



**WALTER HALLSTEIN-INSTITUT**  
FÜR EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT  
HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

WHI – Paper 11/03

**LA CHARTE EUROPEENNE  
DES DROITS FONDAMENTAUX  
ET LA CONSTITUTION EUROPEENNE**

*Franz C. Mayer*

*Juni 2003*

Dieser Beitrag ist erstmals erschienen in

RTDE (Revue trimestrielle de droit européen) 39 (2003) Heft 2, S. 175 – 196

**Zitiervorschlag:**

Mayer, Franz C.: La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne

Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 11/03 (2003),  
<http://www.whi-berlin.de/charte.htm>

RTDE 2003, 175

## La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne

Franz C. MAYER

*Dr. jur., LL.M. (Yale), Assistant à l'Université Humboldt de Berlin  
et au Walter Hallstein Institut de droit constitutionnel européen \**

Le 20 juin 2003, le Président de la deuxième Convention, Valéry Giscard d'Estaing, a remis au Conseil européen de Thessalonique les résultats des travaux de la Convention de 2002/2003 (doc. CONV 820/03). Ce texte contient comme Partie II la Charte européenne des droits fondamentaux de 2000, élaborée par la première Convention. L'analyse suivante a pour objet d'examiner la signification actuelle et potentielle de la Charte et notamment sa dimension constitutionnelle et symbolique.

Parallèlement au Conseil européen de Nice, le Parlement européen ainsi que le Conseil et la Commission ont adopté, solennellement, le 8 décembre 2000 à Nice la Charte des droits fondamentaux <sup>1</sup>. Il ne s'agissait alors que [\*176] d'une simple déclaration politique, sans effet

---

\* fmayer@aya.yale.edu. Cet article est basé en partie sur une intervention lors d'un séminaire franco-polonais-allemand de décembre 2001 à l'Institut des relations internationales de l'Université de Varsovie et d'autres interventions sur la Charte au cours de l'année 2002. Je tiens à remercier notamment le professeur Ingolf Pernice, Berlin, pour sa lecture critique d'une version antérieure de ce texte. L'article a été finalisé en janvier 2003, il a été mis à jour en juin 2003.

<sup>1</sup> L'histoire de la Charte européenne des droits fondamentaux est suffisamment connue. Qu'il suffise de rappeler le fait que lors de sa première réunion du 12 décembre 1999, l'enceinte établie par le Conseil européen de Tampere (Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Tampere, 16.10.1999, <<http://ue.eu.int>>) a décidé elle-même de se donner le nom de « Convention ». Cette Convention était composée de 62 membres: 15 représentants des chefs de gouvernements et d'Etats ; 1 représentant du Président de la Commission, 16 membres du Parlement européen ; 30 membres des parlements nationaux (2 par Etat membre) ; donc trois quarts des membres de la Convention étaient des parlementaires ; trois quarts venaient directement des Etats membres, de plus, le Parlement européen jouait un rôle significatif. Le travail de cette première Convention s'est terminé au bout de 10 mois en octobre 2000. V. la documentation publiée par le Bundestag allemand Deutscher Bundestag (éd.), Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Zur Sache Nr. 1/2001), 2001 ; et les documents sur le site Internet de la Convention, <[http://www.europarl.eu.int/charter/default\\_fr.htm](http://www.europarl.eu.int/charter/default_fr.htm)> et

juridique contraignant<sup>2</sup>. L'annexe du Traité de Nice, signé à Nice en mars 2001<sup>3</sup>, contient la Déclaration no. 23 sur l'avenir de l'Union européenne qui établit un agenda de cinq points encadrant les travaux de réforme de l'Union d'ici 2004. Ces cinq points sont la délimitation des compétences, la simplification des traités, le rôle attribué aux parlements nationaux, l'« entre autres » dans la déclaration permettant d'aborder des questions institutionnelles diverses ou le vote à majorité qualifiée et, enfin, le statut juridique de la Charte des droits fondamentaux. La dimension constitutionnelle de la Déclaration No. 23 a été reprise dans la Déclaration sur l'avenir de l'Union de Laeken, du 15 décembre 2001<sup>4</sup>. Dans ce texte figure de manière explicite le terme constitution (« La voie vers une Constitution pour les citoyens européens »). L'analyse qui suit a pour objet d'étudier un seul des thèmes constitutionnels établi par la Déclaration de Laeken au profit de la Convention<sup>5</sup>: celui de la Charte des droits fondamentaux:

« Il faut ensuite se demander si la Charte des droits fondamentaux doit être intégrée dans le traité de base et se poser la question de l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Se pose enfin la question de savoir si cette simplification et ce réaménagement ne devraient pas conduire à terme à l'adoption d'un texte constitutionnel. Quels devraient être les éléments essentiels d'une telle Constitution? Les valeurs auxquelles l'Union est attachée, les droits fondamentaux et les devoirs des citoyens, les relations des États membres dans l'Union? »<sup>6</sup>

C'était le Groupe de travail No. II de cette Convention qui a été chargé d'examiner une éventuelle intégration de la Charte dans le cadre du traité<sup>7</sup>. Selon le rapport final de ce groupe, «les membres du groupe soit soutiennent fermement une intégration de la Charte sous une forme qui rendrait celle-ci juridiquement contraignante et lui donnerait une valeur constitutionnelle soit n'excluent pas la possibilité d'envisager favorablement une telle

---

<<http://db.consilium.eu.int/df/default.asp?lang=fr>>; V. aussi les témoignages du membre français de la première convention dans G. Braibant, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2001.

<sup>2</sup> Néanmoins, la Charte a été écrite comme un document quasi-juridique (V. aussi *infra* note 74): Le style de la Charte est bref et clair, aucun article ne dépasse 3 paragraphes. Les articles 1 - 50 énumèrent des droits, les 4 articles qui suivent contiennent des clauses horizontales qui s'appliquent à tous les articles précédents. Curieusement, la Charte des droits fondamentaux ne révèle nulle part qui en est responsable.

<sup>3</sup> JOCE 2001 C 80 10.3.2001.

<sup>4</sup> Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Laeken, 15.12.2001, SN 300/01, Annexe I, <<http://ue.eu.int>>

<sup>5</sup> Pour une analyse de la question des compétences V. F.C. Mayer, Die drei Dimensionen der europäischen Kompetenzdebatte, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht/Heidelberg Journal of International Law 61 (2001).577 ; pour une analyse de la question de la constitution européenne, V. I. Pernice/F.C. Mayer, De la constitution composée de l'Europe, RTD eur. 2000.623; I. Pernice/F.C. Mayer/S. Wernicke, Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism, King's College Law Journal 12 (2001).61.

<sup>6</sup> V. partie II de la Déclaration de Laeken.

intégration». Cette formule les divergences sur l'avenir de la Charte subsistent, bien que la plupart des «Conventionnels» semble avoir été favorable à la reconnaissance d'une «valeur constitutionnelle» de la Charte dès le début <sup>8</sup>. Finalement, le [\*177] « Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe » remis comme document CONV 820/03 au Conseil européen de Thessalonique le 20 juin 2003 contient dans sa Partie I l'article I-7, selon lequel l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux qui constitue la deuxième partie de la Constitution. Dans le deuxième alinéa du même article, l'Union s'emploie à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. L'article I-7 alinéa 3 dispose que les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.

Malgré la proposition de la Convention d'inclure la Charte dans la Constitution, de nombreuses questions sur cette signification subsistent. Tout d'abord, il reste à voir comment les Etats membres opposés à une Charte contraignante, notamment la Grande Bretagne, agiront au cours de la Conférence Intergouvernementale de 2003 chargée d'adopter formellement le résultat de la Convention. En outre, même sous les conditions les plus favorables, la nouvelle Constitution européenne n'entrera pas en vigueur avant 2004/2005 à cause des ratifications dans les Etats membres qui seront nécessaires.

Une première partie portera sur la perspective allemande (I). Une deuxième partie sera consacrée à une analyse de la critique faite de la Charte, tout en proposant quelques réponses à cette critique (II). Enfin, la partie finale (III) permettra d'aborder la dimension constitutionnelle et symbolique de la Charte.

---

<sup>7</sup> V. pour le rapport final de ce groupe Doc. CONV 354/02 WG II 16.

<sup>8</sup> Cela est aussi la position prise dans la déclaration franco-allemande du Président Chirac et du Chancelier Schröder sur les institutions de l'Union du 15 janvier 2003, doc. CONV 489/03 CONTRIB 192. V. aussi doc. CONV 726/03 et CONV 797/1/03 REV.

## I. - LA CHARTE, UN PROJET ALLEMAND?

Le droit constitutionnel allemand d'après-guerre - pour des raisons historiques évidentes - est marqué par un système extrêmement élaboré de protection des droits fondamentaux<sup>9</sup>. La constitution de 1949 commence par un catalogue de droits fondamentaux qui a fait l'objet de maintes décisions de la Cour constitutionnelle allemande (le *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG). Dans plus de 100 tomes de jurisprudence, elle a établi un système extrêmement différencié de protection de droits fondamentaux et a imposé ainsi une perspective de droits fondamentaux au droit public allemand dans sa totalité. Ceci a contribué à une position très forte de la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG), qui a utilisé les droits fondamentaux pour trancher des questions politiques fondamentales telles que l'IVG<sup>10</sup>, le service civil d'objecteurs de conscience<sup>11</sup> ou, plus récemment, les crucifix dans les salles publiques<sup>12</sup>.

Vu l'importance des droits fondamentaux dans le système allemand, il n'est pas étonnant qu'en Allemagne, le sujet de la protection des droits fondamentaux au niveau européen ait été un point de débat, pour ne pas dire une obsession. On retiendra tout d'abord l'arrêt *Solange I*, rendu par la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) en 1974<sup>13</sup>, qui est en quelque sorte une réaction de la cour allemande à l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de 1970<sup>14</sup>, où la CJCE avait postulé que

« l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ».<sup>15</sup>

Dans *Solange I*, la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) a décidé qu' « aussi longtemps que » (donc « *solange wie...* ») le respect général des droits fondamentaux à l'échelon

---

<sup>9</sup> V. dans ce contexte les analyses de H.-D. Horn, *Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung*, 1999 et M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999. V. aussi E.-W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1974.1529.

<sup>10</sup> BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch*.

<sup>11</sup> BVerfGE 48, 127 – *Wehrpflichtnovelle*.

<sup>12</sup> BVerfGE 93, 1 – *Kruzifix*.

<sup>13</sup> BVerfGE 37, 271 - *Solange I* (traduction française dans RTD eur. 1975.316).

<sup>14</sup> CJCE *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125 (1135 et s.). Selon K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, 2001, 88 et s., un article de H.-H. Rupp, *Die Grundrechte und das Europäische Gemeinschaftsrecht*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1970.953, aurait causé la réaction de la CJCE dans l'aff. *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>15</sup> Pour les relations entre CJCE et cours suprêmes des Etats-membres, V. F.C. Mayer, *Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit*, in A. v. Bogdandy (éd.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, p. 229 et s. Pour une version anglaise, V. *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European constitutional law in a multilevel system*, Jean Monnet Working Paper 2003 (à paraître), <<http://www.jeanmonnet.org>>.

communautaire ne sera pas garanti par la Cour de justice de Luxembourg, la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) exercera un contrôle du droit communautaire. C'est à partir de la même année, 1974, que l'on peut suivre le développement accéléré<sup>16</sup> d'une jurisprudence de protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice. L'arrêt *Nold* de 1974<sup>17</sup>, publié deux semaines avant la décision *Solange I*, est un des arrêts de base où la Cour formule des droits fondamentaux communautaires, dérivés des traditions constitutionnelles communes des Etats membres et de la CEDH. Au niveau des traités, cette jurisprudence a été confirmée en quelque sorte par le Traité de Maastricht de 1992 et l'article 6 UE, selon lequel l'Union respecte les droits fondamentaux. Cette notion communautaire de « droits fondamentaux » dans la jurisprudence et finalement dans le traité reprend la notion allemande de « *Grundrechte* ». En ce qui concerne la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG), dans l'arrêt *Solange II* de 1986,<sup>18</sup> cette dernière a déclaré une [\*179] sorte d'armistice entre la Cour de justice et elle-même au sujet de la protection des droits fondamentaux: Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) a dit qu'aussi longtemps que (« *solange* », d'où *Solange II*) la jurisprudence de la Cour de justice assure d'une manière générale la protection efficace des droits fondamentaux vis-à-vis des pouvoirs publics communautaires, la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) n'exercera plus sa juridiction quant à l'applicabilité du droit communautaire dérivé en Allemagne. Tout recours individuel ou par un juge ordinaire est désormais considéré comme irrecevable. Il n'est pas vraiment sûr que l'arrêt *Maastricht* de la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) de 1993<sup>19</sup> soit revenu sur *Solange II*, mais il paraît clair que la décision du 7 juin 2000 relative au règlement du marché de la Banane<sup>20</sup> a confirmé *Solange II*. La doctrine a même utilisé la notion de « traité de paix » pour caractériser cette décision et ses effets sur les rapports entre la Cour allemande et la Cour de justice<sup>21</sup>. Avec son arrêt du 9 janvier 2001, la Cour allemande a confirmé qu'elle assure le respect des droits fondamentaux européens en accordant un recours au niveau national, basé sur le droit fondamental allemand à un juge légal (art. 101), dans le cas où une autre cour

---

<sup>16</sup> Bien entendu, l'arrêt fondamental dans ce contexte, l'arrêt *Stauder*, date déjà de 1969, CJCE *Stauder*, aff. 29/69, Rec. 1969, p. 419.

<sup>17</sup> CJCE, *Nold*, aff. 4/73, Rec. 1974, p. 491

<sup>18</sup> BVerfGE 73, 339 - *Solange II* (traduction française dans RTD eur. 1987.537).

<sup>19</sup> BVerfGE 89, 155 – *Maastricht*.

<sup>20</sup> BVerfGE 102, 147 – *Bananenmarktordnung*.

<sup>21</sup> C. Grewe, Le « traité de paix » avec la Cour de Luxembourg : l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement de la banane, RTD eur. 2001.1. V. aussi I. Pernice, Les bananes et les droits fondamentaux : La Cour constitutionnelle allemande fait le point, CDE 2001.427.

allemande aurait manqué à ses obligations institués par l'art. 234 CE.<sup>22</sup> Cependant, le BVerfG lui-même n'a pas encore soumis de question préjudicielle.<sup>23</sup>

L'idée que l'Union doit assurer un certain degré de protection des droits fondamentaux se retrouve aussi dans le nouvel article 23 de la constitution allemande, introduit en 1992, qui règle les conditions dans lesquelles l'Allemagne participe à l'intégration européenne. Curieusement, la formule *Solange* a aussi été reprise par la constitution suédoise (Chapitre 10 § 5 de la Constitution de 1975, modifié en 1994)<sup>24</sup>. Il est à noter que le mécanisme *Solange* n'est pas compatible avec les traités ni avec la doctrine de la primauté du droit communautaire sur le droit national telle que développée par la Cour de justice<sup>25</sup>, parce qu'elle réserve le dernier mot sur le droit communautaire à la Cour nationale, contrairement à l'article 220 CE<sup>26</sup> et l'article 292 CE.

Compte tenu de tout cela, il ne paraît pas vraiment surprenant que ce soit la présidence allemande qui ait proposé, lors du sommet de Cologne en juin [\*180] 1999<sup>27</sup>, l'introduction d'une Charte des droits fondamentaux. Entre les partis politiques de la coalition gouvernementale allemande (entre les sociaux-démocrates et le parti des verts), il y a débat autour de la question de savoir si c'était une initiative verte ou sociale-démocrate. En tout cas, la Charte des droits fondamentaux figure déjà parmi les objectifs politiques énumérés dans l'accord politique de coalition conclu entre les deux partis en 1998<sup>28</sup>. Dans le contexte de l'influence allemande sur la Charte des droits fondamentaux, il faut aussi noter que le Président de la première Convention était allemand. Il s'agissait de l'ancien Président de la Cour constitutionnelle, professeur de droit constitutionnel et ancien Président fédéral : Roman Herzog.

---

<sup>22</sup> BVerfG 9.1.2001, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2001.255 – *Non-application de l'article 234 CE par le BVerwG*; V. aussi BVerwGE 108, 289. Le même mécanisme est appliqué par la Cour constitutionnelle autrichienne, V. öVfGH 10.12.2001 B405/99.

<sup>23</sup> V. Mayer (*op. cit. supra* note 15) pour une comparaison du nombre de questions préjudicielles posées par les différentes cours suprêmes en Europe.

<sup>24</sup> V. O. Ruin, Suède, in J. Rideau (éd.), Les Etats membres de l'Union européenne, 1997, p. 440 et s.

<sup>25</sup> V. CJCE *Costa/ENEL*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141.

<sup>26</sup> C'est à cause de cette incompatibilité d'une réserve de contrôle que les juges minoritaires de 1974 qui avaient voté contre *Solange I* auraient abandonné toute réserve (ce qui aurait été plus communautaire que l'arrêt *Solange II*), V. les opinions divergentes annexées à l'arrêt *Solange I*, BVerfGE 37, 271 (291 et s.) - *Solange I*.

<sup>27</sup> Conclusions de la Présidence, Conseil européen de Cologne, 4.6.1999, <<http://ue.eu.int>>

<sup>28</sup> *Aufbruch und Erneuerung - Deutschlands Weg ins 21. Jahrhundert. Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und Bündnis 90 / Die Grünen*, 20.10.1998, <<http://www.spd.de/politik/koalition/uebersicht.html>>

Somme toute, l'on peut retenir que le projet d'une Charte européenne des droits fondamentaux est, initialement, un projet très allemand, à plusieurs égards.

## II. - LA CHARTE EST-ELLE VRAIMENT NECESSAIRE ?

L'un des résultats importants et incontestés de la Charte a été d'ouvrir une voie alternative à la conférence intergouvernementale. Cette voie s'est poursuivie avec la deuxième Convention de 2002/2003 établie par la Déclaration de Laeken <sup>29</sup>. Reste à savoir si au-delà de cette expérience procédurale, qui constitue sans doute une valeur ajoutée pour l'intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux en tant que telle est nécessaire. Les motivations allemandes pour promouvoir le projet de cette Charte ne répondent pas à cette question. Pour être précis: La question qui se pose, non seulement à la deuxième convention de 2002/2003, mais aussi à la Conférence intergouvernementale de 2003 et de façon générale est la suivante: une Charte *contraignante* est-elle nécessaire ?

Afin de mieux comprendre les enjeux de cette question, il est utile de se pencher sur certains éléments de la critique faite au sujet de la Charte des droits fondamentaux. En partie, cette critique a déjà été avancée contre le projet initial d'une Charte sous forme de déclaration politique. Certains éléments de cette critique reviennent de façon régulière, aussi dans les débats de la deuxième convention sur la qualité juridique de la Charte <sup>30</sup> (A.). Cette critique n'est pas restée sans réponses (B.).

---

<sup>29</sup> V. *supra* note 4.

<sup>30</sup> V. les débats dans le Groupe de travail II « Intégration de la Charte/adhésion à la CEDH » et le Rapport final de ce groupe du 22 octobre 2002, doc. CONV 354/02/WG II 16, qui en laissant les décisions les plus importantes ouvertes indique que le groupe n'a pas su trouver un consensus sur ces questions.

[\*181]

**A. - La critique de la Charte** <sup>31</sup>

Il existe déjà un certain nombre de catalogues des droits de l'homme et de mécanismes de protection des droits de l'homme. En dehors des chartes nationales bien connues comme la Déclaration de 1789 ou la Déclaration des Droits (*Bill of Rights*) de la Constitution américaine de 1787, on trouve aujourd'hui un certain nombre de textes au niveau international qui indiquent l'importance des droits fondamentaux : voire la Déclaration des droits de l'homme de 1948, les différents pactes internationaux portant sur la protection des droits de l'homme au niveau de l'ONU, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales <sup>32</sup>. Pourquoi alors un document de plus?

Selon une première gamme d'arguments, une Charte des droits fondamentaux n'est pas nécessaire du tout.

- (1) Après tout, un degré suffisant de protection des droits de l'homme au niveau européen est déjà assuré par la jurisprudence de la Cour de justice, même sans la Charte. Cela a même été reconnu par la sévère Cour constitutionnelle allemande (BVerfG). Rien ne change pour le citoyen de l'Union avec une Charte contraignante.
- (2) En plus, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) assure déjà une protection suffisante des droits de l'homme en

---

<sup>31</sup> Les points de critique énumérés dans cette partie ont été avancés, adressés ou discutés, entre autres, par U. K. Preuss, *Grundrechte in der Europäischen Union*, *Kritische Justiz* 1/1998.1 ; Ph. Alston/J.H.H. Weiler, *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy : The European Union and Human Rights*, Harvard Jean Monnet Working Paper 1/99, <<http://www.jeanmonnet.org>> ; H. Däubler-Gmelin, *Vom Markt-Bürger zum EU-Bürger*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 7, 10.1.2000, p. 11 ; J.H.H. Weiler, *Editorial : Does the European Union Truly Need a Charter of Rights*, *European Law Journal* 6 (2000).95 ; G. Hirsch, « Eine europäische Grundrechtecharta birgt Gefahren », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6.6.2000, p. 4 ; Th. S. Hoffmann, *Mensch, werde persönlich. Die Charta von Nizza gefährdet die Rechte, die sie gnädig gewährt*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* Nr. 286, 8.12.2000, p. 44 ; S. Baer, *Grundrechtecharta ante portas*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2000.361 ; N. Reich, *Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2000.375 ; A. v. Bogdandy, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel*, *Juristenzeitung* 2001.157 ; C. Callies, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2001.261 ; E. O. Eriksen, J. E. Fossum, A. J. Menéndez (éds.), *The Chartering of Europe. The Charter of Fundamental Rights in Context*, *Arena Report* No. 8/2001, 2001 ; M. Schröder, *Wirkungen der Grundrechtecharta in der europäischen Rechtsordnung*, *Juristenzeitung* 2002.849. Pour les débats dans la deuxième convention, V. les contributions dans le contexte du Groupe de travail II, V. <<http://european-convention.eu.int>>.

<sup>32</sup> Pour une vue d'ensemble des différents mécanismes de protection de droits de l'homme V. H. Steiner/Ph. Alston, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 2<sup>e</sup> éd. 2000.

Europe. Un catalogue supplémentaire de droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne risquerait de faire double emploi.

- (3) La Charte des droits fondamentaux résulte d'une initiative allemande. Peut-être que la perspective allemande surestime la nécessité de protection (supplémentaire) des droits fondamentaux au niveau européen: Aux yeux d'autres Etats membres ayant une histoire moins marquée par des viola[\*182]tions des droits fondamentaux que celle de l'Allemagne, cette attitude allemande apparaît un peu particulière.
- (4) L'idée d'une Charte correspond à la conception allemande de droits fondamentaux comme droits subjectifs. Cela constitue un départ de la jurisprudence de CJCE qui considère les droits fondamentaux comme « partie intégrante des principes généraux du droit », une approche plutôt objective.
- (5) Finalement, quant à la Charte comme incarnation des valeurs communes de l'Europe, ces valeurs se trouvent déjà inscrites dans les traités fondateurs, notamment l'article 6 UE (liberté, démocratie etc.).

Selon une deuxième gamme d'arguments, la Charte des droits fondamentaux, notamment une Charte contraignante, n'est pas sans dangers:

- (1) La mise en place de la Charte n'améliorera pas les imperfections de la jurisprudence de la Cour en matière de protection des droits fondamentaux, notamment la nature insuffisante de l'intensité de contrôle effectué par le juge communautaire.
- (2) La Charte des droits fondamentaux risque d'empêcher le développement de la jurisprudence de la Cour de justice et de réduire les perspectives d'une adaptation de la jurisprudence à des développements nouveaux. Après la Charte, la Cour de justice n'aura plus la légitimité de développer des droits fondamentaux « modernes », notamment si ces droits ont été débattus en Convention sans avoir été retenus.
- (3) Le débat sur la Charte détourne l'attention des véritables problèmes de l'intégration européenne, qui doivent être résolus avant l'élargissement, notamment la réforme institutionnelle (vote à la majorité qualifiée face à une vingtaine ou une trentaine d'Etats membres) et le problème du déficit démocratique.

- (4) Il n'en reste pas moins que, malgré toutes les précautions, la Charte des droits fondamentaux risque d'élargir le champ des compétences de l'Union. Cela est prouvé par les expériences nord-américaines et allemandes.
- (5) Au cours de l'histoire, les nations se sont données un catalogue de droits fondamentaux à des moments précis de « créance d'Etat » (« *Staatswerdung* ») et de constitutionalisation: aux Etats-Unis, la Déclaration des Droits (*Bill of Rights*) de 1791, en France la Déclaration de 1789. L'Union européenne ne veut ni ne peut être un tel Etat nation, donc il est inutile d'essayer d'imiter les Etats nations d'autres siècles.
- (6) Notamment des droits sociaux suscitent des attentes et des espoirs auxquels l'Union ne peut pas satisfaire, faute de moyens financiers.
- (7) La « sur-assurance » par un mécanisme additionnel de protection de droits fondamentaux aux côtés des mécanismes du droit international, celui de la CEDH, et des mécanismes nationaux pourrait même susciter une certaine méfiance des citoyens à l'égard de l'Union: s'il faut se munir d'une protection de droits fondamentaux supplémentaire envers l'Union, c'est que cette Union est potentiellement « dangereuse ».
- (8) La protection effective des droits fondamentaux dépend d'une implémentation effective: pour ce faire, il faudrait une DG Droits fondamentaux au sein de la Commission européenne et des dispositions pertinentes dans les [\*183] traités<sup>33</sup>. Le contrôle de la concurrence au niveau européen n'aurait jamais fonctionné sans instruments efficaces dans ce domaine (DG de la Commission, une politique de la concurrence). Sans la mise en place de dispositifs adéquats, la Charte des droits fondamentaux restera lettre morte.
- (9) La Charte des droits fondamentaux ne peut avoir d'effet que si la Cour de justice assure son respect. Ce qu'il faudrait pour assurer le respect de la Charte, c'est l'introduction d'un recours individuel (correspondant p. ex. à la *Verfassungsbeschwerde* allemande)<sup>34</sup>. Cependant, chargée d'une telle fonction de « Cour européenne de droits fondamentaux », la Cour de justice serait complètement débordée.

---

<sup>33</sup> V. pour les détails de cette proposition Ph. Alston/J.H.H. Weiler (*op. cit. supra* note 31).

<sup>34</sup> V. pour cette proposition N. Reich (*op. cit. supra* note 31). V. dans ce contexte les modifications apportées à l'article 230 alinéa 4 par l'article III-266 (doc. CONV 725/03 et 734/03).

- (10) Si la description de notre époque comme constellation post nationale (Jürgen Habermas <sup>35</sup>, Michael Zürn <sup>36</sup>) est juste et s'il est vrai qu'au sein de l'Union européenne, il n'existe plus de pouvoir public omnipotent comme incarné par l'Etat unique et monolithique d'autrefois, si par contre le pouvoir public se retrouve dispersé à différents niveaux en Europe, on peut se poser la question de savoir si la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire ne devrait pas refléter le caractère fragmenté des pouvoirs publics européens et, par conséquent, correspondre aux dangers potentiels qui émanent du pouvoir public européen: à quoi bon interdire la peine capitale au niveau de l'Union si l'Union n'a même pas de compétences dans le domaine du droit pénal ?
- (11) Quant aux valeurs communes, leur définition dans un texte immuable peut se heurter aux changements que celles-ci peuvent subir au cours du temps.

Finalement, une troisième catégorie d'objections considère l'idée d'introduire une Charte des droits fondamentaux (contraignante) comme utile, mais comme très difficile à réaliser:

- (1) La Charte des droits fondamentaux pourrait être conçue comme l'ouverture à l'introduction d'une véritable Constitution européenne. Cependant, il n'est pas sûr du tout qu'une majorité en Europe soit pour une telle Constitution. De plus, une Constitution européenne serait encore une sorte d'imitation des insignes de l'Etat nation.
- (2) Il est totalement impossible de prédire ce que la Cour de justice va faire de la Charte des droits fondamentaux, compte tenu de la méthode d'interprétation dynamique des traités qu'elle a utilisée auparavant.
- (3) L'argument selon lequel le citoyen voudra pouvoir montrer une Charte des droits fondamentaux aux côtés de l'Euro quand on lui demandera d'indiquer les fondements de l'intégration européenne, aussi bien que l'argument selon lequel la Charte comme incarnation des valeurs communes complète l'union économique et monétaire, surestime la disposition des [\*184] individus de s'identifier avec des textes. Cela est prouvé par le destin de la Déclaration de 1948 au niveau de l'ONU.

---

<sup>35</sup> J. Habermas, Die postnationale Konstellation, 1998.

<sup>36</sup> M. Zürn, The State in the Post-National Constellation - Societal Denationalization and Multi-Level Governance, ARENA Working Papers WP 99/35, <<http://www.arena.uio.no>>

- (4) De plus, un vrai débat sur les valeurs communes des Européens rendrait évident le fait qu'au delà du consensus général qui est inscrit dans l'article 6 UE (V. l'article I-2 de la Constitution), un accord général sur des valeurs communes n'est ni possible, ni désirable, l'Union étant justement fondée sur la multiplicité de ses Etats membres, parfois au sein même des Etats.
- (5) Finalement, l'identification avec le texte d'une constitution ou avec un catalogue de droits fondamentaux apparaît, une fois de plus, comme une idée particulièrement allemande, qui s'explique par un manque d'éléments d'identification nationale après 1945 (patriotisme de la Constitution; *Verfassungspatriotismus*<sup>37</sup>). D'autres Etats membres qui disposent d'un potentiel d'identification nationale suffisant ne comprennent pas cette idée d'identification moyennant des textes.

### **B. - Quelques réponses à la critique**

Les points principaux de la critique sont les objections juridiques proprement dites, le rapport entre la Charte et la Convention européenne, les droits sociaux, le côté compétences des droits fondamentaux et le manque de valeur ajoutée d'une charte contraignante à côté d'une charte qui reste une déclaration politique.

---

<sup>37</sup> V. J. Habermas, Staatsbürgerschaft und nationale Identität, in J. Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, p. 632; D. Sternberger, Verfassungspatriotismus, 1990.

## **1. - Les aspects juridiques de la protection des droits fondamentaux en Europe**

### *a) L'intensité du contrôle effectué par la Cour de justice*

Ce qui a suscité une critique répétée à propos de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux, notamment du côté de la doctrine allemande <sup>38</sup>, c'est l'intensité du contrôle effectué par la Cour de justice. Selon cette critique, la Cour de justice se limite principalement à un contrôle de la plausibilité d'une mesure communautaire attaquée. En droit constitutionnel allemand, le contrôle de la proportionnalité d'une mesure implique plusieurs niveaux de contrôle et, assez souvent, revient à une limitation manifeste du pouvoir discrétionnaire des autorités publiques <sup>39</sup>. Il est vrai que le problème de l'intensité du contrôle juridictionnel ne sera pas affecté par la Charte des droits fondamentaux, qu'elle soit contraignante ou non. Tout de même, il est possible qu'avec un véritable texte comme base d'interprétation cet aspect de la jurisprudence communautaire devienne enfin plus clair.

---

<sup>38</sup> Pour la critique de l'intensité de contrôle, V. notamment M. Nettesheim, Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1995.106 ; P. Selmer, Die Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH, 1998, p. 103 et s. ; V. aussi F.C. Mayer, Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000.685.

<sup>39</sup> V. dans ce contexte l'analyse classique de P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1961.

**[\*185]**

b) Divergences entre la Charte et la jurisprudence de la Cour de justice

Une autre objection concerne le texte tel que proclamé à Nice, repris avec quelques modifications techniques dans la Partie III de la Constitution, et la question de savoir si certains éléments de ce texte ne constituent pas un recul par rapport au niveau de protection de droits fondamentaux assuré par la Cour de justice. Le juriste allemand cherchera en vain dans la Charte une disposition comme l'article 2 de la constitution allemande qui garantit la « liberté générale d'agir » (« *allgemeine Handlungsfreiheit* ») comme droit fondamental « de réserve » qui, si aucun droit fondamental spécial est affecté, soumet quasiment la totalité des actes publics à un régime de droits fondamentaux. La Cour de justice n'a fait référence à une telle liberté générale d'agir que très rarement<sup>40</sup>. Ici, il paraît clair que la Cour n'a pas à limiter sa jurisprudence à cause de la Charte.

Il y a au moins deux exemples qui ne concernent pas seulement un droit fondamental particulier mais des principes généraux de la protection des droits fondamentaux au niveau européen: le champ d'application de la Charte et la question de la primauté du droit communautaire dans le contexte des droits fondamentaux.

---

<sup>40</sup> V. CJCE *Rau*, aff. 133-136/85, Rec. 1987, p. 2289, 2338 s. points 15, 19; CJCE *Hoechst*, aff. 46/87 et 227/88, Rec. 1989, 2859, 2924 points 19 s.; V. dans ce contexte le commentaire de I. Pernice/ F.C. Mayer, Nach Art. 6 EUV (Grundrechte), points 75 et seq., in E. Grabitz/M. Hilf (éds.), *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, 2002 ; Th. Kingreen, Art. 6 EUV in Calliess/Ruffert (éds.), *EU-Vertrag. EG-Vertrag. Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd. 2002, point 169 ; T. Schmitz, *Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht*, *Juristenzeitung* 2001.833.

## (1) Le champ d'application de la Charte

Selon l'article 51 de la Charte, la Charte s'applique aux Etats membres uniquement lorsqu'ils « mettent en œuvre le droit de l'Union »<sup>41</sup>. Selon l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Elliniki Radiophonia Tiléorassi* du 18 juin 1991<sup>42</sup>, les Etats membres doivent respecter les droits fondamentaux européens dès qu'ils entrent « dans le champ d'application du droit communautaire ».

Pourquoi le terme de 'mise en œuvre' constitue un recul par rapport au terme 'champ d'application' ? D'après sa jurisprudence<sup>43</sup>, la Cour ne peut pas apprécier une mesure nationale qui ne se situe « pas dans le cadre du droit communautaire ». En revanche, dès lors qu'une telle mesure nationale « entre dans le champ d'application du droit communautaire », la Cour se prononce sur la conformité de cette mesure avec les droits fondamentaux européens. En particulier, lorsqu'un État membre invoque des dispositions du Traité telles que, [\*186] par exemple, les articles 45 et 55 CE (ordre public) pour justifier une réglementation nationale qui est de nature à entraver, par exemple, l'exercice de la libre prestation des services, cette justification, prévue par le droit communautaire, doit être interprétée à la lumière des droits fondamentaux<sup>44</sup>. Bref, les justifications nationales se trouvent dans le champ d'application du droit communautaire dans le sens de la jurisprudence de la Cour, mais une telle justification nationale n'est point une 'mise en œuvre' du droit communautaire au sens de l'article 51 de la Charte. Dans l'arrêt *Carpenter* de juillet 2002, sachant que la question du champ d'application des droits fondamentaux européens était sur l'agenda de la Convention, la Cour a confirmé sa position qui accorde au droits fondamentaux

---

<sup>41</sup> V. le débat lors d'une conférence du membre de la Commission António Vitorino, The EU Charter of Fundamental Rights and the Debate about a Constitution for Europe le 22.3.2001 dans le cadre du Jean Monnet Workshop 2001 à Harvard, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/wwwboard/index6.html>>; V. aussi C. Calliess, (*op. cit. supra* note 31).

<sup>42</sup> CJCE, *ERT*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925 point 43.

<sup>43</sup> V. CJCE, *Cinéthèque*, aff. 60/84 et 61/84, Rec. 1985, p. 2605 point 26 ; CJCE, *Demirel*, aff. 12/86, Rec. 1987, p. 3719 point 28 ; CJCE, *Bostock*, aff. 2/92, Rec. 1994, p. I-955 point 16 ; CJCE, *Familiapress*, aff. C-368/95, Rec. 1997, p. I-3689 ; V. aussi CJCE, *Kremzow*, aff. C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629 points 14 et s.; AG Van Gerven, *SPUC/Grogan*, aff. C-159/90, Rec. 1991, p. I-4685 point 31.

<sup>44</sup> Pour une comparaison de cette jurisprudence avec le mécanisme américain de « Incorporation », V. D. G. Metropoulos, Human Rights, Incorporated : The European Community's New Line of Business, 29 Stanford Journal of International Law 1992.131. V. aussi J. Kühling, Grundrechte *in* A. v. Bogdandy (éd.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, p. 583 (606 et s.). Il est vrai que ce type de décision n'est pas très fréquent et que la Cour souligne l'importance de la CEDH dans ces décisions, donc une justification de cet approche de la Cour pourrait être que, puisque tous les Etats membres ont aussi signé la CEDH, des mesures nationales doivent correspondre à la CEDH, V. D. Thym, Charter of Fundamental Rights : Competititon of Consistency of Human Rights Protection in Europe ?, Finnish Yearbook of International Law 2000.19 note 82.

européens un rôle en dehors de l'implémentation du droit communautaire. Elle n'a pas utilisé les mêmes formules comme dans les arrêts précédents et a évité d'utiliser les mots 'champ d'application'. Donc les efforts notamment du côté britannique pour modifier les termes utilisés dans les explications sur l'article 51 de la Charte établies sous l'autorité du Praesidium de la première Convention, qui - suite à une modification du préambule de la Charte (V. CONV 820/03) - sont maintenant mentionnés dans le préambule, n'auront pas d'effet. Il en est de même pour la modification apportée à l'article 51 alinéa 2, selon laquelle la Charte « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union ». Selon l'arrêt *Carpenter*, un État membre ne peut invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, sauf si cette mesure est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect <sup>45</sup>. Avec la formule réussie retenue dans l'article I-7 de la Constitution qui propose une distinction entre les droits fondamentaux tels qu'énoncés dans la Charte (alinéa 1) et les droits fondamentaux comme principes généraux (alinéa 3, l'approche de la Cour) – une formule qui s'impose -, il est assuré que la jurisprudence de la Cour en matière de protection de droits fondamentaux n'est pas affectée par la Constitution.

De toute façon, les juristes n'hésiteront pas à réclamer une interprétation identique des notions de 'mise en œuvre' de l'article 51 de la Charte et de 'champ d'application' de la jurisprudence de la Cour pour résoudre une divergence entre la Charte et la jurisprudence. Curieusement, c'est exactement ce que la Cour constitutionnelle allemande (BVerfG) semble avoir fait dans une [\*187] décision récente <sup>46</sup> - avant l'arrêt *Carpenter* -, où elle cite l'article 51 de la Charte aux côtés de l'arrêt ERT de la Cour, comme s'il n'y avait pas de différences entre les deux.

La justification d'une telle interprétation extensive de l'article 51 de la Charte, à côté de la nécessité d'établir et de maintenir une application égale du droit européen pour les citoyens européens, pourrait être déduite d'un principe fondamental d'interprétation de la Charte selon lequel la Charte ne peut pas constituer un recul par rapport à la jurisprudence antérieure de la Cour. Un tel principe pourrait s'appuyer notamment sur l'article 53 de la Charte, qui se réfère aux droits reconnus par le droit de l'Union:

---

<sup>45</sup> CJCE, *Carpenter*, aff. 60/00, arrêt de la Cour du 11 juillet 2002. L'élément transfrontalier détecté dans cet arrêt par la Cour est tellement faible qu'on peut se demander s'il suffit de consulter un site Internet d'un autre Etat-membre pour se trouver dans le champ d'application de la libre prestation des services.

<sup>46</sup> Décision du 22.11.2001 - 2 BvB 1-3/01 (Interdiction du Parti politique NPD) , <<http://www.bverfg.de>>; V. F.C. Mayer, *Das Bundesverfassungsgericht und die Verpflichtung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof*, *Europarecht* 2002.239.

Article 53

*Niveau de protection*

Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres.

Le droit de l'Union englobe la jurisprudence de la Cour. Le principe interprétatif de non-recul est également étayé par le préambule de la Charte, selon lequel la Charte vise à rendre les droits fondamentaux « plus visibles » et « réaffirme » les droits qui résultent, inter alia, « de la jurisprudence de la Cour de justice ».

(2) La primauté du droit communautaire

Un autre exemple de recul potentiel <sup>47</sup> touche le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national tel qu'établi par la Cour à partir de l'arrêt *Costa/ENEL* <sup>48</sup>: Selon l'article 53, aucune disposition de la Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champs d'application respectifs, par le droit communautaire ainsi que par les constitutions des Etats membres (*V. supra*). Prenons l'exemple d'une mesure communautaire conforme aux droits fondamentaux européens, mais incompatible avec un droit fondamental national : Une fois la Cour de justice saisie, doit-elle annuler la mesure parce qu'elle viole un droit fondamental national ? Si elle refuse d'appliquer le droit [\*188] national - ce qu'elle à fait jusqu'à présent - , une cour nationale pourra-t-elle invoquer l'article 53 pour faire prévaloir le droit fondamental national en question sur le droit communautaire, contrairement au principe de primauté ?

Sans vouloir entrer dans une analyse détaillée de la question de primauté, il faut noter que l'article 53 et ses effets sur la conception de la primauté ne constitue pas nécessairement un recul dans la développement du droit communautaire: c'est aussi une occasion d'établir un principe de primauté du droit communautaire plus visible et plus différencié que celui des

---

<sup>47</sup> V. en détail J. Bering Liisberg, Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law ?, Harvard Jean Monnet Working Paper 04/01, <<http://www.jeanmonnet.org>>

<sup>48</sup> CJCE *Costa/ENEL*, aff. 6/64, Rec. 1964, p. 1141 ; CJCE *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. 1970, p. 1125 (1135 et s.); CJCE *Simmenthal II*, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629 (644 et s.); CJCE *Factortame*, aff. C-213/89, Rec. 1990, p. I-2243 (2473 et s.); CJCE *Nimz*, Rec. 1991, p. I-297 (321 et s.).

anciens arrêts de la Cour de justice qui ont suscité le reproche d'une « simplicité rigoureuse »<sup>49</sup> ou d'un esprit de « droit d'occupation » (!)<sup>50</sup>. Après tout, les traités ne parlent pas de la primauté, sauf dans une référence cachée du Protocole sur la subsidiarité annexé au Traité d' Amsterdam<sup>51</sup>. Maintenant, la Constitution prévoit dans l'article I-10 que le droit de l'Union a « la primauté sur le droit des États membres ». C'est une hiérarchie généralisée des différents plans d'un système non-unitaire qui caractérise l'Etat fédéral<sup>52</sup>, ce que l'Union européenne n'est pas. Cela se montre aussi dans la différence entre un principe fédéral de primauté comme celui de l'article 31 de la constitution allemande (« le droit fédéral brise le droit des Etats fédérées ») et le principe communautaire de primauté qui, selon la Cour, porte sur la seule applicabilité d'une norme nationale, et non sur sa validité. Il faut souligner qu'un principe de primauté n'implique pas automatiquement une hiérarchie des normes : dans sa version la plus simple, le principe ne constitue qu'une réponse à la question de savoir quelle norme prévaut en cas de conflit. En outre, la référence au respect des identités nationales par l'Union dans l'article 6 alinéa 3 UE (V. l'article I-5 de la Constitution) indique le caractère particulier du principe de primauté du droit européen. C'est la notion de 'multiplicité' qui reflète le fait que le droit constitutionnel européen n'est pas structuré de façon hiérarchique, comme nous le connaissons dans les systèmes fédéraux. Il n'apparaît pas par conséquent comme exclusif, mais de caractère inclusif, basé sur l'idée de coopération<sup>53</sup>. Le droit constitutionnel européen est un droit constitutionnel de diversité, et non pas d'homogénéité<sup>54</sup>. Développer le principe de primauté dans cette perspective est compatible avec l'article 53 de la Charte.

---

<sup>49</sup> R. Abraham, *L'application des normes internationales en droit interne*, Paris 1986, p. 155.

<sup>50</sup> V. les références chez P. Perenthaler, *Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat*, *Juristische Blätter* 2000.700.

<sup>51</sup> V. J.-C. Piris, *L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?*, *RTD eur.* 1999.599 (603); N. McCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, 1999, p. 137 et s.

<sup>52</sup> V. déjà L. Le Fur, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, Paris 1896, p. 592 et s.

<sup>53</sup> Pour un modèle analytique neutre et non-hiérarchique de systèmes composés, V. le concept de « Mehrebenensystem » (système à plusieurs niveaux ou plans) tel que développé dans F.C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, 2000, p. 53 et s.

<sup>54</sup> V. pour les différentes écoles de constitutionalisme dans ce contexte, par exemple, J. Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, 1995, p. 99 et s. d'un côté, et C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, p. 231 et 378, d'un autre côté.

**[\*189]**

c) La nature de la communauté : de l'intégration économique à une communauté de droits fondamentaux ?

Finalement, une question prospective concerne l'effet qu'une Charte contraignante aurait sur le droit communautaire<sup>55</sup>. Il est fort possible qu'une telle charte contraignante mène - tout comme en Allemagne - à une pénétration de quasiment chaque domaine du droit par les droits fondamentaux<sup>56</sup>. Le problème suivant serait qu'un tel développement pourrait revenir à accorder aux tribunaux le dernier mot sur les grandes questions politiques. Cela n'est pas le cas à ce jour pour la Cour de justice : le rôle politique au-delà de la jurisprudence intégrationniste de la Cour est limité. Il n'y a pas de grandes décisions européennes correspondant à l'arrêt *Brown versus Board of Education*<sup>57</sup> de la Cour suprême des Etats-Unis, qui a bouleversé l'opinion publique et redéfini un consensus social de base<sup>58</sup>. Le 'déficit politique'<sup>59</sup> que l'on peut observer ailleurs au niveau communautaire, c'est à dire l'absence de dichotomie droite-gauche, est reflété dans la jurisprudence et l'attitude de la Cour. De plus, il faut voir que la primauté des droits fondamentaux sur la politique présuppose un consensus solide sur des valeurs communes ; mais il reste à savoir si un tel consensus existe déjà en Europe. Qu'il suffise de rappeler les différences qui subsistent en Europe concernant le rapport entre les sexes ou le rôle de la religion dans la société ou, exemple récent dans le contexte de la guerre de l'Iraq 2003, concernant le respect du droit international public et le recours à la force dans les relations internationales<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Pour les options techniques de rendre la Charte contraignante, V. le Rapport final du Groupe de travail II (*op. cit. supra* note 30): Le groupe recommande à la session plénière d'examiner les options fondamentales suivantes: a) l'insertion du texte des articles de la Charte au début d'un traité constitutionnel, dans un titre ou dans un chapitre de ce traité; b) l'insertion, dans un article d'un traité constitutionnel, d'une référence appropriée à la Charte; cette référence pourrait être accompagnée d'une reprise de la Charte en annexe ou d'un rattachement de celle-ci au traité constitutionnel, soit comme une partie spécifique du traité constitutionnel qui ne contiendrait que la charte, soit en tant que texte juridique distinct (p. ex. sous la forme d'un protocole); c) de l'avis d'un membre du groupe, on pourrait, par une « référence indirecte » à la Charte, rendre celle-ci juridiquement contraignante sans pour autant lui donner une valeur constitutionnelle.

<sup>56</sup> V. plus en détail A.v. Bogdandy (*op. cit. supra* note 31).

<sup>57</sup> *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>58</sup> V. R. Burt, *The Constitution in Conflict*, 1992, p. 271 et s.

<sup>59</sup> V. pour cette notion p. ex. J.H.H. Weiler dans le débat du 22.3.2001, *op. cit. supra* note 41.

<sup>60</sup> V. dans ce contexte le rapport que Horst Dreier détecte entre les différents courants de pensée constitutionnelle en Allemagne et la confession : H. Dreier, *Kanonistik und Konfessionalisierung – Marksteine auf dem Weg zum Staat*, *Juristenzeitung* 2002.1 (13). V. sur l'incompatibilité de la participation d'un Etat membre de l'UE à l'intervention américaine avec le droit constitutionnel européen F. C. Mayer, *Angriffskrieg und europäisches*

D'autre part, avec la protection des droits fondamentaux assurée par la Cour dès aujourd'hui, le poids des droits fondamentaux européens ne dépend pas tellement de la valeur contraignante ou non de la Charte. L'exemple allemand, avec le succès de la *Verfassungsbeschwerde* (v. *infra*), indique que c'est la question du recours et de l'accès des citoyens aux droits fondamentaux qui [\*190] est décisive pour la transformation vers un système dominé par les droits fondamentaux <sup>61</sup>.

## **2. Le rapport entre la Charte et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)**

Le système de la CEDH constitue un système de protection supplémentaire. L'histoire européenne a montré que, parfois, des Etats manquent au devoir de protéger leurs propres citoyens. C'est contre ce type de carence au niveau national que la Cour de Strasbourg constitue une instance de dernier ressort au niveau européen. Elle a sans doute aussi des effets normatifs sur le droit national, anticipant les prévisions de la CEDH - ou vice versa, quand la Cour de Strasbourg se réfère à des conceptions nationales ou même à la Charte européenne de 2000 <sup>62</sup> -, mais elle reste tout de même un contrôle « en dehors » du système.

La Charte de l'Union constitue un autre type de protection que celle du système de la Convention ; c'est une protection « à l'intérieur » du système. L'Union européenne n'est pas membre de la CEDH, seuls ses Etats membres le sont <sup>63</sup>. L'Union européenne pourrait adhérer à la Convention européenne, après une modification du traité sur l'Union européenne, comme l'indique la Cour de Justice dans son avis 2/94 et tel que prévu dans l'article I-7 de la Constitution <sup>64</sup>.

---

Verfassungsrecht. Zu den rechtlichen Bindungen von Außenpolitik in Europa, Archiv des Völkerrechts 41, 2003 (à paraître).

<sup>61</sup> V. dans ce contexte CJCE *UPA*, aff. C-50/00 P, arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, où la Cour a souligné qu'il appartient aux États membres, conformément à l'article 48 UE, de réformer le système actuellement en vigueur. V. pour les modifications introduites par la Constitution *supra* note 34.

<sup>62</sup> V. les décisions du 11.7.2002, 25680/94, I/ *Grande-Bretagne*, point 80; 28957/95, *Goodwin/ Grande-Bretagne*, point 100, avec des références à l'article 9 de la Charte.

<sup>63</sup> V. dans ce contexte l'arrêt du 18.2.1999 de la CEDH, 24833/94, *Matthews* ; v. aussi CJCE, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, Rec. 2000, p. I-665; V. aussi le cas devant la CEDH, 56672/00, *Senator Lines GmbH/ 15 Etats membres de l'UE*; suite à TPI, *DSR-Senator Lines GmbH/Com.*, aff. T-191/98 R, Rec. 1999, p. II-2531 et CJCE, *DSR-Senator Lines GmbH/Com.*, aff. C-364/99 P(R), Rec. 1999, p. I-8733.

<sup>64</sup> CJCE Avis 2/94, *CEDH*, Rec. 1996, p. I-1763.

### 3. Les droits sociaux

Ce qui a fait l'objet des débats les plus intenses au sein de la première convention - aux côtés de la question de la référence au religieux, dont le rejet était une préoccupation française<sup>65</sup> -, c'est la question des droits fondamentaux [\*191] sociaux.

Dans la doctrine allemande, ce sujet est également un des plus contestés<sup>66</sup>. Une grande partie de la doctrine considère des véritables droits subjectifs au travail, au logement etc. comme une sorte de poésie constitutionnelle : beaux à lire, mais sans effet juridique précis. Selon la doctrine allemande, il y a une différence nette entre les droits de protection contre des actes publics et les droits qui nécessitent des actes publics. La solution suivie par la constitution allemande de 1949 a été l'introduction du principe fondamental constitutionnel d'« Etat social » (*Sozialstaatsprinzip*) qui n'est pas un droit subjectif, mais qui s'impose notamment comme principe d'interprétation<sup>67</sup>. Une autre possibilité d'intégrer les particularités des droits sociaux consiste à définir la garantie de droits sociaux comme garantie sous condition de faisabilité<sup>68</sup>. Selon encore une autre interprétation, il s'agit tout d'abord de tâches imposées au pouvoir public, plutôt que de droits fondamentaux<sup>69</sup>. Lisant les dispositions de la Charte des droits fondamentaux qui portent sur des droits sociaux, on peut dire qu'il s'agit de droits sociaux modestes: pas de droit au travail proprement dit, mais un droit d'accès aux services de placement (article 29). Un autre exemple : il n'y a pas de droit au logement proprement dit, mais le droit à une aide sociale et à une aide au logement (article 34). Avec ces formules plus que prudentes, qui reflètent les débats de la première convention, on ne peut plus parler d'un

---

<sup>65</sup> « Le gouvernement français n'acceptera pas de signer le texte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne si son préambule fait référence à « l'héritage religieux » de l'Europe. L'introduction du mot « religieux » pose des problèmes à la fois philosophique, politique et constitutionnel à la France. Problème philosophique, parce que nos sociétés sont diverses du point de vue des religions. Difficulté politique, car notre République est une République laïque et que nous sommes attachés fondamentalement au principe de la laïcité. Difficulté constitutionnelle, parce que ce texte de la Charte est censé s'inspirer des traditions constitutionnelles nationales. Or dans notre constitution, il n'existe aucune forme de référence à un héritage religieux », Pierre Moscovici, Ministre français des Affaires européennes, le 26 septembre 2000, <[http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/unit/charte/fr/charter03.html](http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/fr/charter03.html)>. La solution a été une légère différence entre la version française (« patrimoine spirituel et moral ») de la Charte, qui ne fait pas référence au religieux, et la version allemande (« *geistig-religiösen und sittlichen Erbes* ») (version anglaise : « *spiritual and moral heritage* »). Maintenant, le préambule de la Constitution (doc. CONV 820/03) parle des « héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe ».

<sup>66</sup> V. les références chez E.-W. Böckenförde, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, in E.-W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, p. 146 et s.

<sup>67</sup> Article 20 de la constitution allemande.

<sup>68</sup> V. dans ce contexte BVerfGE 33, 303 (333) – *Numerus clausus*.

<sup>69</sup> P. Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30 (1972).69.

danger ou d'un problème par rapport au droits sociaux de la Charte. Il reste à souligner que le deuxième tiret du préambule, où le principe de solidarité se trouve aux côtés de la dignité humaine, de la liberté, et de l'égalité, indique la note spécifiquement européenne de droits fondamentaux, distincte de la conception américaine<sup>70</sup>. C'est ici que l'on retrouve les idéaux de la Révolution française de la liberté, de l'égalité et de la fraternité, combinés avec l'idéal Kantien de la dignité humaine.

#### **4. La question des compétences**

Tout d'abord, s'agissant de la divergence conceptuelle entre le champ d'action de l'Union et les droits fondamentaux énumérés dans la Charte, il faut noter que même les droits fondamentaux qui ne correspondent pas à une compétence communautaire - tels que le droit fondamental à la vie justifiant l'interdiction de la peine de mort à l'article 2 de la Charte - peuvent avoir un effet communautaire: ils peuvent jouer un rôle quand il s'agit de définir des critères pour des réfugiés politiques, dans les rapports avec des pays tiers, ou bien quand il s'agit d'élargissement.

La peur de créer des compétences par l'énumération de droits fondamentaux a toujours existé. Déjà les *Federalist papers* révèlent que l'absence initiale d'un catalogue de droits fondamentaux dans la constitution des Etats-Unis de 1787 était due à la peur d'accorder des compétences supplémentaires au niveau fédéral par un [\*192] tel catalogue<sup>71</sup>. L'article 51 alinéa 2 de la Charte renvoie à ce type de crainte, en disposant que la Charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour la Communauté et pour l'Union, ni ne modifie les compétences et les tâches définies par les traités. Comme si cette formule n'était pas déjà tautologique à un degré presque ridicule, la Grande Bretagne a insisté sur le fait que pour la version de la Charte incluse dans la Constitution, l'on ajoute que la Charte « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union ». La version allemande utilise une terminologie inconsistante avec une distinction entre

---

<sup>70</sup> Les Etats-Unis n'ont pas signé le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>71</sup> Federalist No. 87 (Hamilton, en 1788) : « I go further, and affirm that bills of rights, in the sense and in the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers which are not granted ; and on this very account, would afford a colourable pretext to claim more than were granted. For why declare that things shall not be done which there is no power to do ? »

« *Anwendungsbereich* » et « *Geltungsbereich* ». Sans aucun doute, ces modifications visent à la formule ERT de la Cour (V. *supra*).

En un sens, la Charte a peut-être même un effet stabilisant sur la répartition des compétences entre niveau européen et national <sup>72</sup> : une disposition telle que l'article 30 de la Charte, selon laquelle chaque travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, « conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales » ou l'article 35, selon lequel toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé « dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales » confirment que la prévention en matière de santé relève du domaine de la compétence nationale.

C'est l'aspect de compétence négative de chaque droit fondamental <sup>73</sup>, c'est-à-dire le fait qu'un droit fondamental constitue une limite pour tous les pouvoirs publics, qui devient particulièrement visible dans ce type de disposition de la Charte.

---

<sup>72</sup> V. pour cette idée I. Pernice, *Europäische Grundrechte-Charta und Abgrenzung der Kompetenzen*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2001.673

<sup>73</sup> V. la formule de E.-W. Böckenförde, selon laquelle les droits fondamentaux sont des normes d'attribution de compétences entre individu/société et Etat, E.-W. Böckenförde (*op. cit. supra* note 9), se référant à Z. Giacometti, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Tome 1, 1960, p. 3 ; J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel Suisse*, 1967, p. 626 ; N. Luhmann, *Grundrechte als Institution*, 1965, p. 23 et s. L'idée de droits fondamentaux comme 'compétences négatives' est généralement attribuée à Horst Ehmke, V. H. Ehmke, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, p. 29 et s.; P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, p. 666; E. Denninger, *Juristenzeitung* 1975.545 (549); R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2<sup>e</sup> éd. 1994, p. 223 et s. Pour la dimension européenne, V. F.C. Mayer (*op. cit. supra* note 5), p. 584.

## 5. Les enjeux du débat sur une Charte contraignante

D'un point de vue purement juridique, on peut dire que la Charte n'aurait pas vraiment été nécessaire, la protection des droits fondamentaux au niveau européen étant déjà suffisamment assurée par la jurisprudence de la Cour de justice. Le débat sur la qualité de la Charte comme document politique ou juridique <sup>74</sup> apparaissait de plus en plus théorique au cours de l'année 2001, en [\*193] raison des tentatives de plusieurs avocats généraux d'établir la Charte-document-politique comme partie de l'héritage constitutionnel commun auquel la Cour de justice se réfère quand elle parle d'une existence de droits fondamentaux au niveau européen <sup>75</sup>.

Cependant la Cour ne semble pas vouloir suivre cette approche poursuivie par les Avocats généraux, qui consiste à faire entrer la Charte dans l'acquis communautaire par des moyens détournés: suivant les arrêts de la Cour, ainsi que des interventions publiques faites par des membres de la Cour <sup>76</sup>, en lisant entre les lignes, il semble clair que la Cour ne veut pas anticiper sur le processus politique concernant la question de la qualité juridique de la Charte <sup>77</sup>.

Il en est de même pour l'aspect procédural de la protection des droits fondamentaux au niveau européen: la Cour a refusé en juillet 2002 de suivre l'avocat général et d'élargir le champ d'application de l'article 230 alinéa 4 CE, ce qui aurait faciliter l'accès du citoyen de l'Union aux tribunaux européens en invoquant ses droits fondamentaux. La Cour a souligné qu'il appartient aux États membres, conformément à l'article 48 UE, de réformer le système

---

<sup>74</sup> Notamment la doctrine française a essayé de qualifier la Charte comme accord interinstitutionnel (V. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2001, 57 et J. Dutheil de la Rochère, *La Charte des droits fondamentaux et au delà*, Jean Monnet Working Paper No. 10/01), quoique ce soit plutôt dans le domaine budgétaire ou procédural que cette catégorie a été reconnue, V. aussi J.-P. Jacqué, *La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire in Bieber/Ress* (éds.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1987, 377 (404).

<sup>75</sup> Concl. AG Tizzano du 8.2.2001, aff. C-173/99 - *BECTU*; Concl. AG Jacobs du 22.3.2001, aff. C-270/99 - *Z/Parlement* (référence à l'article 41); Concl. AG Jacobs du 14.6.2001, aff. C-377/98 - *Pays-Bas / Parlement et Conseil*, points 197, 210 (référence aux articles 1 et 3 II); Concl. AG Stix-Hackel du 12.7.2001, aff. C-131/00 - *Nilsson*, points 18, 44: (référence à l'article 49 I; Concl. AG Leger du 10.7.2001, aff. C-309/99 - *Wouters et al.*, points 176 (référence au préambule).

<sup>76</sup> V. p. ex. les contributions lors de la conférence de Francfort du 16./17.11.2001 à l'occasion de l'anniversaire de Walter Hallstein, Université de Francfort.

<sup>77</sup> V. aussi une question préjudicielle autrichienne dans ce contexte, Décision KR 1-6,8/00 du Verfassungsgerichtshof de décembre 2000, <<http://www.vfgh.gv.at>>

actuellement en vigueur <sup>78</sup>. Encore, c'est à la convention et à la Conférence intergouvernementale en 203/2004 qui suivra de trancher ces questions.

Les objections de principe que certains Etats membres ont avancés contre une qualité juridique contraignante de la Charte sont considérables <sup>79</sup>. Ces objections ont été reprises dans les débats autour de la deuxième convention, notamment du côté scandinave et britannique/irlandais dans le Groupe de travail No. II <sup>80</sup>. Il y a lieu de prévoir que l'investissement en énergie politi[\*194]que pour surmonter ces objections sera considérable. On se pose la question de savoir s'il n'y a pas de problèmes plus urgents à résoudre pour l'Union : les luttes politiques sur le caractère contraignant ou non de la Charte risquent d'occulter des problèmes plus graves liés à la réforme de l'Union en vue de l'élargissement, les difficultés à élargir le champ d'application du vote à majorité qualifiée, ceci étant peut-être le problème le plus dangereux pour le projet d'intégration. La réponse à la question de savoir si cet investissement d'énergie politique vaut la peine dépend de la valeur ajoutée d'une Charte contraignante, c'est-à-dire des aspects positifs qu'elle introduira.

Les réponses à la critique de la Charte proposées jusqu'ici semblent surtout indiquer que la Charte n'aura pas d'effets négatifs – reste à savoir quels seront ses effets positifs. On revient donc à la question de départ : à quoi bon, la Charte ?

### **III. - LA DIMENSION SYMBOLIQUE ET CONSTITUTIONNELLE DE LA CHARTE**

Si même par une Charte contraignante, il n'y aura pas de véritable valeur ajoutée au niveau juridique proprement dit, il faudra aller chercher ailleurs : Même s'il est vrai que la Cour de justice assure déjà la protection de droits fondamentaux au niveau européen sans Charte, il reste à examiner la dimension symbolique et constitutionnelle de la Charte.

Dans un premier temps, la Charte constitue un acte symbolique relatif aux compétences et au champ d'action de plus en plus vaste des institutions communautaires, une sorte de contrepoids général: plus l'Union exerce de compétences, plus la dimension de la protection

---

<sup>78</sup> V. CJCE *UPA*, aff. C-50/00 P, arrêt de la Cour du 25 juillet 2002. V. pour les modifications introduites par la Constitution *supra* note 34.

<sup>79</sup> V. p. ex. le Premier ministre suédois G. Persson, *European Challenges : A Swedish Perspective*, Humboldt-Reden zu Europa, <<http://www.whi-berlin.de/persson.htm>>

<sup>80</sup> V. les travaux de Groupe de travail II, *op. cit. supra* 30. V. aussi la lettre du représentant britannique *Hain* au président de la Convention datée le 13 mai 2003, CONV 736/03.

de droits fondamentaux doit être mise en valeur. Il s'agit aussi d'un acte symbolique à l'égard des pays candidats à l'adhésion, signalant que l'Union européenne n'est pas comparable à l'OTAN, ni au Conseil de l'Europe, ni à une quelconque organisation internationale. En principe, une organisation internationale ne prévoit pas de protection de droits fondamentaux contre ses propres actes. Finalement, il s'agit d'un acte symbolique de l'Europe à l'égard d'elle-même, la rassurant sur ses valeurs communes <sup>81</sup>.

C'est cet aspect de la Charte qui lui donne un rôle dans le contexte plus large du débat sur une constitution européenne initié par le ministre allemand des affaires étrangères *Joschka Fischer* et son discours Humboldt en mai 2000 <sup>82</sup>, et poursuivi dans la convention de 2002/2003. Ce débat est surtout remarquable parce qu'en utilisant ouvertement la notion de constitution pour les fondements de l'intégration européenne, les leaders politiques abandonnent un principe de « prudence sémantique » <sup>83</sup>: autrefois, on n'utilisait pas de notions qui pouvaient rapprocher la communauté à un Etat. On parlait de directives et de règlements, pas de lois ; il s'agit d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, non pas d'un territoire *et cetera*. Cette prudence sémantique subsiste dans l'emploi du terme « traité constitutionnel » pour éviter le terme « constitution » <sup>84</sup>.

**[\*195]** Par ailleurs, considérer la Charte de 2000 comme le premier élément d'une constitution européenne n'est pas correct s'il est vrai que l'on pouvait déjà parler d'un ordre constitutionnel au niveau européen dès avant, même sans une constitution formelle. De ce point de vue, la question n'est pas de savoir s'il faut une constitution européenne, mais s'il faut une constitution européenne *écrite*. Si l'Europe dispose déjà d'un ordre constitutionnel matériel, un document qui s'intitule « Constitution européenne » devrait essayer de reprendre

---

<sup>81</sup> L'introduction de l'Euro a été une immense occasion de marketing manquée à cet égard : la visibilité de la Charte et son degré de notoriété auraient été augmentés considérablement en ajoutant à chaque « starter kit » de la nouvelle monnaie un exemplaire de la Charte.

<sup>82</sup> J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, FCE-Spezial 2/2000, <<http://www.whi-berlin.de/fischer.htm>>

<sup>83</sup> P. Magnette, Questions sur la constitution européenne, in P. Magnette (éd.), La constitution de l'Europe, Bruxelles 2000, p. 9 (15).

<sup>84</sup> V. p.ex. l'avant-projet de Traité constitutionnel soumis à la convention par le président Giscard d'Estaing, doc. CONV 369/02. V. maintenant la formule finale de « Traité instituant une constitution pour l'Europe » (doc. CONV 820/03). D'autre part, l'ont trouve des références officielles à la constitution européenne dès le début : les explications officielles du gouvernement allemand annexées au Traités CECA en 1952 et CEE en 1957 parlent déjà de la création d'une « entité européenne de nature constitutionnelle » (« *ein europäisches Gebilde verfassungsrechtlicher Gattung* »), Deutscher Bundestag Drucksachen 2401, 1. Wahlperiode et 3440, 2. Wahlperiode.

les particularités de cet ordre constitutionnel<sup>85</sup>. La particularité la plus évidente est le fait que l'Europe n'est pas un Etat ni un Etat nation, et qu'elle n'y aspire pas<sup>86</sup>. L'ordre constitutionnel européen se distingue donc des ordres constitutionnels étatiques. De ce point de vue, les débats simultanés sur une Charte des droits fondamentaux et une constitution européenne apparaissent ambivalents, si la ressemblance de la Charte des droits fondamentaux avec les catalogues de droits fondamentaux des constitutions classiques étatiques serait susceptible de rapprocher l'Union européenne d'une entité étatique.

Une interprétation plus pessimiste de la tentative d'attribuer à l'Union des insignes de l'Etat tels qu'une constitution ou un catalogue de droits fondamentaux consiste à dire que cette tentative résulte d'un manque de vision ou de consensus sur ce que l'intégration européenne représente. Selon cette interprétation, l'emploi de mots comme « la Charte » ou « la Constitution européenne » ne serait qu'une sorte d'emballage d'un vide de sens politique<sup>87</sup>: du Kitsch juridico-constitutionnel. Ce qui est curieux, c'est que cette interprétation pessimiste semble être ignorée par la vaste majorité des juristes de droit communautaire et de droit constitutionnel en ce qui concerne la Charte: aujourd'hui déjà, ils font semblant de considérer la Charte comme un véritable texte constitutionnel ou quasi-constitutionnel. Ils interprètent la Charte et ils écrivent des articles et commentaires à son sujet. Bref, ils la prennent au sérieux<sup>88</sup>. C'est peut-être comme cela que des mythes fondateurs constitutionnels se créent : à partir d'un vide.

**[\*196]** Il y a une autre objection à l'interprétation pessimiste-postmoderne, une objection qui s'impose après les événements du 11 septembre 2001 : c'est l'objection qui confère à la Charte un certain sens en raison du simple fait qu'elle postule un fondement de valeurs

---

<sup>85</sup> V. dans ce contexte la notion de « constitution composée », I. Pernice/F.C. Mayer (*op. cit. supra* note 5).

<sup>86</sup> Il existe un consensus large sur ce point parmi les hommes et femmes politiques et dans le monde académique, pour une des rares voix qui plaident pour un Etat européen V. G.F. Mancini, Europe: The Case for Statehood, 4 *European Law Journal* 29 (1998).

<sup>87</sup> V. dans ce sens U. Haltern, Europe Goes Camper. The EU Charter of Fundamental Rights From a Consumerist Perspective, *ConWEB* 3/2001, <<http://www.qub.ac.uk/ies/onlinepapers/const.html>>

<sup>88</sup> V. les contributions déjà mentionnées *supra* et les exemples suivants pour la doctrine allemande: Ch. Calliess, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2001.261; U. DiFabio, Eine europäische Charta: auf dem Weg zur Unionsverfassung, *Juristenzeitung* 2000.737; S. Hölscheidt, Die Ausgestaltung des Petititionsrechts in der EU-Grundrechtecharta, *Europarecht* 2002.440; S. Magiera, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, *Die öffentliche Verwaltung* 2000.1017; E. Pache, Die Europäische Grundrechtecharta – ein Rückschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?, *Europarecht* 2001.475; J. Schwarze, Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2001.517; T. Stein, Gut

communes et indispensables. ‘Les valeurs communes’ comme catégorie de philosophie et de fondement du droit ont souvent été critiquées comme subjectivisme irrationnel dépendant des fluctuations des convictions<sup>89</sup>. Toujours est-il que, malgré ces imperfections et ces risques, l’affirmation des valeurs fondamentales de l’Europe constitue une réponse manifeste à tout ceux qui nient ces valeurs et la façon de vivre en Europe.

Il reste la question du rôle de la Charte pour l’objectif final de l’intégration européenne. Il est facile de trouver un lien entre droits fondamentaux et finalité de l’intégration européenne. C’est la déclaration de 1789 qui nous l’indique<sup>90</sup>:

« *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme* »<sup>91</sup>

---

gemeint. – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, *in* Festschrift Steinberger, 2002, p. 1425 ; J. Meyer (éd.), Grundrechte-Charta. Kommentar, 2003.

<sup>89</sup> V. E.-W. Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, *in* E.-W. Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, p. 67. ; C. Schmitt, Die Tyrannei der Werte, *in* Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, 1967, p. 37, avec des références à Nicolai Hartmann auquel la notion de « tyrannie des valeurs » est attribuée. Carl Schmitt préfère de traduire ‘*Wertfreiheit*’ par ‘neutralité axiologique’ au lieu de ‘indifférence aux valeurs’, *ibid.* p. 50. V. aussi l’alternative proposée par Böckenförde de développer l’aspect solidarité de l’intégration européenne, E.-W. Böckenförde, Grundlagen europäischer Solidarität, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 20 juin 2003, p. 8.

<sup>90</sup> La référence à la Déclaration se trouve aussi chez A. v. Bogdandy (*op. cit. supra* note 31), p. 171, toutefois avec une pointe de distance.

<sup>91</sup> Article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789.