

L'impact de la Charte des droits fondamentaux sur le développement de l'ELSJ

Henri Labayle

Chaire Jean Monnet de droit communautaire

Professeur à l'Université de Pau et des pays de l'Adour

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, voir évoluer le dossier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dans le débat politique, sinon dans le débat juridique, fait naître un sentiment curieux. Ce sujet tellement conflictuel durant la négociation du traité portant Constitution pour l'Europe, sinon à la Convention du moins lors de la CIG puis dans la négociation du traité simplifié, semble largement passé aujourd'hui par pertes et profits. Comme si les oppositions britanniques et polonaises n'avaient pas eu grand sens tant la Charte serait inoffensive pour les pratiques nationales et européennes...

Cachée en annexe du traité contrairement au traité constitutionnel qui en faisait sa seconde partie, accompagnée « d'explications » censées la vider de son venin, la Charte paraît reléguée au second rang des priorités de l'Union malgré les déclarations de principe rituelles. Car la priorité de l'heure, chacun la connaît, c'est celle de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme dont le mandat de négociation vient d'être adopté. Il est permis de le regretter pour les raisons qui suivent.

Cette banalisation de la Charte explique la présentation minimaliste qui en est faite aux opinions publiques. La lecture du programme de Stockholm comme celle du Plan d'action de la Commission qui l'accompagne ne font que conforter ce sentiment, eux qui promettent pourtant de mettre « le citoyen au cœur » de l'Union. Tout se passe en effet comme la Charte n'avait pas de réelle valeur ajoutée pour l'Union, comme si elle n'était en définitive qu'un ersatz, un pâle clone de la Convention européenne des droits de l'Homme au prétexte qu'elle en reproduit largement les dispositions. Cette assimilation implicite constitue une grave erreur, à un double titre. Une erreur de fond tout d'abord, tant il est évident que la Charte contient des droits nouveaux, souvent spécifiquement adaptés à la construction de l'Union européenne, qu'il s'agisse des droits de citoyenneté ou de ceux relatifs à une bonne administration. D'autant que la Charte elle-même indique dans son article 52 §3 que rien n'interdit à l'Union d'aller plus loin que les dispositions qu'elle prévoit. Une erreur de portée, ensuite, car la Charte est justiciable directement, faisant partie du droit primaire de l'Union, elle est

immédiatement à la portée du juge pour lui permettre de garantir les droits des individus bénéficiaires, ce qui est un peu plus complexe à réaliser pour la CEDH.

D'où le besoin, de mon point de vue, d'une prise de conscience impérative de l'impact de la Charte et de son potentiel, à la fois pour l'Union européenne mais aussi pour les Etats membres dans leur mise en œuvre du droit de l'Union.

La Charte des droits fondamentaux est au cœur de l'action de l'Union et, dans cette action, l'Espace de liberté, sécurité et justice se situe sans aucun doute dans l'œil du cyclone. Certes, une décennie de construction de cet espace s'est effectuée en définitive sans disposer d'une norme de référence de cette qualité et son bilan n'a rien de honteux au vu du contexte et des moyens à disposition de l'Union. Il n'en reste pas moins que, désormais, rien ne sera plus comme avant. Se satisfaire du considérant « balai » auquel la législation de l'Union nous a accoutumés n'est plus possible, si tant est que cela ait été acceptable auparavant comme de nombreux exemples législatifs en ont fait la preuve, la directive « regroupement familial » constituant un bon exemple des dévoiements et des démissions auxquelles l'Union nous a accoutumés.

Cette transversalité de la Charte réclame donc un autre regard, elle exige que l'on inverse les comportements. En bref, il faut que la prise en compte du respect des droits fondamentaux soit véritablement partie intégrante de l'action de l'Union et ne consiste pas en une sédimentation supplémentaire inutile, venant s'ajouter en définitive à l'issue du travail lorsque « les choses sérieuses » ont été réglées. Cette ambition implique donc une prise de conscience et des contraintes particulières, pour le législateur de l'Union comme pour ses juges qui, en vertu de l'article 51 §1 de la Charte en respectent les droits, en observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives...

I – L'impact de la Charte pour le législateur de l'Union

Malgré le passage à la méthode communautaire que le traité de Lisbonne a permis de réaliser, on éprouve le sentiment curieux que rien n'a changé ou, plus exactement, que rien n'a véritablement, encore, changé.

La Charte des droits fondamentaux est encore largement vécue de manière passive, comme un catalogue auquel on ferait pieusement référence sans comprendre son potentiel dynamique, en bref comme ce que l'on appelait les « figures imposées » en patinage artistique, c'est-à-dire celles qui précédaient les véritables choses sérieuses, celles où les titres se gagnent, les figures « libres ». Si une prise de conscience politique ne se produit pas, il est à craindre que cette ligne s'impose.

D'où, une approche strictement technocratique de ce texte fondateur où « *l'impact assessment* » cher à la Commission tient lieu de bréviaire et laisse accroire que l'on s'est acquitté à bon prix des obligations imposées par le droit. Au même titre que le rituel considérant relatif à la subsidiarité, et avec la même inefficacité, le considérant « Charte » s'ajoute ainsi aujourd'hui à la motivation des actes législatifs de l'Union sans que l'on réfléchisse toujours beaucoup à la réalité des examens pratiqués...

D'où le risque de voir l'Union glisser dans le confort d'une politique incantatoire, où la révérence et la sacralisation des droits de la Charte tiennent lieu d'illusion de l'action, quand elles ne jouent pas le rôle d'un gargarisme destiné à soulager le patient sans le guérir pour autant. En bref, cet activisme

Parlement européen - Commission Libé - Audition du 22 juin 2010

verbal (ou ce que l'on appelle avec un peu de mépris, avec un vilain mot, ce « droit de l'hommisme »,) dissimule à peine que c'est dans une enceinte voisine, celle du Conseil de l'Europe, que le scandale des vols de la CIA fut abordé, faute du courage politique pour le faire dans l'Union européenne alors que ses propres Etats membres étaient en cause...

Deux défis se posent alors, de mon point de vue et parmi d'autres, à l'Union.

Un défi technique, en premier lieu, dont je me bornerai à lister un certain nombre de composantes sans les détailler autant qu'elles le mériteraient.

- L'Union ne dispose pas de mécanisme de régulation préventive, en amont de l'adoption de sa législation, semblable au contrôle préventif de constitutionnalité que l'on connaît dans les Etats membres, ce qui implique une vigilance particulière pour le législateur en matière de respect des dispositions de la Charte. Il serait bon de combler cette carence.
- Ceci est d'autant plus dommageable pour l'Espace de liberté que le droit qui y est produit est un droit souvent dépourvu d'applicabilité immédiate, directives réclamant des mesures nationales de transposition où se posent souvent des questions sérieuses de respect des droits fondamentaux et où les risques de conflit avec le droit national sont nombreux. Paradoxalement, à travers la saisine préventive de la CJUE qui peut accompagner les projets d'accords internationaux, la protection est peut être plus efficace en externe qu'en interne...Ce qui éclaire vraisemblablement certains débats actuels...
- L'impact de cette situation pour le droit matériel est considérable et il ne faut pas le mésestimer. Lorsque l'on sait l'importance du principe de reconnaissance mutuelle et du principe de disponibilité pour l'Espace de liberté, on mesure les conséquences de la Charte et le besoin du sentiment de son respect par tous pour que la confiance mutuelle s'établisse.
- Il existe également un besoin impératif d'inscrire le respect de la Charte dans l'action des « acteurs intégrés » de l'Espace de liberté que sont ses agences, de Frontex à Europol ou Eurojust, face à la généralisation de leur usage.
- La complexité et la diversité des niveaux de proclamation et de protection des droits fondamentaux impose à l'évidence que soit tissée une véritable toile d'araignée, un réseau où parlements nationaux et européen, institutions de protection des droits nationales et européennes (comme en matière de protection des données) ajustent et coordonnent leurs points de vues.

Un défi politique, en second lieu. Sans se réfugier derrière des mots ou un discours « politiquement correct », j'en verrai quatre manifestations.

- Le défi de l'autonomie me paraît, d'abord, central. Il convient de mon point de vue que l'Union assume le caractère très particulier de la Charte, texte transversal contenant des droits spécifiques et possédant un formidable potentiel dynamique. Ceci signifie que son développement doit constituer une priorité au sens plein du terme et non pas être la conséquence des avancées du droit national ou de celles de la Convention européenne des droits de l'Homme et de sa jurisprudence.

Il convient ensuite aussi de réfléchir, avec un peu plus de rapidité que ne le propose la Commission dans son Plan d'action, à l'adhésion à un certain nombre d'instruments internationaux dont l'impact est majeur pour l'Espace de liberté. La Convention de Genève en est le meilleur exemple. Il en est d'autres.

- Le défi de l'articulation avec les autres instruments protecteurs des droits fondamentaux, ensuite, n'est pas le moindre. En particulier en ce qui concerne le dossier de l'adhésion à la CEDH que tous célèbrent à juste titre sans que la réflexion ne s'entame du point de vue de l'Union sur les limites à marquer et les spécificités à préserver.

Après avoir entendu, en particulier à l'occasion de la Convention où les débats avaient été particulièrement intéressants, le point de vue du Conseil de l'Europe et du juge de Strasbourg, n'est-il pas enfin temps de réfléchir en profondeur et cette fois-ci du point de vue de l'Union européenne, aux perspectives de cette adhésion ? Je ne suis pas persuadé, à titre personnel, que la greffe qui nous est proposée soit aussi indolore qu'on veut bien le prétendre. Je pense même, afin de provoquer un peu le débat, que les deux logiques sont assez dissemblables de divers angles de vues et que la Charte n'est pas nécessairement soluble dans la Convention.

Ainsi, la CEDH, en raison de la particularité de son écriture et de la mission que son juge s'est assignée, est effectivement un « instrument vivant » interprété à la lumière de notre temps, portant en elle-même les germes de son évolution et de son adaptation. Qui peut croire que les auteurs de son article 8 auraient ne serait-ce qu'imaginé qu'il protégerait en définitive le droit à mener la vie sexuelle de son choix et intégrerait la protection des données ou encore certains pans du droit de l'environnement...

Le soin avec lequel les Etats membres ont balisé et délimité le terrain dévolu à la Charte des droits fondamentaux n'est-il pas radicalement inverse ? Le prisme à travers lequel les droits fondamentaux sont abordés dans les deux univers est-il vraiment identique ? Je n'en suis pas totalement certain, la CEDH intervenant dans un monde dédié à la subsidiarité et où la marge nationale d'appréciation commande beaucoup, expliquant pour cette raison que certains Etats membres refusent des avancées dans l'Espace de liberté qu'ils consentent pourtant dans le cadre de la CEDH. L'attitude britannique dans la législation sur les droits des suspects est caractéristique de cette perception différente d'une garantie fondamentale par le même Etat dans les deux cadres respectifs où il s'est engagé.

En tout état de cause, c'est peut-être de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et de ses constructions qu'il faut aujourd'hui se préoccuper ou qu'il faut, à tout le moins, confronter aux perspectives qui se dessinent. Subsidiarité et marge d'appréciation sont-elles des réflexes à importer dans un Espace de liberté dont le caractère contraignant conditionne l'efficacité ? Car l'angle d'attaque de la CEDH demeure avant tout celui de la défense concrète et effective des droits individuel là où celui de l'Espace de liberté est peut-être davantage celui d'un contrôle indispensable de légalité dans un monde, ne le perdons pas de

vue, dédié quasiment exclusivement à la production de règles de droit encadrant l'action des Etats membres.

Enfin, et sans faire de comparaisons oiseuses et de mauvais goût, béatifier la CEDH en diabolisant la situation de l'Union du point de vue des droits fondamentaux n'est guère productif. Si l'on doit se féliciter de la constance avec laquelle la Cour européenne balise le terrain de la démocratie dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, est-on bien certain que ses variations discutables sur le terrain de l'immigration familiale ou du droit des réfugiés sont des constructions à envier... C'est dire si l'excès et l'intégrisme sont à proscrire à l'instant de rapprocher les deux constructions.

- Le défi stratégique découle des constats précédents. A la condition que le législateur de l'Union décide de s'engager dans cette voie, il lui appartiendra de développer une véritable politique de mise en valeur et de mise en œuvre de la Charte des droits fondamentaux. Il lui reviendra de théoriser cette politique et de la défendre par les moyens appropriés que le traité lui offre. Stratégie de négociation en amont avec le Conseil comme il l'a entrepris avec beaucoup d'intelligence à propos de la négociation d'accords internationaux. Stratégie contentieuse en aval, comme par le passé dans les affaires PNR ou « regroupement familial » où le perdant ne fut pas celui qu'on croit... Stratégie de partage, aussi, avec les Etats membres désireux de préserver et de concilier leur héritage.
- Le défi de la responsabilité, enfin, découle des constats précédents. En un mot, il implique pour être relevé, que le législateur de l'Union ne se défausse pas sur un tiers, fût-il de confiance et de grande qualité comme l'est l'Agence des droits fondamentaux, des responsabilités qui lui incombent. En clair, il n'appartient pas à une Agence de se trouver ici en première ligne dans un dossier qui relève d'une institution élue au suffrage universel et qui en est comptable devant les citoyens de l'Union.

II – L'impact de la Charte pour les juges de l'Union

Je serai plus bref à ce sujet, me bornant à pointer quelques sources de réflexion sinon d'inquiétude, le formidable impact de la jurisprudence *Kadi* posant très justement et de façon rassurante le cadre à l'intérieur duquel il faut raisonner.

Un premier constat vise à relativiser les enjeux ou, plus exactement à les replacer en perspective. La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas attendu l'entrée en vigueur de la Charte pour assumer son rôle de juge des droits fondamentaux, fut-ce par le détour de sa fonction de juge constitutionnel ou de juge administratif de l'Union. Néanmoins, et c'est là la nouveauté, la Cour détient désormais un titre juridique opérationnel dont elle a d'ailleurs déjà décidé d'user sans parcimonie. Plusieurs types d'interventions sont immédiatement perceptibles.

- le premier niveau prévisible d'intervention du juge de l'Union est classique, le juge Bonichot l'a rappelé hier, son pouvoir d'application et surtout d'interprétation conforme de la Charte produiront les résultats que l'on imagine aisément.
- le second niveau prévisible d'utilisation de la Charte est plus complexe, il nécessitera une articulation délicate avec les juridictions des Etats membres. A cet égard, il est un peu

Parlement européen - Commission Libé - Audition du 22 juin 2010

surprenant que l'on n'attache pas toute l'attention qu'elle mérite à la question du juge national, lorsque ce dernier s'emparera de la Charte comme il l'a fait du droit communautaire ordinaire, Charte dont il est bon de rappeler qu'elle doit être interprétée « en harmonie » avec les traditions constitutionnelles des Etats membres.

- Le troisième niveau est essentiel. Il tient dans la régulation indispensable qui devra s'établir au sein d'un dialogue des juges profondément renouvelé par la Charte entre le niveau national et le niveau européen afin de garantir la protection juridictionnelle due aux citoyens de l'Union. Lorsque l'on sait les parentés très fortes qui unissent droits et principes dans les droits nationaux et dans la Charte, le réalisme impose de comprendre que l'intervention du juge de l'Union à des fins de régulation sera cruciale. Elle devra apporter la confiance autant que la sérénité dans un paysage largement occupé : juges ordinaires, juges suprêmes, juges constitutionnel et juge de l'Union s'y côtoient. En effet, le rappel fort et insistant par les auteurs du traité du respect nécessaire de l'identité et des traditions juridiques des Etats membres prend ici un sens particulier, à l'instant de gérer la diversité.

Le second constat porte sur la gestion du dossier « adhésion à la CEDH » par l'Union européenne. Là encore, les enjeux sont cruciaux et si l'on entend préserver la spécificité de l'ordre juridique communautaire, l'originalité de sa construction et de ses contraintes, éviter leur dilution dans le monde de la « *soft law* » familière au droit des droits de l'Homme, il faudra préserver son juge.

- La subsidiarité de l'intervention de la CEDH méritera ainsi d'être revisitée et réaffirmée dans ce processus. Dans ce monde à front renversé où le juge de Strasbourg devient le dernier rempart devant l'arbitraire, on ne peut résister à la citation de son arrêt du 15 février 2009, *A. c. Royaume Uni*, où était en cause la législation antiterroriste britannique. La Cour y note avec une certaine jubilation qu'il n'est pas « courant qu'un gouvernement défendeur soit conduit à remettre en cause les décisions rendues par la juridiction suprême de son pays ou qu'il estime devoir les critiquer devant la Cour » (§ 157) car le gouvernement britannique mettait en cause devant elle l'argumentaire de la Chambre des Lords. C'est dire que même dans des systèmes peu suspects d'attirance pour la juridiction européenne, le juge européen se trouve désormais propulsé au cœur des débats...Peut-on imaginer qu'il en aille de même au sein de l'ELSJ ? A tout le moins, l'intégrité de l'intervention de la CJUE doit être assurée.
- D'autant que des questions sérieuses de délimitation vont se poser à l'articulation des deux contrôles. Certaines sont propres à l'ELSJ. Ainsi, la clause d'ordre public qui a coûté tant d'énergie aux négociateurs du traité de Lisbonne après ceux d'Amsterdam et qui limite le contrôle de la CJUE a toutes chances de ne pas arrêter le juge de Strasbourg dont, précisément, le contrôle de proportionnalité des ingérences de l'Etat dans les droits garantis par la CEDH constitue l'une des plus belles conquêtes jurisprudentielles que l'on ait vue. Faut-il imaginer que ce qui est interdit à Luxembourg sera possible à Strasbourg ?

D'autres sont plus larges encore. L'exclusion du contrôle de la PESC par la Cour de justice est réalisée par l'article 275 TFUE, mis à part celui des mesures restrictives prises à l'égard des particuliers. Or, le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme ne saurait être bridé de cette façon puisque la CEDH s'applique aux questions relevant de la juridiction des parties à la Convention. C'est dire que, ici aussi, la Cour de Strasbourg pourrait connaître

Parlement européen - Commission Libé - Audition du 22 juin 2010

d'actes interdits au contrôle de la CJUE, par exemple ceux accomplis à l'occasion d'interventions de l'Union à l'extérieur...

- Le défi de la marge nationale d'appréciation, enfin, sera réellement particulièrement difficile à gérer dans un monde communautaire où les contraintes juridiques liées aux obligations souscrites par les Etats membres ne sauraient être sacrifiées.

Le dernier constat est en forme d'interrogation. Nombre de questions cruciales sont ouvertes d'ores et déjà et elles nécessiteront sans doute un arbitrage juridictionnel. L'effet extraterritorial de la Charte pose ainsi des interrogations essentielles à l'ELSJ, par exemple dans l'entraide répressive de l'Union avec des partenaires moins exigeants sur le terrain des droits fondamentaux ou à Frontex à l'occasion de son contrôle des frontières maritimes de l'Union...De même, la montée en puissance des interventions de l'Union sur la scène internationale, y compris par voie militaire, appellera vraisemblablement des précisions.

C'est dire, en conclusion, si l'impact de la Charte est déterminant pour l'Union et la constitution de son Espace de liberté. C'est dire si l'engagement de ses institutions dans ce chantier sera déterminant pour que l'identité de l'Union s'affirme, dans la défense de ses valeurs.