

Rôle des droits fondamentaux dans la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE

Elena Simina Tanasescu

Résumé Les droits fondamentaux identifiés et protégés par la CJ sont aussi autonomes que l'ordre juridique auquel ils appartiennent et qu'ils façonnent. La constitutionnalisation de l'UE est également un phénomène distinct de celui rencontré au niveau national ou international. Toutefois, la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE reste un phénomène juridique assez banal, bien qu'elle soit contextuelle et déterminée dans son contenu par l'autonomie conceptuelle qui est devenue la marque distinctive de l'intégration européenne.

Dans les moments anniversaires il est toujours bon de regarder en arrière et se rappeler le parcours accompli, notamment lorsqu'il est plutôt positif et potentiellement source de satisfaction. Cinquante ans après sa création la Cour de Justice peut fièrement exhiber une réelle protection des droits fondamentaux au sein de l'Union Européenne (UE)¹ par le biais d'une jurisprudence riche, constante, et en permanente évolution. Tendanciellement, la doctrine lie ce résultat à la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE. En effet, la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE a évolué en parallèle avec le processus de constitutionnalisation de son ordre juridique, à tel point qu'il serait légitime de se demander si leur relation n'est pas gouvernée par le principe de la célèbre boutade sur l'antériorité de l'œuf et de la poule. Sont-ce les droits fondamentaux qui ont été

¹ Le terme Union Européenne est utilisé ici comme concept générique pour désigner aussi bien la Communauté Economique Européenne, que la Communauté Européenne, ou l'Union Européenne elle-même, malgré les différences objectives qui existent entre ces trois entités.

E. S. Tanasescu (✉)
Université de Bucarest, Bucarest, Roumanie
e-mail: simina-elena.tanasescu@drept.unibuc.ro

la cause ou, au moins, le catalyseur de la constitutionnalisation de son ordre juridique de l'UE ou est-ce plutôt la constitutionnalisation qui a précipité un processus existant mais d'une ampleur relativement modeste? Posée en ces termes la question semble suggérer déjà sa réponse. Néanmoins, il convient de se rappeler le début de l'intégration européenne et les déclarations politiques qui l'ont accompagnée. « Nous ne coalisons pas des Etats, nous unissons des hommes » disait Jean Monnet en 1952.

La liberté des êtres humains a été le but ultime de l'intégration européenne depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Selon une conception qui se réclame du constitutionnalisme conçu comme philosophie politique, la liberté de l'individu est mieux protégée lorsque le pouvoir politique se trouve encadré et contrôlé. Pour ce faire l'expérience avait montré que les instruments développés jusque-là au niveau intraétatique (exercice démocratique du pouvoir accompagné par une séparation des pouvoirs, hiérarchie institutionnelle et normative doublée d'un contrôle juridictionnel effectif et efficace pour en assurer la garantie, etc.) risquaient fort de ne plus être suffisants. Il pouvait donc s'avérer nécessaire d'imaginer aussi des moyens situés en dehors de l'Etat, au niveau international ou supranational. Conceptuellement, cela illustre une approche fondamentalement individualiste, qui est ontologiquement liée aux idées avancées par le constitutionnalisme moderne. Force est de constater aujourd'hui que le passage de la société européenne à la postmodernité a pu accentuer certaines tendances préexistantes, mais cela n'aide pas à trouver la réponse à la question posée au départ: est-ce la constitutionnalisation *in statu nascendi* de l'Europe, en tant que pouvoir régional, qui a déterminé une meilleure protection des droits fondamentaux au niveau de l'UE ou cette vision foncièrement individualiste du droit et de la société² est-elle celle qui forge le processus de « juridification »³ croissante du pouvoir public européen?

Ou peut-être la question devrait-elle être posée en d'autres termes, tant il est vrai que l'intégration européenne a été souvent critiquée pour avoir instrumentalisé l'individu sans le mettre véritablement au premier plan en sacrifiant ses droits fondamentaux sur l'autel des objectifs d'ordre général. En effet, les droits fondamentaux au sein de l'UE ont connu un parcours assez intéressant. De leur initiale négation par la Cour de Justice (CJ),⁴ ils sont passés par la phase transitoire de l'incorporation dans la catégorie des principes généraux du droit communautaire,⁵ y compris sous la pression des juridictions constitutionnelles des Etats membres,⁶ pour

² von Bogdandy 2007, p. 7.

³ Möhlers 2011, p. 195.

⁴ Arrêt du 15 juillet 1960, Affaires jointes 36, 37, 38–59 et 40–59, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a./Haute Autorité* (Rec. 1960 p. 857).

⁵ Arrêt du 12 novembre 1969, Affaire 29/69, *Stauder/Stadt Ulm* (Rec. 1969 p. 419); Arrêt du 17 décembre 1970, Affaire 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Rec. 1970 p. 1125).

arriver de nos jours à une pleine reconnaissance en droit positif de l'UE par le biais de la Charte des droits fondamentaux.⁷ Belle évolution pour un concept au sujet duquel la CJ affirmait « qu'aucune disposition du traité ne confère de manière générale aux institutions communautaires le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine »⁸; et ce malgré le fait qu'à la même époque tous les accords externes de la Communauté Européenne contenaient une clause dite « droits de l'homme » et que sa propre jurisprudence en matière d'annulation des actes communautaires était bel et bien fondée sur le respect des droits fondamentaux au sein de l'UE.⁹ Car, suite logique de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE, la construction progressive d'une nouvelle catégorie au sein même de cet ordre juridique a dû prendre ses marques et se différencier de concepts préexistants mais similaires, tels les droits de l'homme, protégés au niveau international, et les droits fondamentaux constitutionnels, protégés au niveau national. Les droits fondamentaux identifiés et protégés par la CJ sont tout aussi autonomes que l'ordre juridique auquel ils appartiennent et qu'ils façonnent dans leur fonction de principes généraux du droit européen, malgré le fait que leur source d'inspiration puisse être retrouvée aussi bien dans « les traditions constitutionnelles communes des Etats membres »¹⁰ tout comme dans nombre de pactes, conventions et autres accords internationaux parmi lesquels la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) joue un rôle de plus en plus prééminent.¹¹ L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'UE le 1^{er} décembre 2009, ainsi que le récent processus d'adhésion de l'UE à la CEDH ne font que confirmer cette réalité.

Pendant ce temps, la construction européenne a subi d'importantes mutations. Si au début elle a surtout avancé par le biais de la méthode fonctionnaliste, qui favorisait les finalités supranationales et leur octroyait des moyens intergouvernementaux presque exclusivement en matière économique, par la suite l'intégration s'est également étendue au niveau politique et, pour ce faire, a changé de méthode en faveur d'instruments empruntés au constitutionnalisme national. Quelque part entre les traités de Paris et Rome la construction européenne est

⁶ Notamment les décisions 'Frontini' du 27 décembre 1973 et 'Granita' du 8 juin 1984 de la Cour constitutionnelle italienne et les affaires dites 'So lange' I de 1974 et 'So lange' II de 1987 du Tribunal constitutionnel allemand.

⁷ JO 2000/364/01.

⁸ Avis de la Cour du 28 mars 1996, Avis 2/94, *Adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (Rec. 1996 p. I-1759).

⁹ *Internationale Handelsgesellschaft*, précitée n°5.

¹⁰ Notamment à partir de l'Arrêt du 14 mai 1974, *Affaire 4/73, Nold KG/Commission* (Rec. 1974 p. 491).

¹¹ Notamment à partir de l'Arrêt du 13 décembre 1979, *Affaire 44/79, Hauer/Land Rheinland-Pfalz* (Rec. 1979 p. 3727). La doctrine est unanime à constater que, dans un premier temps, la jurisprudence de la CJ portant sur la protection des droits fondamentaux s'est appuyée sur une diversité plus grande des documents internationaux, pour récemment accorder une place privilégiée - allant jusqu'à l'exclusivité - à la CEDH. (Kühling 2011, p. 482; Rossi 2002, p. 39).

passée de l'international atypique à l'intergouvernemental désormais devenu classique, et quelque part entre les traités de Maastricht, Amsterdam et Lisbonne elle est passée de l'intégration fonctionnelle à l'intégration constitutionnelle. Si les origines de droit international public étaient encore visibles dans les compétences, fonctionnement et buts des institutions européennes d'il y a cinquante ans, les comparaisons entre l'UE et les Etats fédéraux se sont multipliées vers la fin du vingtième siècle, pour déboucher au début du troisième millénaire sur une conclusion qui aujourd'hui apparaît valable - et ce d'une manière évidente - pour l'ensemble du parcours: « les catégories du droit interne sont trop étroites pour l'ordre communautaire »¹² L'intégration européenne est donc devenue constitutionnelle, mais il faut tout de suite préciser que cette constitutionnalisation ne revêt pas le même sens et ne recouvre pas les mêmes réalités que le processus appelé du même nom et existant dans les Etats membres au niveau national. Ainsi, l'UE, entité *sui generis* dotée d'un ordre juridique autonome, connaît à présent une constitutionnalisation qui lui est propre, et qui mérite d'être analysée dans le cadre du contexte offert par la constitutionnalisation des systèmes normatifs nationaux¹³ et la constitutionnalisation du droit public international.¹⁴

L'analyse devrait alors, peut-être, laisser de côté la question de l'antériorité ou de l'éventuelle relation de causalité qui pourrait s'établir entre les droits fondamentaux des citoyens européens et la constitutionnalisation de l'UE, et s'intéresser plutôt au croisement entre d'une part, l'autonomie conceptuelle qui est devenue la marque distinctive de l'intégration européenne et, d'autre part, la relativité ou la contextualisation qui semble être la marque de la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE. Pour tenter d'approcher la question sous cet angle il faudrait d'abord éclaircir le concept de constitutionnalisation propre à l'UE et, ensuite, évaluer dans quelle mesure la protection des droits fondamentaux au sein de l'UE est ou non anodine de par son caractère contextuel.

1 Autonomie constitutionnelle

Héritier de la philosophie politique du constitutionnalisme telle que développée vers la fin du XVIIIème siècle, le processus de constitutionnalisation¹⁵ désigne un phénomène juridique complexe, qui concerne l'ensemble d'un système normatif, et qui consiste dans l'interaction établie entre les normes juridiques de la loi fondamentale et le reste des normes juridiques de rang inférieur à la Constitution. Cette interaction a comme résultat un double mouvement normatif: un mouvement ascendant, d'élargissement du stock des normes constitutionnelles, et un autre descendant, d'approfondissement de ces normes. Des prémisses minimales lui sont indispensables, car le démarrage est

¹² Rossi 2002, p. 42.

¹³ Favoreu 1997, p. 28 et s.; Bon 1991, p. 35 et s.; Muraru et Tanasescu 2001, p. 975 et s.

¹⁴ Fassbender 2007, p. 307 et s.; Klabbers 2004, p. 31 et s.

¹⁵ Favoreu 1997, p. 28 et s.

impossible en l'absence d'une loi fondamentale et d'un juge chargé d'en assurer la suprématie. La finalité ultime de ce processus réside dans la mise en œuvre de garanties pour les droits fondamentaux des citoyens.

Après avoir été observée et analysée au niveau de plusieurs systèmes juridiques nationaux, la constitutionnalisation a connu un tel succès qu'il est courant aujourd'hui d'employer le mot dans les contextes les plus divers. Ainsi, entre autres, on parle d'une constitutionnalisation du droit européen¹⁶ dans une démarche terminologique de type, sans doute, comparatiste, qui tente à de rapprocher des phénomènes nouveaux ou originaux de réalités connues et explorées. Cette comparaison peut amener soit à des conclusions d'assimilation de régime juridique, soit, au contraire, à l'identification de particularités et différences entre les objets comparés. Dans ce contexte, la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE se traduirait-elle par un effet du processus au niveau supranational, tel qu'on le connaît au niveau des systèmes juridiques nationaux ou bien s'agirait-il d'un phénomène distinct, propre au droit européen, donc autonome?

La grande majorité de la doctrine européeniste a tendance à interpréter la jurisprudence de la CJ dans le sens du deuxième terme de la question.¹⁷ En effet, la CJ a graduellement développé une jurisprudence qui utilise des concepts spécifiques au droit constitutionnel (séparation des pouvoirs, compétences d'attribution et compétences générales, droits fondamentaux, etc.) afin de dresser un parallèle entre la suprématie dont toute Constitution jouit dans le cadre du système normatif qui est le sien et la primauté des traités de l'UE dans le cadre de son ordre juridique. Mais déjà au niveau de la terminologie on entre dans une logique de différenciation plutôt que d'assimilation, car primauté n'équivaut pas à suprématie à tous les niveaux dans la mesure où la primauté du droit communautaire sur l'ensemble du droit constitutionnel des Etats membres, notamment dans le domaine des droits fondamentaux, nécessite encore d'être précisée.¹⁸

Le plus souvent la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE est qualifiée d'autonome tantôt en raison de ses prémisses autonomes, tantôt en elle-même, en tant que processus.

1.1 Une approche fonctionnelle du concept de Constitution

Nul besoin de revenir sur une jurisprudence classique; la CJ a qualifié les traités originaires de l'UE de « charte constitutionnelle » depuis 1979.¹⁹ Ce faisant elle a renoué avec une des théories développées par l'école positiviste du droit²⁰ entre les

¹⁶ Constantinesco 2002, p. 309 et s.

¹⁷ Simon 2001.

¹⁸ Mayer 2003.

¹⁹ Arrêt du 23 avril 1986, Affaire 294/83, *Les Verts/Parlement* (Rec. 1986 p. 1339).

²⁰ Verdross 1926, p. V.

deux guerres mondiales selon laquelle toute Constitution n'est autre que la base normative d'une communauté instituée par le droit. Dans la mesure où les traités originaires de l'UE remplissent cette fonction, on peut parler d'une Constitution propre à l'UE, qui fournit les prémisses nécessaires pour sa constitutionnalisation. Mais la Constitution de l'UE peut être qualifiée d'autonome selon une grille d'analyse un peu plus complexe.

1.1.1 Constitution dans un sens descriptif

Une simple lecture des traités originaires de l'UE peut constituer la preuve qu'ils remplissent une fonction structurante pour l'organisation et le fonctionnement de ses institutions, ainsi que pour l'ordre juridique européen. Force est de constater qu'on est en présence d'une Constitution dans le sens descriptif mentionné plus haut. De plus, une des principales fonctions de toute Constitution consiste à fixer « la compétence de la compétence ». Transposée au niveau de l'UE cela signifie que la Constitution d'une telle organisation supranationale définit le cadre institutionnel dans lequel les compétences sont réparties entre ses institutions, et cela d'une manière qui ne peut être changée que par des procédures préétablies.

Une communauté *constituée par le droit* comme l'UE renvoie obligatoirement à une communauté *fondée sur le droit*, ce qui suppose l'existence de juridictions compétentes pour assurer le respect des procédures au sein de cette communauté. Dans le cas de l'UE une telle activité juridictionnelle a eu comme effet une intégration de plus en plus accentuée, aussi bien des Etats participants à ces processus, que des citoyens directement concernés. Ce phénomène en est autant le résultat de l'activisme de la CJ, notamment à ses débuts, que la conséquence d'une logique inhérente à toute organisation internationale au sein de laquelle le principe *pacta sunt servanda* est pris au sérieux. Ainsi, la personnalité juridique de toute organisation internationale réclame la possibilité de produire des actes juridiques. Toute nouvelle institution juridique (dans le sens d'ensemble des règles juridique qui gouvernent un domaine distinct des relations sociales) a une tendance naturelle à produire une structure organisationnelle qui a besoin de sa propre personnalité juridique. Une fois ce stade réalisé, la nouvelle entité juridique aura nécessairement une volonté propre, distincte de celle de ses membres fondateurs. L'intégration européenne peut être expliquée par la manifestation de plus en plus prégnante et visible de cette volonté propre de l'UE, qui est distincte aussi bien de la volonté des Etats membres, que de celle des citoyens européens. Si l'on peut accepter ce raisonnement, on peut aussi imaginer que cette volonté spécifique de l'Union Européenne décide, un jour, de se manifester à travers un ou plusieurs actes juridiques qui remplissent des fonctions propres à une Constitution, et, partant de là, on peut affirmer l'existence d'une Constitution européenne, au sens descriptif, empirique du terme, mais autonome.

1.1.2 Constitution dans un sens prescriptif

D'un point de vue prescriptif l'utilisation de la terminologie constitutionnelle dans le contexte supranational fait référence à l'imposition, par l'intermédiaire de normes juridiques, d'une certaine conduite humaine selon une sélection de valeurs. Cette sélection est spécifique à une certaine communauté humaine dans un moment historique précis; elle est protégée par des normes juridiques formellement instituées, selon des règles qui peuvent remplir les fonctions d'une Constitution. C'est ainsi que les règles établies d'un commun accord par les Etats membres de l'UE expriment, en effet, leur accord sur un certain choix de valeurs essentielles, et, dès lors, les lient valablement d'un point de vue juridique, et leur imposent une conduite qui risque d'être différente de celle qui leur aurait été possible en l'absence d'intégration européenne. La bonne foi et le principe *pacta sunt servanda* obligent les Etats à accepter de se soumettre à des traités dont, par ailleurs, ils sont les auteurs, et même à des juridictions internationales créées par ces traités pour en garantir le respect des normes.

La jurisprudence de la CJ, notamment celle du début, caractérisée par une inventivité prononcée, ne peut être comprise en l'absence de cette dimension constitutionnelle des traités fondateurs. Si le droit communautaire est autonome et dispose d'une cohérence interne cela est dû aux règles imposées par les traités, qui sont contraignantes pour les Etats membres. A leur tour, les Etats membres restent les maîtres du processus décisionnel en matière d'intégration. La CJ n'aurait pas pu identifier les traits spécifiques et originels qui caractérisent le droit communautaire s'il n'y avait pas un accord sur le *telos* d'un tel exercice, implicitement contenu dans les textes. Dans la mesure où les traités originaires de l'UE contribuent à définir un *telos* propre à l'entité supraétatique, différent de celui des Etats (membres), on peut affirmer qu'on est en présence d'une Constitution européenne autonome.

1.1.3 Constitution dans un sens analytique

D'un point de vue plus analytique, toute Constitution est un rempart contre l'arbitraire; elle protège les individus contre les abus des autorités publiques. Ainsi, la fonction de la protection des droits fondamentaux est inhérente au concept de Constitution et, à bien des égards, la Constitution de l'UE telle qu'identifiée selon les critères descriptifs et prescriptifs mentionnés plus haut, remplit aussi une fonction de protection des droits fondamentaux des citoyens européens. Dans ce sens il est significatif que la CJ ait déployé tous les efforts nécessaires pour définir les cadres juridiques de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'ordre juridique communautaire ou au moins autour de cet ordre normatif.

Dès le début de l'intégration européenne la CJ avait précisé que les individus disposent de droits subjectifs qu'ils peuvent invoquer directement devant les autorités étatiques.²¹ Par la suite, en partant des droits fondamentaux endogènes

²¹ Arrêt du 5 février 1963, Affaire 26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen* (Rec. 1963 p. 3).

peu nombreux au début (non-discrimination et libre circulation des travailleurs) et modestement protégés (selon les aléas du marché commun), tout en faisant preuve d'une grande disponibilité pour la recherche permanente d'une convergence entre les différentes visions (nationales et internationales) sur la protection des droits fondamentaux, la CJ est arrivée à développer sa propre conception, autonome, par rapport aux droits fondamentaux des citoyens européens. Aujourd'hui, alors qu'elle dispose non seulement d'un concept propre de droits fondamentaux, qui correspond aux spécificités de l'UE, mais aussi d'un instrument normatif sur mesure, la CJ semble d'autant plus soucieuse de sa fonction de protectrice des droits fondamentaux. C'est dans cet esprit de préoccupation pour ce qui est perçu comme un monopole juridictionnel naturel justement dû à l'autonomie de l'objet protégé, qu'il faut lire le Document de réflexion de la Cour de Justice sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH.²²

1.2 Constitutionnalisation comme autonomisation de l'ordre juridique de l'UE

La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE est un processus autonome non seulement en raison de ses prémisses, mais aussi de sa nature propre. Ainsi, le niveau supranational étant différent du niveau national ou international, il imprègne des traits qui lui sont caractéristiques tous les phénomènes qui se produisent dans son domaine, ce qui le distingue de processus semblables (étatiques ou internationaux). La nouveauté et l'originalité de l'intégration européenne trouvent leur écho dans l'autonomie de la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE.

A tous les niveaux où elle se manifeste la constitutionnalisation reste un processus dont la dynamique est difficilement prévisible, mais qui peut se résumer à un encadrement de plus en plus strict des compétences décisionnelles (politiques) par des normes juridiques dont l'efficacité est assurée par un juge censé garantir la primauté de son acte fondateur. Pour ce qui est de l'UE on a employé le vocable « constitutionnalisation » pour désigner le processus de formation progressive d'un nouvel ordre juridique dans le domaine des relations internationales par la délimitation des relations relatives à l'intégration à l'intérieur de l'ensemble des relations internationales fondées sur la coopération ou la collaboration. Autour de la spécificité de cette intégration gravite tout un ensemble normatif assorti d'une garantie juridictionnelle, ce qui engendre une dynamique qui n'est propre qu'à ce microcosme, autonome par rapport aux autres ordres juridiques qui l'entourent. La constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE se réfère donc au

²² http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf (consulté le 10 février 2012).

²³ Möhlers 2011, p. 195.

développement de l'autonomie de cet ordre juridique, à sa séparation du contexte intergouvernemental²³ des origines et à son évolution ultérieurement indépendante.

Soyons clairs: il s'agit bien d'un processus qui se produit à l'intérieur d'un ensemble normatif structuré, mais d'une autre nature que l'interaction entre une loi fondamentale nationale et le reste de la hiérarchie normative qui lui est subséquente. Bien que la constitutionnalisation de l'ordre juridique de l'UE suppose aussi des interactions entre les sources originaires et les sources dérivées, l'accent n'est pas mis ici sur cet aspect, mais sur le contexte qui particularise ces sources. Certes, la primauté du droit de l'UE reste l'un des principes fondamentaux de l'intégration, mais ce sont les caractéristiques intrinsèques de cette dernière qui fournissent à la constitutionnalisation de l'UE son autonomie. On a donc à faire à une constitutionnalisation qui est unique car spécifique à l'UE, et qui est autonome car l'intégration a réussi son propre pari d'autonomie dans la sphère des relations internationales. Cette constitutionnalisation conçue comme une autonomisation de l'ordre juridique de l'UE devra affronter des dangers exogènes tels qu'une potentielle multiplication des phénomènes d'intégration dans le monde, ou les globalisation et libéralisation croissantes des relations internationales, ou encore les pluralisme et enchevêtrement des ordres juridiques contemporains, mais pour l'instant il suffit de constater qu'elle reste autonome car endogène à l'UE.

Nul besoin de revenir sur une jurisprudence qui a désormais acquis valeur de norme juridique. La CJ est pleinement compétente²⁴ et l'a affirmé avec force depuis le début²⁵: la primauté du droit de l'UE est garantie par rapport aux ordres juridiques des Etats membres. Toutefois, il convient de se rappeler que la primauté du droit de l'UE n'est pas et ne peut pas être absolue; comme déjà précisé auparavant, elle n'est pas le synonyme (pas encore, ou – en tout cas – pas sans discussions) d'une suprématie par rapport à l'ensemble du droit constitutionnel des Etats membres car elle a pour limites les droits fondamentaux des citoyens européens.²⁶ En effet, il s'agit ici des droits fondamentaux garantis aux citoyens par leurs constitutions nationales et non pas au niveau de l'UE; il est désormais bien établi que l'essor connu par la jurisprudence de la CJ portant sur l'identification d'une catégorie autonome de droits fondamentaux au sein de l'UE n'aurait pas été possible sans la pression qui a été exercée par certains juges constitutionnels nationaux. Les droits fondamentaux de l'UE se sont définis et construits en même temps contre et en parallèle avec les droits fondamentaux garantis par les constitutions nationales et, parfois, à la lumière des droits de l'homme tels que protégés par les documents internationaux. Alors que certaines cours constitutionnelles ont pu estimer, par le passé, que les droits fondamentaux au sein de

²⁴ Voir art. 267 TFUE, ex-art. 234 TCE, ex-art. 177 TCEE.

²⁵ Arrêt du 15 juillet 1964, Affaire 6-64, *Costa/E.N.E.L.* (Rec. 1964 p. 1141); Arrêt du 6 mars 1979, Affaire 92/78, *Simmmenthal/Commission* (Rec. 1979 p. 777); Arrêt du 19 juin 1990, Affaire C-213/89, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* (Rec. 1990 p. I-2433), Arrêt du 11 janvier 2000, Affaire C-285/98, *Kreil* (Rec. 2000 p. I-69).

²⁶ Rossi 2002, p. 32.

²⁷ Voir note n°6.

²⁸ Reestman 2008, p. 200.

l'UE et au niveau national ne jouissaient pas du même niveau de protection,²⁷ la Cour de Justice a constamment clamé l'originalité de la construction européenne et, partant, la spécificité de la protection des droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union, cherchant en permanence à développer des standards qui lui soient propres.

Mais dans cette dynamique, qui mène vers une spirale toujours plus protectrice des droits fondamentaux dans l'UE,²⁸ on peut constater un phénomène assez intéressant: alors que la CJ revendique, et à juste titre, le mérite d'avoir créé - presque *ex nihilo* - les droits fondamentaux pour combler le silence normatif initial des traités, elle manifeste aussi une certaine tendance à protéger l'ordre juridique auquel elle appartient contre des valeurs qui, au départ, lui étaient sinon complètement étrangères du moins (un peu) extérieures. Toute juridiction internationale est censée protéger et mettre en œuvre l'ordre juridique qui l'a créée, mais en faisant cela elle ne doit pas oublier les valeurs sous-jacentes de cet ordre juridique, au titre desquelles les droits fondamentaux figurent au premier rang. L'opposabilité parfois assez variable des droits fondamentaux au sein de l'UE a déjà fait l'objet de moult débats dans la doctrine, de même que ce qui a pu être perçu comme une certaine retenue de la part de la CJ en matière de contentieux en annulation par rapport aux actes normatifs de l'UE.²⁹ Et ce malgré le fait que la CJ ait clairement pris position en faveur d'un encadrement juridique de plus en plus rigoureux des compétences supranationales spécifiques à l'UE afin de mieux prendre en compte les droits et intérêts des citoyens européens, en allant parfois jusqu'à mettre en doute la validité dans l'UE de mesures ou actes pris par d'autres organisations internationales.³⁰

L'ordre juridique autonome de l'UE dispose donc d'un concept autonome de droits fondamentaux et se caractérise par un processus autonome de constitutionnalisation à travers une jurisprudence riche, constante et toujours évolutive de la part de la CJ. Cependant, cette véritable obsession de l'autonomie que semble présenter l'UE ne doit pas dissimuler une réalité somme toute naturelle: la protection des droits fondamentaux y est on ne peut plus anodine, c'est-à-dire contextuelle.

2 Contextualisation des droits fondamentaux

La conception individualiste est au cœur même de la construction européenne; cette vision³¹ explique le fait que l'individu ne soit plus considéré comme l'objet, mais comme sujet actif du droit de l'UE; elle rend possible l'application de la théorie de l'effet direct comme règle dans le droit de l'UE et non pas comme exception

²⁹ Voir *infra* 2.1.1.

³⁰ Arrêt du 11 octobre 2007, Affaire C-117/06, *Möllendorf et Möllendorf - Niehuus* (Rec. 2007 p. I-8361); Arrêt du 27 février 2007, Affaire C-355/04 P, *Segi e.a./Conseil* (Rec. 2007 p. I-1657); Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-315/01, *Kadi/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3649).

³¹ Pescatore 1983, p. 155 et s.

(ce qu'elle est toujours au niveau du droit international classique). Il est vrai que certaines réminiscences de l'approche purement fonctionnaliste, propre au début de la construction européenne, subsistent et que même récemment on a pu entendre des voix qui se sont insurgées contre l'excès de protection des droits fondamentaux au détriment du libéralisme économique. Pour certains, la notion de 'dignité' recouvre aussi bien un sens social qu'un sens humain, et alors que ce dernier semble dominer le débat européen contemporain, l'excès de protection de valeurs dotées d'un important degré d'incertitude finit par peser sur la liberté contractuelle, raison pour laquelle l'enthousiasme pour leur intronisation sur la scène européenne sous la forme de la constitutionnalisation de l'UE devrait être tempéré.³² Néanmoins, ces voix restent de plus en plus isolées. Les droits individuels ont été essentiels pour la constitutionnalisation de l'UE, bien qu'au commencement il ne fût pas encore question de droits fondamentaux, car l'intégration européenne a d'abord été intergouvernementale et économique. Le dépassement du fonctionnalisme et l'inclusion du politique dans la sphère de l'intégration européenne ont été accomplis petit à petit, au trot ou au galop selon le contexte. De nos jours les droits fondamentaux ont pris le devant de la scène européenne en raison de leur valeur symbolique, qui touche à la théorie des valeurs, mais aussi pour des raisons pratiques, car le succès de l'intégration a pour « effet collatéral » une augmentation des atteintes potentielles qui peuvent leur être portées aussi bien par les institutions et agences de l'UE, que par les Etats membres.

2.1 *La portée relative des droits fondamentaux*

La CJ se développe de plus en plus dans la direction d'une juridiction gardienne des droits fondamentaux.³³ Ce constat peut paraître banal aujourd'hui, mais il l'est moins si on se rappelle les débuts plutôt hésitants de la CJ en la matière. Dans un contexte où l'intégration gagne constamment en vitesse, portée et profondeur, le contrôle juridictionnel des institutions et agences de l'UE se doit d'être plus vigilant et changer d'objectif: le rapprochement toujours croissant entre les Etats doit se faire dans le respect de plus en plus strict des droits des citoyens. Afin d'atteindre cet objectif, la CJ a déployé tout l'instrumentaire en sa possession et l'a mis en œuvre aussi bien à l'endroit des destinataires naturels que sont les institutions, agences et autres organismes de l'UE, qu'à l'adresse des destinataires qui s'y attendaient moins – les Etats membres.

³² Marella 2006, p. 271.

³³ Gaudin 2011, p. 1313; Kühling 2011, p. 481.

³⁴ *Internationale Handelsgesellschaft*, précitée n°5, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, précitée n° 11.

³⁵ *Nold KG/Commission* précitée n° 10.

2.1.1 Opposabilité des droits fondamentaux à l'UE

L'effet contraignant des droits fondamentaux est censé s'appliquer en premier lieu aux institutions, agences et autres organismes de l'UE. La CJ l'a fait valoir aussi bien à l'égard des actes normatifs³⁴ de ces institutions, qu'à l'égard de leurs actes individuels³⁵ sans rencontrer une véritable résistance.

Cependant, il est possible de discerner une certaine flexibilité en la matière selon l'institution concernée, dans la mesure où la CJ semble manifester une légère préférence pour les compétences du Parlement au détriment du Conseil ou de la Commission.³⁶ Par ailleurs, rétrospectivement, le Parlement a plus contribué au développement des droits fondamentaux que les autres institutions ou agences de l'UE; ses compétences et son rôle, notamment dans le (maintenant défunt) troisième pilier de l'UE, l'ont amené plus souvent à s'ériger en requérant devant la CJ afin de faire annuler des actes pris par les autres institutions sans considération suffisante pour les droits fondamentaux des citoyens européens.³⁷

De plus, la question de l'opposabilité des droits fondamentaux devient délicate dans l'éventualité d'une comparaison entre les différents types de destinataires, institutionnels ou étatiques. On a même parlé du double standard qui serait

³⁶ Illustratives de cette situation sont les décisions de la Cour sur l'annulation de la décision 2004/496/CE du Conseil, du 17 mai 2004, concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure et sur l'annulation de la décision 2004/535/CE de la Commission, du 14 mai 2004, relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans les dossiers des passagers aériens transférés au Bureau des douanes et de la protection des frontières des États-Unis d'Amérique - Arrêt du 30 mai 2006, Affaires jointes C-317/04 et C-318/04, *Parlement/Conseil* (Rec. 2006 p. I-4721).

³⁷ Arrêt du 27 juin 2006, Affaire C-540/03, *Parlement/Conseil* (Rec. 2006 p. I-5769).

³⁸ *Cartabia* 2009, p. 5 et s.

³⁹ *Rossi* 2002, p. 38.

⁴⁰ Si en 2001 dans l'Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-315/01, *Kadi/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3649) et l'Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-306/01, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3533) le Tribunal avait rejeté les demandes faites pour la protection des droits fondamentaux, en 2006 dans l'Arrêt du 12 décembre 2006, Affaire T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil* (Rec. 2006 p. II-4665) il a fait un revirement de jurisprudence, alors qu'en 2008 dans l'Arrêt du 3 septembre 2008, Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* (Rec. 2008 p. I-6351) la Cour de justice a renversé la solution du tribunal dans l'Arrêt du 21 septembre 2005, Affaire T-315/01, *Kadi/Conseil et Commission* (Rec. 2005 p. II-3649).

⁴¹ A titre d'exemple, voir: Arrêt du 1er décembre 2005, Affaire C-14/04, *Dellas e.a.* (Rec. 2005 p. I-10253), Ordonnance du 3 juillet 2001, Affaire C-241/99, *CIG* (Rec. 2001 p. I-5139), Arrêt du 11 juillet 2002, Affaire C-60/00, *Carpenter* (Rec. 2002 p. I-6279), Arrêt du 23 septembre 2003, Affaire C-109/01, *Akrich* (Rec. 2003 p. I-9607), Arrêt du 4 octobre 1991, Affaire C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan e.a.* (Rec. 1991 p. I-4685), *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, précitée n°5, *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*, précitée n° 11.

favorable soit au niveau supranational,³⁸ soit au niveau des Etats membres.³⁹ En effet, pour la période d'avant l'adoption de la Charte des droits fondamentaux il est plutôt difficile de citer des annulations d'actes normatifs de l'UE pour pure méconnaissance des droits fondamentaux autres que celle à laquelle ont donné lieu les affaires *Handelsgesellschaft et Hauer*, alors que la jurisprudence plus récente fait une place beaucoup plus large aux débats sur cette question.⁴⁰ En revanche, la liste des décisions qui condamnent les Etats membres semble bien fournie et uniformément répartie dans le temps,⁴¹ indépendamment de la protection qui serait offerte à ces mêmes droits fondamentaux par ces mêmes Etats membres soit au niveau national, soit du fait de la protection régionale (CEDH) ou internationale (Pactes internationaux et autres déclarations ou conventions internationales) auxquels ils auraient adhéré de leur propre gré.

2.1.2 Opposabilité des droits fondamentaux aux Etats membres

En effet, c'est par rapport aux Etats membres que la CJ a déployé entièrement son attitude proactive, en élargissant sa protection en dehors des limites strictes de la construction européenne⁴² jusqu'au niveau où les Etats membres agissent dans « le domaine d'application du droit de l'UE ». ⁴³ La formule, quelque peu exorbitante, a été désormais réduite dans sa portée et consacrée expressément par la Charte des droits fondamentaux (article 6 para.2 corroboré par l'article 51 para. 2) sous la formule d'un contrôle qui vise l'action des Etats membres dans la mise en œuvre du droit de l'UE. Ainsi, la protection des droits fondamentaux de l'UE est opposable non seulement aux « institutions, agences et organismes de l'UE », mais aussi aux actes normatifs, réglementaires et aux agissements des Etats membres lorsque ces derniers « mettent en œuvre le droit de l'UE ». On touche ici à une dimension importante des effets verticaux des droits fondamentaux dans l'UE, qui n'inclut pas leur potentielle opposabilité directe dans les relations entre particuliers.

En réalité, les Etats membres sont susceptibles de se faire contrôler lorsqu'ils mettent en œuvre le droit dérivé de l'UE⁴⁴ et lorsqu'ils appliquent de simples

⁴² En faveur d'une position minimale, mais qui n'a pas été suivie par la CJ, voir les conclusions de l'Avocat général Trabucchi dans l'Arrêt du 7 juillet 1976, Affaire 118/75, *Watson et Belmann* (Rec. 1976 p. 1185).

⁴³ Arrêt du 30 septembre 1987, Affaire 12/86, *Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd* (Rec. 1987 p. 3719); Arrêt du 11 juillet 1985, Affaire 60 et 61/84, *Cinémathèque/Fédération nationale des cinémas français* (Rec. 1985 p. 2605); *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan e.a.* précitée n° 41; Arrêt du 30 mars 1993, Affaire C-168/91, *Konstantinidis/Stadt Altensteig et Landratsamt Calw* (Rec. 1993 p. I-1191); Arrêt du 29 mai 1997, Affaire C-299/95, *Kremzow/Republik Österreich* (Rec. 1997 p. I-2629).

⁴⁴ Arrêt du 15 mai 1986, Affaire 222/84, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (Rec. 1986 p. 1651).

⁴⁵ Arrêt du 13 juillet 1989, Affaire 5/88, *Wachauf/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft* (Rec. 1989 p. 2609).

⁴⁶ Gaudin 2011, p. 1316.

mesures administratives de mise en œuvre en tant qu'agents d'exécution du droit de l'UE.⁴⁵ Récemment, la CJ semble particulièrement attentive de ne pas dépasser la délicate limite entre « mise en œuvre du droit de l'UE » (article 51 de la Charte) et toute action des Etats membres qui pourrait mettre en cause un droit fondamental protégé au niveau supranational, bien que sa jurisprudence ait connu des fluctuations et manifeste encore une tendance à dépasser le seuil du contrôle minimal.⁴⁶ Ainsi, après avoir courageusement inclus l'action des Etats membres dans le domaine de sa compétence, elle a continué et affirmé que lorsque les Etats membres veulent restreindre un droit fondamental protégé au niveau de l'UE, cette restriction doit prendre en compte le régime juridique de ce droit tel qu'il est défini par l'ordre juridique de l'UE.⁴⁷ Plus tard, elle est arrivée au considérant de principe suivante: « lorsque la législation nationale rentre dans le domaine d'application du droit de l'UE »,⁴⁸ laquelle semble ne pas apprivoiser toutes les craintes, ni satisfaire toutes les exigences.⁴⁹

Dans ce contexte une riche jurisprudence⁵⁰ a confirmé la conclusion selon laquelle la Cour de Justice est au moins tout aussi demanderesse à l'égard des Etats membres qu'en ce qui concerne les institutions, agences et organismes de l'UE en matière de droits fondamentaux.

En effet, la recherche permanente de niveaux de protection les plus élevés en matière de droits fondamentaux nous fait assister à de véritables « modes ». Si dans un premier temps la CJ a précisé qu'elle était compétente pour vérifier le respect des droits fondamentaux européens par les actes normatifs ou les agissements des Etats membres dans la mesure où ces derniers rentrent dans « le domaine d'application du droit de l'UE », dans un deuxième temps les Etats membres ont invoqué la nécessaire protection des droits fondamentaux au niveau national en tant que justification pour les dérogations qu'ils demandaient au droit de l'UE.⁵¹ Sous l'influence de la Charte des droits fondamentaux, norme de référence légitime, autonome et surtout efficace⁵² dans le domaine des droits fondamentaux européens, et de sa fonction salubre d'encadrement du pouvoir arbitraire de l'UE, y compris de l'éventuel appétit de la CJ vers un activisme

⁴⁷ Arrêt du 18 juin 1991, Affaire C-260/89, *ERT/DEP* (Rec. 1991 p. I-2925).

⁴⁸ Arrêt du 25 mars 2004, Affaire C-71/02, *Karner* (Rec. 2004 p. I-3025).

⁴⁹ Lawson 2005, p. 239 et s.

⁵⁰ *Demirel/Stadt Schwäbisch Gmünd* (Rec. 1987 p. 3719), précitée n° 43; *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan e.a.*, précitée n°41; *Konstantinidis/Stadt Altensteig et Landratsamt Calw*, précitée n° 43; *Carpenter*, précitée n°41; Arrêt du 6 novembre 2003, Affaire C-101/01, *Lindqvist* (Rec. 2003 p. I-12971); *Karner*, précitée n°48, etc.

⁵¹ *Kreil*, précitée n° 25; Arrêt du 12 juin 2003, Affaire C-112/00, *Schmidberger* (Rec. 2003 p. I-5659); Arrêt du 14 octobre 2004, Affaire C-36/02, *Omega* (Rec. 2004 p. I-9609).

⁵² Tanasescu 2010, p. 15 et s.

exagéré en matière de protection de ces droits, on pourrait assister à un nouveau revirement et voir la Cour prendre encore une fois l'initiative dans le cadre de cette spirale, initiative cette fois quelque peu domptée par un encadrement juridique pertinent. Cette possibilité a d'autant plus de chances de se réaliser que l'imminente adhésion de l'UE à la CEDH met la CJ dans une situation paradoxale et cruciale. Le Document de réflexion de la Cour de Justice sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH tout comme sa jurisprudence de 2010 et 2011 laissent entendre que la CJ a l'intention de faire en sorte que la protection accordée aux droits fondamentaux au sein de l'UE soit non seulement autonome,⁵³ mais aussi beaucoup plus étendue et élevée que celle organisée autour de la CEDH⁵⁴ ou du droit national.⁵⁵

Toutefois, dans la mesure où le contrôle exercé par la juridiction de l'UE sur les Etats membres, et plus encore sur les Etats candidats à l'adhésion,⁵⁶ est difficilement classable dans la catégorie contrôle interne de l'UE, mais reste plutôt un contrôle interne dans l'UE, afin d'assurer non seulement une meilleure protection des droits fondamentaux, mais aussi une meilleure adhésion des citoyens au projet européen, il n'est pas certain qu'un renforcement des compétences de l'UE en dépit des Etats membres soit un facteur automatiquement positif. La CJ l'a bien compris lorsqu'elle a adopté des positions conciliantes par rapport aux procédures internes de protection des droits fondamentaux constitutionnels des citoyens européens.⁵⁷ La Charte des droits fondamentaux pourrait avancer dans cette niche déjà créée, et faire valoir son utilité en préservant l'équilibre entre un contrôle trop intrusif et un laxisme trop dangereux au sein de l'UE en matière de droits fondamentaux. Une bonne illustration de ce raisonnable souhaitable serait la position suivante déjà prise par la Cour en 2004: « lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont elle assure le respect. En revanche, la Cour n'a pas cette compétence à l'égard d'une réglementation qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire et lorsque l'objet du litige ne présente aucun élément de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par les dispositions des traités ».⁵⁸

⁵³ CJUE Arrêt du 7 décembre 2010, Affaire C-439/08, *VEBIC* (non encore publiée); Arrêt du 29 juin 2010, Affaire C-550/09, *E et F* (Rec. 2010 p. I-6213).

⁵⁴ Ordonnance du 12 novembre 2010, Affaire C-339/10, *Asparuhov Estov e.a.* (non encore publiée); Arrêt du 5 octobre 2010, Affaire C-400/10 PPU, *MCB* (non encore publiée).

⁵⁵ CJUE Arrêt du 9 mars 2010, Affaire C-518/07, *Commission/Allemagne* (Rec. 2010 p. I-1885).

⁵⁶ Komarek 2005 <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/7> (consulté le 10 février 2010).

⁵⁷ Arrêt du 22 juin 2010, Affaires jointes C-188/10 et C-189/10, *Melki et Abdeli* (Rec. 2010 p. I-5667) ou encore Arrêt du 9 novembre 2010, Affaires jointes C-92/09 et C-93/09, *Volker und Markus Schecke et Eifert* (non encore publiée).

⁵⁸ Ordonnance du 6 octobre 2005, Affaire C-328/04, *Vajnai* (Rec. 2005 p. I-8577).

⁵⁹ Entretien avec Skouris 2011, p. 3.

2.1.3 Opposabilité des droits fondamentaux de l'UE au niveau international

Beaucoup d'encre a coulé sur le sujet d'un éventuel contrôle externe à l'UE qui aurait des mérites s'il pouvait être exercé avec la même intensité et de la même manière aussi bien sur les institutions et agences européennes que sur les États membres; cela a été d'ailleurs une des motivations de l'adhésion projetée de l'UE à la CEDH.⁵⁹ Et il est vrai que les entités juridictionnelles ou panels gardiens des instruments internationaux ont fait preuve d'une certaine déférence à l'égard de l'UE, même si, parfois, la CEDH a dépassé le stade de la simple reconnaissance d'un « niveau de protection équivalent »,⁶⁰ et a fait savoir que la protection des droits de l'homme ne devait pas « glisser entre les fissures » d'une répartition des compétences de plus en plus baroque au sein de l'UE.⁶¹

Cependant, il serait, peut-être, tout aussi légitime de renverser les termes dans lesquels cette éternelle question est posée. Dans le cadre du classique débat sur les effets et l'effectivité d'un contrôle exogène sur la manière dont l'UE respecte et protège les droits fondamentaux autonomes qu'elle s'est efforcée d'identifier et de rendre opérationnels, on oublie souvent que le référentiel employé est universel mais contextuel, et qu'il serait tout aussi légitime de se poser la question en sens inverse, à savoir dans quelle mesure la CJ a pu faire valoir les droits fondamentaux spécifiques à l'UE dans les forums internationaux. Or, si l'on analyse attentivement la jurisprudence de la CJ, on observe que son courage se manifeste non seulement à l'intérieur de l'UE par rapport aux institutions, agences et autres organismes européens, de même que par rapport aux États membres et leurs autorités publiques, mais aussi à l'égard de la communauté internationale, c'est-à-dire à l'extérieur de l'UE.⁶² Ainsi, la CJ a déjà procédé à l'interprétation des mesures prises par le Conseil de l'UE dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies,⁶³ ou encore à la vérification de leur légalité,⁶⁴ ou même à leur invalidation.⁶⁵ Cela revient à dire que l'efficacité des droits fondamentaux autonomes de l'UE peut se révéler y compris à travers leur capacité à réduire de potentiels conflits entre divers ordres juridiques dans le cadre du pluralisme ambiant, en facilitant leur résolution autour de standards universels bien que flexibles.

⁶⁰ Principe énoncé par l'ancienne Commission Européenne des Droits de l'Homme dans la Décision de la Commission du 9 février 1990, Affaire *M. & Co. c. République fédérale d'Allemagne* (Requête n° 13258/87, Décisions et rapports (DR) 64, p. 146).

⁶¹ Représentative de cette approche reste CEDH, Arrêt du 18 février 1999, Affaire *Matthews c. Royaume-Uni* (Requête n° 24833/94, Recueil des arrêts et décisions 1999-I).

⁶² de Wet 2009, p. 284 et s.

⁶³ Arrêt du 30 juillet 1996, Affaire C-84/95, *Bosphorus/Minister for Transport, Energy and Communications e.a.* (Rec. 1996 p. I-3953); Arrêt du 11 octobre 2007, Affaire C-117/06, *Möllendorf et Möllendorf - Niehuus* (Rec. 2007 p. I-8361).

⁶⁴ *Segi e.a./Conseil*, précitée n°30.

⁶⁵ Comme la suite des affaires dites 'Kadi' le montre fort bien. Voir note n° 40.

2.2 Une universalité à géométrie variable

La reconnaissance théorique et politique des droits de l'homme en tant que standard international ne peut pas cacher la flexibilité de leur efficacité juridique. La portée des droits fondamentaux est relative, y compris pour l'UE; aussi paradoxal que cela puisse paraître, leur valeur universelle n'est pas absolue, mais reste dépendante du contexte dans lequel ils sont mis en œuvre. Ainsi, l'universalité des droits et libertés fondamentales peut être déclinée selon un critère subjectif (titulaires et bénéficiaires) et un critère objectif (espace).

2.2.1 Titulaires et bénéficiaires des droits fondamentaux

Déjà avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux la question des titulaires et bénéficiaires était assez délicate. La lente expansion de la sphère des titulaires de la liberté de circulation des travailleurs aux citoyens reste l'illustration la plus emblématique de la transformation qu'a connue l'intégration européenne d'économique en constitutionnelle, et accompagne l'affirmation même du concept de droits fondamentaux dans l'UE. De par sa fonction objective et sa vocation comparatiste, le principe de non-discrimination a pu servir les objectifs d'élargissement des bénéficiaires des droits fondamentaux de l'UE. La CJ dispose déjà d'une jurisprudence consolidée portant sur les ressortissants européens, les citoyens des pays avec lesquels l'UE a conclu des accords d'association⁶⁶ ou encore sur les ressortissants des pays tiers.⁶⁷

L'entrée sur scène d'un instrument juridique additionnel à vocation universelle ne fera que renforcer cette tendance à l'expansion de l'universalité relative des droits fondamentaux de l'UE. En effet, certaines dispositions de la Charte telles « toute personne » (art. 2 para. 1, art. 3 para. 1, art. 6, art. 7, art. 8 para. 1, art. 10, art. 11, art. 12, etc.) ou « nul » (art. 2 para. 2, art. 4, art. 5, art. 19 para. 2,

⁶⁶ La Cour de Justice a estimé, en général, que les dispositions anti-discriminatoires de tels accords internationaux contiennent des obligations suffisamment claires et précises pour les rendre applicables aux ressortissants de ces pays. Dans ce sens voir Arrêt du 27 septembre 2001, Affaire C-63/99, *Gloszczuk* (Rec. 2001 p. I-6369); Arrêt du 27 septembre 2001, Affaire C-235/99, *Kondova* (Rec. 2001 p. I-6427); Arrêt du 27 septembre 2001, Affaire C-257/99, *Barkoci et Malik* (Rec. 2001 p. I-6557).

⁶⁷ Arrêt du 11 mars 1997, Affaire C-13/95, *Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung Krankenhaus-service* (Rec. 1997 p. I-1259).

⁶⁸ Voir CEDH, Arrêt du 12 décembre 2001, Affaire *Bankovic et autres c. Belgique et autres* (Requête n° 52207/99, Recueil des arrêts et décisions 2001-XII); CEDH, Arrêt du 8 juillet 2004, Affaire *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* (Requête n° 48787/99, Recueil des arrêts et décisions 2004-VII); CEDH, Arrêt du 16 novembre 2004, Affaire *Issa et autres c. Turquie* (Requête n° 31821/96); CEDH, Arrêt 12 mai 2005, Affaire *Öcalan c. Turquie* (Requête n° 46221/99, Recueil des arrêts et décisions 2005-IV). Voir aussi Benoît-Rohmer 2005 http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=120&id_rubrique=9 (consulté le 10 février 2010).

etc.) laissent entendre qu'elle s'adresse à tous les êtres humains. En matière de protection des droits au niveau régional cela ne va pas sans rappeler la disposition de l'art. 1 de la CEDH, qui proclame l'obligation pour les Hautes Parties contractantes de respecter les droits de l'homme à « toute personne relevant de leur juridiction », ainsi que les constructions juridiques auxquelles la Cour EDH a dû recourir lorsque la question de la définition de ce concept s'est posée.⁶⁸ Au vu de tout ce qui a été dit précédemment sur l'évolution des droits fondamentaux au sein de l'UE il n'est pas déraisonnable de songer que la tendance universaliste sera renforcée et que le bénéfice des droits fondamentaux sera accordé à tous ceux qui relèvent de la juridiction de l'UE. Cela serait conforme aux standards internationaux dans le domaine de la protection des droits de l'homme et en harmonie avec les textes et les pratiques constitutionnelles des Etats membres en matière des droits fondamentaux.

Toutefois, la constitutionnalisation toujours croissante de l'UE a entraîné dans la sphère des droits fondamentaux non seulement des droits justiciables, mais aussi des principes novateurs, de type socio-économique, dont la portée pratique reste à déterminer. Tel est le cas notamment avec la Charte des droits fondamentaux, qui consacre nombre de principes sans véritables traits de droit subjectif. Le fait que, dans les traditions constitutionnelles de certains Etats membres, et notamment de la Grande Bretagne, l'approche envers ces principes qui ont vocation à se transformer en droits consiste plutôt à les faire protéger par des mécanismes légitimés démocratiquement (pouvoirs politiques) que par des instruments légitimés par l'argumentation (juridictions), explique le régime flexible instauré pour la Charte des droits fondamentaux⁶⁹ et permet de mieux saisir ce qu'on appelle ici la contextualisation des droits fondamentaux. En effet, dans la doctrine on s'est même demandé si les droits fondamentaux reconnus au sein de l'UE n'étaient pas plutôt des privilèges, dont seulement certains individus pourraient profiter.⁷⁰

2.2.2 Extraterritorialité de la Charte

Une des justifications les plus solides de l'apparition de l'article 7 TUE dans le paysage normatif de l'UE réside dans le caractère universel des droits fondamentaux. Toutefois, cette disposition ne règle au niveau institutionnel⁷¹ que les situations qui pourraient apparaître à l'intérieur de l'UE. Est-ce la vocation

⁶⁹ Protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni, JO 2007/C 306/01.

⁷⁰ Möllers 2011, p. 197.

⁷¹ La Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union Européenne – Respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'union est fondée (COM/2003/0606 final) précise que ce mécanisme, pour autant qu'il dispose d'une portée horizontale et générale et ne se limite pas au champ d'application du droit de l'Union, n'a pas vocation non plus à résoudre des cas individuels.

universelle des droits fondamentaux de constituer un fondement valable pour une promotion active de ces valeurs également à l'extérieur de l'UE?

On a vu que la CJ a su faire imposer des droits fondamentaux autonomes pour l'UE même à des ordres juridiques qui lui étaient extérieurs, mais les affaires citées concernaient une application du droit de l'UE sur le territoire de l'UE. Serait-elle en mesure d'en faire autant si les titulaires et bénéficiaires potentiels des droits fondamentaux se trouvaient à l'extérieur du territoire couvert par l'ordre juridique de l'UE? Répondre à cette question revient à considérer possible, voire nécessaire, l'exercice extraterritorial des compétences personnelles dont se trouvent investies certaines institutions régionales en vertu du fait que plusieurs Etats, fondateurs de ces mêmes institutions, se sont mis d'accord sur une protection renforcée des droits individuels de leurs nationaux. On sait désormais que la CEDH a donné une réponse affirmative à une question semblable, mais toujours fort circonstanciée.⁷² On sait également que, dans l'état actuel des relations internationales il serait difficile d'apporter une réponse générale à cette question, somme toute beaucoup trop vague, mais, de nouveau, le rôle de la Cour de Justice sera essentiel, car il serait intéressant de voir si elle va continuer sur la voie ouverte par l'affaire *Lindqvist*.⁷³

3 Conclusion

Si à ses débuts l'intégration européenne a été critiquée en raison d'une certaine instrumentalisation de l'individu au profit d'objectifs d'ordre général, au fur et à mesure de son développement et approfondissement elle a connu d'importantes mutations. De l'époque fonctionnaliste, qui favorisait des finalités supranationales presque exclusivement en matière économique, l'intégration s'est élargie pour intégrer aussi le niveau politique et a, pour ce faire, changé de méthode en faveur d'instruments empruntés au constitutionnalisme, qui mettent au centre de leurs préoccupations les droits fondamentaux des individus. Une telle métamorphose ne s'est pas produite dans le néant. En réalité, l'Europe disposait déjà avant l'Union Européenne d'une riche culture dans le domaine de la protection des droits individuels. Les évolutions de date récente en la matière ne font que confirmer et faire avancer l'état général des choses. Toutefois, dans ce contexte il ne nous semble pas exagéré de poser la question d'une éventuelle saturation du citoyen européen le quel, confronté à un tel acharnement en faveur de ses droits et intérêts de la part de toutes les autorités et à tous les niveaux, risquerait peut-être de se lasser. Le

⁷² En préférant l'expression « toute personne relevant de leur juridiction » à celle de « toute personne résidant sur le territoire des Hautes Parties contractantes », la Convention a introduit volontairement une certaine ambiguïté. Dans le doute, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a interprété cette disposition comme ayant l'intention d'élargir l'application de la Convention aux personnes qui, sans avoir une résidence permanente sur le territoire des Etats contractants, dépendent de leur juridiction. Cohen-Jonathan 2002, p. 1069.

⁷³ *Lindqvist*, précitée n° 50; *Parlement/Conseil*, précitée n° 36.

danger d'un renversement de situation, où les droits fondamentaux passeraient de nouveau au second plan, n'est jamais très lointain. Pour empêcher un tel scénario, et faire de la reconnaissance des droits fondamentaux la limite de l'action des pouvoirs publics européens, le rôle de la CJ reste incontournable, bien que ce rôle s'analyse en des termes négatifs (de limitation) et non pas positifs (de construction). Néanmoins, la formation d'une authentique communauté configurée autour de valeurs culturelles communes, parmi lesquelles les droits fondamentaux doivent remplir un rôle essentiel de valeurs constitutionnelles, doit connaître comme point de passage obligatoire la phase d'une constitutionnalisation poussée et, dans l'accomplissement efficace de cette tâche, la CJ reste la mieux placée.

Références

- Benoît-Rohmer F (2005) Pour la construction d'un espace juridique européen de protection des droits de l'homme. http://europedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=120&id_rubrique=9. Consulté le 10 février 2010
- Bon P (1991) La constitutionnalisation du droit espagnol. *Revue française de droit constitutionnel* 5:35
- Cartabia M (2009) Europe and rights: taking dialogue seriously. *EuConst* 5:5
- Cohen-Jonathan G (2002) La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 52:1069
- Constantinesco V (2002) Des racines et des ailes – Essai sur les rapports entre droit communautaire et droit constitutionnel. In: *Au carrefour des droits - Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, p 309 et s
- de Wet E (2009) The role of European courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalisation ? *EuConst* 5:284
- Document de réflexion de la Cour de Justice sur certains aspects de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_fr_2010-05-21_12-10-16_11.pdf. Consulté le 10 février 2012
- Fassbender B (2007) The meaning of international Constitutional law. In: Tsagourias N (éd) *Transnational constitutionalism—international and European perspectives*, Cambridge, p 307 et s
- Favoreu L (1997) La constitutionnalisation du droit. In: *L'Unité du droit - Mélanges en hommage à Roland Drago*, PUAM Economica, Paris, p 28 et s
- Gaudin H (2011) Jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger* 5:1313
- Klabbers J (2004) Constitutionalism Lite. *Int Organ Law Rev* 1:31
- Komarek I (2005) Inter-court constitutional dialogue after the enlargement—implications of the case of university professor Köbler. *Croatian Yb Eur Law Policy* 1: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/7>. Consulté le 10 février 2010
- Kühling J (2011) Fundamental rights. In: Bogdandy A von, Bast J (éds) *Principles of European constitutional law*. Hart Publishing & Verlag C.H. Beck, Oxford/München, p 479 et s
- Lawson R (2005) The contribution of the agency to the implementation in the EU of international and European human rights instruments. In: Alston Ph, Schutter O de (éds) *Monitoring fundamental rights in the EU*. Hart Publishing, Oxford and Portland, p 239 et s
- Marella MR (2006) The old and the new limits to freedom of contract in Europe. *Eur Rev Contract Law* 2:271
- Mayer F (2003) The European constitution and the courts—adjudicating European constitutional law in a multilevel system. <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-03.html>. Consulté le 10 février 2012

- Möhlrs Ch (2011) Pouvoir constituant—constitution—constitutionnalisation. In: Bogdandy A von, Bast J (éds) *Principles of European constitutional law*. Hart Publishing & Verlag C.H. Beck, Oxford/München, p 169 et s
- Muraru I, Tanasescu S (2001) La constitutionnalisation du droit roumain. In: *Le nouveau constitutionnalisme – Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, Paris, p 975 et s
- Pescatore P (1983) The doctrine of direct effect. *Eur Law Rev* 8:155
- Reestman JH (2008) Editorial. *EuConst* 4:200
- Rossi L S (2002) « Constitutionnalisation » de l'Union européenne et des droits fondamentaux. *Revue trimestrielle de droit européen* 39
- Simon D (2001) *Le système juridique communautaire*, PUF, passim
- Skouris V (2011) Entretien avec le Président de la Cour de Justice de l'Union Européenne, *RDP* 3
- Tanasescu S (2010) Carta drepturilor fundamentale a UE: avantajele si efectele ei pentru cetatenii europeni. *Revista româna de drept european* 4:15
- Verdross A (1926) *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*. Springer, Wien/Berlin, passim
- von Bogdandy A (2007) Recent trends in German and European Constitutional Law. Riedel E, Wolfrum R (eds) *Constitutional principles for Europe*, Springer, Hiedelberg, p 7