

## **L'enjeu de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme pour la hiérarchie des normes interne**

**Mathis FISTER & Evangelia GEORGITSI\***

Discutée sur le plan institutionnel et académique depuis au moins trente ans<sup>1</sup>, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH ou la Convention) semble aujourd'hui plus éminente que jamais. L'entrée en vigueur parallèle, d'une part, du Traité de Lisbonne<sup>2</sup> et, d'autre part, du Protocole n° 14 à la CEDH<sup>3</sup> a marqué l'ouverture des négociations bilatérales nécessaires pour la mise en œuvre de l'adhésion<sup>4</sup>, qui fera l'Union européenne une partie contractante de la CEDH au même titre que ses 27 Etats membres. La CEDH suivra ainsi l'exemple de l'Organisation Mondiale du Commerce<sup>5</sup> dont l'Union européenne est également partie contractante à côté de l'ensemble des Etats membres.

L'accélération du processus d'adhésion a été saluée comme une avancée considérable dans la protection des droits de l'homme en Europe, notamment par les acteurs institutionnels<sup>6</sup>. Bien que la conformité du droit de l'Union à la CEDH est déjà contrôlée par la Cour de Justice (puisque, même avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la CEDH s'imposait au législateur européen en tant que partie intégrante des « traditions constitutionnelles communes » aux Etats membres<sup>7</sup>) et – indirectement

---

\* Respectivement : Docteur en Droit, Assistant à l'Institut de droit public autrichien et international, WU-Wien ; Doctorante à l'Université de Paris I - Ernst Mach Fellow à l'Institut de droit public autrichien et international, WU-Wien.

<sup>1</sup> V. déjà le mémorandum de la Commission sur l'adhésion des Communautés à la Convention européenne des droits de l'homme du 4 avril 1979, Suppl. 2/79 au Bulletin CE, COM(79)210 final. Plus récemment, v. aussi la communication de la Commission du 19 novembre 1990 concernant l'adhésion de la Communauté à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales et à certains de ses protocoles, SEC(90)2087 final. Cf. également Kim ECONOMIDES et Joseph H.H. WEILER, « Report of Committees, Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights: Commission Memorandum », *The Modern Law Review*, vol. 42 (1979), pp. 683 s.

<sup>2</sup> L'article 6§2 du Traité sur l'Union européenne (TUE) prévoit, en effet, que « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

<sup>3</sup> L'article 17 du Protocole n° 14 (article 59§2 CEDH) prévoit de manière symétrique que « l'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ».

<sup>4</sup> Selon le Communiqué de presse du Conseil de l'Europe 545(2010), les négociations ont commencé le 7 juillet 2010.

<sup>5</sup> L'Union européenne est une partie contractante de l'accord instituant l'Organisation mondiale de commerce, dit aussi accord de Marrakech de 1994 ; en revanche, elle a le statut d'un simple observateur auprès de l'OCDE et, depuis quelques jours, de l'ONU (v. document AG/11079).

<sup>6</sup> V. la Communication commune des Présidents Costa et Skouris du 17 janvier 2011, disponible sur le site du Conseil de l'Europe, à l'adresse Internet : [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D-4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication\\_CEDHCJUE\\_FR.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/48ACDFB2-E97D-4503-83FE-5C4569A33C73/0/2011Communication_CEDHCJUE_FR.pdf) (consultée le 16 mai 2011).

<sup>7</sup> Selon l'article 6§2 TUE avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

– par la Cour européenne des droits de l’homme<sup>8</sup>, ce double contrôle n’est absolument pas coordonné, ni dans son déroulement temporel, ni dans ses effets juridiques. Ainsi, il n’est absolument pas impossible de saisir les deux juridictions de la même question, ce qui d’une part présente le risque d’une divergence de jurisprudences, et d’autre part peut conduire à des situations dans lesquelles la mise en œuvre du droit de l’Union – obligation que les Etats membres ne peuvent pas en principe méconnaître sous peine d’être sanctionnés par la Cour de Justice – peut constituer en même temps une atteinte aux droits de la CEDH et l’inverse<sup>9</sup>. Cela signifie, en d’autres termes, que le respect simultané des deux types d’obligations est impossible.

C’est précisément l’articulation du contrôle exercé par les Cours de Luxembourg et de Strasbourg qui est surtout visée par l’adhésion de l’Union européenne à la CEDH. Conformément au principe de subsidiarité qui régit le système de la Convention européenne, suite à l’adhésion, les normes produites par les organes de l’Union européenne pourront être soumis au contrôle externe de la Cour européenne après « épuisement des voies de recours », c’est-à-dire après avoir saisi les juges européens. Il en va de même pour les normes internes d’application du droit européen, dont la conformité à la CEDH doit être examinée par les juridictions internes, avant que les juges de Strasbourg ne puissent être saisis de la question ; la saisine préalable de la Cour de Justice sous forme de question préjudicielle n’est pas une voie de recours à épuiser (puisque’elle ne dépend pas exclusivement des parties au litige), mais les négociations actuelles indiquent que, si jamais celle-ci n’a pas eu l’occasion de se prononcer sur la question, il faut introduire un mécanisme permettant à la Cour de Strasbourg d’obtenir sa position avant de trancher l’affaire<sup>10</sup>.

Comme l’a remarqué à juste titre une partie de la doctrine<sup>11</sup>, la coordination du contrôle interne et externe exercés respectivement par la Cour de Justice et par la Cour européenne des droits de l’homme sur les normes produites par les organes de l’Union soulève surtout des problèmes techniques et donc solubles ; il n’en va pas autrement devant les juridictions nationales ordinaires qui peuvent poser une question préjudicielle à la Cour de Justice si elles considèrent que la norme européenne

---

<sup>8</sup> Le contrôle de la Cour de Strasbourg ne se dirige, toutefois, pas contre l’Union européenne qui n’est pas à l’heure actuelle une partie contractante de la CEDH, mais contre les Etats membres qui implémentent le droit de l’Union : v. Cour européenne des droits de l’homme (ci-après CourEDH), décision d’irrecevabilité du 20 janvier 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij et autres c. Pays Bas* (Requête n° 13645/05), sélectionnée pour publication. Pour une présentation détaillée de cette jurisprudence subtile v. Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, « Rechtsvergleichender Gesamtbericht » in : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, Baden-Baden – Athènes – Bruxelles – Wien, Nomos – Ant. N. Sakkoulas – Bruxelles – Facultas, 699 s. (notamment p. 1064 s.).

<sup>9</sup> Ainsi, la CourEDH dans son arrêt du 15 juin 1996, *Cantoni c. France* (Requête n° 17862/1996), Recueil 1996-V, a été saisie à propos d’une disposition interne qui reprenait presque à l’identique la formulation d’une directive, mais n’a pas conclu à une violation de la CEDH.

<sup>10</sup> V. la Communication commune des Présidents Costa et Skouris du 17 janvier 2011 précitée.

<sup>11</sup> Ainsi, Christoph GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Munich – Basel – Vienne, Beck – Helbing – Manz’sche, 4<sup>ème</sup> édition, 2009, pp. 28-29 (29).

qu'elles doivent appliquer n'est pas conforme à la CEDH. Dans ce cas également, le dernier mot reviendra, en fin de compte, à la Cour européenne des droits de l'homme qui pourra être saisie si les juridictions internes n'ont pas donné satisfaction à la personne qui se prétend victime d'une violation de ses droits conventionnels.

Les choses peuvent s'avérer un peu plus compliquées, en revanche, dès lors que les juridictions nationales sont saisies à propos des normes internes d'application du droit de l'Union et notamment à propos des actes de transposition des directives communautaires. Ces actes doivent naturellement être conformes aux normes européennes qu'ils sont censées transposer et ces dernières doivent, à leur tour, respecter les droits de la CEDH, non plus en tant que « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », mais en tant que normes internationales ayant comme destinataire l'Union européenne. La question peut se poser dès lors de savoir si cela signifie *a fortiori* que les actes internes de transposition doivent être conformes à la CEDH du fait de l'adhésion de l'Union à la CEDH, autrement dit, si l'obligation de transposition sera désormais conditionnée par l'obligation de conformité à la CEDH (que l'acte de transposition reprenne les dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou non) et quel juge devra en assurer le respect.

L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH pourra ainsi affecter profondément l'ordre juridique interne des Etats membres, où le droit « externe » s'applique parce qu'une norme interne, le plus souvent constitutionnelle, le permet et en détermine la force dérogatoire. Il en résulte une hiérarchie selon la force dérogatoire (ou hiérarchie d'application / *Anwendungshierarchie*), qui est dans tous les cas différente de la hiérarchie selon l'ordre de la production (ou hiérarchie de validité / *Getlungshierarchie*)<sup>12</sup>, puisqu'elle concerne également des normes qui ne sont pas produites selon les normes de production internes (le droit « externe »). Cette hiérarchie définit sous quelles conditions une norme pourtant valide ne peut pas être appliquée (et pourrait éventuellement être invalidée) du fait que son contenu n'est pas conforme au contenu d'autres normes.

Incorporée dans le droit interne de ses 47 Etats contractants<sup>13</sup>, la CEDH fait aujourd'hui partie de cette hiérarchie des normes interne, sans toutefois qu'elle y occupe pour autant une place uniforme. A cet égard, quatre configurations différentes peuvent être identifiées<sup>14</sup> :

---

<sup>12</sup> Pour cette distinction, v. Otto PFERSMANN, « Hiérarchie des normes », in : Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, p. 779 s.

<sup>13</sup> L'incorporation de la CEDH dans le droit interne des Etats parties est aujourd'hui unanime. En fait, après la Malte (Loi n° XIV du 19 août 1987), le Danemark (Loi n° 285 sur la Convention européenne des droits de l'homme du 29 avril 1992), l'Islande (Loi n° 62/1994 du 19 avril 1994), la Suède (Loi sur la Convention européenne de 1994, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1995), le Royaume-Uni (*Human Rights Act 1998*) et la Norvège (Loi n° 30 sur les droits de l'Homme du 21 mai 1999), l'Irlande incorpora aussi finalement la Convention européenne dans le droit interne (Loi n° 20 relative à la Convention européenne des droits de l'Homme du 30 juin 2003).

<sup>14</sup> Pour plus d'informations, v. Christoph GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, *op. cit.*, p. 15 s.

- i) dans quelques pays la CEDH dispose d'une valeur constitutionnelle (c'est le cas en **Autriche**) ;
- ii) dans la majorité des pays, la CEDH jouit d'une valeur supralégislative mais infraconstitutionnelle (tel est le cas, entre autres, en **France**) ;
- iii) il existe des pays dans lesquels la Convention dispose d'une simple valeur législative (c'est notamment le cas en **Allemagne**) ;
- iv) enfin, la configuration du **Royaume-Uni** doit être mise à part, car, bien que la CEDH ait été incorporée par voie législative, le *Human Rights Act 1998* ne reprend par l'intégralité du texte de la Convention et de ses Protocoles, mais seulement les articles 2 à 12 et 14 de la CEDH, ainsi que les articles 1 à 3 du premier protocole additionnel.

Il n'en va pas autrement pour le droit de l'Union qui fait incontestablement partie de la hiérarchie des normes interne dans la mesure où il est doté de l'effet direct<sup>15</sup>, mais dont la force dérogoire n'est pas univoque. Ainsi, bien que la Cour de justice réaffirme à des intervalles récurrents la primauté du droit de l'Union sur toute norme interne<sup>16</sup>, les juridictions des Etats membres oscillent entre une acceptation inconditionnelle et une acceptation modulée de celle-ci, c'est-à-dire entre la reconnaissance de la valeur supraconstitutionnelle ou non du droit de l'Union. Malgré ces oscillations, toutefois, le droit de l'Union bénéficie à l'heure actuelle d'une valeur supérieure à celle de la CEDH dans les ordres juridiques internes et cela même lorsque cette dernière dispose dans un ordre juridique donné d'une valeur constitutionnelle !

Pour se limiter aux exemples mentionnés ci-dessus, en **Autriche**<sup>17</sup> et en **Allemagne**<sup>18</sup>, le droit de l'Union dispose d'une valeur supraconstitutionnelle tandis que la CEDH dispose d'une valeur constitutionnelle et législative respectivement, tandis qu'au **Royaume-Uni**<sup>19</sup>, le droit de l'Union prévaut sur les lois et donc également sur le *Human Rights Act 1998*. La **France** semble de prime abord

---

<sup>15</sup> Ce principe a été énoncé pour la première fois par la Cour de Justice (CJUE) dans l'arrêt du 5 février 1963, affaire 26-62, *van Gend & Loos*, §§ 3 à 5. L'effet direct des normes de l'Union est, toutefois, variable : si les règlements bénéficient d'un effet direct très étendu, les directives disposent seulement d'un effet direct vertical « ascendant », c'est-à-dire que leurs dispositions peuvent être invoquées seulement par les particuliers à l'encontre des Etats membres et non pas l'inverse. Les normes relevant du droit primaire peuvent également être dotées de l'effet direct, si elles sont suffisamment précises.

<sup>16</sup> Outre le fameux arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire *Costa c. Enel* du 15 juillet 1964, la suprématie du droit européen par rapport à toutes les normes internes, y comprises constitutionnelles, a été clairement affirmée dans l'arrêt du 9 mars 1978, affaire 70-77, *Simmenthal*.

<sup>17</sup> V. sur ce point, Theo ÖHLINGER ET Manfred STELZER, « Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Österreichs », in : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, op. cit., p. 497 s. (p. 508).

<sup>18</sup> Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, arrêt du 22 Octobre 1986, *Solange II*, BVerfGE vol. 73, p. 339 (notamment p. 359).

<sup>19</sup> Ainsi, David A.O. EDWARD, William ROBINSON, Aileen MCCOLGAN, Patrick DORIS et David HOWE, « Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung des Vereinigten Königreichs », in : Julia ILIOPOULOS-STRANGAS, *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, op. cit., p. 645 s. (p. 661).

constituer une exception à cet égard, puisqu'en principe la force dérogatoire du droit de l'Union est déterminée par l'article 55 de la Constitution française de 1958 et est donc la même que celle du droit international classique. Toutefois, en érigeant l'obligation de transposition des directives communautaires en exigence constitutionnelle découlant de l'article 88-1 de la Constitution<sup>20</sup>, le Conseil constitutionnel a restreint de manière significative le contrôle de constitutionnalité des actes de transposition des directives de l'Union de sorte que les dispositions inconditionnelles et précises de celles-ci bénéficient à l'heure actuelle d'une immunité constitutionnelle, à moins qu'elles aillent à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France<sup>21</sup>.

Ce rapport hiérarchique entre les différentes sources de droit « externe » au profit du droit de l'Union pourra difficilement être maintenu après l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. Celle-ci pourra, en effet, inaugurer un élargissement du contrôle des normes internes d'application du droit de l'Union et inverser ainsi le rapport hiérarchique au profit du droit de la CEDH. Or, une telle inversion, qui confirmera certes le caractère de la CEDH comme partie intégrante de l'ordre public européen, ne pourra pas être parfaite (I) et son application risque de s'avérer délicate (II). Inspirée par la volonté de protéger les droits de l'homme en Europe aussi intégralement que possible, l'adhésion pourra ainsi remettre en cause la primauté du droit de l'Union de manière beaucoup plus radicale que les clauses constitutionnelles internes qui posent des limites à l'intégration européenne ont pu le faire à ce jour.

---

<sup>20</sup> Conseil constitutionnel (CC), décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Recueil p. 101, cons. 7 ; CC, décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Recueil p. 88, cons. 17.

<sup>21</sup> CC, décision n° 2006-540 DC précitée, cons. 19.

## **PLAN**

### **I. L'IMPARFAITE INVERSION DU RAPPORT HIÉRARCHIQUE AU PROFIT DU DROIT DE LA CEDH**

**A. Une inversion seulement sectorielle**

**B. Une inversion matériellement indéterminée**

### **II. LA DÉLICATE APPLICATION DU DROIT « EXTERNE » PAR LES JUGES INTERNES**

**A. Une hiérarchisation simultanément double**

**B. Une hiérarchisation potentiellement critique**