



**HAL**  
open science

# Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cahiers de droit européen, 2004, 4-6, pp.863-890. hal-01583671

**HAL Id: hal-01583671**

**<https://hal.science/hal-01583671>**

Submitted on 7 Sep 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.

# OMBRES ET LUMIÈRES DE LA CONSTITUTIONNALISATION DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE

PAR

Laurence BURGORGUE-LARSEN  
*Professeur de Droit public à l'Université de Rouen  
Directeur du Centre de Recherches et d'Études  
sur les droits de l'homme et le droit humanitaire*

## SOMMAIRE

	Pages
I. — L'interprétation neutralisée .....	
A. — LA CONSTITUTIONNALISATION DES « EXPLICATIONS » .....	
B. — L'INTERPRÉTATION DES « EXPLICATIONS » .....	
II. — L'invocabilité encadrée .....	
A. — LA MISE EN LUMIÈRE DES « PRINCIPES » .....	
B. — L'ENCADREMENT JURIDICTIONNEL DES « PRINCIPES » .....	

*Proclamée, évoquée, intégrée.*

Tels sont les trois temps du destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, désormais reliée au traité établissant une Constitution pour l'Europe (1). En quatre ans, le statut de ce texte — emblème d'une Union qui entend révéler, explicitement, son attachement au respect des droits de l'homme — a subi une transformation spectaculaire.

---

(1) *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* signé à Rome le 29 octobre 2004, *J.O.* n° C 310 du 16 décembre 2004. Ci-après, tantôt « Constitution européenne », tantôt « Traité constitutionnel ». Il ne faut voir dans l'utilisation indifférenciée de ces expressions, aucune intention particulière; juste une facilité d'ordre stylistique.

Au temps de la proclamation solennelle à Nice le 7 décembre 2000 par les trois institutions maîtresses du processus décisionnel (2), succéda rapidement celui de la légitimation politique et de l'évocation judiciaire. Les institutions ne l'Union ne manquèrent pas l'occasion qui leur fut donnée de justifier — tant la proposition que l'adoption de nombre de leurs textes — à l'aune de la Charte (3). Ce furent également l'intégralité des acteurs des procès en Europe qui s'en emparèrent avec une célérité remarquable tantôt afin de prôner le *statu-quo* jurisprudentiel (4), tantôt afin de le dénoncer (5) ou encore, de façon plus audacieuse, dans le dessein d'encourager un revirement jurisprudentiel (6), voire de le concrétiser (7). Même si, pour des raisons évi-

(2) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, *J.O.* n° C 364 du 18 décembre 2000. En pratique, la Charte a pris la forme classique d'une « Déclaration commune » signée par la Commission, le Parlement européen et le Conseil, autrement dit un « accord inter-institutionnel ». Le travail de la Convention qui élaborait la Charte sous la direction de Roman HERZOG fut bien mis en évidence par M. BERNAD y ALVAREZ DE EULATE, S. SALINAS ALCEGA, « Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea », *Cuadernos de la Cátedra Jean Monnet*, 2003, n° 1, 64 p.

(3) La Commission mit très vite en place un « contrôle de compatibilité » des propositions d'actes de droit dérivé avec la Charte, voy. décision de la Commission du 13 mars 2001, SEC (2000) 380/3, tandis que le Conseil en fit également assez vite mention dans certains actes adoptés (ex. règlement communautaire n° 1049/2001 du 20 mars 2001 sur l'accès du public aux documents). Quant au Parlement européen, il décida d'ériger la Charte en « loi de l'Assemblée », voy. déclaration de Nicole FONTAINE, *Documents d'actualité internationale*, 15 janvier 2001, n° 2, p. 64.

(4) Conclusions de Pascale FOMBEUR sous l'arrêt du CE, 28 février 2001, *Casnovas*. La Charte a ici servi d'instrument interprétatif au Commissaire du gouvernement pour confirmer une analyse jurisprudentielle interne posée par le Conseil constitutionnel en matière de « droit à l'emploi » qui n'est qu'une finalité imposée au législateur (Cons. const., 28 mai 1983, n° 83-156 DC).

(5) Opinion partiellement dissidente des juges BRATZA, FUHRMANN et TULKENS émise dans l'affaire *Fretté c. France* du 26 février 2002. La Charte est analysée — plus spécifiquement l'ancien article 21, nouvel article II-81 sur la « non-discrimination » — comme matérialisant l'existence d'un « consensus européen relatif à l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ».

(6) On mentionnera la célèbre tentative de l'Avocat Général JACOBS dans ses conclusions du 21 mars 2002 rendues dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores*, suivi un temps par le Tribunal de première instance (TPI, *Jégo-Quéré*, 3 mai 2002, aff. T 177/01), de réformer l'accès des particuliers au prétoire communautaire.

(7) CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002. On se permet ici de renvoyer à notre analyse, L. BURGORGUE-LARSEN, « La 'force de l'évocation' ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 77-104.

dentes de politique jurisprudentielle, la Cour de justice (8) reste retranchée derrière la Convention européenne des droits de l'homme (9) qui brille de tous ses feux à travers le vecteur des principes généraux de droit (10), il n'empêche que le destin judiciaire de la Charte est somme toute intéressant et révélateur de la symbolique du texte comme de la novation qu'il apporte sur plusieurs points.

Bien que certains auteurs aient pris la peine d'affirmer qu'il ne fallait pas mêler le destin de la Charte à celui d'une éventuelle Constitu-

---

(8) La même prudence irrigue la jurisprudence administrative française. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 5 janvier 2005, *Deprez*, affirma — alors que le demandeur avait invoqué *in extremis* la Charte des droits fondamentaux : « Considérant toutefois, que, contrairement à ce que soutient la requête n° 257534, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Conseil européen le 7 décembre 2000 et reprise dans un acte inter-institutionnel publié le 18 décembre 2000 est dépourvue, *en l'état actuel du droit*, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivés susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales ». L'incise, guère anodine, de « en l'état actuel du droit » laisse augurer d'un avenir prometteur au texte si d'aventure la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe entrerait en vigueur sans encombre à l'horizon 2006.

(9) La Convention européenne continue à briller de tous ses feux en conservant son statut majeur de paramètre de référence qui aide la Cour de justice à identifier et interpréter les droits fondamentaux communautaires, voy. CJCE, 23 octobre 2003, *Margareta Schemdl*, aff. C-40/02, point 40; CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, points 59 et 60, aff. C-109/01; CJCE, 20 mai 2003, *Rundfunk*, aff. jtes C-465, C-138/01 et C-130/01. Pour un exemple encore plus caractéristique voy. CJCE, 15 octobre 2002, *Limburgse*, points 169 et 170 où l'applicabilité directe de l'article 6 de la Convention est reconnue. L'arrêt *KB* du 7 janvier 2004 démontre toutefois que la Charte déploie des effets indirects mais certains dans l'ordre juridique communautaire à travers le prisme de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui elle se trouve libre d'évoquer et d'utiliser la Charte comme elle l'entend (CEDH, 11 juillet 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*).

(10) Dans ce contexte, la Cour de justice n'a pas hésité à accepter que, *dans des circonstances précises*, la liberté fondamentale de circulation des marchandises puisse céder le pas devant la liberté d'expression et le droit d'association, CJCE, 12 juin 2003, *Schimdberger*, aff. C-112/00, voy. notamment point 77. On se reportera avec profit à la chronique jurisprudentielle de J. CAVALLINI, « Chronique des quatre libertés », *R.M.C.U.E.*, n° 473, décembre 2003, p. 683. Pour des commentaires ciblés sur l'arrêt *Schimdberger*, C. VIAL, « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *R.T.D.H.*, 2004, pp. 435-459; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto Schmidberger. República de Austria de 12 de junio de 2003 », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 18, Mayo-Agosto 2004, pp. 483-506.

tion européenne (11), aujourd'hui le fait est là : le temps de l'intégration au cœur même du traité établissant une Constitution pour l'Europe ne relève plus des désirs des uns ou de la hantise des autres (12). C'est un fait. La Charte est hissée au rang du droit constitutionnel de l'Union : mentionnée à l'article I-9 § 1 (13), elle est reproduite au sein de la II<sup>e</sup> partie du traité et doit se lire de manière combinée avec l'article I-9 § 2 où il est affirmé que « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (14) qui lève, non pas un tabou, mais qui semble mettre fin à un vieux serpent de mer politico-juridique. Ainsi, l'Union de droit — à l'instar de chaque Etat partie à la Convention — verra son ordre juridique soumis au contrôle externe de la Cour de Strasbourg (15).

Certains pourraient déplorer le « seul » statut constitutionnel de la Charte, en ayant à l'esprit le système allemand où les droits fondamentaux y jouissent d'un statut « supra-constitutionnel » (16) : en étant soustraits expressément au pouvoir de révision, ils sont de fait

(11) Et non des moindres. On mentionnera notamment le juge Marc FISCHBACH, « Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux », *R.U.D.H.*, 2000, p. 7. Guy BRAIBANT, acteur privilégié de l'élaboration de la Charte en tant que représentant personnel de la France au sein de la « Convention Herzog », avait pu exprimer une idée du même ordre, voy. « Conclusions », *R.U.D.H.*, 15 septembre 2000, p. 68.

(12) Pour des analyses critiques — qui se distinguent cependant par leur approche méthodologique et leur finesse d'analyse juridique — on se reportera, soit à la critique caricaturale (méconnaissant les axes fondamentaux du système communautaire), porteuse d'une vision idéologique empreinte d'europhobie de G. LEBRETON, « Critique de la Charte des droits fondamentaux », *Dalloz*, 2003, pp. 2319-2321; soit à celle de F. MAYER, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *R.T.D. eur.*, avril-juin 2003, pp. 175-196 ou encore de B. LEBAUT-FERRARESE, M. KARPENSCHIF, « La 'constitutionnalisation' de la Charte : un acte fondamental pour l'Union européenne », *La Convention sur l'avenir de l'Europe. Essai d'évaluation du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe* (C. PHILIP, P. SOLDATOS, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 125-161, qui se distinguent toutes deux par une connaissance approfondie du système communautaire, notamment de la donne en matière de droits fondamentaux et qui, à ce titre, sont à même de développer des critiques pertinentes sur la Charte et sa constitutionnalisation.

(13) Il se lit ainsi : « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux qui constitue la partie II ».

(14) Le projet de traité (article 7 § 2) était ainsi rédigé : « L'Union s'emploie à adhérer à la CEDH ».

(15) Voir les arguments de partisans de l'adhésion présentés par Florence BENOIT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 15 septembre 2000, pp. 57-61.

(16) C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 55-57.

placés outre-Rhin au-dessus des autres normes constitutionnelles (17). Il n'empêche, le chemin parcouru est particulièrement important entre la proclamation solennelle obtenue à l'arrachée et l'intégration constitutionnelle, acceptée somme toute aisément. Surtout, on pourra compter sur les institutions communautaires, sans attendre le temps de la force contraignante conditionnée par la ratification du traité, pour continuer de vérifier la conformité de leurs propositions et de leurs décisions au contenu de la Charte.

Malgré l'incontestable satisfaction de voir un traité établissant une Constitution pour l'Europe s'inscrire dans le modernisme constitutionnel qui relie, depuis 1789, les Constitutions à la « garantie des droits » (18), il faut convenir que le temps de la constitutionnalisation de la Charte comporte toutefois quelque parts d'ombres. L'histoire de son intégration porte les stigmates des deux méthodes successives qui ont scandé l'élaboration du traité. À la « méthode conventionnelle », qui ne fut point une méthode constituante, a succédé la « méthode intergouvernementale ». Le traité est le fruit de cette « mixité méthodologique », alliant la donne démocratique, majoritairement parlementaire et transparente, à la donne diplomatique, secrète et technocratique. Si on évalue toutefois l'impact d'une procédure à son pouvoir d'intervention en dernier ressort, force est de constater que la procédure intergouvernementale a *encore* eu la part belle sur un nombre imposant de dispositions du traité (19), y compris à l'endroit de la Charte.

Quoi qu'en disent les membres du groupe Vitorino — dont le mandat fixé par le Secrétariat de la « Convention sur l'avenir de l'Union » (20) était de réfléchir au seul sort juridique de la

---

(17) Du coup, si on raisonne à partir de ce schéma constitutionnel interne, la Cour de justice ne se verra pas en principe « octroyer expressément le droit de vérifier la conformité des dispositions des parties I et III du traité constitutionnel avec celles de la Charte » comme le considère E. BRIBOSIA, « La future Constitution : point culminant de la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *La Grande Europe*, P. MAGNETTE (dir.), Bruxelles, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2004, pp. 202-221, spec. 207.

(18) Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution* ».

(19) L. BURGOGUE-LARSEN, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe au carrefour des ambivalences », *L'intégration européenne au XXI<sup>e</sup> siècle, En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 39-71.

(20) On l'appellera également ci-après « Convention Valéry Giscard d'Estaing » ou « Convention II ».

Charte (21) — la portée des « adaptations » ne fut pas exclusivement « technique ». Les « Conventionnels II » sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing ont très clairement retouché le texte des « Conventionnels I » piloté par Roman Herzog. En somme, une légitimité démocratique l'a emporté sur l'autre. Tout d'abord, du point de vue de la formulation de certains droits en rapport avec le droit communautaire, un toilettage logique et plutôt anodin eut lieu pour mieux relier la Charte à son contexte « constitutionnel ». Ainsi, il a pu être remplacé les termes désormais « surannés » de *Traité instituant la Communauté européenne* et/ou de *Traité sur l'Union européenne* par celui de « Constitution » (22). Dans la même logique, l'expression *droit communautaire* a été remplacée par le désormais convenu « droit de l'Union » à trois endroits (23). Là où on ne peut plus parler véritablement de « toilettage », c'est quand on passe subrepticement des adaptations techniques à des ajouts conséquents : il s'est agi ici purement et simplement d'une « révision – adjonction », technique bien connue de révision constitutionnelle, la France étant à cet égard accoutumée du fait.

Trois endroits du texte ont été visés : le Préambule (24), l'article II-111 (ex-article II-51) (Champ d'application) (25) et surtout

(21) Conv. 116/02, WG II 1, Note du Secrétariat au Groupe de Travail « Intégration de la Charte/ adhésion à la CEDH », p. 6. Ses travaux furent beaucoup plus simples et moins houleux que ceux d'autres groupes comme celui sur la personnalité juridique de l'Union (Groupe III) ou sur les compétences complémentaires (Groupe V). Très vite, se dessina un consensus sur la nécessité d'octroyer à la Charte une force juridique contraignante — en la haussant à un rang « constitutionnel ». Dans le rapport final du groupe de travail, les options sont ramenées à trois en pointant du doigt la plus idoine pour la majorité du groupe : l'insertion dans le traité. **Pour une analyse circonstanciée des travaux des Conventionnels concernant la Charte, voy. V. MICHEL, « L'évocation conventionnelle », *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, L. BURGORGUE-LARSEN (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2005 (à paraître dans la collection du Credho).**

(22) On recense à cet égard sept substitutions de ce genre aux articles II-18, devenu II-78, droit d'asile; II-21 § 2, devenu II-81 § 2, non-discrimination; II-36, devenu II-96, accès aux services d'intérêt économique général; II-41 § 4, devenu II-101 § 4, droit à une bonne administration; II-45 § 2, devenu II-105 § 2, liberté de circulation et de séjour; II-51 § 2, devenu II-111 § 2 champ d'application et enfin II-52 § 2, devenu II-112 § 2, portée et interprétation des droits et principes.

(23) Article II-16, devenu II-76, Liberté d'entreprise; II-27, devenu II-87, droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise; II-28, devenu II-88, droit de négociation et d'actions collectives.

(24) L'ajout inséré au sein du Préambule fait suite aux pressions du gouvernement d'outre-Manche. On peut y lire (avant la dernière phrase du texte) que : « Dans ce contexte, la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des Etats membres en prenant en considération les explications établies sous l'autorité du Praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte ».

(25) Les « Conventionnels II » ont ajouté deux incises aux § 1<sup>er</sup> et 2 de

l'article II-112 (ex-article II-52) anciennement intitulé « *Portée des droits garantis* », rebaptisé « *Portée et interprétation des droits et des principes* » (26), auxquels il faut ajouter le libellé des fameuses directives interprétation plus connues sous le nom d'« explications » du Praesidium (27). Que les membres du Groupe Vitorino aient travaillé dans l'harmonie n'a pas empêché certains représentants gouvernementaux — de façon bien classique, malgré la donne conventionnelle — de faire primer coûte que coûte, dans le fracas des tractations finales de l'élaboration du projet de traité, leurs intérêts nationaux. Les négociations de dernière minute donnèrent lieu ainsi à l'adjonction de formules contestables et contestées. Mais le travail de modification ne s'est point arrêté ici. Car la logique diplomatique a repris *in fine* ses droits. La CIG a succédé à la Convention. Les Etats et leurs diplomates n'ont pas manqué l'occasion de retoucher le projet de traité éta-

---

l'article II-111 (ex-article 51) identifiées en italiques : « § 1<sup>er</sup>. Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et *organismes* de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives *et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Constitution*. § 2. *La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution* ». Sur les liens complexes entre compétences et droits fondamentaux, on se reportera aux propositions d'O. de SCHUTTER, « The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the open method of coordination », *The Jean Monnet Program, NYU School of Law*, 2004, 42 p. et aux analyses de J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne », *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1007-1028.

(26) Les « Conventionnels II » ont ajouté trois paragraphes les §§ 4, 5 et 6 à l'article II-112 (ex-article II-52). Ils se lisent ainsi : « § 4. *Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions*. § 5. *Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mis en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions et organes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes*. § 6. *Les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte* ».

(27) Une lecture attentive des « explications » met en évidence leur « actualisation » par l'adjonction de références récentes (*i.e.*, qui sont apparues entre décembre 2000 et juillet 2003), tant à la jurisprudence qu'à la législation communautaires.

blissant une Constitution pour l'Europe du 18 juillet 2003 (28). Au-delà de la renumérotation globale du traité — qui emporta logiquement un changement de numérotation au niveau des dispositions de la Charte (29) — ce furent à nouveau deux de ses dispositions qui furent l'objet d'ajouts significatifs : le Préambule (30) et l'article II-112 auquel il fut flanqué un septième paragraphe, lourd de conséquences (31).

Ces diverses adjonctions proviennent exclusivement d'un seul Etat qui fut, en son temps, soutenu par les observateurs du Conseil de l'Europe au sein de la Convention qui élaborait la Charte. Il s'agit de celui qui, depuis son adhésion en 1973, n'hésite pas à se distinguer au point de rester souvent en dehors du système d'intégration (32). La *Charte intégrée* a subi de plein fouet les foudres de la *rationalisation* britannique au point que la greffe constitutionnelle cristallise, fige, congèle l'état du droit des droits fondamentaux. Partant, le « paradoxe constitutionnel » (33) que d'aucuns avaient identifié n'est plus, à tout le moins à court et moyen terme. Reprenant les termes de Miguel Poaires Maduro, la Charte aurait « une double vie constitutionnelle » en ce qu'elle serait porteuse de deux visions antagonistes. Celle d'un instrument constitutionnel au service de la construction d'une identité

(28) Projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe adopté par consensus par la Convention européenne les 13 juin et 10 juillet 2003 remis au Président du Conseil européen à Rome le 18 juillet 2003.

(29) Les articles de la *Charte proclamée* numérotés de 1 à 54 ont été numérotés pour tenir compte de son intégration au sein de la II<sup>e</sup> partie du traité. Les articles de la *Charte intégrée* devinrent les articles II-61 à II-114.

(30) L'ajout est indiqué en italiques : « Dans ce contexte, la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des Etats membres en prenant en considération les explications établies sous l'autorité du Praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous l'autorité du Praesidium de la Convention européenne ».

(31) § 7 de l'article II-112 : « Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres ».

(32) Sur l'intégration différenciée qui, dans sa forme constructive, prend l'allure des « coopérations renforcées » et, dans sa forme négative, celle de dispositions d'*opting out*, voy. notre analyse, « Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du *in* et du *out* », *Mélanges en hommage à Guy Isaac, Cinquante ans de droit communautaire*, Tome I, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, pp. 121-136 ou encore A. PRAT, « La différenciation, réponse au grand nombre d'Etats membres? », *L'intégration européenne au XXI<sup>e</sup> siècle, op. cit.*, pp. 73-97.

(33) M. POIARES MADURO, « The double constitutional life of the Charter of fundamental Rights », *Unión Europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional* (Journées d'études des 7 et 8 novembre 2002), N. FERNÁNDEZ SOLA (dir.), Zaragoza, Dykinson, 2004, p. 287.

politique européenne et celle d'une simple consolidation de l'acquis jurisprudentiel en matière de droits fondamentaux. Pour l'heure, le verrouillage est maximal afin que soit assurée, coûte que coûte la 'concordance conventionnelle' et que le seul statut de texte de consolidation de l'acquis jurisprudentiel lui soit reconnue. Ainsi, la Charte des droits fondamentaux intégrée dans la « Constitution européenne », voit tout à la fois son interprétation neutralisée (I), et son invocabilité encadrée (II).

### I. — L'interprétation neutralisée

Les « explications » du Praesidium, élaborées sous l'empire de la première Convention et retouchées sous la direction de la seconde, ont été habilement « constitutionnalisées » grâce aux efforts conjugués du Royaume-Uni et des observateurs du Conseil de l'Europe (A). Les effets de ce processus consistant à hisser des « directives d'interprétation » au rang du droit constitutionnel de l'Union a d'ores et déjà engendré d'importantes conséquences juridictionnelles (B).

Le lien entre la Charte et les « explications » est désormais indéfectible. L'obligation d'en prendre acte est une manière de conforter l'analyse de ceux qui postulent la continuité politique entre l'élaboration prétorienne des droits fondamentaux et l'élaboration de la Charte, cette dernière apparaissant alors uniquement comme une simple consolidation de l'acquis.

#### A. — LA CONSTITUTIONNALISATION DES « EXPLICATIONS »

Le § 7 de l'article II-112 imposent l'utilisation des « explications » dans l'interprétation des droits. Il doit être mis à l'actif de la diplomatie britannique qui ne ménagera pas ses efforts — et ce dès l'élaboration de la première Convention — pour que soit accordée une importance significative aux « explications » afférentes à chaque droit de la Charte. « Pourquoi? » se demande-t-on alors immédiatement.

Eviter au maximum les risques de divergences jurisprudentielles — dont on sait que l'univers européen n'est pas exempt (34) — éradiquer le spectre d'une Europe des droits fondamentaux à double vitesse pour *in fine* faire en sorte que le référent conventionnel continue invariablement à irriguer le système communautaire des droits fondamen-

---

(34) On se reportera à la « Chronique de jurisprudence européenne comparée » parue depuis l'an 2000 à la *Rd. pub.* pour suivre l'histoire des interactions organiques et matérielles entre les différents ordres juridiques à l'échelle européenne.

taux (35), telle fut la volonté pugnace de quelques membres et observateurs de la « Convention I » (36). Pour ce faire, ils bataillèrent au sein de la « Convention Herzog » pour qu'une référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg soit insérée dans le corps même de la Charte; ayant échoué sur ce point, ils arrachèrent *in extremis* une mention de la jurisprudence, tant au sein du Préambule qu'au sein des explications, plus spécifiquement celles de l'article II-112 qui identifie tous les droits qui s'inspirent directement de la Convention. Tout fut donc fait en amont pour minimiser les risques de divergences jurisprudentielles (37), en valorisant les « explications » et en intégrant une « clause de renvoi » (§ 3, II-112). On peut le comprendre puisque la pratique contentieuse mit plusieurs fois en évidence qu'il ne s'agissait guère d'une simple éventualité.

Le § 3 de l'article II-112 est cette clause de renvoi qui a engendré les débats et les tractations les plus serrés au moment où la Charte était élaborée sous l'égide du président Herzog (38). La problématique pourrait, d'un coup de plume, être résumée de la manière suivante : comment assurer la cohérence matérielle avec les droits consacrés par la Convention EDH sans affecter l'autonomie du droit de l'Union? Les Britanniques et les représentants du Conseil de l'Europe ont défendu âprement un système qui éviterait à tout prix que le niveau de protection de la Charte ne puisse descendre au-dessous de celui assuré par la Convention EDH (39). Pour eux, cette dernière devait rester le texte phare, le texte référence pour tous les droits de la Charte empruntés directement à la Convention EDH — soit moins d'un tiers de ses cinquante-quatre articles (40). Dans le même temps, l'autonomie du droit de l'Union est sauvegardée et, partant, l'autono-

---

(35) Conformément à la pratique qui a consisté — dès l'arrêt de la CJCE du 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75 — à ériger la Convention européenne des droits de l'homme en une référence dotée d'une « signification particulière ».

(36) Charte, 4139/00 et Charte, 4178/00.

(37) R. ALONSO GARCÍA, « The General provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union », *European Law Journal*, Vol. 8, Issue 4, December 2002, pp. 497-507.

(38) Le représentant personnel de la France au sein de la première Convention a même pu écrire que « Dans l'esprit de compromis qui a dominé l'élaboration de la Charte, l'article 52 § 3, flanqué de son 'explication', a été sans doute le prix à payer pour aboutir à un consensus sur l'ensemble du texte », G. BRAIBANT, *op. cit.*, p. 266.

(39) Voir le libellé de l'article II-113 et le commentaire de L. AZOULAI, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire article par article*, Volume 2, Bruxelles, Bruylant, 2005.

(40) J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La France et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *A.F.R.I.*, 2001, pp. 478-492.

mie interprétative de la Cour de Luxembourg. L'article II-112 § 3 *in fine* affirme en effet sans ambiguïté que « *cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* ».

C'est dans ce contexte que les « explications » furent jugées essentielles en l'an 2000, puisqu'elles réunissaient les références à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui n'avaient pas pu être insérées directement dans le texte de la Charte (41), contrairement aux souhaits de Lord Goldsmith, représentant personnel du gouvernement britannique au sein de la « Convention Herzog » (42). Elles prirent de l'envol quand le gouvernement d'outre-Manche, pendant l'élaboration du projet de traité par la « Convention Valéry Giscard d'Estaing », réussit à imposer l'insertion d'une phrase à la fin du Préambule les mentionnant (43). Enfin, elles devinrent incontournables après que la CIG, toujours sous la pression de l'Exécutif d'outre-Manche ait procédé à l'actualisation de la dite phrase du Préambule (44), ait élaboré une *Déclaration concernant les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* annexée au « Traité constitutionnel » et enfin, *last but not least* ait imposé le § 7 de l'article II-112 au sein du traité lui-même. Or, le paradoxe tient dans le fait qu'elles sont à la fois considérées comme « *dépourvues de valeur juridique* » (notamment *Déclaration n° 12*) (45), mais dans le même temps « *sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des Etats membres* » (§ 7, II-112).

(41) P. DRZEMCZEWSKI, « The Council of Europe's position with respect to the EU Charter of Fundamental Rights », *Human Rights Law Journal*, 31 october 2001, pp. 14-31, spéc. pp. 24-26.

(42) T. GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », *Common Market Law Review*, 2001 (38), p. 1201.

(43) Elle se lit ainsi : « Dans ce contexte, la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des Etats membres en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte ».

(44) En y insérant l'incise « ... et mises à jour sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne ».

(45) Conv. 354/02, p. 10 et phrase introductive de la *Déclaration concernant les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* annexée au traité établissant une Constitution pour l'Europe, CIG 87/04 ADD 2 REV 2, p. 15. Cette phrase se lit ainsi : « Les explications qui figurent ci-après ont été établies initialement sous la responsabilité du praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elles ont été mises à jour sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne, compte tenu des adaptations apportées au texte de la Charte par ladite Convention (notamment article II-111 et II-112) et de l'évolution du droit de l'Union. *Bien que ces explications n'aient pas en soi de valeur juridique, elles constituent un outil d'interprétation précieux destiné à éclairer les dispositions de la Charte* » (italiques ajoutés).

S'il fallait analyser les « explications » en liaison avec ce qui leur ressemble le plus à l'échelle internationale, on pourrait s'aventurer à les considérer comme le reflet du « contexte », un élément d'interprétation des termes d'un traité, et dont l'article 31 § 2 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 fournit une conception extensive (46). Il comprend outre l'ensemble du traité, le préambule, les annexes ainsi que tout instrument « ayant rapport au traité » accepté comme tel par l'ensemble des parties, ce qui inclut les accords interprétatifs (47). Or, les « explications » sont tout ceci à la fois : accord interprétatif annexé au traité (sur la base de la Déclaration n° 12) et traité lui-même (le préambule de la Charte, mais surtout le § 7 de l'article II-112 « constitutionnalisant » les explications). Surtout, là où en droit international le juge est libre de combiner la multiplicité des moyens d'interprétation qui lui sont fournis par l'article 31 (texte, contexte, accord ultérieur, pratique ultérieurement suivie) et l'article 32 (travaux préparatoires (48), circonstances entourant la conclusion du traité), le § 7 impose l'utilisation d'un moyen d'interprétation semblant ainsi circonscrire considérablement la marge de manœuvre interprétative des juges — tant le juge de l'Union (CJCE et TPI) que les juges nationaux. Même si l'utilisation d'autres règles interprétatives n'est pas exclue, la logique du § 7 impose qu'elles ne puissent intervenir qu'une fois utilisé le jeu des « explications ».

Là où en droit international une marge de manœuvre conséquente est laissée au juge qui — sur la base d'un ensemble de facteurs est

(46) Convention de Vienne sur le droit de traités du 23 mai 1969, article 31 — Règle générale d'interprétation : « § 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur *contexte* et à la lumière de son objet et de son but. § 2. Aux fins d'interprétation d'un traité, le *contexte* comprend, outre le texte, *préambule* et *annexes inclus* :

a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les Parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs Parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres Parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité ».

(47) P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002 (7<sup>e</sup> éd.), p. 261.

(48) Il est important de souligner ici que l'on pourrait assimiler les « explications » aux travaux préparatoires de la Charte dont l'article 32 de la Convention de Vienne établit qu'ils constituent des « moyens complémentaires d'interprétation ». C'est ce que fait par exemple Javier ROLDÁN BARBERO, « La Carta de derechos fundamentales de la UE : su estatuto constitucional », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 16, septiemb-Diciembre 2003, pp. 943-991, spec. p. 964. Or, si on reste campé dans cette perspective analytique, il ne s'agit que d'une *synthèse de travaux préparatoires*. Les « explications » ont, en elles-mêmes, fait l'objet de nombreuses discussions et compromis qui, comme tel, ne sont pas visibles à leur seule lecture. On ne peut donc guère les assimiler *in extenso* aux travaux préparatoires de la Charte car serait particulièrement réducteur.

amené à se tourner vers le texte, mais aussi le contexte et/ou une variété d'autres moyens d'interprétatifs qu'il aura le loisir de *concilier* — ici une obligation — le présent de l'indicatif du § 7 de l'article II-112 ne trompe pas — est mise à la charge du juge qui voit ainsi son autonomie sérieusement encadrée. Car si les « explications » en tant que telles n'ont pas de valeur juridique, leur prise en compte quant à elle prend l'allure d'une obligation juridique telle que posée par la « Constitution »!

#### B. — L'INTERPRÉTATION DES « EXPLICATIONS »

Dans le contexte du processus annoncé de ratification du traité signé le 29 octobre, le Conseil constitutionnel français et le Tribunal Constitutionnel espagnol ont été sollicités — l'un par le Président de la République française Jacques Chirac, l'autre par le Conseil des ministres du Gouvernement espagnol — dans le cadre du contrôle abstrait *a priori* des traités internationaux (49). Les décisions du 19 novembre 2004 (50) et du 13 décembre 2004 (51) démontrent à l'envi la force et les effets de chaque mot en droit. Que les juristes se le disent, chaque adjonction, chaque retrait, bref chaque modification n'est jamais anodine dans le contexte politique de la négociation d'un traité, d'autant plus quand il s'agit d'un texte aussi important que le traité de Rome de 2004.

Les deux décisions constitutionnelles confirment tout d'abord ce que l'on s'aventure ici à présenter sous forme d'adage : '*la Charte, sans les explications, ne vaut*'. Malgré les différences procédurales entourant la saisine du juge constitutionnel en France et en Espagne (52), les décisions constitutionnelles ont en commun une ana-

---

(49) Dans le cadre de l'article 54 de la Constitution française (4 octobre 1958) pour le Conseil constitutionnel et dans le cadre de l'article 95 § 2 de la Constitution espagnole (27 décembre 1978) pour le Tribunal constitutionnel.

(50) Cons. const., 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, n° 2004-505 DC.

(51) Déclaration n° 1/2004 du 13 décembre, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* (DTC 1/2004). En Espagne, le Tribunal Constitutionnel ne s'est prononcé qu'à deux reprises dans le cadre de l'approfondissement de l'intégration européenne. En 1992, à l'occasion de la procédure d'autorisation de la ratification du Traité sur l'Union européenne (Déclaration n° 1/1992 du 1<sup>er</sup> juillet, *Tratado sobre la Unión Europea* (DTC 1/1992) et, en 2004, pour le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

(52) En France, la saisine n'est pas circonscrite à une seule partie du traité international soumis au contrôle de conformité. C'est l'intégralité de l'instrument international qui est passé au crible de l'examen du juge constitutionnel. Il faut toutefois signaler à ce stade une incise novatrice au huitième considérant de la décision n° 2005-505 DC : « ... que sont toutefois soustraites au contrôle de conformité à la

lyse de l'article I-6 (le droit de l'Union) (53) et de certaines dispositions de la Charte, notamment les articles II-111 (Champ d'application) et II-112 (Portée et interprétation des droits et des principes). Ce qui devait arriver arriva! Au regard de l'irruption soigneusement orchestrée d'une multiplicité de renvois aux « explications » au sein du traité, les juges ne purent les ignorer et les intégrèrent au cœur de leur raisonnement. Pour tout dire, c'est le Conseil constitutionnel français qui en a usé (et abusé?) (54) le plus. Il s'est d'ailleurs bien gardé — au considérant n° 17 de sa décision — de mentionner la déclaration n° 12 dont a vu qu'elle affirmait que les explications étaient dépourvues d'effet juridique (55). Pour justifier la prégnance de leur utilisation, il s'est retranché — et tel était bien le souhait des autorités britanniques — derrière le libellé et du Préambule et du désormais fameux § 7 de l'article II-112. Un Préambule, soit dit en passant, dont

---

*Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France ».*

En Espagne, telle n'est pas la pratique. Si on a égard à la dernière déclaration du 13 décembre 2004 (qui fut rendue suite à l'avis consultatif du Conseil d'Etat espagnol le 21 octobre 2004) — trois furent les dispositions du traité examinées par le Tribunal : les articles I-6, II-111 et II-112. En outre, le Conseil des ministres, dans sa saisine, demanda au Tribunal qu'il se prononce sur la question de savoir si l'article 93 de la Constitution espagnole était suffisant pour intégrer, dans l'ordre juridique espagnol, le traité constitutionnel ou s'il fallait au contraire procéder à une révision de la Constitution.

(53) Article I-6 : « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celles-ci, priment le droit des Etats membres ». Il doit se lire de façon conjuguée avec la déclaration n° 1 qui considère que les dispositions de l'article I-6 « reflètent la jurisprudence existante de la Cour de justice ». On doit cette précision, une fois de plus, au gouvernement britannique qui a voulu, par une telle référence à la jurisprudence de la CJCE, éviter que la primauté ne s'applique aux II<sup>e</sup> et III<sup>e</sup> piliers — dont on sait qu'ils ont, en apparence tout du moins, disparus de la nouvelle architecture de l'Union européenne, voy. intervention de Jean-paul JACQUÉ à la Table Ronde du 29 janvier 2005 organisée par les promoteurs de l'*Annuaire de droit européen* le 29 janvier 2005 à l'Université Paris II Panthéon Assas (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. BLUMANN, H. GAUDIN, F. PICOD) et P. CASSIA, « L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes », *Europe*, Décembre 2004, pp. 6-9, spec. p. 6.

(54) Le professeur Frédéric SUDRE, lors de la Table Ronde du 29 janvier 2005 a vivement critiqué le fait que le Conseil accorde un « poids exorbitant » aux explications.

(55) Cons. const., 19 novembre 2004, cons. 17. : « Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de son préambule, 'la Charte sera interprétée par les juridictions de l'Union et des Etats membres en prenant dûment en considération les explications sous l'autorité du Praesidium de la Convention qui a élaboré la Charte'; que le paragraphe 7 de l'article II-112 du traité dispose que : 'les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont dûment prises en considération par les juridiction de l'Union et des Etats membres' ».

la version retranscrite n'est pas la version définitive (56)! Au final, la jurisprudence conventionnelle — omniprésente au sein des « explications » — est celle qui permet d'assurer la déclaration de conformité entre la Constitution française et la Charte : ce sont trois de ses dispositions qui passent le brevet de constitutionnalité grâce à une prise en considération expresse des « explications ».

Constatons plutôt. Si l'article II-70 (liberté de pensée, de conscience et de religion) ne met pas à mal l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution française (57), c'est uniquement parce que « *les explications du praesidium précisent que le droit garanti par cet article [article II-70] a le même sens et la même portée que celui garanti par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (58). Si l'article II-107 (droit à un recours effectif et à accé-

---

(56) Effectivement, le passage cité correspond au texte du *projet* de traité tel qu'établi sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing! Et d'avoir omis de mentionner la fin de la phrase ajoutée à la demande des Britanniques lors de la CIG : « ... et mises à jour sous la responsabilité du praesidium de la Convention européenne ».

(57) Il se lit ainsi : « **La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances.** ».

(58) Cons. const., 19 novembre 2004, cons. 18. Il se poursuit ainsi : « qu'il se trouve sujet aux mêmes restrictions, tenant notamment à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé et de la morale publics, ainsi qu'à la protection des droits et libertés d'autrui; que l'article 9 de la Convention a été constamment appliqué par la Cour européenne des droits de l'homme, et en dernier lieu *par sa décision susvisée*, en harmonie avec la tradition constitutionnelle de chaque Etat membre; que la Cour a ainsi pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux Etats une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité ». Au sujet de cette « décision susvisée », deux remarques s'imposent. Tout d'abord, l'arrêt de la Cour européenne mentionnée par le Conseil constitutionnel l'est dans les « visas » de la décision et non dans ses « normes de références ». Nonobstant cette précision qui a son importance du point de vue de la technique de contrôle de constitutionnalité, il faut ici constater que le Conseil a fini par lever le voile sur son mode d'interprétation du texte constitutionnel français. Longtemps retranché derrière le rideau du « bloc de constitutionnalité » où la Déclaration de 1789 brille de tous ses feux, il n'a jamais voulu porter au grand jour l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour, même si sa jurisprudence en portait matériellement les traces. Dans ce contexte, la mention d'un arrêt de la Cour de Strasbourg dans les visas et sa « discussion » dans au cœur de sa décision est une « petite révolution » dans l'univers constitutionnel français. Il est toutefois dommageable que ce changement de perspective se soit construit sur une démarche assez désinvolte... car l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 29 juin 2004 mentionné dans les « visas » fit l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre de dix-sept juges, renvoi connu du Conseil constitutionnel! Le principe de précaution juridique aurait voulu qu'il choisisse un autre

der à un tribunal impartial) passe le cap de la conformité à la Constitution — alors même qu'il ne voit pas son applicabilité conditionnée par l'existence d'une contestation sur des droits et obligations à caractère civil ou une accusation en matière pénale, à l'instar de l'article 6 de la Convention — c'est simplement par « *qu'il résulte néanmoins des explications du praesidium que la publicité des audiences peut être soumise aux restrictions prévues par cet article de la Convention* » (59). Enfin, si l'article II-110 (droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction) ne « remet pas en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis », c'est uniquement parce que les « explications » affirment que cette disposition « *concerne exclusivement le droit pénal et non les procédures administratives ou disciplinaires* » et qu'elles mentionnent la « *notion d'identité d'infractions, et non celle d'identité des faits* ». Du coup, est préservée « *la possibilité pour les juridictions françaises, dans le respect du principe de proportionnalité des peines, de réprimer les crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus au titre premier du livre IV du code pénal, compte tenu des éléments constitutifs propres à ces infractions et des intérêts spécifiques en cause* » (cons. 20).

La prolixité argumentaire du juge constitutionnel espagnol à l'endroit des fameuses explications est moins éclatante. On y reviendra. Il n'empêche, le résultat est identique ; elles permettent au juge d'écarter les doutes soulevés par le Conseil d'Etat espagnol et repris par le gouvernement dans sa saisine. Ils étaient relatifs à la question de savoir si, au regard de l'article 10§ 2 de la Constitution espagnole, « clause d'interprétation » des droits fondamentaux (60), il existait une contra-

---

arrêt — emblématique de la conception de la laïcité que la Cour entend véhiculer — un arrêt définitif et non un arrêt fantôme qui, parce qu'il est renvoyé devant la Grande chambre, n'existe pas juridiquement... et peut parfaitement être infirmé!

(59) Cons. const., 19 novembre 2004, cons. 19. Il se poursuit ainsi : « qu'ainsi, l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

(60) 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 ». L'Espagne est, avec le Portugal et la Roumanie, un Etat qui en Europe organise l'interprétation, par les juges constitutionnels, des normes constitutionnelles à la lumière du droit international des droits de l'homme au sein duquel la Convention européenne a pris une place singulière, voy. L. BURGORGUE-LARSEN, *Libertés fondamentales*, Paris, Montchres-

diction entre la *Magna Carta* et les articles II-111 et II-112 du traité. Plus précisément, l'incertitude gouvernementale portait sur la question de savoir si :

« l'inévitable expansion des critères d'interprétation de la Charte au-delà des contours définis par l'article II-111 est ou non compatible avec le régime des droits et libertés garantis par la Constitution. En d'autres termes, est-ce que les critères établis par le traité pour les organes de l'Union et pour les Etats membres, quand ils appliqueront le Droit européen, sont ou non conciliables avec les droits fondamentaux de la Constitution et, dans cette mesure, peuvent-ils également s'imposer aux pouvoirs publics espagnols quand ils agiront en dehors du droit de l'Union, c'est-à-dire dans des circonstances qui n'offrent aucune connexion avec cet ordre juridique » (61).

Pour désactiver de telles craintes, le juge s'est solidement et logiquement appuyé sur sa jurisprudence classique relative à l'article 10 § 2 (62). Dans ce contexte, il considéra en toute logique que :

---

tien, 2003, pp. 57-75, leçon n° 3 « Le juge constitutionnel applique-t-il la Convention européenne des droits de l'homme? »; de même, « L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue Belge de Droit constitutionnel*, 2001-1, pp. 31-64. Pour découvrir la richesse et les nuances de la jurisprudence espagnole en matière communautaire, on se reportera avec profit à l'ouvrage de R. ALONSO GARCIA, *El juez español y el Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2002, 339 p.

(61) Fondement juridique n° 6 : « *La duda, por tanto, es si la inevitable extensión de los criterios de interpretación de la Carta va más allá de los contornos definidos por el artículo II-111 es o no compatible con el régimen de derechos y libertades garantizados por la Constitución. En otras palabras, si los criterios establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento* ». La traduction ici est la nôtre et n'a, ce faisant, aucun caractère officiel.

(62) Et de rappeler que les traités et accords internationaux visés dans cette disposition constitutionnelle « constituent d'importants critères herméneutiques du sens et de la portée des droits et libertés que la Constitution reconnaît, de telle sorte qu'il conviendra de les prendre en considération afin de 'corroborer le sens et la portée du droit fondamental spécifique qu'a reconnu la Constitution espagnole' [STC 292/2000 du 30 novembre, FJ n° 8 avec une référence, précisément, à la Charte de Nice, également STC 53/2002 du 27 février, FJ n° 3 b)] ». Le juge constitutionnel espagnol fait ici référence à deux importantes décisions dans lesquelles il a expressément mentionné la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment pour la première décision, alors qu'elle n'était pas encore officiellement proclamée. Voy. C. LÓPEZ-JURADO, A. SEGURA SERRANO, « La aplicación judicial del derecho comunitario en España durante 2002 », *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n° 15, Mayo-Agosto 2003, p. 810.

« La valeur interprétative qu'aurait la Charte en matière de droits fondamentaux ne causerait pas dans l'ordre juridique espagnol plus de difficultés que celles qui sont déjà provoquées par la Convention européenne de 1950 — et ce parce que, tant la jurisprudence constitutionnelle (sur la base de l'article 10 § 2), que l'article II-112 (comme le montrent les 'explicaciones' qui en tant que canal interprétatif sont incorporées au traité sur la base du § 7 du même article), mettent en place un jeu de références à la Convention européenne. Ces dernières finissent par ériger la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en dénominateur commun afin d'établir des éléments d'interprétation partagés eu égard à leur contenu minimum. Plus encore quand l'article I-9 § 2 affirme dans des termes impératifs que 'l'Union adhère à la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales' » (63).

Les deux juges constitutionnels ont ainsi érigé en outil interprétatif les « explications » au point d'emporter la déclaration de conformité à la Constitution. Dit autrement, ce sont les explications qui ont « sauvé » la Charte d'une déclaration d'incompatibilité avec les Constitutions française et espagnole. Il faut toutefois s'arrêter un instant sur la méthode argumentaire des deux juges.

À la prolixité (inhabituelle) française, s'oppose une relative brièveté espagnole. À la valorisation exorbitante de *certaines* explications par le juge du Palais Montpensier, s'oppose une incise rapide du juge constitutionnel de Madrid. Surtout, ce dernier ne dissocie pas l'analyse des explications (et de leurs renvois à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg) de celle de la « clause interprétative » espagnole. Là où le raisonnement hexagonal semble figer le sens et la portée des explications élaborées à un moment *donné* et donc *daté* — au point de cristalliser la jurisprudence et d'en faire une « jurisprudence *hybernatus* » (64) — le raisonnement madrilène postule implicitement l'évolution, car le double renvoi — tant aux directives d'interprétation de la

(63) Fondement juridique n° 6 : « *El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto muestra propia doctrinal constitucional (sobre la base de art. 10 § 2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las 'explicaciones' que, como vía interpretativa, se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio Europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9 § 2 determina en términos imperativos que 'la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales'* ».

(64) L'expression est celle du professeur Joël RIDEAU dans ses conclusions prononcées lors de la Table Ronde du 29 janvier 2005 consacrée à la décision du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004.

Charte qu'à l'article 10 § 2 — est *général*, en aucun cas précis et figé. On conviendra qu'il s'agit là d'un minimum dès qu'il s'agit de jurisprudence! Fort heureusement, les interprètes qui, d'aventure ne voudront pas se retrouver lier démesurément par des explications qui seront assez vite dépassées, pourront sans mettre à mal la volonté des Etats — pour ne pas dire la volonté de l'Etat britannique... — se référer à l'importance incise figurant au cœur des explications de l'article II-112 : « La liste des droits qui peuvent, *au stade actuel et sans que cela exclue l'évolution du droit, de législation et des traités*, être considérés comme correspondant à des droits de la CEDH... ». Cette précision met d'autant plus en exergue l'incompréhensible valorisation française des « explications » et la sage et plus générale référence espagnole. Surtout, il ne faut jamais oublier le libellé de l'article II-112 § 3 *in fine* selon lequel il n'est point fait « obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». On peut donc s'aventurer à considérer qu'en théorie c'est tout à la fois l'évolution jurisprudentielle qui est préservée comme l'autonomie du droit communautaire : aux juges de ne pas l'oublier.

Ce point important précisé — et qui fait toute la différence sur ce point entre les deux décisions — il faut convenir que sans la présence et la prise en compte des « explications », l'incompatibilité pointait à l'horizon constitutionnel. Un constat de contrariété aurait-il été insurmontable du point de vue juridique? Prévu par les articles 54 et 95 des Constitutions française et espagnole, il aurait emporté leur révision, techniquement envisageable. En revanche, il est clair que le choc politique qu'une déclaration d'incompatibilité n'aurait pas manqué d'engendrer aurait été beaucoup plus grave; car, la Charte, c'est avant tout des droits, principes et libertés (article I-9 § 1) qui sont autant de valeurs de l'Union européenne (article I-1) (65). Identifier des contrariétés entre ses valeurs et celle des Etats aurait été paradoxal, perturbateur, voire destructeur à l'heure où l'Europe entend se rapprocher des citoyens et forger son identité sur le terreau de valeurs partagées, car communes.

Si les « explications » ont la fâcheuse conséquence de congeler la jurisprudence en matière de protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne, il n'en reste pas moins qu'elles ont manifestement participé à éviter le choc frontal de l'incompatibilité. Sans doute

---

(65) Il se lit ainsi : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, *ainsi que de respect des droits de l'homme*, y compris des personnes appartenant à des minorités. *Ces valeurs sont communes aux Etats membres* dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes » (italiques ajoutés).

était-ce le prix à payer pour qu'à terme la Charte arrive à devenir, de façon concrète et effective, le creuset de l'identité européenne. En d'autres termes, on peut s'aventurer à considérer que le détour par la simple consolidation de l'acquis jurisprudentiel en matière communautaire est le passage obligé pour que la Charte se hisse, plus tard, au rang d'un texte européen de référence citoyenne. Sa compatibilité reconnue avec les Constitutions nationales — même au prix d'une valorisation excessive et maladroite des explications — étant la condition *sine qua non* pour une future valorisation identitaire.

## II. — L'invocabilité encadrée

Le § 5 de l'article II-112 est au cœur d'un compromis réalisé lors de l'élaboration de la Charte à l'endroit des droits économiques et sociaux :

« Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mis en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions et organes de l'Union, et par des actes des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

Le distinguo entre « droits » et « principes » qui relevait jusqu'à présent plus de l'implicite — malgré une référence furtive à l'article II-111 (66) — apparaît au grand jour. L'affaire ne serait pas si préoccupante si cette mise en lumière (A), n'avait pas de façon corrélatrice participer à un imposant encadrement juridictionnel (B).

### A. — LA MISE EN LUMIÈRE DES « PRINCIPES »

Il est nécessaire de revenir sur les conditions de l'intégration des droits économiques et sociaux au sein de la Charte, afin d'être en mesure d'évaluer à sa juste valeur la portée du § 5. Dès le début des travaux de la Convention, les droits économiques et sociaux furent le théâtre d'oppositions importantes. Elles s'expliquaient par plusieurs éléments. L'absence de consensus européen sur les questions sociales,

---

(66) Article II-111 — Champ d'application : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, *observent les principes et en promeuvent l'application*, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les autres parties de la Convention » (italiques ajoutés).

l'inexistence d'un texte fondateur de référence en la matière — la Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996 et la Charte communautaire des droits sociaux ne drainant pas le même consensus que la Convention européenne; enfin, la différence d'appréhension conceptuelle de la notion de « droit » social. Significatif de l'état des tensions fut l'accord proposé alors par les représentants britanniques et danois qui n'acceptèrent le Chapitre IV qu'à la seule condition que la Charte n'obtienne pas l'onction de la positivité et recouvre les habits de la seule *soft law*.

Le hiatus juridique n'était guère aisé à régler; si d'aucuns assimilaient les droits sociaux à des droits « subjectifs », directement invocables devant le juge, d'autres ne les considéraient que sous la forme de programmes, d'objectifs à atteindre que le législateur devait se contenter de mettre en œuvre. Devant ce désaccord frontal, le Président Braibant œuvra sans relâche afin que soit adopté un *distinguo* formel opératoire entre « droits » invocables et donc justiciables et « principes » faisant seulement référence à des « objectifs à l'encontre desquels les autorités communautaires ou nationales ne devraient pas aller ». La « justiciabilité normative » était née (67)! Et de s'inspirer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le logement décent (68) où la notion d'« objectif de valeur constitutionnelle » permit à la Haute juridiction de reconnaître que tout personne pouvait aspirer à disposer d'un logement décent (69). À l'époque de l'élaboration de la Charte, il réussit à rallier un consensus autour de cette idée qui trouva un écho subtil, car discret, à l'article II-111. L'indicateur, pour identifier un principe, fut présenté alors comme consistant à examiner les dispositions qui renvoient au droit communautaire ainsi qu'aux législations et pratiques nationales (70).

(67) G. BRAIBANT, « Conclusions », *R.U.D.H.*, 15 septembre 2000, p. 68.

(68) Cons. Const., 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, n° 94-359 DC, *Rec.*, p. 176, *R.J.C.*, p. I-630; Cons. const., 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, n° 98-403 DC, *Rec.*, p. 276, *J.O.*, 31 juillet 1998, p. 11710, voy. W. SABETE, « A la fin de ce siècle, les droits des pauvres sont-ils toujours de pauvres droits? », *Dalloz*, 1999, p. 269. et E.-P. GUISELIN, « L'accès à un logement décent et le droit de propriété : ni vainqueur ni vaincu », *Les petites affiches*, (2000) 51, 13 mars 2000, p. 6.

(69) « Contribution sur les droits sociaux », Charte 4280/00, *Contrib.* 153, 2 mai 2000. Pour appréhender la notion en droit français, voy. A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 687-702.

(70) F. LONCLE, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 2616, 5 octobre 2000, 94 p, spec. p. 20.

Le § 5 de l'article II-112 porte ainsi un peu plus au grand jour le consensus opéré lors de l'élaboration de la Charte. En faisant expressément référence aux « principes », le distinguo avec les droits est porté *clairement* à la connaissance de tous et est insusceptible d'être contesté. Le Conseil constitutionnel s'en est d'ailleurs emparé avec un zèle et une célérité remarquables (71)! La référence a pu inquiéter certains organismes, au premier chef, la *Commission nationale consultative des Droits de l'homme* qui dans un avis d'assemblée plénière du 18 septembre 2003 s'alarma de la transformation de l'article II-112. L'avis mit notamment en évidence l'introduction d'un élément potestatif à la charge des institutions et organes de l'Union et des Etats à l'heure d'adopter des actes législatifs et exécutifs de mise en œuvre des principes : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes *peuvent* être mis en œuvre... ».

Pour autant, faut-il s'alarmer outre-mesure? Certains n'y voient guère de motifs d'inquiétudes (72), tandis que d'autres y voient une volonté de toucher à la substance de la Charte pourtant déterminée par consensus lors de la première Convention (73). Une interprétation systémique du § 5 de l'article II-112 — combinée avec l'article II-111 et l'article I-14 § 2.b) — couplée avec une interprétation téléologique — la volonté de fournir à l'Union un « socle social » fort (74) — ne devrait pas inciter à accorder une importance primordiale à cet élément potestatif. L'article II-111 fait en effet référence aux principes de manière plus impérative puisqu'il y est mentionné que l'Union et les Etats membres « *observent les principes et en promeuvent l'application* », tandis que l'article I-14 § 2.b) présente la politique sociale

(71) Cons. Const., 19 novembre 2004, cons. 15 : « Considérant, en premier lieu, qu'en vertu de l'article II-111 du traité et à l'exception de ses articles II-101 à II-104, lesquels ne concernent que les 'institutions, organes et organismes de l'Union', la Charte s'adresse aux Etats membres 'lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union' et uniquement dans ce cas; qu'elle est sans incidence sur les compétences de l'Union; qu'en vertu du paragraphe 5 de l'article II-112, elle comporte, à côté des 'droits' directement invocables devant les juridictions, des 'principes' qui constituent des objectifs ne pouvant être invoqués qu'à l'encontre des actes de portée générale relatifs à leur mise en œuvre ».

(72) Tel le représentant espagnol au sein de la première Convention A. RODRÍGUEZ BEREJO, *op. cit.*, pp. 11-36.

(73) G. DE BURCA, « The drafting of the European Union Charter of Fundamental rights », *European Law Journal*, 2001, pp. 126-138; J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, « La place de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la Constitution européenne », *Constitution européenne, démocratie et droit de l'homme*, J. DUTHEIL de la ROCHÈRE, G. COHEN-JONATHAN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 238.

(74) F. ALDECOA LUZÁRRAGA, *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Biblioteca nueva, Real Instituto Elcano, 2004, p. 69.

comme une compétence partagée (75), ce qui assurément est plus significatif qu'une compétence d'appui. Il est vrai cependant que la Section 2 du Chapitre III du Titre III consacré aux « Politiques et actions internes de l'Union » n'est pas exempte de marques multiples mettant en évidence la difficulté d'établir une politique sociale uniforme (*ad exemplum* article III-210§ 5) (76). Tout dépendra à n'en pas douter des conditions politiques — volonté des Etats d'avancer en matière sociale — comme de considérations techniques — modalités d'adoption des lois européennes en la matière — qui favoriseront ou au contraire retarderont la mise en place d'une politique sociale européenne. Ce n'est pas le jeu de la première partie du § 5 de l'article II-112 qui donnera en la matière le tempo, mais bien plus les articles III-209 à III-219 de la Constitution couplés avec le très important article I-3 § 3 relatif aux objectifs de l'Union qui met en exergue les traits caractéristiques du « modèle social européen » (77).

#### B. — L'ENCADREMENT JURIDICTIONNEL DES « PRINCIPES »

Si la question de la « justiciabilité » des droits économiques et sociaux fut au cœur des controverses au moment de l'élaboration de la Charte, elle trouve assurément son épilogue avec la dernière phrase du § 5 de l'article II-112 explicitée comme suit par son « explication » : les principes « *acquièrent donc une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés. Ils ne donnent toutefois pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des Etats*

(75) Article I-14 — Les domaines de compétence partagée : « § 2. Les compétences partagées entre l'Union et les Etats membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : .../... ; b) La politique sociale, pour les aspects définis dans la partie III ».

(76) Article III-210 § 5 : « Les lois et lois-cadres européennes adoptées en vertu du présent article : a) ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux Etats membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas affecter sensiblement l'équilibre financier ; b) ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec la Constitution ».

(77) Il suffit de le lire attentivement. Article I-3 — Les objectifs de l'Union : « ... § 3. L'Union œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une *économie sociale de marché* hautement compétitive, *qui tend* au plein emploi et au *progrès social*, et un *niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement*. Elle promeut le progrès scientifique et technique. *Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales*, l'égalité entre les femmes et les hommes, la *solidarité entre les générations* et la protection des droits de l'enfant » (italiques ajoutés).

*membres* ». Cette incise appelle dans un premier temps une série de commentaires sur les critères d'identification des droits sociaux, pour ensuite déterminer les conséquences de cette invocabilité encadrée par les « explications ».

On ne peut pas mettre à l'actif des « Conventionnels II » la présentation d'une nomenclature exhaustive des « principes ». Tout au plus peut-on lire dans les « explications » du § 5 de l'article II-112 qu' : « à titre d'illustration, citons parmi les exemples de principes reconnus dans la Charte, les articles 25 (II-85, droit des personnes âgées), 26 (II-86, intégration des personnes handicapées) et 37 (II-97, protection de l'environnement). Dans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe : par exemple les articles 23 (II-83, égalité entre les hommes et les femmes), 33 (II-93, vie familiale et vie professionnelle) et 34 (II-94, sécurité sociale et aide sociale) ». Ces précisions ne sont pas négligeables car si l'on scrute les « explications » individuelles de chacune de ces dispositions, seules celles des articles II-86 (Intégration des personnes handicapées) (78), II-94 § 1 (Sécurité sociale et aide sociale) (79), II-97 (Protection de l'environnement) (80), mentionnent expressément qu'il s'agit de « principes ».

S'agissant des autres dispositions non mentionnées dans l'« explication » de l'article II-112, le lecteur — plus tard le juge — doit examiner le libellé de chaque disposition flanquée de son « explication » individuelle pour en déterminer la nature. Ainsi, il appert que les articles II-95 (protection de la santé) (81), II-96 (droit d'accès aux ser-

---

(78) Explications de l'article II-86 : « Le principe contenu dans cet article se fonde sur l'article 15 de la Charte sociale européenne et s'inspire également du point 26 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs » (italiques ajoutés).

(79) Explications du § 1 de l'article II-94 : « Le principe énoncé au § 1 de l'article II-94 est fondé sur les articles 137 et 140 du traité CE, désormais remplacés par les articles III-210 et III-213 de la Constitution, ainsi que sur l'article 12 de la Charte sociale européenne et sur le point 10 de la Charte communautaire des droits des travailleurs » (italiques ajoutés).

(80) Explications de l'article II-97 : « Le principe contenu dans cet article a été fondé sur les articles 2, 6 et 174 du traité CE, qui sont désormais remplacés par l'article I-3 § 3 et les articles III-119 et III-233 de la Constitution. Il s'inspire également de certaines dispositions de constitutions nationales » (italiques ajoutés).

(81) Explications de l'article II-95 : « Les principes contenus dans cet article sont fondés sur l'article 152 du traité CE remplacé désormais par l'article III-278 de la Constitution, ainsi que sur les articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne. La seconde phrase de l'article reproduit l'article III-278§ 1 » (italiques ajoutés).

vices d'intérêt économique général) (82) et II-98 (Protection des consommateurs) (83) sont reconnus comme consacrant des principes.

Par contre, rien n'est dit s'agissant des articles II-75 (Liberté professionnelle et droit de travailler), II-87 (Droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise), II-88 (Droit de négociation collective), II-89 (Droit d'accès aux services de placement), II-90 (Protection en cas de licenciement injustifié), II-91 (Conditions de travail justes et équitables) et II-92 (Interdiction du travail des enfants et protection des jeunes au travail).

La variété de présentation des « explications » est particulièrement criante et n'aide pas le lecteur à identifier avec précisions les droits sociaux : car aux côtés des explications générales de l'article II-112 qui n'identifient que quelques droits sociaux, s'ajoutent les explications individuelles de quelques dispositions qui les identifient précisément, sans parler de celles qui ne soufflent mot sur la question. Si d'un côté on regrette l'inconséquence méthodologique des Conventionnels, de l'autre l'imprécision afférente à certaines dispositions pourra, le moment venu, permettre au juge de bénéficier de ce flou afin de s'octroyer une marge de manœuvre interprétative, ce qui n'est guère négligeable. Car enfin le juge, qui sera maître de la détermination de « droit » (subjectif, donc justiciable) ou de « principe » (programmatif, donc non justiciable) pourra ce faisant orienter l'action du législateur, notamment communautaire. Il n'est pas inintéressant à cet égard de rappeler l'affaire *Bectu* où l'Avocat général Antonio Tizzano érigea le droit au congé annuel payé en droit fondamental (84). La démarche argumentaire, particulièrement subtile (points 22 à 27), se basait en outre chose sur l'ancien article 31 § 2 (nouvel article II-91, relatif aux conditions de travail justes et équitables), dont on vient de constater que son « explication » ne fait nulle mention à sa nature. La

---

(82) Explications de l'article II-96 : « Cet article est pleinement conforme à l'article III-122 de la Constitution et ne crée par de droit nouveau. *Il pose seulement le principe du respect par l'Union de l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les dispositions nationales, dès lors que ces dispositions sont compatibles avec le droit de l'Union* » (italiques ajoutés).

(83) Explications de l'article II-98 : « Le *principe* contenu dans cet article a été fondé sur l'article 153 du traité CE, désormais remplacé par l'article III-235 de la Constitution » (italiques ajoutés).

(84) Conclusions du 18 février 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) c. Secretary of State for Trade and Industry*, aff. C-173/99.

solution de la Cour ne s'éloigna guère de la proposition de l'Avocat général, bien au contraire (85).

Il reste que le juge communautaire n'est pas le seul juge en mesure d'interpréter la Charte et d'identifier des droits sociaux. Le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà identifié au considérant 15 de sa décision du 19 novembre 2004 ce qu'il pensait être les « principes » de la Charte. La présentation formelle qu'il adopta à ce sujet laisse songeur tant elle n'est guère empreinte de précision, gage pourtant d'une analyse juridique circonstanciée. Il ne mentionne en effet aucun article précis de la Charte et se contente de fournir un libellé qui n'est pas celui du titre des articles! La retranscription du considérant 15 suffit à le démontrer :

« ... qu'au nombre de tels principes, figurent *notamment* le 'droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux', le 'droit de travailler', le 'droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle' et le 'principe du développement durable' et le 'niveau élevé de protection des consommateurs'; »

Après recherche — qui doit être effectuée par le lecteur! — on constate que ce sont les articles II-94 (Sécurité sociale et aide sociale), II-75 (Liberté professionnelle et droit de travailler), II-85 (Droit des personnes âgées) et II-97 (Protection de l'environnement) et II-98 (Protection des consommateurs) qui sont visés. Que pouvons-nous déduire de cette nomenclature incomplète (86) si on a égard au système des « explications » de la Charte? Deux de ces dispositions sont identifiées comme consacrant des principes par l'explication générale de l'article II-112 (Droit des personnes âgées et protection de l'environnement), tandis qu'elle fait mention de la double nature de droit et principe pour la disposition relative à la Sécurité sociale et à l'aide sociale; enfin, l'explication individuelle de l'article II-75 (liberté professionnelle et droit de travailler) ne souffle mot de sa nature. On réalise que le Conseil a classé avec une célérité sans doute contestable, à tout le moins avec une imprécision malvenue, « le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux » dans les principes (alors que l'explication de l'article II-112 est plus nuancée), tan-

(85) CJCE, 26 juin 2001, *BECTU*, aff. C-173/99, point 43. « Il résulte de ce qui précède que le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive 93/104 elle-même ».

(86) L'adverbe « notamment » — dont le Conseil use et abuse tout au long de sa décision — est révélateur.

dis qu'elle a pris délibérément le parti d'inclure dans les « principes » le droit mentionné à l'article II-75, alors que son explication individuelle ne détermine pas précisément sa nature... Même si de telles dispositions ont effectivement fait l'objet de discussions particulièrement serrées au sein de la Convention Herzog, car elles stigmatisaient l'extraordinaire hétérogénéité sociale entre les différents Etats européens; même si on ne peut guère mettre à la charge du juge constitutionnel français des erreurs manifestes, il n'empêche que sa liberté interprétative ne s'est guère développée au profit d'une vision audacieuse.

A la question de l'identification des « principes », succède celle tout aussi complexe de leur justiciabilité. S'il est un point sur lequel il ne peut se développer de controverse, c'est celui de leur « justiciabilité active » que l'on pourrait encore qualifier de « directe ». Dit autrement, les principes ne sont pas des « épées » (87) et ne peuvent pas être invoqués devant le juge afin de réclamer une action positive du législateur ou de l'exécutif contraint à l'adoption de mesures déterminées afin de les concrétiser (88). Toute la question réside dans le fait de savoir s'ils peuvent revêtir les atours de « boucliers » et emporter une « justiciabilité médiate ». D'aucuns le pensent en considérant qu'ils peuvent faire « obstacle à l'adoption de certains actes des institutions de l'Union ou des Etats membres qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint » (89). Cette position apparaît justifiée.

Ainsi, il appert que l'invocabilité des « principes » est minimale en ce sens qu'ils ne peuvent rien contre la passivité des institutions (communautaires et/ou nationales) qui se refuseraient à prendre des mesures (législatives ou exécutives) de mise en œuvre (90). Le « principe » ne peut être un aiguillon contraignant. Pouvoir invoquer les « principes » devant le juge emporte alors logiquement la nécessité d'attendre une intervention communautaire et/ou nationale afin que les actes de mise en œuvre adoptés puissent être soit « interprétés » soit « contrôlés ». Pour autant, cette invocabilité minimale n'est pas exempte de ressorts grâce à l'invocabilité indirecte dont elle est por-

---

(87) O. de SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (dir.), *Une Constitution pour l'Europe, Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 113.

(88) Conv. 28/03, 9 juillet 2003, p. 51 et « explication » du paragraphe 5 de l'article II-112.

(89) O. de SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 113-114.

(90) L'explication de l'article II-94 § 1<sup>er</sup> (Sécurité sociale et aide sociale) le démontre magistralement : « La référence à des services sociaux vise les cas dans lesquels de tels services ont été instaurés pour assurer certaines prestations, mais n'impliquent aucunement que de tels services doivent être créés quand il n'existe pas ».

teuse. Une fois un « principe » posé par le droit communautaire et/ou le droit national, il semble logique qu'il doit pouvoir être sauvegardé. Telle une clause de *stand still*, l'invocabilité indirecte permet de ne pas faire régresser le niveau de protection déjà atteint dans le cadre communautaire et/ou national. Ainsi, la violation d'un principe déjà « promu » par un acte de droit dérivé, pourrait être censuré au regard des exigences de ce même principe. On voit ici le jeu subtil qui s'instaure entre un « acte de mise en œuvre » d'un principe et un « acte de violation manifeste » d'un principe. Le bon sens comme la jurisprudence présentée en guise d'exemple dans les « explications » du § 5 de l'article II-112 (91) confortent l'idée qu'en plus des actes de mise en œuvre *stricto sensu*, ce sont également des actes qui porteraient directement ou indirectement atteinte à un principe qui doivent pouvoir être contestés grâce à l'invocabilité du principe dont l'effectivité serait mise en péril. Il reste donc une brèche dans l'interprétation de l'invocabilité minimale des « principes » que le juge pourrait habilement saisir afin de ne pas rendre purement formelle ou encore « théorique et illusoire » — pour reprendre un *dictum* fameux de la Cour de Strasbourg — la consécration du socle social de la Charte.

La signification et la portée des droits et principes que la Charte consacre ont été verrouillés par le Royaume-Uni. La Charte *intégrée* a d'ores et déjà laissé la place à la Charte *interprétée*, de façon bien discutable notamment par le Conseil constitutionnel français. Voilà pour l'appréhension juridique de la question. Ne peut-on pas toutefois considérer que, d'un point de vue politique, l'intégration de la Charte au cœur même du traité fondateur peut-être, en tant que telle, mobilisateur pour les citoyens qui découvrent (enfin) les droits, principes et libertés que l'« Union de droit » arbore pour mieux les respecter *ad intra* et les promouvoir *ad extra*. En outre, rien ne dit cependant que, passé un certain laps de temps, l'emprise de la spontanéité ou, pour le dire différemment, l'empreinte du constructivisme ne reprendra pas ses marques.

---

(91) TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health s.a. c. Conseil de l'Union*, T-13/99, *Rec.*, p. II-3305, voir points 114 et 125.