

CJUE et Cour EDH : la dialectique du maître et de l'esclave?

Sébastien Platon

Numéro hors-série, décembre 2020

70 ans de la *Convention européenne des droits de l'homme* : L'Europe et les droits de la personne

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1078553ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1078553ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Platon, S. (2020). CJUE et Cour EDH : la dialectique du maître et de l'esclave? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 533–548.
<https://doi.org/10.7202/1078553ar>

Résumé de l'article

La dialectique du Maître et de l'Esclave, développée par Hegel dans *La Phénoménologie de l'Esprit*, est un exemple typique du fonctionnement de la dialectique dans l'approche hégélienne. L'esclave est initialement soumis aux ordres du maître (thèse). Cependant, il acquiert son autonomie grâce au produit de son travail et gagne en indépendance alors que le maître continue de dépendre de la reconnaissance de celui-ci pour garder son statut. Ainsi, le maître devient progressivement esclave et l'esclave maître. Le deuxième moment de la dialectique (antithèse) est alors accompli. La dépendance maître-esclave est niée. La dernière étape de la dialectique, la synthèse, est marquée par l'annulation de la situation de maître et d'esclave, chacun ayant obtenu sa reconnaissance. *Mutatis mutandis*, cette parabole philosophique n'est pas sans intérêt pour analyser les rapports entre les deux cours européennes, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (Cour de justice), au regard de la protection des droits fondamentaux – même si, bien évidemment, c'est une exagération évidente que de décrire les relations entre les deux cours comme une relation maître-esclave. Il n'en reste pas moins qu'aux origines, la Cour de justice, en l'absence de texte communautaire protégeant les droits fondamentaux, s'est assez rapidement « soumise » au système de la *Convention européenne des droits de l'homme*, y compris à la jurisprudence de la Cour EDH. L'évènement marquant la transition vers la seconde phase de la dialectique est l'adoption de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte)*, qui permet à la Cour de justice de développer un système plus autonome. Cette autonomisation concourt à la mise en place d'une relation plus égalitaire entre les deux cours, marquée par exemple par le fait que la Cour EDH emprunte elle aussi, quoique plus rarement, au droit de l'Union européenne.

CJUE ET COUR EDH : LA DIALECTIQUE DU MAÎTRE ET DE L'ESCLAVE?

Sébastien Platon*

La dialectique du Maître et de l'Esclave, développée par Hegel dans *La Phénoménologie de l'Esprit*, est un exemple typique du fonctionnement de la dialectique dans l'approche hégélienne. L'esclave est initialement soumis aux ordres du maître (thèse). Cependant, il acquiert son autonomie grâce au produit de son travail et gagne en indépendance alors que le maître continue de dépendre de la reconnaissance de celui-ci pour garder son statut. Ainsi, le maître devient progressivement esclave et l'esclave maître. Le deuxième moment de la dialectique (antithèse) est alors accompli. La dépendance maître-esclave est niée. La dernière étape de la dialectique, la synthèse, est marquée par l'annulation de la situation de maître et d'esclave, chacun ayant obtenu sa reconnaissance. *Mutatis mutandis*, cette parabole philosophique n'est pas sans intérêt pour analyser les rapports entre les deux cours européennes, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (Cour de justice), au regard de la protection des droits fondamentaux – même si, bien évidemment, c'est une exagération évidente que de décrire les relations entre les deux cours comme une relation maître-esclave. Il n'en reste pas moins qu'aux origines, la Cour de justice, en l'absence de texte communautaire protégeant les droits fondamentaux, s'est assez rapidement « soumise » au système de la *Convention européenne des droits de l'homme*, y compris à la jurisprudence de la Cour EDH. L'évènement marquant la transition vers la seconde phase de la dialectique est l'adoption de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Charte)*, qui permit à la Cour de justice de développer un système plus autonome. Cette autonomisation concourt à la mise en place d'une relation plus égalitaire entre les deux cours, marquée par exemple par le fait que la Cour EDH emprunte elle aussi, quoique plus rarement, au droit de l'Union européenne.

The dialectic of Master and Slave, developed by Hegel in *The Phenomenology of the Spirit*, is a typical example of how dialectic works in the Hegelian approach. The slave is initially subject to the orders of the master (thesis). However, he acquires his autonomy through the product of his work and gains independence while the master continues to depend on his recognition to maintain his status. Thus, the master gradually becomes a slave and the slave becomes the master. The second moment of the dialectic (antithesis) is then accomplished. Master-slave dependence is denied. The last stage of the dialectic, the synthesis, is marked by the cancellation of the master and slave situation, each having obtained their recognition. *Mutatis mutandis*, this philosophical parable is not without interest when analysing the relationship between the two European courts, the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (Court of Justice), with regard to the protection of fundamental rights – although it is obviously an obvious exaggeration to describe the relationship between the two courts as a master-slave relationship. Nevertheless, the fact remains that, in the absence of a Community text protecting fundamental rights, the Court of Justice, in the early days, "submitted" itself fairly quickly to the *European Convention on Human Rights (ECHR)* system, including the case-law of the ECtHR. The event marking the transition to the second phase of the dialectic was the adoption of the *Charter of Fundamental Rights of the European Union (Charter)*, which allowed the Court of Justice to develop a more autonomous system. This autonomy contributes to the establishment of a more egalitarian relationship between the two courts, marked, for example, by the fact that the ECtHR also borrows, albeit more rarely, from European Union law.

La dialéctica de Amo y Esclavo, desarrollada por Hegel en *La Fenomenología de la Mente*, es un ejemplo típico de cómo funciona la dialéctica en el enfoque hegeliano. El esclavo está inicialmente sujeto a las órdenes del amo (tesis). Sin embargo, adquiere su autonomía gracias al producto de su trabajo y gana independencia mientras que el maestro sigue dependiendo del reconocimiento del mismo para mantener su estatus. Así, el amo se convierte gradualmente en un esclavo y el esclavo se convierte en el amo. El

* Professeur de droit public à l'Université de Bordeaux, membre du Centre de Recherches et de Documentation Européennes et Internationales.

segundo momento de la dialéctica (antítesis) se cumple entonces. Se niega la dependencia del amo-esclavo. La última etapa de la dialéctica, la síntesis, está marcada por la cancelación de la condición de amo y esclavo, habiendo obtenido cada uno su reconocimiento. *Mutatis mutandis*, esta parábola filosófica no carece de interés para analizar la relación entre los dos tribunales europeos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, aunque obviamente es una exageración evidente describir la relación entre los dos tribunales como una relación amo-esclavo. No obstante, el hecho es que, a falta de un texto comunitario que proteja los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia, en un primer momento, se "sometió" con bastante rapidez al sistema del *Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)*, incluida la jurisprudencia del TEDH. El acontecimiento que marcó la transición a la segunda fase de la dialéctica fue la adopción de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta)*, que permitió al Tribunal de Justicia desarrollar un sistema más autónomo. Esta autonomía contribuye al establecimiento de una relación más igualitaria entre los dos tribunales, marcada, por ejemplo, por el hecho de que el TEDH también toma prestado, aunque más raramente, del derecho de la Unión Europea.

La dialectique du Maître et de l'Esclave, développée par Hegel dans *La Phénoménologie de l'Esprit*, est un exemple typique du fonctionnement de la dialectique dans l'approche hégélienne. L'esclave est initialement soumis aux ordres du maître (thèse). Cependant, il acquiert son autonomie grâce au produit de son travail et gagne en indépendance alors que le maître continue de dépendre de la reconnaissance de celui-ci pour garder son statut. Ainsi, le maître devient progressivement esclave et l'esclave maître. Le deuxième moment de la dialectique (antithèse) est alors accompli. La dépendance maître-esclave est niée. La dernière étape de la dialectique, la synthèse, est marquée par l'annulation de la situation de maître et d'esclave, chacun ayant obtenu sa reconnaissance¹.

Mutatis mutandis, cette parabole philosophique n'est pas sans intérêt pour analyser les rapports entre les deux cours européennes, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) et la Cour de justice de l'Union européenne (Cour de justice), au regard de la protection des droits fondamentaux – même si, bien évidemment, c'est une exagération évidente que de décrire les relations entre les deux cours comme une relation maître-esclave. Il n'en reste pas moins qu'aux origines, la Cour de justice, en l'absence de texte communautaire protégeant les droits fondamentaux, s'est assez rapidement « soumise » au système de la *Convention européenne des droits de l'homme* (CEDH)², y compris à la jurisprudence de la Cour EDH (I). L'évènement marquant la transition vers la seconde phase de la dialectique est l'adoption de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (Charte)³, qui permet à la Cour de justice de développer un système plus autonome (II). Cette autonomisation concourt à la mise en place d'une relation plus égalitaire entre les deux cours, marquée par exemple par le fait que la Cour EDH emprunte elle aussi, quoique plus rarement, au droit de l'Union européenne (III).

I. L'ancrage rapide de la protection communautaire des droits fondamentaux sur le système de la CEDH

À l'origine, les traités communautaires ne contenaient aucune disposition relative aux droits de l'homme. Il est souvent considéré que ce silence résultait d'une sorte de « division du travail » entre les Communautés et le Conseil de l'Europe, charge étant laissée à ce dernier de garantir les droits de l'homme en Europe. Quoi qu'il en soit, une protection des droits de l'homme s'est cependant progressivement développée en droit communautaire. Toutefois, en l'absence de « déclaration des droits de l'Homme » dans les traités communautaires, cette protection s'est initialement, et durablement, développée sur une base exclusivement prétorienne. Elle a été initiée par l'*arrêt Stauder* de 1969, qui mentionne incidemment la subordination des actes de droit dérivé aux droits fondamentaux de la personne, lesquels sont compris dans les

¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *La phénoménologie de l'esprit*, Allemagne, 1807.

² *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*Convention européenne des droits de l'homme*].

³ *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, 7 décembre 2000, JO, C 364, (entrée en vigueur : 26 février 2001).

« principes généraux du droit » dont la Cour de justice assure le respect⁴. Ces « principes généraux du droit », à l'instar de ceux utilisés par le juge administratif français, devinrent à partir de cet arrêt fondateur les véhicules juridiques utilisés par la Cour de justice pour introduire les droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Cette consécration des « principes généraux du droit » comme véhicules de la protection des droits fondamentaux en droit communautaire fut confirmée avec netteté l'année suivante dans l'*arrêt Internationale Handelsgesellschaft*. La Cour y précisa en outre que la source d'inspiration des droits fondamentaux communautaires était les « traditions constitutionnelles communes aux États membres »⁵. À cette source d'inspiration s'ajoutèrent quelques années plus tard, avec l'*arrêt Nold*, les « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'Homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré »⁶, au premier rang desquels la *CEDH*, éclairée par la jurisprudence de la Cour EDH⁷. Ces jalons jurisprudentiels étant posés, le catalogue prétorien des droits fondamentaux communautaires s'étendit et se sophistiqua au fil des arrêts.

Le *Traité de Maastricht* ou *Traité sur l'Union européenne (TUE)* vint donner une base juridique textuelle à cette construction prétorienne en énonçant dans son article F(2) que

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 communautaire⁸.

Que ce soit dans la jurisprudence de la Cour de justice ou dans le *TUE*, la *CEDH* et les traditions constitutionnelles communes semblent formellement avoir le même poids dans l'identification et la définition des droits fondamentaux communautaires. Toutefois, il résulte de l'analyse de la jurisprudence que les traditions constitutionnelles communes constituent une source subsidiaire qui n'est utilisée qu'en cas de silence de la *CEDH* sur une question précise. On peut ainsi mentionner l'*arrêt Berlusconi*⁹, qui se fonde sur les traditions constitutionnelles communes pour dégager un principe général de rétroactivité de la loi pénale plus douce, qui n'est pas consacré textuellement par la *CEDH* et n'était pas non plus, à l'époque, consacré dans la jurisprudence de la Cour EDH¹⁰.

⁴ *Érich Stauder c Ville d'Ulm-Sozialamt*, C-26/69, [1969] Rec CE I-419 à la p I-0426.

⁵ *Internationale Handelsgesellschaft mbH c Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70, [1970] Rec CE I-1126 à la p I-1135.

⁶ *J. Nold, Kohlen und Baustoffgroßhandlung c Commission des Communautés européennes*, C-4/73, [1974] Rec CE I-0492 à la p I-0508.

⁷ En particulier, à compter de l'arrêt *Rutili; Rutili c Ministre de l'intérieur*, C-36/75, [1975] Rec CE I-1219 à la p I-1237.

⁸ *Traité sur l'Union Européenne*, 7 février 1992, JO, C 191, 1 à la p 112 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1993), art F(2).

⁹ *Procédures pénales c Silvio Berlusconi & autres*, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, [2005] Rec CE I-3624 à la p I-3656.

¹⁰ Il l'a été depuis dans l'arrêt *Scoppola c Italie (No 2)* [GC], n° 10249/03 (17 septembre 2009).

Ce qui était vrai à l'époque reste vrai aujourd'hui sous l'empire de la *Charte*. Certes, l'article 52(4) de cette *Charte* dispose que « dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions »¹¹. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de la *Charte* révèle rétrospectivement que l'inscription de cette disposition dans la *Charte* n'était qu'une tentative aussi anachronique que désespérée des États membres de parer à des expansions jurisprudentielles incontrôlées de la substance de la *Charte* qui mettrait cette dernière en tension, voire en opposition, avec le droit constitutionnel national. La futilité de cette manœuvre est attestée par la quasi-absence de référence à cette disposition dans la jurisprudence de la Cour de justice. Par ailleurs, dans les rares occasions où cette disposition a été mentionnée par les avocats généraux, elle l'a toujours été en vue, *in fine*, d'être neutralisée.

Ainsi, Evgeni Tanchev, dans ses conclusions sur l'affaire *Egenberger*¹², établit un parallèle entre l'article 52(4) de la *Charte* et le premier alinéa de l'article 4(2) de la *Directive 2000/78/CE*. Cette disposition permet aux États de maintenir des dispositions permettant aux églises et autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions d'opérer une différence de traitement fondée sur la religion ou les convictions d'une personne pour l'accès à une activité professionnelle, lorsque la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation. Cette disposition, rappelle l'avocat général, précise que la différence de traitement dont il est question dans cette disposition doit s'exercer dans le respect des dispositions et principes constitutionnels des États membres, et rapproche cette précision de la clause d'harmonie constitutionnelle de la *Charte*. Il estime pourtant que ce renvoi ne saurait étayer l'idée d'un amoindrissement des standards européens, en l'occurrence en matière de droit à un recours effectif, et que cette disposition « doit trouver une interprétation autonome, qu'il convient de rechercher en tenant compte du contexte de cette disposition et de l'objectif poursuivi par la *directive 2000/78* »¹³.

L'avocat général Sánchez-Bordona, dans ses conclusions sur l'affaire *Menci*, mobilise lui aussi l'article 52(4) dans sa quête d'une interprétation européenne de la règle *non bis in idem*, mais y renonce immédiatement, notant que, « [d]'une part, les [gouvernements intervenants] acceptent qu'il n'y ait pas de tradition constitutionnelle commune sur le contenu de ce droit »¹⁴ et que,

[d]'autre part, les traditions des États qui limitent l'efficacité du principe *non bis in idem* en l'appliquant exclusivement en matière de droit pénal conduiraient à une interprétation de l'article 50 qui serait encore plus

¹¹ *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, supra note 3, art 52 (4).

¹² *Conclusions de l'avocat général M. Evgeni Tanchev présentées le 9 novembre 2017, Vera Egenberger c Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, C-414/16, [2017].

¹³ *Ibid* au para 83.

¹⁴ *Conclusions de l'avocat général M. Manuel Campos Sánchez-Bordona présentées le 12 septembre 2017, Luca Menci*, C-524/15, [2017] au para 67.

restrictive que celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne l'article 4 du *protocole no 7*¹⁵.

Enfin, il est possible de mentionner l'avocat général Bot, concluant sur l'affaire *Melloni*¹⁶ et estimant que, même s'il résulte notamment de cette disposition que « la Charte ne constitue pas un instrument isolé et déconnecté des autres sources de protection des droits fondamentaux »¹⁷ et que

l'interprétation des droits protégés par la *Charte* doit tendre vers un niveau élevé de protection, comme cela peut être déduit de l'article 52, paragraphe 3, de la *Charte* ainsi que des explications afférentes à l'article 52, paragraphe 4, de celle-ci, il importe, cependant, de préciser qu'il doit s'agir d'un niveau de protection adapté au droit de l'Union, comme le précisent d'ailleurs ces mêmes explications¹⁸.

Ce qui ressort de ces trois exemples est que les traditions constitutionnelles sont difficilement identifiables, et qu'en toute hypothèse elles ne constituent ni un plancher ni un plafond, l'ordre juridique de l'Union étant un ordre juridique autonome dans lequel les droits fondamentaux doivent être interprétés de façon contextualisée et systémique. On ne saurait mieux dire à quel point la clause « d'harmonie constitutionnelle » est, *in fine*, purement platonique.

À l'inverse, la *CEDH* et la jurisprudence de la Cour EDH ont été pendant fort longtemps des sources privilégiées d'inspiration pour la Cour de justice. Durant ce (long) premier âge de la protection des droits de l'homme en droit (alors) « communautaire », sous forme de principes généraux du droit, l'influence de la *CEDH* et de la jurisprudence de la Cour EDH a cru à un point tel que, à la fin des années 1990, Frédéric Sudre a pu considérer que la *CEDH* était non plus une source matérielle, mais une source formelle de droits fondamentaux de l'Union¹⁹, la Cour de justice citant désormais expressément les arrêts de la Cour EDH²⁰ et mentionnant les articles de la *CEDH* de façon directe, sans nécessairement passer par le « véhicule » des principes généraux du droit²¹. La Cour EDH a elle-même remarqué en 2005 que la Cour de justice

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot, présentées le 2 octobre 2012, Procédure pénale c Stefano Melloni*, C-399/11, [2012].

¹⁷ *Ibid* au para 132.

¹⁸ *Ibid* au para 106.

¹⁹ Voir notamment Frédéric 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? » (1998) 1 JCP 100; Frédéric Sudre, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne » dans Joël Rideau, dir, *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000 aux pp 218 et s.

²⁰ Le premier arrêt de la Cour de justice citant un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier sa solution fut l'arrêt *P c S et Cornwall County Council*, C-13/94, [1996] Rec CE I-2143 à la p I-2167 au para 16.

²¹ Voir notamment Jean-François Flauss, « Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des États membres » dans *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées en hommage à Louis Dubouis, actes du colloque d'Aix-en-Provence des 18 et 19 juin 1999*, Paris, La Documentation française, 2000, aux pp 49 et s, spécialement à la p 60.

avait tendance à ne même plus faire précéder « ces références à la *Convention* d'une explication de leur pertinence pour le droit communautaire »²². La convergence, dans cette période, entre la Cour de justice et la Cour EDH a été trop abondamment étudiée pour qu'il soit nécessaire d'y revenir²³.

II. Aux origines de l'émancipation : la *Charte des droits fondamentaux* de l'Union européenne

La protection des droits fondamentaux en droit de l'Union européenne souffrait d'un manque de clarté, de solennité et de sécurité juridique découlant de l'absence de véritable « déclaration des droits de l'Homme » pour l'Union. Lors du Sommet de Cologne des 3 et 4 juin 1999 fut donc prise la décision d'élaborer une telle déclaration. Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 mit sur pied une structure originellement appelée « enceinte » (*body*) avant d'adopter le nom de « Convention » le 1^{er} février 2000. Le 26 septembre 2000, la Convention estima qu'elle pouvait approuver le projet de *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* qu'elle avait élaborée et, le 2 octobre 2000, le président de la Convention, Roman Herzog, transmit ce projet au Conseil européen. Celui-ci marqua, lors du Sommet de Biarritz, son accord unanime sur le projet. Toutefois, en raison de réticences exprimées

²² *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c Irlande* [GC], n°45036/98, [2005] VI CEDH 173 au para 73.

²³ Voir notamment Gérard Cohen-Jonathan, « La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme » (1978) R du Marché Commun aux pp 74 et s; Gérard Cohen-Jonathan, « Les droits de l'homme dans les Communautés européennes » dans Charles Eisenmann et Marcel Waline, dir, *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975 aux pp 399 et s; Jean-Paul Jacqué, « Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme » dans Jean Boulouis, dir, *L'Europe et le droit : mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991 aux pp 325 et s; Jean-Claude Gautron, « Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » dans *Le patrimoine constitutionnel européen : actes du séminaire UniDem organisé à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997 aux pp 148 et s, spécialement aux pp 168 et s; Joël Rideau, *Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, recueil de cours, Académie de droit international de La Haye, t 265, 1997 aux pp 356 et s; Patrick Wachsmann, « Les droits de l'homme » (1997) RTD eur aux pp 883 et s; Henri Labayle, « Droits fondamentaux et droit européen » (1998) Actualité juridique D administratif aux pp 75 et s; 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? », *supra* note 19; Sudre, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », *supra* note 19 aux pp 207 et s; Jean-François Akandji-Kombé, Stéphane Leclerc et Marie-Joëlle Redor, dir, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999; Henri Labayle et Frédéric Sudre, dir, *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux, Journée Nationale d'Étude de la Commission pour l'Étude des Communautés Européennes (CEDECE), Faculté de Droit de Montpellier, les 4 et 5 novembre 1999*, Bruxelles, Bruylant, 2000; Philip Alston, dir, *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001; Alexa Lauriol-Sarthou, *Droit communautaire et droit de la Convention européenne des droits de l'homme : contribution à l'étude des rapports entre deux ordres juridiques*, thèse de doctorat en droit, Université de Pau et des pays de l'Adour, 2001 [non publiée]; Romain Tinière, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008; Delphine Dero-Bugny, *Les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2015; Tania Racho, *Le système européen de protection des droits fondamentaux*, thèse de doctorat en droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018 [non publiée].

par certains États membres (et concernant en particulier les dispositions sociales contenues dans la *Charte*), la *Charte* ne fut que « solennellement proclamée » lors du Conseil européen de Nice des 7 et 8 décembre 2000. Elle ne fut ni intégrée dans le *Traité de Nice*²⁴, signé dans la foulée de ce Conseil européen, ni dotée d'un effet contraignant. Il fallut attendre une autre convention, la *Convention pour l'avenir de l'Europe* créée à l'issue du Conseil européen de Laeken en décembre 2001, pour que soit proposé d'intégrer la *Charte* dans le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*²⁵ que cette Convention rédigea, et dont la *Charte* constituait la Partie II. Ce traité fut cependant rejeté par référendum en France²⁶, puis aux Pays-Bas²⁷, et définitivement abandonné. La *Charte* finit pourtant par acquérir une force juridique contraignante le 1^{er} décembre 2009, lorsque le *Traité de Lisbonne*²⁸ entra en vigueur. Ce traité ajouta en effet une référence à la *Charte* à l'article 6(1) du *TUE*, en vertu duquel la *Charte* a « la même valeur juridique que les traités ». Il est à noter que la *Charte* qui fait désormais partie du droit primaire n'est pas celle qui a été adoptée en 2000, mais une version adaptée par le Parlement européen le 12 décembre 2007²⁹. Les adaptations en question concernent essentiellement les dispositions finales.

L'incorporation de la *Charte* dans le droit primaire n'a pas fait disparaître la catégorie juridique des principes généraux du droit, dont l'existence est confirmée par l'article 6(3) du *TUE*³⁰. Il est cependant probable que cette catégorie soit désormais appelée à n'avoir plus qu'une place marginale dans la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

Il aurait pu être craint que l'adoption d'un catalogue de droits propre à l'Union européenne, la *Charte*, porte atteinte à cette convergence substantielle des droits entre les deux systèmes. Les rédacteurs de la *Charte* ont cependant pris toutes les précautions possibles pour éviter ce risque. En effet, non seulement le contenu de la *Charte* est très fortement influencé par la Convention, mais elle contient en outre deux directives d'interprétation destinées à ancrer sa signification dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

D'une part, la *Charte* doit être interprétée en prenant en compte le texte intitulé *Explications*, établi à l'origine sous l'autorité du *praesidium* de la Convention qui a élaboré la *Charte* en 2000 et mis à jour sous la responsabilité du *praesidium* de la *Convention européenne* en 2007³¹. L'insistance du constituant de l'Union européenne quant à la prise en compte desdites explications ne va pas sans une certaine lourdeur, puisque l'obligation de prendre en compte ce texte est posée à l'article 6(1) paragraphe 3 du *TUE*, dans le préambule de la *Charte* (cinquième paragraphe) et à nouveau à l'article 52(7) de la *Charte*. Le texte des *Explications* retrace la généalogie

²⁴ *Traité de Nice*, 26 février 2001, JO, C 80, (entré en vigueur : 1^{er} février 2003).

²⁶ *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 29 octobre 2004, JO, C 310 (non entrée en vigueur).

²⁷ En date du 29 mai 2005.

²⁸ En date du 1^{er} juin 2005.

²⁹ *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007, JO, C 306 (entré en vigueur : 1^{er} décembre 2009) [*Traité de Lisbonne*].

³⁰ *Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, supra note 3, art 6 (1).

³¹ *Traité sur l'Union Européenne*, supra note 8, art 6 (3).

³¹ CE, *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*, [2007] JO, C 303/02.

des dispositions de la *Charte*, et en particulier les textes et la jurisprudence qui les ont inspirées. Le droit de la *CEDH*, en particulier, occupant une place considérable dans ces *Explications*, sa prise en compte par le juge de l'Union pour interpréter la *Charte* était supposée être une garantie de la convergence substantielle entre les deux systèmes.

D'autre part, l'article 52 (3) de la *Charte* dispose que

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 convention³².

Il faut relever ici que l'hypothèse d'une telle « correspondance » dépasse la seule identité d'énoncé entre la *Charte* et la *CEDH*. Ainsi la Cour de justice a-t-elle estimé, dans son *arrêt Volker* que l'article 8(1) de la *Charte*, selon lequel « [t]oute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant » et qui n'a pas d'équivalent textuel dans la *CEDH*, est « étroitement lié au droit au respect de la vie privée consacré à l'article 7 de cette même *Charte* »³³, lequel correspond à l'article 8 de la *CEDH*. Cela lui permet, par le truchement de l'article 52(3), de juger que « les limitations susceptibles d'être légitimement apportées au droit à la protection des données à caractère personnel correspondent à celles tolérées dans le cadre de l'article 8 de la *CEDH* »³⁴. Une fois cette correspondance établie, la Cour de justice n'hésite pas à procéder à « un examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »³⁵ afin de déterminer le sens à donner audit « droit correspondant »³⁶. La volonté de la Cour de justice de développer une jurisprudence cohérente par rapport à celle de la Cour EDH est telle qu'il lui arrive de rouvrir la procédure orale et de renvoyer l'affaire en Grande chambre suite à un arrêt important de son homologue de Strasbourg, comme ce fut le cas par exemple dans l'affaire *Menci*³⁷ suite à l'*arrêt A. B. et C. c. Norvège* de 2016³⁸.

Toutefois, la référence à la jurisprudence de la Cour EDH est loin d'être systématique, même dans l'hypothèse où un droit « correspondant » est en jeu. Ainsi, dans l'*arrêt Deutsche Telekom AG c. Bundesrepublik Deutschland*³⁹, en vue de déterminer la portée du droit à la protection des données à caractère personnel,

³³ Voir notamment Mustapha Afroukh, « La notion de droits correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne » (2011) 2011/4 R des affaires européennes 765 à la p 765.

³⁴ *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c Land Hessen*, C-92/09 et C-93/09, [2010] Rec CE I-11117 à la p I-11161.

³⁴ *Ibid* au para 52.

³⁵ *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, [2010] ECR I-13849 aux pp I-45, I-52.

³⁶ Voir notamment Romain Tinière, « Le principe d'alignement sur le standard conventionnel pour les droits correspondants » dans Laurent Coutron et Caroline Picheral, dir, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012 à la p 4.

³⁷ *Conclusion de l'avocat général M. Manuel Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire Luca Menci*, *supra* note 14.

³⁸ *A. et B. c Norvège*, n°24130/11 et 29758/11, [2016] I CEDH.

³⁹ *Deutsche Telekom AG c Bundesrepublik Deutschland*, C-543/09, [2011] Rec CE I-3486 à la p I-3513.

découlant de l'article 8 de la *Charte*, la Cour de justice ne fait référence qu'à son propre arrêt *Volker*⁴⁰, alors même que, comme on l'a vu, elle s'était dans cet arrêt fondée explicitement sur la jurisprudence de la Cour EDH après avoir constaté que l'article 8 de la *Charte* était indirectement un droit « correspondant » au sens de l'article 52(3) de la *Charte*. Cette tendance se combine avec le recul, dans la jurisprudence de la Cour de justice, de la référence aux principes généraux du droit, et donc à la *CEDH* qui en est la source matérielle majoritaire, au profit de la *Charte*⁴¹. Il en résulte l'émergence progressive d'une jurisprudence de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux qui est, au moins en partie et au moins formellement, autonome par rapport à la *CEDH*. Ainsi, des arrêts de la Cour de justice aussi importants en matière de protection des droits fondamentaux que les arrêts *Åkerberg Fransson*⁴², *Schrems*⁴³, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁴⁴ et *LM*⁴⁵ ne contiennent que des références rapides à la *CEDH* et aucune référence à la jurisprudence de Strasbourg à l'appui de leur interprétation.

En tout état de cause, si les divergences de jurisprudence s'avèrent rares post-*Charte*, elles ne sont pas pour autant impossibles. Ainsi, dans l'arrêt *Tarakhel c. Suisse* du 4 novembre 2014⁴⁶, la Grande Chambre de la Cour EDH a condamné la Suisse pour le renvoi, en application du *Règlement Dublin II*⁴⁷ (rendu applicable à la Suisse par l'effet d'un accord du 26 octobre 2004 entre la Communauté européenne et la Suisse) d'un demandeur d'asile en Italie malgré l'insuffisance des conditions d'accueil dans cet État. Par cet arrêt, la Cour précise le caractère élevé du standard qu'elle avait posé en 2011 dans l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*⁴⁸. Dans cette affaire, la Cour avait estimé que la Belgique ne pouvait transférer un demandeur d'asile vers la Grèce, en application du *Système de Dublin*, si ce demandeur d'asile risquait d'être soumis dans ce pays à un traitement contraire à la *CEDH*. Ce raisonnement a été « importé » par la Cour de justice dans l'arrêt *N.S. et autres*⁴⁹, mais avec une inflexion notable. Dans ces deux affaires étaient en cause les défaillances systémiques de l'accueil des demandeurs d'asile en Grèce. Mais alors que ce caractère systémique n'était pas utilisé en tant que tel par la Cour EDH dans son arrêt *M.S.S.* comme justification de l'obligation pour la Belgique de ne pas transférer de demandeurs d'asile en Grèce, la Cour de justice, dans son arrêt *N.S.*, a quant à elle fortement insisté sur le fait que seule une telle défaillance systémique pouvait conduire à lever la présomption selon laquelle chaque État membre respecte les droits fondamentaux des demandeurs d'asile. Par la suite, lors de la refonte en

⁴⁰ *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c Land Hessen*, *supra* note 33.

⁴¹ Voir notamment *Racho*, *supra* note 23 à la p 183.

⁴² *Åklagaren c Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, [2013] Rec CE I-105 à la p I-116.

⁴³ *Maximillian Schrems c Data Protection Commissioner*, C-362/14, [2015] Rec CE I-650 à la p I-676.

⁴⁴ *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c Tribunal de Contas*, C-64/16, [2018].

⁴⁵ *Arrêt LM*, C-216/18 PPU, [2018].

⁴⁶ *Tarakhel c Suisse* [GC], n°29217/12, [2014] VI CEDH 159.

⁴⁷ CE, *Règlement Dublin II*, [2003] JO, C 343.

⁴⁸ *M.S.S. c Belgique et Grèce* [GC], n°30696/09, [2011] I CEDH 121.

⁴⁹ *N. S. c Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres c Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 et C-493/10, [2011] Rec CE I-13991 à la p I-14033.

2013 du *Système de Dublin* par le *Règlement Dublin III*, cette exigence d'une défaillance systémique a été codifiée à l'article 3(2) paragraphe 2, dudit règlement⁵⁰. Or, dans l'*arrêt Tarakhel*, la Cour EDH semble rejeter une telle exigence de défaillance systémique dans l'État de destination, en énonçant que

l'origine du risque encouru ne modifie en rien le niveau de protection garanti par la Convention et les obligations que celle-ci impose à l'État auteur de la mesure de renvoi. Elle ne dispense pas cet État d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré⁵¹.

Henri Labayle, dans ses « libres propos »⁵² relatifs à l'*Avis 2/13*, a estimé que c'est à cette divergence de jurisprudence que la Cour de justice fait écho, de façon cryptique, dans son *Avis 2/13*⁵³ sur l'adhésion de l'Union européenne à la *Convention européenne des droits de l'homme* lorsqu'elle affirme que l'accord d'adhésion

est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques spécifiques et à l'autonomie du droit de l'Union, dans la mesure où il (...) ne prévient pas le risque d'atteinte au principe de la confiance mutuelle entre les États membres dans le droit de l'Union (...)⁵⁴.

Il faut relever ici que les divergences de jurisprudence peuvent aussi se traduire par un standard plus élevé de protection en droit de l'Union européenne, ce que permet d'ailleurs expressément la dernière phrase de l'article 52(3) : « cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue »⁵⁵. Cette possibilité a été illustrée récemment concernant la qualification de la situation des demandeurs de protection internationale et des ressortissants de pays de tiers maintenus dans la zone de transit hongroise de Röszke, à la frontière serbe. Les personnes demeurant dans cette zone ne pouvaient en effet ni pénétrer en Hongrie, qui leur refusait l'accès à son territoire, ni retourner en Serbie, qui ne considérait pas que ces personnes étaient entrées en Hongrie illégalement au sens de l'accord de réadmission entre la Serbie et la Hongrie. Les « résidents » de cette zone de transit se trouvaient donc piégés dans un *no man's land* juridique, n'étant pas à proprement parler emprisonnés, mais n'étant pas davantage capables en fait de sortir de la zone. La Cour EDH, saisie de cette question dans l'affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie*, jugea en 2019 que les requérants n'ont pas été privés de leur liberté au sens de l'article 5 de la *CEDH*, dans la mesure où ils n'étaient pas physiquement empêchés de sortir de la zone pour retourner en Serbie⁵⁶. À l'inverse,

⁵⁰ *Règlement Dublin II*, *supra* note 47, art 3 (2).

⁵¹ *Tarakhel c Suisse*, *supra* note 46 au para 104.

⁵² Henri Labayle, « La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH » *Réseau universitaire européen* (22 décembre 2014), en ligne : <www.gdr-elsj.eu/2014/12/22/droits-fondamentaux/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh/>.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Avis 2/13, Adhésion de l'Union à la CEDH* (18 décembre 2014), CJUE ECLI:EU:C:2014:2454.

⁵⁵ *Ibid* au para 44.

⁵⁶ *Ilias et Ahmed c Hongrie* [GC], n°47287/15 (21 novembre 2019).

la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *FMS* du 14 mai 2020 estima que cette situation apparaissait comme une privation de liberté au sens du droit de l'Union européenne. Si la Cour ne mentionne pas l'article 52(3), l'avocat général Priit Pikamäe s'appuie sur cette disposition dans ses conclusions, aux points 148 et suivants. Il relève certes

que l'article 5 de la *CEDH* correspond à l'article 6 de la *Charte*, et que l'article 52, paragraphe 3, de la *Charte* exige que les droits y consacrés et qui correspondent aux droits garantis par la *CEDH* soient interprétés comme ayant le même sens et la même portée que ceux que leur confère la *CEDH*⁵⁷.

Toutefois, « la *CEDH* ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union »⁵⁸. Dès lors, « la cohérence poursuivie à l'article 52, paragraphe 3, de la *Charte* ne [peut] ainsi porter atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne »⁵⁹. L'avocat général poursuit en affirmant explicitement que

la Cour [de justice] peut donc délaissier la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et conduire son examen des questions préjudicielles au regard de la *Charte*, à condition que l'interprétation qu'elle donne aux droits y figurant et dont le contenu est semblable à ceux inscrits dans la *CEDH* aboutisse à un niveau de protection plus élevé que celui garanti par cette dernière⁶⁰.

III. Un renversement de la relation? L'influence du droit de l'Union sur la Cour EDH

Les références de la Cour EDH au droit de l'Union, sans être abondantes, ne sont ni exceptionnelles ni même récentes : dès son arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, la Cour EDH a expressément mentionné l'arrêt *Defrenne c. Sabena*⁶¹ rendu par la Cour de justice le 8 avril 1976, lequel consacrait selon elle un principe de sécurité juridique qui est « nécessairement inhérent au droit de la *Convention* comme au droit communautaire »⁶².

Cependant, ces références ne suffisent pas à identifier une influence du droit de l'Union européenne sur la jurisprudence de la Cour EDH. Ce n'est pas parce que la Cour EDH cite le droit de l'Union qu'elle s'en inspire. Il se peut simplement que le cadre du litige impose une certaine prise en compte du droit de l'Union européenne.

⁵⁷ *Conclusions de l'avocat général Priit Pikamäe présentées le 23 avril 2020, Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság, C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, [2020], point 148.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid* au para 149.

⁶¹ *Gabrielle Defrenne c Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, C-43/75, [1976] Rec CE I-456 à la p I-482.*

⁶² *Marckx c Belgique* (1979), 31 CEDH (Sér A) au para 58.

Il existe en effet un corpus jurisprudentiel de la Cour EDH faisant un usage que l'on pourrait qualifier de « contraint »⁶³ ou d'« imposé »⁶⁴ du droit de l'Union européenne par la Cour EDH. Il s'agit des hypothèses dans lesquels la Cour est tenue d'appliquer la *CEDH* dans un cadre régi par le droit de l'Union européenne. Il arrive alors que la Cour intègre les données juridiques et jurisprudentielles issues du droit de l'Union européenne dans son contrôle pour tenir compte de leur spécificité. Dans ces hypothèses, le droit de l'Union est davantage l'objet du contrôle qu'il n'en est la référence. Ce corpus jurisprudentiel est caractérisé par une prise en compte active, voire une certaine déférence à l'égard du droit de l'Union.

À plusieurs reprises en particulier, la Cour EDH a été amenée à considérer la citoyenneté de l'Union comme un équivalent fonctionnel de la nationalité lorsque celle-ci est pertinente aux fins de l'application de la *CEDH*. Ainsi la Cour a-t-elle considéré dans son arrêt *Moustaquim* de 1991 qu'il y a une justification objective et raisonnable au traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres États membres de la Communauté, « la Belgique faisant partie avec lesdits États d'un ordre juridique spécifique »⁶⁵, ce traitement préférentiel n'étant dès lors pas constitutif d'une discrimination. Dans son arrêt *Piermont* de 1995, elle a estimé que « l'appartenance de M^{me} Piermont à un État membre de l'Union européenne et de surcroît sa qualité de parlementaire européen ne permettent pas de lui opposer l'article 16 de la Convention »⁶⁶, relatif aux restrictions à l'activité politique des étrangers. On peut également citer l'arrêt *Aristimuno Mendizabal*, dans lequel la Cour EDH a considéré que la qualité de ressortissante communautaire de la requérante, qui bénéficiait d'un droit de séjour sur le territoire de l'État défendeur conféré directement par le droit communautaire, impose une « approche différente » par rapport à sa jurisprudence constante relative à l'article 8 de la *CEDH*, à savoir, l'interprétation de cette disposition à la lumière du droit communautaire et en particulier des obligations imposées aux États membres quant au droit d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires⁶⁷.

On peut probablement également rattacher à ce premier courant jurisprudentiel caractérisé par un usage « contraint » du droit de l'Union la jurisprudence de la Cour EDH concernant l'exercice des voies de droit prévues par le droit de l'Union européenne, et en particulier la question préjudicielle, dont la Cour EDH peut être amenée à contrôler l'utilisation (ou l'absence d'utilisation) par les juridictions d'un État membre au regard du droit à un procès équitable. À ce titre, la Cour EDH a jugé que la *CEDH* ne garantit pas un droit à renvoi préjudiciel vers la Cour de justice⁶⁸, mais que le refus d'un tel renvoi peut affecter l'équité de la procédure, et que par conséquent les décisions portant rejet d'une demande de renvoi préjudiciel vers la Cour de justice

⁶³ Frédéric Sudre, « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme – l'"équivalence" dans tous ses états » dans Laurent Coutroun & Caroline Picheral, dir, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012 aux pp 45, 58.

⁶⁴ Delphine Dero-Bugny, *supra* note 23 à la p 38.

⁶⁵ *Moustaquim c Belgique* (1991), 86 CEDH (Sér A) au para 49.

⁶⁶ *Piermont c France* (1995), 89 CEDH (Sér A).

⁶⁷ *Aristimuno Mendizabal c France*, n°51431/99 (17 janvier 2006), notamment au para 69.

⁶⁸ *Desmots c France* (1999) 98 CEDH (Sér A).

doivent être motivées⁶⁹. Dans ce cadre, c'est assez naturellement, pour ne pas dire inévitablement que la Cour EDH fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice concernant le renvoi préjudiciel, et en particulier la décision *CILFIT*⁷⁰ relative à la doctrine dite de « l'acte clair », dont l'existence dispense les juridictions dont les décisions sont insusceptibles de recours de poser une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice. On peut également citer à ce titre l'arrêt rendu par la Cour EDH le 26 février 1998, *Pafitis et autres c. Grèce*⁷¹, dans lequel la Cour estime que comptabiliser la durée de la procédure préjudicielle pour évaluer si la durée de la procédure nationale a été déraisonnable au sens de l'article 6 (1) « porterait atteinte au système institué par l'article 177 du *Traité CEE* et au but poursuivi en substance par cet article »⁷².

Par contraste, les références « libres » de la Cour EDH au droit de l'Union européenne sont peut-être plus intéressantes pour une réflexion sur l'émergence d'une protection européenne « systémique » des droits de l'homme⁷³. Ces références illustrent en effet le fait que l'enrichissement de la protection des droits de l'homme au niveau européen n'est désormais plus à sens unique, mais à double sens, la Cour EDH n'hésitant pas à importer les avancées du droit de l'Union européenne pour amender sa propre interprétation de la *CEDH* au titre du consensus européen.

Cette stratégie est particulièrement visible lorsque la référence au droit de l'Union sert à justifier un revirement de jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt *Eskelinen c. Finlande* du 19 avril 2007⁷⁴, la *CEDH* s'appuie sur l'article 47 de la *Charte* pour interpréter l'article 6 de la *CEDH* sur le procès équitable et l'appliquer en matière de fonction publique, en contradiction avec sa jurisprudence antérieure⁷⁵. Dans l'arrêt *Scoppola c. Italie (n°2)* du 17 septembre 2009⁷⁶, la Cour EDH se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice⁷⁷ et à la *Charte* pour justifier un revirement de la jurisprudence antérieure⁷⁸ et consacrer le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Dans son arrêt *Demir et Baykara* de 2008⁷⁹, la Cour EDH mentionne entre autres la *Charte* pour conclure que le droit de négociation collective est désormais « un des éléments essentiels » de la liberté syndicale, en contradiction avec sa jurisprudence antérieure qui n'y voyait pas un élément inhérent à l'article 11 de la *CEDH*⁸⁰. Dans son arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009⁸¹, la Cour revient sur sa jurisprudence

⁶⁹ *Ullens De Schooten et Rezabek c Belgique*, n°3938/07, n°38352/07 (20 septembre 2011).

⁷⁰ *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c Ministère de la santé*, C-283/81, [1982] Rec CE I-3415 à la p I-3432.

⁷¹ *Pafitis et autres c Grèce* (1998), 92 CEDH (Sér A).

⁷² *Ibid.*

⁷³ Voir sur cette problématique Rancho, *supra* note 23.

⁷⁴ *Vilho Eskelinen et autres c Finlande*, n° 65235/00, [2007] II CEDH 39.

⁷⁵ *Pellegrin c France* (1999) 95 CEDH (Sér A) 28541.

⁷⁶ *Scoppola c Italie (n°2)*, *supra* note 10.

⁷⁷ *Procédures pénales c Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi et Marcello Dell'Utri e.a.*, C-387/02, C-391/02, C-403/02, [2005] Rec CE I-3624 à la p I-3656.

⁷⁸ *X c Allemagne* (1978), no 7900/77, DR 13; *Le Petit c Royaume-Uni*, n°35574/97 (5 décembre 2000).

⁷⁹ *Demir et Baykara c Turquie*, n°34503/97, [2008] V CEDH 395.

⁸⁰ *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* (1976), 72 CEDH (Sér A) 5614, au para 39; *Schmidt et Dahlström c Suède* (1976), 72 CEDH (Sér A) 5589 au para 34.

⁸¹ *Micallef c Malte* [GC], n°17056/06, [2009] V CEDH 331.

antérieure⁸² pour admettre l'applicabilité de l'article 6(1) *CEDH* aux mesures provisoires. Cette évolution dans la jurisprudence de la Cour fut opérée notamment par référence à la jurisprudence de la Cour de justice, qui « considère que les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure, notamment le droit d'être entendu »⁸³. On peut aussi citer l'arrêt *Bayatyan c. Arménie* du 7 juillet 2011⁸⁴ dans lequel la Cour EDH, statuant en Grande chambre, se réfère à l'article 10 de la *Charte* pour conclure que le droit à l'objection de conscience est protégé par la *CEDH* au titre de la liberté de conscience, en contradiction avec la jurisprudence antérieure de la Commission européenne des droits de l'homme⁸⁵.

De façon moins spectaculaire, le droit de l'Union européenne est parfois également mobilisé par la Cour EDH pour justifier des évolutions dans sa jurisprudence. Ainsi, dans l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie*⁸⁶, la Cour EDH fait référence à la *Charte* et à la jurisprudence de la Cour de justice⁸⁷ pour définir la signification du principe *non bis in idem*, plus précisément la dimension à donner à la notion d'identité d'infraction (identité des faits et non identité de qualification des faits ou d'intérêts juridiques protégés). Elle s'est depuis lors à nouveau référée à l'interprétation donnée par la Cour de justice du principe *non bis in idem*, en particulier dans son arrêt *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*⁸⁸, dans l'arrêt *Grande Stevens c. Italie* du 4 mars 2014⁸⁹. Dans son arrêt *Nada* du 12 septembre 2012, la Cour EDH accorde une place importante à l'arrêt *Kadi* de la Cour de justice⁹⁰. Selon la première, le raisonnement tenu par la seconde, selon lequel

les principes régissant l'ordre juridique international issu des Nations [U]nies n'impliqu[ai]ent pas qu'un contrôle juridictionnel de la légalité interne du règlement litigieux au regard des droits fondamentaux serait exclu en raison du fait que cet acte vise à mettre en œuvre une résolution du Conseil de sécurité adoptée au titre du *Chapitre VII* de la *Charte des Nations [U]nies* (...) doit s'appliquer, *mutatis mutandis*, à la présente affaire, plus précisément pour ce qui est du contrôle de la conformité de l'ordonnance sur les Taliban avec la *Convention* par les instances suisses⁹¹.

L'on relèvera cependant que ces références sont relativement rares, non systématiques, et souvent associées à des références à d'autres sources internationales – ce qui contredit l'hypothèse d'un lien « privilégié ». Par ailleurs, ces références sont parfois quelque peu surabondantes, voire incohérentes. Par exemple, dans l'arrêt *Christine Goodwin* de 2002, la Cour EDH, pour aboutir à la conclusion que l'article 12 de la *CEDH*

⁸² Voir notamment *Affaire Wiot c France*, n°43722/98 (15 mars 2001).

⁸³ Voir notamment *Bernard Denilauler c SNC Couchet Frères*, C-125/79, [1980] Rec CE I-1554 à la p I-1572.

⁸⁴ *Bayatyan c Arménie* [GC], n°23459/03, [2011] IV CEDH 49.

⁸⁵ *Grandrath c Allemagne* (1966) 10 Comm Eur DHDR; *G.Z. c Autriche* (1973), 43 Comm Eur DHDR.

⁸⁶ *Sergueï Zolotoukhine c Russie* [GC], n°14939/03, [2009], I CEDH 333.

⁸⁷ *Procédure pénale c Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04, [2006] Rec CE I-2351 à la p I-2368.

⁸⁸ *Åklagaren c Hans Åkerberg Fransson*, *supra* note 42.

⁸⁹ *Grande Stevens et autres c Italie*, n°18640/10 et al (4 mars 2014).

⁹⁰ *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c Conseil et Commission*, C-402/05 et C-415/05 P, [2008] Rec CE I-6411 à la p I-6512.

⁹¹ *Nada c Suisse* [GC], n°10593/08, [2012] V CEDH 115 au para 212.

protège également le droit au mariage des personnes transsexuelles avec des personnes du même sexe d'origine, interprète cette disposition à la lumière de la *Charte* :

La Cour note également que le libellé de l'article 9 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article 12 de la *Convention* en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme⁹².

Or, cette référence « est sans intérêt direct »⁹³ pour la question du mariage d'une personne transsexuelle, laquelle n'a rien à voir avec l'hypothèse du mariage homosexuel lorsque la personne ayant changé de sexe est désormais de sexe différent de la personne qu'elle souhaite épouser. Il en va de même dans l'arrêt *G. N. et autres c. Italie* du 1^{er} décembre 2009 : la Cour EDH prend appui sur l'article 21 de la *Charte* pour confirmer « la possibilité que les caractéristiques génétiques constituent un facteur de discrimination prohibée entre individus »⁹⁴. Le renvoi à la *Charte* n'était ici pas nécessaire⁹⁵, dans la mesure où il est de jurisprudence constante que la liste de discriminations interdites posée à l'article 14 *CEDH* n'est pas exhaustive⁹⁶. Dans les deux cas, la référence au droit de l'Union démontre cependant que la Cour EDH considère l'argument tiré du droit de l'Union européenne, et en particulier de la *Charte*, comme particulièrement convaincant.

L'intitulé de la présente contribution, volontairement provocateur, n'entend pas établir de rapports de « domination » entre les cours européennes en matière de protection des droits fondamentaux. Ces rapports sont, pour l'essentiel, des rapports de dialogue, de respect mutuel et de coordination. Le trajet de la Cour de justice de l'Union européenne vers une indéniable émancipation est cependant tout à fait spectaculaire et, quoique probablement encore inachevé, il laisse transparaître en filigrane le paysage d'une protection européenne bicéphale des droits fondamentaux, sans domination, mais dans une relation d'enrichissement mutuel. À ce titre encore, la dialectique du maître et de l'esclave est utile puisqu'au terme du déroulement de la dialectique, les deux acteurs, le maître comme l'esclave, sont gagnants. Espérons donc que, dans notre cas, il en sera de même pour les titulaires de droits fondamentaux.

⁹² *Christine Goodwin c Royaume-Uni* [GC], n°28957/95, [2002] VI CEDH 45 au para 100.

⁹³ Pierre Murat, « Article II-69, Droit de se marier » dans Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levede et Fabrice Picod, dir, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, t 2, Bruxelles, Bruylant, 2005 à la p 105.

⁹⁴ *G. N. et autres c Italie*, n°43134/05 (1^{er} décembre 2009).

⁹⁵ Sudre, « La cohérence issue de la jurisprudence européenne des droits de l'homme – l'"équivalence" dans tous ses états », *supra* note 63 à la p 62.

⁹⁶ *Engel et autres c Pays-Bas*, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, [1976] 22 CEDH (Sér A).