

La Convention Européenne des droits de l'Homme (Convention EDH) bénéficie aujourd'hui d'une place prééminente dans l'ordre juridique de l'Union. Pourtant, dès lors que l'Union européenne n'est pas partie à la Convention, le statut de celle-ci est plus qu'ambigu. L'adhésion une fois réalisée, les interrogations pourraient être renouvelées tant du point de vue de l'article 6 TUE – la Convention EDH en tant que source de protection des droits – que de l'article 216 § 2 TFUE – la Convention, traité international.

Le statut de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique de l'Union européenne

Débats récurrents et questions à venir

27

Hélène Gaudin

Agrégée des Facultés de droit – Professeure à l'université Toulouse I-Capitole
Directrice de l'IRDEIC

La relance du projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH soulève, au-delà des modalités mêmes de celle-ci, la question du statut de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union.

Les particularités de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH ont été, on le sait, mises en lumière par la Cour de justice dans son avis 2/13. Sauf à chercher un nouveau rejet de la part de la Cour, les précisions apportées par celle-ci doivent, bien évidemment, être prises en compte

dans les négociations d'adhésion. Mais les négociations n'aborderont peut-être pas, et à juste titre, la question du statut de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique de l'Union, une fois l'adhésion réalisée, et la difficulté des rapports de systèmes entre Convention EDH et UE¹.

Certes, la réponse sur ce statut pourrait paraître entendue : la Convention EDH bénéficiera du statut propre aux traités internationaux, tel qu'il découle de l'article 216 § 2, TFUE², et, conformément au

(1) J.-P. Jacqué, *Pride and/or Prejudice ?* Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice, CDE, 2015. 19.

(2) Article 216 § 2, TFUE : « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ».

respect par l'Union du droit international, tel qu'il est indiqué à l'article 3 § 5, TUE ³.

Elle est pourtant loin d'être évidente, tant les relations entre la Convention EDH et l'ordre juridique de l'Union sont anciennes. Elles sont aussi historiquement ambiguës. Preuve en est la place plutôt que le statut – qui n'existe pas, au sens formel du terme – de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union. Preuve en est encore le fait que « l'obligation de respecter la Convention découle alors du droit primaire » ⁴. Un tel héritage ne peut manquer d'affecter le futur statut de la Convention EDH dans le droit de l'Union une fois l'adhésion réalisée.

Le thème de la spécificité marque le droit européen. Il ne s'agit ni de s'en réjouir, ni de la déplorer, mais de la constater ici dans sa diversité. De ce fait, l'interaction des deux ordres juridiques européens, tous deux marqués par la spécificité, devient une source évidente et remarquable de complexité, qu'il s'agisse, dans l'Union, de la question de la place de la Convention EDH au sein des sources de l'Union en général et dans le système de protection des droits fondamentaux ⁵, ou, dans les ordres juridiques nationaux, de son statut corrélatif en tant que source de l'Union ⁶. Le premier projet d'adhésion a conduit, naturellement, à se pencher sur le statut du droit de l'Union dans le système de la Convention EDH. La réci-

proque – la place de la Convention EDH dans le droit de l'Union – n'est pas nécessairement toujours envisagée, y compris dans une réflexion de droit prospectif et dans la perspective de l'adhésion ⁷. Pourtant, l'avis 2/94 de la Cour de justice peut être considéré comme une alerte lorsqu'il indiquait que l'adhésion revêtait « une envergure constitutionnelle », notamment en ce que « les implications institutionnelles seraient également fondamentales, tant pour la Communauté que pour les États membres » ⁸. Il mérite, à ce titre, d'être gardé en mémoire.

En toile de fond, c'est bien également la question des relations entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) qui se profile ⁹, de manière connue... voire nouvelle, du fait des rapports qui vont se nouer entre la demande d'avis du protocole 16 et les articles 344 et, bien sûr, 267 TFUE.

Il semble évident qu'un certain nombre de jurisprudences de la Cour sur le statut de la Convention EDH devront être revues une fois l'adhésion réalisée, et la Convention formellement intégrée à l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, dès lors que la Convention EDH sera devenue une source formelle de droit pour l'Union, l'affirmation selon laquelle « le droit de l'Union ne régit pas les rapports entre la Convention EDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas

- (3) Article 3 § 5, TUE : « Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'Homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la Charte des Nations unies ».
- (4) J.-P. Jacqué, Quelques considérations sur les rapports de système entre ordres juridiques en Europe, *in* B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ-Lextenso, 2017. 1107, spéc. p. 1126.
- (5) Dossier spécial à la RTD eur. 2011. 7 et s, avec les contributions de J.-P. Jacqué, A. Tizzano, C. Ladenburger, F. Tulken, et une communication commune des présidents Costa et Skouris.
- (6) V. l'étude prémonitoire de J. C. Bonichot, L'application de la Convention EDH par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la CJCE, *in* Le juge administratif français et la Convention EDH, Colloque IDEDH, RUDH, 1991. 231.
- (7) Sénat, Rapport d'information n° 562 (2019-2020) sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme, fait au nom de la Commission des affaires européennes, 25 juin 2020.
- (8) CJCE, 28 mars 1996, avis 2/94, pt 35.
- (9) V. par ex., A. Tizzano, Quelques réflexions sur les rapports entre Cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la ConvEDH, RTDH, 2011. 9 ; ou encore J.-P. Jacqué, « Encore un effort camarades... L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme est toujours à votre portée », *Europe des droits et libertés*, www.europedeslibertes.eu/article/encore-un-effort-camarades-ladhesion-de-lunion-a-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme-est-toujours-a-votre-portee/

non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette convention et une règle de droit national »¹⁰ pourra-t-elle être maintenue telle quelle ?

La place de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union est donc

d'ores et déjà à part (I). Faut-il envisager que son statut à venir, une fois l'adhésion réalisée, le sera également, tant au regard de l'article 6 TUE relatif aux sources de protection des droits fondamentaux (II) qu'au regard de l'article 216 § 2, TFUE relatif aux traités et accords internationaux de l'Union (III) ?

I – Avant l'adhésion : une place à part

Il est clair que, dès lors que la Convention EDH ne lie pas l'Union, elle ne peut être considérée comme une source formelle de l'Union non plus que disposer d'un statut formel dans l'ordre juridique de l'Union. Qu'il s'agisse du texte même de la Convention ou des arrêts de la CEDH, leur utilisation relève, en principe, du filtre des principes généraux.

La place de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union est, de ce point de vue, étrange, à la fois importante et incontestable au fond (A), et marquée par une ambiguïté extrême¹¹ liée à son absence de statut formel (B).

A – La Convention européenne des droits de l'Homme, une place « prééminente »¹² dans l'ordre juridique de l'Union

La jurisprudence de la Cour de justice a donné historiquement le ton, à la suite

de l'arrêt *Nold*¹³, en visant de manière explicite la Convention EDH à partir de l'arrêt *Rutili*¹⁴, puis en lui reconnaissant, dans l'arrêt *ERT*, « une signification particulière »¹⁵, encore confirmée par l'avis 2/13¹⁶. L'entrée en vigueur de la Charte a néanmoins changé le ton, avec un glissement significatif de l'utilisation et de la place de la Convention EDH.

Instructive, à cet égard, est la position de la Cour de justice dans l'affaire *Schecke et Eifert*¹⁷, la Cour substituant à l'article 8 Convention EDH les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux, au nom de la correspondance des droits de l'article 52 § 3, CDF, article qui lui ouvre également la possibilité d'utiliser la jurisprudence de la CEDH.

La « signification particulière » de la Convention EDH connaît une réelle métamorphose. Accompagnée de la jurisprudence de la CEDH, elle est dorénavant utilisée comme instrument de confir-

(10) CJUE, gr. ch., 26 févr. 2013, aff. C-617/10, *Åklagaren c/ Akerberg Fransson*, pt 44.

(11) « Équivoque » dit D. Simon, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : Je t'aime, moi non plus ?, Pouvoirs 2001, n° 96, p. 31.

(12) J.-P. Jacqué, Quelques considérations sur les rapports de système entre ordres juridiques, in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, préc., p. 1107, spéc. p. 1126.

(13) CJCE, 14 mai 1974, aff. 4/73, *Nold*, pt 13.

(14) CJCE, 28 oct. 1975, aff. 36/75, *Rutili*, pt 32 : « Dans leur ensemble, ces limitations apportées aux pouvoirs des États membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les États membres, et de l'article 2 du protocole n° 4 à la même Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent, en des termes identiques, que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités, ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins "dans une société démocratique" ».

(15) CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT*, pt 41, confirmé par exemple CJCE, gr. ch., 3 sept. 2008, aff. C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat*, pt 283.

(16) CJUE, as. pl., 18 déc. 2014, avis 2/13, pt 37.

(17) CJUE, gr. ch., 9 nov. 2010, aff. C-92/09 et C-93/09, *Schecke et Eifert*.

mation de la substance et de la portée d'un droit de la Charte comme d'affermissement de celui-ci face aux prétentions constitutionnelles nationales. Le faisceau concordant des sources de protection d'un droit fondamental vient ainsi appuyer la jurisprudence de la Cour de justice¹⁸ et contribuer à la construction d'un standard européen commun¹⁹.

Le droit primaire accompagne la partition commencée par la Cour de justice, il la renouvelle également. Si l'énumération des textes est aisée, elle est aussi relativement longue, attestant la place faite par le droit primaire de l'Union à la Convention EDH. Nulle autre convention internationale – y compris ratifiée par l'Union – ne bénéficie d'une telle prolixité.

Dans une situation juridique similaire, l'Union n'en étant pas partie, la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le protocole du 31 janvier 1967 relatif au statut des réfugiés mentionnés à l'article 18 de la Charte, comme à l'article 78 § 1^{er}, TFUE, montrent, par contraste, l'attention particulière portée à la Convention EDH, telle qu'elle découle de l'article 6 TUE et de la Charte.

Au-delà de l'article 6 § 2, TUE, d'ailleurs accompagné d'un protocole et d'une déclaration, cette attention est illustrée par l'article 6, § 3, TUE²⁰, comme, spécifiquement, par l'article 52 § 3, CDF. Si l'on peut supposer que la rédaction de l'article 52 § 3, est neutre, en ce qu'il

est applicable quasi à l'identique, que l'Union soit partie ou non à la Convention EDH, tel n'est, peut-être, pas le cas de l'article 6 § 3, TUE.

Consacrant la jurisprudence de la Cour, dans une formulation inspirée de celle du TECE, l'article 6 § 3, TUE, ouvre un certain nombre d'interrogations – sur le statut de ces principes généraux/droits fondamentaux comme sur la Convention EDH en tant que source matérielle –, que ce soit à l'heure actuelle ou à l'avenir, dès lors que l'Union aura adhéré à la Convention.

B – Entre référence directe et filtre des principes généraux : l'ambiguïté de la place de la Convention EDH dans le droit positif de l'Union

Historiquement, encore, la jurisprudence de la Cour de justice n'a pas fait preuve d'une grande clarté dans l'utilisation des articles de la Convention comme de la jurisprudence de la CEDH. Si le principe est bien l'inscription dans la catégorie des principes généraux, la pratique de la Cour de justice est variable, celle-ci citant parfois la Convention EDH comme source d'un principe général, soit directement un article de la Convention EDH sans la médiatisation d'un principe général²¹.

- (18) CJUE, gr. ch., 5 déc. 2017, aff. C-42/17, *MAS et MB*, pts 51-55 à propos du principe de légalité des délits et des peines, de l'article 49 de la CDF, résultant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, consacré par différents traités internationaux, et notamment à l'article 7 § 1, Convention EDH.
- (19) C. Grewe, Repenser les rapports de systèmes, in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ/Lextenso, 2016. 547, spéc. p. 559 ; H. Gaudin, Standards nationaux de protection des droits de l'Homme et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, in *Les droits de l'Homme à la croisée des chemins*, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre, LexisNexis, 2018. 255.
- (20) « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention EDH, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».
- (21) Sur ces questions, v. J.-P. Puissochet, La CJCE et les principes généraux du droit, in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, LGDJ, 2000. 9 ; F. Sudre, La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'Homme ? JCP, 1998, I-100 ; J. Andriantsimbazovina, La Convention européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le Traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ?, Europe, oct. 1998, chr., p. 3.

La comparaison avec les droits fondamentaux issus des traditions constitutionnelles communes aux États membres est instructive à bien des égards, que l'on regarde le texte de l'article 6 § 3, ou les droits fondamentaux qui en sont issus. La construction – et la médiatisation – prétorienne est inscrite dans les gènes de ces droits fondamentaux issus de différents droits nationaux : qu'est-ce qu'une tradition constitutionnelle ? Comment définir le caractère commun desdites traditions ?

La référence à la Convention EDH dans le droit primaire est directe. Elle laisse ainsi bien peu de place à la construction de la Cour de justice, que ce soit dans le choix des droits protégés, dans leur interprétation, voire dans leur degré de protection... sauf à se mettre en contradiction avec la CEDH. Elle rend également transparents les principes généraux créés sur son fondement. De ce point de vue, l'abandon ponctuel, par la Cour de justice, de l'utilisation des principes généraux, au profit de citations directes des articles de la Convention EDH, peut se comprendre intellectuellement. Il n'en entraîne pas moins des interrogations sur le caractère finalement contraignant juridiquement de la Convention EDH pour l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, alors même que la Cour de justice n'est, en principe, pas liée par la jurisprudence de la CEDH, d'une part, des interprétations divergentes d'un droit sont critiquées, d'autre part, des jurisprudences de la Cour de Strasbourg sont considérées comme des condamnations de l'Union.

Il y a donc bien des incertitudes sur les sources des droits dans l'ordre juridique de l'Union. Elles méritent d'être appré-

ciées à l'aune du projet d'adhésion de l'Union à la Convention EDH.

Si la référence directe à la Convention EDH et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg acquiert une cohérence dans la perspective de l'adhésion, qu'advient-il de la procédure de médiatisation via les principes généraux de l'article 6 § 3, TUE ? La tendance, certes, à la raréfaction de cette source matérielle, d'ores et déjà résiduelle, « subsidiaire », ne pourra que s'amplifier, entraînant potentiellement un tarissement définitif²². Si tel est le cas, le texte de l'article 6 § 3, devrait-il être modifié pour supprimer cette référence devenue obsolète ou bien devrait-il être maintenu ? S'il doit, évidemment, être considéré comme un hommage à la jurisprudence historique de la Cour de justice, son maintien pourrait laisser ouverte la tentation – certes résiduelle – pour la Cour d'y recourir pour développer une interprétation autonome d'un droit de la Convention EDH²³. La Cour de justice pourrait aussi être plus protectrice, au sens des articles 52 § 3, et 53 de la Charte.

C'est le sens de la jurisprudence de la Cour en matière d'asile, telle qu'elle a pu se développer dans la lignée des conclusions de M. l'Avocat général Mengozzi sur l'affaire *B et D*²⁴, et être confirmée dans l'arrêt *N.S.* : « Le système européen commun d'asile est fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève et l'assurance que nul ne sera renvoyé là où il risque à nouveau d'être persécuté. Le respect de la Convention de Genève et du protocole de 1967 est prévu à l'article 18 de la Charte et à l'article 78 TFUE. (...) Il

(22) J. Andriantsimbazovina, Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne, in *Mélanges en l'honneur du professeur Joël Molinier*, LGDJ, 2012, 15.

(23) V. sur cette question de l'autonomie – ou non – de l'interprétation de la Convention EDH par la Cour de justice, D. Ritleng, De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union, RTD eur 2013, 267.

(24) P. Mengozzi, concl. sur CJUE, gr. ch., 9 nov. 2010, aff. C-57/09 et C-101/09, *B et D*, pts 44-45.

ressort de l'examen des textes constituant le système européen commun d'asile que celui-ci a été conçu dans un contexte permettant de supposer que l'ensemble des États y participant, qu'ils soient États membres ou États tiers, respectent les droits fondamentaux, en ce compris les droits trouvant leur fondement dans la Convention de

Genève et le protocole de 1967, ainsi que dans la Convention EDH, et que les États membres peuvent s'accorder une confiance mutuelle à cet égard »²⁵.

L'ensemble de ces questions méritent d'être replacées dans le contexte de la nécessaire révision de l'article 6 § 2, TUE, une fois l'adhésion enfin réalisée....

II – Quelle rédaction pour l'article 6 § 2, TUE, après l'adhésion ?

Les enjeux de la rédaction de l'article 6 § 2, qui accompagnent les négociations d'adhésion, sont à la fois d'ordre substantiel (**A**) et d'ordre procédural (**B**). Ils doivent, nécessairement, être compris dans une réflexion plus globale sur l'article 6, dont la position centrale sur les sources de protection des droits fondamentaux dans l'Union, leur logique et leur hiérarchie, ne peuvent manquer d'être soulignées. À titre comparatif, les révisions menées à l'occasion des procédures d'adhésion et de retrait d'un État membre pourraient fournir quelques éléments de réflexion.

Nature de l'Union, certes, à travers l'acceptation – ou non – de la caducité de la première phrase de l'article 6 § 2, TUE : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

Des échéanciers existent depuis l'origine dans les traités. Il suffit de se rappeler les phases de transition des traités de Rome pour l'entrée dans le marché commun culminant avec l'AUE, ou encore des clauses de rendez-vous pour les révisions des traités, voire des délais inscrits à l'article 50 TUE.

A – Les enjeux substantiels de la rédaction de l'article 6 § 2, TUE

Au nombre de deux, ces enjeux portent à la fois sur la nature de l'Union et sur la conception du système constitutionnel de protection des droits fondamentaux dans l'Union.

La caducité de la première phrase de l'article 6 § 2, TUE, comme du protocole n° 8 et de la Déclaration sur l'article 6 § 2, est-elle envisageable du fait de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH ? Pour la même raison, les dispositions de l'article 218 § 6, et § 8²⁶, TFUE, relatives à l'adhésion sont également concernées. Par leur caractère ponctuel, finaliste et programmatoire, ils semblent

(25) CJUE, gr. ch., 21 déc. 2011, aff. C-411/10 et C-493/10, *N.S.*, pts 75-78.

(26) Article 218 § 6, TFUE : « Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision portant conclusion de l'accord. Sauf lorsque l'accord porte exclusivement sur la politique étrangère et de sécurité commune, le Conseil adopte la décision de conclusion de l'accord a) après approbation du Parlement européen dans les cas suivant, ii) accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Article 218 § 8, TFUE : « Tout au long de la procédure, le Conseil statue à la majorité qualifiée. Toutefois, il statue à l'unanimité lorsque l'accord porte sur un domaine pour lequel l'unanimité est requise pour l'adoption d'un acte de l'Union, ainsi que pour les accords d'association et les accords visés à l'article 212 avec les États candidats à l'adhésion. Le Conseil statue également à l'unanimité pour l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales ; la décision portant conclusion de cet accord entre en vigueur après son approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

condamnés, dès lors que leur réalisation est achevée.

De longue date, néanmoins, la Cour de justice a refusé la caducité des dispositions des traités européens au nom de la nature particulière de ceux-ci²⁷.

Le second est celui de la conception du système de protection des droits fondamentaux dans l'Union, tel qu'il est organisé par l'article 6 TUE et par la Charte, notamment à ses articles 52 et 53. Dans cette logique, l'hypothèse d'une suppression pure et simple de l'article 6 § 2, et de la référence à la Convention EDH ne paraît pas envisageable.

Certes, la Convention EDH, en tant que convention internationale, aurait pu relever du seul article 216 § 2, TFUE. Une telle conception fait pourtant fi de la « signification particulière » de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union, d'ailleurs corroborée par la procédure spécifique organisée par l'article 218 TFUE. L'obligation d'adhésion de l'article 6 § 2, et la correspondance des droits de l'article 52 § 3, CDF, ne font qu'accentuer ce trait. Et c'est bien un ordre de priorité dans les sources de protection, comme une hiérarchie de celles-ci, qu'organise l'article 6 TUE.

Dès lors que l'on envisage une nouvelle rédaction, celle-ci peut très simplement être la suivante : « L'Union est partie à la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union, telles qu'elles sont définies dans les traités ».

La protection des droits fondamentaux dans l'Union s'organise donc dans un ordre hiérarchique décroissant : Charte, Convention EDH, droits fondamentaux jurisprudentiels. Néanmoins, l'inscription dans le texte de l'article 6 n'est pas

sans effet sur le statut de chacune de ces sources. Ainsi, peut-on considérer que la Convention EDH sera régie par l'article 216 § 2, TFUE, en tant que simple convention internationale, dès lors qu'elle bénéficie également de l'article 6 § 2, TUE ?

B – Les enjeux procéduraux de la révision de l'article 6 § 2, TUE

Il est intéressant de constater qu'aucun texte ne préconise la révision de l'article 6 § 2, TUE, ni quant à sa substance ni quant à la procédure à suivre. L'étrangeté de cette situation est d'autant plus marquante quand on la met en reflet avec l'avis 2/94 de la Cour de justice soulignant l'« envergure constitutionnelle » de l'adhésion et ses « implications institutionnelles, (qui) seraient également fondamentales tant pour la Communauté que pour les États membres ». Les préoccupations constitutionnelles de la Cour de justice sont d'ailleurs reprises dans le protocole 8.

Pourtant, force est de souligner que tout ne peut être réglé dans et par l'accord d'adhésion.

Sur ces points, des similitudes peuvent être trouvées avec les procédures d'adhésion (art. 49 TUE) et de retrait (art. 50 TUE) : celle d'ouvrir une sorte de « *no man's land* juridique »²⁸ et d'organiser une *lex specialis* quant à la révision des traités, comme pour l'adhésion de nouveaux États.

Ainsi, la procédure d'adhésion de l'article 49, 2^e al., TUE, prévoit explicitement que « les conditions de l'admission et les adaptations que cette admission entraîne en ce qui concerne les traités sur lesquels est fondée l'Union, font l'objet d'un accord entre les États membres et l'État demandeur. Ledit accord est soumis à la ratification par tous les États

(27) CJCE, 14 déc. 1971, aff. 7/71, *Commission c/ France*, alors qu'elle reconnaît cette caducité et ou suspension, au nom du droit international coutumier, sur la base de l'article 62 de la Convention de Vienne, pour les traités et conventions conclus par l'Union : CJCE, 16 juin 1998, aff. C-162/96, *Racke*.

(28) C.O. Lenz, concl. sur CJCE, 28 avr. 1988, 31 et 35/86, *LAISA*, spéc. pt 19.

membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives ».

Force est de constater que, à la différence des procédures d'adhésion et de retrait, qui n'entraînent, en principe, que des adaptations des traités, l'adhésion à la Convention EDH a une envergure constitutionnelle substantielle qui peut transformer en profondeur l'ordre juridique de l'Union.

Sans insister sur le silence des traités – *no man's land* juridique –, l'existence d'une *lex specialis* se marque dans les procédures de l'article 218 § 6, a), ii), et § 8, TFUE⁽²⁹⁾, qui cumulent les exigences procédurales et rapprochent la procédure d'adhésion à la Convention EDH des procédures para-constituantes de l'article 223 § 1^{er}, TFUE, concernant l'élection du Parlement européen, ou de l'article 311 TFUE sur les ressources propres. Parmi les exigences de cette procédure, doit être relevé que la décision de conclusion de l'accord d'adhésion n'entre en vigueur qu'après ratification par tous les États membres, selon leurs règles constitutionnelles (art. 218 § 8, TFUE).

Implicitement la question de la révision est posée par l'article 6 § 2, TUE, qui prévoit l'encadrement de l'adhésion comme de ses répercussions sur les traités : celle-ci « ne doit pas modifier les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités » (art. 6 § 2, 2^e phrase, et protocole 8 notamment).

L'avis 2/94, comme en amont l'avis 1/91⁽³⁰⁾ et en aval l'arrêt *Pringle*⁽³¹⁾, doivent rester en mémoire, tant au regard du caractère contraignant des procédures de révision des traités⁽³²⁾ que quant à la substance des éléments susceptibles de révision. L'avis 1/91 ne rappelle-t-il pas qu'une révision ne peut porter atteinte aux fondements mêmes de l'Union ? Le protocole 8 est un écho de ces avis 1/91 et 2/94 lorsqu'il mentionne, notamment, les compétences, les attributions des institutions de l'Union, les caractéristiques de l'ordre juridique et l'article 344 TFUE.

L'arrêt *Pringle* peut-il ouvrir la porte à un contrôle de la révision de l'article 6 § 2, notamment au regard des compétences de l'Union ? Il est sûr, en tout cas, que, lié à des circonstances particulières, il affirme la compétence, en miroir, indirecte, que se reconnaît la Cour pour vérifier que l'adoption d'un traité international ne peut venir modifier les traités européens, et ce par la voie préjudicielle⁽³³⁾, ni permettre aux États membres d'échapper aux règles de l'Union non plus qu'à la compétence de la CJUE⁽³⁴⁾.

La combinaison de ces conditions forme une barrière difficilement franchissable à des réformes de fond via la *lex specialis* de l'article 218 § 6 et § 8, TFUE,... sauf, sans doute, pour une réécriture *a minima* de l'article 6 § 2, TUE : « L'Union est partie à la Convention EDH »... laissant d'autres difficultés constitutionnelles se régler ailleurs, c'est-à-dire par la jurisprudence !

III – Le statut de la Convention EDH au regard de l'article 216 § 2, TFUE

Reste le débat sur le statut de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union

une fois l'adhésion menée à bien et dès lors que la Convention EDH sera inté-

(29) V. *supra*.

(30) CJCE, 14 déc. 1991, avis 1/91, *EEE*.

(31) CJUE, ass. pl., 27 nov. 2012, aff. C-370/12, *Pringle*.

(32) Sur le caractère obligatoire de la procédure de révision, voir aussi CJCE, 8 avr. 1976, 43/75, *Defrenne c/ Sabena*.

(33) Encore accentué par l'arrêt CJUE, gr. ch., 27 févr. 2018, aff. C-266/16, *Western Sahara Campaign UK*.

(34) CJCE, gr. ch., 30 mai 2006, aff. C-459/03, *Commission c/ Irlande* ; CJUE, gr. ch., 12 sept. 2017, aff. C-648/15, *Autriche c/ Allemagne*.

grée formellement dans les sources de l'Union. Celle-ci relèvera à la fois, il faut le supposer, de l'article 6 TUE et de l'article 216 § 2, TFUE : « Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ». Mais les articles 6 TUE et 216 § 2, TFUE, par leur contexte, n'ont nécessairement ni le même esprit, ni les mêmes finalités.

Du point de vue de l'article 6 TUE, la logique est celle des droits fondamentaux. Du point de vue de l'article 216 § 2, TFUE, la logique est celle des rapports de normes. La combinaison de ces logiques, l'une davantage substantielle, l'autre formelle, mérite l'attention.

Deux questions sont susceptibles d'être abordées ici : celle, d'abord, de la place de la Convention EDH dans la hiérarchie des sources du droit de l'Union (A), celle, ensuite, de sa place et de ses caractéristiques dans les ordres juridiques des États membres (B).

A – Une source « conventionnelle »³⁵ ?

La question n'est pas ici celle de savoir si la Convention et la CEDH sont tiraillées « entre droit international et droit constitutionnel »³⁶. Elle est celle de savoir quelle place lui accorde l'ordre juridique de l'Union dans la hiérarchie de ces sources du droit de l'Union³⁷. Sans doute faut-il avoir recours au mot-valise imaginé par MM. Gonin et Bigler et le

transposer à l'ordre juridique de l'Union pour être le plus proche du statut, en son sein, de la Convention EDH, celui-ci se dessinant sur la base principale des articles 6 TUE, 216 § 2, TFUE, et 52 § 3, de la Charte des droits fondamentaux.

La lecture de l'article 6 TUE paraît pourtant simple : la priorité est accordée à la Charte, viennent ensuite, dans un ordre décroissant, la Convention EDH et les principes généraux. En ce sens va, bien évidemment, la jurisprudence de la Cour de justice depuis l'arrêt *Schecke et Eifert*³⁸.

Cette lecture s'accommode, quant aux rapports de normes, de l'article 216 § 2, TFUE, et quant à la logique de la protection, du caractère subsidiaire de la protection accordée par la Convention EDH.

La pratique risque pourtant d'être plus complexe à bien des égards, et déjà lorsqu'on se place dans l'ordre juridique de l'Union. Les questionnements ne sont d'ailleurs pas sans rappeler ceux que l'on trouve au niveau constitutionnel de certains États membres³⁹.

Ainsi, la jurisprudence *Scheke et Eifert* ne serait sans doute plus possible en l'état, dès lors que l'adhésion aurait été menée à bien : la rédaction inchangée de l'opération de passe-passe entre les articles 8 Convention EDH et 7 et 8 de la Charte, opérée aux points 43-49 de l'arrêt, paraît, en effet, difficilement envisageable⁴⁰. Que deviendrait la priorité de la

(35) L. Gonin et O. Bigler, La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire des articles 1 à 18, Lexisnexis 2018, n° 7, p. XV.

(36) F. Tulkens, La Convention européenne des droits de l'Homme entre droit international et droit constitutionnel, in Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, 2007. 9.

(37) Rappelons que, dans certains États membres de l'Union, la Convention EDH a rang constitutionnel (Autriche) ou para-constitutionnel (Espagne)...

(38) CJUE, gr. ch., 9 nov. 2010, aff. C-92/09, *Schecke et Eifert*.

(39) Par exemple, article 10 de la Constitution espagnole du 27 déc. 1978.

(40) « La juridiction de renvoi estime que l'obligation de publication de données relatives aux bénéficiaires d'aides du FEAGA et du Feader, qui résulte des dispositions citées au point précédent, constitue une atteinte injustifiée au droit fondamental à la protection des données à caractère personnel. Elle se réfère, à cet effet, en substance, à l'article 8 de la Convention EDH. Il doit être rappelé que, conformément à l'article 6, paragraphe 1, TUE, l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la "Charte"), "laquelle a la même valeur juridique que les traités". Dans ces conditions, la validité des articles 42, pt 8 ter, et 44 bis du règlement n° 1290/2005, ainsi que du règlement n° 259/2008, doit être appréciée au regard des dispositions de la Charte » (pts 44-46).

Charte si les juges nationaux préféreraient utiliser les dispositions de la Convention EDH pour contester un acte de l'Union ?

Par sa place historique dans la jurisprudence de la Cour de justice, puis dans l'article 6 § 2 et 3, TUE actuel, seule mentionnée à titre général, la Convention EDH a une place privilégiée dans les sources de protection des droits de l'Homme. Si la Convention EDH peut sortir renforcée de l'adhésion, elle changera aussi en partie de visage.

Relevant formellement du système de protection des droits fondamentaux dans l'Union, au titre de l'article 6 TUE, la Convention EDH pourrait se voir octroyer un effet direct au titre du droit de l'Union. En tant que source formelle de l'Union, elle pourrait éventuellement primer sur les autres sources internationales de protection des droits de l'Homme... à moins que d'autres logiques, comme celle de la *lex specialis* ou bien celle de la loi la plus favorable, soient préférées ? Ici encore les domaines de l'asile et du mandat d'arrêt européen seront à observer attentivement.

Inversement, la Cour de justice peut s'appuyer sur la Convention EDH dans sa confrontation avec les droits fondamentaux et les juges constitutionnels, à la fois formellement – dans une logique de conflit de normes – et substantiellement – dans une logique d'équivalence ou de correspondance des droits –, y compris dans la recherche de création d'un standard commun de protection des droits fondamentaux.

Le paradoxe déjà connu dans les ordres juridiques nationaux du caractère subsidiaire de la Convention EDH est en voie de réapparition dans l'ordre juridique de l'Union.

La logique des rapports de normes, telle qu'elle découle strictement de l'article 216 § 2, TFUE, paraît, donc, à bien des égards, insuffisante pour comprendre la place à venir de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union. Une grille de lecture supplémentaire est proposée dans l'article 52 § 3, de la Charte, qui, désormais, bien plus que l'article 53 CDF, est à regarder comme gérant les relations entre droits fondamentaux provenant de sources différentes. Sa logique est non plus formelle, mais substantielle, ciblant le fond des droits fondamentaux et leur protection⁴¹. Il y a, dans ce texte, le souci d'éviter le conflit, dans l'esprit de la correspondance – voire de l'équivalence – des droits, qui se répercute sur la mise à niveau des sources de protection. La Cour de justice a commencé à en explorer la voie, non certainement sans arrière-pensées liées à l'adhésion : « Le paragraphe 3 de cet article vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la Convention EDH, sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne »⁴².

Reste à savoir si l'idée d'une correspondance entre droits fondamentaux de la Charte et de la Convention EDH pourrait être retrouvée devant la CEDH comme devant les juges nationaux, dont le rôle, en la matière, va se retrouver encore plus déterminant.

B – Quelle place pour la Convention EDH dans les ordres juridiques nationaux en tant que convention de l'Union ?

Ici encore, la cause pourrait être entendue au vu de l'article 216 § 2, TFUE, et

(41) V. en ce sens, H. Gaudin, Rapport introductif. Au-delà de l'unité vers le pluralisme : homogénéité formelle et homogénéité matérielle dans un espace juridique ouvert, in H. Gaudin (dir.), *Primauté et article 53 de la Charte : le nouveau paradigme des droits fondamentaux en Europe*, Mare & Martin, 2021.

(42) CJUE, gr. ch., 20 mars 2018, aff. C-524/15, *Luca Mancini*, pt 23, reprenant CJUE, gr. ch., 15 févr. 2016, aff. C-601/15 *PPU, N.*, pt 47.

de la jurisprudence de la Cour de justice sur les traités internationaux. Pourtant, sauf erreur, la Convention EDH sera une nouvelle fois dans une situation juridique originale. Rare convention internationale qui sera signée par l'Union, à laquelle, en même temps, l'ensemble de ses États membres est partie, elle n'aura pu bénéficier de la théorie de la succession fonctionnelle⁽⁴³⁾. Elle n'est pas non plus, à bien des égards, un accord mixte, tel qu'on les a vus se développer depuis quelques années et qui reposent sur la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, chacun étant lié pour son domaine de compétence. Elle n'est pas non plus, bien évidemment, un accord dit de nouvelle génération. Elle ne pourra non plus recevoir, par principe, une interprétation autonome de la part de la Cour de justice que celle-ci pourrait imposer aux juges nationaux.

Elle est et sera... autre et ailleurs.

C'est aussi la particularité de la Convention EDH, « instrument constitutionnel d'un ordre public européen »⁽⁴⁴⁾, son caractère « singulier »⁽⁴⁵⁾, sous l'égide de la Cour de Strasbourg, qui est (re)mise en perspective par l'adhésion de l'Union.

Les États se trouvent, en quelque sorte, liés deux fois par la Convention EDH, par leur propre ratification (en tant qu'État) et par celle de l'Union... sans parler de la procédure qui les fait intervenir dans différents statuts. Les répercussions sur les ordres juridiques nationaux de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH peuvent expliquer la nécessité de la phase de ratification par les États membres selon leurs règles consti-

tutionnelles respectives (art. 218 § 8, TFUE).

La question du statut de la Convention EDH dans les ordres juridiques nationaux ne peut manquer de se poser : convention internationale de l'État et/ou convention de l'Union ?

Les domaines sensibles sont déjà connus : asile, mandat d'arrêt européen, sans doute chaque fois que seront en cause les droits des citoyens de l'Union et, plus largement, chaque fois que pourront trouver à s'appliquer non seulement les droits nationaux, le droit de l'Union et le droit de la Convention EDH, qui aura la particularité de s'appliquer à la fois aux États et à l'Union.

Le premier défi que doit affronter la Cour de justice est certes celui d'apparaître comme le juge le plus protecteur et, par-là, assurer la primauté de son droit et ses droits. Sa jurisprudence historique sur les droits fondamentaux constitutionnels fournit la trame de la réponse à donner. Un nouveau défi guette néanmoins la Cour dans ces conflits de droits fondamentaux et de juges : celui de la mise en cause de la légitimité des juges européens, qu'ils soient ceux de Luxembourg ou ceux de Strasbourg.

Cette situation offre également des perspectives nouvelles aux juges nationaux, qui se trouvent d'autant plus à la croisée des sources de protection qu'ils bénéficient de procédures permettant la mise en relation de ces droits fondamentaux⁽⁴⁶⁾. À la croisée des sources de protection comme à l'origine du déclenchement des différentes procédures de

(43) P. Pescatore, La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'Homme, Protection des droits de l'Homme, La dimension européenne, Mélanges Gérard Wiarda, Heymans, 1988. 441.

(44) CEDH, gr. ch., 23 mars 1995, n° 153118/89, *Loizidou c/ Turquie*, in F. Sudre et al., Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, n° 1, D.S., PUF, Thémis, 9^e éd., 2009.

(45) CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, Série A n° 25.

(46) Ajoutons que la question du protocole 16 a été soulevée par Mme l'Avocat général Kokott, dans sa prise de position sur l'avis 2/13. Voir, sur ce point, les remarques de F. Benoît-Rohmer, L'adhésion à la Convention EDH, un travail de Pénélope ?, RTD eur 2015. 593.

renvoi, le juge national se voit ouvrir la possibilité de modifier son environnement juridique⁴⁷.

La Convention comme la jurisprudence de la CEDH pourraient-elles bénéficier des caractéristiques du droit de l'Union, notamment de l'effet direct et de la primauté ? Semblable question a été posée sur la seule base de l'actuel article 6 § 3, TUE, au regard de la primauté, et résolue alors négativement par la Cour de justice dans son arrêt *Kamberaj* : « L'article 6 § 3, TUE, ne régit pas les relations entre la Convention EDH et les ordres juridiques des États membres et ne détermine pas non plus les conséquences à tirer par un juge national en cas de conflit entre les droits garantis par cette Convention et une règle de droit national »⁴⁸. Qu'en serait-il une fois l'adhésion réalisée ? De même pour l'effet direct des dispositions de la Convention et des arrêts de la CEDH ?

Réciproquement, le droit de l'Union pourrait-il bénéficier, en droit interne, de procédures nationales conçues au profit de la Convention européenne des droits de l'Homme ? Une tentative en ce sens s'est déjà produite au nom des principes d'équivalence et d'effectivité

dans l'affaire *XC, YB et ZA*⁴⁹, la Cour suprême autrichienne s'interrogeant sur la transposition d'une procédure nationale conçue pour la Convention EDH aux droits protégés par l'Union. À l'équivalence des droits ne pourrait-elle correspondre une équivalence des procédures ? Y a-t-il des leçons à tirer des expériences de la Convention EDH en termes d'effectivité ? La Cour, en l'espèce, a répondu négativement, au vu des différences existant entre l'ordre juridique de l'Union et le système de la Convention EDH, et de la particularité irréductible du premier.

Les rapports entre systèmes sont d'ores et déjà explorés par les juges nationaux. On peut supposer que les interrogations reprendront de plus belle une fois l'adhésion réalisée, sans doute pour le plus grand bénéfice des droits fondamentaux et de leur niveau de protection.

La Cour de justice, qui n'est pas, à la différence de la CEDH, uniquement un juge des droits de l'Homme, doit l'anticiper, sans oublier qu'un autre débat existe : celui, récurrent, de la légitimité des juges et de la nécessaire mise en balance des droits et libertés face aux exigences de la société.

(47) H. Gaudin, Poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, Europe, n° 6, juin 2020.

(48) CJUE, gr. ch., 24 avr. 2012, aff. C-571/10, *Kamberaj*, pt 62.

(49) CJUE, gr. ch., 24 oct. 2018, aff. C-234/17, *XC, YB et ZA*.