

ÜÇÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : *Prof. Dr. Duygun YARSUVAT*^(*)

“TÜRK ANAYASASI’NIN AVRUPA ANAYASASI’NA UYUM SORUNU”

KONUŞMACILAR : 1) *Prof. Dr. Dominique ROUSSEAU*

“Avrupa Birliği’nde İnsan Hakları Sorunsalı”

: 2) *Sylvie BRAHY*

“Avrupa Anayasası ve Türk Anayasa Hukuku Bağlamında İnsan Hakları”

: 3) *Prof. Dr. A. Işıl KARAKAŞ*

“Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematığı: Teorik ve Pratik Sorunlar”

: 4) *Prof. Dr. Naz ÇAVUŞOĞLU*

“Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi”

^(*) Galatasaray Üniversitesi Rektörü.

AVRUPA BİRLİĞİNDE İNSAN HAKLARI SORUNSA LI

Prof. Dr. Dominique ROUSSEAU^()*

Teşekkürler sayın başkan. Sayın Barolar Birliği başkanı, değerli konuklar, değerli meslektaşlarım;

İlk önce Türk anayasa mahkemesi tarafından buraya davet edildiğim için ne kadar mutlu olduğumu söylemek istiyorum. İkinci defa bu mahkemenin tertip ettiği bilimsel toplantıya katılıyorum. Meslektaşlarımla buluşmak için Türkiye'ye gelmek benim için büyük bir zevk, hatta bu meslektaşlarımla bazılarıyla arkadaş olduk ve kendilerini ara sıra Montpellier Üniversitesi'nde ağırlıyorum. Türkiye'nin anayasal fikirleriyle Fransa'nın anayasal fikirlerini karşılaştırmak gerçekten çok önemli benim için. Farklılıkların ötesinde çok fazla ortak noktamız da var. En azından bazı şeyleri daha da iyi düzeye çıkarmak için birbirimize sorduğumuz sorular oluyor, hem Fransa'da hem de dünyanın diğer yerlerinde. Bugün bizi bir araya getiren konu ise hepimizin ortak ideali olan hukuk devleti.

Avrupa Anayasası'nda insan hakları sorunsalından bahsetmemi istediniz. Bu, Avrupa Birliği için yeni bir sorunsal. Şunu unutmamak gerekir ki ikinci dünya savaşından sonra Avrupa Birliği kurulduğunda, birlik kendine hedef ya da temel olarak insan haklarını seçmiş değildi. Avrupa Birliği'nin kurulmasının ardındaki ilk neden ekonomi idi, insan hakları değil. Kömür çelik ve Roma antlaşması ile ekonomi, 1986 tarihli Tek Senet ile de ortak ve tek Pazar temel alınmıştı. Daha sonra 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile tek para yani Euro gündeme geldi. Evet Avrupa Birliği ilk olarak ekonomik temeller üzerinde kuruldu, insan hakları için başka bir Avrupa vardı. Bu da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kurduğu, Avrupa Konseyi'nin kurmuş olduğu Avrupa'dır. İşte bunlarla bütün Avrupa kıtasında insan haklarını korumanın ve garanti altına almanın bir hedef olduğu ilan edildi. 1950 yılında, Avrupa Birliği'ni kuran bu ülkelerin ötesinde, ekonomik topluluğu kuran antlaşmalarda ne insan haklarına dair ne de demokrasi ve hukuk devletine dair hükümler vardı. Aslında, Strasbourg Avrupası, insan hakları Avrupası, Brüksel Avrupası ve ekonomik Avrupa olan Lüksembourg Avrupası arasında bir yetki paylaşımı var. Dolayısıyla insan hakları sorunsalı Avrupa Birliği için oldukça yeni. Yeni derken on yıl gibi bir geçmişten bahsediyoruz. İlk

^(*) Fransa Montpellier Üniversitesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

önce Maastricht Antlaşması ile daha sonra Amsterdam Antlaşması ile hukuk devletine, demokrasiye ve insan haklarına saygıya dair hükümler gelmiştir. Dolayısıyla bu sorunsal Avrupa Birliği için her durumda yeni bir sorunsal.

Bu, yeni bir sorunsal olmasının yanı sıra yasal araçların değişimini sağlayan da bir sorunsal. Avrupa Birliği çoğunlukla uluslar arası antlaşmalar ile kuruldu. Dolayısıyla Avrupa Birliği içerisinde insan haklarından bahsediyorsak yeni bir aracı, anayasal aracı irdelememiz gerekiyor. 80'lerin sonunda ve 90'ların başında Avrupa birliğinin insan haklarına saygı konusunu tartışmaya başladığı dönem anayasa sorununu tartışmaya başladığı döneme denk gelir. Kurucu bir metin olması itibarıyla anayasal sorun bağlamında bu konunun gündeme gelmesi bir tesadüf değildir. Burada birlikte yaşama isteğini somutlaştıran bir metinden bahsediyoruz. İnsanların ortaklaşa kabul ettiği ve etrafında yaşamak istediği değerler, ilkeler ve hakları içeren bir metindir bu. Dolayısıyla Avrupa Birliği'nin insan haklarını tartışmaya başlaması ile anayasasını tartışmaya başlaması aynı anda gerçekleşmiştir. Ekonomik birlik, siyasi birlik ve anayasa; işte bu andan itibaren Avrupa Birliği hangi hakları koruyacağını ve nasıl koruyacağını tartışmaya başlamıştır, zira Avrupa Birliği'nin farklı üye devletleri ortak anayasal gelenekleri paylaşırsa da, her devlet insan haklarına dair farklı bir hiyerarşiye ve kavrama sahiptir. Bazıları medeni ve siyasi hakların sosyal haklardan daha önemli olduğunu düşünmektedir. Bazı devletler de bunun tam aksine sosyal hakların medeni ve siyasi haklardan daha önemli olduğunu düşünmektedir. Bazı devletlerde yazılı hukuk geleneği vardır, bazı devletlerde ise - Birleşik Krallık Büyük Britanya gibi- yazılı hukuk geleneği yoktur ve bunlar insan haklarının yazı ile beyan edilmesine çekinceli yaklaşmaktadır, zira bu ülkelerde yazılı anayasa yoktur. Sonuç olarak anayasa yazma fikrinin kendisi bile bu gruptaki ülkeler için sorun teşkil etmektedir. Bu zorluğu aşmak ve farklı ülkelerin anayasal geleneklerini bir araya getirmek için Avrupa Birliği kendine, diğer ülkelerde de denenilen yeni bir yöntem seçmiştir. Bu yöntem, bir sözleşme yapmaktan ibarettir. Normalde Avrupa antlaşmaları dışişleri bakanları tarafından hükümetler arası konferanslarda müzakere edilmekte tartışılmaktadır. İnsan hakları söz konusu olduğunda ise hükümet ve devlet başkanları yeni bir yöntem seçmiştir. Bu yeni yöntem Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın yazımını bir sözleşme (konvansiyon) yoluyla gerçekleştirmektedir. Yani, Avrupa parlamentosunun, ulusal parlamentoların, hükümetlerin ve Brüksel komisyonunun temsilcileri bir araya gelecek ve bir sözleşme yapacaktır.

Birleşik Devletlerin ilk anayasasını hazırlayan Philadelphia konvansiyonuna benzer bir modeldir bu. Temel Haklar Şartı diplomatlar, elçiler ve dışişleri bakanları tarafından değil, ikinci derecede seçilen temsilciler tarafından hazırlanmıştır. Devlet ve hükümet başkanları Aralık 2000'de Nice'te bir metin kabul etmiştir. Bu Şart kabul edilirken yasal niteliği ya da bağlayıcılığı garanti altına alınmamıştır. Avrupa antlaşmalarına iliştilmediği için, Nice Antlaşması'nın bir parçasını oluşturmamaktadır, Nice Antlaşması'nın yanında benimsenmiştir. Askıda kalan bir soru vardır. Bu da Şartın kanuni niteliği ve kapsamıdır. Hazırlanması esnasında bu belirlenmemiştir. Şu anda Avrupa Anayasası taslağı sizin de bildiğiniz gibi referanduma gidecek ve Aralık 2000'de Nice'te kabul edilen Temel Haklar Şartı'nın Avrupa Anayasası taslağına eklenmesi kararlaştırıldı. Temel Haklar Şartı artık Avrupa Anayasası taslağı'nın ikinci kısmını teşkil ediyor. 2000 ve 2004 yılları arasında bu metinde bir takım değişiklikler yapılsa da, bunlar ikincil değişiklikler olup, Aralık 2000'de kabul edilen metnin mimarisini çok fazla değiştirmemiştir. Bu şekilde, insan hakları yaklaşık 15 yıldır Avrupa Birliği'nin ilgi alanında bulunmaktadır. Ve bu süreç içinde normalde Avrupa antlaşmalarının kabulünde kullanılan usulden farklı bir usul kullanılmıştır.

Peki bu Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın içinde ne var? Sizinle iki konuyu tartışmak istiyorum. Birinci nokta; Temel Haklar Şartı'nın içeriği nedir? İkinci nokta; Avrupa Anayasası taslağı'nın kabul ettiği temel haklar kapsamı nedir?

İlk sorunla başlayalım. Bu Şartın içeriği nedir? Değişik Avrupa ülkeleri arasında yapılan müzakerelerin ardından, bu Şartın içeriği ile ilgili iki temel nokta gündeme gelmiştir ve karara bağlanmıştır. Bir hukukçu olarak değerlendirecek olursam, varılan sonuç çok da memnun edici değildir. Bunun iki nedeni var. Birinci neden şu, antlaşmanın ikinci kısmı -bildiğiniz gibi bu kısımda temel haklar var-medeni ve siyasi haklar ile sosyal haklar arasında bir ayırım yapmaktadır. Avrupa'da insan hakları savunucuları, insan haklarının her yerde ve rengi, cinsiyeti, dini ne olursa olsun herkes için geçerli olduğunu savunmuştur. Yani insan haklarının evrenselliği her fırsatta ifade edilmiştir. Ama savundukları şey sadece insan haklarının evrenselliği değil aynı zamanda bölünmezliğidir de. Evet, antlaşmanın ikinci kısmı insan haklarını gerçek haklar, küçük haklar, ikincil haklar, daha öz önemli olan haklar, sadece hedef ve temenni olan haklar diye birbirinden ayırmıştır. Bu ayrımı Avrupa Anayasası'nın II-102. maddesinde görebilirsiniz. Bu maddenin 5. fıkrasında metinde kullanılan terminoloji haklar ve ilkeler olarak birbirinden ayrılmış. Hak denilince Avrupa vatandaşlarının hakim önünde doğrudan

kullanabilecekleri haklar akla gelmektedir. Bunlara haklı gösterilebilir haklar denmektedir, yani doğrudan kullanılabilen haklar. Bunun yanı sıra anayasa ilkelerini bundan ayrı tutmaktadır. Bu noktada ilkelerin Avrupa Birliği kurumları için ya da üye devletler için yükümlülük teşkil etmediği ifade edilmektedir. Dolayısıyla haklar ve ilkeler arasında ayırım yapılırken temel alınan bunların hakim önünde talep edilip edilemeyeceğidir. Bu açıdan anayasa okunduğunda, sosyal hakların ilke kategorisinde ele alındığı görülmektedir. Mesela sağlıklı olma hakkı bir Avrupa vatandaşının hakim önünde kullanabileceği bir hak değildir. Bu sadece bir hedef, temenni ve ilkedir. Yani üye devletler ya da Avrupa birliği sağlıklı olma hakkını hayata geçirmek için gerekli önlemleri almazsa bu noktada bir hakimin yapabileceği bir şey yoktur. Dolayısıyla, medeni haklar, siyasi haklar ve diğer haklar arasında bir ayırım var; gelecek özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı hürriyeti gibi...

Bundan sonra diğer haklar yani sosyal haklar geliyor. Fransız anayasal geleneği hakların bu şekilde ayrılmasını her zaman reddetmiştir. Fransız Anayasa Konseyi 1789 bildirgesi ile 1945 metninin aynı değere ve niteliğe sahip olduğunu bildirmiştir. Madde II-94'te, birliğin sosyal hizmetlere erişim hakkına saygı göstereceği yazmaktadır. Burada öncelikle sosyal hizmetlere erişim hakkına saygı gösterilmesinin iyi bir şey olduğunu söylemek gerek tabii. Burada hukukçuların sorduğu soru şu: neden "sosyal hizmet hakkı" değil de "sosyal hizmetlere erişim hakkı" denilmiş? Neden böyle bir fark var? Bu sorunun cevabını metinde bulabilirsiniz. İlgili maddeyi okuyacak olursanız, şu anlaşılıyor ki, birlik sadece sosyal hizmetlerin var olduğu devletlerde bu hakkı tanıyor ve kabul ediyor. Yani bu hizmetleri sunan devletlerin vatandaşlarının bu hizmetlere erişim hakkı. Anayasa daha sonra şunu söylüyor: Sosyal hizmetlerin olmadığı üye devletlerde vatandaşlar devletlerinden bu hizmetlerin sunulmasını talep edemezler, zira bu sosyal hizmet hakkı değil sadece var olduğu yerlerde sosyal hizmetlere erişim hakkı. Başka örnekler de verebilirim. Fransız Anayasası'nda iş ya da meslek hakkı tanınmışken Avrupa Anayasası'nda sadece çalışma hakkı tanınmış. Her hukukçu bilmektedir ki kullanılan ifadeler uygulamaları önemli ölçüde etkiler. Yani ufak bir farklılıkta bile kurumlara ya da devletlere yükümlülük getirebilir ya da herhangi bir bağlayıcılık yaratmaksızın kişilerin takdirine bırakabilirsiniz. Başka bir şekilde ifade edecek olursak, bu anayasadaki insan hakları normatif yapısı, bölünmesi ve kullanılan ifadeler nedeniyle oldukça zayıf durumdadır. İçerikle ilgili bir zayıflık daha var. Bu da anayasada belirtilen haklar ile 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde belirtilen haklar arasındaki farktan

kaynaklanıyor. Bir çok insan hakları katalogunun yazarı Robert Badander'in belirttiği gibi Avrupa böyle özel bir durumla karşı karşıya.

İlk önce her ülkenin kendi insan hakları katalogu var. Türkiye'nin de kabul ettiği 1950 Avrupa Sözleşmesi'nin içeriği şimdi Avrupa Anayasası taslağının ikinci kısmındaki katalogu oluşturuyor. Bu üç insan hakları katalogu arasında bazen çok basit bazen de çok derin farklılıklar da var. Mesela biraz önce de söylediğim gibi, Fransız katalogunda "iş hakkı" denirken Avrupa katalogunda "çalışma hakkı" denmiş. Dolayısıyla bu üç insan hakları katalogundaki ifadelerle ilgili bir sorun var. Bu ifade sorununu çözmek için, Avrupa Anayasası taslağı "karşılık gelen (tekabül eden) haklar" öngörüyor. Yani, Avrupa Anayasası'nda ifade edilen bir hak 1950 sözleşmesinde belirtilen bir hakka gönderme yapıyor ya da karşılık geliyor. Dolayısıyla Lüksembourg Mahkemesi'nin anayasa maddelerini Strasbourg Mahkemesi gibi yorumlaması gerekecek. Bunun nedeni de maddelerin saptırılmasının ya da içtihatlar arasındaki farklılığın önüne geçmek. Bunu ön görmek çok güzel, fakat Lüksembourg Mahkemesi nasıl ve neden Strasbourg Mahkemesi'ne bağlı olacak içtihatlar konusunda? Lüksembourg Mahkemesi neden Strasbourg Mahkemesi hakimine uymayı kabul etsin ki? Starsbourg hakimleri bir birlik kurumunun üyeleri değil çünkü. Yani birlik kurumlarının dışında olan sadece Avrupa Birliği'nde haklara saygı gösterilip gösterilmediğine bakan en yüksek mahkeme olan Strasbourg Mahkemesi ile de ilgili bir sorun var. Bir Avrupa vatandaşı Lüksembourg Mahkemesi'nde "karşılık gelen hakkına" riayet edilmesini isterse ne olacak? Lüksembourg Mahkemesi "bu işe ben bakamam, Strasbourg Mahkemesi'ne gönderelim bunu, bakalım onlar hukuku nasıl yorumlayacak?" demek zorunda kalacak mı? Lüksembourg Mahkemesi'ni bu tür konulara bakabilmesi için önce Strasbourg Mahkemesi'nin incelemesi mi gerekir? Şu anda Avrupalı hukukçular arasında Lüksembourg Mahkemesi ile Strasbourg Mahkemesi'nin konumlanması hakkında bir tartışma var. İnsan haklarının korunması ve garanti altına alınması ile ilgili olarak Strasbourg ve Lüksembourg hakimlerinin savaşımdan bahsedenler bile var. Strasbourg Mahkemesi şu ana kadar insan haklarına riayet edilip edilmediğine bakan tek Avrupa Mahkemesi idi. Artık Lüksembourg Mahkemesi ile bir rekabete girecek. Bu rekabet nasıl olacak? Bu ifadeler nasıl düzenlenecek? Metinde bu mahkeme zikredilmiş ama somut ve pratik işleyişi ne olacak belli değil, hala soru işaretleri var kafalarda. İki mahkemenin işbirliği yapamaması halinde insan haklarının kurban olması gibi şüpheler var.

Anayasanın ikinci kısmıyla ilgili ilk zayıflığı belirttim, fakat bunun objektif bir deklarasyon olduğunu iddia etmiyorum tabii ki. Hiç kimse bu konuda objektif bir değerlendirme yapamaz. Evet, bu kısmın içeriğinin eksik olduğunu tekrarlıyorum. Mesele sadece temel hakların ifade edilmesi değil, aynı zamanda bu haklara pratikte riayet edilmesinin temini. Bu noktada bu hakların uygulanma alanı devreye giriyor ki bu da başka bir zayıflık aslında. Avrupa Anayasası belli maddelerinde bu hakların uygulanma alanını belirtmiş ama bu çok sınırlı bir alan. Anayasa ilk başta da belirtmiş bu sınırlı alanı. Burada belirtilen haklar sadece Avrupa Birliği'nin kurumları için geçerlidir denmiş. Peki bu ne demek? Sadece birlik kurumları bu haklara riayet etmekle yükümlü. Üye devletler yalnızca birlik hukukunu uyguladıklarında bu haklara riayet durumunda kalacak. Bu devletler birlik hukukunu uygulamadıklarında Temel Haklar Şartı'na uymak zorunda kalmayacaklar. Burada gördüğünüz gibi çok açık bir şekilde uygulama alanı sınırlanmış. Bu ön sınırlama belki belli ölçüde anlaşılabilir, fakat Avrupa Anayasası belirtilen hakların birlik kurumlarına ek yetki vermemesini öngörüyor ki bu daha da sorunlu bir konu. Çünkü, anayasanın birinci bölümünde yetkilerin birlik ve üye devletler arasında öngörüldüğü şekilde ayrıldığını görüyoruz. Sadece birliğin yetki alanına giren münhasır yetkiler var ki üye devletlerin buna müdahale etme yetkisi yok. Daha sonra birlik ve üye devletler arasında paylaşılan yetkiler var. En sonunda sadece üye devletlerin yetki alanına giren, birliğin sadece destek vermek ya da koordinasyon sağlamak üzere rol üstlenebileceği üçüncü bir kısım var. Normalde eğer anayasada bir takım haklar belirtiliyorsa birlik bunları uygulamak için bir yetkiye sahip olmalı. Ama anayasada bu hakların birlik için yeni yetkiler yaratmadığı söylenmiş. Mesela Avrupa Anayasası emeklilik hakkı, meslek edinme hakkı, adil çalışma koşulları hakkı ve gereksiz işten atılmaya karşı koruma hakkı gibi bir takım hakları sıralamış. Bu çok iyi, ama anayasa "bunlar yeni bir yetki yaratmamaktadır" diyor. Yani sosyal alan birlik yetkilerinden değil ulusal yetkilerden kabul ediliyor.

Sonuç olarak, Anayasa Birliğin hayata geçiremeyeceği hakları zikretmiştir, zira anayasa sosyal alandaki her şeyin Birliğe değil üye devletlere olduğunu varsaymaktadır. zikredilen hakların hayata geçirilmesi için Birliğe gerekli yetkiler, araçlar ve imkanlar verilmediğinden doğal olarak zikredilen hakların kapsamında da bir sınırlama vardır. Belirtilen hakların etkinliğinin ve kapsamının oldukça zayıf olduğunu düşünüyorum.

Temel hakların kapsamının sınırlanmasının ardında hukukçular için bir yenilik var, hukuk teorisyenlerinin ilgi duyacağı bir konu bence

bu. Hazırlık esnasında bu anayasaya verilen normatif yapı söz konusu oluyor bu noktada. Muhakkak ki bir metin hazırlanırken, anayasa hazırlanırken, insanlar bir araya gelecektir, çok fazla tartışma olacaktır, fikir alışverişi olacaktır. Buna hazırlık çalışması denir. Bu anayasa temel hakların kaleme alınmasından önceki tartışmalara normatif bir kapsam vermiştir. Size 212. maddenin 7. fıkrasını okuyayım. “Temel Haklar Şartı’nın yorumlanmasında yol göstermek üzere yapılan açıklamalar Birliğin ve üye devletlerin içtihatlarında dikkate alınır”. Deniyor. Peki ne demek bu? Anayasanın her maddesinin üzerinde bir metin açıklaması var. Sizde de aynı metin var. Avrupa Konvansiyonu Presidium Konseyi -yani anayasayı kaleme alan Avrupa makamı- metnin bir de açıklamasını yapmış. Metne ait bu açıklamalar metinle aynı değere sahip. Yani bize deniyor ki bu açıklamalar Birliğin ve üye devletlerin içtihatlarında dikkate alınacak. Bu hükümler İngilizlerin talebi üzerine konuldu. Neden? Çünkü, İngilizler bu hakların çağdaş toplumun ışığı altında yapıcı bir şekilde yorumlanmasında ya da İtalyanların deyimiyle yaşayan haklar yaratılmasında, ulusal hakimlerin Temel Haklar Şartı’nı kullanmasını istemediler. Mesela, Avrupa Anayasası’nda “iş hakkı” yerine “çalışma hakkı” denilebilirdi. Böylece Avrupa hakimleri 5, 6, 10, 15 yılda metni yorumlar ve Presidium Konseyi’nin yapmış olduğu açıklamalarca da yasaklanmayan “meslek edinme hakkını” tanırdı. Yorumlara getirilen bu normatif kapsam sayesinde Fransız Anayasa Konseyi içtihatlar açısından bir risk olmayacağı sonucuna vardı ve Şartın Fransız Anayasası’na aykırı olmadığını beyan etti. Ama hakların kapsamındaki bu sınırlama tepki konusu oldu tabii ki. Zira, anayasanın kendisi Temel Haklar Şartı’nın canlı bir metin olmasını ve ulusal hakimler ya da Avrupa hakimleri tarafından hayata geçirilmesini yasaklıyor.

Evet, sözü fazla uzatmayayım. Tabii ki, Temel Haklar Şartı’nda olumlu yönler var, haklar, insan onuru, dayanışma, kadın erkek eşitliği var. Bu anayasada iyi bir yön de var şüphesiz. Ama bu, Avrupalılar için kendi ulusal anayasalarıyla ya da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’yle karşılaştırıldığında nicel ya da nitel herhangi bir sıçrama veyahut ilerleme teşkil edecek nitelikte değil. Evet Avrupa Anayasası Avrupalıların birlikte yaşama isteği için, insan hakları için minimal bir temel oluşturuyor. Ama bu minimal temel Avrupalıların halihazırda bildikleriyle karşılaştırıldığında dikkate değer bir ilerleme değil. Teşekkür ediyorum.

LA PROBLÉMATIQUE DES DROITS DE L'HOMME DANS LE CADRE DE L'UNION EUROPÉENNE

Prof. Dominique ROUSSEAU^()*

Merci Monsieur le président, Monsieur les présidents, Monsieur le Bâtonnier, Mesdames, Messieurs, Chers collègues ;

Permettez-moi d'abord de vous dire combien je suis honoré d'être invité par la cour constitutionnelle Turque. C'est la deuxième fois que je participe un colloque organisé par cette cour. Et c'est toujours avec un grand plaisir que je reviens en Turquie pour rencontrer des collègues dont certaines sont devenues des amis que j'ai accueilli récemment encore à Montpellier. Et c'est toujours avec grand plaisir que je confronte les idées constitutionnelles de la France avec les idées constitutionnelles de la Turquie. Et au delà des différences, il y a parfois beaucoup de points communs, au moins dans les questions que nous nous posons pour améliorer toujours, que ça soit en France, ici ou dans le monde, la qualité de l'Etat de droit qui est, je crois, l'idéal qui nous réunit aujourd'hui, ce matin.

Vous m'avez demandé de parler de la problématique des droits de l'homme dans la constitution européenne. C'est une problématique nouvelle pour l'union européenne. Il ne faut pas oublier en effet que l'union européenne, lorsqu'elle est créée après la seconde guerre mondiale, ne se donne pas pour fondement ni pour but les droits de l'homme. Ce qui anime et ce qui fonde l'union européenne c'est d'abord l'économie, ce n'est pas les droits de l'homme. C'est l'économie d'abord avec le traité SECA, c'est-à-dire l'acier, le charbon, puis le traité de Rome, la culture, le marché commun puis l'acte unique en 1986 avec le marché intérieur unique. Et puis enfin, en 1992 le traité de Maastricht apporte la monnaie unique, l'Euro. L'union européenne se construit essentiellement comme une union économique car pour les droits de l'homme il y a une autre Europe. C'est l'Europe de la convention européenne des droits de l'homme, c'est l'Europe du conseil de l'Europe qui a comme fondement et comme objectif de proclamer, et de garantir les droits de l'homme sur l'ensemble du continent européen. En 1950, au delà même de ces pays fondateurs de l'union européennes, vous ne trouvez pas les droits de l'homme dans les traités constituant la communauté économique. Vous ne trouvez pas dans les traités qui constituent la communauté économique européenne, les dispositions relatives aux droits de l'homme, à la démocratie ou à l'Etat de droit. Il y a une sorte de partage de compétences entre ce qu'on appelle l'Europe de Strasbourg, l'Europe des droits de l'homme, et puis l'Europe de Bruxelles ou l'Europe de Luxembourg qui est l'Europe économique. La question des droits de l'homme pour l'union européenne est donc une question relativement récente ; c'est-à-dire qui remonte à une dizaine d'années, essentiellement lors de l'élaboration du traité de Maastricht et plus encore avec le traité d'Amsterdam où un premier article fait référence à l'Etat de droit, à la démocratie et aux respects des droits de l'homme. Donc ; la problématique est nouvelle, en tout les cas, pour l'union européenne.

C'est une problématique récente, c'est une problématique aussi qui induit un changement d'instrument juridique. L'union européenne s'est essentiellement construite par des traités internationaux. L'union qui aborde la question des droits de l'homme se pose la question d'un nouvel instrument qui est l'instrument de constitution. A partir du moment où l'union européenne se pose la question, à la fin années 80 et au début des années 90, la promotion et du respect des droits de l'homme en son sein, elle se pose au même moment la question de sa constitution. Ce n'est pas par hasard dans la mesure où il est du ressort d'une constitution d'être d'abord un texte fondateur. C'est-à-dire un texte qui fonde ce qu'on appelle le vouloir de vivre ensemble. Un texte qui fonde les valeurs, les principes, les droits autour desquels des peuples se réunissent et décident de vivre ensemble. Donc ; il y a une

^(*) Université de Montpellier, Membre du Conseil supérieur de la Magistrature de la France, Directeur du CERCOP.

coïncidence entre le moment où l'union européenne se pose la question des droits de l'homme et le moment où l'union européenne se pose la question de sa constitution. C'est à ce moment là que le débat sur quel droit de l'homme on protégeait et comment on le protégeait commence pour l'union européenne, même si les différents pays, les différents Etats membres de l'Union Européenne partagent les patrimoines constitutionnelle communes. Chaque Etat a sa propre conception, sa propre hiérarchie des droits de l'homme. Certaines considèrent que les droits civiles et politiques sont plus importants que les droits sociaux. Certaines au contraire considèrent que les droits sociaux sont autant sinon plus importants que les droits civiles et politiques. Certaines ont des traditions de droits écrits, d'autres non comme la Grande Bretagne, le Royaume Unie qui est très réservé à l'égard d'une déclaration écrite des droits de l'homme parce qu'il n'y a pas de constitution écrite dans Royaume Unie. Par conséquent l'idée même d'écrire une constitution pose pour ces pays là des problèmes. Pour sortir de cette difficulté et pour essayer de mettre ensemble les différentes traditions constitutionnelles des Etats membres, l'union européenne a adopté une méthode qui était nouvelle pour elle mais qui était expérimentée dans d'autres pays. Méthode nouvelle a consisté à créer une convention. D'habitude les traités européens étaient négociés par les ministres des affaires étrangères, étaient négociés au sein de conférence intergouvernementale. Là, lorsque la question des droits de l'homme s'est posé, les chefs d'Etat et des gouvernements ont décidé de mettre en place une nouvelle méthode, une nouvelle procédure qui était de confier l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne, à ce qu'on l'appelais une convention; c'est-à-dire un lieu où se réunissaient des représentants du parlement européen, des parlements nationaux, des représentants des gouvernements et des représentants de la commission de Bruxelles.

Cette convention est semblable un peu à la modèle de la convention de Philadelphie qui avait rédigé la première constitution des Etats Unis. La Charte des droits fondamentaux a donc été rédigée non pas par des diplomates, non pas par des ambassadeurs, non pas par les ministres des affaires étrangères mais par des représentants élus en double degré qui ont rédigé un texte adopté en Décembre 2000 à Nice par les chefs d'Etats et des gouvernements. Cette Charte était adoptée sans que sa qualité juridique soit véritablement assurée. Puisqu'elle n'avait pas été intégrée dans les traités européens, elle ne faisait pas partie du traité de Nice, elle avait été adoptée à coté du traité de Nice. Une question restait en suspens. La question de sa valeur juridique, de sa portée juridique restait en suspens lorsqu'elle était élaborée. Il a été décidé d'intégrer la Charte des droits fondamentaux qui avait été adoptée en Décembre 2000 dans le projet de constitution européenne qui est soumis donc au référendum actuellement en France. La Charte des droits fondamentaux constitue désormais la seconde, la deuxième partie du projet de constitution européenne. Entre 2000 et 2004, elle a subi quelques modifications essentiellement rédactionnelles et des modifications secondaires qui ne modifient pas fondamentalement l'architecture qui avait été retenue en Décembre 2000. C'est comment la question des droits de l'homme est rentrée dans les préoccupations de l'union européenne depuis une dizaine d'années et par l'intermédiaire d'une procédure différente de la procédure habituelle d'adoption des traités européens.

Qu'est-ce qu'il y a donc dans cette Charte des droits fondamentaux de l'union européenne? Pour lancer la discussion et sans empiéter sur les interventions qui vont suivre, je voudrais avec vous étudier le texte du projet de constitution sur lequel les français vont se prononcer. Je voudrais avec vous discuter deux points. Le premier point ; c'est quel est le contenu de cette charte des droits fondamentaux et quelle est la portée reconnue à ces droits fondamentaux par le projet de constitution européenne.

Commençons avec le premier point, quel est le contenu de cette charte? Suite à des négociations et à des discussions entre les différents pays européens, le contenu de cette charte a soulevé deux questions principales, deux problèmes principaux qui ont été résolus, selon moi qui est un juriste, de manière insatisfaisante pour deux raisons. La première c'est que la deuxième partie du traité, qui porte sur les droits fondamentaux, fait une distinction

entre les droits civils et politiques et les droits sociaux. Le combat des partisans des droits de l'homme a toujours été, en Europe, d'affirmer le caractère non seulement universel des droits de l'homme valables entre tout lieu et pour toutes les personnes quelques soient leur couleur de peau, de sexe, de religion etc., non seulement le caractère universel mais le caractère indivisible des droits de l'homme. Or ; la partie deux divise les droits de l'homme entre les vrais droits et puis les petits droits, les droits secondaires, les droits qui ont moins d'importances, les droits qui sont simplement des objectifs, des souhaits. Cette distinction vous la trouvez dans l'article 2-102 de la constitution européenne qui dans son paragraphe 5 revient sur le vocabulaire utilisé dans le texte, vocabulaire qui distingue les droits et les principes. Les droits ce sont des droits qui peuvent être utilisés directement par les justiciables, par les citoyens européens devant un juge pour en demander le respect. C'est ce qu'on appelle les droits justiciables, les droits que vous pouvez utiliser directement. Et puis, la constitution distingue les principes. Et la, il est précisé que ces principes n'entraînent pas d'obligation pour les institutions de l'union européennes ni pour les Etats membres. Et quand conséquence; l'invocation, c'est le terme exact, leur invocation devant les juges n'est pas admise. Et lorsqu'on lit le texte, on regarde de cette grille, droits et principes, on s'aperçoit que dans la case principe figurent tous les droits sociaux. Le droit à la santé n'est pas un vrai droit qui pourrait être revendiqué par un citoyen européen devant le juge, c'est simplement un souhait, un objectif, un principe qui ne sera pas fonctionné par un juge si l'union européenne ou Etats membres ne prennent pas de dispositions pour mettre en œuvre les droits à la santé. Il y a donc une différence, il y a donc une divisibilité qui était faite entre les droits civils et politiques comme liberté d'avenir, liberté d'expression, liberté de réunion etc.

Et puis viennent les autres droits les droits sociaux. Or, dans toute la tradition constitutionnelle française cette divisibilité des droits a été repoussée puisque le conseil constitutionnel français reconnaît la même valeur et la même portée juridique à la déclaration de 1789 et au préambule de 1945. On limite aussi, dans cette deuxième partie, les droits par la formulation utilisée pour énoncer certains droits. Dans l'article 2-94, il est écrit que l'union respecte le droit d'accès aux services sociaux. Ce qui a priorité est une bonne chose de respecter le droit d'accès aux services sociaux. La question que les juristes se sont posés, c'est de savoir pourquoi il était écrit « droits d'accès aux services sociaux » et non pas « droit aux services sociaux ». Pourquoi y a-t-il cette différence ? La réponse est dans le texte. La réponse est dans le texte qui dit que le suivant droit d'accès aux services sociaux signifie que l'union le reconnaît dans les Etats membres où les services sociaux existent. Un droit pour les citoyens de ces Etats d'accéder aux services sociaux. En revanche dit la constitution ; dans les Etats membres de l'union où il n'y a pas de services sociaux, les citoyens ne peuvent pas exiger de leur Etat la création des services sociaux puisqu'il n'y a pas de droits aux services sociaux, il y a simplement un droit d'accès aux services sociaux là où il existe. Je pourrais prendre d'autres exemples différents de rédaction entre les droits au travail qui est reconnu dans la constitution française et le droit de travailler qui est simplement reconnu par la constitution européenne. Chaque juriste sait qu'il y a une différence fondamentale entre "le droit au" qui est un droit de créance et apporte une obligation de fait, et "le droit de" qui s'inscrit simplement dans une faculté laissée à la diligence des individus sans que les institutions n'aient pas l'obligation de faire. Autrement dit, il y a une problématique des droits de l'homme dans cette constitution qui reste très timide quant à sa densité normative, par cette divisibilité, cet énoncé et cette énonciation très fragile des droits. Si je reste encore au niveau du contenu, la deuxième faiblesse du contenu tient à la question de l'articulation entre les droits énoncés dans cette constitution et les droits qui sont énoncés dans la convention européenne des droits de l'homme dès 1950. L'Europe se trouve avec cette situation particulière, elle va se trouver avec cette situation particulière, énonçais d'ailleurs Robert Badander, d'un chevauchement de plusieurs catalogues des droits de l'homme.

Il y aura premièrement le catalogue propre à chaque Etat, le catalogue contenu dans la convention européenne de 1950 auquel la Turquie a adhéré, et maintenant le catalogue des

droits énoncés dans la deuxième partie du projet de constitution européenne. Or, il y a parfois des différences profondes, simplement faibles entre l'énoncé des droits de l'homme de ces 3 catalogues. Par exemple, je disais tout à l'heure, en France, on parle de droits aux travaux dans le catalogue français, on parle simplement de droit de travailler dans le catalogue européen. La donc, se posait un problème d'articulation entre ces 3 catalogues des droits de l'homme. Pour régler cette articulation le projet de constitution européenne prévoit, ce qu'on appelle « les droits correspondants », c'est à dire chaque fois qu'un droit énoncé dans la constitution européenne correspond, donc renvoie à un droit énoncé dans la convention de 1950, il faudra que la cour de Luxembourg interprète et applique l'article de la constitution comme la cour de Strasbourg l'a appliqué afin d'éviter les distorsions, ou les conflits de jurisprudences. C'est très bien de les prévoir mais en quoi la cour de Luxembourg serait-elle liée par la jurisprudence de la cour de Strasbourg? En quoi la cour de Luxembourg accepterait-elle de se soumettre au juge de Strasbourg alors que les juges de Strasbourg ne sont pas les juges d'une institution de l'union européenne. Il y a là un problème qui consiste à faire d'une cour, la Cour de Strasbourg, qui est extérieure aux institutions de l'union européenne, la cour suprême du respect des droits de l'union européenne. Que se passerait-il par exemple si un citoyen européen serait trouvé devant la Cour de Luxembourg pour y demander de faire respecter un droit correspondant. Est-ce que la Cour de Luxembourg devrait dire je ne peux pas juger, je dois d'abord envoyer le problème à la Cour de Strasbourg pour savoir comment elle va interpréter le droit, question préjudiciaire en quelque sorte et ce n'est que lorsque la cour de Strasbourg aura tranché que je pourrais moi-même répondre à la question. Il y a entre les juristes européens un débat, une discussion, une interrogation sur le positionnement de la Cour de Luxembourg et de la Cour de Strasbourg. On même parle de la guerre des juges entre Strasbourg et Luxembourg et du positionnement des cours respectives dans ce travail de protection et de garantie des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg était jusqu'à présent la seule cour européenne à faire respecter des droits de l'homme. Elle risque des concurrences désormais par la Cour de Luxembourg. Comment va se faire cette concurrence? Comment va se faire cette articulation? Elle est posée dans le texte, mais son fonctionnement pratique concret suscite un certains nombres d'interrogations qui pourraient faire les droits de l'homme les victimes si les deux cours n'arrivaient pas à coopérer.

Il y a une première faiblesse donc, à mon point de vue, de cette deuxième partie de la constitution. La prestation que je porte sur son contenu m'a fait dire qu'il est plutôt défaillant, de même pour la portée des droits fondamentaux. La question évidemment n'est pas simplement d'énoncer des droits fondamentaux. La question ensuite est d'assurer une effectivité pratique à ces droits fondamentaux. Or ; là encore, il y a une certaine limite, une certaine faiblesse de cette constitution européenne dans la mesure où elle prévoit elle-même un champ d'application limité. En effet, la constitution européenne prévoit, d'abord, que cette partie là, les droits qu'elle énonce ne seront applicables que pour l'action des institutions de l'union européenne, que pour l'action des institutions européennes donc c'est seulement les institutions européennes qui devront respecter ces droits. Et ces droits ne devront être respectés par les Etats membres que et seulement lorsqu'ils feront application du droit de l'union. Quand les Etats membres ne feront pas application du droit de l'union ils n'auront pas à respecter la Charte des droits fondamentaux. Il y a donc une limitation, du champ d'application de ces droits, avec le principe de droit de l'union appliqué par les Etats membres. Cette prélimitation pourrait se comprendre. Mais surtout, la constitution prévoit que les droits qui sont énoncés dans la constitution européenne ne donnent aucune compétence supplémentaire aux institutions de l'union. Alors ça, c'est plus problématique; c'est plus problématique parce que dans la première partie de la constitution, il y a une répartition des compétences prévue entre l'union et les Etats membres. La constitution prévoit des compétences exclusives pour l'union européenne, là les Etats membres n'interviennent pas, puis des compétences partagées entre l'union et les Etats membres. Et puis, une troisième partie où là seule les Etats ont une compétence. L'union européenne ne jouait qu'un rôle d'appui, de soutien ou de coordination. On n'aurait pu penser, on n'aurait pu

penser que lorsque la constitution européenne énonce des droits cela implique pour l'union européenne une compétence de mettre en œuvre ces droits. Or, la constitution dit bien que l'énoncé des droits ne crée pas de compétences nouvelles pour l'union. Par exemple; la constitution européenne énonce un certain nombre de droits concernant le droit à la retraite, le droit ledit professionnel, le droit des conditions de travail juste et équitable, le droit à être protégé contre des licenciements injustifiés. « C'est très bien, mais ça ne crée aucune compétence nouvelle » dit la constitution. Or ; le domaine social ne relève pas des compétences de l'union mais des compétences nationales.

Par conséquent ; la constitution énonce des droits que l'union ne pourra pas mettre en œuvre puisque la constitution considère que tout ce qui relève du sociale appartient aux Etats membres et non à l'union. On a donc une limitation de la portée des droits énoncés puisqu'il n'y a pas, si vous voulez, un suivi de ces droits, il n'y a pas octroi à l'union européenne, des moyens, des compétences, des pouvoirs les permettant de mettre en œuvre les droits qui sont énoncés. Ce sont une effectivité et une portée des droits énoncés qui me paraissent donc fragiles.

Il y a une dernière limite de la portée des droits fondamentaux, une nouveauté pour les juristes et qui intéressera les théoriciens du droit. C'est la question de la normativité donnée à cette constitution au débat préparatoire. Evidemment lorsqu'on rédige un texte, lorsque vous rédigez une constitution et bien il y a des débats, il y a une assemblée, les gens discutent, il y a des échanges et c'est ce qu'on appelle les travaux préparatoires. Et bien, cette constitution européenne donne une portée normative au débat qui a précédé l'élaboration des droits fondamentaux. Je vous lis l'article 212, paragraphe 7 qui dit ceci : « Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la Charte des droits fondamentaux sont prises en considération par les juridictions de l'union et les Etats membres. Alors ça veut dire quoi? Ça veut dire que sur chaque article de la constitution, sur chaque article de la constitution il y a une explication de texte, vous avez le même texte que moi, il y a une explication de texte établie par le présidium de la convention européenne, c'est-à-dire l'instance qui a rédigé la constitution. Et bien cette explication de texte a la même valeur que le texte lui-même et l'on nous dit que ces explications devront être prises en considération par les juridictions de l'union et par les juridictions des Etats membres. Ces dispositions étaient introduites à la demande des britanniques. Pourquoi ? Parce que les britanniques ne souhaitent pas que les juges européens nationaux se servent de cette Charte des droits fondamentaux pour donner aux droits une interprétation constructive ou comme disent les italiens pour faire des droits vivants, c'est-à-dire interpréter les droits à la lumière de la société contemporaine. Par exemple, on aurait pu imaginer que si dans la constitution européenne il est écrit « droits de travailler » et non pas « droits au travail », les juges européens dans 5,6,10,15 ans fassent évaluer, par une interprétation, le texte et finalement reconnaissent le « droits au travail » non interdit par les explications du présidium qui oblige les juges à rester verniers à l'énoncé des droits par la déclaration. C'est d'ailleurs, cette portée normative donnée aux interprétations qui a permis au conseil constitutionnel français de considérer qu'il n'y a pas aucun risque de dérapage jurisprudentiel. En l'état de sa réaction la Charte n'était pas contraire à la constitution française. Il y a là une limitation de l'effectivité des droits, puisqu'on interdit à cette constitution, à cette Charte des droits fondamentaux d'être un texte vivant et mis en action par les juges européens ou nationaux.

Alors bien sûr, on les terminerai par là. Dans cette Charte des droits fondamentaux il y a des aspects positifs, il y a des droits, la dignité, la solidarité, l'égalité entre les hommes et les femmes, il y a bien entendu une positivité dans cette constitution, mais c'est une positivité qui, pour les européens, ne constitue pas un saut, un progrès ni quantitatif ni qualitatif par rapport soit à ce qu'ils connaissent chez eux au regard de leur propre catalogue national soit par rapport aux droits qui étaient énoncés par la convention européenne des droits de l'homme. Alors, oui la constitution européenne contient désormais une référence que je qualifierai de minimale aux droits de l'homme qui sont le socle du vivre ensemble des

européens mais ce socle minimal ne constitue pas un progrès significatif au regard de ce que connaissent déjà les européens. Je vous remercie.