

Le traité de Lisbonne : un pas supplémentaire dans le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux

Emmanuelle BRIBOSIA

1. Introduction

En un demi-siècle, le système de protection des droits fondamentaux dans la Communauté et l'Union européennes a fait l'objet d'une importante évolution. D'un quasi-désintérêt du traité de Rome de 1957 pour les droits de l'homme, on est passé par une construction jurisprudentielle de la Cour de justice garantissant le respect des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, pour finalement aboutir à l'adoption, par l'Union, en 2000, de son propre catalogue, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe pouvait être considéré à cet égard comme le point culminant de ce processus de constitutionnalisation progressive des droits fondamentaux. En effet, il venait combler la plupart des lacunes structurelles du système de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne (UE) et le rapprochait des modèles étatiques. La charte était intégrée dans le corps du traité, ce qui avait pour effet de lui conférer un statut juridiquement contraignant et de la placer au sommet de la hiérarchie des normes. La possibilité d'un contrôle du respect des droits fondamentaux par un organe extérieur à l'UE était créée par l'insertion d'une base juridique claire dans le traité en vue de l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Enfin, l'Union de droit était renforcée par les améliorations apportées à l'accès au juge européen en vue de garantir le respect des droits fondamentaux tant dans les anciens domaines communautaires que dans les matières couvertes par l'espace de liberté, sécurité et justice où les lacunes sont les plus graves.

L'échec du processus de ratification de ce traité posait la question du sort qui allait être réservé à ces importantes réformes. Il s'avère que la thématique des droits fondamentaux a occupé une place assez faible dans les débats qui ont eu cours pendant

la période de réflexion. Elle est ainsi quasiment absente des propositions de relance plutôt axées soit sur le volet strictement institutionnel soit sur des projets concrets fondés sur certaines politiques. Si un tel effacement peut s'expliquer partiellement par le caractère finalement relativement consensuel de ces réformes, il n'en reste pas moins que l'absence de mobilisation de la thématique des droits fondamentaux, et de la charte en particulier, apparaît paradoxale, alors qu'elle a traditionnellement été présentée comme un instrument de rapprochement de l'Europe du citoyen et de consolidation de l'identité européenne ¹.

Toujours est-il que les acquis du traité constitutionnel en matière de protection des droits fondamentaux ont globalement été repris dans le traité de Lisbonne. Il comprend des avancées, d'une part, au plan des garanties matérielles (2) et, d'autre part, au plan des mécanismes internes et externes de contrôle de ces droits (3), moyennant néanmoins certains reculs symboliques et la persistance de certaines imperfections.

2. Les garanties matérielles des droits fondamentaux : la clarification du statut de la charte

A l'instar du traité constitutionnel, le traité de Lisbonne aura pour effet, s'il entre en vigueur, de conférer un statut juridiquement contraignant à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Si la différence de méthode choisie ne devrait pas avoir d'impact autre que symbolique (A), il en va différemment des *opts out* conférés au Royaume-Uni et à la Pologne dont il importe de mesurer les conséquences (B).

A. Consécration du caractère juridiquement contraignant de la charte

Le traité de Lisbonne clarifie définitivement le statut juridique de la charte des droits fondamentaux adoptée initialement en décembre 2000. Pour rappel, ce catalogue de droits et libertés, élaboré par une première Convention présidée par Philippe Herzog, avait été proclamé solennellement par le Conseil, la Commission et le Parlement européen, parallèlement à la signature du traité de Nice. Faute d'accord, la question de son statut avait volontairement été reportée par les Etats membres et figurait parmi les principaux points à discuter en matière de droits fondamentaux par la Convention sur l'avenir de l'Union européenne. Dans cette enceinte, un consensus s'est assez vite dégagé, parmi les conventionnels, pour conférer un statut juridiquement contraignant à la charte, en l'insérant *in extenso* dans la deuxième partie du traité constitutionnel. Des réticences furent alors exprimées par le Royaume-Uni principalement, qui monnaya son accord par l'exigence de nombreuses garanties, insérées dans les dispositions finales, destinées essentiellement, d'une part, à éviter que la charte n'aboutisse à une extension insidieuse des compétences de l'Union européenne au détriment de celles des Etats membres et, d'autre part, à encadrer au maximum l'impact potentiel de la charte dans le domaine des droits sociaux, réunis dans son titre IV intitulé « solidarité ».

¹ Communication de la Commission sur la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 13 septembre 2000, COM (2000) 559 final, CHARTE 4477/00, CONTRIB 328, point 8. Voy. aussi H.G. PÖTTERING, « La charte des droits fondamentaux : un jalon sur la voie de l'unification européenne », carte blanche publiée dans *Le Soir*, 27 décembre 2007.

Cette solution retenue pour la charte a partiellement fait les frais de l'échec du processus de ratification du traité constitutionnel et de la nécessité d'abandonner les attributs constitutionnels afin d'obtenir un consensus entre Etats membres lors de la nouvelle conférence intergouvernementale. Ainsi, en vertu du traité de Lisbonne, la charte n'est plus intégrée en tant que telle dans le texte des traités mais se voit néanmoins conférer la même valeur juridique que le droit primaire par une référence insérée au paragraphe premier de l'article 6 du traité sur l'Union européenne (1). Cette référence à la charte est accompagnée de nombre de garde-fous destinés à éviter tout impact de cette dernière sur la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres (2).

1. La différence est somme toute plus symbolique que juridique ². La charte se voit conférer le statut de droit primaire et est, par conséquent, placée au sommet de la hiérarchie des normes. Cela a pour effet que les droits, libertés et principes qui y sont énoncés doivent non seulement être respectés par les institutions et organes de l'Union mais également par les Etats membres, lorsqu'ils agissent dans le champ d'application de l'Union. Cette dernière précision est importante et n'est pas toujours bien comprise. Cela signifie qu'il ne sera pas question d'invoquer les droits de la charte pour s'opposer à des législations nationales adoptées dans des domaines ne présentant pas de lien avec le droit de l'Union. Ainsi, par exemple, la loi polonaise dite de « lustration », qui avait pour but de réaliser une forme de « chasse aux sorcières » parmi les académiques, fonctionnaires et journalistes polonais présentant des liens avec les services de sécurité sous le régime communiste, n'aurait *a priori* pas pu être critiquée pour sa non-conformité à la charte car elle ne présentait, apparemment, pas de lien avec le champ d'application du droit de l'Union. Finalement, elle a été annulée par la Cour constitutionnelle polonaise elle-même. Les citoyens peuvent invoquer les droits de la charte à l'appui de recours juridictionnels devant les juridictions nationales ou de l'Union pour se plaindre de la violation de la charte par une directive ou un règlement européen ou encore par un Etat membre qui met en œuvre l'un de ces instruments. Toutefois, l'effet potentiellement « révolutionnaire » de cette réforme doit être nuancé. D'abord, il faut rappeler que la Cour de justice assure, depuis les années soixante-dix, une protection des droits fondamentaux au titre des principes généraux du droit, ce qui rend la lacune liée au caractère non contraignant de la charte moins sensible. Ensuite, avant même que son statut contraignant ne soit consacré, la charte a produit de nombreux effets juridiques. Ainsi, la Commission européenne l'a d'emblée utilisée afin de mesurer systématiquement la conformité de ses propositions législatives avec les droits fondamentaux. Le Parlement européen, dans son rôle de co-législateur, vérifie également la conformité des propositions législatives à la charte (article 34 de son règlement intérieur). Il n'a d'ailleurs pas hésité à tenter un recours

² La charte à laquelle il est fait référence à l'article 6, par. 1, du traité sur l'Union européenne (TUE) a été une nouvelle fois solennellement proclamée et signée par les présidents de la Commission européenne, du Parlement et du Conseil, le 12 décembre 2007. Elle est publiée dans cette version légèrement amendée dans la série « C » du *Journal officiel de l'UE* (JO, n° C 303/1, 14 décembre 2007) et remplacera la version de 2000, une fois que le traité de Lisbonne sera en vigueur.

en annulation à l'encontre de la directive 2003/86/CE « regroupement familial » au motif que certaines de ses dispositions ne respectaient pas le droit de toute personne au respect de sa vie familiale (article 7 de la charte) et l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge (article 21 de la charte). Si la Cour de justice a rejeté le recours, dans un arrêt du 27 juin 2006, elle y a également effectué sa première référence expresse à la charte dans les motifs de son jugement ³. Elle avait été précédée dans cette voie par le Tribunal de première instance, par la Cour européenne des droits de l'homme et par plusieurs juridictions nationales.

Une sécurité juridique accrue devrait néanmoins résulter de la clarification du caractère juridiquement contraignant de la charte. De surcroît, le statut de « droit fondamental », consacré de manière indubitable par l'insertion dans la charte de droits auparavant uniquement repris dans le droit primaire ou dérivé, est susceptible d'avoir une influence sur l'interprétation qui leur sera donnée, notamment en cas de conflit entre les grandes libertés économiques reconnues par les traités et certains droits fondamentaux protégés par un Etat membre. La Cour de justice a déjà reconnu à plusieurs reprises que la protection des droits fondamentaux constitue « un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises » ⁴. Il n'en demeure pas moins que la mesure autrichienne destinée à protéger, par exemple, la liberté de manifestation et d'expression, dans l'affaire *Schmidberger*, n'a été considérée comme conforme au droit communautaire qu'après avoir été soumise à un examen de proportionnalité assez exigeant. Et, plus récemment, dans l'affaire *Laval*, en présence d'un conflit entre la libre prestation des services et les règles relatives aux travailleurs détachés, d'une part, et le droit fondamental de mener une action collective (blocus engagé par une organisation syndicale suédoise visant à garantir aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de service transnationale, des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain niveau), de l'autre, la Cour de justice a fait prévaloir la première au motif que l'entrave engendrée par une telle action collective n'était pas justifiée au regard de l'objectif de protection des travailleurs ⁵. Cet arrêt a fait grand bruit en Suède : présenté comme une douche froide pour les syndicats, venant sonner le glas du modèle suédois ⁶, il illustre le fait que la protection d'un droit fondamental reste considérée, dans un tel contexte, comme une exception aux grandes libertés consacrées

³ CJ, 27 juin 2006, aff. C-540/03, *Parlement c. Conseil*, par. 38. Plus récemment, la Cour de justice s'est référée à l'article 28 de la charte des droits fondamentaux, pour affirmer que le droit de mener une action collective doit être reconnu – moyennant des limites – en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit CE (CJ, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*, par. 91).

⁴ CJ, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*, par. 74. Voir aussi, CJ, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega*, par. 35.

⁵ Arrêt *Laval* précité. Voy. aussi CJ, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP OÜ Viking Line Eesti*.

⁶ O. TRUC, « L'arrêt de la Cour entaille le droit du travail suédois », *Le Monde*, 20 décembre 2007.

par les traités. Peut-être le nouveau statut de la charte sera-t-il de nature à rééquilibrer les deux plateaux de la balance (droits fondamentaux – libertés économiques) ⁷ ?

2. Comme le traité constitutionnel mais en amplifiant encore cette tendance, le traité de Lisbonne encadre la référence à la charte de garde-fous, largement redondants, afin d'éviter qu'elle n'engendre une extension des compétences de l'Union. Une telle limite avait déjà été formulée à l'article 51 de la charte, tel qu'adopté en 2000, et accentuée dans la version de 2004 insérée dans le traité constitutionnel qui prévoit que « (...) la présente charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les autres parties de la Constitution ». Elle est répétée dans le traité de Lisbonne, à l'article 6, par. 1, al. 2, et dans plusieurs déclarations y annexées ⁸. Ces répétitions, peu heureuses sur le plan légistique, soulignent le caractère particulièrement sensible de la question. Certains Etats craignaient, en effet, que la consécration de droits sociaux, comme le droit de grève ou le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale, ne serve de prétexte à l'Union pour s'immiscer dans de nouveaux domaines de compétences encore réservés aux Etats membres. Si ces diverses limites ne feront pas d'office obstacle à toute évolution des compétences ou du champ d'application du droit de l'Union, elles sont à tout le moins susceptibles d'inciter les institutions de l'Union à la prudence dans ce domaine. Ainsi, la Commission devra veiller à ne présenter des initiatives législatives en matière de droits fondamentaux que quand le lien avec les compétences de l'Union pourra être établi sans discussion. La Cour de justice, quant à elle, ne devrait pas faire preuve de beaucoup d'audace lorsqu'elle sera amenée à appliquer les droits fondamentaux de la charte à des situations nationales dont le lien avec le champ d'application du droit de l'Union est fort ténu. Pour rappel, la Cour avait déjà adopté une attitude prudente en refusant de se prononcer sur la légalité, au regard des droits fondamentaux, de la détention d'un citoyen autrichien dans une prison autrichienne, à l'occasion d'une question préjudicielle qui lui avait été adressée dans une affaire pénale. Dans ce cas, alors que Monsieur Kremzow avait été condamné pour meurtre, il prétendait que sa situation entraînait dans le champ d'application du droit communautaire dans la mesure où sa privation de liberté l'empêchait d'exercer sa liberté de circulation en tant que citoyen de l'Union ⁹.

B. Opts out du Royaume-Uni et de la Pologne : vers une géométrie variable dans le domaine des droits fondamentaux ?

Outre la disparition de la charte du texte même des traités, la nouvelle négociation entamée au Conseil européen de Bruxelles de juin 2007 et clôturée dans le cadre de la

⁷ Cela n'apparaît toutefois pas évident dans la mesure où la Cour de justice a déjà fait référence à l'article 28 de la charte dans ces deux arrêts pour insister sur le fait que le droit de mener des actions collectives peut être soumis à certaines restrictions et qu'il doit être protégé conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales (arrêt *Laval*, précité, par. 91 ; arrêt *International Transport Workers Federation...*, précité, par. 44).

⁸ Voir déclaration n° 1 sur la charte des droits fondamentaux, déclaration n° 53 de la République tchèque sur la charte des droits fondamentaux.

⁹ CJ, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Friedrich Kremzow c. Republik Österreich*.

conférence intergouvernementale a débouché sur une marche arrière de deux Etats – le Royaume-Uni et la Pologne – exigeant une forme d'*opt out* par rapport à l'application de la charte des droits fondamentaux. Ils ont obtenu un protocole – juridiquement contraignant – qui a pour but de préciser et surtout de limiter l'impact potentiel de la charte dans leur droit interne. L'explication politique de ce protocole réside dans la volonté des Premiers ministres de chacun de ces Etats de ramener une forme de trophée destiné à rassurer un pan de leur opinion publique quant au fait que la charte ne mettra pas en cause leurs législations nationales dans des domaines sensibles. Ainsi, pour la Pologne, les craintes étaient liées à une mise en cause de certaines lois ayant trait à la moralité publique ou au droit de la famille¹⁰. Le spectre de se voir imposer par l'Europe la reconnaissance du mariage homosexuel – qui n'est pourtant pas reconnu comme tel par la charte – a été déterminant à cet égard. Pour le Royaume-Uni, les réticences se situent au plan des droits sociaux. A cet égard, le deuxième paragraphe de l'article 1^{er} du protocole est particulièrement explicite puisqu'il souligne, dans un langage surprenant pour un texte juridique, que « pour dissiper tout doute, rien dans le titre IV de la charte [droits de solidarité] ne crée des droits justiciables applicables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale »¹¹.

Pour mesurer l'impact juridique d'un tel protocole, il importe de rappeler deux éléments. Premièrement, la charte, élaborée en 2000, était destinée à « rendre visible l'invisible », selon l'expression de Jean-Paul Jacqué. En d'autres mots, il s'agit d'une codification de l'acquis en matière de droits fondamentaux, ce qui est rappelé dans le préambule qui souligne que la charte « réaffirme¹² (...) les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la CEDH, des chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme »¹³. Deuxièmement, le traité de Lisbonne confirme, et ne rend par conséquent nullement obsolète, la jurisprudence de la Cour de justice qui assure la protection des droits fondamentaux, tels que garantis par la CEDH et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres en tant que principes généraux

¹⁰ Voir déclaration n° 61 de la République de Pologne sur la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, annexée à l'acte final de la Conférence intergouvernementale.

¹¹ C'est nous qui soulignons. Même si la Pologne est mentionnée également dans ce paragraphe, il est clair qu'il a été taillé sur mesure pour le Royaume-Uni. C'est d'ailleurs confirmé par la déclaration n° 62 de la Pologne relative au protocole sur l'application de la charte des droits fondamentaux à la Pologne et au Royaume-Uni.

¹² C'est nous qui soulignons.

¹³ De manière particulièrement redondante, cela est également souligné dans la déclaration n° 1 sur la charte des droits fondamentaux annexée au traité de Lisbonne qui précise que « [l]a charte des droits fondamentaux, juridiquement contraignante, confirme les droits fondamentaux garantis par la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » (c'est nous qui soulignons).

(nouvel article 6, par. 3, TUE). Le protocole précise que la charte n'étend ni la faculté de la Cour de justice ni celle des juridictions nationales d'estimer une norme ou pratique nationale incompatible avec les droits, libertés et principes qui y sont consacrés. Pour ce qui est de la Cour de justice d'abord, il faut rappeler que, techniquement, elle n'est pas directement compétente pour déclarer une norme nationale incompatible avec les droits fondamentaux. Lorsqu'elle est interrogée, à titre préjudiciel, par une juridiction nationale, elle se prononce sur l'interprétation à donner du droit de l'UE, en ce compris les droits fondamentaux et, en principe, il appartient au juge national lui-même d'appliquer la norme européenne interprétée à la situation nationale et, le cas échéant, d'écarter la norme nationale incompatible. Le protocole devrait avoir, à l'égard de la juridiction de l'Union, pour principal effet qu'elle continuera de raisonner sur la base des droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit, comme l'article 6, par. 3, TUE l'y autorise, et qu'elle n'appuiera ses conclusions par des références à la charte qu'en tant qu'elle réaffirme ces droits. Dans cette optique, le protocole ne devrait pas empêcher la Cour de justice de se prononcer sur des recours en manquement intentés par la Commission à l'encontre du Royaume-Uni ou de la Pologne pour violation d'un droit fondamental consacré par la charte à condition que ce droit soit également rattaché aux principes généraux du droit de l'Union. Pour ce qui est des juridictions nationales du Royaume-Uni et de la Pologne cette fois, en théorie, elles devront également continuer à appliquer les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit de l'Union et pourront même se référer à la charte dans la mesure où elle les codifie. Toutefois, ce que l'on peut craindre c'est qu'en pratique, le protocole dissuade les juges polonais et britanniques d'adresser à la Cour de justice des questions préjudicielles portant sur une interprétation de la charte ¹⁴. Au plan des principes, la géométrie variable qui semble résulter de ce protocole est particulièrement regrettable. Elle s'inscrit en porte-à-faux par rapport au principe d'universalité des droits de l'homme. Au vu du faible impact juridique réel qu'il devrait avoir, l'on peut probablement s'attendre à ce qu'il ne s'agisse que d'une situation provisoire, à l'instar du protocole social adjoint au traité de Maastricht auquel le Royaume-Uni avait refusé de participer et qui a été intégré, avec le traité d'Amsterdam, dans le traité CE, moyennant le ralliement du Royaume-Uni à son contenu.

3. Les mécanismes internes et externes de contrôle des droits fondamentaux

Les progrès dans la protection des droits fondamentaux seraient probablement appelés à rester limités si l'adoption de la charte ne s'accompagnait pas d'une amélioration des voies de droit permettant de garantir effectivement le respect des droits et libertés qui y sont reconnus. Comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme, « l'effectivité des garanties matérielles des droits de l'homme dépend des mécanismes de contrôle mis en place pour assurer leur respect » ¹⁵. Le traité de Lisbonne engendre des améliorations tant au plan des mécanismes juridictionnels

¹⁴ Dans un article paru dans *Le Monde*, le 11 décembre 2007, « La charte des droits fondamentaux de l'UE proclamée à nouveau », O. De Schutter se prononçait en ce sens.

¹⁵ Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*.

internes à l'Union (A) qu'en ce qui concerne l'instauration d'un contrôle externe des droits fondamentaux (B).

A. Amélioration des mécanismes internes à l'Union de protection juridictionnelle des droits fondamentaux

Du point de vue des exigences d'une protection juridictionnelle effective (article 47 de la charte), plusieurs lacunes sont habituellement dénoncées dans le système juridictionnel de l'UE, qu'il s'agisse de l'accès restrictif des particuliers à la Cour de justice dans le cadre du contrôle de légalité d'actes normatifs qui violeraient leurs droits fondamentaux¹⁶ ou des restrictions plus importantes qui existent dans les matières ayant trait à l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹⁷ ou à la politique étrangère et de sécurité commune (article 46 UE).

Preuve en sont notamment les difficultés auxquelles se sont heurtés des particuliers ou groupements pour contester leur inscription sur des listes de présumés terroristes aux fins de procéder au gel de leurs avoirs ou de renforcer la coopération judiciaire et policière les concernant. En effet, certains des actes adoptés par l'Union, afin de mettre en œuvre au plan européen la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations unies visant à lutter contre le terrorisme en général et son financement en particulier, ont pris la forme de positions communes adoptées dans le cadre du deuxième pilier (politique étrangère et de sécurité commune) et du troisième pilier (coopération judiciaire et policière en matière pénale)¹⁸. Or ni la Cour de justice ni le Tribunal de première instance ne sont actuellement compétents pour vérifier la légalité de tels actes (soit dans le cadre du recours en annulation soit dans celui d'une question préjudicielle en appréciation de validité), ce qui laisse le plus souvent les personnes ou groupements visés sans protection juridictionnelle effective à cet égard¹⁹.

¹⁶ Conditions restrictives de recevabilité du recours en annulation fixées à l'article 230, par. 4, CE.

¹⁷ Voy. article 68 CE en ce qui concerne le titre IV du traité CE « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » et article 35 UE en ce qui concerne le titre VI du traité UE « Coopération policière et judiciaire en matière pénale ».

¹⁸ Voy. notamment : position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme, *JO*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 90 et s. ; position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, *ibid.*, p. 93 et s.

¹⁹ TPI, 12 décembre 2006, aff. T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil de l'Union européenne*, par. 45-60 ; 21 septembre 2005, aff. T-315/01, *Kadi c. Conseil et Commission* ; 21 septembre 2005, aff. T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne*. Ces affaires font l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice (aff. C-402/05 P et C-415/05 P). Il est néanmoins important de souligner que la Cour de justice semble avoir ouvert la voie vers plus de souplesse dans l'interprétation des limites à sa compétence dans le domaine du troisième pilier. Elle a ainsi affirmé qu'« une position commune qui aurait, du fait de son contenu, une portée qui dépasse celle assignée par le traité UE à ce type d'acte [absence d'effet juridique vis-à-vis des tiers] doit pouvoir être soumise au contrôle de la Cour » (CJ, 27 février 2007, aff. C-354/04, *Gestoras pro Amnistia c. Conseil*, par. 54-55).

Le traité de Lisbonne, à l'instar du traité établissant une Constitution pour l'Europe, vient globalement combler ces brèches dans une Union de droit digne de ce nom. Les améliorations qui en résultent sont principalement de deux ordres. D'une part, il facilite l'accès des particuliers au juge de l'Union, tous domaines confondus, pour le contrôle de légalité – et entre autres de conformité aux droits fondamentaux – des actes européens (1). D'autre part, la suppression des piliers aboutit à l'alignement du contrôle juridictionnel dans les matières liées à l'espace de liberté, de sécurité et de justice sur les anciennes modalités « communautaires » plus étendues de contrôle juridictionnel (2).

1. Sans revenir, dans ce cadre, sur les controverses relatives à la nécessité ou non de modifier les conditions d'accès des particuliers au contrôle de légalité des actes communautaires, il suffit ici de souligner que le traité de Lisbonne consacre une position de compromis entre deux tendances. D'une part, les conditions de recevabilité des particuliers pour l'introduction d'un recours en annulation contre un acte de portée générale sont assouplies mais uniquement en ce qui concerne les actes réglementaires qui ne comportent pas de mesures d'exécution au plan national ²⁰. De l'autre, conformément au principe de subsidiarité et à la décentralisation de la protection juridictionnelle, l'accent est mis parallèlement sur l'obligation des Etats membres de contribuer à l'élaboration d'un système complet de voies de recours en établissant « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union » ²¹. Le caractère novateur de cette disposition doit néanmoins être relativisé dans la mesure où il ne constitue qu'une forme d'explicitation du principe général de coopération loyale figurant à l'article 10 CE dans sa version actuelle et une codification de la jurisprudence de la Cour de justice ²².

Ces réformes combler les lacunes principalement décriées en matière de recours direct devant les juridictions de l'Union. Toutefois, cela ne résout apparemment en rien les problèmes liés à l'absence de possibilité pour les particuliers d'agir en annulation contre les directives, en cas de violation alléguée d'un droit fondamental. Ainsi, par exemple, face à une directive adoptée en matière d'asile qui violerait, par hypothèse, le droit de chacun de vivre en famille, les individus seront toujours contraints d'agir à l'encontre des mesures de transposition sans avoir directement de prise sur la directive elle-même. Il est aisé de se représenter que, dans certains cas, ces contraintes procédurales risquent d'engendrer des lourdeurs excessives obligeant, le cas échéant, à introduire une procédure dans chaque Etat membre (soit vingt-sept) afin de s'assurer que la directive prétendument contraire à un droit fondamental ne sorte pas ses effets sur le territoire de l'Union. Pour ce qui est de l'obligation des

²⁰ L'article 263, par. 4, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) est désormais libellé comme suit : « [t]oute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

²¹ Article 19, par. 1, al. 2, TUE.

²² CJ, 25 juillet 2002, aff. C-50/00 P, *Union des Pequeños Agricultores*, par. 41 et 42. Voir aussi, CJ, 13 mars 2007, aff. C-432/05, *Unibet*, par. 40-42.

Etats membres de prévoir les voies de recours appropriées afin de contribuer à une protection juridictionnelle effective, comme le suggère Olivier De Schutter, la mise en œuvre pourrait en être favorisée par une étude comparative mettant en lumière tant les bonnes pratiques que les lacunes persistantes (De Schutter 2007).

2. La suppression partielle de la structure en piliers et la fusion de l'ancien titre IV du traité CE (Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes) et du titre VI du traité UE (coopération policière et judiciaire en matière pénale) dans un nouveau titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne intitulé « Espace de liberté, de sécurité et de justice » (articles 67 à 89 TFUE) a notamment pour conséquence l'application de l'ensemble des recours juridictionnels valables en droit communautaire à ces domaines ²³. La seule exception qui subsiste réside, pour le domaine pénal, dans l'absence de compétence de la Cour « pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ou pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » (article 276 TFUE).

La valeur ajoutée en matière de protection juridictionnelle est énorme dans ces domaines particulièrement sensibles pour les droits fondamentaux. Toutes les juridictions (et pas uniquement celles statuant en dernier ressort) ²⁴ de tous les Etats membres ²⁵ (et plus seulement de ceux ayant accepté formellement la juridiction de la Cour) ²⁶ seront autorisées à interroger la Cour de justice, à titre préjudiciel, sur l'interprétation à donner aux droits fondamentaux de la charte ou à ceux reconnus en tant que principes généraux du droit. Elles pourront également demander à la Cour de se prononcer, par exemple, sur la validité au regard du principe de la légalité des délits et des peines (article 49 de la charte), d'une directive procédant au rapprochement des

²³ Cela risque notamment d'engendrer une augmentation importante des renvois préjudiciels dans le cadre des procédures pénales nationales. Afin de protéger les justiciables en état de détention, l'article 234 TFUE dispose que si une question préjudicielle « est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour de justice statue dans les plus brefs délais ». A cet égard, des réflexions relatives à l'instauration d'une procédure préjudicielle d'urgence dans le domaine de l'espace de liberté, de sécurité et de justice sont en cours au sein de la CJ.

²⁴ En matière d'asile et d'immigration notamment (titre IV CE), seules les juridictions statuant en dernier ressort sont actuellement autorisées à adresser des questions préjudicielles à la Cour de justice (article 68 CE).

²⁵ Il faut néanmoins garder à l'esprit qu'en ce qui concerne certains aspects de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, ces avancées doivent être nuancées par les « *opts out* » de nature diverse dont bénéficient trois Etats : le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande. Sans pouvoir entrer dans le détail de ces systèmes complexes, il semble toutefois qu'à l'issue de la période transitoire de cinq ans, seul le Danemark pourrait encore se voir appliquer certains instruments de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, sans pour autant être astreint au contrôle de la Cour de justice (voy. la contribution de S. DE BIOLLEY et A. WEYEMBERGH à cet ouvrage).

²⁶ Pour rappel, dans le système actuel, la Cour n'est compétente pour statuer à titre préjudiciel dans le domaine pénal (troisième pilier) qu'à la demande des juridictions des seize Etats membres sur vingt-sept qui ont expressément reconnu sa compétence (article 35, par. 2 et 3, UE).

législations dans le domaine de la définition de certaines infractions pénales. En ce qui concerne plus spécifiquement l'espace pénal européen, les recours en annulation, carence et indemnité seront ouverts dans les mêmes conditions que celles prévalant pour les autres domaines d'activité de l'Union (anciennement de la Communauté) ²⁷. La Commission pourra quant à elle agir en manquement à l'encontre d'un Etat membre qui, par exemple, violerait certains droits fondamentaux de la charte dans la transposition qu'il donne à une directive en matière pénale.

En revanche, à l'instar du traité constitutionnel, le traité de Lisbonne exclut globalement la compétence de la Cour de justice dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Il est toutefois prévu une double exception à cet égard : la Cour est compétente, d'une part, pour vérifier si la mise en œuvre de la PESC n'affecte pas les autres compétences de l'Union et vice-versa (article 40 TUE) et, de l'autre, pour contrôler, à l'initiative de particuliers, la légalité des décisions européennes prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, adoptées par le Conseil dans le cadre de la PESC (article 275 TFUE). Cette dernière exception, qui s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence récente de la Cour de justice ²⁸, présente une importance évidente en matière de protection des droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, un contrôle juridictionnel de conformité aux droits de la défense ou à l'obligation de motivation pourra, sans conteste, être exercé à l'égard des mesures adoptées dans le domaine de la PESC qui affectent directement et individuellement certains particuliers, comme par exemple le gel des fonds appartenant à des personnes qui auraient des liens avec des organisations terroristes.

B. Engagement concret sur la voie d'un mécanisme de contrôle externe des droits fondamentaux

Le traité de Lisbonne reprend, cette fois quasiment sans modification, l'apport du traité constitutionnel relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. Une base de compétence expresse est insérée à l'article 6, par. 2, du traité sur l'Union européenne, en vertu duquel il est prévu que « l'Union adhère à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». En outre, si besoin était, la personnalité juridique est reconnue expressément à l'Union européenne. Toutefois, l'accord portant adhésion de l'Union à la CEDH doit être adopté par le Conseil à l'unanimité, moyennant approbation du Parlement européen. Cette décision n'entrera en vigueur qu'après son approbation par les Etats membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (article 218 TFUE). De telles exigences qui ne figuraient pas dans le traité constitutionnel et s'écartent à un double titre de la procédure classique de conclusion des accords internationaux par le Conseil, sont de nature à engendrer des risques accrus de blocages dans le processus de concrétisation de l'adhésion. Cela peut être considéré comme un recul d'autant plus étonnant qu'il s'inscrit en porte-à-faux par rapport à la volonté politique exprimée à

²⁷ Pour les critiques qui subsistent à l'égard de l'accès restrictif des particuliers au recours en annulation, voy. *supra*.

²⁸ Arrêt *Gestoras pro Amnistia c. Conseil*, précité, par. 54-55.

plusieurs reprises par les Etats de l'Union dans le cadre du Conseil de l'Europe ²⁹. D'un autre côté, il faut relativiser ces obstacles en gardant à l'esprit que, de toute façon, la formalisation de l'adhésion requerra, outre l'entrée en vigueur du protocole n° 14 à la CEDH qui attend toujours la ratification de la Russie ³⁰, un autre protocole ou traité d'adhésion. Ce dernier aura pour objet de préciser les modalités de l'adhésion et devra faire l'objet d'un processus de ratification par l'ensemble des quarante-sept Etats parties à la CEDH. Le traité de Lisbonne fournit dès lors les bases juridiques nécessaires en vue de faire aboutir le processus d'adhésion de l'Union à la CEDH, lancé il y a près de trente ans.

L'importance politique et symbolique d'une telle adhésion est indéniable. En acceptant de se soumettre à un contrôle externe en matière de respect des droits de l'homme, l'Union donnera un signal fort, tant à ses citoyens qu'aux Etats tiers, quant à son engagement comme défenseur des droits de l'homme.

Au plan juridique, certains ont pu argumenter que l'adhésion était moins nécessaire depuis que, d'une part, la Cour de justice de Luxembourg assure elle-même le respect des droits reconnus dans la CEDH tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg et, de l'autre, cette dernière a procédé à une forme d'« adhésion forcée » de l'Union à la CEDH en contrôlant, par l'entremise des Etats membres, la conformité à la CEDH des actes de l'UE. Avec les arrêts *Matthews c. Royaume-Uni* (1999) et *Bosphorus c. Irlande* (2005), la Cour de Strasbourg s'octroie le droit d'engager la responsabilité d'un Etat membre en vertu de la CEDH pour des violations qui découlent soit du droit primaire de l'UE (*Matthews*) soit de l'exécution donnée au droit de l'UE par un Etat membre (*Bosphorus*).

Toutefois, cette situation n'est qu'un palliatif réduisant temporairement certaines lacunes. L'adhésion constituera une plus-value au plan juridique à plusieurs égards par rapport à la situation actuelle ³¹. D'abord, elle garantira une représentation de l'Union dans les instances de contrôle de la CEDH (Cour européenne des droits de l'homme et Comité des ministres) et lui permettra de se défendre directement devant ces instances. Ensuite, elle facilitera l'accès du justiciable au juge en cas de violation d'un droit fondamental. En effet, les conditions fixées à l'article 34 de la CEDH pour avoir accès à la juridiction strasbourgeoise sont plus souples que celles résultant du droit de l'Union actuellement insatisfaisantes au regard des exigences d'un recours effectif ³². Enfin, elle permettra de résoudre certains problèmes résultant de la situation actuelle.

²⁹ Voy. notamment la déclaration et le plan d'action adoptés lors du troisième sommet des chefs d'Etat et de gouvernement du Conseil de l'Europe, tenu à Varsovie en mai 2005 ainsi que le mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne du 10 mai 2007, COM (2007) 74, point 20.

³⁰ Ce protocole prévoit l'insertion d'un paragraphe 2 à l'article 59 de la convention en vertu duquel « l'Union européenne peut adhérer à la présente convention ».

³¹ Voy. notamment O. DE SCHUTTER, contribution écrite pour l'audition par la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Paris, 11 septembre 2007, AS/Jur(2007) 53, p. 20 et s.

³² Il faut relever à cet égard que le traité de Lisbonne apporte des améliorations concernant l'accès aux voies de recours dans l'ordre juridique de l'UE (voy. *supra*).

Ainsi, l'imbroglio judiciaire de l'affaire *Matthews* illustre parfaitement un premier type de difficultés. Le Royaume-Uni, qui s'est vu condamner par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit aux élections des habitants de Gibraltar, s'est retrouvé dans une position délicate. Pour exécuter l'arrêt et mettre fin à la violation, il aurait, en principe, dû convaincre l'ensemble des Etats membres de l'Union d'apporter une modification à l'Acte de 1976 portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct en vue d'en étendre le champ d'application à Gibraltar. Faute d'avoir pu emporter une telle unanimité au Conseil, le Royaume-Uni a agi de manière unilatérale, au risque de violer le droit de l'UE, pour octroyer le droit de vote aux habitants de Gibraltar en vue des élections du Parlement européen de 2004³³. Cela lui a valu un recours en manquement introduit à son encontre par l'Espagne devant la Cour de justice des Communautés mais cette dernière n'a pas condamné le Royaume-Uni considérant notamment qu'à la lumière de l'arrêt *Matthews*, « il ne saurait être reproché au Royaume-Uni d'avoir adopté la législation nécessaire à l'organisation de telles élections dans des conditions équivalentes mutatis mutandis, à celles prévues par la législation applicable au Royaume-Uni »³⁴.

Le deuxième inconvénient de la situation actuelle résulte du degré moins exigeant de contrôle appliqué aux actes de l'Union en application de la doctrine de la protection équivalente affirmée par la Cour de Strasbourg à l'occasion de l'arrêt *Bosphorus*. Cela signifie que lorsque la Cour européenne des droits de l'homme est amenée à contrôler indirectement la conformité d'un acte de l'UE à la CEDH, elle applique une présomption réfragable de protection équivalente qui aboutit à un contrôle restreint de conventionnalité. Cette doctrine, destinée à encourager la participation des Etats à une organisation internationale telle que l'Union en limitant les situations où ils risqueraient de se retrouver tiraillés entre des obligations contradictoires, pourrait être remise en cause une fois l'adhésion réalisée, au vu de la nécessité que les parties contractantes à la convention soient traitées sur un pied d'égalité. A cet égard, il importe de souligner que l'insistance sur la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union dans l'accord relatif à l'adhésion (voy. protocole relatif à l'article 6, par. 2, TUE sur l'adhésion de l'UE à la CEDH) ne devrait nullement être interprétée comme plaidant en faveur du maintien de la doctrine de la protection équivalente telle qu'elle découle de l'arrêt *Bosphorus*. Il s'agit plutôt, sur un plan technique, en prévoyant les modalités « nécessaires pour garantir que les recours formés par des Etats non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les Etats membres et/ou l'Union, selon le cas », de faire en sorte qu'il n'y ait pas d'immixtion des organes de Strasbourg dans la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres. Un tel système pourrait, sur le modèle de ce qui a été prévu dans la convention sur le droit de la mer (article 6 de l'annexe IX), prévoir que les recours peuvent être intentés à l'encontre de l'UE et des Etats membres et qu'il appartiendrait, à l'Union, avec le concours éventuel de la Cour de justice, de déterminer qui serait défendeur.

³³ Section 9 de l'*European Parliament Representation Act* 2003.

³⁴ CJ, 12 septembre 2006, aff. C-145/04, *Espagne c. Royaume-Uni*, par. 95.

D'importants avantages tant politiques que juridiques découleront de l'adhésion de l'Union à la CEDH qui viendra utilement compléter le système de protection des droits fondamentaux dans l'UE. Reste à préciser les aménagements pratiques nécessaires en vue de l'adhésion, en tenant compte notamment du protocole annexé au traité de Lisbonne et des pistes esquissées dans le Rapport du comité directeur pour les droits de l'homme ³⁵.

4. Conclusion

La crise liée à l'échec du traité constitutionnel n'aura pas eu d'impact majeur en matière de droits fondamentaux. Le traité de Lisbonne préserve globalement les avancées au plan tant des garanties matérielles que des mécanismes internes et externes de contrôle des droits et libertés. D'abord, le 12 décembre 2007, soit cinquante ans après le traité de Rome des origines, la charte des droits fondamentaux a été une nouvelle fois proclamée au Parlement européen. Le texte devrait se voir finalement reconnaître, une fois le traité de Lisbonne ratifié, le statut suprême et juridiquement contraignant qui doit être celui d'un catalogue de droits fondamentaux digne de ce nom. Tant le refus d'insérer le texte même de la charte dans les traités que les *opts out* du Royaume-Uni et de la Pologne constituent des bémols principalement d'ordre symbolique. Mais précisément le domaine des droits de l'homme n'est-il pas l'un de ceux dans lequel la symbolique est essentielle ? L'actuel président du Parlement européen, H.G. Pöttering, présentait récemment la charte comme « la boussole du vaisseau Europe », les valeurs communes grâce auxquelles elle maintient le cap ³⁶. On ne peut que déplorer que cette boussole n'ait pas été dotée d'une place de choix dans le livre de bord (les traités) et que certains passagers du « vaisseau Europe » ne soient pas disposés à en suivre toutes les indications. Ensuite, même si certaines insuffisances persistent, les jalons d'une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux au sein de l'Union sont également posés, avec un accent important mis sur la responsabilité des Etats membres à cet égard. Enfin, l'Union devrait, à terme, se voir dotée d'un mécanisme externe de contrôle des droits fondamentaux par la réalisation de son adhésion à la CEDH. Plusieurs étapes doivent néanmoins encore être franchies au plan formel avant que cela ne se concrétise. Le traité de Lisbonne constitue dès lors un pas important vers la clôture du processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux qui n'en reste pas moins encore inachevée.

Références

- BENOÎT-ROHMER, F. (2005), « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, p. 827.
- BRIBOSIA, E. (2007), « L'avenir de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in AMATO, G., BRIBOSIA, H., DE WITTE, B. (éd.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, p. 995-1036.

³⁵ CDDH, « Etude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la convention européenne des droits de l'homme », 28 juin 2002, DG-II (2002)006.

³⁶ Pöttering, précité.

— (2004), « La future constitution : point culminant de la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in MAGNETTE, P. (dir.), *La Grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, p. 201-221.

BURGORGUE-LARSEN, L. (2003), « La « force de l'évocation » ou le fabuleux destin de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, p. 77.

CALLEWAERT, J. (2007), « Les voies de recours communautaires sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme : la portée procédurale de l'arrêt Bosphorus », in CALFISCH, L., CALLEWAERT, J., LIDELL, R., MAHONEY, P. & VILLIGER, M. (ed.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber Droits de l'homme – Regards de Strasbourg*, Kehl, N.P. Engel Publisher, p. 115-131.

DE SCHUTTER, O. (2002), « L'adhésion de l'Union européenne à la convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union », in BRIBOSIA, E. et DONY, M. (sous la dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles.

— (2007), « Promoting and protecting fundamental rights in the EU : The role of national courts, of human rights defenders and of independent national human rights institutions », Briefing Paper, Directorate General – Internal Policies, Policy Department C, Citizen's rights and Constitutional Affairs, PE, 393.252, septembre.

— (2008), « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne (1^{er} janvier 2007-1^{er} février 2008) », *JDE*, à paraître.

LADENBURGER, Cl. (2007), « Fundamental Rights and citizenship of the Union », in AMATO, G., BRIBOSIA, H., DE WITTE, B. (éd.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, p. 311-365.

MOINY, Y. (2007), « Le contrôle par le juge européen de certaines mesures communautaires visant à lutter contre le financement du terrorisme », *JTDE*, 2007, à paraître.

PASSOS, R. (2007), « Le système juridictionnel de l'Union », in AMATO, G., BRIBOSIA, H., DE WITTE, B. (éd.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, p. 565-598.

WEYEMBERGH, A. et RICCI, V. (2008), « Le traité de Lisbonne et le contrôle juridictionnel dans le domaine pénal », in BRAUM, S. et WEYEMBERGH, A. (dir.), *Quel contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, à paraître.

