

LA GARANTIE DES DROITS FONDAMENTAUX EN EUROPE : POUR LE RESPECT DES COMPÉTENCES CONCURRENTES DE LUXEMBOURG ET DE STRASBOURG

*Par Jean-Yves Carlier**

L'adoption, par l'Union européenne, d'une *Charte des droits fondamentaux*, renforcera la tendance de la Cour de Luxembourg à trancher des questions relatives à ces droits. Pour certains, cette compétence se traduira en une concurrence contre-productive entre cette Cour et celle de Strasbourg. L'auteur adopte, au contraire, une position pluraliste et prétend que la coexistence de deux ordres juridiques compétents en matière de droits fondamentaux est de nature à en assurer une meilleure effectivité. Il fait d'abord état des grandes lignes de fondements de ces deux ordres juridiques et de leur évolution jurisprudentielle en ce qui a trait aux droits de la personne et termine en abordant les droits garantis par l'ordre communautaire et par la *Convention européenne* ainsi que la garantie de ces droits assurée par les juridictions de Strasbourg et de Luxembourg.

The adoption by the European Union of a *Charter of fundamental rights* will strengthen the tendency of the Court of Luxembourg to solve questions related to human rights. For certain observers, on the one hand, this jurisdiction will result in a competition between this Court and that of Strasbourg, which could only undermine their common objectives. On the other hand, the author holds a more pluralist view and believes that the coexistence of these two judicial bodies, both competent in human rights matters, will ensure increased efficiency. Further to commenting on the general structure of these courts as well as their jurisprudential evolution, the author concludes by addressing the rights guaranteed by the community order and by the *European Convention*, as well as by commenting the implementation of these rights ensured by the courts of Strasbourg and Luxembourg.

* Professeur à l'Université catholique de Louvain (Louvain-la-Neuve, Belgique) et avocat

À Strasbourg siège la *Cour européenne des droits de l'Homme* (Cour E.D.H.) chargée d'appliquer la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* (C.E.D.H.). À Luxembourg siège la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) et le Tribunal de première instance (T.P.I.)¹ chargés d'appliquer le «droit communautaire» ou droit de la communauté européenne. Si le premier organe juridictionnel (Strasbourg) est traditionnellement et naturellement compétent pour connaître des droits de l'Homme, le deuxième (Luxembourg) est amené, dans sa jurisprudence, à trancher de plus en plus fréquemment des questions relevant des droits fondamentaux. La possible adoption par l'Union européenne d'une charte des droits fondamentaux renforcerait cette tendance.

Cette compétence concurrente de deux ordres juridiques distincts pour assurer le respect des droits de l'Homme en Europe, peut paraître étrange, complexe et contre-productive à un observateur extérieur. En Europe même, des voix s'élèvent pour proposer une simplification et une compétence unique en matière de droits fondamentaux, en centralisant cette compétence à Luxembourg, dans l'ordre juridique communautaire². Le présent article prend le contre-pied de cette position moniste pour préférer une position pluraliste. Bien que complexe, la coexistence harmonisée d'une pluralité d'ordres juridiques, compétents en matière de droits de l'Homme, est de nature à assurer une meilleure effectivité des droits fondamentaux, en tenant mieux compte d'une réalité multiple que ne peut le faire un monisme pyramidal.

Avant d'affirmer cette position favorable au *pluralisme* des ordres juridiques compétents en matière de droits fondamentaux (III), il convient de faire l'état des lieux en rappelant les grandes lignes des *fondements* (I) des deux ordres juridiques et de leurs *évolutions jurisprudentielles* (II) en matière de droits fondamentaux.

I. Fondements

A. Le berceau commun

Fille de roi phénicien (Agénor ou Phénix), Europe est, selon la légende grecque, enlevée par Zeus, travesti en taureau, pour la séduire. On en trouve trace au V^e siècle av. J.C. dans une tragédie d'Eschyle, *Les Cariens*, dont il ne nous reste que des fragments. Europe y résume ainsi son destin qui la fit trois fois mère «Une plantureuse prairie offrait ses dons au taureau ... La semence d'un noble père [Zeus] trouva un champ d'une fécondité sans reproche»³. L'image peut séduire comme symbole de la fécondité intellectuelle et matérielle qui se développera en Europe. Elle n'explique pas pourquoi le nom d'une héroïne mythologique fut donné à un

¹ Pour faciliter la suite du texte, on englobera le Tribunal et la Cour sous la dénomination commune C.J.C.E.

² A.G. Toth, «The European union and Human Rights: the way forward», *C.M.L.Rev.*, 34, 1997, pp. 491-529.

³ Eschyle, «Les Cariens», dans *Tragiques grecs*, La Pléiade, t. I, p. 977.

territoire⁴. Importe-t-il? Contentons-nous, avec Gérard Soulier, d'accepter que «les Grecs avaient un art infini pour mêler les dieux à toutes leurs affaires et embrouiller la légende, l'histoire et la nécessité»⁵. Car telle sera bien l'évolution de l'Europe. La légende se poursuivra et l'idée d'une Europe nourrira de belles pages de littérature⁶. L'histoire tentera d'y donner corps mais, à l'inverse d'une devise chère au royaume de Belgique (l'union fait la force), la force ne suffit pour unir. Charles Quint, Napoléon, Hitler en firent expérience. Seule la nécessité fera loi, à tout le moins pour l'heure. Elle apparaîtra véritablement après la Deuxième Guerre mondiale, en 1945, quand plusieurs Hommes imposeront, avec ténacité, l'idée que la paix et la prospérité des pays d'Europe ne pourra venir que de l'union de leurs peuples. Le 12 juillet 1947 se tient à Paris une conférence en vue de répondre à l'offre du Secrétaire d'État américain Marshall, de mettre en œuvre un plan destiné à contribuer au relèvement de l'économie européenne, à la condition que les Européens se concertent pour élaborer un programme de reconstruction. Rejeté par l'Union soviétique et l'Europe de l'Est, le plan Marshall est accepté par seize États d'Europe occidentale qui créent, le 16 avril 1948, l'Organisation européenne de coopération économique (O.E.C.E., qui se transformera, en 1960, en O.C.D.E. – Organisation de coopération et de développement économique). À l'instigation des États-Unis d'Amérique, l'Europe doit, au moins pour partie, s'unir et l'idée d'États-Unis d'Europe, chère à Victor Hugo, refait son apparition.

B. Du mouvement européen au Conseil de l'Europe

Du 7 au 10 mai 1948 se tient à La Haye, sous la présidence de Winston Churchill, le «Congrès de l'Europe» réunissant huit cents intellectuels et politiques de différents mouvements favorables à l'unification européenne. La Commission politique de ce congrès prévoyait la réunion d'une «Constituante européenne» qui

élaborera une charte des droits de l'Homme et proposera la création d'une Cour de justice ayant la possibilité d'appliquer les sanctions nécessaires au respect de cette charte. Ainsi chaque citoyen européen pourra faire respecter par la Cour de justice européenne ses droits fondamentaux éventuellement violés par une justice nationale partisane.

⁴ J.B Duroselle, « Histoire de l'idée européenne », *Encyclopædia Universalis*, V° Europe.

⁵ G. Soulier, *L'Europe*, Paris, A. Colin, 1994, p. 14.

⁶ D. de Rougemont, *Vingt-huit siècles d'Europe. La conscience européenne à travers les textes d'Hésiode à nos jours*, Paris, Payot, 1961, qui fait remonter à Hésiode (900 av. J.C.), la première mention d'Europe comme déesse, l'une des trois mille Océanides « race sainte des filles qui, avec Apollon et les fleuves, nourrissent la jeunesse des hommes ». « Asie » est une autre Océanide. C'est ce mythe que Gérard Soulier (*supra* note 5) préfère retenir comme définition d'un territoire Europe plutôt que le mythe postérieur de l'enlèvement de la femme Europe par Zeus. Denis de Rougemont précise bien qu'au-delà de ces mots « la première mention de l'Europe comme unité non seulement géographique mais humaine, et des "Européens" qui la défendent, ne remonte qu'au VIIIe siècle de notre ère, après la bataille de Poitiers, qui eut lieu en 732 ». Sur l'Europe culturelle aujourd'hui : C. Nootboom, *L'enlèvement d'Europe*, Maren Sell, Calmann-Levy, 1994.

Suite à ce congrès, la France propose aux autres membres de l'Union occidentale (Traité de Bruxelles du 17 mars 1948 d'organisation de défense et de coopération générale entre la Grande-Bretagne, la France et les trois pays du Benelux : Belgique, Pays-Bas, Luxembourg) la création d'une Assemblée européenne et l'instauration d'une union économique et douanière. Entre partisans (France, Belgique) et adversaire (Grande-Bretagne) d'un pouvoir supranational, un compromis se dégage qui donne lieu à la création le 5 mai 1949, à Londres, du Conseil de l'Europe composé de deux organismes : un conseil des ministres et une assemblée consultative désignée par les parlements nationaux. Le statut du Conseil de l'Europe prévoit de «réaliser une union plus étroite entre ses membres, afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social». Le maintien des droits de l'Homme est un des objectifs et des principes de base du Conseil de l'Europe mais aussi une condition préalable et nécessaire pour y adhérer (préambule, art. 1, 3, 4 et 8 du statut)⁷. La faiblesse des institutions politiques du Conseil de l'Europe reposant sur un mécanisme classique de coopération intergouvernementale, va très vite ancrer son activité dans le domaine du droit, par la rédaction de nombreuses conventions soumises à la signature des États membres. Le texte le plus important, par son contenu et par le mécanisme de protection juridictionnelle qu'il met en place, est certainement la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, signée à Rome le 4 novembre 1950.

C'est précisément la faiblesse politique de cette «grande Europe» - elle compte au 31 août 2000, quarante et un États⁸ - qui va conduire à la création de la «petite Europe»⁹.

⁷ Sur l'ensemble, voir notamment E. Decaux, «Les États parties et leurs engagements» dans L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert dir., *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 3 et J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 37.

⁸ Sont membres du Conseil de l'Europe les États suivants (sont mentionnés en gras les 10 États fondateurs) :

Albanie (13.07.1995), Allemagne (13.7.1950), Andorre (10.10.1994), Autriche (16.04.1956), **Belgique** (5.5.1949), Bulgarie (7.5.1992), Chypre (24.5.1961), Croatie (6.11.1996), **Danemark** (5.5.1949), Espagne (24.11.1977), Estonie (14.5.1993), Fédération de Russie (28.2.1996), Finlande (5.5.1989), **France** (5.5.1949), Georgie (27.4.1999), Grèce (9.8.1949), Hongrie (6.11.1990), **Irlande** (5.5.1949), Islande (9.3.1950), **Italie** (5.5.1949), Lettonie (10.2.1995), Liechtenstein (23.11.1978), Lituanie (14.5.1993), **Luxembourg** (5.5.1949), "l'ex-République Yougoslave de Macédoine" (9.11.1995), Malte (29.4.1965), Moldova (13.7.1995), **Norvège** (5.5.1949), **Pays-Bas** (5.5.1949), Pologne (29.11.1991), Portugal (22.9.1976), République tchèque (30.6.1993), Roumanie (7.10.1993), **Royaume Uni** (5.5.1949), Saint Marin (16.11.1988), Slovaquie (30.6.1993), Slovénie (14.5.1993), **Suède** (5.5.1949), Suisse (6.5.1963), Turquie (13.4.1950), Ukraine (9.11.1995).

Sont invités spéciaux à l'Assemblée parlementaire :

Arménie (26.01.1996), Azerbaïdjan (28.06.1996), Bosnie et Herzégovine (28.01.94)

Sont observateurs au Comité des Ministres :

Canada (29.05.1996), Saint Siège (7.03.1970), Japon (20.11.1996), Mexique (1.12.1999), États-Unis d'Amérique (10.01.1996)

Sont observateurs à l'Assemblée parlementaire :

Canada (28.05.1997), Israël (2.12.1957), Mexique (4.11.1999)

C. De la CECA à l'Union européenne

Je compris que pas plus l'organisation intergouvernementale installée à la Muette [l'O.E.C.E. à Paris] que les réunions interparlementaires issues du Congrès de la Haye [le Conseil de l'Europe] ne seraient jamais l'expression de l'unité européenne. Au sein de ces vastes regroupements de pays, l'intérêt commun était trop imprécis, les disciplines communes trop lâches. Il fallait commencer par des réalisations à la fois plus pragmatiques et plus ambitieuses, attaquer les souverainetés nationales avec plus d'audace sur un point plus limité¹⁰.

Ce constat, dressé par Jean Monnet, le conduira, avec d'autres «Pères fondateurs» de l'Europe à choisir un objet précis. Ce sera, le 9 mai 1950, dans le «salon de l'horloge» du Quai d'Orsay, la déclaration de Robert Schuman, ministre des Affaires étrangères, qui, au nom du gouvernement français, propose de «placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe». C'est à cette même occasion que Robert Schuman déclare «l'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble ; elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait». La première réalisation concrète sera, un an plus tard, le Traité de Paris du 18 avril 1951 créant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA).

Six ans plus tard, après l'échec de la Communauté européenne de défense (CED), refusée par l'Assemblée nationale française, deux autres communautés sont créées par les traités signés à Rome le 25 mars 1957, instituant respectivement la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom) et la Communauté économique européenne (CEE). On parlera désormais des Communautés européennes. Six États en sont initialement membres : la France, l'Allemagne, l'Italie et les trois États du Benelux. La CEE, à vocation plus large, entend établir un marché commun par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres (art. 2). Certes le moyen est économique. Toutefois, dans l'esprit des fondateurs, la finalité n'est pas purement économique. Le préambule le traduit explicitement en affirmant, dans son premier considérant, que les signataires sont «déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens». La formule est similaire à celle des statuts du Conseil de

⁹ Sur l'ensemble de la construction institutionnelle européenne, voir notamment : J. Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1993 ; L. Cartou, *L'Union européenne* Paris, Dalloz, 1994 ; Cl. Fr. Durand, « Les principes », dans *Commentaire Mégret*, Bruxelles, U.L.B., vol. 1, 1992 ; S. VAN Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Bruxelles, De Boeck, 1998 ; J. Verhoeven, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996. Pour des témoignages d'acteurs de cette construction, voir Commission européenne, *40 ans de traités de Rome*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

¹⁰ J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 324.

l'Europe. Le huitième considérant du préambule CEE ajoute que les signataires sont «résolus à affermir ... les sauvegardes de la paix et de la liberté». Certes l'évolution va d'abord accentuer le caractère économique de cette intégration. Il reste que cette «petite Europe» fonctionne et s'élargit jusqu'à quinze États¹¹. Les réformes du Traité par l'Acte Unique (1986), et par les Traités de Maastricht (1992) et d'Amsterdam (1997) font évoluer cette «petite Europe» vers une intégration politique substituant à la Communauté économique européenne une Communauté européenne, elle-même insérée dans l'Union européenne qui se compose de trois piliers : un, les communautés (CE, CECA, Euratom) ; deux, la coopération en politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ; et trois, la coopération policière et judiciaire en matière pénale (anciennement JAI : justice et affaires intérieures). Dans le préambule du Traité sur l'Union européenne, les États membres confirment «leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit». Cette évolution est confirmée dans les dispositions mêmes des Traités faisant directement référence aux droits de l'Homme. Elle est aussi le fruit de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes.

Ce rappel historique montre qu'il serait erroné d'opposer les deux institutions européennes, l'une des Droits de l'Homme (le Conseil de l'Europe) et l'autre économique (la Communauté et l'Union européenne). Puisant leur source dans des idéaux communs de paix et de démocratie, elles ont emprunté des chemins différents. Bien que séparés, ces chemins ne s'ignorent pas car des voies de traverse, des hyperliens dirait-on aujourd'hui, tracent des communications en matière de droits de l'Homme entre les jurisprudences respectives de Luxembourg et de Strasbourg.

II. Évolutions

Les jurisprudences de Luxembourg (a) et de Strasbourg (b) expriment toutes deux un approfondissement de la protection des droits de l'Homme qui se caractérise par deux voies : une dynamique interne (1°) et des emprunts externes (2°).

¹¹ Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède.

A. Luxembourg

1. LA DYNAMIQUE INTERNE

Dans un premier temps, la Cour de justice des Communauté européennes (C.J.C.E.) ne peut guère puiser dans le traité fondant la Communauté *économique* européenne une compétence pour assurer le respect des droits de l'Homme. Toutefois, l'interprétation dynamique des dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs et à l'égalité entre travailleurs masculins et féminins conduit à la reconnaissance de droits que l'on peut qualifier de fondamentaux.

En matière de liberté de circulation, il s'agit, dans un premier temps, d'assurer la liberté de circulation des agents économiques que sont les travailleurs salariés, les indépendants et les prestataires de services. Est principalement sanctionnée toute discrimination en raison de la nationalité entre les agents économiques. Tout travailleur, ayant la nationalité d'un État membre, doit pouvoir exercer un emploi, aux mêmes conditions que les nationaux, dans un autre État membre de la Communauté. Bien qu'à vocation économique, c'est déjà un principe de non-discrimination en raison de la nationalité qui est affirmé par le traité (art. 39)¹² et confirmé par la jurisprudence¹³. Le droit communautaire dérivé¹⁴ mais surtout la jurisprudence de la Cour vont conduire à un double élargissement de la liberté de circulation : *ratione materiae* et *ratione personae*. Quant à l'objet, ce n'est plus seulement l'égalité dans la liberté de circulation qui va être protégée, mais la liberté de circulation elle-même. Sont ainsi condamnées non seulement les entraves à la libre circulation directement fondées sur la nationalité mais aussi les entraves

¹² La numérotation du Traité instituant la Communauté européenne (CE), de même que celle du Traité instituant l'Union européenne (TUE) ayant été modifiée à la suite du Traité d'Amsterdam, c'est la nouvelle numérotation qui sera utilisée avec quelques références pour rappel à l'ancienne.

L'article 39 CE (ex 48) précise que « la libre circulation des travailleurs... implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail » et, de façon plus générale, l'art. 12 CE (ex 6, ex 7) affirme que « dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

¹³ Sur l'ensemble, voir J.Y. Carlier, « La circulation des personnes dans l'Union européenne. Chronique de jurisprudence et de législation », *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 1995, p. 97 ; 1996, p. 63 ; 1997, p. 193 ; 1999, p. 56 ; 2000, p. 49 ; J.Y. Carlier et M. Verwilghen, *La libre circulation des travailleurs dans la Communauté européenne. Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 3 vol., Bruxelles, Bruylant, 1998 en français et en anglais ; *idem* (dir.), *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes (OPOCE), 2000, en français et en anglais, avec une bibliographie détaillée ; P. Dollat, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; D. Martin, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, également en anglais avec E. Guild, *Free movement of persons in the European Union*, London, Butterworths, 1996.

¹⁴ Principalement les deux textes adoptés le 15 octobre 1968 : Règlement 1612/68 du Conseil (CEE) relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté [1968] *J.O.C.E.* à la p. 2, et Directive 68/360 du Conseil (CEE) relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté [1968] *J.O.C.E.* L 257 à la p. 13.

discriminatoires indirectes fondées par exemple sur la résidence et encore les entraves indistinctement applicables qui, bien que s'appliquant à toute personne dans un but d'intérêt général, constituent une restriction à la liberté de circulation qui paraît disproportionnée au regard de l'objectif légitime poursuivi. L'exemple type en est l'affaire *Bosman*, du nom d'un joueur professionnel belge de football qui ne pourra jouer dans un club français (Dunkerque) parce que, en application des règles internes aux associations de football, le prix du transfert doit d'abord être payé au club précédent, ce qui n'avait pas été fait¹⁵. En tant que footballeur professionnel, Bosman est considéré comme travailleur. L'entrave à sa libre circulation n'est pas discriminatoire n'étant fondée, ni directement ni indirectement, sur la nationalité ; elle est indistinctement applicable en ce qu'elle s'applique à tout joueur, pour tout transfert qu'il soit national ou international. La Cour constate que si les associations de football «poursuivaient un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiant par des raisons impérieuses d'intérêt général», l'application de ces règles n'était pas «propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause» et allaient «au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif» car «les mêmes objectifs peuvent être atteints de manière au moins aussi efficace par d'autres moyens qui n'entravent pas la libre circulation des travailleurs». Déjà, dans cette évolution matérielle de l'interprétation des principes de libre circulation des travailleurs, on reconnaît l'influence des raisonnements propres au jugement du respect des droits fondamentaux : une forme de pesée des intérêts en présence, par un principe de proportionnalité qui conduit à mesurer l'efficacité et la nécessité ou l'interchangeabilité des moyens invoqués pour poursuivre un objectif légitime.

Le deuxième élargissement concerne les personnes. Initialement réservée au noyau des agents économiques (travailleurs salariés, indépendants et prestataires de services), la liberté de circulation va s'étendre en amont aux demandeurs d'emploi, aux diplômés, aux étudiants ; en aval aux retraités et, sur le côté, aux membres de la famille du travailleur quand bien même ceux-ci n'auraient pas la nationalité d'un État membre. Par étapes successives se construit un espace sans frontières intérieures dans lequel sont reconnus une liberté de circulation plus généralisée pour toute personne et un droit de séjour sur l'ensemble du territoire de la Communauté pour les citoyens de l'Union¹⁶. Ce n'est pas sans limite¹⁷ et sans renforcement des contrôles aux frontières

¹⁵ C.J.C.E., *Union royale belge des sociétés de football association e. a / Bosman*, C-415/93, [1995] Rec. C.E., à la p. I-4921. Parmi les commentaires, voir *Revue du marché unique européen*, 1996/1 (n° spécial), J.Cl. Séché, *Cah. dr. eur.*, 1996, p. 541 ; I. Martin, *E.L.Rev.*, 1996, p. 313.

Sur les décisions ultérieures, voir J.Y. Carlier, *Évolution des rapports entre le droit et le sport. À propos des affaires Deliège, Lethonen et Malaja, Jurisprudence de Liège, Mons, Bruxelles*, 2000, p. 1381.

¹⁶ En 1990, trois directives consacrent le droit de séjour des étudiants (Dir. 90/366, remplacée après annulation par la Dir. 93/96), des retraités (Dir. 90/365) et de toute personne ayant la nationalité d'un État membre et des moyens de subsistance suffisants (Dir. 90/364, dite directive résiduaire sur le droit de séjour généralisé). En 1992, en introduisant la citoyenneté européenne attribuée à tout national d'un État membre, le Traité de Maastricht inscrit parmi les droits du citoyen « le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application » (art. 18 CE, ex art. 8A).

¹⁷ C.J.C.E., *Wijsenbeek*, C-378/97, [1999] Rec. C.E. à la p. I-6207. La Cour considère qu'en l'état actuel du droit communautaire, des sanctions peuvent encore être imposées à une personne qui refuse de

extérieures¹⁸. Il reste qu'à partir d'une circulation sans discrimination des agents économiques, c'est un véritable droit fondamental à la liberté de circulation de toute personne qui se construit au sein d'un espace commun. La proportionnalité et la citoyenneté en deviennent les principaux critères¹⁹.

Un autre droit fondamental, inscrit dès le début dans le Traité de Rome, est la non-discrimination à raison du sexe. Certes, comme en matière de libre circulation l'objet est initialement économique. L'article 119 (devenu art. 141 CE) prévoyait que «chaque État membre assure ... l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail». L'objectif, en 1957, était d'éviter que les États membres qui ne connaissaient pas encore le principe «à travail égal, salaire égal» dans leur droit national, soient favorisés commercialement, en exportant dans la Communauté, grâce à la libre circulation des marchandises, des produits manufacturés moins chers, en raison d'une main d'œuvre féminine moins bien payée. Ici aussi ce droit, initialement économique, va s'élargir doublement pour s'apparenter à un droit fondamental²⁰. Quant à son objet d'abord, l'égalité de rémunération va s'étendre à une égalité de traitement dans l'ensemble des conditions de travail. Le cadre demeure toutefois celui d'une activité professionnelle. Quant à son principe ensuite, l'égalité formelle va s'étendre vers la recherche d'une égalité réelle entre hommes et femmes, posant la question des actions positives en faveur des femmes. Bien qu'évoluant, la jurisprudence demeure timorée²¹. En 1997, le Traité d'Amsterdam introduira expressément, à l'article 141 al. 4 CE, le principe selon lequel

pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une

produire des documents d'identité nationaux lors du franchissement d'une frontière intérieure, pour autant que cette sanction soit proportionnée.

¹⁸ Fr. Crépeau et J.Y. Carlier, « Intégration régionale et politique migratoire », *Journal de droit international*, 1999, p. 953.

¹⁹ J.Y. Carlier, « Proportionnalité et citoyenneté dans la libre circulation des personnes », dans J.Y. Carlier et M. Verwilghen, *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe*, supra note 13, p. 45.

²⁰ Sur l'ensemble, voir notamment : M. Verwilghen et F. von Prondzynsky, *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne*, Bruxelles, Bruylant, Luxembourg, Ed. OPOCE ; D. MARTIN, « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.*, 1998, pp. 260 à 318 et 561 à 637 ; L. Dubouis (dir.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les États membres*, Paris, Economica, 1995, chap. I « L'influence du droit communautaire sur l'égalité hommes/femmes dans les États membres ».

²¹ C.J.C.E., *Kalanke / Freie Hansestadt Bremen*, C-450/93, [1995] Rec. C.E à la p.I-3051, *R.T.D.E.*, 1995, p. 429 et C.J.C.E., *Marshall / Land Nordrhein-Westfalen*, C-409/95, [1997] Rec. C.E à la p.I-6363, voir L. Charpentier, « L'arrêt Kalanke, expression du discours dualiste de l'égalité », *R.T.D.E.*, 1996, p. 281 ; J. Vogel, « L'égalité de droit contre le droit à l'égalité », *Revue Nouvelle*, avril 1998, p. 37 ; G. Mancini, S. O'Leary, « The new frontiers of sex equality law in the European Union », *E.L.Rev.*, 1999, p. 331 ; R. Badinter, « Les discriminations positives dans l'Union européenne », dans *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 37.

activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle.

En outre, le Traité d'Amsterdam introduit un principe général de non-discrimination, étape supplémentaire, au-delà de la non-discrimination à raison de la nationalité ou du sexe. Le nouvel article 13 CE, permet au Conseil de «prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle». On constate toutefois qu'il s'agit d'une disposition programmatique qui permet au législateur européen d'adopter du droit dérivé, non d'une disposition claire, précise et inconditionnelle dont le citoyen pourrait directement se prévaloir²².

Si l'apport interne du droit communautaire à la protection des droits fondamentaux, particulièrement le principe de non-discrimination, est certain, il demeure, fut-ce de façon de plus en plus ténue, marqué de l'empreinte économique qui présida à sa naissance. L'apport externe, importé par la Cour, remédiera pour partie à cette limite.

2. LES EMPRUNTS EXTERNES

Dès 1963, dans une affaire relative à la libre circulation des marchandises, la C.J.C.E. affirme que «la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international [...] dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants»²³. La voie est ouverte. Dès l'instant où les particuliers sont sujets de droit, les droits de l'Homme se profilent. Invoqués vainement dans un premier temps dans le cadre du traité CECA²⁴ «les droits fondamentaux de la personne» font, à partir de 1969, partie des «principes généraux du droit

²² E. Bribosia et A. Weyembergh, «Nouveaux instruments normatifs et nouvelles avancées jurisprudentielles en matière de lutte contre les discriminations sur base de la nationalité après le Traité d'Amsterdam», dans *Union européenne et nationalité*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 239.

²³ C.J.C.E., *Van Gend & Loos / Administratie der Belastingen*, C-26/62, [1963] Rec. C.E à la p. 12.

²⁴ C.J.C.E., *Stork & Cie / Haute Autorité*, C-1/58, [1959] Rec. C.E à la p. 43. À l'encontre de la société Stork, qui, invoquant la loi fondamentale allemande protégeant le libre exercice d'une profession, se plaint des décisions de la Haute Autorité de la CECA réorganisant la vente du charbon dans le bassin minier de la Rhur, la Cour répond qu'elle se limite «à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et des règlements d'exécution».

Pour des extraits des décisions ici citées, on consultera utilement l'ouvrage de Fr. Sudre (dir.), *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999 ; E. Guild et G. Lesieur, *The European Court of Justice on the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer, 1998. Adde : J.M. Larralde, «Convention européenne des droits de l'Homme et jurisprudence communautaire», dans S. Leclerc, J.F. Akandji-Kombé et M.J. Redor (dir.), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 105 ; J.P. Jacqué, «Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'Homme», dans L.E. Pettiti, E. Decaux, P.H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 83 ; J. Pipkorn, «La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'Homme», *R.T.D.H.*, 1993, p. 221 ; J. Rideau, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'Homme*, *R.C.A.D.I.*, 1997, t. 265, pp. 9-480.

communautaire dont [la Cour] assure le respect»²⁵. Entamant un bras de fer avec les Cours constitutionnelles allemande et italienne, la Cour entend affirmer son autorité. Elle le fera un an plus tard, singulièrement dans une affaire qui conduit une société allemande à invoquer le principe de proportionnalité, garanti par la loi fondamentale allemande, contre des dispositions relatives à l'exportation. La Cour précise que «le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même» ce n'est dès lors «qu'en fonction du droit communautaire, qu'un acte de la Communauté peut être apprécié étant toutefois entendu que «le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux de droit dont la Cour de justice assure le respect»²⁶.

Reste à savoir où puiser ces «principes généraux» de droits fondamentaux. En leur absence dans le Traité de Rome, force est de les importer, par une manière de libre circulation appliquée aux sources du droit. La Cour considérera qu'elle «est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres [...et des ...] instruments internationaux concernant la protection des droits de l'Homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré»²⁷. Cette référence de principe affirmée, elle va de plus en plus se centrer sur la combinaison de principes constitutionnels communs aux États membres et de dispositions de la CEDH. Cet emprunt extérieur va se manifester dans différents domaines. Ce sera en tout premier lieu, assez symboliquement, dans les principes de non-discrimination à raison de la nationalité en matière de circulation des personnes²⁸ et de non-discrimination en

²⁵ C.J.C.E., *Stauder / Stadt Ulm*, C-29/69, [1969] Rec. C.E à la p. 419, pt. 7. Le principe est peut-être affirmé avec d'autant plus d'aisance qu'il ne conduit pas en l'espèce à reconnaître une violation d'un droit fondamental, la Cour considérant qu'en application d'une décision de la Commission mettant du beurre à prix réduit à la disposition des consommateurs bénéficiant d'une aide sociale, les États sont libres d'exiger que le nom et l'adresse du bénéficiaire figure sur le bon individualisé.

²⁶ C.J.C.E., *Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, [1970], Rec. C.E à la p. 1128, pt. 4.

²⁷ C.J.C.E., *Nold K.G / Commission*, C-4/73, [1974] Rec. C.E à la p. 491, pt. 13. À la différence de la société *Stork* (*supra*, note 24), la société *Nold*, également négociante en gros dans les produits miniers et se plaignant de la réorganisation du marché par la CECA, avait invoqué non seulement la loi fondamentale allemande, mais aussi « les Constitutions d'autres États membres et divers instruments, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme », (pt. 12). Il reste que la société *Nold* ne sera pas mieux protégée que la société *Stork*. La Cour considère que « si une protection est assurée au droit de propriété par l'ordre constitutionnel de tous les États membres et si des garanties similaires sont accordées au libre exercice du commerce, du travail et d'autres activités professionnelles, les droits ainsi garantis, loin d'apparaître comme des prérogatives absolues, doivent être considérés en vue de la fonction sociale des biens et activités protégés » et se livre ensuite à un véritable examen de proportionnalité, considérant « que, dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît (...) légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits ; qu'en ce qui concerne les garanties conférées à l'entreprise en particulier, on ne saurait en aucun cas étendre celles-ci à la protection de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même de l'activité économique » (pt. 14).

²⁸ C.J.C.E., *Rutili / Ministre de l'intérieur*, C-36/75, [1975] Rec. à la p. 1219. Ressortissant italien séjournant en France depuis sa naissance et époux d'une Française, Rutili est interdit de séjour dans trois départements français en application de la réserve d'ordre public de l'art. 39 CE (ex 48), en raison

raison du sexe²⁹. Dans ces domaines la référence externe permet à la Cour, par une sorte de valeur ajoutée, de conforter le statut de droit fondamental de la non-discrimination déjà inscrit dans le droit communautaire. Les domaines couverts par des références externes aux droits fondamentaux vont se multiplier³⁰. La référence dominante est bien la *Convention européenne des droits de l'Homme* qui «revêt une signification particulière»³¹ et, de ce fait, selon l'expression de Jean-Manuel Larralde, «irradie l'ensemble de la jurisprudence» de la C.J.C.E.³². Cette multiplication des références à la CEDH n'est pas sans danger de contradictions entre les interprétations des deux cours. L'occurrence s'en est présentée dans plusieurs matières³³. Le risque ne doit pas être exagéré, la C.J.C.E. acceptant de suivre la jurisprudence de la Cour EDH. Il ne doit pas être négligé non plus. En premier lieu, les cas risquent de se multiplier. En conférant à la C.J.C.E. de plus grandes compétences, notamment dans le cadre de la mise en place, d'ici à 2004, d'un «espace de liberté, de sécurité et de justice» portant notamment sur le domaine du droit d'asile et de l'immigration (art. 61 CE) le Traité d'Amsterdam accentue la possible concurrence entre Strasbourg et Luxembourg. Ce n'est pas la limite mise aux compétences de Luxembourg, par l'exclusion en ces matières des «mesures ou décisions ... portant sur le maintien de l'ordre public» (art. 68 CE), qui simplifiera la répartition des compétences entre Luxembourg et Strasbourg. En deuxième lieu, si Luxembourg accepte généralement de s'aligner sur la jurisprudence de Strasbourg, c'est parfois avec retard, faux pas ou subterfuge destiné à éviter une contradiction potentielle dans l'attente d'une jurisprudence strasbourgeoise. Le meilleur exemple en fut l'interprétation du droit à la

de sa participation aux événements de mai 68. Faisant expressément référence aux articles 8, 9, 10, 11 C.E.D.H. et 2 du Protocole 4, la C.J.C.E. considère que les mesures de sauvegarde de l'ordre public doivent être appréciées au regard de ce qui est nécessaire dans une société démocratique.

²⁹ C.J.C.E., *Defrenne / Sabena*, C-149/77, [1978] Rec. C.E à la p. 1365. Hôtesse de l'air à la Sabena, Mademoiselle Defrenne est licenciée à 40 ans. Cette mesure, prévue dans le contrat des seules femmes hôtesses, non des stewards, est destinée à limiter le personnel aux jeunes hôtesses séduisantes. Saisie d'une question préjudicielle au regard du principe de non-discrimination à raison du sexe, la Cour rappelle « que le respect des droits fondamentaux de la personne humaine fait partie des principes généraux de droit communautaire, dont elle a pour mission d'assurer le respect [et] qu'on ne saurait mettre en doute le fait que l'élimination des discriminations fondées sur le sexe fait partie des droits fondamentaux » (pt. 26 et 27), se référant notamment à la *Charte sociale européenne* et à la Convention C-111 concernant la discrimination (emploi & profession) de l'O.I.T. du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession.

³⁰ Selon la table thématique de l'ouvrage dirigé par Frédéric Sudre (*supra*, note 24) : procès équitable, égalité des délits et des peines, droit au respect de la vie privée, familiale, du domicile et de la correspondance, liberté d'expression et d'information, liberté de pensée, de conscience, de religion, d'association, droit de propriété, ...

³¹ C.J.C.E., *Johnston / Chief Constable of the royal Ulster Constabulary*, C-222/84, [1986] Rec. C.E à la p. 1651.

³² J.M. Larralde, *op. cit.* note 24, p. 113.

³³ La protection du domicile qui à Strasbourg couvre, au moins pour partie, des locaux professionnels (*Chappell c. Royaume-Uni* (1989) 152-A (Sér. A) Cour Eur. D.H., et *Niemietz c. Allemagne* (1992) 251-B (Sér. A) Cour Eur. D.H.) ce qui n'est pas le cas à Luxembourg (C.J.C.E., *Hoechst / Commission*, C-46/87 et 227/88, [1989] Rec. C.E à la p. 2859) ; Le droit de ne pas témoigner contre soi-même reconnu à Strasbourg (*Funke c. France* (1993) 256-A (Sér. A) Cour Eur. D.H.) ne fut reconnu à Luxembourg, au regard de la C.E.D.H., ni avant (C.J.C.E., *Orkem / Commission*, C-374-87, [1989] Rec. C.E à la p. 3283), ni après (C.J.C.E., *Otto / Postbank*, C-60/92, [1993] Rec. C.E p. I-5683).

liberté d'expression en matière d'interruption volontaire de grossesse³⁴. L'État irlandais reconnaissant dans sa constitution le droit à la vie de l'enfant à naître et interdisant de ce fait l'avortement, des étudiants irlandais avaient décidé de faire de la publicité sur les possibilités d'avortement dans les cliniques au Royaume-Uni. Un procès les opposant à la *Society for the Protection of Unborn Children*, conduit à deux questions préjudicielles à la C.J.C.E. : l'avortement constitue-t-il un service au sens du Traité CEE ? Le Traité confère-t-il un droit de diffuser des informations quant à ce service ? Oui et non. Oui, dit la Cour, l'avortement, prestation médicale, est un service au sens du Traité. Non, ajoute-t-elle, en interdisant la publicité par des étudiants irlandais pour des avortements pratiqués dans des cliniques anglaises, il n'y a pas atteinte à la libre prestation de service car, en l'espèce, le lien entre les étudiants et les cliniques «est trop ténu» (pt. 24). Dès lors que l'on se trouve en dehors du champ d'application du droit communautaire — pour ce qui concerne non pas l'avortement mais la publicité qui en est faite — la C.J.C.E. estime ne pas devoir examiner s'il y a ou non violation de la liberté d'expression protégée par l'article 10 CEDH (pt. 31). L'avocat général Van Gerven avait, dans ses conclusions, considéré que l'ensemble du litige rentrait dans le champ d'application du droit communautaire et qu'il fallait, en conséquence, examiner s'il y avait, dans le cadre d'une prestation de service, violation du droit fondamental à la liberté d'expression. Faisant référence au principe de proportionnalité et à la théorie de la marge d'appréciation à laisser aux États en présence d'un conflit entre deux droits fondamentaux (liberté d'expression et droit à la vie) l'avocat général estimait qu'il n'y avait, en l'espèce, pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. En ne suivant pas son avocat général, en refusant de se prononcer sur le droit fondamental, la C.J.C.E. a évité une possible contradiction avec la Cour européenne des droits de l'Homme qui, un an plus tard, dans l'affaire *Open door* estimait qu'il y avait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression des étudiants.

Qu'il s'agisse de prudence ou de subterfuge, la motivation de la C.J.C.E. dans l'affaire *Grogan* montre bien les limites à l'importation de droits fondamentaux, particulièrement à partir de la CEDH : ceux-ci ne s'appliqueront que dans la mesure où la réglementation en cause entre dans le champ d'application du droit communautaire, c'est-à-dire dans la mesure où il y a un lien, un *nexus* entre le droit fondamental et le droit communautaire³⁵. À l'image du principe de non-discrimination inscrit à l'article 14 CEDH prévoyant que «la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune», dans l'ordre juridique communautaire tout droit fondamental n'est protégé qu'en qualité d'accessoire d'un droit reconnu par le Traité de Rome. Même si, comme le principe de non-discrimination de l'article 14 CEDH, le droit fondamental a une portée autonome en ce qu'il renforce la protection du droit communautaire concerné, en demeurant toujours l'accessoire il ne peut atteindre la pleine maturité d'une

³⁴ C.J.C.E., *Society for the Protection of Unborn Children Ireland / Grogan e. a.*, C-159/90, [1991] Rec. C.E. à la p. I-4685 ; *Open Door et Dublin well woman c. Irlande* (1992), 246-A (Sér. A) Cour Eur. D.H., parmi les commentaires voir *supra* note 24, J.M. Larralde, p. 129 et J. Rideau, p. 302.

³⁵ S. O'Leary, « The relationship between community citizenship and the protection of fundamental rights in Community law », *C.M.L. Rev.*, 1995, p. 519, 542.

protection universelle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Ce handicap est renforcé par l'absence de contrôle extérieur à l'ordre juridique communautaire de la violation de droits fondamentaux par les institutions communautaires elles-mêmes. La Communauté européenne n'étant pas partie à la CEDH, les actes de ses institutions ne peuvent être soumis au contrôle de Strasbourg, si ce n'est indirectement à l'occasion de leur mise en œuvre par les États membres³⁶.

Ni les réformes successives du Traité CE, accentuant les références aux droits fondamentaux³⁷, ni la large utilisation faite par la Communauté européenne de ces mêmes droits fondamentaux dans ses relations avec des États tiers³⁸ n'ont permis l'éradication de ces deux limites congénitales : le caractère accessoire et interne de la protection des droits fondamentaux. Deux propositions récurrentes entendent y porter remède : l'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH et l'élaboration d'une Charte de droits fondamentaux propre à la Communauté.

Le projet d'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH permettait de lever les deux limites en intégrant les droits protégés par la CEDH dans le droit communautaire et en offrant à Strasbourg le contrôle externe de la légalité des actes communautaires au regard des droits de l'Homme. Dans un avis, dont la motivation cache mal la crainte d'être soumis à d'autres juges, la C.J.C.E. s'est prononcée contre l'adhésion à la CEDH en l'état du Traité CE (avant Amsterdam), au motif que l'adhésion emportait des implications institutionnelles et revêtait «une envergure

³⁶ *Matthews c. Royaume-Uni* (1999) Rec. 1999-I, Cour Eur. D.H., *R.T.D.E.*, 1999, p. 799, note G. Cohen-Jonathan et J.F. Flauss à propos de l'absence d'organisation de circonscription électorale pour les élections européennes par le Royaume-Uni à Gibraltar, la Cour constate une violation de l'art. 3 Protocole 1 C.E.D.H. Voir aussi M. Kaiser, « Le droit à des élections libres... L'application timide d'une disposition ambitieuse », dans *Mélanges Pierre Lambert*, *op. cit.* note 21, p. 435 ; O. DE Schutter et O. Lhoest, « La Cour européenne des droits de l'Homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'Homme », *C.D.E.*, 2000, p. 141.

³⁷ En particulier l'article 6 TUE (ex F) prévoit que « L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres » et fait, en son deuxième paragraphe introduit à Maastricht, directement référence à la formule de la C.J.C.E. : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [C.E.D.H.] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux de droit communautaire ».

Ce respect des droits fondamentaux est garanti par des sanctions politiques (art. 7 TUE – voir E. Bribosia, O. De Schutter, Th. Ronse et A. Weyenbergh, « Le contrôle par l'U.E. du respect de la démocratie et des droits de l'Homme par ses États membres : à propos de l'Autriche », *J.T.D.E.*, 2000, p. 61) et par des sanctions judiciaires, la C.J.C.E. étant compétente pour contrôler le respect des droits de l'Homme par les institutions communautaires (art. 46, d TUE).

Voir J.F. Akandji-Kombé, « Le développement des droits fondamentaux dans les Traités » dans *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, *supra* note 24, p. 31 qui, en conformité avec l'historique ici présenté, relève que l'inscription des droits fondamentaux dans les traités est un objectif présent dès l'origine, ce que semble contester la première contribution, dans le même volume : M.J. Redor, « La vocation de l'U.E. à protéger les droits fondamentaux », *idem* p. 13.

³⁸ Voir J. Pipkorn et J. Rideau, *supra* note 24, ainsi que J. Verhoeven, « La Communauté européenne et la sanction internationale de la démocratie et des droits de l'Homme » dans E. Yakpo et T. Boumedra, dir., *Liber amicorum Mohammed Bedhaoui*, Hague, Kluwer, 1999, 771.

constitutionnelle»³⁹. Tout en renforçant les références aux droits de l'Homme, le Traité d'Amsterdam n'a pas ouvert expressément la possibilité de l'adhésion. Ce projet paraît abandonné. On lui préfère la renaissance d'une idée ancienne : l'élaboration d'une nouvelle charte des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne⁴⁰. Le processus est en bonne voie. À l'initiative du Conseil européen une «enceinte» ou «Convention»⁴¹ a adopté un projet de Charte⁴² qui sera soumis en décembre 2000 à l'approbation du Conseil et dont il conviendra de préciser ultérieurement le statut juridique : simple déclaration ou texte contraignant intégré dans le Traité. Le processus de création d'un organe *sui generis*, considéré par les uns comme «signe d'une prise de conscience par les exécutifs de la nécessité de renouveler en partie les méthodes»⁴³, par les autres comme «exercice de récupération»⁴⁴ laisse en tous cas de nombreuses questions ouvertes⁴⁵. Qui sera débiteur des droits ? Les États, l'Union ou la Communauté. Qui sera créancier des droits ? Le citoyen ressortissant d'un État membre, le résident, la personne se trouvant sur le territoire de l'Union ou l'un et l'autre, selon le droit concerné ce qui pourrait nuire à l'universalité des droits fondamentaux⁴⁶. Quels droits seront retenus ?

Ces difficultés ne doivent pas cacher l'utilité symbolique de disposer, au sein de l'Union, d'un catalogue de droits fondamentaux. En revanche, l'existence d'un catalogue propre à l'Union pourrait complexifier la coexistence avec le Conseil de l'Europe.

³⁹ C.J.C.E., avis 2/94 du 28 mars 1996, *Rec.*, p.I-1763. Voir G. Cohen-Jonathan, «L'adhésion de la Communauté européenne à la C.E.D.H.» (1995) *J.T.D.E.* 45 ; O. De Shutter, «L'adhésion des Communautés européennes à la C.E.D.H.» *Courrier hebdomadaire du CRISP*, Bruxelles, n° 1440, 1994; P. Waschmann, «L'avis de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la C.E.D.H.» (1996) *Rev. trim. dr. europ.* 467; J. Rideau, *supra* note 24 à la p.344.

⁴⁰ Parmi les antécédents, on retiendra principalement l'adoption par le Parlement européen, le 12 avril 1989, d'une *Déclaration des droits et libertés fondamentaux*, *J.O.C.E.*, 16 mai 1989, c. 120. Voir J. Rideau, *supra* note 24 à la p. 37; K. Lenaerts, «Fundamental Rights to be included in a Community Catalogue» (1991) *Eur. L. Rev.* 367.

⁴¹ Composée de 62 personnes: 15 représentants personnels des chefs d'État, 1 représentant du président de la Commission européenne, 16 parlementaires européens, 30 parlementaires nationaux.

⁴² Texte disponible sur <http://db.consilium.eu.int/df> ou Europa/Conseil/Droitsfondamentaux. Pour de premiers commentaires, voir G. De Kerkhove, O. De Shutter et F. Tulkens, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dialogue à trois voix» dans *Annales d'études européennes de l'U.C.L.*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 11. Pour de premiers commentaires voy. G. de Kerkhove, O. De Schutter et F. Tulkens, «La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Dialogue à trois voix», *Annales d'études européennes de l'U.C.L.*, vol. , Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 11.

⁴³ J. Dutheil De La Rochère, «La convention sur la Charte des droits fondamentaux et le processus de construction européenne» (2000) *R.M.C.* 223.

⁴⁴ J.P. Cot, «Le Parlement européen et la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne» dans *Mélanges Pierre Lambert*, *supra* note 21 aux pp. 155, 170.

⁴⁵ J. Dutheil De La Rochère, *supra* note 43; Chambre des Représentants et Sénat de Belgique, *Une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, audition du 7 décembre 1999, Doc. 2000/4686/1.

⁴⁶ F. Tulkens et J. Callewaert, «La Convention européenne des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne» dans *Chambre des Représentants et Sénat de Belgique*, *supra* note 45 à la p.71.

B. Strasbourg

Avant d'examiner la coexistence des deux ordres juridiques, il convient de faire deux réflexions sur l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. Strasbourg étant centré sur l'application de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, l'application des droits fondamentaux y est évidemment moins complexe qu'à Luxembourg. Toutefois, ici, comme là, la protection des droits fondamentaux se nourrit d'une dynamique interne (a) et d'emprunts externes (b).

1. LA DYNAMIQUE INTERNE

Dès 1968, la Cour européenne des droits de l'Homme, en séance plénière sous la présidence de René Cassin, affirme, dans l'*Affaire linguistique de l'enseignement en Belgique*, à titre de principe général que

le but que les Parties contractantes se sont proposées d'atteindre, d'une manière générale, au moyen de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'Homme, et ce sans doute en raison non seulement des circonstances historiques dans lesquelles la *Convention* a été conclue, mais aussi du développement social et technique de notre époque qui offre à l'État des possibilités considérables pour régler l'exercice de ces droits. Aussi la *Convention* implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la Communauté et le respect des droits fondamentaux de l'Homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers⁴⁷.

Cette affirmation fera de la CEDH un «droit vivant», voire un «instrument constitutionnel de l'ordre public européen»⁴⁸ dont l'interprétation à la recherche d'un équilibre entre l'effectivité et la prévisibilité ne sera pas toujours aisée⁴⁹. Cette dynamique s'exprime aussi dans les relations avec l'ordre juridique communautaire. Ainsi en 1999, c'est en lisant la *Convention* comme «instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles» que la Cour applique l'article 3 du

⁴⁷ Cour. Eur. D.H., 23 juillet 1968, *Affaire linguistique de l'enseignement en Belgique*. Pour un commentaire, voir notamment J. Verhoeven, Rev. B.D.I., 1970 à la p.353 et M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976 à la p.144 et s.

⁴⁸ *Loizidou c. Turquie*, (1995) 310A Cour. Eur. D.H. (Sér. A) I. au par. 75.

⁴⁹ J. Callewaert, «La Convention européenne des droits de l'Homme entre effectivité et prévisibilité» dans *Mélanges Pierre Lambert*, supra note 21 à la p. 92. Ces difficultés apparaissent particulièrement dans la jurisprudence conduisant la Cour à reconnaître, indirectement, par ricochet, une protection de l'étranger contre des mesures d'éloignement du territoire à partir des articles 3 (traitement inhumain, dégradant, torture) et 8 (vie privée et familiale). Voir l'article de S. Saroléa ainsi que F. Rigaux, «L'immigration, droit international et droits fondamentaux», dans *Mélanges Pierre Lambert*, supra note 21 à la p. 693; J. Y. Carlier, «Le droit des étrangers en Europe: La lente évolution du principe de non-discrimination à raison de la nationalité» dans *Annales d'Études européennes de l'U.C.L.*, Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p.189.

Protocole 1 relatif aux élections libres, au défaut d'organisation par le Royaume-Uni, à Gibraltar, des élections supranationales du Parlement européen même si, comme l'invoquait le Royaume-Uni, ces élections européennes n'existaient pas et n'avaient donc pu être visées à l'époque de l'adoption du Protocole⁵⁰.

2. DES EMPRUNTS EXTERNES

Au sens strict, les emprunts par la Cour de Strasbourg à d'autres instruments que la *Convention européenne des droits de l'Homme* demeurent assez limités⁵¹. C'est assez compréhensible dans la mesure où il y va d'une juridiction expressément dévolue à l'application d'un texte, la CEDH. En revanche, la Cour européenne des droits de l'Homme n'ignore pas la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Elle en tire enseignement. Elle utilise la technique de non-rétroactivité du dispositif d'une décision développée dans l'ordre juridique communautaire, lorsque l'interprétation du droit n'était pas certaine ou lorsque son application rétroactive créerait une charge disproportionnée⁵². Elle s'inspire également de notions précisées par la C.J.C.E., comme la notion d'emploi dans l'administration publique⁵³. Enfin et surtout, elle prend acte de l'existence de la Communauté européenne comme ordre juridique propre. Ce n'est pas sans problème au regard de l'universalité des droits de l'Homme. Ainsi, la Cour EDH rejette l'allégation de violation combinée des articles 8 (vie privée et familiale) et 14 (non-discrimination) par un marocain expulsé de Belgique qui invoque que «son expulsion

⁵⁰ Note 36 au *Supra* pt. 39.

⁵¹ Pour un instrument, voir P. Tavernier, «La Déclaration universelle des droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droit de l'Homme» dans *Mélanges Pierre Lambert, supra* note 21 à la p.859.

⁵² Cour. Eur. D.H., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, affirme que si «la Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés...[en matière de succession, inégale, des enfants naturels en Belgique] ... l'intérêt de gouvernement à connaître la portée du présent arrêt dans le temps n'en demeure pas moins manifeste» et se réfère expressément à «deux principes généraux de droit rappelés par la C.J.C.E. : 'les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin' mais 'one ne saurait ... aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé'» en citant C.J.C.E., 8 avril 1976, C-43/75, *Defrenne, Rec.*, p.455. Pour une application similaire du principe de non-rétroactivité, voir C.J.C.E., 15 décembre 1995, C-415/93, *Bosman, Rec.*, p. I-4921. Parmi les commentaires de l'arrêt *Marckx c. Belgique*, voir sur cet aspect, F. Rigaux, «La loi condamnée» (1979) J.T. 513 au n° 63 et s. P.H. Teitgen, «The temporal effect of the judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities» (1980)H.R.L.J. 36. On notera que ce même arrêt *Marckx* qui conduit à condamner la discrimination entre enfants naturels et légitimes dont matière de succession est aussi une application de la dynamique interne, rappelant que la Cour. Eur. D.H., «doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui» (pt. 41).

⁵³ Voir Comm. Eur. D.H., 17 octobre 1995, *Neigel c. France*, n°18725/91, non suivie par la Cour. Eur. D.H., 17 mars 1997, *Neigel c. France*, Rec. 1997-II, mais bien par la Cour. Eur. D.H., 8 décembre 1999, *Pellegrin*, qui conduit la Cour, par un «nouveau critère» puisé directement dans C.J.C.E., 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, C-473/93, *Rec.*, p. I-3248, à limiter l'exclusion du champ d'application de l'art. 6, 1 C.E.D.H. (délai raisonnable dans les contestations à caractère civil) aux «litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique».

lui aurait infligé un sort moins favorable que celui des délinquants dont la citoyenneté d'un pays membre de l'Union européenne protège en Belgique contre pareille mesure». La Cour «estime [à l'unanimité] que pareil traitement préférentiel repose sur une justification objective et raisonnable, dès lors que les États membres de l'Union européenne forment un ordre juridique spécifique, ayant instauré de surcroît une citoyenneté propre»⁵⁴. Si cet «emprunt» reconnaît expressément la construction juridique et politique de la «petite» Europe, il introduit une hiérarchisation critiquable dans la protection des droits fondamentaux. Une chose, acceptable, est de considérer qu'en l'espèce telle expulsion ne serait pas constitutive d'une atteinte à la vie privée ou familiale ; autre chose, critiquable, est d'accepter la nationalité et la citoyenneté comme critère objectif justifiant un traitement différencié dans la protection du droit concerné. À peine un mois plus tard, une jurisprudence, prononcée à l'unanimité sur ce point, adopte un point de vue assez différent. Tout en acceptant les distinctions fondées sur des critères objectifs et raisonnables, la Cour considère que «seules des considérations très fortes peuvent [l']amener à estimer compatible avec la *Convention* une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité»⁵⁵. Utilisant exactement les mêmes termes à propos de l'égalité des sexes, elle avait dit antérieurement, que «seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la *Convention* une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe»⁵⁶.

Les emprunts réciproques entre Strasbourg et Luxembourg montrent les richesses de l'interaction des ordres juridiques mais aussi ses limites. Il y a des divergences d'interprétation de droits fondamentaux critiquables à Luxembourg. Il y a des limites d'interprétation portées à certains droits fondamentaux, comme le respect de la vie privée et familiale ou le délai raisonnable dans les contestations civiles qui, empruntés à la Communauté européenne, sont critiquables à Strasbourg. Ces critiques partagées s'expliquent par un point commun : l'objectif poursuivi par l'ordre juridique concerné. Si, à certains égards, les deux Cours «pétrissent la même matière»⁵⁷, ce n'est pas dans le même moule. Chaque Cour affirmera une loyauté première aux objectifs de son ordre juridique : l'intégration communautaire à Luxembourg, les droits de l'Homme à Strasbourg. Certes, et de plus en plus, les deux cohabitent. L'intégration doit se faire dans le respect des droits de l'Homme. Les droits de l'Homme s'inscrivent dans un contexte économique, social et politique. Il reste que où l'un est premier, l'autre est second, et vice versa. La question centrale devient alors celle de la cohabitation des ordres juridiques appelés à protéger les droits de l'Homme.

⁵⁴ Cour. Eur. D.H., 7 août 1996, *C. c. Belgique*, pt. 38; et 18 février 1991, *Moustaquin*, pt. 49.

⁵⁵ Cour. Eur. D.H., 11 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, pt. 42. En l'occurrence, l'Autriche viole les art. 1 du Protocole 1 (droit de propriété) et 14 (non-discrimination) en refusant à un Turc, motif pris de sa nationalité, le bénéfice d'une allocation de chômage d'urgence.

⁵⁶ Cour. Eur. D.H., 18 juillet 1994, *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, pt. 21 et *Schmidt c. Allemagne* au pt. 24.

⁵⁷ J.M. Larralde, *supra* note 24 à la p.134.

III. LA PLURALITÉ DES ORDRES JURIDIQUES

Il convient de distinguer les droits garantis de la garantie des droits, selon l'expression de Patrick Wachsmann⁵⁸ reprise par Françoise Tulkens⁵⁹. Si les deux sont liés l'un couvre le champ matériel du droit protégé, l'autre le champ institutionnel de sa mise en œuvre. Une même juridiction peut appliquer deux textes différents, comme deux juridictions peuvent appliquer un même texte. Il serait erroné de considérer que l'adoption d'une *Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne enlève tout intérêt à l'adhésion des Communautés à la C.E.D.H. Un instrument propre ne supprime pas l'intérêt d'un contrôle institutionnel distinct. La réflexion peut utilement se centrer autour de ces deux axes : droits garantis (a) et garantie des droits (b).

A. Droits garantis

L'adoption probable d'une *Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne limitera partiellement la nécessité pour Luxembourg d'emprunts à Strasbourg. Les deux ordres juridiques seront moins différents, disposant tous deux d'un «catalogue» de droits fondamentaux⁶⁰. Mais la limite n'est que partielle. Le contenu de la Charte de l'Union européenne sera vraisemblablement composé de l'ensemble des droits de la C.E.D.H., augmentés de quelques droits «nouveaux», à caractère plus économique et social. Le catalogue de droits fondamentaux pourrait alors se présenter sous la forme de cercles concentriques, proposés par Koen Lenaerts en 1991 : au centre, comme noyau, le cercle des droits de la C.E.D.H. ; un deuxième cercle comportant les principes généraux de droit communautaire ; un troisième cercle relatif aux droits spécifiquement réservés aux citoyens de l'Union ; un quatrième cercle composé de droits d'ordre plus pragmatique : les droits sociaux, économiques et culturels⁶¹. Si une telle classification a le mérite de la clarté, elle emporte toujours le risque d'une hiérarchisation des droits et de leurs créanciers. Un correctif peut y être apporté par un principe général de non-discrimination s'inspirant de l'article 25 de la Déclaration du Parlement européen du 12 avril 1989⁶² et qui substitue à la hiérarchie des droits et de leur destinataires l'expression de l'universalité des droits fondamentaux. Tout en permettant des spécificités en faveur des «citoyens» de l'Union, il serait affirmé que : «La Charte protège toute personne [relevant de la juridiction des États membres de l'Union européenne]. Lorsque certains droits sont réservés aux citoyens de l'Union, il peut être décidé d'en étendre le bénéfice pour tout ou partie d'autres personnes»⁶³. L'interprétation des droits

⁵⁸ P. Wachsmann, *Les droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 1999.

⁵⁹ F. Tulkens, «Des passerelles pour l'avenir» dans *Mélanges Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p.927.

⁶⁰ Sur cette distinction voir J.P. Costa, «La Cour européenne des droits de l'Homme: vers un ordre juridique européen?» dans *Mélanges Louis Edmond Petiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999 aux pp. 197, 199.

⁶¹ K. Lenaerts, *supra* note 40.

⁶² *Supra* note 40.

⁶³ E. Bribosia, O. De Shutter, K. Lenaerts et P. Magnette, «Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», dans *Chambre des Représentants de Belgique et Sénat, supra* note 45 à la p.27. Cette

communs à la C.E.D.H. ne pourra, pas plus qu'avant, s'abstraire de la jurisprudence strasbourgeoise. Ces frères presque jumeaux que sont Luxembourg et Strasbourg sont donc condamnés sinon à cohabiter, du moins à communiquer, sauf à occire l'un ou l'autre.

B. Garantie des droits

La garantie des droits fondamentaux en Europe, assurée par les juridictions de Luxembourg et de Strasbourg offre une alternative : soit le maintien du pluralisme (2°), soit la construction d'un monisme (1°). Des figures permettent d'illustrer les différentes possibilités.

1. LE MONISME

Le monisme peut se concevoir par suppression d'une des deux cours (fig. 1) par absorption de l'une par l'autre (fig. 2) ou par une construction totalement autonome au sein de l'Union européenne (fig. 3).

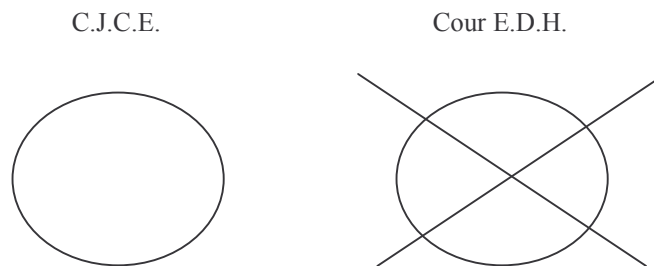


Figure 1 : la suppression.

Tant que la «petite» et la «grande» Europe ne coïncident pas territorialement, la suppression d'une des deux cours relève de l'imaginaire. Si les deux espaces devaient coïncider, c'est la Cour E.D.H. qui disparaîtrait au profit de la C.J.C.E., celle-ci pouvant reprendre les compétences de celle-là, s'y appliquant déjà. L'idée est envisagée par Koen Lenaerts⁶⁴.

formulation du champ d'application *ratione personae*, inspirée de la C.E.D.H., est préférée à celle formulée par ces auteurs où les mots ici indiqués entre crochets sont remplacés par les mots «dans le champ d'application du droit de l'Union européenne». Cette dernière formulation limite le champ d'application *ratione materiae* de la Charte aux autres droits de l'Union ce qui, ne donnant pas un statut indépendant aux droits fondamentaux mais accessoire des autres droits, ne modifie guère la situation actuelle, hormis le passage du droit communautaire au droit de l'Union.

⁶⁴ K. Lenaerts, «Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne» dans *Mélanges Louis Edmond Petiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999 aux pp. 422-455.

Formellement, il y aurait vraisemblablement création d'une *Cour suprême des États (Unis ?) d'Europe*.

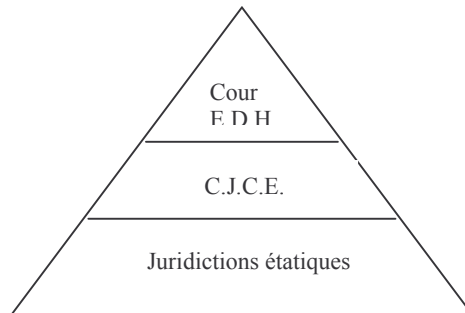


figure 2 : l'absorption

L'absorption résulterait de l'adhésion de la Communauté ou de l'Union européenne à la C.E.D.H. La C.J.C.E., bien que supérieure aux juridictions des États membres serait, comme celles-ci et comme celles d'autres États du Conseil de l'Europe, soumise, en matière de droits fondamentaux, à la Cour E.D.H. dans une structure pyramidale. En d'autres termes, «l'adhésion aurait instauré une architecture juridictionnelle normative au sommet de laquelle se serait trouvée la Cour européenne des droits de l'Homme»⁶⁵. Cette hypothèse, envisageable à long terme, est écartée par l'avis négatif de la C.J.C.E. et l'absence de modification du Traité en ce sens. L'avantage principal est de soumettre les institutions communautaires à un contrôle extérieur. La structure pyramidale montre toutefois les limites de cette croyance : le sommet de la pyramide demeure toujours incontrôlé. En veut-on un exemple ? Qui ne se plaint des longueurs de procédure à Strasbourg, mais où invoquer l'article 6 CEDH contre la Cour E.D.H. ?

⁶⁵ J. Rideau, «Les garanties juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne» dans *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, supra note 24 à la p. 102.

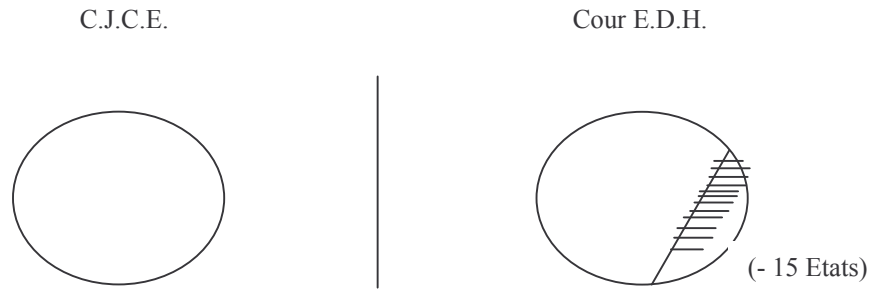


Figure 3 : l'autonomie

Il s'agit principalement pour les 15 États membres de l'Union de prendre leur autonomie en matière de droits de l'Homme en quittant le Conseil de l'Europe. Cette thèse, défendue par notre collègue A.G. Toth, de l'Université de Glasgow⁶⁶, est qualifiée de «surprenante et peu réaliste» par Joël Rideau, professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis⁶⁷. Que cette autonomie s'affirme par un catalogue propre de droits fondamentaux, comme la Charte, ou par simple insertion des dispositions matérielles de la C.E.D.H. dans le Traité CE, importe peu. Elle consiste principalement à rendre l'ordre juridique communautaire totalement autonome. L'idée ne manque pas d'arguments, dont la simplification pour le justiciable et le choix clair de l'insertion progressive des autres États européens dans l'Union. L'autonomie s'affirmerait par une sécession immédiate des 15 États de l'Union européenne, considérant que, dans l'attente, le maintien de l'Union dans le système de Strasbourg affaiblirait le standard de protection par l'introduction trop rapide de nouveaux États⁶⁸. La proposition est sans doute peu réaliste. Elle est surtout fondée sur une prémisse erronée : la croyance qu'un système simple, unique, renforce nécessairement la protection des droits fondamentaux. Ce centralisme, fût-il démocratique, qui conduirait un jour à un seul ordre politique et juridique mondial oublié, d'une part la réalité complexe de l'Homme et de l'organisation de la vie en société, d'autre part, la nécessité pour la garantie des droits de poids et contre-poids extérieurs à toute institution et à tout système. Certes, le prix d'une démocratie vivante où le pluralisme s'affirme conduit à la pluralité des structures et à une certaine complexité. Si l'internationalisation des droits de l'Homme a permis de «parachever cette extériorité du droit au pouvoir»⁶⁹, dont l'absence avait conduit les juridictions nationales, malgré leurs constitutions, à céder aux totalitarismes, substituer au

⁶⁶ A.G. Toth, «The European Union and Human rights: The way forward» (1997) C.M.L.R. 491 à la p.529.

⁶⁷ J. Rideau, *supra* note 24 à la p.355.

⁶⁸ Contre cette crainte souvent avancée, voir à propos des premiers constats de la jurisprudence P. Titium, «La Cour européenne des droits de l'Homme et les pays d'Europe centrale et orientale: premières affaires», dans *Mélanges Pierre Lambert*, *supra* note 59 à la p. 877.

⁶⁹ P. Waschmann, *supra* note 58 à la p.3.

monisme national, un monisme internationaliste ne conduit qu'à déplacer, voire à amplifier la même erreur.

2. LE PLURALISME

Selon la formule de François Rigaux, toute conception pluraliste du droit s'inspire du «principe de réalité» en ce qu'elle «reconnaît d'entrée de jeu la coexistence de divers ordres juridiques : droit international, multiples droits étatiques, systèmes juridiques non étatiques»⁷⁰ ; le pluralisme recouvrant non seulement «la répétition des systèmes homologues (tels les différents ordres juridiques étatiques) mais aussi la diversification des modèles»⁷¹. Ce principe de réalité peut s'appliquer aux organes de protection des droits de l'Homme en Europe. Il s'agit premièrement de prendre acte de la réalité et deuxièmement de tenter de l'organiser. Prendre acte de la réalité consiste en cette occurrence à constater la pluralité des mécanismes de protection des droits de l'Homme en Europe tant dans leur objet (mécanismes politiques de prévention et judiciaires de sanction) que dans leur structure. Ainsi, parmi les mécanismes judiciaires, il serait réducteur de limiter la cohabitation à Luxembourg et Strasbourg en oubliant que les tribunaux étatiques sont les premiers garants de la protection des droits de l'Homme, qu'ils appliquent des textes nationaux, régionaux et internationaux⁷² et que la protection régionale s'insère également dans le cadre d'une protection internationale⁷³. Il s'agit deuxièmement d'organiser la réalité. Le constat de pluralisme fait, il serait tout aussi pernicieux de l'abandonner à l'anarchie que de le contraindre à une discipline unique. La deuxième étape consiste à tenter de concilier (fig. 4) ou d'harmoniser (fig. 5) les systèmes en présence.

⁷⁰ F. Rigaux, «Le pluralisme juridique face au principe de réalité» dans *Homenaje al professor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979 à la p.291. Parmi les nombreux travaux de François Rigaux sur le pluralisme du droit, voir *Droit international privé, Théorie générale*, t.I, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 1977 aux n° 85-90; *Ibid.*, 2^e éd., 1987 aux n° 1-24; *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé*, R.C.A.D.I., t. 213, 1989 aux pp. 13-407, n. 23-58; *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997 aux pp. 15-31.

⁷¹ *Ibid.* à la p. 291.

⁷² Voir sur les droits garantis C. Sciotti, *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Bruylant, 1997; et sur la garantie des droits: O. De Schutter, «La coopération entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le juge national» (1997) Rev. B.D.I. 21.

⁷³ J.F. Flaus, «La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'Homme» dans *Mélanges Pierre Lambert*, supra note 59 à la p.342, qui relève à la p. 361, les «effets constitutifs de l'interaction entre les systèmes de protection des droits de l'Homme», ici de la Cour. Eur.D.H. et des Nations Unies; J. Dhommeaux, «Les États parties à la Convention européenne des droits et le Comité des droits de l'Homme de l'O.N.U.: de la cohabitation du système universel de protection des droits de l'Homme avec le système européen», dans *Liber amicorum Marc André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1997 à la p.117.

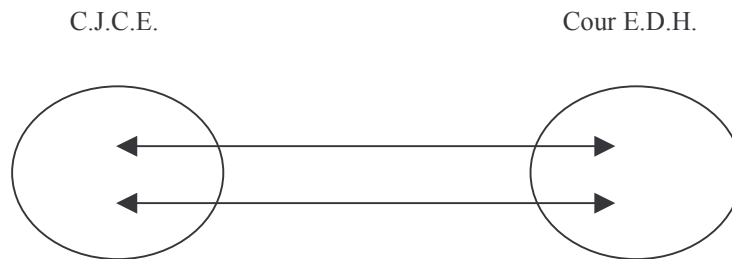


figure 4 : la conciliation

La conciliation consistera principalement en consultations réciproques entre Luxembourg et Strasbourg. Il s'agit de renforcer les voies informelles de communications entre les deux ordres juridiques. Les moyens informatiques permettent une connaissance plus rapide et plus approfondie des jurisprudences réciproques. Des travaux communs, dans des enceintes informelles, pourraient anticiper la recherche de convergences. Pourquoi ne pas organiser, une fois par an, un séminaire commun, sur un thème particulier, entre les magistrats des deux cours ?

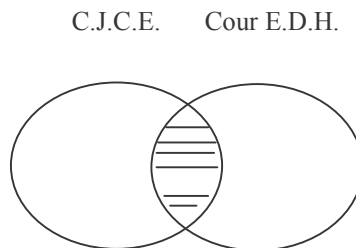


figure 5 : l'harmonisation

Plus que conciliation, moins qu'uniformisation, l'harmonisation permet aux deux instances de se rapprocher en se recouvrant pour partie, sans se superposer entièrement. Ce serait la mise en place d'une coordination plus formelle des deux ordres juridiques. Elle peut se réaliser par un mécanisme de question préjudicielle de

la C.J.C.E. à la Cour E.D.H.⁷⁴ ou par la création d'une chambre commune appelée à connaître, pour les États membres de l'Union, de questions de principes jugées d'intérêt commun. Si la première technique respecte davantage l'indépendance de chaque institution, la deuxième permet d'éviter l'allongement des procédures au-delà du délai raisonnable.

La réalité démentira peut-être chacune de ces hypothèses pour trouver d'autres voies. Peu importe. L'objet du présent article n'est pas d'indiquer une voie à suivre mais de montrer qu'à partir d'une source historique commune, la protection des droits fondamentaux en Europe peut se poursuivre dans un pluralisme constructif, tant du point de vue du contenu des droits que des institutions appelées à les protéger. Ce faisant, on opte pour une construction du droit et de ses garanties sur le mode du réseau, plutôt que sur celui de la pyramide, préférant à «l'exigence logique de la hiérarchisation», «l'impératif fonctionnel de la coordination»⁷⁵. Le lecteur québécois, auquel est prioritairement destiné ce texte, pourra développer des comparaisons avec la cohabitation de la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la *Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'Homme* et de la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*. En dernière analyse, tous ces textes ont un mot commun, celui d'*Homme* et les institutions appelées à en connaître sont, elles aussi, composées d'hommes et de femmes.

⁷⁴ K. Lenaerts, *supra* note 40 et 61.

⁷⁵ F. Ost, M. Van De Kerchove, «De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?» (2000) 44 R.I.E.J. 1 à la p.28; voir aussi M. Verdussen, dir., *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000.