



COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME

CONSEIL DE L'EUROPE



Strasbourg, le 28 septembre 2006

CommDH/NHRI(2006)2
Or. Anglais

4^e TABLE RONDE

DES INSTITUTIONS NATIONALES EUROPEENNES
POUR LA PROMOTION ET LA PROTECTION
DES DROITS DE L'HOMME

ET

DU COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME
DU CONSEIL DE L'EUROPE

Athènes, 27-28 septembre 2006
(Athens Imperial Hôtel)

**Quand les Institutions nationales des Droits de l'Homme
peuvent-elles intervenir efficacement dans le processus législatif ?**

par

Olivier DE SCHUTTER

Professeur des Droits de l'Homme
à l'Université de Louvain et au Collège d'Europe



REPUBLIQUE HELLENIQUE
COMMISSION NATIONALE DES DROITS DE L'HOMME

La législation à l'épreuve des droits de l'homme :

Le rôle des institutions nationales de défense des Droits de l'Homme dans l'examen de compatibilité de la législation nationale avec les Droits de l'Homme

Olivier DE SCHUTTER*

1. Introduction

Les Principes de Paris, adoptés en 1993¹ stipulent qu'une institution nationale est en principe autorisée à « fournir à titre consultatif au gouvernement, au parlement et à tout autre organe compétent, soit à la demande des autorités concernées, soit en usant de sa faculté d'autosaisine, des avis, recommandations, propositions et rapports concernant toutes questions relatives à la protection et à la promotion des droits de l'homme [et concernant notamment] toutes dispositions législatives et administratives, ainsi que celles relatives à l'organisation judiciaire destinées à préserver et étendre la protection des droits de l'homme. A cet égard, l'institution nationale examine la législation et les textes administratifs en vigueur, ainsi que les projets et propositions de lois, et fait les recommandations qu'elle estime appropriées en vue de s'assurer que ces textes soient respectueux des principes fondamentaux des droits de l'homme. Elle recommande, si nécessaire, l'adoption d'une nouvelle législation, l'adaptation de la législation en vigueur, et l'adoption ou la modification des mesures administratives ».

L'importance cruciale de l'examen de leur compatibilité avec les Droits de l'Homme avant la promulgation des lois et règlements est de plus en plus reconnue. Il est préférable en priorité de prévenir la violation des droits de l'homme par le droit, de façon à garantir tant l'efficacité des travaux parlementaires que le principe de la légalité, plutôt que d'y remédier par les tribunaux, une fois la violation survenue². En second lieu, intégrer au débat parlementaire, en vue de l'adoption de lois, la question de la compatibilité des lois avec les normes internationales en matière de droits de l'homme garantit que cette compatibilité fera l'objet de discussions ouvertes, auxquelles participeront l'opposition parlementaire et les organisations de la société civile ainsi que le grand public, par le biais des médias. En soi, qu'une telle discussion ait lieu contribuera à la fois à la qualité des lois promulguées et au renforcement du contrôle démocratique des initiatives de l'exécutif par les assemblées parlementaires. En troisième lieu, un contrôle a posteriori (après promulgation), par les tribunaux, de la compatibilité des législations adoptées avec les obligations en matière de respect des droits de l'homme de l'Etat concerné, peut se révéler insuffisant, non seulement parce qu'il ne

* Professeur des Droits de l'Homme à l'Université de Louvain et au Collège d'Europe ; « Global Law Professor », New York University ; Coordinateur, Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux.

¹ Document des Nations Unies A/RES/48/134, adopté lors de la 85^e session plénière de l'Assemblée Générale des Nations Unies « Institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme », initialement approuvée par la Commission des droits de l'homme dans sa Résolution 1992/54 du 3 mars 1992. Voir aussi la Recommandation R(97)14 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur l'établissement d'institutions nationales indépendantes pour la promotion et la protection des droits de l'homme, adoptée le 30 septembre 1997.

² Recommandation Rec(2004)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres, relative à la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des Droits de l'Homme (adoptée par le Comité des Ministres le 12 mai 2004, lors de sa 114^e session). Voir aussi Michael Ryle, « Pre-legislative scrutiny : A Prophylactic Approach to Protection of Human Rights », 1994 *Public Law* 192.

pourrait avoir lieu qu'une fois la violation survenue et non préventivement, mais aussi parce qu'une censure négative de la part des tribunaux ne garantit pas nécessairement une élaboration des lois respectueuse des exigences en matière de droits humains. Tel est notamment le cas dans l'arrêt *Sari et Colak c. Turquie* où, même si la législation nationale établit le régime nécessaire à l'exercice des droits fondamentaux, il peut se révéler insuffisant de se borner à ignorer les dispositions ou parties de la législation incompatibles avec les normes internationales en matière de droits de l'homme ; il est préférable d'imposer à l'Etat concerné l'obligation positive de fournir le cadre législatif requis, tâche qu'un juge estimerait sortir largement de son champ de compétence³. En quatrième lieu, il conviendrait de mettre en place des procédures qui, avant l'adoption de la législation, cherchent à en garantir la conformité avec les obligations de l'Etat en matière de respect des droits de l'homme ; ces procédures devraient inclure un large processus de consultation et une évaluation de l'impact de la législation, de manière à justifier l'établissement de la présomption de conformité avec les droits de l'homme et en particulier avec l'exigence de proportionnalité⁴. En cinquième lieu, l'examen préalable des projets de lois, de par son potentiel didactique, est susceptible de contribuer à la création d'une culture des droits de l'homme au sein du gouvernement, du Parlement et des autres institutions participant au processus législatif. En sixième et dernier lieu, le contrôle de la législation joue également un rôle dissuasif, dans le sens où les législateurs tâcheront spontanément d'éviter toute entorse aux droits de l'homme, conscients de ce que sera effectué une certaine forme d'examen de la conformité des lois avec les droits de l'homme et du coût politique qui pourrait s'ensuivre en cas de rejet d'un projet de loi pour non conformité⁵.

2. Pratiques existantes

Avant de présenter certains commentaires relatifs au rôle éventuel des INDH dans la mise des législations à l'épreuve des droits de l'homme, il peut se révéler utile, afin d'illustrer l'éventail des possibilités explorées à ce jour, de passer brièvement en revue les pratiques existantes en la matière. Alors qu'une présentation de tous les Etats membres du Conseil de l'Europe n'est pas envisageable ici, il est possible de décrire sommairement la situation existante dans les 25 Etats membres de l'Union européenne et d'établir des comparaisons⁶. L'établissement des INDH varie selon les Etats membres. Ces Etats se divisent en trois catégories.

2.1. Membres de l'Union ayant établi une INDH

Quatorze Etats membres de l'Union peuvent être considérés comme possédant une INDH ou, comme au Royaume-Uni en ce qui concerne la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme, sur le point d'en établir une. Il s'agit de Chypre, de la République tchèque, du Danemark, de la France, de l'Allemagne, de la Grèce, de l'Irlande, de la Lettonie, du Luxembourg, de la Pologne, du Portugal, de la Suède, de l'Espagne et du Royaume-Uni⁷.

³ CEDH (2^{ème} section), *Sari et Colak c. Turquie* (requêtes n°42596/98 et 42603/98), arrêt du 4 avril 2006, paragraphe 37.

⁴ CEDH (GC), *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (requête n°36022/97), arrêt du 8 juillet 2003, paragraphes 104 à 116 et paragraphe 128.

⁵ Voir M. Kjaerum, « The Protection Role of the Danish Human Rights Commission », B. Ramcharan (ed.), *The Protection role of National Human Rights Institutions* (Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2005) 23-42 (28) ; M. Ryle, « Pre-legislative scrutiny : a prophylactic approach to protection of human rights », mentionné ci-dessus (194).

⁶ Réseau U.E. d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux a réalisé en mars 2004 un tableau comparatif des INDH des divers Etats membres de l'Union : cette comparaison, auquel le présent rapport a effectué d'importants emprunts, a été présentée dans l'Avis n°1-2004, disponible sur :

http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm

⁷ Voici la liste des institutions établies par chacun de ces pays : pour Chypre, l'Organisation nationale pour la protection des droits de l'Homme (1998) ; pour la République Tchèque, le Bureau de l'Ombudsman (1999) ; pour le Danemark, l'Institut danois pour la Protection des droits de l'Homme (2002) ; pour la France, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (1984) ; pour l'Allemagne, l'Institut allemand pour les droits de

L'ensemble de ces institutions à l'exception de quatre (Chypre, la République tchèque, la Lettonie et le Royaume-Uni) se sont vus reconnaître un statut 'A' par le Comité international de coordination des institutions nationales de promotion et de protection des droits de l'Homme, ce qui signifie qu'elles sont considérées comme pleinement conformes aux Principes de Paris⁸.

Il est frappant de constater cependant que pour la majorité de ces Etats, l'INDH ne s'est pas vu attribuer un rôle formel dans l'examen de conformité avec les normes en matière de Droits de l'Homme. A **Chypre**, la Décision n°48.386 du Conseil des ministres prévoyant en 1998 l'établissement de l'Organisation nationale pour la protection des droits de l'Homme a été approuvée. Toutefois, cette instance ne joue aucun rôle formel dans la préparation de la législation. Les projets de lois sont soumis au Bureau du Procureur général de la République pour examen juridique avant soumission au Conseil des ministres en vue de leur approbation. Les Conseils de la République examinent entre autres la compatibilité des projets de loi avec les obligations internationales de la République, notamment en ce qui concerne le respect des droits de l'homme. Ils sont ensuite transmis à la Chambre des Représentants pour promulgation. Lors de son examen d'un projet de loi, la commission compétente a la possibilité de consulter la Commission des droits de l'homme de la Chambre des Représentants et de solliciter son approbation avant de soumettre le projet à l'ensemble de la Chambre pour adoption. En **République tchèque**, le Bureau de l'Ombudsman a été établi en 1999 en tant qu'organe indépendant, investi d'un vaste mandat en matière de droits de l'homme, mandat défini par la Loi n°349/1999 (Coll. des lois) appliquant les Principes de Paris dans les grandes lignes⁹. Le Bureau de l'Ombudsman ne joue cependant aucun rôle formel dans la préparation de la législation. Le Conseil législatif du gouvernement est chargé d'examiner la conformité de la législation avec les principes constitutionnels et les obligations internationales de l'Etat avant soumission au gouvernement ou au Parlement pour adoption. Le Conseil du gouvernement pour les droits de l'homme prend également part à la procédure. En **Allemagne**, l'Institut allemand des droits de l'homme, établi en 2001, ne joue aucun rôle formel dans la procédure prélegislative prévoyant l'examen de la conformité des projets de loi avec les engagements internationaux de la République fédérale d'Allemagne en matière de respect des droits de l'homme. Les Règles communes de procédure des ministères fédéraux, qui régissent en détail la coopération entre les ministères pendant la phase d'élaboration des projets de loi, stipulent que le Commissaire aux droits de l'homme du Ministère fédéral de la justice est censé prendre part à la préparation des projets d'actes législatifs, ce qui devrait offrir suffisamment de garanties. En **Suède**, les Ombudsmen ne jouent aucun rôle formel dans la procédure législative¹⁰. La compatibilité d'un projet de loi avec les traités internationaux sur les droits de l'homme est en principe vérifiée par le ministre responsable de l'élaboration du projet de loi. Après vérification, il est soumis au Ministère des affaires étrangères. Un second contrôle est effectué par le Conseil d'Etat (*Lagrådet*), formé de membres de la Cour suprême et de la Cour suprême administrative. De même, au **Portugal**, où la Constitution de 1976 a établi l'Ombudsman « Provedor de Justiça », dont les fonctions ont été précisées par la

l'homme (2001) ; pour la Grèce, la Commission nationale grecque pour les droits de l'homme (1998) ; pour l'Irlande, la Commission irlandaise pour les droits de l'homme (2001) ; pour la Lettonie, le Bureau national des droits de l'homme (1995) ; pour le Luxembourg, la Commission consultative des droits de l'homme (2000) ; pour la Pologne, le Commissaire à la protection des droits civils (1999) ; pour le Portugal, le « Provedor de Justiça » (1999) ; pour l'Espagne, l'Ombudsman (« Defensor del Pueblo ») (2000) ; pour la Suède, l'Ombudsman contre la discrimination ethnique (1999) ; pour le Royaume-Uni, la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme (2007).

⁸ <http://www.nhri.net/ICCMembers.htm>

⁹ Il existe aussi le Conseil du gouvernement pour les droits de l'homme (instance consultative du gouvernement tchèque), mais cet organe ne répond pas à toutes les exigences des Principes de Paris.

¹⁰ La Suède possède en tout six Ombudsmen officiels : le Bureau de l'Ombudsman parlementaire (JO), l'Ombudsman du consommateur (KO), le Bureau de l'Ombudsman pour l'égalité des chances (JämO), l'Ombudsman contre la discrimination ethnique (DO), l'Ombudsman pour les enfants (BO), le Bureau de l'Ombudsman des personnes moins valides et l'Ombudsman contre la discrimination à orientation sexuelle (HomO).

Loi n°81/77 du 22 novembre 1977 et, plus récemment, par la Loi n°9/91 du 9 avril 1991¹¹, l'Ombudsman ne joue également aucun rôle formel dans la procédure législative. En **Pologne**, l'institution Ombudsman existante a été établie par la Constitution ; son champ d'action et son mode de fonctionnement ont été précisés dans la Loi du 15 juillet 1987 relative à cette institution¹². L'Ombudsman peut soumettre des propositions de loi auprès des organisations gouvernementales pertinentes ; il peut également s'adresser au Tribunal constitutionnel pour les questions de conformité avec la Constitution des dispositions législatives et réglementaires, des traités internationaux et autres réglementations juridiques et peut participer aux procédures devant le Tribunal. Il peut solliciter une interprétation de la loi par la Cour suprême. Au cours de la procédure législative au Parlement, l'Ombudsman peut être consulté, de même que les représentants du Département de la coopération internationale et du droit européen (du Ministère de la justice) et autres experts tels que les représentants d'organisations non gouvernementales. Dans les affaires soulevant de graves questions relatives aux droits de l'homme, ils donnent leur avis sur les projets de lois et leur conformité avec la Constitution et les normes internationales en matière de droits de l'homme. Ces consultations, plutôt exceptionnelles, ne sont donc en rien systématiques. En **Espagne**, l'Ombudsman « Defensor del Pueblo », élu par les « Cortes Generales » (Congrès des députés et Sénat) peut délivrer des avis de sa propre initiative,¹³ sans participer formellement à la procédure législative.

Dans d'autres pays, la situation est plus encourageante. Au **Danemark**, l'Institut danois pour les droits de l'homme a été fondé par la Loi du 6 juin 2002 sur l'établissement d'un Centre danois d'études internationales et de droits de l'homme. Son mandat est celui du Centre danois pour les droits de l'homme, institué par la loi en 1987. L'Institut est mandaté conformément aux Principes de Paris. Il donne son avis sur les lois relevant du domaine des droits de l'homme. Il examine la conformité des projets de lois, des décisions, des opinions et des initiatives gouvernementales (avant adoption) avec les conventions sur les droits de l'homme ratifiées par le Danemark. Les ministres danois le consultent. Il reçoit plusieurs demandes de consultation par an. Il y répond en dégageant les problèmes que posent les projets de textes au regard des droits de l'homme. En **France**, la Commission nationale consultative des droits de l'homme délivre des avis consultatifs rappelant au gouvernement ses engagements en matière de droits de l'homme. Avant adoption d'un acte législatif, s'il l'estime nécessaire, il peut décider de trancher certaines questions sans y avoir spécifiquement été invité par le gouvernement. La Commission **irlandaise** des droits de l'homme a été établie par la loi (Lois relatives à la Commission des droits de l'homme, 2000 et 2001) en juillet 2001. Mais l'examen de compatibilité des projets de loi est principalement effectué, au stade de l'élaboration, par le Bureau du Procureur général¹⁴. Selon la Section 8 de la Loi de 2000 relative à la Commission des droits de l'homme, cependant, cette dernière peut, sur demande du gouvernement, examiner tout projet d'acte législatif et donner son avis sur son impact potentiel sur les droits de l'homme¹⁵ ; elle peut également prendre l'initiative d'émettre des recommandations sur la prise de mesures de renforcement et de promotion des droits de l'homme dans le pays. La Commission a exercé ces deux pouvoirs depuis son établissement dans le cadre de la procédure législative, et ses représentants se sont également rendus auprès de commissions parlementaires afin d'expliquer les commentaires de la Commission sur des projets d'actes législatifs et autres propositions. Bien qu'il n'existe aucun système formel d'examen de la compatibilité de la législation avec les droits de l'homme et que la loi n'aménage pas la possibilité d'instituer un tel système (ce qui aurait donné suite à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la loi irlandaise, entérinée par la Loi de 2003 sur la Convention

¹¹ <http://www.provedor-jus.pt/welcome.htm>

¹² Consulter le texte consolidé dans le Journal officiel de 2001, n°14, article 147.

¹³ Loi organique n°3/1981 du 6 avril 1981 (BOE du 7 mai 1981).

¹⁴ Les ministères de tutelle peuvent également donner leur avis sur la compatibilité des propositions législatives avec les obligations internationales de l'Irlande en matière de respect des droits de l'homme.

¹⁵ La Commission irlandaise des droits de l'homme est dotée d'un Agent responsable du contrôle de la législation et de la politique travaillant à temps complet (accompagné d'un assistant).

européenne des droits de l'homme)¹⁶, des questions et problèmes afférents aux droits de l'homme dans le pays sont régulièrement soumis à la Commission de la justice, de l'égalité et de la défense des droits de la femme (une instance de l'« Oireachtas » ou Parlement). En **Lettonie**, le Bureau national des droits de l'homme (*Valsts cilvēktiesību birojs*) a été établi initialement le 18 juillet 1995, conformément aux Règlements du Conseil des ministres relatifs au Bureau National Letton pour les Droits de l'Homme (NHRO), puis son statut a été précisé par la Loi sur le Bureau National Letton pour les Droits de l'Homme, adoptée par la « Saeima » (Parlement) le 5 décembre 1996¹⁷. Le NHRO ne joue aucun rôle formel dans la procédure législative. Chaque projet d'acte législatif est accompagné de notes ou de déclarations explicatives où les législateurs indiquent s'il y a lieu d'appliquer certaines normes internationales de droit et si le projet satisfait aux exigences requises. Cependant, la conformité avec les normes en matière de droits de l'homme ne fait pas l'objet d'un examen particulier, et le Ministère de la justice n'a pas indiqué qu'il faisait vérifier la conformité des projets de lois avec les normes en matière de droits de l'homme d'aucune façon systématique¹⁸. Bien que les représentants des NHRO participent régulièrement aux réunions de la Commission des droits de l'homme (du Parlement) lors des discussions sur les projets de lois, donnent leur avis et soumettent des propositions aux autres commissions parlementaires, cette participation se fait sur une base ad hoc et ne saurait garantir un contrôle satisfaisant de la législation au regard des droits de l'homme. Au **Luxembourg**, la Commission consultative des droits de l'homme, établie par la Déclaration gouvernementale du 28 avril 2000, délivre des avis et prépare des études sur la demande du gouvernement, mais en prend aussi parfois l'initiative. Dans la plupart des cas, ces avis sont émis avant l'adoption des actes législatifs, alors qu'ils sont encore à l'état de projets.

Dans aucun des pays mentionnés ci-dessus n'existe l'obligation de demander son avis à l'INDH avant l'adoption d'un acte législatif. Ceci est en partie compensé soit par une pratique gouvernementale (Danemark) ou parlementaire (Lettonie) de consultation régulière de l'INDH concernant les projets d'actes législatifs, ou par la compétence attribuée à l'INDH de soulever la question des droits de l'homme en rapport avec les projets d'actes législatifs, ou les deux (Irlande, France, Luxembourg). En l'absence de toute participation formelle de l'INDH dans tous les pays cités, l'examen de la conformité avec les normes en matière de droits de l'homme d'un projet de texte est effectué soit de façon interne (par le ministère à son origine ou par un autre ministère) ou par la commission parlementaire compétente, ou par les deux.

Dans ce contexte, la Commission nationale **grecque** pour les droits de l'homme (GNCHR), établie par la Loi n°2667/1998, constitue une remarquable exception. La consultation de la GNCHR est obligatoire avant toute soumission au Parlement d'acte législatif en rapport direct ou indirect avec les droits de l'homme. Le GNCHR vérifie systématiquement la conformité des actes législatifs avec la Constitution et les obligations internationales de la Grèce dans le domaine des droits de l'homme. De plus, lorsque le projet de loi est soumis au Parlement, il est immédiatement transmis au « Conseil scientifique » (instance du Parlement) qui vérifie, une fois de plus, sa compatibilité avec la Constitution et les engagements internationaux de la Grèce.

Le **Royaume-Uni** mérite une mention spéciale, du fait de changements récents. Demander la vérification de la compatibilité d'un projet de loi avec les instruments internationaux en matière de droits de l'homme relève principalement de la responsabilité du ministère à l'origine du projet. Cependant, si l'instrument en question est la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la demande de vérification peut aussi être déposée auprès de la CEDH par un représentant du

¹⁶ Un Sous-comité des droits de l'homme (sous l'égide du Comité des affaires étrangères, organe de l'Oireachtas) existe bien mais ses activités sont principalement concentrées sur les droits de l'homme et la politique étrangère.

¹⁷ Likums par Valsts cilvēktiesību biroju, Latvijas Vēstnesis [Official Gazette], No. 221, 17.12.1996.

¹⁸ Ministru kabineta Noteikumi: Tieslietu ministrijas nolikums, Nr. 243, 29.04.2003.

gouvernement (un conseiller juridique auprès du Ministère des affaires étrangères et du Commonwealth) ; dans tous les cas, le comité du Cabinet à l'origine du projet de loi a la possibilité de soulever des points particuliers de conformité. De plus, le Ministre responsable d'un projet de loi a l'obligation, au titre de la section 19 du « Human Rights Act 1998 » ou HRA (Loi de 1998 sur les droits de l'homme), de publier une déclaration indiquant soit que les dispositions du projet de loi sont, de son point de vue, compatibles avec les droits de la Convention (« déclaration de compatibilité »), soit qu'il ne lui est pas possible d'émettre une déclaration de conformité mais que le gouvernement souhaite néanmoins que les discussions sur le projet de loi se poursuivent devant la Chambre concernée¹⁹. Dans ce dernier cas, bien qu'aucun obstacle juridique ne s'oppose à l'adoption du texte proposé, cette adoption n'est politiquement acceptable que par dérogation au titre de l'article 15 de la Convention et de la section 14 du HRA. Les déclarations de compatibilité doivent être communiquées par écrit et aucune obligation n'est faite quant à la divulgation des sources consultées – et dans la pratique elles ne le sont pas. Tout projet de loi soumis est susceptible d'examen par le Comité parlementaire conjoint sur les droits de l'homme en ce qui concerne sa conformité avec les obligations du Royaume-Uni dans le domaine des droits de l'homme (et non pas seulement avec la Convention). Avant son adoption, le Comité conjoint établit un rapport sur la législation proposée ; ses commentaires peuvent conduire à sa modification ou à son retrait. De fait, il s'agit de l'instance actuellement responsable de l'examen de compatibilité avec les Droits de l'Homme. Comme il se compose de membres des deux Chambres et de représentants des différents partis politiques, il est en outre très indépendant²⁰. Il a donc été décidé, selon le livre blanc publié par le gouvernement britannique, que la nouvelle Commission pour l'égalité et les droits de l'homme ne jouera pas ce rôle.

La Loi de 2006 sur l'égalité (« Equality Act 2006 ») établit la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme. Cette nouvelle instance assumera les responsabilités des trois instances existantes en matière de respect de l'égalité, en incluant trois domaines d'étude supplémentaires en matière d'égalité : âge, religion/convictions religieuses et orientation sexuelle. Elle aura également la charge de mettre en œuvre la promotion des droits de l'homme visée par le HRA. Ses activités devraient débuter en octobre 2007. Conformément à la section 11.2d de la Loi de 2006 sur l'égalité, chapitre 3, première partie, la Commission est censée informer le pouvoir central ou déconcentré sur les effets possibles d'une proposition de modification de la législation. Les modalités d'exercice de cette fonction ne sont pas encore clairement définies ; il reste notamment à savoir si cette nouvelle Commission devra être systématiquement consultée avant la publication de toute « déclaration de compatibilité » (au sens de la section 19 du HRA). Cependant, étant donné le rôle joué actuellement par le Comité parlementaire conjoint sur les droits de l'homme, il a été annoncé dans le livre blanc publié par le gouvernement britannique antérieurement à la décision d'établir la Commission pour l'égalité et les droits de l'homme, que cette dernière n'assumerait pas le rôle du premier. En conséquence, tout rôle de la nouvelle Commission dans l'examen de compatibilité est fortement susceptible de constituer l'exception plutôt que la norme.

¹⁹ La section 19 du HRA 1998 stipule :

« (1) Tout Ministre de la Couronne soumettant un projet de loi à l'une des deux Chambres du Parlement est tenu, avant seconde lecture du projet de loi, (a) d'effectuer une déclaration indiquant qu'il estime les dispositions du projet de loi compatible avec les droits de la Convention (« Déclaration de compatibilité ») ou (b) d'effectuer une déclaration indiquant que, bien qu'il ne lui soit pas possible d'émettre une déclaration de compatibilité, le gouvernement souhaite néanmoins que se poursuivent les discussions sur le projet par la Chambre concernée.

(2) La Déclaration doit être faite par écrit et rendue publique de la manière que le Ministre considère comme appropriée. »

²⁰ J.L. Hiebert, « Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights? » 2006 (4/1), « International Journal of Constitutional Law » 1-38.

2.2. *Etats membres de l'Union européenne possédant une institution similaire à une INDH*

En dehors des Etats membres de l'Union cités ci-dessus, ayant déjà établi une institution nationale de promotion et de protection des droits de l'homme conformément aux Principes de Paris, un certain nombre d'autres Etats de l'Union se sont dotés d'une institution aux pouvoirs en partie équivalents à ceux d'une INDH. En particulier, un certain nombre d'Etats membres ont institué des Ombudsmen, en conformité avec la Recommandation n°R(85)13 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à l'institution de l'Ombudsman, adoptée le 23 septembre 1985, lors de la 388^e réunion des Délégués des Ministres. Cette Recommandation encourage les Etats membres du Conseil de l'Europe à « habilitier l'Ombudsman, lorsqu'il n'en est pas encore ainsi, à prêter une attention particulière dans le cadre de sa compétence générale, aux questions afférentes aux droits de l'homme soumises à son examen et, si la législation nationale le permet, d'engager des enquêtes et de donner des avis lorsque des questions touchant aux droits de l'homme sont en jeu », ce qui, dans une certaine mesure, harmonise le mandat de l'Ombudsman avec celui dont est généralement investi toute INDH.

En général, les Ombudsmen, même lorsque leur mandat s'étend au-delà de cas de mauvaise administration pour inclure la protection et la promotion des droits de l'homme, ne jouent aucun rôle dans l'examen de compatibilité. Tel est le cas en **Slovénie**, où l'article 159.1 de la Constitution a établi l'Ombudsman en tant qu'institution de protection informelle, « hors tribunal », des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹. En **Hongrie**, pays ne possédant pas d'INDH, quatre postes de commissaires ont été créés : le Commissaire parlementaire pour les droits de l'Homme, l'Ombudsman délégué, le Commissaire parlementaire pour la protection des données et la liberté d'information et le Commissaire parlementaire pour les minorités ethniques. Ces commissaires sont élus par le Parlement, sur proposition du Président de la République, pour un mandat de six ans. Bien que ce mandat, tel que défini par la Loi de 1993 sur les commissaires parlementaires²², recoupe en partie celui d'une INDH, les commissions ne jouent aucun rôle formel dans l'élaboration de la législation. Le Département des droits de l'homme du Ministère de la justice examine si le projet d'acte législatif est conforme aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, et le département équivalent du Ministère des affaires étrangères fait de même avec le texte des conventions et traités des Nations Unies concernant les droits de l'homme. Toute incompatibilité avec les traités internationaux ratifiés par la Hongrie devraient donc être détectée durant le processus d'élaboration. En **Estonie**, le Chancelier légal de la République est une personne indépendante nommée à ce poste par le Parlement (« Riigikogu ») sur proposition du Président de la République, et ce pour un mandat de sept ans. Le Bureau du Chancelier légal compte parmi ses membres une quarantaine d'avocats qualifiés. Le Chancelier légal agit non seulement comme Ombudsman sur la base de plaintes de particuliers, mais vérifie également la conformité avec la Constitution de toutes les nouvelles lois, nouveaux traités, règlements et autres actes légaux émanant de l'Etat et des organes municipaux, et peut recommander que ces actes soient modifiés afin de se plier aux normes pertinentes. Si l'autorité compétente ne suit pas les recommandations du Chancelier légal, il peut demander à la Cour suprême d'intervenir. Toutefois, si ces deux instances, Chancelier légal et Cour suprême, peuvent être consultées lors des procédures législatives en vue de garantir la compatibilité des projets de lois avec les exigences des traités internationaux sur les droits de l'homme, elles le sont rarement dans les faits.

²¹ « Official Gazette RS », n° 33/91, 42/97, 66/00 et 24/03.

²² Cependant, l'institution du Commissaire pour la protection de données et la liberté d'information (l'Ombudsman à la protection des données) a déjà été établie au titre de la Loi de 1992 sur la protection des données et la liberté d'information.

2.3. *Etats membres de l'Union ne possédant ni INDH ni institution équivalente*

Un nombre non négligeable d'Etats membres n'ont établi aucune institution nationale de protection des droits de l'homme de manière conforme aux Principes de Paris, ni aucune institution équivalente. Dans certains d'entre eux, il n'existe aucune forme alternative de vérification de la législation du point de vue des droits de l'homme. En **Italie**, il n'existe aucun mécanisme permettant de vérifier avant promulgation si les projets de lois sont compatibles avec les obligations de l'Etat en matière de droits de l'homme. A **Malte**, le Bureau du Procureur général est responsable de l'élaboration et de l'examen des projets de lois, bénéficiant à l'occasion de l'assistance de commissions spécialement constituées à cet effet. Il n'en reste pas moins que la procédure législative n'inclut aucun mécanisme spécifique pour l'examen de compatibilité avec les Droits de l'Homme.

D'autres Etats effectuent une certaine évaluation des projets de loi à la lumière des droits de l'homme, soit au sein de l'appareil gouvernemental (dans le cas de propositions de lois émanant du gouvernement), soit dans le cadre de la procédure parlementaire. En **Slovaquie**, le Centre national des droits de l'homme [*Slovenské národné stredisko pre ľudské práva*], établi par la Loi du Conseil national de la République Slovaque n°308/1993²³, ne joue aucun rôle dans la procédure législative. C'est au Conseil législatif du gouvernement et à la commission parlementaire pertinente qu'incombe l'examen de compatibilité. De fait, conformément aux Règles de procédure du Conseil national de la République slovaque²⁴, chaque projet de loi soumis au Parlement doit être accompagné d'un rapport explicatif comprenant une déclaration de conformité du projet de loi avec la Constitution, les lois constitutionnelles, les traités internationaux et le droit de l'Union européenne. Ces règles de procédure stipulent également que les décrets gouvernementaux et autres règlements doivent être compatibles avec les obligations de la République slovaque découlant des traités et autres instruments internationaux, et requièrent à cet égard que mention soit faite de tous les textes pertinents dans le rapport explicatif. En conséquence, la conformité de toute proposition d'acte législatif avec les obligations internationales de la République de Slovaquie en matière de droits de l'homme doit être examinée au début du processus d'élaboration et avant l'adoption. Le Conseil législatif du gouvernement, en tant qu'organe consultatif du gouvernement slovaque, examine la conformité des projets de lois et de règlements avec la Constitution, les lois constitutionnelles et les obligations au titre des conventions et traités relatifs aux droits humains, avant soumission des projets au gouvernement pour adoption. Conformément aux Règles de procédure du Conseil national de la République slovaque, la Commission constitutionnelle et des questions juridiques examine chaque projet de loi, notamment du point de vue de sa compatibilité avec la Constitution, les lois constitutionnelles, les traités internationaux contraignants, les lois de la République slovaque et le droit de l'Union européenne. Au stade final de la procédure législative, le Président de la République peut opposer son veto à une loi adoptée par le Conseil national et la renvoyer, assortie de commentaires, devant le Parlement pour y être à nouveau discutée et, le cas échéant, adoptée. Le Président utilise ce pouvoir en particulier lorsqu'il existe des doutes sur la compatibilité d'une loi promulguée avec les traités internationaux de droits de l'homme.

En **Lituanie**, le Règlement du Parlement (« Seimas ») prévoit que les projets d'actes juridiques qui lui sont soumis doivent avoir été examinés du point de vue de leur conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme. Cela entraîne que la responsabilité de cet examen incombe aux instances à l'origine des propositions. Il est possible d'obtenir un avis spécial de la part du Département de droit européen sous les auspices du

²³ Loi du 15 décembre 1993 sur l'établissement du Centre national slovaque pour les droits de l'homme, amendée par la Loi n°136/2003 Coll.

²⁴ Loi relative aux règles de procédure du Conseil national de la République slovaque, telle qu'amendée (n°350/1995 Coll.).

gouvernement. Enfin, une instance parlementaire spéciale, la Commission des droits de l'homme de la Seimas, effectue un contrôle parlementaire de la compatibilité des projets d'actes juridiques avec les obligations de la Lituanie en matière de respect des droits de l'homme. Le Bureau de l'Ombudsman, établi le 8 décembre 1994, mais dont les pouvoirs se limitent aux fonctions ordinaires de médiateur (incluant par exemple la protection en cas d'abus de la part d'administrations publiques, mais pas de mandat général de protection et de promotion des droits de l'homme) ne joue aucun rôle dans ces procédures.

En **Autriche**, la pratique courante veut que tout projet de loi proposé par un ministère fédéral fasse l'objet d'une procédure étendue d'examen et de consultation, où participent de nombreuses instances telles que d'autres ministères, des partenaires sociaux (par ex. la Chambre de commerce, les syndicats...) et des organisations de la société civile, notamment des ONG de protection des droits de l'homme, dont l'Institut Ludwig Boltzmann des droits de l'homme. Bien que ces institutions soient autorisées à signaler tout problème de conformité, leurs objections éventuelles sont rarement prises en compte. Le Comité des questions constitutionnelles (*Verfassungsdienst*) de la Chancellerie fédérale vérifie si les projets d'actes législatifs sont conformes à la Constitution fédérale, y compris à la Déclaration des droits du pays. Exception faite de la Convention européenne des droits de l'homme, de la Convention pour l'élimination de la discrimination raciale (articles 1 et 2) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (articles 1 à 4), les traités régionaux et internationaux de droits de l'homme n'ont cependant pas été directement intégrés à la Constitution fédérale autrichienne.

En **Finlande**, pays dépourvu d'INDH de fonctionnement conforme aux Principes de Paris, le Parlement possède une instance spécialisée, la Commission du droit constitutionnel, qui examine tous les projets de loi susceptibles de poser des problèmes de compatibilité avec la Constitution ou avec des traités internationaux de droits de l'homme. La Commission délivre jusqu'à 70 avis par an. Ces avis sont considérés de fait comme contraignants pour les autres commissions, qui modifient ensuite les projets afin de les rendre compatibles avec la Constitution ou les traités internationaux des droits de l'homme concernés. La Commission du droit constitutionnel consulte toujours des experts du monde académique, trois généralement, avant d'émettre son avis. Il s'agit d'experts en droit constitutionnel et en droits de l'homme, et de professeurs de droit constitutionnel ou international.

En **Belgique**, la section législative du Conseil d'Etat – juridiction administrative établie en 1946 et composée de magistrats indépendants²⁵ – peut être consultée pour un avis de conformité avec des normes de hiérarchie supérieure (la Constitution belge, les traités internationaux auxquels la Belgique est partie et, lorsque des décrets exécutifs sont concernés, tels qu'arrêtés royaux et arrêtés de gouvernement de la Région ou de la Communauté, la législation en vigueur) relativement à des projets de textes, des décrets législatifs (lois, décrets, ordonnances) ou exécutifs. Dans certains cas, cette consultation est obligatoire. Dans d'autres cas, elle est facultative : lorsque le Parlement est à l'origine d'un projet de texte, si moins des deux tiers des membres de l'Assemblée parlementaire se prononcent pour une consultation, le Président de l'Assemblée peut demander à la section législative du Conseil d'Etat de donner un avis. Même lorsqu'elle parvient à la conclusion qu'un projet de texte ou qu'un projet de décret exécutif ne devrait pas être adopté car contraire aux droits de l'homme protégés par la Constitution ou les traités internationaux auxquels la Belgique est partie, cet avis est délivré à titre strictement consultatif :

« La section de législation donnant des avis dépourvus de caractère contraignant, l'autorité qui les reçoit est en principe libre de les suivre ou non. Il faut cependant admettre que l'on ne peut normalement s'écarter de l'avis - tout au moins quant aux questions de fond qu'il soulève – que pour des motifs fondés en droit. Il est bien entendu préférable que l'autorité s'explique quant aux dits motifs. Elle en aura toujours

²⁵ <http://www.raadvst-consetat.be>.

l'occasion dans l'exposé des motifs joint aux projets de nature législative. Ces motifs peuvent également apparaître dans un rapport au Roi, au Gouvernement et au Collège, rapports qui ne sont cependant obligatoires que dans certains cas particuliers. La publication de ces derniers documents impliquant également celle de l'avis du Conseil d'Etat, les intéressés ont dès lors la possibilité de porter une juste appréciation sur l'ensemble des arguments de droit exposés. Par ailleurs, même dans les cas où les avis de la section de législation ne doivent pas être légalement publiés, ils sont cependant en mesure de recevoir une certaine publicité. C'est ainsi qu'en cas de recours contre des arrêtés réglementaires l'avis éventuel de la section de législation, qui fait partie du dossier administratif, devra être communiqué à ce titre. Ledit avis doit aussi, en vertu des règles constitutionnelles et législatives relatives à la publicité de l'administration, être en principe produit, à quiconque le demande, par le ministre à qui l'avis a été adressé ».²⁶

Le cas des **Pays-Bas** est tout à fait similaire à la Belgique. Le Premier ministre a émis en 1992 des Directives de réglementation (« Aanwijzingen voor de regelgeving ») à l'intention des participants à l'élaboration des textes d'actes législatifs et autres règlements du pouvoir central. La dernière révision des Directives a eu lieu en 2000. Le sujet de la vérification de la conformité des projets de lois avec les normes internationales des droits de l'homme est abordé dans la Directive 18 (« Aanwijzing 18 »), qui stipule que « durant le processus d'élaboration d'un projet de loi, il convient de déterminer si et dans quelle mesure la liberté de réglementer la question traitée par le projet de loi est restreinte par des législations supérieures ». Les explications accompagnant cette directive indiquent qu'« en ce qui concerne les normes internationales, il convient de mentionner les instruments normatifs européens, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ». Les responsables de l'élaboration des projets de lois sont donc également chargés d'en garantir la compatibilité avec les normes internationales des droits de l'homme. De plus, le Ministre de la justice est censé vérifier la constitutionnalité des projets de textes législatifs. Le Conseil d'Etat (« Raad van State ») joue également un rôle en ce qu'il délivre des avis consultatifs au gouvernement. Aucune référence systématique aux instruments internationaux pertinents en matière de droits de l'homme n'est faite dans les rapports explicatifs accompagnant les projets de loi soumis au Parlement. Le public ne peut donc pas être certain que les législations adoptées ont été mises à l'épreuve des droits de l'homme.

3. Considérations transversales

3.1. *Evaluation des projets de loi au regard des normes en matière de droits de l'homme par le biais d'approches institutionnelles combinées*

Les conclusions de cet aperçu de la situation sont claires. Là où la consultation de l'INDH avant adoption d'une proposition de texte est facultative, c'est-à-dire non prescrite par la loi, les instances responsables y ont recours de manière sélective. Afin d'assurer la conformité aux exigences des droits de l'homme, les Etats recherchent les avis d'experts ou se fondent sur les examens effectués au cours de la procédure parlementaire (le plus souvent effectués par des commissions spéciales ou par des comités parlementaires). Un certain nombre d'Etats, de plus, assurent un examen de compatibilité systématique ou quasi systématique, par une instance indépendante, comme en Belgique ou dans les Pays-bas, où la consultation du Conseil d'Etat est obligatoire dans de nombreux cas²⁷.

²⁶ Circulaire de légistique formelle, pp. 7-8.

²⁷ Recommandation Rec(2004)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres, relative à la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des Droits de l'Homme, mentionnée ci-dessus, paragraphes 18 à 24.

Cela semble indiquer que la vérification de la conformité est perçue comme une question technique, ne requérant l'intervention d'aucune instance représentative des intérêts (aussi divers soient-ils) des citoyens, ni représentative des différents segments de la société civile. Elle semble perçue également comme requérant une approche purement juridique, pouvant se passer de l'expérience « de terrain » que les organisations de la société civile sont

susceptibles de fournir. Cette vue est corroborée par le rôle très faible joué par les évaluations de l'incidence éventuelle des textes proposés sur les droits de l'homme dans l'examen de leur conformité avec ces droits.

Cependant, il n'est pas nécessaire de choisir entre ces deux approches, mais bien d'en souligner la complémentarité. Alors que l'examen de la compatibilité de certains projets de textes avec les droits de l'homme requiert une approche juridique et la mise à contribution d'experts, cet examen devrait également s'effectuer compte tenu des répercussions que le texte proposé pourrait exercer par exemple sur certaines communautés ou dans certains lieux, contextes et milieux. De fait, chacun des mécanismes institutionnels pour l'examen de compatibilité recensés ici présente des avantages ; la « formule idéale » serait de combiner ces approches plutôt que de trancher entre elles.

Examen de compatibilité avec les Droits de l'Homme effectué par	Avantages
Le département ministériel à l'origine de la proposition	Aide les agents publics concernés à mieux comprendre les conséquences que leur proposition pourrait entraîner relativement à la sauvegarde des droits fondamentaux (sensibilise le service public à la question des droits fondamentaux et promeut une culture des droits de l'homme).
Commission spéciale au sein de gouvernement	Garantit une approche d'experts à la question des droits de l'homme et une utilisation adéquate des normes européennes et internationales en la matière.
Comité parlementaire	Garantit la transparence de la procédure d'examen et facilite le contrôle par l'opinion publique et les médias ; favorise les débats de société. Ouvre la possibilité de consulter des experts externes, notamment des INDH.
Instance spécialisée, indépendante et du gouvernement et du Parlement	Garantit l'indépendance des parties prenantes à l'examen et permet de s'assurer que l'issue de celui-ci ne sera subordonnée à aucun enjeu politique. Constitue un garde-fou contre la pression de l'opinion publique.
INDH ou institution équivalente	Garantit que l'incidence éventuelle du projet de loi sur les intérêts des citoyens (aussi divers soient-ils) sera prise en compte et que les normes internationales et européennes en matière de droits de l'homme seront respectées.

Il n'est probablement pas réaliste de s'attendre à ce qu'un même pays adopte toutes ces approches et les combine les unes avec les autres – pas systématiquement du moins. Parallèlement à cela, il convient de noter que les avantages de chaque approche sont cumulables dans l'éventualité où plusieurs seraient mises en œuvre conjointement.

L'adoption d'approches multiples de la question de l'examen de compatibilité avec les Droits de l'Homme ne va pas sans risques. En particulier, l'autorité responsable des instances présentant leurs conclusions sur la compatibilité d'un projet de loi avec les droits de l'homme (par exemple un organe indépendant comme la Section législative du Conseil d'Etat de Belgique) peut se sentir mise en cause si une autre (par exemple une INDH ou une commission parlementaire) parvient à une conclusion différente. De façon similaire, si l'exécutif a le choix entre plusieurs approches, il peut être tenté de ne pas les utiliser toutes mais de recourir seulement à celle qu'il estime la moins « dangereuse » pour sa proposition. Cependant, bien qu'il ne faille pas sous-estimer ce risque, dans la plupart des cas les avantages de l'adoption d'approches multiples sont susceptibles d'en compenser largement tous les inconvénients. En fait, la meilleure façon de procéder ne serait pas de se borner à gérer la coexistence des différentes approches, mais de trouver le moyen de les faire interagir. Par exemple, l'avis d'une INDH pourrait servir de base de travail à une commission parlementaire ou à un comité du gouvernement chargés de vérifier la conformité. Dans tous les cas, il conviendrait d'éviter le piège de penser que plus une instance est consultée, moins les autres n'ont d'influence sur les débats parlementaires. Ainsi, la commission parlementaire se verrait mieux équipée pour défendre une position tranchée si cette position s'appuyait sur un avis d'une INDH. Le rapport explicatif accompagnant la proposition législative, plus fourni, mieux documenté et plus convainquant, permettrait de répondre aux questions soulevées durant les consultations (par exemple par une institution indépendante de promotion et de protection des droits de l'homme).

Le droit de l'Union européenne fournit un exemple d'une telle combinaison. Des étapes importantes ont été franchies ces dernières années en vue de garantir que les propositions de législations nationales respectent les droits fondamentaux pris en compte par l'Union lors de l'élaboration de ses lois et de ses politiques. Une attention plus grande est également portée aux conséquences que les lois et politiques de l'Union pourraient avoir pour les droits de l'homme. En renforçant la visibilité des droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique de l'Union européenne, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en décembre 2000²⁸ a constitué une étape décisive dans ce processus. L'adoption de la Charte a conduit à un certain nombre d'initiatives tendant à faciliter l'évaluation de l'impact sur les droits fondamentaux des mesures proposées par des institutions de l'Union. Deux initiatives importantes de ce type ont notamment été adoptées récemment par la Commission européenne. En avril 2005, la Commission a adopté une Communication²⁹ visant à l'amélioration de la conformité de ses propositions de législation avec les exigences de la Charte³⁰. Le 15 juin 2005, elle a adopté des Lignes directrices révisées concernant l'analyse d'impact³¹. Bien que ces Lignes directrices révisées indiquent à l'instar des Lignes originales³² qu'il convient de se fonder sur la distinction entre l'impact économique, l'impact social et l'impact environnemental, elles mettent bien davantage l'accent sur les incidences que les politiques de l'Union sont susceptibles d'exercer sur les droits, les libertés et les principes établis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union

²⁸ La Charte a été solennellement proclamée par les Présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission le 7 décembre 2000 (Journal officiel 364, 18.12.2000, p. 1).

²⁹ Communication de la Commission. Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission. Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux. COM(2005) 172 final of 27.4.2005.

³⁰ Le 13 mars 2001, la Commission avait déjà décidé que toute proposition de législation et toute ébauche d'instrument qu'elle devrait adopter serait d'abord, comme étape des procédures normales de prise de décision, examinée du point de vue de sa compatibilité avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (SEC(2001) 380/3). Il avait également été décidé que les propositions de législation et les ébauches d'instrument ayant des liens spécifiques avec les droits fondamentaux incluraient un préambule de déclaration formelle de compatibilité. Cependant, aucune méthodologie spécifique n'avait été prescrite afin d'assurer que cet examen ait bien lieu, sur la base d'une division des tâches clairement définie entre le département titulaire, le service juridique de la Commission, la Direction générale « Justice, liberté et sécurité » (DG JLS) et la DG RELEX.

³¹ SEC(2005)791, 15.6.2005.

³² Communication de la Commission européenne du 5 juin 2002 relative à l'analyse d'impact, COM(2002)276.

européenne³³. L'évaluation des incidences, d'une part, et la vérification juridique de la compatibilité avec les droits fondamentaux, de l'autre, sont traitées comme deux tâches distinctes mais complémentaires : selon la Communication de la Commission sur le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les propositions législatives de la Commission, l'analyse d'impact devrait être considérée comme « un outil essentiel pour *préparer* le contrôle juridique définitif du respect de la Charte en en fournissant les bases informatives, sans pour autant se substituer à ce contrôle³⁴ » ainsi que comme « un support essentiel pour l'examen juridique auquel doivent procéder les services de la Commission »³⁵ – là encore sans se substituer à cet examen. Alors que la préparation d'une analyse d'impact étendue par le service à l'origine d'une proposition permet d'assurer que tout problème de compatibilité avec les droits de l'homme sera communiqué aux autres services de la Commission³⁶, la centralisation de la vérification de la compatibilité avec les droits fondamentaux au sein du Service juridique de la Commission en coopération avec la Direction générale « Justice, liberté et sécurité » (DG JLS) et la DG « Relations extérieures » (DG RELEX) devrait garantir une approche très experte des questions soulevées en matière de droits de l'homme par toute proposition de la Commission³⁷. Il est peu probable, mais serait souhaitable, que l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, une fois établie en 2007³⁸, se voie attribuer un rôle dans le processus d'examen des projets de textes proposés par la Commission européenne, car cela contribuerait à améliorer l'épreuve prélegislative de vérification de la conformité aux droits de l'homme de ces textes .

3.2. *Optimiser le potentiel des consultations pour l'examen de conformité aux Droits de l'Homme de la législation*

Afin de tirer tout le parti d'une combinaison d'approches, tout en en réduisant les risques, il serait souhaitable d'établir un lien formel entre les mécanismes mis en œuvre dans ces approches. Cela permettrait également d'éviter que les avis d'instances indépendantes soient négligés ou pris en compte de manière sélective par les autorités responsables si ces avis desservent leurs intérêts. Par exemple, on conçoit aisément l'avantage qu'il y aurait à

³³ De fait, un rapport spécial a été requis de la part de la Commission européenne (Direction générale « Justice, liberté et sécurité ») à l'intention du Consortium d'évaluation de la politique européenne (EPEC ou European Policy Evaluation Consortium). Voir « The Consideration of Fundamental Rights in Impact Assessment. Final Report » de l'EPEC, décembre 2004, 61 pages.

³⁴ Communication de la Commission. Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission. Méthodologie pour un contrôle systématique et rigoureux. COM(2005) 172 final of 27.4.2005, paragraphe 13.

³⁵ Id., fn. 6.

³⁶ Voir O. De Schutter, « Mainstreaming Human Rights in the European Union », in Ph. Alston and O. De Schutter (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Oxford, Hart Publ., 2005, pp. 37-72.

³⁷ De plus, dans son intervention devant la Commission de l'Union européenne de la Chambre des Lords, il a été souligné par le membre du Service juridique de la Commission chargée de la vérification du point de vue des droits de l'homme que « le Service juridique de la Commission, bien que service interne placé sous l'autorité du Président, joue un rôle particulier au sein de la Commission. Il s'agit d'un service indépendant et dénué de tout rôle politique ; sa tâche consiste, bien que de manière strictement interne et non pas par le biais des conseils qu'il est susceptible de communiquer publiquement, à examiner les questions touchant aux droits fondamentaux en toute indépendance ». (Allocution de Clemens Ladenburger, Service juridique de la Commission européenne, in « Human Rights Proofing EU Legislation », « Report with Evidence », Commission de l'Union européenne de la Chambre des Lords, 16^e rapport de la session 2005-06, « HL Paper » 67, p. 16).

³⁸ Commission des communautés européennes, « Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Proposition de décision du Conseil autorisant l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne à exercer ses activités dans les domaines visés au titre VI du traité sur l'Union européenne » COM(2005)280, 30.6.2005. Les discussions au sein du Groupe de travail ad hoc du Conseil et dans le cadre du « dialogue à trois » instauré par la Commission, le Conseil et le Parlement européen, ont cependant fait émerger des divergences sensibles par rapport à la proposition originale. Cette dernière stipule, à l'article 2d que l'Agence est censée « formuler, soit de sa propre initiative, soit à la demande du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission, des conclusions et des avis, sur des sujets d'ordre général, qu'elle adresse aux institutions de l'Union, ainsi qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit communautaire ». Cela semble exclure les avis délivrés par l'Agence relativement aux propositions législatives préparées par la Commission.

imposer à l'organe auquel l'avis est adressé (et ce à plus forte raison s'il s'agit du gouvernement à l'origine du projet de texte) l'obligation de fournir une réponse circonstanciée et rigoureuse aux questions soulevées dans l'avis, même si cet organe n'est pas d'accord avec les conclusions présentées et s'il estime que l'avis ne devrait pas être suivi. Alors que les INDH se caractérisent (entre autres) par leur rôle purement consultatif, cette caractéristique ne devrait pas être considérée comme incompatible avec l'éventuelle prérogative d'exiger de la part des organes à l'origine des propositions de législation des réponses rigoureuses aux objections soulevées dans leurs avis.

Le caractère consultatif des INDH ne devrait pas non plus être considéré comme contraire à l'éventuel pouvoir d'ester en justice afin de soumettre au tribunal compétent une question de constitutionnalité ou de compatibilité avec les traités internationaux de droits de l'homme. Un tel pouvoir a été conféré à l'Ombudsman de Pologne – auquel il est permis de contester la constitutionnalité d'une législation après adoption – et au Chancelier légal de la République d'Estonie. Au Portugal, l'article 281 de la Constitution (paragraphe 1 et 2d), confère à l'Ombudsman ou « Provedor de Justiça » le pouvoir de demander à la Cour constitutionnelle de prononcer une décision dénonçant l'inconstitutionnalité ou l'illégalité de règles établies par des entités publiques³⁹ ; l'article 283 de la Constitution (paragraphe 1) lui octroie la compétence de demander à la Cour constitutionnelle de condamner également l'inconstitutionnalité par omission.

Sans remettre en question le caractère consultatif des avis délivrés par les INDH, ces options – l'obligation imposée aux organes à l'origine des propositions de législation de fournir une réponse rigoureuse aux avis des INDH et le pouvoir accordé à ces dernières de soumettre une question au tribunal compétent – sont toutes deux susceptibles de leur conférer davantage de poids dans la procédure législative. Des mécanismes moins contraignants sont également envisageables, tels que porter la question à la connaissance du public (option que prévoient les Principes de Paris) ou devant le Parlement (chaque fois que nécessaire ou, au minimum, faire figurer la question dans les rapports annuels), avec qui il reste possible d'établir des liens formels.

3.3. Examen de compatibilité dans le processus de ratification des instruments internationaux des droits de l'homme

Alors que, de tout évidence, il est primordial de s'assurer que les nouveaux textes législatifs d'un Etat ne sont pas incompatibles avec ses obligations en matière de droits de l'homme, il importe tout autant d'examiner la compatibilité de sa législation existante lorsqu'il contracte un engagement international, et notamment lorsque ces obligations (au titre d'instruments internationaux auxquels il est partie) prennent un nouveau sens du fait de l'évolution de la jurisprudence des organes de contrôle ou des instances qui font foi dans l'interprétation des instruments en question⁴⁰. L'objectif est ici le même : faire en sorte avant promulgation que toute incohérence soit éliminée du projet de texte, de façon à ce qu'il n'y ait pas lieu de se tourner vers la justice et de lui demander d'en confirmer l'existence.

Le rôle des INDH dans le processus d'adhésion d'un Etat à un nouvel instrument international de droits de l'homme devrait donc être étendu de sorte à inclure la vérification systématique de la compatibilité des lois en vigueur avec les exigences du nouveau traité.

³⁹ Le Président de la République, le Président du Parlement, le Premier ministre, le Procureur général ou un groupe d'un dixième des membres du Parlement peuvent également demander à la Cour constitutionnelle de prononcer une déclaration d'inconstitutionnalité.

⁴⁰ Recommandation Rec(2004)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres, relative à la vérification de la compatibilité des projets de loi, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les normes fixées par la Convention européenne des Droits de l'Homme, mentionnée ci-dessus, paragraphes 7 et 8.

En Estonie, par exemple, le Bureau du Chancelier légal est consulté lors de la préparation de l'adhésion de l'Estonie à tout nouveau traité relatif aux droits de l'homme et doit garantir que toutes les autres lois hiérarchiquement inférieures à la Constitution soient compatibles avec lui.

3.4. *Epreuve de conformité aux droits de l'homme de la législation, compte tenu de l'interdépendance et de l'indivisibilité de ces droits*

Dans un certain nombre de pays où la vérification de la conformité aux droits de l'homme des projets de législation est prescrite par la loi, certains instruments internationaux – surtout la Convention européenne des droits de l'homme et, plus rarement, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques – sont estimés nécessiter une attention particulière. Cela tend à renforcer la tendance des Etats à négliger quelque peu les autres instruments, tels que la Charte sociale européenne ou le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (dans le cas de projets de loi relevant du domaine des droits sociaux et économiques) ou encore la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Au sujet de cette dernière, il convient de relever qu'elle est considérée comme énonçant des principes généraux, susceptibles d'intégration dans les législations nationales, mais non pas comme établissant des droits pouvant être contestés en justice. Ces distinctions traditionnelles disparaissent cependant peu à peu dans la jurisprudence internationale. La mise des législations à l'épreuve des droits de l'homme devrait s'adapter à cette évolution dans la pratique.

3.5. *Accords internationaux et droit de l'Union à l'épreuve des droits de l'homme*

Alors que nous avons jusqu'ici mis l'emphasis sur la vérification des propositions de législation à la lumière des droits de l'homme, des questions de nature similaire se posent quant aux conclusions auxquelles un Etat est susceptible de parvenir sur un projet d'accord international incompatible avec ses obligations contractées au titre de traités internationaux de droits de l'homme. Il conviendrait dans ce cas de requérir une analyse d'impact. De fait, il sera crucial à l'avenir d'étendre le rôle des INDH (et autres instances de contrôle des projets de législation nationale) à la vérification avant adoption des lois européennes proposées dans le cadre de l'Union, notamment les directives, les règlements et les décisions-cadres. On objectera qu'une telle vérification devrait avoir lieu au niveau européen uniquement, en recourant aux processus décrits ci-dessus. Cependant, il convient de rappeler que les obligations en matière de droits de l'homme varient considérablement d'un Etat membre de l'UE à l'autre⁴¹ et ont conduit à l'émergence de normes variées, que la Commission européenne serait bien en peine de prendre toutes en compte. De plus, les mécanismes de prévention dont il est question plus haut (analyses d'impact étendues préparées par le service responsable de la commission à l'origine de la proposition, examen de conformité

⁴¹ Ces engagements varient même si l'on ne prend en considération que les instruments préparés dans le cadre du Conseil de l'Europe. Tous les Etats membres de l'Union européenne sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Mais par exemple, alors que tous sont parties soit à la Charte sociale européenne soit à la Charte sociale européenne révisée, l'Autriche, le République tchèque, le Danemark, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, la Slovaquie, l'Espagne et le Royaume-Uni n'ont pas ratifié la Charte sociale européenne révisée. Et qu'il soit question de la Charte sociale européenne de 1961 comme de la Charte sociale européenne révisée de 1996, les engagements des Etats parties sont variables, étant donné qu'à la ratification, ils peuvent n'accepter qu'un nombre réduit des dispositions de ces instruments. La Belgique, la France, la Grèce et le Luxembourg n'ont pas ratifié la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. La Belgique, la Finlande, la France, l'Allemagne, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, la Suède et le Royaume-Uni n'ont pas ratifié la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

par le service juridique de la Commission en coopération avec la Direction générale « Justice, liberté et sécurité » (DG JLS) et la DG RELEX) ne concernent que les propositions législatives de la Commission. Or, au titre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, les Etats membres peuvent prendre l'initiative de proposer certains instruments, notamment des décisions-cadres⁴². Dans le contexte actuel, il n'existe aucun mécanisme de prévention propre à garantir la compatibilité d'une proposition de texte avec les droits de l'homme. Cela justifierait que les instances nationales de vérification de la compatibilité des propositions de législation avec les droits fondamentaux jouent un rôle plus actif dans le contrôle des instruments européens proposés dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

⁴² Article 34(2) du Traité de l'Union européenne.