prévu par la loi.

Pour clore ce tour d'horizon des jurisprudences relatives au traitement de l'homosexualité, il convient de relever l'arrêt tout à fait remarquable du Tribunal constitutionnel espagnol qui, dans une décision du 13 février 2006 accepta le recours d'*amparo* interjeté sur la base de l'article 14 de la Constitution espagnole par un ancien salarié d'une compagnie aérienne qui estimait qu'il avait été licencié en raison de son homosexualité (78). Ce n'est pas tant l'acceptation du recours qui est notable et l'annulation corrélative de l'arrêt du Tribunal supérieur de justice de Catalogne qui avait débouté le requérant, mais bien la manière dont la Haute juridiction constitutionnelle est parvenu à considérer que l'orientation sexuelle faisait partie des motifs prohibés de discrimination tels qu'énumérés à l'article 14 de la Constitution. Cette disposition, la première du Chapitre II concernant les « droits et libertés » se lit ainsi : « *Les Espagnols son égaux devant la loi et ne peuvent faire l'objet d'aucune discrimination pour des raisons de naissance, de race, de sexe, de religion, d'opinion ou pour n'importe quelle autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.* » Liste ouverte, la formule finale plutôt compréhensive octroie au juge constitutionnel une marge de manœuvre non négligeable à l'heure d'interpréter cette clause fondamentale. En l'espèce, pour intégrer

(77) *Landesgericht Salzburg*, 14 juillet 2006, 18 Cgal 120/05t.

(78) Tribunal constitutionnel espagnol, 13 février 2006, STC n° 41/2006. Je tiens à remercier ici mon ami et collègue Pablo Pérez Tremps — juge au Tribunal constitutionnel espagnol — d'avoir eu l'amitié de m'indiquer l'intérêt de cette décision.

« l'orientation homosexuelle » au sein de cette liste, le Tribunal constitutionnel raisonna en deux temps. Il releva tout d'abord que « l'orientation homosexuelle partage avec les autres motifs mentionnés à l'article 14 le fait d'être une différence historique très enracinée ; tant l'action des pouvoirs publics que la pratique sociale a désavantagé les homosexuels et les a atteints dans leur dignité de personnes (reconnue à l'article 10 § 1 de la Constitution) du fait des importants préjugés ancrés normativement et socialement contre cette minorité. » L'incise est forte et réaliste. Le Tribunal poursuit en considérant ensuite que l'article 14 devant s'interpréter grâce aux ressorts de l'article 10 § 2 (79), il convient de prendre en considération en ensemble normatif particulièrement large. Intervient ici alors la présentation d'un florilège de jurisprudence et d'instruments internationaux qui prennent en compte le fait homosexuel. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et la doctrine du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sont précisément présentés ; l'article 13 du TCE est dûment mentionné pour rappeler qu'il intègre « l'orientation sexuelle » parmi les causes de discrimination ; une kyrielle de directives communautaires sont énumérées *et last but not least...* l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux qui prohibe expressément la discrimination fondée sur « l'orientation sexuelle ». À quand l'équivalent d'un article 10 § 2 dans la Constitution française qui permettrait au Conseil constitutionnel d'être une juridiction plus en phase, tant avec les autres juges constitutionnels européens, qu'avec l'univers international et européen qui l'entoure ?

2. La constance transsexuelle

Il y aura désormais deux arrêts *Grant*. Il ne faut cependant point les confondre : si le premier concernait le traitement juridique de la question homosexuelle et avait été réglé devant le prétoire de la Cour de Luxembourg (80) ; le second a trait à la question transsexuelle et trouva un épilogue devant la Cour de Strasbourg. L'arrêt *Grant* du 23 mai 2006 (81) ajoute une pierre à l'édifice européen concernant les contentieux afférents aux discriminations en matière d'orientation sexuelle. Le Royaume-Uni est assurément l'État

(79) Il se lit ainsi : « Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne ».

(80) CJCE, 17 février 1998, *Jacqueline Grant*, C-249/96, *rec.*, p. 636. Dans cette arrêt, les juges du Plateau de Kirchberg affirmaient quelque peu abruptement qu'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne pouvait point constituer une discrimination sexuelle. Pour une critique d'une telle approche, v. « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *cette Revue*, 2000-4, *spec.* pp. 1120-1132.

(81) Cour EDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni* (arrêt publié uniquement en anglais).

membre qui a le plus drainé ce contentieux devant la Cour de Strasbourg. S'agissant spécifiquement de la question transsexuelle, il suffit de rappeler les arrêts phares : *Rees*, *Cossey*, *X,Y,Z*, *Sheffield and Horsham*, et *last but not least*, *Christine Goodwin* ainsi que son affaire jumelle, l'affaire *I*.

Quand bien même les deux derniers arrêts ont profondément modifié le paysage législatif britannique — une loi dite sur la « reconnaissance du genre » ayant été adoptée en 2004 afin de tirer les conséquences du constat de violation de l'article 8 (82) — l'arrêt *Grant* fait partie des arrêts de « transition ». La requérante, ressortissante britannique de soixante-huit ans, est une transsexuelle opérée passée du sexe masculin au sexe féminin à l'âge de vingt-six ans. Ainsi, depuis 1963, elle se présente comme une femme. Le contentieux avec l'administration britannique commença le jour où elle réclama le versement d'une pension le jour de son soixantième anniversaire. Or, pour l'État, M^{me} Grant était toujours un homme et ne pouvait percevoir la dite pension qu'à partir du moment où elle/il allait fêter son soixante-cinquième anniversaire ! Quand l'arrêt *Goodwin* fut rendu par la Cour le 11 juillet 2002, elle sollicita le réexamen de sa situation ; or, le Ministère du travail et de la sécurité sociale refusa de lui accorder une pension sur la base de l'arrêt *Goodwin*. Bien que la requérante, une fois entrée en vigueur la loi sur la reconnaissance du « genre », ait pu bénéficier des avantages liées à son nouveau sexe en matière de prestations de sécurité sociale et de pensions de retraites, cette loi ne déployait ses effets que pour l'avenir. Partant, elle obtint gain de cause auprès de la Cour européenne car entre 60 et 65 ans, elle ne reçut aucune pension. Il est tout à fait remarquable de constater que la Cour de justice dans un arrêt *Richards* (83) rendu à peine un mois plus tôt, considéra que le refus opposé à une transsexuelle — passée du sexe masculin au sexe féminin — de faire valoir ses droits à la retraite au même âge que les femmes (60 ans), méconnaissait les termes de la directive du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Si l'arrêt référent fut l'arrêt *Goodwin* pour la Cour de Strasbourg dans le raisonnement qu'elle mena dans l'affaire *Grant*, ce fut l'arrêt *K.B* (84) qui servit à la Cour de justice dans l'affaire *Richards*. Or, quand on rappelle que l'arrêt *Goodwin* est expressément utilisé par la Cour de justice pour interpréter le droit communautaire dans

(82) *Gender Recognition Act*, 1^{er} juillet 2004.

(83) CJCE, 27 avril 2006, *Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, C-423/04. Alors que l'âge légal de la retraite au Royaume-Uni est de 65 ans pour les hommes et de 60 ans pour les femmes, M^{me} Sarah Margaret Richards, atteignant 60 ans, demanda à faire valoir ses droits à la retraite. L'administration britannique lui opposa un refus car, selon elle, elle devait toujours être considérée comme un homme puisqu'elle était née de sexe masculin. Partant, l'administration britannique considérait qu'elle devait attendre l'âge de 65 ans afin de pouvoir bénéficier de son droit à pension.

l'arrêt *KB*, on a ainsi l'explication référentielle de l'osmose analytique entre les deux cours européennes s'agissant des affaires transsexuelles.

Sauf cas identique, le contentieux transsexuel devant la Cour de Strasbourg (à tout le moins britannique) devra se tarir pour finir par disparaître — si toutefois la législation nationale de 2004 est correctement appliquée. Cela ne veut évidemment pas dire que d'autres États ne soient pas, plus tard, à l'origine d'une nouvelle génération de contentieux en la matière. À cet égard, l'ordonnance du Tribunal de Karlsruhe du 18 juillet 2006 démontre que les hypothèses contentieuses ne manquent pas ! Il est remarquable de noter que dès 1980, l'Allemagne s'était dotée d'une loi sur la modification des prénoms et la constatation de l'identité sexuelle à la demande de toute personne transsexuelle (*Transsexuellengesetz*). Cette précocité dans la reconnaissance de droits aux transsexuels n'empêcha pas vingt-six ans plus tard — grâce aux ressorts du contrôle *a posteriori* (!) — le Tribunal de Karlsruhe de déclarer inconstitutionnel l'article 1, al.1, point 1 de la dite loi. La disposition litigieuse limitait en effet ce droit aux seuls ressortissants allemands, aux étrangers apatrides en situation régulière, aux personnes ayant droit à l'asile ou aux réfugiés. En d'autres termes, un étranger transsexuel ne pouvait point bénéficier de la loi de 1980, dès lors que le droit national de son pays d'origine ne prévoit pas une telle possibilité. Le législateur fédéral justifia cette restriction en arguant du principe selon lequel la décision concernant la modification des prénoms et de l'identité sexuelle d'une personne transsexuelle étrangère devait resté réservé à l'État d'origine de l'intéressé. Il s'agit là d'une application du principe de nationalité qui est à la base de tout le droit international privé allemand (85). Tout en reconnaissant l'importance de ce principe, le Tribunal constitutionnel estima que son application en l'espèce était incompatible avec le principe d'égalité de traitement (article 3, al.1 LF) et le droit à la personnalité (articles 1, al.1 et 2, al.1 LF) en ce qu'il interdit de façon absolue aux personnes transsexuelles étrangères qui séjourneraient légalement en Allemagne, de demander de pouvoir bénéficier de la loi de 1980. Partant, si inconstitutionnalité il y a, c'est parce que le traitement différencié n'est pas suffisamment justifié pour des raisons objectives. En effet, un traitement inégal qui, en même temps, porte atteinte au droit fondamental à la protection de la personnalité, présuppose une justification plus précise.

(84) CJCE, 7 janvier 2004, *K.B.*, C-117/01, *rec.*, I-541. On rappellera que dans cette affaire était en cause le refus d'accorder une pension au partenaire transsexuel — passé du sexe féminin au sexe masculin — d'une femme qui était affiliée au système britannique de pensions. En plus de se baser sur le revirement de jurisprudence *Goodwin* de la Cour européenne, la Cour de justice avait alors comparé le couple ainsi constitué aux couples hétérosexuels « dont l'identité de l'un ou de l'autre partenaire n'est pas le résultat d'une opération de changement de sexe pour juger le refus incompatible avec le droit communautaire. »

(85) Il a ainsi pour effet que le nom d'une personne est soumis exclusivement à son droit national (article 10, al.1 de la loi d'introduction au code civil allemand).

II. — LES DISCRIMINATIONS ETHNIQUES

Si construire un « droit des groupes » n'est pas simple tant il heurte les principes individualistes de 1789, on peut raisonnablement se demander s'il ne s'avère pas nécessaire afin de faire face aux évolutions que connaissent les sociétés actuelles et les discriminations souvent structurelles que subissent certains groupes en tant que tels ou certaines personnes identifiées comme appartenant à des groupes (86). Ce contentieux — dont on avait pressenti l'année dernière qu'il continuerait de se manifester, voire de s'amplifier — confirme en Europe la fragilité des Roms. La jurisprudence dévoile plus particulièrement cette année la situation qu'ils vivent au sein de la République tchèque. Tant la jurisprudence de la Cour de Strasbourg que celle de la Cour constitutionnelle tchèque démontrent l'acuité des difficultés d'exclusion sociale et de discriminations qu'ils doivent affronter dans ce pays. La question probatoire est au cœur des jurisprudences.

L'arrêt *D.H. et autres* (87) démontre que la Cour de Strasbourg n'est pas prête de penser intégralement « l'égalité des groupes » (88), tandis qu'elle révèle dans le même temps la vigilance des organisations non gouvernementales sur ces questions (89). Le nœud gordien de pourrait être présenté sous forme d'interrogations. Comment aborder le placement d'enfants Roms dans des écoles spécifiques destinées à des enfants présentant des déficiences mentales ? Est-on en présence d'une discrimination indirecte fondée sur l'origine ethnique quand on sait qu'en pratique les enfants Roms constituent l'essentiel des effectifs placés dans de telles institutions ? C'est en arguant de la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du protocole 1 que dix-huit ressortissants d'origine Rom ont saisi la Cour. Elle prit soin de procéder à quelques remarques liminaires qui démontrent la sensibilité politique du sujet : « *La Cour observe que le grief des requérants tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 2 du Protocole n° 1 est fondé sur un certain nombre d'arguments sérieux. Elle note également que plusieurs organisations, y compris des organes du Conseil de l'Europe, se déclarent préoccupées par les modalités de placement dans des écoles spéciales des enfants roms vivant en République tchèque et par leurs difficultés d'accès à des écoles ordinaires. La Cour souligne toutefois que son rôle est différent*

(86) On se reportera avec profit à l'analyse exploratoire d'H. Moutouh, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *cette Revue*, 2007-2, pp. 479-496.

(87) Cour EDH, 7 février 2006, *D.H. c. République tchèque*.

(88) L'expression est celle d'E. Dubout, « Vers une protection de l'égalité "collective" par la Cour européenne des droits de l'homme ? En marge de l'arrêt *D.H. et autres c. République tchèque* du 7 février 2006 », *RTDH*, 2006, 1^{er} octobre 2006, pp. 851-883.

(89) Les ONG *Interrights* et *Human Rights* intervinrent à l'instance en tant que tiers intervenants conformément à l'article 36 § 2 de la Convention et 44 § 2 du règlement.

de celui desdits organes et que, tout comme la Cour constitutionnelle tchèque, elle n'a pas à apprécier le contexte social global. En l'espèce, sa seule tâche est d'examiner les requêtes individuelles qui lui ont été soumises et d'établir sur la base des faits pertinents si le placement des requérants dans des écoles spéciales a été motivé par leur origine ethnique ou raciale. » (§ 45). Ceci rappelé, elle refusa d'accorder aux statistiques une force probatoire suffisante « pour dévoiler une pratique qui puisse être qualifiée de discriminatoire » (§ 46). Du coup, s'arrimant à l'analyse factuelle de la situation particulière des requérants, elle considéra à six voix contre une à la non violation de l'article 14 combiné avec l'article 2 du protocole n° 1 (90), même si le dernier paragraphe de l'arrêt met on ne peut plus en lumière son embarras et sa timidité « à franchir le Rubicon de l'égalité collective » (91) : « Ainsi, tout en reconnaissant que les statistiques révèlent des chiffres inquiétants et que la situation générale en République tchèque concernant l'éducation des enfants roms reste à parfaire, la Cour ne saurait conclure, dans les circonstances de l'espèce, que les mesures prises contre les requérants étaient discriminatoires. Si ces derniers ont pu être confrontés à un manque d'information sur le système d'éducation nationale ou à un climat de méfiance, les éléments concrets dont la Cour dispose dans la présente affaire ne lui permettent pas de conclure que le placement des requérants et le maintien de certains d'entre eux dans des écoles spéciales ont été motivés par des préjugés raciaux comme ceux-ci le prétendent. » Solution très critiquée — par de nombreuses organisations de défense des droits, notamment des droits des minorités, ainsi que par certaines personnes au sein même du Conseil de l'Europe — l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre. Il est à parier que bon nombre d'ONG se présenteront à nouveau comme tierces intervenantes, tant l'affaire est emblématique des défis identitaires que doivent affronter bon nombre de sociétés européennes.

L'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque en date du 26 avril 2006 (92) concerne également le cas de la minorité Rom dans le contexte très particulier de la transposition de l'importante directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. L'affaire était sensible car elle pouvait donner lieu à une abrogation de la loi nationale de transposition de ladite directive, à l'instar de ce qui se passa en Slovaquie (93). Les requérants, quatre personnes appartenant à la minorité Rom se plaignirent du fait que

(90) Le juge Cabral Borreto présenta une opinion dissidente particulièrement motivée, tandis que le juge Costa présenta une opinion concordante dévoilant sans ambages les hésitations qui ont été les siennes.

(91) E. Dubout, *op.cit.*, p. 882.

(92) Cour constitutionnelle tchèque, 26 avril 2006, n° PI US 37/04.

(93) Cour constitutionnelle slovaque, 18 octobre 2005, n° PL. S 8/04-202, v. « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *cette Revue*, 2006-4, pp. 1134-1135.

l'on a refusé de les servir dans un restaurant en raison de leur race. L'affaire fut portée devant la Cour régionale qui fut celle qui saisit la Cour constitutionnelle pour demande d'abrogation. En effet, pour le juge du fond, la loi tchèque de transposition était contraire à l'ordre constitutionnel national — plus spécifiquement au principe de l'égalité des parties au procès — en ce qu'elle déplaçait la charge de la preuve sur le défendeur. Dans le cadre du contrôle concret de constitutionnalité, la Cour constate tout d'abord que la répartition de la charge de la preuve sur la partie défenderesse n'est ni entière ni automatique. Et la Cour rappelle que s'il est exact qu'une différence de traitement est en règle générale discriminatoire (et donc contraire à la Constitution), elle est néanmoins admise lorsqu'elle repose sur une justification objective et raisonnable. Or, le juge constitutionnel tchèque estime que c'est le cas en l'espèce. Cette justification réside dans le statut d'État intégré de la République tchèque qui se doit, conformément à l'article 1 § 2 de la Constitution de remplir ses engagements communautaires, ce qui en l'espèce a consisté à transposer la directive susmentionnée (94).

(94) L'article 8 § 1 « Charge de la preuve » de la directive 2000/43 se lit ainsi : « Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. non gouvernementales concernées qui ont, conformément aux pratiques et législations nationales, un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique, en vue de promouvoir le principe de l'égalité de traitement. »

