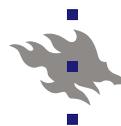




GOETHE
UNIVERSITÄT
FRANKFURT AM MAIN

NORMATIVE ORDERS
Exzellenzcluster an der Goethe-Universität Frankfurt am Main



UNIVERSITY OF HELSINKI



coherence
fragmentation
CoE
Foundations of
European Law
and Polity

Strasbourg, 19 May 2010

CDL-UD(2010)007
Or. Fr.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

en coopération avec

**LA FACULTE DE DROIT ET LE GROUPE D'EXCELLENCE
"FORMATION DES ORDRES NORMATIFS"
DE L'UNIVERSITE GOETHE, FRANCFORT SUR MAIN, ALLEMAGNE**

et avec

**LE CENTRE D'EXCELLENCE
POUR LES FONDATIONS DU DROIT EUROPEEN
ET LA RECHERCHE POLITIQUE
UNIVERSITE D'HELSINKI, FINLANDE**

**SEMINAIRE UNIDEM
« DÉFINITION ET DÉVELOPPEMENT DES DROITS DE L'HOMME
ET SOUVERAINETÉ POPULAIRE EN EUROPE »**

Francfort sur Main, Allemagne

15 – 16 Mai 2009

**DROITS DE L'HOMME ET TRANSFERTS DE SOUVERAINETE
DANS L'UNION EUROPEENNE :
CONSEQUENCES POUR LA DEFINITION ET LE DEVELOPPEMENT DES
DROITS DE L'HOMME**

par

Mme Catherine SCHNEIDER

**(Professeur, Centre d'études sur la sécurité internationale et les
coopérations européennes (CESICE),**

**Université Pierre Mendès-France de Grenoble,
Faculté de droit, France)**

INTRODUCTION

De quels régimes de droits de l'homme va-t-on parler ?

En effet parler des droits de l'homme dans l'Union revient à distinguer entre le volet interne de ces droits de l'homme, c'est-à-dire les principes et règles qui vont s'imposer aux institutions et aux Etats membres dans le champ du droit communautaire et le volet externe des droits de l'homme à savoir l'action de l'UE dans ce domaine dans ses relations avec les Etats tiers. Ces deux volets des droits de l'homme soulèvent des problématiques assez distinctes dans leur relation avec la souveraineté et connaissent des régimes juridiques forts différents. On ne résistera pas à cet égard à souligner le paradoxe lié à ce que, si les droits de l'homme figurent explicitement comme un objectif de la Politique étrangère et de sécurité de l'Union ou encore des politique de coopération au développement et d'assistance technique et financière de la Communauté, tel n'est pas le cas s'agissant de l'action développée par la Communauté et l'Union à destination de leurs Etats membres. L'absence d'une quelconque référence expresse à l'idée que les droits de l'homme puissent constituer un objectif ou un objet de l'union plus étroite entre les Etats membres rend impossible de conclure à l'existence d'une compétence générale de l'UE en matière de droits de l'homme.

Au-delà de la garantie des droits de l'homme offerte par le droit communautaire, reste évidemment la garantie des droits de l'homme assurée par les systèmes de protection des droits de l'homme des Etats membres. Cette garantie qui concerne « l'action dite autonome » des Etats membres, subsiste dans la mesure où la garantie offerte par le droit communautaire n'intéresse que l'action des Etats relative à la mise en œuvre du droit communautaire.

Renonciation au qualificatif de transfert de souveraineté

Plutôt que de transfert de souveraineté, la notion de transfert de compétence et même plutôt celle d'intégration paraît plus souhaitable.

Le transfert de souveraineté ne saurait être satisfaisant dans la mesure où la souveraineté est indivisible (même si des limitations de souveraineté ou encore des transferts de droits souverains sont envisageable) et parce que, bien sur, « l'objet politique » que constitue l'Union même non identifié ne saurait être souverain, ni au plan interne ni au plan international au sens où l'entendent habituellement les juristes, qu'ils soient spécialistes de droit interne ou de droit international. Les premiers privilégieront plutôt l'argument selon lequel l'Union n'a pas la compétence de sa compétence pendant que les seconds insisteront sur celui relatif à l'absence de monopole de la contrainte sur le territoire et sur la population dans les relations internationales.

Le concept de transfert de compétence, quoique souvent utilisé en droit communautaire, n'est guère plus satisfaisant comme l'a parfaitement démontré une certaine doctrine¹. Ce dernier en effet dans la mesure où il se caractérise à la fois par une stricte identité de la compétence transférée et par un dessaisissement de l'Etat, ne saurait résumer à lui seul les modalités de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. Cette dernière, on le sait, obéit à « un système distributif de compétence » polymorphe et complexe où les compétences attribuées à l'organisation ne se traduisent pas nécessairement par un dessaisissement de l'Etat membre. Ce dernier s'inscrit dans une « toile de fond » particulière qui est celle de l'Union toujours plus étroite des Etats membres en faisant appel **notamment**² à la méthode de l'intégration.

¹ Cf. MICHEL (V), *Recherches sur les compétences de la Communauté*, l'Harmattan, Paris 2003 ; CONSTANTINESCO (V), *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, contribution à la nature juridique des Communautés*, Paris, LJDJ, 1974 p.249

² Il est important ici de rappeler que cette méthode n'est certes pas exclusive et ce pour plusieurs raisons, d'une part parce qu'elle n'est pas absolue dans le traité de Rome sur la Communauté économique qui s'en réclame et d'autre part parce qu'elle est volontairement écartée du Traité de Maastricht sur l' Union

La substitution de l'idée d'intégration à celle de transfert de souveraineté

Si l'on substitue la notion d'intégration entendue au sens large, c'est-à-dire déconnectée du recours exclusif à la méthode intégrée, et entendue plutôt sous l'angle de l'union toujours plus étroite grâce à un système perfectionné de répartition des compétences, encore faut-il en préciser les contours .

De quelle union plus étroite parle-t-on, économique ou politique ? En effet la problématique de la définition et du développement des droits fondamentaux apparaît singulièrement différente suivant que l'on se place sous les auspices de la Communauté ou sous celle de l'Union.

Quelle répartition des pouvoirs vise-t-on ? Celle dite de la séparation verticale entre l'organisation et les Etats membres ? Celle dite de la séparation horizontale entre les institutions ou coexistent plusieurs légitimités, celle des gouvernements des Etats membres au sein du Conseil, celle des peuples au sein du Parlement, voire celle beaucoup plus difficile à qualifier de la Commission ? Autant d'acteurs qui risquent de ne pas à voir la même vision en matière de définition et de développement des droits de l'homme tant dans son volet interne qu'externe.

En même temps l'intégration peut se définir en fonction de son objet et bien évidemment la définition et le développement des droits de l'homme au sein de l'Union renvoient –elles à l'intégration dite normative, dont on sait qu'elle s'inscrit dans le contexte très particulier du monisme avec primauté. Ainsi la coexistence entre le corpus européen des droits de l'homme propre à la construction communautaire et l'ensemble des systèmes nationaux des droits de l'homme baigne-t-il dans une ambiance très particulière d'articulation qui va au-delà de l'interrogation habituelle, qui est celle du droit international public, sur les convergences ou différences entre les instruments internationaux et les régimes nationaux en matière de droits de l'homme.

Par ailleurs s'interroger sur l'impact de la construction communautaire sur la seule définition et le développement des droits de l'homme conduit légitimement à écarter la question de leur mise en œuvre

Plus particulièrement on n'évoquera pas la problématique de leur application par le juge communautaire. Deux raisons majeures, d'inégale valeur explicative, peuvent y conduire. La première est que, selon une vision prudente et orthodoxe de la récusation du gouvernement des juges, le juge communautaire ne devrait être un qu'un acteur indirect de la définition des droits de l'homme dont il s'attache simplement à constater l'existence par la voie des principes généraux du droit, à en expliciter le contenu dans sa fonction d'interprétation du principe ou de la règle invoquée, ou enfin à trancher les éventuels conflits entre ces droits.³ . La seconde est que le programme du séminaire a prévu de revenir sur cette dimension prétorienne de la définition et du développement des droits de l'homme

³La jurisprudence communautaire propose nombre d'affaires qui voient le juge communautaire trancher ces conflits, soit entre une liberté fondamentale (libre circulation des marchandises) et un droit fondamental (liberté de manifester) (affaire Schmidberger, 12 juin 2003, C-112 /00), soit entre une liberté fondamentale (libre prestation de service) et un droit fondamental (la dignité humaine) garanti par une constitution nationale (affaire OMEGA, 14.10.2004, C636/02), soit entre deux droits fondamentaux garantis par le droit communautaire (droit de propriété intellectuelle et droit à la vie privée et à la protection des données personnelles), (affaire Productores de musica de España, 29 janvier 2008, (C-275/06). Pour une réflexion approfondie la question des conflits de normes en matière de droits fondamentaux et sur la jurisprudence communautaires y afférents, cf. GREWE (C) "*Les conflits de normes entre droit communautaire et droits nationaux en matière de droits fondamentaux*" in "L'Union européenne et les droits fondamentaux", Bruxelles, éd. Bruylant, 1999. JACQUE (J.P), *Vers une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux dans l' Union européenne*, La France, L'Europe et le monde, Mélanges en l'honneur de J CHARPENTIER, Pedone, Paris 2009, spécialement pp. 355 -361

Confrontée aux nombreuses, voire trop nombreuses, entrées possible de l'interrogation de l'impact de la construction communautaire sur la définition et le développement des droits de l'homme, on espère qu'il nous sera pardonné de restreindre notre réflexion aux droits de l'homme dans le système communautaire et de l'Union et en n'évoquant que de manière très indirecte la problématique (couverte par les autres contributions) des systèmes nationaux des Etats membres. Recentrer notre analyse sur le champ particulier de la définition et du développement des droits de l'homme par et pour le système de l'Union nous conduira à proposer à la réflexion trois grandes idées force

-1/ la définition et le développement des droits de l'homme dans le système communautaire ont sans doute souffert, dans l'histoire de la construction communautaire de sa vision réductrice et mercantile de l'Europe des marchands.

2/ la définition et le développement des droits de l'homme dans le système communautaire restent souvent empêtrés dans les obsessions de la répartition des compétences

3/ la définition et le développement des droits de l'homme sont parfois dynamisés par l'intégration, y compris économique, qui peut être source d'accélération de la reconnaissance des droits de l'homme

I LA DEFINITION ET LE DEVELOPPEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX, RETARDES PAR LA VISION REDUCTRICE DE L'INTEGRATION

Mainte fois la doctrine spécialisée s'est –elle attachée à souligner les conséquences sur le système interne de protection des droits de l'homme inhérentes à la vision originelle et réductrice de la construction communautaire (A). L'entrée en maturité de ce système est relativement récente qui doit beaucoup « au tournant du traité d'Amsterdam » (B)

A/ Une absence de vision de l'Europe des marchands

Au-delà des arrières pensées politiques qui ont pu faire dire non sans pertinence que la construction communautaire était avant tout un projet politique, les premières années de cette construction sont marquées par une Union économique conçue comme un fonds de placement et qui peine à se concevoir comme un fonds commun de valeurs⁴. Ainsi l'Europe des marchands peine-t-elle à s'imaginer comme liberticide ou encore héraut des droits fondamentaux. L'ambiance générale qui prédomine en matière de droits fondamentaux est alors celle d'une sorte « d'union libre »⁵ et de confiance mutuelle entre l'organisation et les Etats membres qui n'éprouvent pas le besoin de contracter des engagements formels dans ce domaine.

Les conséquences de cette relative indifférence à l'encontre des droits de l'homme de l'organisation et de ses Etats membres sont bien connues. Elles intéressent la complétude des droits fondamentaux protégés, le statut que leur confère les traités mais aussi la fonction qui leur est assignée. Elle génère également une « culture parfois biaisée » des droits de l'homme qui n'est pas sans incidence sur leur définition et sur leur développement

1/ l'incomplétude des DF

On ne saurait assimiler l'absence dans les traités instituant les Communautés européennes d'engagements formels pour la protection des droits fondamentaux à un véritable vide juridique. Il existe bien un corpus juridique de ces droits mais qui est restreint

4

⁵ Cf. C. FLAESCH MOUGIN, *Vers une Union entre les peuples européens libre et démocratique* in "Liber Anicorum en l'honneur de J. GEORGEL", Ed. Apogée, Rennes 1998

car il est relatif à ces libertés économiques dont on attend qu'elles façonnent le marché commun. Les principaux principes de liberté ainsi consacrés par le droit positif concernent la libre concurrence (articles 85 TCE) la libre circulation des marchandises (articles 30 à 37 TCE) des travailleurs (articles 48 à 51 TCE), le libre établissement des professions indépendantes (articles 52 à 58 TCE), la libre circulation des services (articles 59 à 66 TCE) des capitaux (articles 67 à 73 TCE). Point n'est besoin ici de souligner le lien tenu qu'elles entretiennent avec les droits de l'homme, à l'exception sans doute de la libre circulation des travailleurs. Bien évidemment les traités s'intéressent –ils également à l'interdiction des discriminations qui sont nombreuses et diversifiées tout en étant limitées à celles fondées sur la nationalité⁶. Enfin il existe dès la version originelle du traité un principe d'égalité homme femme, mais qui est, à cette époque là, limité à la seule rémunération⁷

2/ l'hétérogénéité de statuts des DF

Au-delà de la définition *rationae materiae* des droits fondamentaux très incomplète proposée par le traité de Rome dans sa version originale, c'est aussi la diversité de statut qu'il confère aux droits et libertés qu'il protège qui caractérise sa première approche réductrice. Certaines libertés sont ainsi simplement citées sans se voir pour autant en éléments de droit positif. C'est par exemple le cas pour la liberté d'association déjà mentionnée dans le traité CECA ou encore certains droits et libertés à caractère social au profit desquels les traités se contentent d'appeler à une coopération entre Etats pour leur développement⁸ sous les auspices de la Commission. A l'inverse de ce statut réducteur appelant à la simple promotion, les droits et libertés, structurants pour le marché intérieur comme la libre circulation et la libre concurrence se voient conférés un statut de droit positif, sources d'obligations véritablement contraignantes pour les Etats ainsi que pour leurs acteurs économiques. La définition de ces obligations ne cessera de progresser dans l'histoire de la construction communautaire tant par la révision du droit primaire que par le droit dérivé ou encore par la jurisprudence.

3/ une culture biaisée des droits de l'homme

La doctrine est quasi unanime à souligner cette « culture biaisée », des droits fondamentaux et libertés, qui préside aux débuts de la construction communautaire, et qui encore aujourd'hui la poursuit parfois, notamment dans le volet externe des droits

⁶ Le Traité de Rome pose certes un principe de non discrimination mais limité quant à sa portée : l'article 7 (devenu aujourd'hui article 12) interdit dans le domaine d'application du traité toute discrimination fondée sur la nationalité. A cette disposition générale s'ajoutaient des dispositions particulières de portée plus restreinte interdisant les discriminations fondées sur la nationalité : par exemple l'article 48§2 pour la libre circulation des travailleurs ou encore l'article 37§1 pour l'aménagement des monopoles nationaux. Il faudra attendre le Traité d'Amsterdam pour que soit élargie l'interdiction des discriminations à celles fondées sur d'autres critères (race, origine ethnique, religion ou conviction, âge, sexe ou orientation sexuelle (cf. article 13 TCE)

⁷ Il faudra attendre les développements ultérieurs du traité de Rome pour voir surgir un principe d'égalité de traitement et des chances entre les hommes et les femmes, alors que la version 1957 du traité ne garantissait que l'égalité des rémunérations. Cet exemple est significatif du rapport entre la définition des droits fondamentaux et leur développement qui peut s'analyser soit comme la création de nouveaux droits soit comme l'extension de la garantie offerte par des droits déjà reconnus.

⁸ Pour une analyse détaillée des différences de statut juridique conférés aux droits de l'homme par la version originale des traités on pourra se référer utilement à AKANDJI KOMBE (J.F.), *Le développement des droits fondamentaux dans les traités*, in "L'Union Européenne et les droits fondamentaux", LECLERC (L), AKANDJI KOMBE (J.F.), REDOR (M.J.), dir., Bruylant, Bruxelles 1999 spécialement p. 35.

fondamentaux⁹. Par ce néologisme de « culture biaisée des droits de l'homme », tente-t-on de mettre en exergue une lecture souvent économiste des droits de l'homme.

Cette vision particulière résulte pour l'essentiel de ce que le développement des droits fondamentaux au plan interne est surtout mis au service des objectifs particuliers qui sont ceux de l'intégration. C'est en premier lieu ceux de l'intégration économique et des exigences de la construction de l'espace économique unifié, marché commun et marché intérieur. Ainsi le juge communautaire le juge n'hésitera-t-il pas à subordonner la protection des droits fondamentaux aux exigences de l'intérêt général propre à la construction communautaire. C'est en second lieu ceux de l'intégration normative et de l'affirmation et de la consolidation de la primauté de l'ordre juridique communautaire sur les droits nationaux. Point n'est besoin de revenir outre mesure sur la formidable influence développée par certaines cours Constitutionnelles pour mettre « sous pression » le système communautaire et l'obliger, d'abord par voie jurisprudentielle puis par la voie des révisions des traités, à développer une vision plus autonomisée des droits de l'homme avec pour objectif évident de désarmer les éventuelles atteintes à la primauté du droit communautaire. Dans l'un et l'autre cas on retrouve ici l'analyse bien connue d'une forme l'inféodation des droits fondamentaux à la spécificité de l'intégration et de l'union plus étroite entre les Etats membres.

L'absence d'autonomie véritable des droits de l'homme se vérifie également dans les relations extérieures puisque c'est d'abord à l'occasion des coopérations économiques et commerciales de la Communauté que sont introduits les instruments du volet externe de la défense et de la promotion des droits de l'homme. Tel est le cas de la conditionnalité politique¹⁰ qui accompagne les accords de coopération et les grands programmes de l'assistance technique et financière comme, PHARE, TACIS, MEDA ou CARDS. Par cette conditionnalité la Communauté subordonne l'établissement ou la poursuite de la coopération économique au respect par son partenaire des droits de l'homme dont il n'est pas rare de constater la vision souvent économiste. Ainsi peut on rappeler l'exemple, qu'il nous a été donné de souligner, des droits de la femme que l'Union tente de promouvoir¹¹. Appréhendés le plus souvent (conformément à la logique interne communautaire initiale) sous l'angle économique de l'égalité des genres, ils peinent à accéder à une logique de droit fondamental liée à la dignité de la personne. Cela est regrettable quand on sait que, dans certains des Etats partenaires de l'Union, les femmes sont quotidiennement victimes non seulement de discriminations mais aussi de violences graves. Ces dernières qui portent atteinte à leur intégrité physique comme à leur dignité ne sauraient être mises en échec par l'approche réductrice relative à l'égalité des genres.

B/ L'accès à la maturité grâce au tournant du traité d'Amsterdam

⁹ FLAUSS (J.F.), *Droits de l'homme et relations extérieures de l'Union européenne*, in "L'Union Européenne et les droits fondamentaux", LECLERC (L), AKANDJI KOMBE (J.F.), REDOR (M.J.), dir., Bruylant, Bruxelles 1999, pp.137-172. CANDELA SORIANO (M) (dir), *les droits de l'homme dans les politiques de l'UE*, spécialement partie III sur les relations extérieures avec les contributions de GOVAERE (I) et VAN BOSSUYT (A), HOFFMEISTER (F), Larcier, Bruxelles, 2006

¹⁰ SCHNEIDER (C), TUCNY (E), *Réflexions sur la conditionnalité politique appliquée à l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale*, Revue d'études comparatives Est ouest, 2002, vol.33, n°3, p. 11-44. SCHNEIDER (C), « Réflexions sur le rôle de la conditionnalité politique dans l'affirmation de l'UE comme acteur global » in FLAESCH MOUGIN (C) et SCHNEIDER (C), (dir.), *L'Union européenne acteur global dans le nouvel ordre mondial*, Académie européenne d'été (action J. Monnet Recherche de l'UE) de Grenoble et de Rennes (Septembre 2005) éd. numérique multimédia interactive « Droit in situ », Paris 2006. SCHNEIDER (C), *Au cœur de la coopération internationale de l'union européenne : quelle stratégie à venir pour la conditionnalité politique ?* Mélanges en l'honneur du professeur Jean Touscoz, France Europe éditions, Nice 2008, pp. 750-778

¹¹ Cf. ROLLINDE (M), *le partenariat euro-méditerranéen et les droits fondamentaux*, in BERRAMDANE (A), « Le partenariat euro-méditerranéen à l'heure de l'élargissement de l'Union européenne », Karthala, Paris 2005.

Certes le traité de Maastricht aura –t-il déjà apporté, de manière indirecte sa propre contribution au développement du corpus juridique des droits fondamentaux grâce notamment à l'introduction de la citoyenneté européenne. Cette dernière permettra ainsi une extension non négligeable de la libre circulation des personnes en la déconnectant de son référent initial de l'intégration économique et des exigences du marché intérieur. Mais la citoyenneté européenne, étrangère sur bien des points à l'approche en termes de droits de l'homme, ne suffit pas à l'épuiser. C'est donc bien le traité d'Amsterdam qui constitue « le véritable accélérateur » des progrès de la définition et du développement des droits de l'homme dans le système communautaire, une accélération qui préfigure la consécration ultérieure réalisée par la charte des droits fondamentaux (cf. Infra III). Outre un renforcement de la protection des droits fondamentaux, ce traité fait accéder le respect des ces droits à la qualité de « principes structurant du système communautaire ». Par la même il réalise une inversion de cette fonctionnalité des droits de l'homme qui caractérisait jusque là l'intégration communautaire.

1/ la consolidation du corpus juridique des droits de l'homme

Au titre du renforcement de ce corpus juridique doit on souligner l'entrée dans le droit primaire des droits sociaux en tant que catégorie générale de droits fondamentaux. Ces derniers font l'objet d'une référence explicite dans le préambule modifié¹² du traité sur l'Union, grâce à un renvoi que ce dernier opère à la charte sociale du Conseil de l'Europe de 1961 et la charte communautaire des droits sociaux de 1985 Par ailleurs certains droits sociaux déjà protégés comme l'égalité homme femme font l'objet d'une définition renforcée comme en témoigne, outre l'exemple déjà cité de son extension à d'autres domaines que celui des rémunérations, l'introduction des discriminations positives au nom de la promotion de cette égalité¹³. Enfin la contribution la plus significative concerne t-elle l'interdiction des discriminations proposée par le nouvel article 13 du Traité sur la Communauté Européenne qui vient compléter l'article 12 (ex article 6) qui autorisait la Communauté à légiférer pour interdire les discriminations fondées sur la nationalité. L'article 13 étend la compétence normative du Conseil à l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe, la race, l'origine ethnique, la religion, les convictions, les handicaps, l'âge ou encore les orientations sexuelles. Bien évidemment l'article 13 relève –t-il de ces compétence spéciales ou particulières (cf.infra II) selon lesquelles La communauté ne dispose pas *ab initio* d'une « compétence législative générale et directe » pour régler ce droit fondamental. C'est en effet seulement dans le champ de ses compétences que la Communauté peut adopter de telles mesures¹⁴ Le développement initié par le traité d'Amsterdam sur le corpus juridique concerne donc autant l'introduction de nouveaux droits de référence que l'extension de droits déjà protégés. Cependant c'est bien l'inversion de leur fonctionnalité qui a le plus marqué la doctrine spécialisée

2/ l'inversion des fonctions assignées à la protection des droits de l'homme

Le Traité d'Amsterdam confère en effet un nouvel élan à la cause de la protection des droits

¹² Cette référence figure aussi explicitement au nouvel article 136 du Traité sur la Communauté Economique (ex article 117) relatif à la politique sociale, selon lesquels la Communauté et ses Etats membres se donnent comme objectifs , la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de travail, une protection sociale adéquate ainsi que le dialogue social et le développement des ressources humaines. L'article 137 TCE prévoit que le Conseil puisse arrêter par voie de directives « des prescriptions minimales ». Cependant l'affirmation de la prise en compte des diversités nationales et omni présente dans le dispositif de la politique sociale communautaire qui se présente avant tout comme un dispositif d'appui à l'action des Etats membres in compatible avec leur dessaisissement (cf. Infra)

¹³ Cf. article 141 §4 du TCE qui légitime le maintien ou même l'adoption pour un Etat membre de discriminations positives visant à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par un sexe sous représenté.

¹⁴ Dire que la Communauté, par la voie du Conseil, peut prendre des mesures nécessaires en vue de combattre les discriminations, c'est aussi rappeler que le jeu de la carence des institutions n'est pas possible

fondamentaux propre à la construction communautaire à travers l'affirmation de "l'ancrage Constitutionnel" du respect de ces droits.¹⁵ Désormais, grâce au nouvel article 6 TUE (version révisée de l'ancien article F du traité de Maastricht) le respect des droits fondamentaux n'est plus seulement présenté comme le fondement du système de gouvernement des Etats membres mais bien comme un "principe structurant" de l'Union Européenne impliquant une obligation mise à la charge de celle-ci et de ses Etats membres de se mettre en cohérence avec lui. Naissent ainsi de nouveaux mécanismes de contrôle *a priori* et *a posteriori* du respect de cette obligation. L'article 49 révisé du Traité sur l'Union fait entrer dans le droit primaire positif une conditionnalité politique de l'adhésion, empruntée au droit du Conseil de l'Europe, et qui en droit communautaire n'avait qu'un statut de soft Law¹⁶. Un contrôle à posteriori du respect des droits de l'homme est quant à lui prévu par l'article 7 TUE qui aménage un nouveau mécanisme, visant notamment à sanctionner l'Etat membre auquel pourrait être reprochée une violation grave et persistante des droits fondamentaux.¹⁷

Si le survol des grandes étapes du développement des droits fondamentaux nous a permis de mettre en lumière les attermoissements liés pour l'essentiel à la vision réductrice de l'Europe des marchands, il nous paraît que ce développement a surtout souffert de l'obsession de la répartition des compétences qui caractérise l'intégration communautaire

II LA DEFINITION ET LE DEVELOPPEMENT DES DF PRIS EN OTAGE PAR LES « OBSESSIONS DE LA REPARTITION DES COMPETENCES

Certes pourra-t-on nous opposer que la question de la répartition des compétences ne saurait être le monopole de cette intégration communautaire conçue par nous au sens large, c'est à dire déconnectée de la référence exclusive à la seule méthode communautaire. Cette question, très présente dans le droit constitutionnel des Etats fédéraux, peut même surgir parfois dans le droit des organisations internationales classiques étrangères à la coopération intégrée. On ne saurait pour autant nier la spécificité de cette problématique dans la construction communautaire. Le modèle sui generis de l'objet politique non identifié conduit à des formes très diverses du dessaisissement des Etats membres sans pour autant remettre en cause le principe de leur souveraineté. En réalité c'est seulement sans l'hypothèse au demeurant assez rare de l'existence d'une compétence exclusive¹⁸ de la Communauté (et qui en matière de droits fondamentaux ne se pose pas) que l'on est le plus proche de l'existence d'un véritable dessaisissement de l'Etat¹⁹. En tout état de cause, quelque soit la nature exacte de la compétence attribuée à la Communauté, l'obsession de la répartition des compétences

¹⁵ CONSTANTINESCO (V), *Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam*, in le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives, Pedone, Paris, 1999.

¹⁶ Cf. déclaration de Copenhague de 1973

¹⁷ Ce mécanisme de la sanction d'une violation grave et persistante des droits de l'homme par une Etat membre sera complété ultérieurement, grâce au traité de Nice par un mécanisme de prévention et d'alerte en cas de risque de violation (cf. article 7.2 TUE) L'actuel droit positif de l'article 7 est ainsi subdivisé en un mécanisme de sanction limité à la circonstance exceptionnelle d'une violation grave et persistante et un mécanisme de prévention et de "monitoring" en cas de simple risque dont la constatation n'est plus "ligotée" par l'exigence de l'unanimité comme dans le cadre de la constatation d'une violation grave et persistante

¹⁸ Les exemples de compétence exclusive sont en droit communautaire rares : on les rencontre par exemple dans la politique commerciale ou la politique de la pêche

¹⁹ Être le plus proche ne signifie pas pour autant d'ailleurs que toute compétence exclusive implique nécessairement un dessaisissement total de l'Etat. Cela s'explique par le fait que tant que la Communauté n'a pas exercé cette compétence exclusive, l'action des Etats membres reste possible, solution bien compréhensible si l'on veut écarter tout risque de vide juridique.

est omni présente et la question de la définition et du développement des droits fondamentaux ne saurait échapper à cette obsession dont on trouve des illustrations tant dans le volet interne que dans le volet externe de ces droits (A). Dans le cadre du volet interne elle a pris une ampleur particulière à travers la recherche par une certaine doctrine de l'affirmation d'une compétence générale en matière de droits fondamentaux du système, affirmation que le droit positif est venu désavouer (B).

A/ l'omniprésence le l'obsession de la répartition des compétences

Certes cette obsession de la répartition des compétences se manifeste –telle de manière très aigue dans le volet interne de la protection des droits fondamentaux. On ne saurait ignorer cependant qu'elle a marqué à bien des égards le volet externe, c'est-à-dire la « politique de défense et promotion des droits de l'homme » de l'Union dans ses relations avec les Etats tiers

1/ l'obsession de la répartition des compétences dans le volet interne des droits de l'homme

Confrontés à une certaine doctrine favorable, au nom de la communauté de valeurs, à l'admission d'une compétence générale de la Communauté en matière de droits fondamentaux, Les Etats multiplient les dénégations relatives à cette approche ainsi que les précautions pour contenir l'éventuelle interprétation extensive des compétences spéciales reconnues à cette dernière. Les Etats membres ne sont ainsi pas prêts à sacrifier sur l'autel de l'intégration et de la communauté de valeurs leurs propres systèmes de protection des droits fondamentaux, partie intégrante de leur pacte constitutionnel à propos duquel ils ne sont guère enclins à accepter une ingérence du système communautaire et de l'Union.

On pourrait multiplier les exemples de cette réticence des Etats membres quant à l'éventuelle instrumentalisation de la cause de la protection communautaire des droits fondamentaux au détriment de leurs propres compétences.

Un premier exemple que l'on peut considérer aujourd'hui comme relativement obsolète est fourni par le règlement du 29 avril 1999²⁰ relatif au développement et à la consolidation de la démocratie, de l'Etat de droit et au respect des droits de l'homme qui a vu le Conseil (donc les Etats membres) réduire la proposition de la Commission aux seules actions communautaires au bénéfice des Etats tiers au seul volet externe à l'exclusion du volet interne des droits de l'homme. Ainsi les Etats se sont opposés à toute possibilité pour l'UE de mener des actions de promotion en matière de droits fondamentaux au sein de l'UE. Il faudra en définitive attendre, pour que, grâce notamment à des instruments comme le réseau des experts indépendants ou encore l'Agence européenne des droits fondamentaux, s'affirme cette nouvelle vision tant réclamée par une certaine doctrine du passage d'une conception négative (la surveillance des violations) à une conception plus positive des droits de l'homme (un objectif à réaliser)²¹

Une deuxième illustration de la stratégie réductrice des Etats peut-être trouvée dans les travaux qui ont présidé à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Ainsi le préambule de cette dernière souligne-t-il que « la présente charte réaffirme dans le respect des compétences et tâches de l'Union et du principe de subsidiarité » les droits fondamentaux. De la même manière l'article 51 relatif au champ d'application de la charte a vu sa rédaction modifiée, à l'occasion de la CIG qui a présidé à l'adoption définitive de la charte. Dans son alinéa premier, il dispose que lorsque la Charte s'applique aux Etats membres, c'est uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Ainsi respecteront-ils ses droits et

²⁰ (29 avril 1999, JO., L120 8 mai 1999 p.1 et p.8)

²¹ ALSTON (P), WEILER (J.H.H.), *Vers une politique des droits de l'homme authentique et cohérente pour l'UE*, in ALSTON (P) (dir), *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles 2001, pp.1-68

observeront-ils ses principes conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites de l'Union. Quant à l'alinéa 2 du même article il précise que la charte « n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà de ses compétences, ni ne crée aucune compétence nouvelle pour l'Union, et ne modifie pas les compétences et tâches créées par les traités ». On trouve trace également de cette préoccupation quasi obsessionnelle avec des formulations rigoureusement identiques dans la déclaration n°1 relative à la charte adoptée dans le cadre de la CIG. Une certaine doctrine ne s'est pas privée de dire que ces redondances, introduites pour répondre à « l'acharnement de certains Etats membres » relevaient d'un « martelage »²², tant le rapport de la protection communautaire des droits fondamentaux au système distributif de compétence bénéficiait déjà grâce notamment aux apports de la jurisprudence de ces réserves bien connues du respect des compétences nationales²³. Tout au plus se doit-on de souligner que ces martelages s'inscrivent dans ces techniques juridiques qualifiées parfois de « pétrification des compétences ». Elles sont largement utilisées par les Etats pour consolider le principe de spécialité dans l'attribution des compétences à l'Union et limiter les interprétations extensives des compétences attribuées

Un dernier exemple peut encore être trouvé dans les débats qui ont entouré la définition du statut de l'Agence européenne des droits fondamentaux dont la création a été décidée par le règlement (CE) n° 168/ 2007 du 15 février 2007²⁴. Certes l'Agence ne saurait-elle être une instance de définition des droits de l'homme. Néanmoins sa mission générale de défense et de promotion de ces droits est-elle évidente et n'a pas manqué, là encore, de poser des questions qui relèvent à n'en point douter de cette « obsession communautaire de la répartition des compétences ». A ainsi été rapidement l'occasion de controverse la question de savoir si l'agence à créer devait être « simplement communautaire » ou au contraire une agence de l'Union ? Or un tel choix revêtait une importance cardinale. Outre la question déjà fort importante de savoir si elle pourrait étendre ses activités au champ particulier de l'espace de liberté, de sécurité et de justice dont les risques liberticides ont été souvent soulignés, se posait celle, encore plus fondamentale, de l'éventuelle compétence consultative de la nouvelle agence pour le contrôle du respect par les Etats membres de leurs obligations au titre de l'article 7 TUE. Or dans le cadre de ce dispositif « ce sont bien toutes les actions des Etats membres, y compris leurs actions autonome c'est-à-dire déconnectée de la simple mise en œuvre du droit de l'Union qui peuvent être évaluées à l'aune de leur compatibilité avec les exigences des droits de l'homme »²⁵ On ne s'étonnera donc pas que à l'occasion de l'adoption par le Conseil du règlement relatif au statut de l'agence, les propositions de la Commission allant en ce sens aient disparu. « La moulinette de l'obsession des compétences » avait fait son œuvre.

2/ l'obsession de la répartition des compétences dans le volet externe des droits de l'homme

La défense et la promotion des droits de l'homme figurent expressément comme un objectif explicite des relations externes communautaires : la politique de coopération au développement (article 177.2 TCE) et la politique de coopération économique, financière et technique (article 181.1.2 TCE) utilisent la même formule selon laquelle chacune de ces

²² Cf. PRIOLLAUD (X), SIRITZKY (D), *Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE-TFUE)*, La documentation française, Paris, 2008, pp.454-455.

²³ Cf. affaire Grant du 17 février 1998 (C-249/96), et Waschauff du 13 juillet 1989 (aff.5-88)

²⁴ JO L 53 du 22.2.2007 ; cf. également avis du Comité économique et social du 14 février 2006, JO C du 11.4.2006 ; avis du Comité des régions du 6 juillet 2005.

²⁵ Cf. ; SCHNEIDER (C), *L'Agence européenne des droits fondamentaux, promesse ou illusion pour la protection non juridictionnelle des droits fondamentaux ?*, Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER, Pedone, Paris 2009 p. 485

politiques « contribue à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». En revanche on ne trouve pas trace d'une telle mention dans la politique commerciale et cela a son importance pour la délimitation des compétences communautaires entre cette politique et les autres. Enfin s'agissant cette fois de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) le traité de l'Union intègre-t-il à son article 11 parmi les objectifs assignés à cette politique celui du respect des droits de l'homme. On sait ainsi que l'un des instruments majeurs de la coopération dans le domaine de la politique étrangère est celui du dialogue politique institutionnalisé entre les partenaires. Cette institutionnalisation à tous les niveaux, ministériel ou de hauts fonctionnaires emprunte souvent la forme de comités spécifiques parmi lesquels figure souvent un comité relatif aux droits de l'homme

Il n'en reste pas moins vrai que des différends sur la portée exacte de ces compétences communautaires ou de l'Union ont pu naître entre l'organisation et ses Etats membres ces derniers plaidant l'incompétence communautaire. Ainsi certains Etats ont –ils soutenus la thèse, non retenue par la Cour de Luxembourg, selon laquelle l'introduction d'un dialogue politique dans un accord commercial, devait avoir pour conséquence d'interdire, pour la conclusion de cet accord, le recours à la base légale de la politique commerciale (où la Communauté dispose d'une compétence exclusive, type de compétence où le « dessaisissement » de l'Etat membre est naturellement le plus marqué)²⁶

Quant à la conditionnalité politique elle a été également à l'origine d'un contentieux de répartition des compétences opposant un Etat membre à la Communauté : d'une affaire introduite par le Portugal en 1996²⁷ il a pu être déduit l'affaire du 3 Décembre 1996, que l'introduction d'une clause de conditionnalité dans un accord économique (en l'espèce UE – Inde) ne constituerait pas pour autant un facteur de mixité de l'accord. Or obtenir la qualification d'accord mixte est important pour un Etat : ce dernier est en effet partie, au même titre que la Communauté, de l'accord qui ne peut être en vigueur qu'avec la ratification de tous les Etats membres

La Cour a dans cette même affaire, jugé qu'une clause de conditionnalité ne signifierait pas pour autant que les droits de l'homme soient érigés en domaine spécifique de coopération entre la Communauté et son partenaire.²⁸ Il y a certainement, dans cette décision Portugal contre Conseil, une vision identique de celle de l'avis II/94 relatif à l'adhésion de la Communauté à la CEDH : l'obligation mise à la charge de l'UE de respecter les droits de l'homme, comme l'objectif assigné à certaines de ses politiques externes de promouvoir ce respect sur la scène internationale ne sont pas assimilables à une compétence générale de l'Union dans ces domaines.

B/ L'absence de compétence générale de l'Union en matière de droit fondamentaux

Il s'agit là d'une évidence difficilement contestable. Certes les Etats membres sont prêts à accepter que la garantie des droits de l'homme soit assurée par le droit communautaire

²⁶ CJCE, 17 Octobre 1995, aff. Werner : dans cette affaire la Cour rappelle que la finalité même très politique d'une mesure (en l'espèce l'introduction de l'instrument PESC du dialogue politique dans un accord économique et commercial) ne saurait à elle seule affecter la compétence exclusive de la Communauté en matière commerciale et ce au regard de l'article 113

²⁷ CJCE, 3 Décembre 1996, aff. Portugal contre Conseil.

²⁸ Ainsi une telle clause ne pourrait servir de base légale à une décision communautaire stipulant des critères d'éligibilité pour des projets de coopération : pour la Cour la seule finalité d'une clause de conditionnalité est de fournir une base juridique au droit de suspendre la coopération en conformité avec le droit des traités.

lorsque c'est la système qui agit. De même admettent-ils que ce soit ce même droit communautaire des droits fondamentaux qui s'applique lorsqu'ils mettent en œuvre la législation communautaire. Croire pour autant que les Etats membres soient prêts à admettre que la protection des droits fondamentaux constitue un objet de l'Union et par là entraîne à son profit un droit de légiférer sans limite constitue un mythe entretenu par un certain nombre de confusions.

La première d'entre elle, fort bien mise en lumière par l'avis II/94 relatif à l'adhésion de la Communauté à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, consiste à confondre une obligation de respecter les droits de l'homme avec une compétence dans ce domaine. Or comme cela a été mainte fois rappelé par la doctrine cela ne revient pas au même de dire que la Communauté doit respecter tel droit de l'homme lorsqu'elle légifère dans son domaine de compétence, et qu'elle est compétente pour le régler par exemple en harmonisant les droits nationaux qui le concernent. Il est important ici de rappeler l'apport de l'avis II/94 qui a vu le juge récuser la thèse défendue par la Commission selon laquelle il était permis de déduire des nombreuses références aux droits de l'homme contenues dans différentes politiques communautaires et de l'Union l'existence d'un objectif transversal permettant notamment le recours à l'article 308 comme base légale de l'adhésion²⁹

De la même manière c'est sans doute cette difficulté à appréhender exactement le rapport entre les droits fondamentaux et la compétence et la nécessaire distinction entre compétence et obligation de respect qui a été à l'origine de ces débats dont on a pu trouver trace à l'occasion de l'élaboration de la charte des droits fondamentaux. Pourquoi, s'interrogeaient certains conventionnels, introduire dans la Charte l'affirmation de droits considérés comme étrangers au domaine de compétence de l'Union ? Cette question a notamment été débattue à propos de l'interdiction de la peine de mort. . S'il apparaît effectivement difficile d'admettre en l'état actuel du droit positif que l'UE puisse « légiférer » en ce domaine, rien n'interdit de penser qu'elle puisse dans le cadre de ses compétences adopter un acte contraire à l'interdiction d'une telle peine³⁰

Une deuxième source de confusion résulte du caractère évidemment horizontal de l'obligation mise à la charge de l'Union et de ses Etats membres de respecter les droits de l'homme lorsqu'ils agissent. Mais là encore une telle obligation horizontale ne saurait être confondue ni avec une compétence générale explicite de légiférer dans le domaine, ni avec un objectif transversal permettant par exemple le recours à l'article 308 du traité de Rome, forme de révision rampante du dit traité

Pour conclure sur cette question complexe du rapport entre droit de l'homme et compétence propre au droit communautaire et à son système distributif de compétence, on rappellera que l'inexistence d'une compétence générale de l'Union pour agir et légiférer dans le domaine des droits fondamentaux ne saurait être assimilée à l'exclusion de toute compétence. Ces compétences de l'Union existent pour nombre de raisons dont celle particulière à une forme de dynamique de l'intégration y compris économique Cette dernière à certains égards, peut en effet conduire l'Union à définir et développer les droits fondamentaux pour réaliser ses objectifs

²⁹ Si le droit communautaire fait une certaine place à ces objectifs transversaux applicables à toutes les politiques, ce n'est jamais de manière implicite mais explicite comme on en trouve un exemple à l'article 3 §2 TCE pour l'égalité homme femme)

³⁰ cf. JACQUE (J.P), droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne, Mélanges en hommage au Doyen G COHEN JONATHAN, Bruylant, Bruxelles 2004 vol II pp.1007-1028. Après avoir rappelé l'existence d'un débat comparable pour l'adoption du Bill of right, l'auteur s'appuie s'agissant de la Charte des droits fondamentaux sur l'exemple de l'accord relatif à l'extradition et l'assistance mutuelle conclu entre l'UE et les Etats-Unis après les attentats du 11 septembre qui exclut l'extradition impliquant le risque de la peine capitale pour l'individu extradé

III LA DEFINITION ET LE DEVELOPPEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX DYNAMISES PAR L'INTEGRATION ET LES PROGRES DE LA CONSTRUCTION COMMUNAUTAIRE

L'intégration y compris économique s'avère source de définition et de développement des droits fondamentaux quand on constate que la Communauté développe des compétences particulières et spéciales dans ce domaine afin de réaliser les finalités qui sont les siennes notamment celle de l'espace économique unifié (A). Par ailleurs les progrès de l'intégration politique ont pu l'amener à réfléchir et traiter les risques liberticides liés aux progrès de l'Union politique plus étroite (B) enfin on ne saurait oublier dans cette brève évocation de la dynamique de l'intégration l'apport majeur que constitue l'adoption de la charte des droits fondamentaux (C)

A/ la définition et le développement des droits fondamentaux dynamisés par les exigences de l'espace économique unifié

Certaines compétences de l'Union en matière de droits de l'homme existent. Marquées du sceau du principe de spécialité, elles trouvent leur origine dans les besoins de l'intégration économique dont la réalisation des objectifs dynamise d'une certaine manière l'intervention du système pour définir et développer les droits de l'homme. Certaines de ces compétences sont directes lorsque leur objet même est de garantir et développer l'égalité homme femme ou d'interdire les discriminations. Certaines autres sont beaucoup plus indirectes et trouveront à s'exprimer sous forme de réglementations visant à garantir les droits de l'homme dans l'exercice de compétences économiques particulières

1/ la dynamique de la protection directe des droits fondamentaux

On a déjà souligné l'attribution par les traités de compétences particulières directes dans le domaine des droits de l'homme comme par exemple celui de l'article 13 TCE relatif à l'interdiction des discriminations ou encore celui de l'égalité homme femme (article 3.2 TCE). On peut également trouver d'autres exemples comme celui proposé par l'article 286 TCE introduit par le traité d'Amsterdam et qui a trait à la protection des données personnelles³¹. Il est en effet apparu important à un certain moment de la construction communautaire de préciser les règles applicables aux données détenues par les institutions communautaires et leur nécessaire conformité avec le respect de la vie privée. Ces exemples, qui relèvent d'une véritable finalité de protection et de développement des droits de l'homme doivent être distinguées de ceux relatifs à la compétence spéciale indirecte reconnue à la Communauté

2/la dynamique des protections indirectes

Ces hypothèses ont trait au droit d'agir du système communautaire, fondé sur un titre particulier de compétence mais qui n'est pas la protection des droits fondamentaux. Simplement la Communauté devra t-elle, au titre de son obligation de respecter les droits de l'homme, poursuivre un double objectif ; Elle devra en premier lieu veiller à ce que les mesures, qu'elle adopte dans le cadre de ses compétences notamment au titre de l'Union économique, ne contiennent aucune disposition contraire aux droits de l'homme. Elle devra en second lieu faire en sorte que les mesures qu'elle adopte ne soient pas susceptibles de porter atteinte à ces mêmes droits. Il s'agit ici de l'hypothèse où une mesure communautaire adoptée, sans être directement incompatible avec tel droit ou liberté, peut éventuellement dans sa mise en œuvre leur porter atteinte. Résulte alors l'obligation mise à la charge de l'Union de prendre, dans le cadre de sa compétence spéciale, (libre circulation ou libre

³¹ Comme le souligne fort justement J.P. JACQUE, op. cit. note « aucune base juridique ne permettait en effet d'établir des obligations spécifiques pour le traitement des données détenues par les institutions alors que le droit communautaire avait permis d'établir un régime applicable aux Etats membres sur la base de l'article 95 (harmonisation des législations des Etats membres mais qui ne peut intervenir que si les différences de législation sont constituent un obstacle au marche commun »

concurrence), toutes les dispositions nécessaires pour l'empêcher³²

Pour garantir cette protection communautaire des droits fondamentaux, l'Union peut recourir à la technique des clauses interprétatives. Ainsi en est-il par exemple du règlement du 7 décembre 1997³³ adopté pour garantir la libre circulation des marchandises ou des services, mise en danger par les mouvements de protestation de producteurs. Ce règlement qui fixe les obligations des Etats membres pour rétablir, en cas d'entraves de ce type, la circulation, précise dans son dispositif, qu'il ne saurait être interprété comme affectant l'exercice des droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par les Etats membres. Ce sont bien évidemment les droits de l'action collective et notamment du droit de grève qui sont en cause. Cet exemple est singulièrement emblématique quand on sait que l'article 137 relatif à la politique sociale, qui prévoit la compétence de la Communauté pour adopter des directives arrêtant des prescriptions minimales, exclut explicitement, de son champ d'application les droits de grève et de lock out. Certes la Communauté n'est pas compétente pour légiférer dans ce domaine mais elle peut utiliser les compétences d'harmonisation qui sont les siennes pour empêcher que ne soit porté atteinte à ces droits fondamentaux.

Dans d'autres hypothèses l'action de la Communauté est encore renforcée dans la mesure où la règle communautaire ne se limite pas à de simples clauses interprétatives mais introduit des règles dérogatoires dont l'objet même est de permettre la réalisation d'une liberté. Ainsi en sera-t-il d'un acte communautaire adopté dans le cadre du marché intérieur relatif aux monopoles nationaux³⁴ sur l'abattage des animaux et qui introduit des exceptions aux règles qu'elle pour l'abattage des animaux afin de tenir compte de certaines pratiques religieuses. Il n'échappera pas à l'observateur averti qu'une législation dont l'objet est d'éviter des dysfonctionnements de concurrence et qui prévoit des dérogations pour respecter la liberté religieuse n'est pas assimilable à une législation dont l'objet serait de définir et réglementer la liberté religieuse

Enfin dans une troisième série d'hypothèses, est-il possible de trouver des actes communautaires qui proposent en eux-mêmes une réglementation de droits fondamentaux et qui est adoptée afin d'empêcher que des différences entre les réglementations des Etats membres constituent des obstacles à l'objectif d'espace économique unifié. Se développe alors une législation particulière, qui concerne certes les droits fondamentaux, mais qui est construite à partir de la base légale de l'harmonisation des législations. Simplement son but n'est pas de les harmoniser les droits fondamentaux (et par voie de conséquence de substituer une définition communautaire aux définitions nationales) mais d'empêcher que les différences de définition fournies par les droits nationaux ne constituent un obstacle à l'intégration économique.

Peuvent être cités à titre d'exemple la directive du 3 octobre 1989 dite télévision transfrontière fondée sur le libre établissement (article 52 TCE devenu article 43.) ou encore les directives relatives à la protection des données personnelles. La première, dont l'objet est de supprimer les entraves à la libre diffusion des émissions de télévision, s'attache, pour éviter les effets pervers d'une exacerbation de la logique de marché qui viendrait à favoriser les programmes de divertissement au détriment de ceux de l'information de même que les concentrations excessives ou encore des méthodes publicitaires liberticides, à prévoir, au nom de la liberté

³² On voit bien ici que le titre de compétence de la Communauté pour agir est bien celui de la compétence spéciale, qui, lorsqu'elle l'exerce, doit respecter les droits fondamentaux, et non pas une hypothétique et utopique compétence générale en matière de droit fondamentaux

³³ Cf. règlement (CE) 2679 qui est parfois appelé « règlement fraise » au regard de son origine liée aux mouvements d'agriculteurs français interceptant des camions espagnols pour détruire leurs marchandises

d'expression et du pluralisme des idées, des limitations voire des interdictions de publicité.

Les directives du 24 octobre 1995³⁵ du 12 juillet 2002³⁶ sont encore plus significatives dans la mesure où leur objet même est de réaliser une harmonisation des législations nationales relatives à la protection des données personnelles. Cependant l'origine et les finalités de l'intervention de la Communauté sont bien celles des exigences du bon fonctionnement du marché intérieur. En effet les différences entre les législations nationales s'agissant de la définition du droit à la protection des données personnelles peuvent empêcher la libre circulation des données et fausser la concurrence. C'est donc à ce titre et non à celui d'une quelconque compétence générale en matière de droits fondamentaux que la Communauté agit.

B/ La définition et le développement des droits fondamentaux dynamisés par les progrès de l'Union politique

La construction de l'espace de liberté et de sécurité ainsi que les développements de la PESC fournissent des exemples du renforcement des droits de l'homme qu'ils ont initié afin de veiller à ce que dans son action l' Union respecte bien les droits fondamentaux

1/ dynamisation des droits fondamentaux et espace de liberté de sécurité et de justice
L'inversion fonctionnelle réalisée par le traité d'Amsterdam des fonctions assignées au droit de l'homme est à l'origine d'un véritable changement de paradigme de la politique Justice et affaires intérieures (JAI) rebaptisée espace de liberté, de sécurité et de justice pour mieux affirmer que l'action de l'Union développée au regard des exigences de sécurité et de justice ne sauraient l'être au détriment du respect des droits fondamentaux. Comme n'ont pas manqué de le souligner les observateurs avertis « le pôle épée et le pôle bouclier du droit pénal » doivent être conjugués ensemble³⁷. On trouve ainsi dans le 3^{ème} pilier de l'Union nombre de ces techniques évoquées plus haut qui sont autant d'interventions de l' Union propres à mettre en œuvre l'obligation qui est la sienne de respecter les droits fondamentaux

Mérite d'être cité à cet égard tant le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice³⁸ entre Etats membres que ses limites. S'agissant du principe on a souvent souligné son caractère révolutionnaire puisqu'il interdit au juge d'opposer, à l'exécution d'une décision de justice rendue par un autre Etat membre, l'absence de compatibilité avec son propre ordre juridique. La reconnaissance d'un tel principe n'implique-elle pas, au nom de l'intégration, une sorte de confiance mutuelle sur le fait que, malgré la diversité des systèmes juridiques nationaux les droits de l'homme sont également protégés ? En même temps ce principe de reconnaissance mutuelle connaît des limites que le droit de l'Union a lui-même définies, il est

³⁵ Cf. directive 95/48/CE du 24 octobre 1995

³⁶ Cf. directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 le même objectif dans le domaine des communications électroniques. Elle est souvent analysée comme conduisant à un renforcement significatif des droits fondamentaux : **elle a été en effet l'objet d'une procédure de codécision ce qui a permis au Parlement de multiplier les pressions en ce sens**. Visant la liberté des communications téléphoniques, elle protège ces communications des interceptions tout en aménageant des exceptions en vue de la protection de l'Ordre public et de la sécurité. Cependant les limitations au droit à la vie privée sont fixées avec un niveau de précision qui met en lumière les lacunes de la première directive de 1995 : les limitations doivent être nécessaires, appropriées, et proportionnées dans une société démocratique. Les motifs justifiant une limitation (sécurité nationale, défense et sécurité publique, prévention, détention, recherche et poursuite des infractions pénales) sont beaucoup plus précis Enfin les mesures de limitation ne peuvent être prises que pour une durée déterminée

³⁷ DE KERCHOVE (G), *Respect des droits fondamentaux, contrainte ou condition de réalisation de l'espace européen de liberté de sécurité et de justice*, in CANDELA SORIANO (dir), op. cit. pp.269-278 note 9

³⁸ Cf. . décision cadre 2002/5844/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen ; Cf. décision cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution des décisions de gels de bien ; Cf. décision cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005

vrai de manière imparfaite³⁹. Ce sont justement celles qui permettent au juge de l'exécution de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision de justice, si cette dernière « laisse à penser que des droits fondamentaux ont pu être violés »

De la même manière l' Union a travers la Commission a rapidement pris conscience de ce que un tel principe appelait une harmonisation minimale du droit pénal ce qui a conduit par exemple à proposer une décision cadre sur les garanties procédurales à accorder aux accusés dans le cadre du procès pénal. On perçoit bien à l'occasion de cet exemple particulier qu'il existe, au nom de l'intégration et de son approfondissement particulier (ici l'espace de liberté de sécurité et de justice) une sorte de couple obligé entre d'une part l'obligation de respecter les droits de l'homme et d'autre part leur définition et leur développement au niveau de l' Union. Ce couple obligé doit trouver sa voie entre les différents instruments que sont la reconnaissance mutuelle et l'harmonisation des législations⁴⁰

Une autre illustration de la contribution de l'espace de liberté de sécurité et de justice à la définition et au développement des droits de l'homme peut être trouvée dans la définition du principe de disponibilité selon lequel les données collectées par les services de police doivent être accessibles sans entraves à tous les services des Etats membres. Là encore l'affirmation d'un tel principe s'est accompagnée nécessairement d'une action de l'Union visant à se doter d'une législation harmonisée de protection des données personnelles visant à encadrer les échanges de données policières et judiciaires

S'il est par ailleurs difficile de considérer qu'il existe à ce jour une véritable politique externe de l'espace de liberté de sécurité et de justice, sans doute peut-on signaler certaines de ces prémisses qui peuvent également affecter la définition et le développement des droits de l'homme. On peut souligner à cet égard l'exemple de ces clauses de protection contre l'imposition de la peine de mort que l' Union tente de promouvoir dans les accords d'extradition et d'entraide judiciaire qu'elle conclue avec ses partenaires⁴¹

2/ dynamisation des droits fondamentaux et PESC

Outre l'exemple déjà évoquée de l'action de défense et de promotion des droits fondamentaux grâce aux dialogues politiques, la PESC a proposé de manière relativement récente un développement inédit d'une préoccupation « droit de l'homme » de son action extérieure de type politique. Il s'agit des domaines des sanctions « dites intelligentes »⁴² par lesquelles soit en application d'une résolution du Conseil de sécurité, soit de manière autonome, l'Union décide, plus particulièrement dans le cadre de sa lutte contre le terrorisme, de sanctions à l'égard de particuliers ou de groupes de personnes privées par exemple le gel de leurs avoirs financiers.

³⁹ Cf. DE KERCHOVE (G), op.cit. qui signale que l'exception d'exécution fondée sur la violation des droits fondamentaux est définie de manière choquante par les décisions cadre qui ne prévoient cette exception que pour la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires

⁴⁰ Comme n'ont pas manqué de le souligner les observateurs avertis la reconnaissance mutuelle et l'harmonisation ne sont pas alternatives puisqu'elles poursuivent des buts différents. L'harmonisation permet d'éviter les différences de législations dont les auteurs de délits et de crimes pourraient chercher à tirer profit. Elle ne saurait pour autant être entreprise à grande échelle sans remettre en cause le principe de subsidiarité. Quant au principe de la reconnaissance mutuelle s'il vise à faire coïncider les systèmes nationaux tout en préservant leurs différences, il ne saurait être instrumentalisé pour empêcher ou freiner l'harmonisation

⁴¹ Ce type de clause qualifiée parfois de lituanienne et que les Etats-Unis n'ont pas réussi à faire disparaître des deux accords qu'ils ont conclu avec l' UE le 25 juin 2003

⁴² Elles sont qualifiées comme telles pour les opposer aux sanctions étatiques dont la pratique a démontré les effets pervers et notamment les dommages causés aux populations innocentes des crimes reprochés à leurs gouvernements totalitaires

La question s'est assez rapidement posée du respect par l'Union des droits fondamentaux des personnes visées à l'occasion de telles mesures. Est ainsi né un contentieux devant la Cour d'autant plus inattendu⁴³ que le traité sur l'Union pose le principe de l'immunité juridictionnelle des actes pris dans le cadre de la PESC. Il est important ici de signaler qu'un domaine d'action comme la PESC qui avait été construit dans une ambiance générale d'immunité juridictionnelle se voit en quelque sorte « rattrapée » par les exigences tirées de l'obligation de respecter les droits de l'homme parmi lesquels on compte, les droits de la défense, la propriété privée, la liberté d'expression ou encore la liberté d'association. Il est important également de garder à l'esprit c'est que cette protection développée dans un premier temps par voie prétorienne s'est trouvée en quelque sorte constitutionnalisée. Le traité établissant la constitution comme le traité de Lisbonne ont en effet expressément introduit l'obligation mise à la charge de l'Union d'introduire dans ses actes comportant mesures restrictives les garanties juridiques nécessaires (article 315.3 TFUE). De même est –il posé de manière expresse (article 275 TFUE) que la Cour est compétente pour en contrôler la légalité

C/ « le couronnement » de la charte des droits fondamentaux

Point n'est besoin ici de souligner outre mesure combien la charte des droits fondamentaux constitue une étape essentielle de la définition et du développement des droits fondamentaux dans l'histoire quelque peu contrastée de ces derniers au sein de l'Union⁴⁴. Si elle n'a pas échappé à la querelle de la répartition des compétences elle participe néanmoins de cette montée en puissance de l'Union politique qui, aux yeux de certains appelait légitimement à une constitutionnalisation de son système. Or cette constitutionnalisation ne saurait faire l'économie d'une « déclaration des droits de l'homme » qui lui serait propre. Il ne saurait être question de prétendre à l'exhaustivité sur un tel texte qui a fait l'objet de très nombreuses études. On choisira donc de manière très subjective quelques uns des aspects qui touchent à la définition des droits que la charte protège. Cette définition témoigne d'une certaine modernité. En même temps la Charte est aussi significative d'une volonté de l'Union et de ses Etats membres de ne pas figer définitivement la protection des droits celle qu'elle propose

1/ la modernité de la définition des droits fondamentaux protégés par la charte

Elle résulte en premier lieu de la synthèse que la charte propose entre toutes les générations de droits de l'homme, qu'il s'agisse des droits civils et politiques, des droits économiques et sociaux et de certains de ces droits dits parfois de la troisième génération (droit à la protection de l'environnement, droits liés à l'évolution technologique telle que la bioéthique ou encore la protection des données personnelles); Il ya donc bien un souci d'embrasser l'ensemble d'une matière qui est celle des droits fondamentaux, ce souci de complétude s'accompagnant parfois d'une forme d'imprécision sur la catégorie comme n'a pas manqué de le souligner une certaine doctrine regrettant la présence du chapitre citoyenneté⁴⁵. En définitive et malgré les imperfections du « qui trop embrasse mal étreint » il s'agit d'un texte qui peut se réclamer de l'indivisibilité des droits de l'homme défendue par une certaine doctrine. On pense plus particulièrement à certaines contestations relatives à la mise à l'écart des droits économiques et sociaux résultant d'instruments spécifiques source de garanties amoindries

⁴³ Cf. la remarquable synthèse de ces affaires proposée par A.RIGAUX et D. SIMON in *Johannis-Andrae TOUSCOZ amicorum discipulorumque opus*, Nice, France Europe éditions, 2007, pp.779-804.

⁴⁴ C. SCHNEIDER, « Brèves réflexions sur la dialectique de l'ordre et du désordre pour une histoire des droits fondamentaux dans le système communautaire », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur du Professeur L. DUBOUIS*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 635-647; C. SCHNEIDER « de quelques nouvelles péripéties de la dialectique de l'ordre et du désordre dans le système communautaire de protection des droits fondamentaux : réflexions sur la charte des droits fondamentaux de l' Union européenne », in J. FERRAND ET H. PETIT (éd), *L'odyssée des droits de l'homme, vol.1, fondations et naissance des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2003 pp. 373-389) ; C. SCHNEIDER, « autres systèmes européens de protection », *Jurisclasseur Libertés*, fascicule 380, points 66 et suivants

La modernité résulte également de ce que nombre de droits garantis font l'objet d'une définition renouvelée et modernisée, le plus souvent pour tenir compte des interprétations dynamiques des jurisprudences ou des évolutions des traités communautaires ; L'exemple le plus significatif est sans doute celui du droit de se marier défini de manière à permettre si la législation nationale l'autorise le mariage homosexuel. On peut également à ce titre mentionner le principe de l'égalité homme femme qui est étendu à tous les domaines comme le prévoit expressément le Traité d' Amsterdam modifiant le traité de Rome.

Une autre source de modernité résulte de la distinction que la charte établit entre les droits et les principes. Il s'agit du compromis trouvé par la Convention à l'initiative du représentant du Gouvernement français monsieur Guy Braibant pour sortir d'une impasse dans laquelle elle risquait de s'engluer. Sous la pression des allemands et des britanniques qui contestaient, pour des raisons fort différentes⁴⁶, l'introduction dans la charte de certains droits sociaux soupçonnés de non justiciabilité. La Convention n'a pas pu échapper aux débats récurrents sur la justiciabilité de ces droits mais elle a pu les surmonter par le recours aux principes qu'elle distingue des droits. Les principes appellent pour leur mise en œuvre et donc leur justiciabilité des textes d'application des Etats. Ils sont donc censés éloigner le spectre de ces droits créances imposant aux Etats des charges financières insupportables. Pour reprendre la formule de monsieur BRAIBANT, les principes sont moins qu'un droit classique car ils nécessitent des textes intermédiaires pour être justiciables, mais ils sont plus qu'un objectif politique dans la mesure où ils bénéficient d'une « justiciabilité normative » selon lequel "le droit a" impliqué par le principe trouverait sa sanction dans l'interdiction fait aux pouvoirs publics (nationaux pour le droit interne, communautaire pour l'Union) de porter atteinte à l'occasion de leur activité normative aux principes concernés. Grâce à ce compromis le contenu des droits sociaux garantis par la charte apparaît comme très substantiel⁴⁷ même s'il ne saurait être surestimé⁴⁸.

Certes la modernité de la Charte reste –elle relative dans la mesure où en principe la charte ne crée pas de nouveaux droits⁴⁹ et relèverait d'une seule codification de lege lata. Simplement se doit –on de souligner l'existence d'une ligne grise entre l'exercice visant codifier des droits déjà existant et celui sans doute plus proche de la codification de lege férenda consistant à les réécrire en fonction de nombre de sources d'inspiration (jurisprudences, textes internationaux divers, traditions constitutionnelles des Etats membres)

2/ le maintien de l'ouverture au développement progressif des droits de 'homme
Il serait erronée de croire que l'adoption de la charte des droits fondamentaux constituera,

⁴⁶ en effet pour la doctrine allemande ne relève du concept de droit que le droit subjectif justiciable, alors que pour le juriste britannique il n'existerait pas "de droit sans remède c'est-à-dire sans recours" effectif. On sait par ailleurs que la Grande Bretagne était particulièrement hostile à l'idée que la charte puisse contribuer à développer et renforcer les droits sociaux.

⁴⁷ Cf. les exemples cités par PRIOLLAUD (F.X) et SIRITZKY (D) op. cit :droit à l'information et la consultation des travailleurs ; droit de négociation ; droit de grève ; droit d'accès aux services de placement ; protection en cas de licenciement non justifié ; droit à des conditions de travail justes et équitable ;accès aux services d'intérêt général

⁴⁸ Cf. JACQUE (J.P.) op cit. « en matière de droits sociaux, la charte fait presque toujours suivre l'énoncé du droit garanti d'un renvoi à la législation nationale. Lorsqu'elle ne le fait pas c'est parce que ce droit fait déjà l'objet de règles communautaires. Dans cette dernière hypothèse, c'est la règle communautaire et non pas la charte qui constitue la source de l'obligation de l'Etat qui sont dans leur action de mise en œuvre de ce droit fondamental réglementé par le droit communautaire obligés de le respecter »

⁴⁹ Cette affirmation qui mériterait encore d'être discutée peut être déduite de nombre de facteurs : on retiendra plus particulièrement le texte du mandat conféré à la Convention chargée d'élaborer la convention ou encore le préambule du protocole additionnel sur l'application de la charte à la Pologne et au Royaume Uni qui rappellent que la charte ne crée pas de nouveaux droits

après son accession au droit positif du fait de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'unique source de référence pour la protection des droits fondamentaux dans l'Union. Certes elle acquerra statut de droit primaire mais elle n'entraînera pas pour autant la disparition des autres sources de droits fondamentaux propre à l'ordre juridique communautaire comme le confirme l'article 6 TUE du traité de Lisbonne. Ce dernier renvoie en effet, par la médiation à travers les principes généraux du droit, certes à la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi aux traditions constitutionnelles des Etats membres. Au-delà de l'interrogation sur la manière dont la multiplicité des sources affectera la manière dont chacune sera amenée à jouer, on ne saurait ignorer leurs forces évolutives respectives. Au-delà de l'usage interprétatif des PGD, c'est sans doute leur vocation à dynamiser le développement de lege férenda des Droits de l'homme qui est intéressante. Ainsi les traditions des Etats membres ne sont pas figées et tant les textes de leurs constitutions que leurs jurisprudences constitutionnelles ont vocation à évoluer. Ainsi au-delà de la future dynamique d'interprétation propre à la charte, les droits fondamentaux dans l' Union pourront-ils s'abreuver à celle des principes généraux du droit communautaire et des traditions constitutionnelles des Etats. Les uns et les autres pourront en effet soit consacrer de nouveaux droits soit donner une extension nouvelle à des droits existants.