

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

Rédacteurs en chef

- Géraldine ROSOUX, conseiller d'État (b.), référendaire honoraire de la Cour constitutionnelle (b.), professeure à l'Université de Liège.
- Christophe PETTITI, avocat au barreau de Paris, secrétaire général de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris.

Secrétaires de rédaction

- Marion LARCHÉ, maître de conférences en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.
- Laurence VANCRAYEBECK, conseiller d'État (b.).

Comité de rédaction

- Marie-Aude BEERNAERT, professeure à l'Université catholique de Louvain.
- Gauthier de BÉCO, lecturer à l'Université de Leeds, professeur invité à l'Université catholique de Louvain.
- Peggy DUCOULOMBIER, professeure à l'Université de Strasbourg (Institut de Recherches Carré de Malberg).
- Marina EUDES, professeure de droit public à l'Université Paris Nanterre, membre de la Commission nationale consultative des droits de l'homme.
- Ludovic HENNEBEL, chercheur qualifié du F.N.R.S., Université libre de Bruxelles.
- Nicolas HERVIEU, membre du CREDOF (Université Paris Ouest), chargé d'enseignements à l'Université Panthéon-Assas.
- Élisabeth LAMBERT, directrice de recherche au CNRS (Droit et changement social, Université de Nantes).
- Florence MERLOZ, conseillère référendaire à la Cour de cassation (fr.).
- Céline ROMAINVILLE, professeure à l'Université catholique de Louvain, codirectrice du Centre de recherches sur l'État et la Constitution.
- Patrick TITIUN, ancien chef de cabinet du président de la Cour européenne des droits de l'homme, membre du Conseil supérieur de la magistrature.
- Sébastien Van DROOGHENBROECK, professeur à l' UCLouvain-Université Saint-Louis – Bruxelles.
- Panayotis VOYATZIS, référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne.



NEMESIS

Anciens directeurs

Pierre LAMBERT (1990-2008), Pierre VANDERNOOT (2009-2014), Frédéric KRENC (2014-2021).

Comité scientifique

Président d'honneur: **Pierre LAMBERT** †, fondateur de la *Revue*.
Président: **Frédéric KRENC**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEN, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

E. BREMS, professeure à l'Université de Gand.

L. BURGORGUE-LARSEN, professeure à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

C. CHAINAIS, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université Paris II et président de la Fondation René Cassin.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller émérite à la Cour de cassation (b.).

Fr. DELPERÉE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, ancien greffier et jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeure à l'Université de Genève.

M. HOTTELIER, professeur émérite à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse auprès du Royaume d'Espagne et de la Principauté d'Andorre.

A. NUSSBERGER, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'État (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocratie de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre émérite au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur émérite de l'Université de Strasbourg.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : une réponse logique à l'optionalité de la Convention européenne des droits de l'homme en droit de l'Union européenne

PAR

Johan CALLEWAERT

Greffier adjoint de la Grande Chambre, Cour européenne des droits de l'homme¹

Professeur aux Universités de Louvain et de Spire

Résumé

La fonction de garantie formellement conférée à la Convention européenne des droits de l'homme par le législateur de l'Union est rendue optionnelle dans la pratique du droit de l'Union. En conséquence, le niveau de protection minimum que la Convention assure dans les États membres et que le législateur de l'Union a voulu étendre au droit de l'Union est le plus souvent ignoré, au bénéfice d'une utilisation plus fréquente de la Convention comme simple « boîte à outils », c'est-à-dire comme source d'inspiration ou d'interprétation non contraignante. Cette optionalité de la Convention européenne entraîne des baisses significatives de protection, introduit des doubles standards dans les procédures donnant lieu à l'intervention de structures hybrides et entraîne des conflits de loyauté pour les juges nationaux qui sont à la fois juges de l'Union et juges de la Convention. Les dysfonctionnements qui en résultent sont source de fragmentation et de fragilisation des droits fondamentaux européens. Ils rendent impérative l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

¹ Observateur de la Cour européenne des droits de l'homme dans les négociations sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. L'auteur s'exprime à titre strictement personnel. Il tient à remercier Mme Johanna Schuler, stagiaire à la Cour, pour sa précieuse contribution à cette étude.

Abstract

The benchmark function formally conferred on the European Convention on Human Rights (the Convention) by the Union legislature is rendered optional in the practice of Union law. Consequently, the minimum level of protection that the Convention ensures in the Member States, and which the Union legislature intended to extend to Union law, is most often ignored in favor of a more frequent use of the Convention as a simple “toolbox”, i.e. a source of inspiration or non-binding interpretation. This optionality of the Convention leads to significant reductions in protection, introduces double standards in procedures involving hybrid structures, and creates conflicts of loyalty for national judges who are both Union and Convention judges. The resulting dysfunctions lead to fragmentation and weakening of European fundamental rights, making the EU's accession to the Convention imperative.

Introduction

Le constat de départ de cette étude sera celui de l'optionalité de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « la Convention européenne ») en droit de l'Union.

La référence à l'optionalité sert ici à définir la situation de la Convention européenne en droit de l'Union, laquelle est actuellement caractérisée par une prise en compte qui se fait le plus souvent sur le mode de l'option plutôt que sur celui de la garantie. En cela, l'optionalité se démarque de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : « la Cour européenne ») ainsi que du prescrit de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Il en résulte, dans l'immédiat, un déficit de protection dans certains domaines du droit de l'Union et, à plus long terme, des risques toujours plus évidents de fragmentation et de relativisation des droits fondamentaux européens.

Ce sont ces risques qui rendent impérative l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne, prévue par l'article 6, § 2, du Traité sur l'Union européenne (TUE), dont l'effet sera de lever l'optionalité de la Convention européenne en droit de l'Union et de restaurer celle-ci dans sa fonction de garantie minimale, applicable au droit de l'Union dans son ensemble, au même titre qu'elle s'applique à l'ensemble de la juridiction des États parties.

Voilà ce que les lignes qui suivent s'attacheront à démontrer, à l'aide d'exemples concrets. La démonstration se fera sous le bénéfice d'une distinction

entre deux formes d'optionalité de la Convention européenne : l'optionalité choisie par la Cour de justice de l'Union européenne (I) et l'optionalité imposée par le législateur de l'Union (II).

I. L'optionalité choisie par la Cour de justice

A. *Les formes de l'optionalité de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de justice : la Convention comme simple boîte à outils*

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne n'est pas d'abord une question de technique juridique, mais d'enjeu. L'enjeu, c'est d'assurer qu'à l'égard de l'Union européenne, comme à l'égard de ses États membres, la Convention européenne garantisse un niveau minimum de protection des droits fondamentaux, grâce au mécanisme qui permet à la Cour européenne d'exercer un contrôle externe sur les décisions et arrêts rendus en dernier ressort par les juridictions des Parties contractantes.

Mais cet enjeu existe-t-il vraiment ? À lire certaines contributions récentes sur l'état actuel de l'interaction entre le droit de l'Union et la Convention européenne², on pourrait en douter et se demander si cette adhésion est encore nécessaire et justifie de déployer autant d'efforts pour qu'elle se réalise. Car les quelques comparaisons générales entre le droit de l'Union européenne et celui de la Convention européenne se plaisent le plus souvent à souligner la proximité et/ou la complémentarité entre les deux systèmes. La démonstration à l'appui de ce constat consiste en général à relever quelques arrêts luxembourgeois et strasbourgeois choisis présentant une certaine convergence et à en conclure, parfois un peu hâtivement, que c'est comme cela partout.

Toutefois, à y regarder de plus près, on découvre une réalité sensiblement plus nuancée. D'une part, on peut certes constater, comme le juge Guyomar, que « les décisions et arrêts de la Cour européenne fourmillent [...] de nombreuses références au droit de l'Union européenne qui sont autant d'éléments de contexte ou de sources d'inspiration témoignant du souci d'assurer la plus grande cohérence d'ensemble entre les deux ordres juridiques et assurant, ce

² Voy. notamment les discours prononcés lors du séminaire tenu à la Cour européenne des droits de l'homme le 14 juin 2024 sur le thème de « L'articulation entre la Convention et le droit de l'UE : passé, présent et futur », disponibles sur : www.echr.coe.int/fr/seminars-and-lectures-at-the-court (dernière consultation le 17 septembre 2024).

faisant, la complémentarité entre les deux systèmes de protection des droits fondamentaux ».

Que la Cour européenne n'hésite pas à présenter dans ses arrêts des éléments de droit de l'Union, sans pour autant toujours s'appuyer sur eux, est certes louable dans une perspective de cohérence et de complémentarité, mais n'est pas décisif pour notre propos, dès lors que la Convention européenne n'assure qu'un niveau de protection minimum pouvant être dépassé (art. 53). Il n'y a donc pas d'obligation juridique pour la Convention européenne et son interprétation de « coller » au niveau de l'Union. La Convention européenne couvre 46 États membres, l'Union européenne seulement 27. La Cour européenne doit en tenir compte.

Tout autre est la situation du droit de l'Union européenne et de sa jurisprudence dans leurs rapports avec la Convention européenne. En effet, dès lors que les juridictions des États membres restent tenues de respecter la Convention européenne quand elles appliquent le droit de l'Union³, sans préjudice toutefois des aménagements importants introduits par la présomption Bosphorus⁴, tout abaissement du niveau conventionnel par le droit de l'Union expose ces juridictions à une censure par la Cour européenne. Ces dernières peuvent alors se retrouver en tenaille entre la Convention européenne et le droit de l'Union. C'est bien pour éviter ce type de scénario et protéger les juges nationaux que les articles 6, § 2, du TUE⁵ et 52, § 3, de la Charte des droits fondamentaux⁶, chacun à sa façon, appréhendent la Convention européenne sur le mode de la garantie en imposant le minimum conventionnel en droit de l'Union, que celui-ci peut toutefois relever.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et de la Charte, le 1^{er} décembre 2009, on n'est donc plus dans les simples emprunts à la Convention européenne au titre des « principes généraux du droit de l'Union »⁷, mais dans

³ Cour eur. dr. h., arrêt *Pirrozi c. Belgique*, 17 avril 2018, § 64 ; arrêt *Bivolaru et Moldovan c. France*, 25 mars 2021, § 103.

⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* (« Bosphorus »), 30 juin 2005 ; arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012 ; arrêt *Avotinš c. Lettonie*, 23 mai 2016.

⁵ L'article 52, § 3, de la Charte dispose : « *Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* ».

⁶ L'article 6, § 2, du TUE dispose : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ».

⁷ Art. 6, § 3, du TUE.

une certaine impérativité de la Convention européenne en droit de l’Union comme minimum dépassable.

Dans ces conditions, il ne suffit donc pas, comme cela se fait souvent, d’identifier quelques cas isolés de convergence pour en conclure que tout va bien. Au contraire, une telle conclusion générale suppose de faire le bilan de la prise en compte de la Convention européenne comme garantie d’un niveau plancher dans l’ensemble du droit de l’Union.

C’est dans cette perspective aussi que dans son arrêt *Avotinš c. Lettonie*, rendu par une Grande Chambre unanime, la Cour européenne a indiqué qu’elle était « d’autant plus attentive au respect de la règle énoncée à l’article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux que l’entrée en vigueur du traité de Lisbonne [...] a donné à cette charte la même valeur juridique que celle des traités »⁸. La Cour européenne renvoie donc bien ici à la règle contenue dans cette disposition, qui ne peut être que celle du minimum obligatoire que représente la Convention européenne, par opposition à la simple source d’inspiration.

Certes, il convient de tenir compte de l’autonomie du droit de l’Union, dont l’importance a été puissamment rappelée par la Cour de justice dans son Avis 2/13, quoique sans aucune référence à l’article 52, § 3, de la Charte qui pourtant encadre cette autonomie⁹. Mais tout autant convient-il de tenir compte du fait que dans ses explications relatives à l’article 52, § 3, de la Charte¹⁰, le législateur européen énonce, *après* avoir rappelé le respect dû à l’autonomie du droit de l’Union et de la Cour de justice, qu’« en tout état de cause, le niveau de protection offert par la Charte ne peut jamais être inférieur à celui qui est garanti par la Convention européenne des droits de l’homme ».

Or, en pratique, quand la Convention européenne et sa jurisprudence sont invoquées par la Cour de justice, c’est le plus souvent pour y trouver de simples éléments d’inspiration ou combler des lacunes en droit de l’Union, comme sur la notion d’opinion politique¹¹, sur le régime de la renonciation à un recours¹²

⁸ *Avotinš c. Lettonie*, préc., § 103.

⁹ C.J.U.E., *Adhésion de l’Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales – Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE*, Avis 2/13, 18 décembre 2014.

¹⁰ Aux termes de l’article 52, § 7, de la Charte, « les explications élaborées en vue de guider l’interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l’Union et des États membres ».

¹¹ C.J.U.E., arrêt *Migracijos departamentas (Motifs de persécution fondés sur des opinions politiques)*, 12 janvier 2023, aff. C-280/21.

¹² C.J.U.E., arrêt *Spetsializirana prokuratura (Procès d’un accusé en fuite)*, 19 mai 2022, aff. C-569/20.

ou encore sur l'expulsion de personnes très malades¹³. Beaucoup moins fréquentes, et plus concentrées sur certains domaines, sont les références à la Convention européenne qui reconnaissent explicitement la fonction de garantie que lui attribue l'article 52, § 3, de la Charte, comme on en voit des exemples dans le domaine de la protection subsidiaire¹⁴ ou de la procédure pénale¹⁵. Ainsi par exemple, dans ce dernier cas, la Cour de justice a-t-elle énoncé :

« Conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, qui vise à assurer la cohérence nécessaire entre les droits contenus dans celle-ci et les droits correspondants garantis par la [Convention européenne des droits de l'homme] sans porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union, la Cour doit donc tenir compte, dans l'interprétation qu'elle effectue à propos des droits garantis par les articles 7 et 47 de la Charte, des droits correspondants garantis par l'article 8, paragraphe 1, et par l'article 6, paragraphe 1, de la [Convention européenne des droits de l'homme], tels qu'interprétés par la Cour européenne [...] en tant que seuil de protection minimale »¹⁶.

Même si ces deux types de références à la Convention européenne sont utiles en ce qu'elles servent toutes les deux la cohérence jurisprudentielle inter-systémique, tout se passe comme si la garantie que représente la Convention européenne en droit de l'Union en vertu de l'article 52, § 3, de la Charte était *de facto* rendue optionnelle. Comme si on pouvait utiliser la Convention à la carte, au gré des domaines, des besoins et de son utilité, sans pour autant devoir la considérer comme obligatoire. Ce serait une simple faculté : la Convention européenne comme boîte à outils plutôt que comme garantie.

C'est en tout cas la tendance qui se dégage d'une recherche effectuée sur les références faites par la Cour de justice, au titre de l'article 52, § 3, de la Charte, sur la période 2016-2024. Au 1^{er} novembre 2024, seules 55 références trouvées sur cette période de huit ans renvoient à la fonction de plancher de la Convention européenne. Dans le détail : 34 références concernent les articles 6 (procès équitable) et 13 (recours effectif) de la Convention, les 21 autres se répartissant entre les articles 5 (détention), 7 (légalité des peines), 3 (mauvais traitements), 8 (vie privée et familiale) et 9 (liberté de religion) de la Convention ainsi que les articles 1^{er} du Protocole n° 1 (droit de propriété) et 4 du Protocole n° 7 (*non bis in idem*). Il s'agit donc bien d'un phénomène marginal dans la

¹³ C.J.U.E., arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Éloignement – Cannabis thérapeutique)*, 21 novembre 2022, aff. C-69/21.

¹⁴ C.J.U.E., arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Notion d'atteintes graves)*, 9 novembre 2023, aff. C-125/22.

¹⁵ C.J.U.E., arrêt *Orde van Vlaamse Balies e.a.*, 8 décembre 2022, aff. C-694/20.

¹⁶ § 26.

jurisprudence luxembourgeoise. À titre de comparaison, rien qu'en 2023, la Cour de justice (hors Tribunal) a rendu 723 arrêts, dont 145 concernant l'espace de liberté, de sécurité et de justice et/ou les droits fondamentaux.

Cette optionalité dans la compréhension et l'usage de l'article 52, § 3, de la Charte semble acquise au point de se retrouver aussi dans les propos des membres les plus éminents de la Cour de justice, tel le juge Bay Larsen, vice-président de cette haute juridiction, qui énonçait récemment, en parlant de l'article 52, § 3 : « *While the Court of Justice draws inspiration from the case law of the ECtHR, it does not set aside Union law rules on the basis of the ECHR* »¹⁷. Selon cette lecture, l'article 52, § 3, assignerait donc à la Convention européenne une fonction de simple source d'inspiration.

B. Les effets de l'optionalité de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de justice : des déficits de protection importants

Cette optionalité de la fonction de garantie de la Convention européenne est à l'origine de certains déficits de protection dans la jurisprudence de la Cour de justice, quand on la compare à celle de la Cour européenne. On en trouvera quelques exemples ci-dessous. Il ne semble pas dû au hasard que dans aucun d'eux, la Cour de justice n'a pris en considération le minimum conventionnel imposé par l'article 52, § 3, de la Charte. On notera par ailleurs que ces déficits ont souvent leur source dans la méthodologie appliquée à Luxembourg aux droits fondamentaux plutôt que dans le contenu de ceux-ci. Cela montre que tant le contenu que la méthodologie sont à prendre en compte quand il s'agit d'évaluer le niveau de protection assuré par un droit fondamental¹⁸.

En aucun cas les exemples ci-dessous ne sauraient-ils occulter les convergences qui existent entre la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg dans plusieurs domaines importants (parmi lesquels l'indépendance de la justice et l'État de droit, le droit à l'oubli ou encore la protection subsidiaire¹⁹),

¹⁷ L. B. LARSEN, « La protection des droits fondamentaux dans un système européen à plusieurs niveaux – Le point de vue de la C.J.U.E. », séminaire sur le thème de « L'articulation entre la Convention et le droit de l'UE : passé, présent et futur », préc.

¹⁸ Sur cette distinction, voy. J. CALLEWAERT, « Vingt ans de coexistence entre la Charte et la Convention européenne des droits de l'homme : un bilan mitigé », *Cah. dr. eur.*, 2021, pp. 169 et s., ici pp. 177 et s.

¹⁹ Voy. à ce sujet : <https://johan-callewaert.eu/trends-2021-24-taking-stock-of-the-interplay-between-the-european-convention-on-human-rights-and-eu-law/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

voire même les dépassements du niveau conventionnel qui existent en droit de l'Union, comme dans le domaine de l'utilisation des documents classifiés dans les procédures d'expulsion²⁰. Pour autant, en aucun cas non plus ces convergences ne sauraient-elles occulter les évolutions récentes dans la jurisprudence de la Cour de justice qui apparaissent comme des ruptures avec la jurisprudence strasbourgeoise actuelle. Certaines d'entre elles sont présentées ci-après, dans un ordre fortuit, sans préjudice du jugement que pourra porter sur elles la Cour européenne à l'avenir.

1. *Non bis in idem*

Le principe *non bis in idem* représente un premier domaine de divergence. Les incohérences, qui se sont d'abord manifestées s'agissant des procédures mixtes²¹, ont récemment culminé dans l'arrêt *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg*. En rupture avec l'approche strasbourgeoise, la Cour de justice en est venue, dans cet arrêt, à faire passer une exception au principe *non bis in idem* pour une simple limitation de ce principe. Dans l'examen du point de savoir si celle-ci en préservait néanmoins l'essence, elle a considéré que cette dernière devait être préservée au bénéfice de l'État poursuivant et non de la personne poursuivie, ce qui paraît assez saugrenu. En effet, comment le critère de la préservation de l'essence d'un droit fondamental d'une personne pourrait-il être interprété comme visant à préserver les droits de l'État qui porte atteinte à ce droit²² ?

²⁰ C.J.U.E., arrêt *NW et PQ (Informations classifiées)*, 25 avril 2024, aff. jtes n° C-420/22 et n° C-528/22. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/similarities-and-differences-between-strasbourg-and-luxembourg-on-classified-documents-used-as-a-basis-for-expulsion-judgment-of-the-cjeu-in-the-cases-of-nw-and-pq-compared-with-muhammad-an/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

²¹ Par exemple dans C.J.U.E., arrêt *Direction départementale des finances publiques de la Haute-Savoie*, 5 mai 2022, aff. C-570/20. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/non-bis-in-idem-between-menci-and-bpost-judgment-of-the-cjeu-in-the-bv-case/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

²² C.J.U.E., arrêt *Generalstaatsanwaltschaft Bamberg (Exception au principe ne bis in idem)*, 23 mars 2023, aff. C-365/21. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/a-different-ne-bis-in-idem-in-luxembourg-judgment-of-the-cjeu-in-generalstaatsanwaltschaft-bamberg/> (dernière consultation le 23 septembre 2024). Voy. également A. BAILLEUX et C. RIZCALLAH, « Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Journal de droit européen*, 2023, pp. 456 et s., spéc. p. 458.

2. Le mandat d'arrêt européen

Dans un autre domaine, on assiste depuis un certain temps dans la jurisprudence de la Cour de justice, par l'effet d'une rupture méthodologique avec celle de la Cour européenne, à une collectivisation progressive de certains droits fondamentaux, laquelle entraîne que le respect de ces droits, pourtant individuels par essence, ne pourrait plus s'apprécier que collectivement et non plus individuellement. Cette approche conduit à son tour à une hiérarchisation et une catégorisation des droits fondamentaux, dont les effets dans l'État d'exécution se voient limités en fonction du type de risques, collectifs ou individuels, invoqués, ces derniers étant désormais considérés comme non pertinents.

On observe ce phénomène dans le domaine du mandat d'arrêt européen, où les autorités judiciaires d'exécution d'un tel mandat se voient désormais contraintes dans certains cas de limiter leur examen des risques de violation des droits fondamentaux dans l'État d'émission aux situations résultant « soit de défaillances systémiques ou généralisées, soit de défaillances affectant plus spécifiquement un groupe objectivement identifiable de personnes »²³. Cela exclut notamment de leur examen les risques encourus à titre individuel, découlant par exemple de la biographie particulière d'une personne, comme dans les situations du type de celle vécue par Julian Assange²⁴.

Il y a là une rupture avec l'approche strasbourgeoise qui, fondée sur le droit de recours individuel consacré par l'article 34 de la Convention, se concentre sur la situation personnelle des requérants et ne se satisfait pas d'une appréciation collective, y compris dans l'examen d'un risque de violation dans l'État de destination²⁵. En d'autres termes, le droit de recours individuel fonde un droit à une décision individuelle.

²³ C.J.U.E., arrêt *Puig Gordi e.a.*, 31 janvier 2023, aff. C-158/21 ; C.J.U.E., arrêt *GN (Motif de refus fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant)*, 21 décembre 2023, aff. C-261/22. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/is-the-cjeu-creating-two-different-categories-of-fundamental-rights-judgment-of-the-cjeu-in-the-case-of-gn/> (dernière consultation le 23 septembre 2024). Voy. aussi C.J.U.E., arrêt *Staatsanwaltschaft Aachen*, 9 novembre 2023, aff. C-819/21 et, pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/two-steps-of-unequal-weight-judgment-of-the-cjeu-in-the-case-of-staatsanwaltschaft-aachen/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

²⁴ Julian Assange, journaliste et lanceur d'alerte dont l'extradition avait été demandée par les États-Unis où il était inculpé d'« espionnage » à la suite de révélations par WikiLeaks sur les agissements des États-Unis et de leurs alliés en Irak et en Afghanistan.

²⁵ *Bivolaru et Moldovan c. France*, préc. Dans cet arrêt, la Cour européenne accepte l'examen en deux étapes prôné par la Cour de justice, mais elle procède elle-même à un examen unique, celui de la situation individuelle des requérants.

La Cour européenne ne rejette pas pour autant la méthodologie en deux étapes de la Cour de justice dans ce domaine. Elle insiste cependant, dans son arrêt *Avotinš c. Lettonie*, rendu par une Grande Chambre unanime, sur la nécessité de « vérifier que le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas appliqué de manière automatique et mécanique [...] au détriment des droits fondamentaux ».

La Cour européenne en déduit que « lorsque les juridictions des États qui sont à la fois partie à la [Convention européenne des droits de l'homme] et membres de l'Union européenne sont appelées à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la [Convention européenne des droits de l'homme] qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la [Convention européenne des droits de l'homme] et que le droit de l'Union européenne ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union »²⁶.

Or, il semble bien que cette dernière exigence soit complètement ignorée dans la jurisprudence luxembourgeoise actuelle, laquelle rend l'invocabilité de risques individuels tributaire de constats préalables – et méthodologiquement discutables – sur l'existence de risques collectifs dans l'État d'émission.

3. Le règlement Dublin

Un phénomène similaire de hiérarchisation et de catégorisation des droits fondamentaux, ici aussi en rupture avec l'approche strasbourgeoise, peut être observé dans le domaine du règlement Dublin, où, selon l'interprétation de la Cour de justice, les seuls droits fondamentaux dont le risque de violation est susceptible de justifier une exception au renvoi d'un candidat réfugié vers l'État de première entrée sont, à l'exclusion de tous les autres, les droits qui se voient consacrés par l'article 4 de la Charte, lequel interdit les mauvais traitements²⁷.

²⁶ *Avotinš c. Lettonie*, préc., § 116.

²⁷ C.J.U.E., arrêt *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Confiance mutuelle en cas de transfert)*, 29 février 2024, aff. C-392/22. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/two-different-categories-of-fundamental-rights-under-the-dublin-iii-regulation-judgment-of-the-cjeu-in-the-case-of-staatssecretaris-van-justitie-en-veiligheid/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

4. Le port de signes religieux dans les lieux de travail

Une forme de collectivisation des droits fondamentaux, réduisant le poids des droits individuels, se manifeste également au sujet du port de signes religieux dans les lieux de travail. Ainsi, dans son arrêt *Commune d'Ans*, la Cour de justice a-t-elle estimé que la proportionnalité d'une interdiction générale imposée par une commune à son personnel de porter des signes religieux au travail devait être appréciée par référence non pas au droit à la liberté de religion de la personne contestant cette interdiction, mais à celui de tout le personnel de la commune pris dans son ensemble. Ici aussi, on assiste à un recul par rapport au niveau de protection strasbourgeois²⁸.

5. La détention préventive et la procédure pénale

Dans un autre registre, celui des procédures de vérification de la légalité de détentions préventives, la Cour de justice a récemment entendu reprendre la jurisprudence de la Cour européenne sur les conséquences de l'absence d'avocat lors des interrogatoires dans les procédures pénales. Ce faisant, toutefois, elle a indûment appliqué le critère de la procédure dans son ensemble, que la Cour européenne réserve aux griefs tirés du droit à un procès équitable (article 6 de la Convention européenne), aux procédures concernant la détention préventive, lesquelles relèvent au contraire de l'article 5 de la Convention européenne, qui est d'application stricte et, pour cette raison, ne s'accommode pas d'une appréciation des procédures dans leur ensemble mais demande un examen autonome de chaque garantie à respecter.

De surcroît, par l'effet d'une lecture sélective de la jurisprudence strasbourgeoise invoquée, la Cour de justice a ignoré une garantie essentielle de celle-ci au bénéfice des personnes accusées ou suspectes : celle qui veut que l'absence d'un avocat lors de tels interrogatoires doive être justifiée par des « raisons impératives », à défaut desquelles la charge de la preuve du caractère équitable de la procédure reposera sur les autorités²⁹. Ce qui fait, au total, deux réductions de la protection assurée par la Convention européenne.

²⁸ C.J.U.E., arrêt *Commune d'Ans*, 28 novembre 2023, aff. C-148/22. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/luxembourg-not-the-end-of-the-story-on-freedom-of-religion-in-the-workplace-judgment-of-the-cjeu-in-the-case-of-commune-dans/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

²⁹ C.J.U.E., arrêt *Stachev*, 14 mai 2024, aff. C-15/24 PPU. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/raising-and-lowering-of-the-strasbourg-standards-regarding-judicial-review-of-detention-judgment-of-the-cjeu-in-stachev/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

6. Les enlèvements internationaux d'enfants

Dans certains cas, c'est le droit dérivé de l'Union qui abaisse le niveau de protection garanti par la Convention européenne. Il en va ainsi, par exemple, dans le domaine des enlèvements internationaux d'enfants, qui est caractérisé en droit de l'Union par des règles de compétence rigides pas toujours compatibles avec l'article 8 de la Convention européenne et l'intérêt supérieur de l'enfant qu'il protège. Ainsi la Cour européenne a-t-elle pu considérer, à la lumière des circonstances des cas d'espèce concernés, que certaines décisions par des juges de la nouvelle résidence d'un enfant refusant le retour de celui-ci ne violaient pas l'article 8 de la Convention et, à l'inverse, que des décisions par des juges de l'ancienne résidence de l'enfant ordonnant le retour de celui-ci violaient cette disposition³⁰.

7. La rétention de demandeurs de protection internationale

Il en va de même dans le domaine de la rétention de candidats réfugiés où, saisie de l'affaire *M.B. c. Pays-Bas*, la Cour européenne a constaté une violation de l'article 5, § 1^{er}, de la Convention en raison de l'application à l'égard d'un candidat réfugié d'un motif de détention certes reconnu par l'article 8, § 3, e), de la directive Accueil³¹ mais pas par l'article 5 de la Convention³².

Optionalité de la Convention européenne, collectivisation et hiérarchisation des droits fondamentaux, limitation de leur invocabilité, dénaturation de leur essence, ignorance ou lecture sélective de la jurisprudence strasbourgeoise, reculs législatifs, ce ne sont là que quelques exemples parmi d'autres des écarts significatifs que peut présenter le droit de l'Union quand on le compare au droit de la Convention européenne.

Loin d'être anodins, ces écarts représentent des pertes substantielles de protection pour les personnes concernées. Il est douteux qu'ils puissent tous être justifiés par l'autonomie du droit de l'Union, alors que, comme il a été

³⁰ C.J.U.E., arrêt *TT* (*Déplacement illicite de l'enfant*), 13 juillet 2023, aff. C-87/22. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/which-judge-should-assess-the-best-interests-of-a-wrongfully-removed-child-judgment-of-the-cjeu-in-tt/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

³¹ Directive 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte).

³² Cour eur. dr. h., arrêt *M.B. c. Pays-Bas*, 23 avril 2024. Voy. pour un commentaire plus détaillé : <https://johan-callewaert.eu/the-convention-and-the-reception-conditions-directive-judgment-of-the-ecethr-in-the-case-of-m-b-v-the-netherlands/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

rappelé plus haut, le législateur de l’Union a précisément voulu exclure tout abaissement du niveau de protection conventionnel.

Ces écarts démontrent aussi le manque d’efficacité des mécanismes existants, notamment l’article 52, § 3, de la Charte, dans la prise en compte par le droit de l’Union de la Convention européenne comme garantie d’un niveau plancher. L’article 52, § 3, aurait en effet pu agir comme une sorte d’« adhésion light » et anticipée, car comme déjà relevé plus haut, sa *ratio legis* correspond à celle de l’article 6, § 2, du TUE. En pratique, toutefois, cette possibilité ne s’est pas réalisée, pour les raisons et avec les conséquences décrites ci-dessus.

C. Les conséquences de l’optionalité de la Convention européenne des droits de l’homme dans la jurisprudence de la Cour de justice : une situation génératrice de conflits de loyauté pour les juges nationaux

Les divergences de protection pointées ci-dessus, qu’elles soient jurisprudentielles ou législatives, ont des conséquences importantes pour la sécurité juridique, ce qui se répercute sur la situation des juges nationaux dans les États membres de l’Union européenne. Car, comme cela a été rappelé récemment par la Cour européenne, ces magistrats ont l’obligation d’appliquer les règles du droit de l’Union en conformité avec la Convention³³. Ils doivent, en quelque sorte, combiner leur application du droit de l’Union avec celle de la Convention européenne.

Cette obligation résulte du fait que les actes juridiques accomplis par les États membres de l’Union européenne en application du droit de l’Union relèvent du champ d’application de la Convention européenne et peuvent ainsi donner lieu à un arrêt de la Cour européenne. En effet, les États membres de l’Union européenne conservent leur responsabilité conventionnelle pour tout acte qu’ils accomplissent en vertu du droit de l’Union. Cela découle directement du principe selon lequel la responsabilité des États contractants à la Convention européenne s’étend à l’ensemble de leur juridiction au sens de l’article 1^{er} de la Convention, en ce compris, pour les États membres de l’Union européenne, le droit de l’Union qui en fait partie intégrante.

Ainsi, la création de l’Union européenne – ou des organisations qui l’ont précédée – n’a-t-elle pas supprimé la responsabilité conventionnelle des États

³³ *Pirrozi c. Belgique*, préc., § 64 ; *Bivolaru et Moldovan c. France*, préc., § 103.

membres pour leur application du droit de l’Union. Au contraire, puisque les États membres n’ont pas dénoncé la Convention européenne en créant ou en rejoignant l’Union européenne et qu’ils restent donc liés par la Convention, ils demeurent également tenus d’appliquer le droit de l’Union en conformité avec cette dernière. Comme la Cour européenne l’a indiqué dans l’affaire *Bosphorus*³⁴, les États membres de l’Union européenne demeurent responsables au titre de la Convention européenne pour les engagements découlant de traités internationaux conclus après l’entrée en vigueur de la Convention. En revanche, l’Union européenne elle-même, en tant qu’entité juridique distincte dotée de sa propre personnalité juridique, n’est pas soumise à la Convention européenne tant qu’elle n’y aura pas formellement adhéré.

Il en résulte donc un double statut européen pour les juges nationaux, qui sont à la fois juges de l’Union européenne et juges de la Convention européenne. Dès lors, lorsqu’ils appliquent le droit de l’Union, ils ne sont jamais seulement juges de l’Union. Ils sont toujours aussi juges de la Convention européenne. Bref, si le droit de l’Union est autonome, les juges nationaux auxquels il s’impose ne le sont pas, car le droit de l’Union ne prime pas sur la Convention européenne et ne saurait donc en écarter l’application simultanée.

Se pose dès lors la question de l’approche à adopter par les juges nationaux qui se trouvent confrontés à des divergences entre le droit de l’Union et la Convention européenne. La lecture combinée des articles 53 de la Convention et 52, § 3, de la Charte leur commande, dans ce cas, d’appliquer le niveau de protection le plus élevé des deux, sans préjudice de l’application, le cas échéant, de l’article 267 du TFUE, qui régit la question des renvois préjudiciaux. Cela peut parfois exiger, de la part de ces magistrats, un travail de comparaison délicat et chronophage entre plusieurs dispositions, afin d’établir leurs niveaux de protection respectifs. Nul doute qu’ils s’en passeraient bien.

Pour autant, ils ne sauraient en être dispensés, comme vient de le rappeler la Cour européenne dans son arrêt *M.B. c. Pays-Bas*³⁵ qui illustre les conséquences concrètes pouvant résulter de l’application par le juge national d’une disposition de droit de l’Union offrant une protection inférieure à celle de la Convention européenne.

Dans cette affaire, qui concernait le placement en rétention d’un demandeur de protection internationale, les juridictions néerlandaises avaient retenu, comme base légale de la rétention en question, une disposition du droit natio-

³⁴ *Bosphorus*, préc.

³⁵ *M.B. c. Pays-Bas*, préc.

nal qui avait transposé l'article 8, § 3, e), de la directive Accueil³⁶, lequel autorise le placement en rétention « lorsque la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public l'exige ». Dès lors toutefois que l'article 5 de la Convention européenne ne reconnaît pas un tel motif comme justifiant une privation de liberté, la Cour européenne constata une violation de cette disposition, en précisant notamment :

« Although Article 8 (3) e of the Reception Conditions Directive permits, from an EU-law standpoint, detention when national security or protection of public order so requires, this has no bearing on the fact that Article 5 § 1 (f) of the CEDH only allows for immigration detention to prevent unauthorised entry or to effect deportation »³⁷.

La Cour européenne prend donc soin de préciser qu'une disposition du droit de l'Union assurant une protection inférieure à celle de la Convention européenne reste sans effet (« no bearing ») sur l'application de celle-ci et conduit à la constatation d'une violation à charge de l'État membre concerné. Le droit de l'Union n'immunise donc pas contre les exigences de la Convention et ce sont bien les juges nationaux qui en supportent les conséquences les plus directes.

Il paraît clair que la situation inconfortable des juges nationaux décrite ci-dessus est en grande partie le résultat de l'optionalité de la Convention européenne en droit de l'Union. Comme il a été démontré, la non-reconnaissance de la fonction de garantie de la Convention sur l'ensemble du droit de l'Union est à l'origine de bon nombre de déficits de protection enregistrés en droit de l'Union et de complications pour les juges nationaux, qui se trouvent parfois pris en tenaille entre les deux, ce qui est source pour eux de conflits de loyauté.

Dans l'immédiat, il paraît évident aussi que les deux cours européennes ont une responsabilité commune en vue d'aider et de soutenir les juges nationaux dans l'accomplissement de cette tâche difficile, dont ceux-ci ne manquent d'ailleurs pas de se plaindre³⁸. Cela passe par plus de clarté et de pédagogie sur l'interaction entre leurs ordres juridiques respectifs dans les cas concrets soumis à leur examen, comme quand la Cour de justice constate la correspondance

³⁶ Voy. la note 31 ci-dessus.

³⁷ § 72.

³⁸ Dans ce sens : Frank CLARKE, Chief Justice, Cour suprême d'Irlande, « Qui harmonise les harmonisateurs ? », discours prononcé le 31 janvier 2020 lors de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, disponible sur www.echr.coe.int/fr/w/2020 (dernière consultation le 23 septembre 2024) ; B. DECONINCK, « Le métier de juge », *J. T.*, 2019, p. 847.

entre sa jurisprudence et celle de la Cour européenne³⁹ ou dit la dépasser⁴⁰, ou quand la Cour européenne dit s'aligner sur le droit de l'Union⁴¹.

Cela demande surtout une approche plus holistique et moins autonomiste, car seule une vision holistique qui ne s'arrête pas aux frontières de son propre droit peut pleinement tenir compte de la réalité juridique sur le terrain, laquelle est caractérisée par l'interaction et l'enchevêtrement des systèmes juridiques en présence, plutôt que par leur autonomie et leur cloisonnement.

Il n'en reste pas moins, toutefois, que la solution durable doit venir de la levée de l'optionalité de la Convention européenne en droit de l'Union, telle qu'elle résultera de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention.

II. L'optionalité imposée par le législateur de l'Union

A. *Les formes de l'optionalité de la Convention européenne des droits de l'homme dans les structures hybrides : l'exemple du Parquet européen*

Une autre forme d'optionalité de la Convention européenne en droit de l'Union, imposée cette fois par le législateur européen, résulte de la création par celui-ci de structures hybrides qui reposent sur la coopération entre institutions nationales et institutions de l'Union, ces dernières n'étant pas soumises à la Convention européenne tant que l'Union n'en sera pas Partie contractante.

À l'égard des composantes de l'Union de ces structures hybrides, la Convention européenne est donc rendue simplement optionnelle, c'est-à-dire réduite, au mieux, au rang de boîte à outils, ce qui tranche avec le caractère obligatoire de la Convention à l'égard des composantes nationales. Et, comme il a été démontré ci-dessus, l'article 52, § 3, de la Charte ne suffit pas *a priori* à assurer en droit de l'Union, et donc à l'égard des composantes de l'Union de ces structures hybrides, un niveau de protection comparable à celui de la Convention européenne.

³⁹ Ainsi dans C.J.U.E., arrêt *KS et KD c. Conseil e.a.*, 10 septembre 2024, aff. jtes n° C-29/22 P et n° C-44/22 P, point 70.

⁴⁰ Ainsi dans *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Notion d'atteintes graves)*, préc., point 66.

⁴¹ Ainsi dans Cour eur. dr. h., arrêt *Témoins de Jéhovah c. Finlande*, 9 mai 2023.

Le Parquet européen, entré en service le 28 septembre 2020, est une bonne illustration de ces nouvelles réalités. Créé par le règlement (UE) 2017/1739⁴² (ci-après : « le règlement »), sa spécificité réside dans le fait que tout en étant une institution de l'Union opérant dans l'intérêt exclusif de l'Union, il s'appuie néanmoins sur le soutien opérationnel et judiciaire des États membres⁴³.

À ce titre, les juridictions des États membres sont appelées, en vertu de l'article 42, § 1^{er}, du règlement, à agir de trois manières différentes : d'abord en autorisant, si le droit national l'exige, certaines mesures demandées par un procureur européen délégué, ensuite en effectuant un contrôle judiciaire des actes de procédure du Parquet européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers, et enfin en statuant sur les affaires portées devant elles par les procureurs européens délégués⁴⁴.

La structure du Parquet européen représente ainsi un nouveau défi, dans la mesure où elle combine des partenaires qui ne sont pas égaux devant la Convention européenne : d'un côté, les autorités nationales qui sont liées à la fois par la Convention et le droit de l'Union et, de l'autre, le Parquet européen qui, en tant qu'organe de l'Union, est lié par le droit de l'Union uniquement.

Là où les garanties procédurales applicables divergent entre la Convention européenne et le droit de l'Union, comme cela semble le cas actuellement s'agissant, par exemple, du principe *non bis in idem* ou de l'assistance de l'avocat⁴⁵, il peut en résulter une procédure pénale soumise à deux régimes de droits fondamentaux différents, les garanties variant en fonction de l'auteur de l'acte et du stade de la procédure.

Plus particulièrement, en supposant que les juridictions nationales appliqueront, lorsqu'elles évalueront les actions du Parquet européen, outre leur droit national, non seulement le droit de l'Union mais aussi la Convention européenne, une constellation procédurale entièrement nouvelle émergera. Dans celle-ci, l'enquête et les poursuites, d'une part, et leur jugement, d'autre part, ne seront plus régis par le même corpus de droits fondamentaux, bien

⁴² Règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

⁴³ Sur ces aspects et leurs implications au regard de la Convention européenne, voy. J. CALLEWAERT, « No Case to Answer for the European Public Prosecutor under the European Convention on Human Rights ? Considerations on Convention Liability for Actions of the European Public Prosecutor's Office », *Europe of Rights & Liberties/Europe des Droits & Libertés*, 2021/1, n° 3, pp. 20-35.

⁴⁴ Sur la compétence des juridictions nationales en la matière, voy. Trib. UE, arrêt *Stan c. Parquet européen*, 15 décembre 2023, aff. T-103/23.

⁴⁵ Voy. *supra*, le point I, B, 1 et 5.

que ces étapes fassent partie d'une seule et même procédure. Un puzzle procédural, en quelque sorte.

B. *Les conséquences de l'optionalité de la Convention européenne des droits de l'homme dans les structures hybrides : une dualité d'acteurs et de standards dans une même procédure*

Selon le schéma mis en place par le règlement, les juridictions nationales devront appliquer les normes de la Convention européenne à des poursuites menées par une autorité qui n'est pas elle-même liée par la Convention et qui, par conséquent, peut ne pas la respecter, tout en agissant légalement au regard du droit de l'Union. Cette optionalité de la Convention à l'égard du Parquet européen, combinée à son impérativité à l'égard des juridictions nationales, est problématique à la lumière des principes de l'État de droit. En effet, est-il acceptable que les poursuites pénales et le contrôle juridictionnel de celles-ci n'obéissent pas aux mêmes normes ? Et même si les normes devaient, dans un cas donné, coïncider, la simple éventualité d'une telle dualité est-elle acceptable ?

Il pourra aussi en résulter des répercussions à Strasbourg, à l'occasion de recours contestant devant la Cour européenne des jugements prononcés par les juridictions nationales sur le fondement du règlement. À ce jour, la Cour européenne n'a pas encore été saisie de tels recours, mais il est clair dès à présent que les États membres concernés engageront à cette occasion leur responsabilité conventionnelle au titre de poursuites qui auront été initiées, dirigées et contrôlées par un organe de l'Union, au bénéfice exclusif de l'Union, laquelle n'est pas elle-même soumise à la Convention européenne.

Dans ce cadre, ces États pourront être tenus pour responsables, comme seuls défendeurs, de toute violation de la Convention européenne qui n'aura pas été réparée par leurs juridictions et qui pourra avoir résulté de ces poursuites, notamment celles pouvant découler du fait que le Parquet européen, bien qu'ayant respecté les droits fondamentaux de l'Union, n'aurait pas, ce faisant, satisfait aux exigences minimales de la Convention européenne.

Le schéma du Parquet européen engendre ainsi une distorsion du principe jusque-là prévalant selon lequel la responsabilité unique et générale des États au titre de la Convention européenne découle directement de leur contrôle total des actions faisant l'objet de la requête.

En résumé, avec leur implication dans la structure hybride du Parquet européen, les États membres prennent le risque d'être tenus pour responsables

au regard de la Convention européenne pour des actes du Parquet européen qu'ils ne contrôlent pas entièrement, qui sont soumis à un corpus de droits fondamentaux partiellement différent et qui servent non pas leurs intérêts mais ceux de l'Union européenne uniquement. Tandis que l'Union européenne, pour sa part, prend le risque de voir des poursuites du Parquet européen invalidées par les tribunaux nationaux appliquant un niveau de protection conventionnel qui pourrait être supérieur à celui de l'Union.

Le seul moyen de minimiser l'impact de ces distorsions est de faire de l'Union européenne une Partie contractante à la Convention européenne, aux côtés de ses propres États membres, et ainsi de lever l'optionalité de la Convention européenne dans ce contexte particulier. Bien que cela n'éliminerait pas la responsabilité conventionnelle exclusive des États membres – tous les recours judiciaires à épuiser au niveau national étant ceux des États membres (art. 42, § 1^{er}, du règlement) –, cela représenterait néanmoins une amélioration significative.

En effet, cela remplacerait l'optionalité de la Convention européenne par son impérativité à l'égard du Parquet européen, supprimant ainsi le cadre juridique hybride caractérisant la protection des droits fondamentaux sous le règlement, pour le remplacer par un cadre uniforme applicable à tous les acteurs concernés – le Parquet européen, les tribunaux nationaux et la Cour européenne –, sans préjudice de l'applicabilité de normes plus protectrices que celles de la Convention européenne. Il y aurait là une contribution précieuse à une meilleure mise en œuvre des principes de l'État de droit et de l'équité procédurale, prônés par le règlement lui-même.

Cela paraît d'autant plus important que, d'une part, on peut s'attendre à ce qu'à terme, les compétences du Parquet européen soient élargies, et que, d'autre part, la qualité de Partie contractante à la Convention européenne lèvera aussi l'optionalité de celle-ci à l'égard d'autres structures hybrides, telles que l'Agence Frontex⁴⁶.

Conclusion : l'impérativité de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme

Une Convention européenne optionalisée et donc marginalisée en droit de l'Union, malgré tous les prescrits et discours en sens contraire, telle est la

⁴⁶ Règlement (UE) 2019/1896 du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements n^{os} 1052/2013 et 2016/1624.

réalité de la situation qui s'offre actuellement au regard de ceux qui observent attentivement la jurisprudence et la législation en la matière. La Convention européenne se voit ainsi dénaturée, parce que détournée de la fonction principale que lui assignent sa propre jurisprudence et l'article 52, § 3, de la Charte, qui est d'être une garantie avant d'être une boîte à outils.

Le résultat, ce sont des baisses significatives de protection en droit de l'Union et des juges nationaux qui se trouvent pris en tenaille entre les deux fonctions qu'ils exercent simultanément, celles de juges du droit de l'Union et de juges de la Convention, lesquelles réclament pourtant la même loyauté.

À observer les récents mouvements jurisprudentiels et législatifs, on n'a pas l'impression que cette autonomisation progressive du droit de l'Union par rapport à la Convention européenne perd de son souffle. Au contraire, tout porte à croire, devant les faiblesses de l'article 52, § 3, de la Charte et des dispositions correspondantes du droit dérivé, qu'il n'y a plus que l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne qui puisse restaurer l'impérativité et la fonction de garantie minimale qui forment l'essence de la Convention européenne et que le législateur de l'Union a entendu reprendre⁴⁷.

Ainsi, à la lumière des déficits décrits, l'utilité et la valeur ajoutée de cette adhésion n'ont-elles peut-être jamais été aussi visibles, et la nécessité de cette adhésion n'a-t-elle peut-être jamais été aussi flagrante. À condition toutefois que le but soit bien de préserver l'autorité et la force des droits fondamentaux, en les protégeant de tous les mouvements de fragmentation, d'affaiblissement, de relativisation ou de collectivisation que l'optionalité de la Convention européenne en droit de l'Union entraîne.

En d'autres termes, les ruptures constatées ci-dessus ont ceci de bon qu'elles font, en somme, la publicité de l'adhésion de l'Union européenne. Car comment convaincre de la nécessité de faire adhérer l'Union européenne à la Convention européenne si cette démarche ne présentait qu'un bénéfice marginal ? Et pourquoi faudrait-il croire que l'Union européenne serait plus vertueuse dans l'observation de la Convention européenne que ne le sont ses États membres soumis à cette même Convention quand ils appliquent le droit de l'Union ?

⁴⁷ Pour autant, ce ne sont pas là les seuls effets attendus de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne. Au sujet de ces derniers, voy. J. CALLEWAERT, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2013, pp. 13 et s. Sur les questions juridiques encore en suspens, voy. H. GAUDIN, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme – Le Big Bang des droits de l'homme en Europe est-il pour bientôt ? », *cette Revue*, 2024, pp. 845-866.

Heureusement, cette adhésion paraît actuellement en bonne voie. En effet, la Cour de justice a rendu le 10 septembre 2024, dans les affaires *KS et KD*⁴⁸ et *Neves 77 Solutions*⁴⁹, deux arrêts dont les observateurs s'accordent à dire qu'ils lèvent, dix ans après, la seule objection formulée par la Cour de justice dans son Avis 2/13 qui n'avait pas encore reçu de réponse dans le projet d'Accord d'adhésion révisé et adopté par les négociateurs le 4 avril 2023⁵⁰, à savoir l'objection qui concerne la Politique extérieure et de sécurité commune de l'Union européenne⁵¹. Il semble à tout le moins clair que si la Cour de justice avait voulu bloquer ou ralentir le processus d'adhésion, elle aurait adopté un raisonnement sensiblement différent dans ces arrêts. Il convient donc de saluer sans réserve l'ouverture ainsi créée par la Cour de justice.

Cependant, même avec cette ouverture, la procédure d'adhésion sera encore longue. En effet, plusieurs avis sur le projet d'Accord d'adhésion – de la Cour de justice, du Parlement européen, de la Cour européenne et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe – devront encore être recueillis et être suivis de 47 ratifications. On peut toutefois espérer que, une fois le processus engagé, il agira comme un signal qui incitera à anticiper en pratique certains effets de l'adhésion. En tout état de cause, il s'agira de rester vigilants.

⁴⁸ *KS et KD c. Conseil e.a.*, préc.

⁴⁹ C.J.U.E., arrêt *Neves 77 Solutions*, 10 septembre 2024, aff. C-351/22.

⁵⁰ Les rapports de réunion du groupe de négociateurs (« le 46 + 1 ») sont disponibles sur www.coe.int/fr/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights et sur <https://johan-callewaert.eu/category/eu-accession/> (dernière consultation le 23 septembre 2024).

⁵¹ En ce sens, voy. J. KROMMENDIJK, « One step closer after *KS and KD* : EU accession to the ECHR », *Review of European Administrative Law*, 1^{er} octobre 2024, disponible sur <https://realaw.blog/2024/10/01/one-step-closer-after-ks-and-kd-eu-accession-to-the-echr-by-jasper-krommendijk/> (dernière consultation le 1^{er} octobre 2024) ; D. SARMIENTO et S. IGLESIAS SÁNCHEZ, « *KS and Neves 77* : Paving the Way to the EU's Accession to the ECHR », *EU Law Live*, 12 septembre 2024, disponible sur <https://eulawlive.com/insight-ks-and-neves-77-paving-the-way-to-the-eus-accession-to-the-echr/> (dernière consultation le 1^{er} octobre 2024).

La Revue est disponible en version numérique sur les sites:

www.lexnow.io



www.cairn.info



Conditions d'abonnement pour 2025

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique): 279 € TVAC

Abonnement annuel Europe (papier et électronique): 319 € TVAC

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique): 359 € TVAC

Abonnement électronique: 236 € TVAC

Prix au numéro: 80 € TVAC

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2025/10.622/3

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeurs responsables: Marc-Olivier Lifrange et Anne Eloy

Sommaire

<i>In memoriam – Joe Verhoeven (1943-2024)</i>	
par <i>Dean Spielmann</i>	3
DOCTRINE	
L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: une réponse logique à l'optionnalité de la Convention européenne des droits de l'homme en droit de l'Union européenne	
par <i>Johan Callewaert</i>	9
Non-discrimination et orientation sexuelle: peut-on réécrire l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme à l'encre violette de Sappho?	
par <i>Edoardo Stoppioni</i>	31
Les régressions jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'homme: anatomie d'un tabou	
par <i>Alexandre Palanco</i>	63
Le contrôle de la conventionnalité des lois en Suisse	
par <i>Michel Hottelier et Giorgio Malinverni</i>	87
Les carences de l'accueil des réfugiés en Belgique à l'aune de l'arrêt <i>Camara</i> de la Cour européenne des droits de l'homme - « Ceci n'est pas une crise »	
par <i>Sylvie Saroléa</i>	115
L'enjeu de la preuve dans le contentieux de la discrimination au travail: une analyse systématique de cinq années de jurisprudence des juridictions du travail belges	
par <i>Julie Ringelheim, Olivier Struelens et Jochum Vrielink</i>	145
CHRONIQUE	
Chronique de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (octobre 2023-septembre 2024)	
par <i>Jean-Pierre Marguénaud et Alain Carillon</i>	179
JURISPRUDENCE	
Les pratiques numériques autoritaires devant la Cour européenne des droits de l'homme	
(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêts <i>Glukhin c. Russie</i> , 4 juillet 2023, et <i>Yüksel Yalçinkaya c. Turquie</i> , 26 septembre 2023)	
par <i>Rym Fassi-Fihri</i>	205
La Cour de Strasbourg et le principe de non-refoulement: quel futur pour une protection effective contre l'expulsion des migrants irréguliers ?	
(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêts <i>A.E. et autres c. Italie</i> et <i>W.A. et autres c. Italie</i> , 16 novembre 2023)	
par <i>Anton Giulio Lana et Alessio Sangiorgi</i>	227
L'obligation positive en matière d'indemnisation, au cœur de l'approche globale de la traite des êtres humains	
(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Krachunova c. Bulgarie</i> , 28 novembre 2023)	
par <i>Bénédicte Lavaud-Legendre</i>	247
L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme: un nouveau défi pour le secret au sein des juridictions constitutionnelles	
(obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt <i>Sieć Obywatelska Watchdog Polska</i> , 21 mars 2024)	
par <i>Antoine Pouzet</i>	263