



HAL
open science

LA “ FORCE DE L’EVOCATION ” ou LE FABULEUX DESTIN DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L’UNION EUROPEENNE

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. LA “ FORCE DE L’EVOCATION ” ou LE FABULEUX DESTIN DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L’UNION EUROPEENNE. L’équilibre des pouvoirs et l’esprit des institutions. mélanges en l’honneur de Pierre Pactet, Dalloz, pp.77-104, 2003, 978-2-247-05071-0. hal-01744369

HAL Id: hal-01744369

<https://hal.science/hal-01744369v1>

Submitted on 27 Mar 2018

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.

LA « FORCE DE L'EVOCATION »
ou
**LA FABULEUX DESTIN DE LA CHARTE DES DROITS
FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE**

PAR

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN
Professeur à l'Université de Rouen

Directeur du *Centre de Recherches et d'Etudes sur les droits de l'homme et le droit humanitaire*

Proclamée mais pas intégrée. Au soir du 7 décembre 2000, tel est le constat dressé sur le statut de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La force symbolique lui est conférée, tandis que la force juridique lui est refusée. Les eurosceptiques en sont fort aises, eux qui avaient combattu au sein de la « Convention » toute trace de « droit dur ». Pourtant, très vite, des voix s'élèvent, issues d'horizons très différents, pour minimiser ce qui est présenté comme un échec, là où en réalité, il n'y a qu'une stricte conformité avec le mandat du Conseil européen de Cologne. Et d'affirmer que la force juridique n'est pas tout. Le texte est et sera un « texte de référence »; la Charte sera inéluctablement « prise en compte ». Ces prédictions commencent à se vérifier. La « Charte » imprègne le paysage juridique européen. En attendant le « rendez-vous » de la force contraignante, désirée par la Commission et le Parlement européen, il n'est pas inintéressant de se pencher sur cet « entre-deux ». Le temps de « l'évocation ».

Et si le fabuleux destin de la Charte était d'être « évoquée » ? Et si l'évocation prenait une envergure telle qu'elle dépasse les lacunes de l'absence de force juridique ou à tout le moins qu'elle empêche les analystes et les instances politiques et juridictionnels de faire « comme si » elle n'existait pas ? Cela serait une manifestation de plus du fait qu'il n'y a pas que du droit (international et communautaire), là où il y a exclusivement traité, protocole, au sens d'accords fermes de volontés. En un mot, avant le temps de la force contraignante, il y a celui de la « force de l'évocation » impossible de passer sous silence. Les origines latines du mot qui remonte au XIV^e siècle nous apprend qu' *evocare*, c'est « appeler à soi, attirer ».

Or, l'analyse démontre qu'une multitude d' « acteurs » appellent à eux ce texte symbolique dans le cadre de leur activité. Les acteurs politiques tout d'abord. Les institutions maîtresses du processus décisionnel communautaire ont pris à la lettre le libellé de l'article 51§1 de la « Charte ». La Commission a mis en place un « contrôle de compatibilité » des propositions d'actes de droit dérivé avec la « Charte », tandis que le Parlement européen, à travers la voix de sa Présidente, l'a érigé en « loi de l'Assemblée » et que le Conseil de l'Union en a déjà fait mention dans certains actes adoptés. Ici, l'évocation est au service de la légitimation politique. Pouvait-il en aller différemment au regard de l'imposante teneur symbolique du texte ? Par contre, quand l'évocation est au service de la motivation juridique, cela semble plus singulier. Or, dans l'univers juridictionnel européen, les acteurs du procès se sont emparés du texte avec une célérité remarquable pour motiver leurs requêtes (justiciables), présenter leurs conclusions (avocats généraux et commissaires du gouvernement) et adopter leurs décisions (juges). Si l'analyse du *contenu* de la motivation de ces textes est assez révélatrice de la portée que peut

revêtir la « Charte » (I), il ne faut pas se lasser d'analyser également leur *sens*, révélateur de l'importance matérielle qu'elle est en train d'acquérir (II).

I. — Le contenu de la motivation

L'analyse des motivations des requêtes, conclusions et arrêts, démontre que l'évocation de la « Charte » y est duale. Soit elle est présentée à titre confortatif, *i.e.* effectuée à la suite d'une référence plus ou moins appuyée à la Convention européenne des droits de l'homme et/ou la jurisprudence de la Cour de Justice ; sa force non-contraignante sera alors systématiquement soulignée, l'orthodoxie juridique étant de mise (A). Soit l'évocation de la « Charte » est exclusive de toute référence à la Convention européenne ; son absence de portée juridique sera, ce faisant, totalement ignorée. La motivation ici apparaît déjà comme plus « exceptionnelle » (B).

A. Une motivation orthodoxe

La pratique met en évidence trois modes d'évocation de la « charte ». Le « mode minimaliste », minoritaire, qui n'a cours qu'au sein du corps des avocats généraux auprès de la Cour de justice et qui consiste à n'y faire référence qu'en note. Les conclusions présentées par Mme Christine Stix-Hackl sont particulièrement révélatrices à cet égard, comme s'il ne fallait pas surestimer l'importance du texte en faisant preuve d'une retenue calculée dans la motivation.

Le deuxième mode est pour ainsi dire le « mode de droit commun ». La Charte est mentionnée cette fois-ci dans le corps du texte, mais uniquement aux fins de renforcer une motivation articulée à titre principal sur la Convention et/ou la jurisprudence de la Cour de Justice. Ici, tous les acteurs judiciaires (requérants, avocats généraux et juges) prennent soin de mentionner la Convention et la jurisprudence y afférent, voire la jurisprudence communautaire pour, ensuite, souligner l'absence de force juridique de la « Charte ». Et d'utiliser à cet effet des phrases assez similaires qui intègrent des formules comme « En outre », « Au reste », « Toutefois », « Enfin » et qui se poursuivent par « bien qu'elle ne soit pas en tant que telle juridiquement contraignante », « laquelle ne lie pas en droit » ou encore « en l'état actuel du droit communautaire, cette charte n'a cependant pas d'effet contraignant ». Cette démarche est logique dans la mesure où les affaires concernent des domaines dans lesquels la jurisprudence de la CEDH est abondante et continue par conséquent de servir de référence privilégiée. Il est question de « droit de propriété » dans les conclusions présentées dans l'affaire *Mulligan et British American Tobacco*, de « droit à la vie privée et familiale » dans l'affaire *Baumbast et R c. Secretary for the Home Department* ou encore de « droit au juge » dans l'affaire *Commission c. Italie*. Le « droit d'accès » est également au cœur d'une ordonnance et d'un arrêt rendus par le Tribunal de Première instance. Dans la première, les requérantes — des autorités infra-étatiques espagnoles — revendiquent le droit d'accès au prétoire communautaire (*Territorio de Álava y otros c. Commission*), tandis que dans le second, c'est une société qui plaide pour un assouplissement des conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers (article 230§4 CE) (*Jégo-Quéré et Cie SA c. Commission*). Détail piquant : dans ces deux affaires, si la référence conventionnelle précède la référence à la Charte, qui apparaît toujours comme un simple élément confortatif, son absence de force contraignante est passée par contre sous silence.

Le troisième mode de référence à la Charte est en quelque sorte un mode « exorbitant du droit

commun». Bien que la référence à la Convention et/ou aux autres instruments internationaux pertinents existe, ainsi que celle faite à l'absence de force contraignante, ce dernier type de motivation consiste à développer un raisonnement qui a pour fonction exclusive de mettre en avant la *portée exceptionnelle, dans l'ordre juridique communautaire, de la Charte*. Il est question, non pas de nier — ce n'est guère possible — mais de contourner l'absence de force contraignante du texte. Pour l'heure, seules quatre conclusions d'Avocats généraux en portent les stigmates. Le premier raisonnement particulièrement fouillé a été développé par Antonio Tizzano, universitaire de formation, qui, dans l'affaire *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, semble vouloir poser les jalons d'une « stratégie du contournement » dans un domaine, la politique sociale, inconnu du système conventionnel européen. Il a été remarquablement suivi par Philippe Léger et, dans une moindre mesure, par Jean Mischo et Dámaso Ruiz-Járabo Colomer. Ils se sont employés, en empruntant le chemin tracé par leur confrère, à considérer la Charte comme le texte représentant le niveau maximal des valeurs communautaires de référence, et ce, dans des affaires où, tantôt la jurisprudence de la Cour européenne avait peu d'intérêt au regard des faits de l'espèce, tantôt elle pouvait s'avérer importante .

Dans l'affaire *BECTU*, la démarche suivie par Antonio Tizzano pour ériger le droit au congé annuel payé en droit social fondamental est particulièrement topique (points 22 à 28). Il commence par recenser l'existant en égrenant les textes internationaux pertinents en la matière. Les textes déclaratoires — l'article 24 de la Déclaration universelle, l'article 2§3 de la Charte sociale européenne, l'article 8 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux — mais aussi bien sûr les textes contraignants, tel l'article 7.d du Pacte international sur les droits économiques et sociaux. Et bien que l'avocat général reconnaisse que ces textes se différencient tant au regard de leur « contenu normatif » et de leur « portée normative », que de leurs « domaines subjectifs d'application », il considère que, dans tous ces actes, le droit à un congé annuel payé « est cité en termes non équivoques parmi les droits fondamentaux des travailleurs » (point 25). Il aurait pu s'en tenir à cette présentation. Or, il l'a dépassée pour y inclure la Charte, plus particulièrement l'article 31 §2 « Conditions de travail justes et équitables », inséré au cœur du Chapitre IV « Solidarité ». L'analyse des points 26 à 28 des conclusions démontre qu'Antonio Tizzano entend *contourner* le simple caractère déclaratoire du texte. En effet, bien qu'il reconnaisse que la Charte soit dépourvue de « portée normative authentique », c'est-à-dire qu'elle « est restée dénuée, du point de vue formel, de valeur contraignante *autonome* » (point 27), l'avocat général axe son plaidoyer en faveur d'une prise en compte de la Charte en développant une thèse que l'on pourra appeler, faute de mieux, la *thèse de la confirmation*. Utilisé à deux reprises, le mot est important. La Charte confirme à l'échelle communautaire des droits déjà existants. L'Avocat général le rappelle en mentionnant le Préambule qui prend acte des sources d'inspiration de la Charte, ainsi que les « explications » du *Presidium* qui, comme l'avait supposé fort à propos Guy Braibant, représentent un « commentaire autorisé » qui tient lieu de « travaux préparatoires ». A partir de cette thèse de la confirmation, c'est une *stratégie du contournement* que l'avocat général met en place, à propos — élément capital — d'un droit inconnu du système conventionnel. Contournement de la simple portée déclaratoire, de l'absence de « valeur contraignante *autonome* » (point 27), par l'attribution en quelque sorte d'une *valeur contraignante indirecte*, conditionnée par la reconnaissance des droits dans d'autres instruments internationaux qui, par ricochet, permettent de la considérer comme un « paramètre de référence *substantiel* pour tous les acteurs ▣ Etats membres, institutions, personnes physiques et morales ▣ de la scène communautaire » (point 28 *in fine*).

La motivation des conclusions de M. Léger se situe dans cette perspective audacieuse. Il est question d'aller *au-delà* du signifiant juridique pour intégrer l'importance du signifiant politique. L'avocat général, après avoir montré les limites de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative à la liberté d'expression (article 10 CEDH) dans une affaire relative au droit d'accès du public aux documents du Conseil (*Conseil c. Hautala*), invoque l'article 42 de la Charte « Droit d'accès aux documents » pour le présenter comme un « droit fondamental ». Et de considérer :

« Certes, il convient de ne pas ignorer la volonté clairement exprimée des auteurs de la Charte de ne pas la doter de force juridique obligatoire. Mais, toute considération relative à sa portée normative mise à part, la nature des droits énoncés dans la Charte des droits fondamentaux interdit de la considérer comme une simple énumération sans conséquence de principes purement moraux. Il importe de rappeler que ces *valeurs* ont en commun d'être unanimement partagées par les Etats membres, qui ont choisi de les rendre visibles en les consignant dans une Charte, afin de renforcer leur protection. La Charte a indéniablement placé les droits qui en font l'objet *au plus haut niveau des valeurs communes aux Etats membres*.

Il est admis que les *valeurs* politiques et morales d'une société ne se retrouvent pas toujours en totalité dans le droit positif. Cependant, lorsque des droits, des libertés et des principes sont, comme dans la charte, décrits comme devant occuper *le plus haut niveau des valeurs de références au sein de l'ensemble des Etats membres réunis*, il serait inexplicable de ne pas y puiser les éléments qui permettent de distinguer les droits fondamentaux des autres droits.

Les sources de ces droits, énumérés dans le préambule de la Charte, sont pour la plupart dotées d'une force contraignante au sein des Etats membres et de l'Union européenne. Il est naturel que les normes du droit positif communautaire tirent profit, en vue de leur interprétation, de la position des *valeurs* auxquelles elles correspondent dans la *hiérarchie des valeurs communes*.

Comme le laissent supposer la solennité de sa forme et de la procédure qui a conduit à son adoption, la Charte devrait constituer un *instrument privilégié servant à l'identification des droits fondamentaux*. Celle-ci est porteuse d'indices qui contribuent à révéler la véritable nature des normes communautaires de droit positif.»

La voie ouverte par l'avocat général Tizzano a été remarquablement empruntée par M. Léger qui en a profité pour agrémenter sa motivation d'éléments nouveaux. En plus d'une référence à la *thèse de la confirmation*, on relèvera la prégnance d'un *leit-motiv* consacré aux « valeurs communes ». La Charte est le texte symbolique majeur des valeurs communes aux Etats membres ; ce faisant, elle ne peut être que le paramètre de référence existentiel pour servir à identifier la nature (de droit fondamental) des normes communautaires en vigueur, *a fortiori* quand la référence conventionnelle est inopérante — ce qui était le cas en l'espèce.

Comment ne pas être frappé par la proximité terminologique existant entre l'expression d'« *instrument privilégié* » et celle utilisée habituellement à l'endroit de la Convention européenne dont on sait qu'elle revêt « *une signification particulière* » ? Comment ne pas y voir un signe supplémentaire du « décrochage » inéluctable des deux systèmes de protection, y compris quand sont en jeu des droits consacrés par la Convention européenne ? Même si dans les affaires examinées par MM. Mischo et Ruiz-Járabo Colomer, la jurisprudence de Strasbourg en matière de droit de propriété (*Booker Aquaculture Ltd c. The Scottish Ministers*, aff. jtes C-20/00 et C-64/00) et de droit au juge (*Überseering BV c. NCC Nordic Construction Company*, aff. C-208/00 et *Arben Kaba c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-466/00) ne pouvait guère être éludée, le ton est donné. L'idée que la Charte « *constitue l'expression, au plus haut niveau, d'un consensus politique élaboré démocratiquement sur ce qui doit aujourd'hui être considéré comme le catalogue des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire* », qu'« *elle reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques primordiales dans les Etats membres* », est désormais en marche.

B. Une motivation exception(nelle)

Il est des affaires où le rappel systématique de la force non-contraignante de la Charte fait défaut, de même que la traditionnelle référence à la Convention européenne et/ou à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ceci est exceptionnel. Tout d'abord, au sens strict du terme, parce qu'il s'agit pour l'instant d'exceptions. Au niveau constitutionnel, on dispose de la décision du Tribunal Constitutionnel espagnol du 30 novembre 2000 qui anticipe avec éclat la proclamation de la « Charte », tandis qu'à l'échelle communautaire, on recense deux conclusions — celles de MM. Alber et Jacobs — une ordonnance et un arrêt du Tribunal de première instance. Ensuite et surtout, parce que cela témoigne d'une césure avec la technique traditionnelle qui consiste à octroyer à la CEDH une « signification particulière » parmi les sources d'inspiration des juridictions communautaires. Cela s'explique aisément : dans les cinq cas, il s'agit de « droits nouveaux » qui n'ont pas d'équivalent dans la Convention. Il s'agit du droit à la dignité (article 1 « Charte »), de la protection des données à caractère personnel (article 8 « Charte »), de l'accès aux services d'intérêt économique général (article 36 « Charte ») et du droit à une bonne administration (article 41 « Charte »), lequel, d'une manière générale, est le grand absent des documents internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Que dire de la décision du Tribunal constitutionnel relative à la protection de données à caractère personnel si ce n'est qu'elle est particulièrement audacieuse ? Evoquer la Charte alors qu'elle n'avait pas encore reçu l'onction symbolique, l'intégrer immédiatement parmi les instruments de référence qui, sur la base de l'article 10§2 de la Constitution espagnole, permet au juge constitutionnel d'interpréter les droits fondamentaux des articles 14 à 30 de la Constitution espagnole, est assurément exceptionnel. On peut aisément imaginer qu'il sera suivi par d'autres Cours constitutionnelles pour lesquelles la protection des droits fondamentaux est un chef de compétence majeur. L'attitude du Tribunal de Karlsruhe méritera une attention toute particulière, lui qui n'avait pas hésité dans sa décision *Solange II* à évoquer la Déclaration conjointe du Parlement, de la Commission et du Conseil du 5 avril 1977 en la considérant comme un élément d'interprétation des traités communautaires .

L'affaire examinée par l'avocat général Jacobs témoigne de l'importance de la Charte dans un domaine particulièrement délicat, celui de la biotechnologie. Alors que les Pays-Bas désiraient annuler la directive 98/44 CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques — en soulevant de nombreux moyens dont celui tiré de la violation des droits fondamentaux — l'avocat général Jacobs n'hésite pas souligner que :

« Il ne saurait faire aucun doute, selon nous, que les droits invoqués par le royaume des Pays-Bas sont effectivement des droits fondamentaux, dont l'ordre juridique communautaire doit assurer le respect. *Le droit à la dignité humaine est peut-être le droit le plus fondamental de tous, et il se trouve à présent consacré à l'article 1^o de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, qui énonce que la dignité humaine est inviolable et doit être respectée et protégée. Le respect du consentement libre et éclairé, à la fois des donneurs d'éléments du corps humain et des bénéficiaires de soins médicaux peut également et à juste titre être considéré comme un droit fondamental ; c'est ce que reflète à présent l'article 3 §2, de la Charte UE qui impose que soit respecté, dans le cadre de la médecine et de la biologie, « le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi ». *Il convient dès lors de constater que tout instrument communautaire portant atteinte à ces droits serait illégal.* » (point 197) (c'est nous qui soulignons)

Le «défenseur objectif du droit» s'inscrit résolument ici dans un courant de pensée qui considère le droit au respect de la dignité humaine comme un principe « matriciel », « vecteur et moteur des autres droits qu'il irrigue et auxquels il confère leur pleine dimension humaine et sociale ». Et malgré sa consécration dans un texte dénué de force contraignante, il estime que toute atteinte à ce droit devrait emporter des conséquences juridiques certaines : l'illégalité de tout acte adopté en contrariété avec le principe de dignité et, par voie de conséquence, sa possible mise en cause contentieuse.

La référence à l'article 36 de la Charte dans l'affaire *TNT Traco SpA c. Poste Italiane SpA*, est tout aussi révélatrice de la spécificité du système communautaire de protection des droits, certains apparaissant comme consubstantiels à l'intégration communautaire. Les conclusions de l'avocat général Alber sont éloquentes à ce sujet (point 94) :

«L'article 90, §2, du traité CE énonce que les entreprises chargées de la gestion de services publics sont soumises aux règles du traité, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le nouvel article 16 CE ainsi que l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne soulignent la portée de cette exception, *expression d'une valeur fondamentale inhérente au droit communautaire.* » (c'est nous qui soulignons).

Les décisions du Tribunal de Première instance, rendues dans des affaires où le droit à une bonne administration était en cause, revêtent une importance plus singulière. Ici, c'est le juge qui s'exprime et non plus le « défenseur objectif du droit » dont les conclusions ne lient pas. La motivation de la juridiction communautaire de première instance est intéressante : absolument identique dans les deux affaires, on peut raisonnablement penser qu'elle témoigne d'une approche qui s'inscrit dans la durée. Le Tribunal affirme (point 48) le 30 janvier 2002 dans l'affaire *Max.Mobil* que :

«... le traitement diligent et impartial d'une plainte trouve son reflet dans le droit à une bonne administration qui fait partie des *principes généraux de l'Etat de droit, communs aux traditions constitutionnelles des Etats membres.* En effet, l'article 41§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice *confirme* que 'toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union' »

Cette motivation sera reprise à l'identique le 4 avril 2002 dans une ordonnance du Président relative à la demande de sursis à exécution d'une décision de la Commission européenne. On peut raisonnablement se demander à ce stade initial de l'histoire des « évocations jurisprudentielles » de la Charte, si la technique classique des « principes généraux du droit » n'a pas encore de beaux jours devant elle à travers la notion de « traditions constitutionnelles communes ». Vont-elles retrouver une certaine actualité dans les sources d'inspiration du juge communautaire, la Charte étant à cet égard l'indice le plus récent et plus « fini » de l'existence d'une tradition constitutionnelle commune ?

II. — Le sens de la motivation

Cette force évocatrice de la Charte a de multiples fonctions. Elle sert tantôt à prôner le *statu-quo* jurisprudentiel (A), tantôt à le dénoncer (B) ou encore de façon plus audacieuse, à encourager un revirement jurisprudentiel, voire à le concrétiser (C).

A. Evoquer pour confirmer.

Evoquer pour ne pas bouleverser une donne jurisprudentielle, telle peut être la fonction évocatrice de la Charte. Deux affaires ici méritent d'être mentionnées.

La première concerne le droit administratif français où la Charte a servi d'outil interprétatif pour confirmer une analyse jurisprudentielle interne. On ne manquera pas de relever que cela s'est produit dans le cadre de la désormais fameuse procédure de « référé-liberté » où, patiemment, le Conseil d'Etat détermine les contours de la notion de « liberté fondamentale ». Le 23 février 2001, sur la base de l'article L.521-2 CJA, le Commissaire du Gouvernement Fombeur — présentant ses conclusions dans l'affaire *Casanovas* — était amenée à s'interroger sur le fait de savoir si le droit à l'emploi était un droit justiciable que le Conseil d'Etat, en tant que juge des référés, pouvait protéger ; il convenait au préalable, de déterminer s'il s'agissait d'une « liberté fondamentale » au sens du Code de justice administrative (CJA). Pour y répondre, le Commissaire du Gouvernement s'est tourné tout à la fois vers la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais également vers la Charte. Et de constater que tant la première que la seconde, opérait un *distinguo* « entre les droits qui doivent être respectés, et les principes, dont l'application doit être promue par les Etats ». Et le Commissaire du gouvernement de conclure que « le droit à l'emploi, à l'évidence, n'est pas un droit dont on pourrait revendiquer directement le bénéfice devant une juridiction ordinaire ». La Charte ici est donc invoquée pour appuyer une solution nationale préexistante matérialisée dans la jurisprudence constitutionnelle. La solution a revêtu les allures d'une dénégation, guère étonnante au demeurant quand on connaît l'exclusion du droit à l'emploi de la nomenclature définitive de la Charte.

La deuxième affaire, *D. c. Conseil de l'Union*, concerne un sujet de société particulièrement sensible qui, depuis quelques années, a fait irruption sur les scènes judiciaires, nationale et européenne. Elle concerne la discrimination au regard de l'orientation sexuelle, plus précisément dans le cadre de ce que le droit suédois nomme des « partenariats enregistrés ». *D.*, fonctionnaire du Conseil de l'Union, contestait le refus du Conseil d'admettre le requérant au bénéfice de l'allocation de foyer, au motif que les dispositions du statut des fonctionnaires des Communautés européennes ne permettaient pas d'assimiler, par voie d'interprétation, l'état de « partenariat enregistré » à celui de mariage. Après avoir affirmé l'application aux faits de l'espèce de la jurisprudence communautaire dont l'arrêt *Jacqueline Grant* est l'emblème, après avoir minimisé la portée de l'arrêt de la Cour de Strasbourg *Salgueiro da Mouta c. Portugal*, l'avocat général Mischo évoque la Charte dans un sens qui, manifestement, ne coïncide pas avec les intentions des membres de la Convention :

« Signalons enfin que l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice en décembre 2000 dispose que « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ». Dans les explications établies sous la responsabilité du *Presidium* de la Convention, qui n'ont pas de valeur juridique mais qui se sont tenues au

sein de la convention, on peut lire que l'article 9 'n'interdit ni n'impose l'octroi du statut du mariage à des unions entre personnes du même sexe'. Ceci selon nous confirme la situation entre le mariage, d'une part, et l'union entre personnes du même sexe, d'autre part. » (point 97)

La première utilisation des « explications » par un avocat général est ici manifestement dévoyée. Il est fait allusion à un passage précis des « explications » du *Presidium* qui peut faire l'objet de plusieurs interprétations en étant pris isolément. Par contre, situé dans son contexte, *i.e.* relié à la phrase qui le précède, son sens change radicalement et apparaît univoque. Cette phrase, précédant le passage reproduit par l'avocat général, est la suivante : « la rédaction de ce droit a été modernisée afin de recouvrir les cas dans lesquels les législations nationales reconnaissent d'autres voies que le mariage pour fonder une famille ». Il est patent ici que la restriction du droit au mariage entre « l'homme et la femme » — tel qu'elle existe à l'article 12 CEDH — a disparu avec l'article 9 de la « Charte » qui reconnaît, implicitement, des unions homosexuelles. On prend la mesure ici des divergences d'interprétation que la Charte recèle, alors même que l'article en cause était somme toute assez limpide. Bien qu'elle n'ait point fait mention de la Charte — ce qui était sans doute préférable dans cette affaire au regard de l'interprétation restrictive pour ne pas régressive proposée par M. Mischo — la Cour de Justice s'est alignée sur la solution préconisée par l'avocat général, en s'abritant habilement une fois de plus derrière la pratique des Etats.

La « Charte » objet d'interprétations multiples est déjà une réalité. Il suffit de se reporter à l'opinion séparée de trois juges dissidents de la Cour de Strasbourg qui ont placé la question des discriminations au regard de l'orientation sexuelle dans une toute autre perspective, en matière d'adoption cette fois-ci.

B. Evoquer pour dénoncer

L'histoire des revendications homosexuelles devant la Cour de Strasbourg est connue. Elle a pris un tour nouveau avec l'opinion partiellement dissidente commune des juges Bratza, Fuhrmann et Tulkens émise à l'occasion de l'affaire *Fretté c. France* concernant la question de l'adoption d'enfants par un adulte homosexuel. La « Charte » — et plus particulièrement son article 21 « Non-discrimination » — y est mentionnée sans l'ombre d'une référence à l'absence de sa portée contraignante ; au contraire, elle est analysée — associée à des textes émanant du Conseil de l'Europe — comme matérialisant l'existence d'un « consensus européen » relatif à l'interdiction de toute discrimination fondée sur « l'orientation sexuelle ». Elle est ainsi intégrée par les juges dissidents parmi les paramètres de référence permettant de dégager un « dénominateur commun aux Etats membres ». En d'autres termes, elle est au service d'une interprétation consensuelle dynamique. Une telle démarche s'oppose radicalement à celle des juges majoritaires qui ont estimé au contraire que :

« Même si la majorité des Etats contractants ne prévoient pas explicitement l'exclusion des homosexuels de l'adoption lorsque celle-ci est ouverte aux célibataires, on chercherait en vain dans l'ordre juridique des Etats contractants des principes uniformes sur ces questions de société sur lesquelles de profondes divergences d'opinions peuvent raisonnablement régner dans un Etat démocratique.../... Dès lors que les questions délicates soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communautés de

vues entre les Etats membres du Conseil de l'Europe et où, d'une manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il faut donc laisser une large marge d'appréciation aux autorités de chaque Etat» (§41).

En relevant l'absence de communauté de vues parmi les Etats parties à la Convention, la Cour en a déduit une fois de plus l'existence d'une large marge d'appréciation à leur bénéfice. Ainsi, après le droit au mariage des transsexuels ou encore la protection des convictions religieuses contre le blasphème, le droit des homosexuels à l'adoption est un domaine où le contrôle européen est minimal. Il est constant ici que le ressort de l'interprétation consensuelle n'est pas dynamique, mais participe du *statu quo*. jugé régressif, à tout le moins non conforme à la réalité européenne par les juges minoritaires.

C. Evoquer pour promouvoir

Evoquer la « Charte » afin qu'elle fasse office d'aiguillon en faveur d'un revirement de jurisprudence peut réussir comme échouer. On recense une tentative malheureuse et deux succès, l'un en demi-teinte, l'autre « éclatant ».

L'échec est celui des autorités infra-étatiques espagnoles — les Territoires Historiques de Álava, Biskaia et Gipuskoa, dotés de compétences fiscales autonomes — qui avaient décidé d'attaquer la Commission européenne sur la base de l'article 230 T.CE afin que le Tribunal annule une de ses décisions adoptées sur la base du traité CECA. Selon les requérantes, en vertu du principe de 'protection juridictionnelle effective' « enraciné » dans les traditions constitutionnelles communes, la Convention européenne et « en outre » dans la « Charte » (point 19), leur recours devrait être déclaré recevable car :

« Il n'existerait, en effet, pas de voies de recours alternatives pour assurer le contrôle effectif d'une décision de la Commission qui méconnaîtrait les compétences fiscales propres des parties requérantes. (Elles) soutiennent que, lorsque les compétences fiscales propres d'autorités régionales sont affectées par une décision de la Commission, ces dernières doivent être recevables à introduire un recours en annulation devant le juge communautaire contre cette décision » (point 20).

Le Tribunal est resté hermétique à cette argumentation. Il rappelle une jurisprudence constante sur la notion d'Etat membre (point 27) qui explique que « la protection des intérêts des autorités infra-étatiques doit être assurée par l'entremise de l'Etat membre dont elles relèvent » (point 36) et ce, quand bien même le principe de protection juridictionnelle effective est « un principe général de droit communautaire qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres .../... {qui} a également été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH et par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux » (point 35). La Charte n'aura guère servi à la légitimation active tant désirée, mais guère probable, des autorités infra-étatiques, le spectre de l'irruption de revendications régionalistes maximalistes y étant pour beaucoup.

Le succès en demi-teinte concerne un point crucial de l'équité des voies communautaires de recours juridictionnels. L'avocat général Jacobs, dans de remarquables conclusions présentées dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, propose une nouvelle interprétation de la notion de « personne individuellement concernée » afin d'ouvrir le prétoire communautaire plus largement aux particuliers (article 230§4 CE). On sait qu'il s'agit là d'une carence du système juridictionnel communautaire maintes fois dénoncée par la doctrine dans son ensemble. L'interprétation restrictive de « personne individuellement concernée » a poussé les requérants à

porter de manière indirecte devant la Cour, par l'intermédiaire des juridictions nationales, des questions de validité de mesures communautaires (article 234 CE). L'avocat général considère, en se basant sur le double standard conventionnel (articles 6 et 13 CEDH) et communautaire (article 47 de la « Charte ») que lesdites « procédures devant les juridictions nationales ne permettent toutefois pas de garantir aux particuliers qui contestent la validité de mesures communautaires une protection juridictionnelle totalement effective » (point 40). Il considère par voie de conséquence que le « temps est venu pour une évolution » (point 59) afin de couper court à un détournement des procédures guère conforme au principe de protection juridictionnelle effective.

Le Tribunal de première instance, dans l'affaire (*Jégo-Quéré et Cie SA*), sans attendre la réponse de la Cour de Justice, s'aligne sur la position défendue par l'avocat général et, comme lui, appuie sa démonstration sur une lecture combinée des articles 6 et 13 de la CEDH et 47 de la « Charte » :

« 47. force est de conclure que les procédures prévues aux articles 234 CE d'une part et 235 CE et 288, 2^o alinéa CE d'autre part, ne peuvent plus être considérées, à la lumière des articles 6 et 13 de la CEDH et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, comme garantissant aux justiciables un droit de recours effectif leur permettant de contester la légalité de dispositions communautaires de portée générale qui affectent directement leur situation juridique »

Et de poursuivre un peu plus loin :

« 49. Il convient toutefois de souligner que, comme l'a relevé l'avocat général M. Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores*, aucun argument impérieux ne permet de soutenir que la notion de personne individuellement concernée au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE comporte l'obligation pour un particulier désireux de contester une mesure de portée générale d'être individualisé d'une manière analogue à celle dont le serait un destinataire.

50. Dans ces conditions, et en tenant compte du fait que le traité CE a institué un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier au juge communautaire le contrôle de la légalité des actes des institutions (arrêt *Les Verts / Parlement*), il y a lieu de reconsidérer l'interprétation stricte, jusqu'à présent retenue, de la notion de personne individuellement concernée au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE».

La Charte — combinée avec les dispositions conventionnelles — est bien ici à l'origine d'un revirement de jurisprudence spectaculaire souhaité depuis longtemps par la doctrine et bien sûr par les justiciables. Certains d'ailleurs, comme Catherine Lalumière, avaient d'ailleurs pressenti le rôle que la Charte pourrait jouer sur ce point. Ce succès est toutefois entaché par l'attitude restrictive de la Cour de Justice qui n'a apparemment pas décidé de s'aventurer dans un revirement de jurisprudence aux implications judiciaires majeures, comme l'explosion des requêtes, notamment en matière agricole et de pêche et, surtout, dans ce qu'elle entrevoit comme un *ultra vires*. Ainsi, elle raison gardait le 25 juillet 2002 dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores* en décidant de ne pas suivre les conclusions de l'avocat général Jacobs reprises par le Tribunal de Première instance. Elle s'en tient invariablement à la ligne de conduite qu'elle a dégagé dans son célèbre avis n°2/94 du 28 mars 1996, aiguillonnée par le juge constitutionnel allemand (*Brunner*, 12 octobre 1993) et confortée par le juge suprême danois (*Højesteret*, 6 avril 1998). Interprétation ne rime plus avec révision, et d'affirmer à l'attention des Etats :

« 45. Si un système de contrôle de la légalité des actes communautaires de portée générale autre que celui mis en place par le traité originaire et jamais modifié dans ses principes est certes envisageable, il appartient, le cas échéant, aux Etats membres, conformément à l'article 48 UE, de réformer le système actuel en vigueur ».

Le franc succès vient des rives du Rhin. Contre toute attente, c'est le juge européen de Strasbourg qui a « appelé à lui » la Charte, sans complexe ni tabou. Et de démontrer en quelque sorte que le syncrétisme juridique est à double sens : après la Convention, érigé en paramètre de référence par la Cour de Luxembourg aux fins d'interprétation des droits fondamentaux communautaires, c'est la Charte qui peut l'être pour la Cour européenne des droits de l'homme qui doit veiller à ce que le texte de 1950 reste un « instrument vivant ». La question en jeu était importante et concernait le transsexualisme. Dans deux affaires largement similaires — *I. c. Royaume-Uni* et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* — la Cour de Strasbourg réunie en Grande Chambre a condamné à l'unanimité le Royaume-Uni pour violation des articles 8 (droit à la vie privée et familiale) et 12 (droit au mariage). S'affranchissant d'une attitude hésitante à l'endroit de la « cause » transsexuelle — qui d'ailleurs avait été source de diverses incohérences — la Cour décida de pousser jusqu'au bout la logique qu'elle avait elle-même lancée. Et de mettre à l'index l'absence de reconnaissance juridique au Royaume-Uni de la nouvelle identité des transsexuels (*Christine Goodwin* §93 et *I.* §73) ; et de revenir sur le libellé de l'article 12 qui opte pour une vision traditionnelle du mariage, *i.e.* entre un homme et une femme. Pour ce faire, non seulement la Cour de Strasbourg insère la Charte au titre du « droit pertinent », en ne se souciant guère de la seule portée déclaratoire du texte, mais encore l'utilise dans le cœur même de son argumentation :

« La Cour constate également que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte — et cela ne peut être que délibéré — de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme». (*Christine Goodwin* §100s et *I.* §80).

Et de finir par conclure que :

« S'il appartient à l'Etat contractant de déterminer, notamment, les conditions que doit remplir une personne transsexuelle qui revendique la reconnaissance juridique de sa nouvelle identité sexuelle pour établir que sa conversion sexuelle a bien été opérée et celles dans lesquelles un mariage antérieur cesse d'être valable, ou encore les formalités applicables à un futur mariage (par exemple les informations à fournir aux futurs époux), la Cour ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés en toutes circonstances du droit de se marier». (*Christine Goodwin* §103 et *I.* §83).

Prenant manifestement la Charte « au sérieux » — comme texte le plus récent prenant acte des dernières évolutions sociétales — la Cour utilise (certains diront « instrumentalise ») l'article 9 — dont on a vu qu'il avait été rédigé dans l'optique des unions homosexuelles — pour consolider un revirement de jurisprudence majeur concernant les transsexuels. Les interactions entre les deux Cours n'ont pas fini de se développer et de maintenir en haleine l'analyste. Ce dernier relèvera qu'après la voie audacieuse empruntée par la Cour de Luxembourg — *P/S. Cornwall* — la Cour de Strasbourg a fini par rejoindre les solutions dégagées par sa consœur tout en la dépassant, puisqu'elle reconnaît *expressis verbis* le droit au mariage des transsexuels.

Si on replace cette avancée dans la saga évocatrice de la Charte, on ne peut manquer de relever le paradoxe du chassé-croisé jurisprudentiel entre les deux Cours. Tandis que le juge

communautaire reste hermétique au changement de cap contentieux — articulé sur la Charte et préconisé par l'avocat général Jacobs et le TPI — c'est le juge européen qui opte pour le revirement avec, comme référence argumentaire, la Charte des droits fondamentaux !

Que finira par être l'attitude de la Cour de Justice ? Attirera-t-elle dans les filets de sa motivation ce texte déclaratoire ? Restera-t-elle au contraire silencieuse jusqu'au 'rendez-vous constituant' de 2004 ? La sagesse lui commande de rester muette dans l'attente du verdict des Etats membres, elle qui fut jadis accusée de mettre en oeuvre trop aisément moult révisions judiciaires des traités. Sa politique judiciaire de *self restraint* a sans doute encore de beaux jours devant elle. Ainsi, il n'est pas absurde de considérer qu'elle maniera encore avec bonheur la technique des « principes généraux du droit ». On a vu que c'est la démarche adoptée par le Tribunal de première instance qui n'a pas tremblé à l'heure « d'attirer à soi » la Charte et qui l'intègre parmi les instruments lui permettant de dégager une « tradition constitutionnelle commune ». La Cour pourrait faire de même, à la différence près (bien sûr de taille), qu'elle s'abstiendrait cependant de la mentionner. Attentisme prévisible. C'est apparemment la voie qu'elle a décidé d'emprunter. Dans les conclusions présentées dans l'affaire *Z c. Parlement européen*, concernant une procédure de sanction disciplinaire à l'égard d'un fonctionnaire européen, l'avocat général Jacobs avait pu considérer que l'article 41 de la « Charte » « proclame un principe généralement reconnu » (point 40) : le droit à une bonne administration. La Cour de Justice, bien qu'elle n'ait soufflé mot du texte solennel, a confirmé ce pont de vue en affirmant péremptoirement : « *il ne saurait être exclu qu'un dépassement considérable de ces délais puisse, dans certains cas, équivaloir à une violation d'un principe général du droit communautaire applicable en la matière* » (point 43). L'interrogation que l'on est en droit de se poser est de savoir si, à l'instar du Conseil constitutionnel qui se retranche derrière le rideau du « bloc de constitutionnalité » quand il s'inspire de la Convention et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la référence aux principes généraux ne masque pas, en réalité, une « prise en compte » de la Charte. L'affaire *Royaume des Pays-Bas c. Parlement européen* est intéressante à cet égard. Alors que l'avocat général Jacobs s'est exclusivement basé sur la Charte pour considérer le droit au respect de la dignité humaine comme un droit fondamental, la Cour affirme au point 70 de son arrêt : « *Il appartient à la Cour, dans son contrôle de la conformité des actes des institutions aux principes généraux du droit communautaire, de veiller au respect du droit fondamental à la dignité humaine et à l'intégrité de la personne* ». Il s'agit ici d'un changement de cap majeur quand on sait que la Cour n'avait pas jugé utile de se prononcer sur la valeur de ce droit alors que la question lui avait déjà été posée. Or, que constate-t-on ? Nulle mention aux « traditions constitutionnelles communes », nulle mention à la jurisprudence conventionnelle comme instruments de référence pour dégager ce principe général. « Droit nouveau » — inexistant *formellement* dans la Convention — la Cour ici a fait œuvre d'autorité. Et d'affirmer, sans expliquer. Derrière cette sécheresse, la « Charte » brillerait-elle de tous ses feux ?

L'interrogation, pour légitime qu'elle soit, ne peut emporter de réponse tangible. Le processus de formation des décisions de justice étant toujours auréolé d'une part irréductible de « mystère ». Si le processus de restructuration des traités prend toutefois une tournure constitutionnelle en 2004, et si à la « force de l'évocation » succède « la force contraignante », la Cour de justice n'aura certes plus de scrupules pour ériger la « Charte » en source privilégiée du nouveau système communautaire de protection des droits fondamentaux.

En attendant, certains avocats généraux et le Tribunal de première instance ont lancé plusieurs « signaux » significatifs à l'endroit des « Conventionnels » réfléchissant à l'avenir de l'Union...

Pourront-ils faire « comme si » ces appels n'avaient pas eu lieu ?