

Le dialogue des ordres juridiques européens : prometteur d'un *jus commune* ou d'un *jus singulare* des droits fondamentaux ?¹

Rahma BENTIROU MATHLOUTHI

Assistante-doctorante auprès de la Chaire de Droit européen et de droit de la concurrence
Faculté de droit - Université de Neuchâtel – Suisse

Les droits fondamentaux servent à « *rassembler et non à diviser, à unir et non à désunir* »². Dans ce contexte défenseur de l'universalité des droits de l'homme, s'inscrit le dialogue des ordres juridiques européens. Il ne s'agit pas seulement d'un dialogue des juges³ et par conséquent, des acteurs, mais également, des normes et des droits garantis. Face au « *cosmopolitisme normatif* »⁴, les ordres juridiques se trouvent dans l'obligation, ou développent peut-être spontanément le besoin de vivre ensemble, de cohabiter sur le même espace, de partager les mêmes valeurs et de s'adresser aux mêmes destinataires de droits.

En partant de cette approche globalisante, l'universalité des droits de l'homme trouve écho dans l'« *européanisation* »⁵ des droits de l'homme, plus précisément dans les rapports qu'entretiennent l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, notamment les rapports entre la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le système de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶. Derrière l'« *européanisation* », existe la volonté de créer un standard européen des droits fondamentaux par le biais du dialogue des ordres juridiques et par l'ouverture mutuelle sur la forme et le fond, sur l'*instrumentum* et le *negocium*.

¹ Cet article est issu d'une communication présentée dans le cadre du ProDoc « Fondements du Droit Européen », organisé les 16 et 17 septembre 2011 à l'Université de Genève, sur le thème « Dés-ordres juridiques européens - European Legal (Dis)orders ». Le ProDoc est organisé par les Universités de Genève, Neuchâtel, Fribourg et Lausanne.

² F. TULKENS, J. CALLEWAERTS, « Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-Y. CARLIER, O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 219.

³ Sur le thème du dialogue des juges, Cf. L. BURGORGUE LARSEN, « L'internationalisation du dialogue des juges », in J. C. BONICHOT, P. DELVOLLE, E. GLASER, CH. MAUGUE, F. MODERNE, A. ROUX (dir.), *Le dialogue des juges, Mélanges en hommage à B. Genevois*, Dalloz, Paris, 2008, p. 9 ; L. HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », in *Le dialogue des juges, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 31-76.

⁴ Sur le « cosmopolitisme », Cf. S. BLOETZER, *L'Union européenne - un ordre cosmopolitique européen en émergence*, Institut européen de l'Université de Genève, Genève, 2004, 207 p.

⁵ Sur « l'européanisation », Cf. les actes du colloque de la Faculté de Droit de l'Université de Grenoble, *Européanisation du Droit*, sous la direction des professeurs J.-P. MARGUENAUD, H. OBERDORFF, publiés dans la *Revue sur les Mutations du Droit (RMC)*, janvier 2011.

⁶ Sur la CEDH comme système, Cf. M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des Droits de l'homme*, Pedone, Paris, 2010, 404 p.

Le dialogue est un « échange qui doit permettre de trouver des terrains d'entente »⁷. Cela dit, il nécessite la présence de deux parties au moins, puisque, selon le professeur CORNU, « par opposition au monologue, le dialogue est un type de communication dans lequel les sujets de celle-ci sont, l'un et l'autre, émetteur et récepteur, et, normalement, l'un après l'autre, chacun son tour »⁸. Appliquer cette définition au dialogue entre les ordres juridiques européens en matière de droits fondamentaux fait de l'ordre juridique de l'Union et de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, « deux sujets » de la communication, « l'un et l'autre », « émetteur et récepteur ». Cependant, l'on se demande – curieusement – s'ils se parlent « l'un après l'autre », « chacun son tour », se croisant donc et se complétant, ou s'ils se concurrencent, chacun préférant garder sa place et agir indépendamment de l'autre.

Le dialogue émerge de l'appartenance des deux ordres juridiques à une même sphère géographique qu'est l'Europe. Pour cette raison, on évoque la notion d'espace européen sans faire de distinction entre l'espace de l'Union européenne et l'espace des Etats parties à la Convention EDH. Ceci sans oublier l'influence croissante du phénomène de la globalisation sur la construction des systèmes juridiques⁹. L'ordre juridique de l'Union – avec son support –, la Charte des droits fondamentaux, ainsi que la Convention EDH, cohabitent sur le même « espace juridique européen »¹⁰. Par conséquent, aucun ne peut se dégager de l'influence de l'autre.

Cependant, « l'inflation du dialogue entre les ensembles juridiques »¹¹ est accentuée par la nécessité de garantir la sécurité juridique. Avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, on assistait à une unicité de catalogues : la Convention et la Cour EDH ont influencé la jurisprudence de la CJUE, et cette dernière les a intégrées en tant que principes généraux du droit¹². Depuis, le paysage européen des droits fondamentaux a été transformé par la montée en puissance de la Charte des droits fondamentaux¹³. Contrairement à l'unicité de catalogues qui prévalait, les ordres juridiques doivent désormais répondre aux besoins suscités par cette nouvelle dualité de catalogues.

⁷ Allocution de Jean-Pierre PUISOCHET à l'occasion du 50^e anniversaire des tribunaux administratifs, publiée in *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, Actes du colloque du 50^e anniversaire des tribunaux administratifs, sous la direction de B. LUHASZEWICZ et H. OBERDORFF, PUG, Grenoble, 2004, p. 24.

⁸ D. CASAS, « Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 31 mai 2006, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) », *RFDA*, 2006, pp. 1194-1200.

⁹ Cf. M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les Forces imaginantes du droit (II)*, Seuil, Paris, 2006, 360 p.

¹⁰ Cf. F. BENOIT-ROHMER, « Pour la construction d'un espace juridique européen de protection des droits de l'homme. Réflexions sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Ilaşcu et autres contre Russie et Moldova* du 8 juillet 2004 », *L'Europe des libertés*, juin-septembre 2004, n° 15, disponible en ligne sur le site de la Revue L'Europe des libertés.

¹¹ E. DUBOUT, S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2009, p. 12.

¹² CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, 17 décembre 1970, Rec. 1970, p. 1125.

¹³ Cf. H. WOLFGANG, *Charte des droits fondamentaux et le développement constitutionnel de l'Union européenne*, Bundesanzeiger, Berlin, 2002, 248 p. ; J. ZILLER, « La constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux et les

Pour étudier les motifs de ce dialogue, encore faut-il ne pas oublier que les deux ordres juridiques européens cherchent à convaincre les Etats membres du bien-fondé de leurs actions. En effet, les divergences matérielles fragilisent l'autorité de l'ordre juridique européen face à l'ordre juridique national. L'ordre juridique de l'Union a donc tout intérêt à créer une zone de contacts et de communications avec la Convention EDH. Il s'agit bel et bien de la quête d'une légitimité pour les deux ordres, afin qu'ils puissent s'affirmer en tant que modèle de référence et d'autorité devant les ordres juridiques nationaux. Plus le standard européen de protection est fort, moins les conflits entre les ordres le sont¹⁴.

Cela étant dit, l'ouverture des ordres juridiques des droits fondamentaux l'un par rapport à l'autre est à la fois volontaire et spontanée. S'interroger, seulement, sur les motifs d'un tel dialogue ne suffit pas à éclairer les rapports qu'entretiennent les ordres juridiques. Il faut, simultanément, se focaliser sur le « *pourquoi* » et le « *comment* », les raisons et les méthodes par lesquelles s'effectue ce dialogue. Il s'agit de savoir comment les mouvements de complémentarité, de croisement et d'homogénéité sont générateurs d'un *jus commune* européen des droits fondamentaux. Existe-t-il, réellement, un *jus commune européen* tendant au « *droit commun* »¹⁵, à « *l'identité commune* »¹⁶ ou à « *l'unicité du soi* »¹⁷ ? Et, si la cohérence semble réalisée ou réalisable, est-elle complète ou relative ? Le dialogue des ordres juridiques européens n'est-il pas également susceptible de provoquer un *jus singulare*, incitant chaque ordre juridique à défendre son identité singulière, sa particularité et sa spécificité, et les choses qui le distinguent de son homologue ? Le *jus singulare* – trace du conservatisme de chaque ordre juridique – peut-il mener « *au repli* »¹⁸ et à « *l'isolement des éléments* »¹⁹ constitutifs de l'ordre juridique, y compris ses normes et ses acteurs ?

Le dialogue des ordres juridiques est à la fois un dialogue de vrais et de faux jumeaux. Ils sont vrais lorsqu'ils contribuent à la génération d'un *jus commune* sans différence (I.) ; et ils sont faux lorsque chaque ordre juridique dissimule des particularités qui lui sont intrinsèques pour conserver son identité singulière (II.).

traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », in N. DE GROVE-VALDEYRON, M. BLANQUET (dir.), *Liber amicorum, Mélanges en l'honneur du professeur Joël MOLINIER*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 676-688.

¹⁴ Nous faisons notamment référence au projet d'accord d'adhésion de l'UE à la CEDH qui pourrait renforcer le standard de protection des droits fondamentaux. Cf. X. GROUSSOT, « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 », *Fondation Robert Schuman, Question d'Europe*, n°218, 2011, pp. 1-19. Voir également le projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme d'avril 2013 (doc. 47+1(2013)008rev2 disponible à l'adresse suivante : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_FR.pdf).

¹⁵ Cf. M. DELMAS MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 305 p.

¹⁶ Cf. T. SANDU, *Identités nationales, identité européenne, visibilité internationale. Aspects historiques, politiques et économiques de la construction européenne*, L'Harmattan, Paris, 2004, 276 p.

¹⁷ Expressions utilisées par le professeur V. CHAMPEIL-DESPLATS dans son article « Les droits fondamentaux et l'identité des ordres juridiques : L'approche publiciste » in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, op. cit.*, p. 149.

¹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *loc. cit.*, p. 149.

¹⁹ *Idem*.

I. - Un dialogue de vrais jumeaux, générateur d'un *jus commune* européen des droits fondamentaux

La promotion d'un *jus commune* européen, en matière de droits fondamentaux, se manifeste tant au niveau de l'interdépendance des droits garantis (A.) qu'au niveau de la *solidarité* des jurisprudences européennes (B.). Les deux ordres juridiques se croisent et dialoguent pour assurer l'intercommunication et la complémentarité des droits garantis et des garanties de droits.

A. - Des droits fondamentaux européens en relation d'interdépendance

L'interdépendance qui existe entre les normes européennes en matière de droits fondamentaux s'explique par le fait que le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux croise, en partie, celui de la Convention EDH. La Charte, selon l'article 51, s'adresse aux « *institutions et organes de l'Union... et aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* ». Les Etats membres sont également tenus de respecter la Convention européenne, en mettant en œuvre le droit de l'Union dans leur ordre juridique interne²⁰. En effet, la Charte, tout en étant la source principale des droits fondamentaux dans l'Union européenne²¹, n'en est pas la source exclusive. Les droits garantis par la Convention EDH s'imposent non seulement par le biais des principes généraux du droit, mais aussi en vertu de la Charte, lorsqu'ils correspondent à des droits garantis par celle-ci. De même, les droits fondés sur les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ne sont pas seulement reconnus en tant que principes généraux du droit, mais doivent également servir à l'interprétation des droits garantis par la Charte lorsqu'ils sont fondés sur ces traditions.

Ceci dit, la Charte constitue, pour l'Union européenne, une protection à « *l'intérieur du système* »²² ; cependant, et « *même sans l'existence de la Charte des droits fondamentaux, la validité de ces droits est incontestée à l'échelon de l'Union (...). Il est reconnu que la Cour de justice de Luxembourg garantit depuis plus de trois décennies une protection suffisante contre tout exercice abusif des droits de souveraineté de l'Union* »²³. La Cour constitutionnelle allemande a expressément reconnu que le système « communautaire » de protection des droits fondamentaux assurait une protection substantiellement comparable à celle de la Loi fondamentale²⁴. A côté du système de protection interne à l'Union européenne, intervient la Convention européenne des droits de l'homme, comme

²⁰ CEDH, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, Req. 17862/91, Rec. 1996-V, CEDH, *Matthews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, Req. 24833/94, Rec. 1999-I.

²¹ J. RIDEAU (dir.), *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 489 p.

²² W. DIX, « Charte des droits fondamentaux et Convention - De nouvelles voies pour réformer l'Union européenne ? », *R.M.C.*, 2001, p. 305.

²³ W. DIX, « Charte des droits fondamentaux et Convention... », *loc. cit.*, p. 305.

²⁴ Décision de la Cour constitutionnelle allemande « Solange II » du 22 octobre 1986 (BvR 197/83, EuGRZ 1987.10).

système de protection supplémentaire sur lequel la Cour EDH exerce un contrôle « en dehors » de l'Union européenne.

Partant de ce constat, les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux sont, nécessairement, proches de ceux qui sont garantis par la Convention EDH. La preuve en est que presque la moitié des articles de la Charte sont inspirés de la CEDH. Cependant, la technique d'emprunt, telle qu'appliquée par les rédacteurs de la Charte, est une technique variée. D'une part, certains articles de la Charte reprennent le même droit garanti et le même texte de la Convention EDH. Ceci apparaît à travers une multitude de dispositions. A titre d'exemple, citons les articles 2, 4, 14, 21 et 47, à travers lesquels la Charte a reproduit ces articles de la Convention, qui consacrent respectivement le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le droit à l'éducation, la non-discrimination et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. D'autre part, la Charte consacre des droits, non reconnus explicitement dans la Convention en tant que tels, mais reconnus par la jurisprudence de la Cour EDH. Prenons, à titre illustratif, l'article 8 de la Charte qui consacre le droit à la protection des données à caractère personnel. A propos de cet article, l'arrêt *Volker* est certainement le plus intéressant, dans la mesure où il s'écarte des explications rédigées par le *Presidium* pour assimiler le droit à la protection des données à caractère personnel au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Cour EDH, ou du moins pour inclure le premier dans le second²⁵. En mettant en avant la correspondance entre les articles 7 de la Charte et 8 de la CEDH, la Cour de justice a estimé que « *le respect du droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, reconnu par les articles 7 et 8 de la charte, se rapporte à toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable [...] 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* »²⁶. L'emprunt indirect à la CEDH figure aussi dans l'article 24 sur les droits de l'enfant, dans l'article 19 paragraphe 2 consacrant l'interdiction d'expulser vers un pays où l'intéressé risque de subir des mauvais traitements et dans l'article 1^{er} de la Charte relatif à la dignité humaine, inspiré de la jurisprudence de la Cour EDH et particulièrement de l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni* du 25 avril 1978²⁷.

²⁵ Pour plus de détails sur l'affaire, Cf. L. COUTRON, « Droit du contentieux de l'Union européenne : juillet-décembre 2010 », *R.T.D.E.*, 2011, pp. 173-188.

²⁶ CJUE, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, C-92/09 et C-93/09, 9 novembre 2010, Rec. 2010, p. I-11063, pt. 52.

²⁷ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, Req. 5856/72. Dans le § 33 de l'arrêt, la Cour a précisé : « *Ainsi, quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 : la dignité et l'intégrité physique de la personne* ». La dignité est considérée parmi « *les buts principaux* » de l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture et des traitements et peines inhumains, cruels ou dégradants.

Le chevauchement des droits garantis par la Charte et la Convention EDH constitue le premier volet de la promotion d'un *jus commune* normatif. Le croisement des normes sera, naturellement, fructueux quant au volet jurisprudentiel relatif à la garantie des droits.

B. - Des jurisprudences en solidarité et des garanties de droits en complémentarité

Dans un monde qui n'est plus qu'un « *village global* »²⁸, les relations entre les ordres juridiques sont nécessairement des relations d'interdépendance réciproque et mutuelle dans la mesure où chacun d'entre eux est « *affecté par le comportement des autres* »²⁹. Dans ce cas, « *il n'est pas surprenant que la jurisprudence des droits fondamentaux constitue un excellent baromètre de l'état des rapports de système* »³⁰. D'une part, la Charte des droits fondamentaux ainsi que la jurisprudence de la CJUE sont considérées comme les invités bienvenus dans la jurisprudence de la Cour EDH (1.). D'autre part, la jurisprudence de Strasbourg ainsi que son support conventionnel dépassent la présence timide dans l'ordre juridique de l'Union, pour devenir un repère déterminant dans la protection des droits fondamentaux (2.).

1. L'ordre juridique de l'Union, un invité bienvenu dans la jurisprudence de Strasbourg

Il est important de souligner que le juge de Strasbourg s'est référé à la Charte des droits fondamentaux, instrument étranger à son ordre juridique, avant même que la Charte ne bénéficie d'une valeur contraignante³¹. Il s'est familiarisé avec un support des droits fondamentaux, appartenant à un autre ordre juridique, tout en l'appliquant dans sa jurisprudence. La Charte s'est donc transformée, passant d'un instrument concurrent à un instrument complémentaire et confortatif. Le juge de la Cour EDH cite la Charte des droits fondamentaux à titre d'exemple et à titre interprétatif, pour contribuer à la construction d'un consensus européen ou pour la modernisation des articles de la Convention EDH³².

Dans l'arrêt *Bayatyan*³³, du 7 juillet 2011, la Cour EDH, afin de contribuer à la construction d'un consensus européen en matière de liberté de conscience³⁴, s'est référée à l'article 10 de la Charte des

²⁸ F. TULKENS, J. CALLEWAERTS, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux » in M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Collections Etudes européennes, Université de Bruxelles, Bruxelles, 2002, p. 177.

²⁹ F. TULKENS, J. CALLEWAERTS, *loc. cit.*, p. 177.

³⁰ J. P. JACQUE, « Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Charte des Nations unies : l'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *R.F.D.C.*, 2007, p. 36.

³¹ Parmi ces arrêts, figurent : CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, Req. 28957/95, Rec. 2002-VI ; CEDH, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, Req. 52562/99 et 52620/99, Rec. 2006-I.

³² F. BENOIT-ROHMER, « L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne », *R.T.D.E.*, 2011, p. 145.

³³ CEDH, *Bayatyan c. Arménie*, 7 juillet 2011. Req. 23459/03, Rec. 2011.

³⁴ Dans cette affaire, le requérant soutient que sa condamnation pour avoir refusé de servir dans l'armée a emporté violation de l'article 9 de la Convention.

droits fondamentaux, non seulement dans la partie réservée aux droits et pratiques internationaux pertinents, mais également dans son argumentation. Selon la Cour, « *il convient de mentionner la proclamation en 2000 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, entrée en vigueur en 2009. Alors que l'article 10 de la Charte reprend quasiment mot pour mot en son premier paragraphe le libellé de l'article 9 § 1 de la Convention, son second paragraphe énonce expressément que "[l]e droit à l'objection de conscience est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice..." Une adjonction aussi claire ne peut être qu'intentionnelle... et reflète la reconnaissance unanime du droit à l'objection de conscience par les Etats membres de l'Union européenne, ainsi que le poids qui est accordé à ce droit dans la société européenne moderne* »³⁵. En outre, en matière d'asile, la Cour de Strasbourg a cité, à titre d'exemple, l'article 18 de la Charte³⁶, et ceci dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique et Grèce*³⁷ du 21 janvier 2011. Dans cette affaire, le juge de Strasbourg a aussi fait appel aux directives de l'Union européenne en matière d'asile³⁸ et à la jurisprudence de la Cour de justice, particulièrement les affaires *Elgafaji*³⁹ et *Salahadin Abdulla et autres*⁴⁰.

En matière de garde d'enfant, et après avoir constaté l'existence d'un large consensus – y compris en droit international – autour de l'idée que dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer, la Cour EDH, dans l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*⁴¹, prend à titre d'exemple précis la Charte qui prévoit, dans son article 24, que « *tout enfant a le droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt* »⁴².

Si la Charte est citée dans la jurisprudence de la Cour EDH à titre indicatif, elle sert aussi de marque de contemporanéité dans l'argumentation du juge. Le juge de Strasbourg trouve dans la Charte des droits fondamentaux un texte solide et des droits modernisés. Dans l'affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, la Cour EDH s'est expressément référée à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux⁴³ garantissant le droit de se marier ainsi qu'au texte explicatif de l'article. Le juge n'a pas hésité à citer

³⁵ § 106 de l'arrêt.

³⁶ L'article 18 de la Charte dispose : « *Le droit d'asile est garanti dans le respect des règles de la convention de Genève du 28 juillet 1951 et du protocole du 31 janvier 1967 relatifs au statut des réfugiés et conformément au traité instituant la Communauté européenne* ».

³⁷ CEDH, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011. Req. 30696/09, Rec. 2011. Dans l'affaire, le requérant a allégué que les conditions de sa détention à l'aéroport international d'Athènes ont constitué des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention.

³⁸ On cite à ce propos, la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres, JO 2003, L 31, pp. 18-25 ; la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, JO 2005, L 326, pp. 13-34 ; la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO 2004, L 304, p. 2.

³⁹ CJCE, *Elgafaji*, 17 février 2009, C-465/07, Rec. 2009, p. I-921.

⁴⁰ CJUE, *Salahadin Abdulla et autres*, 2 mars 2010, C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08, Rec. 2010, p. I-1493.

⁴¹ CEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010. Req. 41615/07, Rec. 2010.

⁴² § 56 de l'arrêt.

⁴³ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, Req. 30141/04, Rec. 2010.

certaines directives de l'Union ayant un intérêt en l'espèce⁴⁴. Dans l'affaire, les requérants ont allégué que le refus des autorités de leur permettre de se marier emporte violation de l'article 12 de la Convention. Ils ont invoqué en substance la jurisprudence précédente de la Cour EDH qui est l'affaire *Christine Goodwin*⁴⁵. La Cour EDH a fait appel, dans son argumentaire, à l'article 9 de la Charte qui est conçu pour avoir une portée plus large que les articles correspondants des autres instruments de défense des droits de l'homme et laisse les Etats décider d'autoriser ou non le mariage homosexuel⁴⁶. En tenant compte dudit article, la Cour « *ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doit en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'article 12 ne s'applique pas au grief des requérants. Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des Etats contractants* »⁴⁷. L'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants.

Ces exemples jurisprudentiels montrent la montée en puissance de la Charte des droits fondamentaux, en tant qu'instrument de l'ordre juridique de l'Union, dans la jurisprudence de la Cour EDH. Le juge ne se contente pas des articles de son support conventionnel de base, mais cherche un refuge dans un support homologue. Il est possible que le juge trouve un confort jurisprudentiel dans le texte de la Charte pour moderniser la Convention, et donc, rendre son raisonnement *up to date*. Ce comportement a été remarqué, aussi, dans les opinions dissidentes ou concordantes des juges, comme l'opinion concordante du juge MALINVERNI à laquelle se rallie le juge KOVLER, dans l'affaire précitée, selon laquelle : « *Le commentaire de la Charte confirme d'ailleurs que les auteurs de l'article 9 ont voulu conférer à cette disposition une portée plus large que celle qu'ont les articles correspondants d'autres traités internationaux. Il convient toutefois de ne pas perdre de vue que l'article 9 de la Charte garantit le droit de se marier et de fonder une famille "selon les lois nationales qui en régissent l'exercice"* ».

Plus audacieusement, la Cour s'est exclusivement fondée, dans l'affaire *Micallef c. Malte*⁴⁸, sur l'article 47 de la Charte pour conforter son revirement jurisprudentiel. La Cour EDH a invoqué la Charte pour modifier sa jurisprudence et appliquer les garanties de l'article 6 de la Convention EDH aux mesures provisoires. Pour conforter ce revirement, la Cour renvoie en effet à la formulation très large de l'article 47 de la Charte qui, contrairement à l'article 6 de la Convention, ne limite pas le droit à un procès équitable aux contestations sur des « *droits et obligations de caractère civil* » ou aux

⁴⁴ Par exemple, la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO 2003, L 251, pp. 12-18.

⁴⁵ CEDH, *Christin Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, Req. 28957/95, Rec. 2002-VI.

⁴⁶ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, *op. cit.*, § 60.

⁴⁷ CEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, *op. cit.*, § 61.

⁴⁸ CEDH, *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, Req. 17056/06, Rec. 2009.

« *accusations en matière pénale* »⁴⁹. De même, dans l'arrêt *Scoppola c. Italie*⁵⁰, la Cour a appliqué le libellé de l'article 49 paragraphe 1 de la Charte, qui dispose que « *si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée* », pour constater que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal. Elle s'est aussi référée, dans la même affaire, à la jurisprudence *Berlusconi e.a.*⁵¹ de la Cour de justice, pour laquelle l'applicabilité de la loi pénale, plus douce, fait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres⁵². L'article 7 paragraphe 1 de la CEDH est donc interprété et modernisé, à la lumière de ces éléments, comme garantissant non seulement la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, celle des lois pénales plus douces.

Une chose remarquable est que la présence de la Charte des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour EDH concurrence la place qu'occupent les autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme, à savoir la Convention interaméricaine et les deux Pactes internationaux de 1966. Cette démarche du juge européen, consistant à inclure la Charte parmi les instruments internationaux et régionaux des droits de l'homme, contribue à la construction, non seulement d'un *jus commune* européen, mais aussi d'un *jus commune* globalisant⁵³.

2. La CEDH et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, repères déterminants dans la garantie des droits au sein de la jurisprudence de Luxembourg

La référence à la jurisprudence de la Cour EDH ne s'est greffée que progressivement sur la jurisprudence de la Cour de justice. L'arrêt rendu le 17 décembre 1970 dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft* a précisé que « *la sauvegarde de ces droits... doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* »⁵⁴. Il a fallu attendre l'affaire *Rutili*⁵⁵ pour que le juge

⁴⁹ Elle s'est aussi référée à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle les mesures provisoires doivent s'entourer des garanties d'équité de la procédure, notamment du droit d'être entendu.

⁵⁰ CEDH, *Scoppola c. Italie*, 17 septembre 2009, Req. 10249/03, non publié.

⁵¹ CJCE, *Berlusconi e.a.*, 3 mai 2005, C-387/02, Rec. 2005, p. I-03565.

⁵² CEDH, *Scoppola c. Italie*, *op. cit.*, §38.

⁵³ Dans l'affaire *Peterka c. République tchèque*, 4 mai 2010, Req. 21990/08, la Cour EDH va plus loin et considère que la Charte peut être utilisée pour compléter la Convention et adapter la liste des motifs des discriminations interdites dressée à l'article 14 de la Convention. La Cour précise qu'« *ainsi, peuvent relever de l'article 14 également les motifs qui figurent à l'article 21, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en sus de ceux énumérés dans la Convention, à savoir les origines ethniques, les caractéristiques génétiques, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ». Dans un autre arrêt, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, Req. 14939/03, Rec. 2009, la Cour cite l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen, l'article 20 du Statut de la Cour pénale internationale et la jurisprudence de la Cour de justice, pour harmoniser l'approche adoptée pour l'interprétation du principe *non bis in idem* aux fins de l'article 4 du protocole n°7 de la Convention.

⁵⁴ CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17 décembre 1970, 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

⁵⁵ CJCE, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, 28 octobre 1975, 36/75, Rec. 1975, p. 1219. Il est utile, dans ce clin d'œil historique relatif aux origines de la réception de la CEDH dans la jurisprudence communautaire, de mettre l'accent sur l'arrêt CJCE *Nold KG c. Commission*, 14 mai 1974, 4/73, Rec. 1974, p. 491. Dans cet arrêt, la Cour de justice, et pour la première fois, s'est référée, parmi les traditions constitutionnelles des Etats membres, à certains traités internationaux de protection des droits de l'homme.

communautaire consente une première référence explicite à la Convention EDH.

La réception de la Convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union s'est faite, avant tout, par la voie prétorienne⁵⁶. Cette réception s'est ensuite vue confirmée dans les textes, d'abord dans le traité sur l'Union européenne, puis dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Plusieurs écrits ont été rédigés sur l'histoire des relations entre la Cour EDH et la CJUE⁵⁷. Nul ne conteste que l'Union européenne ne soit pas, en droit, liée par les obligations que la Convention européenne des droits de l'homme impose à ses Etats membres⁵⁸. La CJUE reconnaît à la CEDH une *signification particulière*⁵⁹ parmi les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont adhéré. La plupart des principes généraux du droit en matière de droits fondamentaux sont issus de la Convention EDH. Le traité sur l'Union européenne⁶⁰, dans son article 6, est venu affirmer 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... et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire* ».

Les juridictions de l'UE se sont appropriées les méthodes de raisonnement, voire le vocabulaire de la Cour EDH. Ainsi le Tribunal de la fonction publique de l'UE évoque, à son tour, la notion d'« *ingérence* », dans l'affaire *V. c. Parlement européen* du 5 juillet 2011⁶¹. *In casu*, le Tribunal a

⁵⁶ A cet égard, on cite certains arrêts qui traduisent l'historique de la réception de la CEDH dans la jurisprudence de la Cour de justice afin d'appréhender certains droits : par exemple l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité (CJCE, *Prodest c. Caisse primaire d'assurance maladie de Paris*, 12 juillet 1984, 237/83, Rec. 1984, p. 3153) ; sur le sexe (CJCE, *Defrenne c. SABENA*, 8 avril 1976, 43/75, Rec. 1976, p. 455) ; sur la religion (CJCE, *Prais c. Conseil*, 27 octobre 1976, 130/75, Rec. 1976, p. 1589) ; de la liberté d'association (CJCE, *Union royale belge des sociétés de football association e.a. c. Bosman e.a.*, 15 décembre 1995, C-415/93, Rec. 1995, p. I-4921) ; de la liberté de pensée ou encore de la liberté d'expression (CJCE, *ERT c. DEP*, 18 juin 1991, C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925).

⁵⁷ A ce propos, Cf. J.-P. PUISOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme » in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD, L. WILDHABER (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Heymanns, 2000, p. 1143 ; O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes » in *CRIDHO Working Paper 2005/07*, Université Catholique de Louvain, Faculté de Droit, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme, 2007, pp. 1-27 ; P. PESCATORE, « La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme » in F. MATSCHER et H. PETZOLD (dir.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de G.J. WIARDA*, Carl Heymanns Verlag KG, Koln, 2^e édition, 1990, p. 441.

⁵⁸ La thèse avancée par le juge PESCATORE sur la succession de la Communauté européenne aux obligations internationales des Etats membres n'a jamais reçu le soutien politique pour la faire appliquer. Pour plus de détails, Cf. P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 629 ; G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme lie-t-elle les Communautés européennes ? », *RMC*, 1978, p. 74.

⁵⁹ La Cour a utilisé cette expression dans un certain nombre d'arrêts, à savoir CJCE, *Hoehst c. Commission*, 21 septembre 1989, 46/87 et 227/88, Rec. 1989, p. 2859, pt. 13.

⁶⁰ Pour plus de détails sur le Traité sur l'Union européenne et son apport en matière de droits de l'homme, Cf. N. NEUWAHL, « The Treaty on European Union : A step Forward in The Protection of Human Rights » in N.A. NEUWAHL, A. ROAS (dir.), *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., The Hague, 1995, pp. 1-22.

⁶¹ L'affaire concerne une requête déposée au greffe du tribunal par Madame V., qui tend principalement à l'annulation d'une partie de la décision du Parlement européen par laquelle il a retiré, pour cause d'inaptitude à l'embauche, l'offre d'emploi qui lui avait été présentée. La requérante invoque devant la Cour de justice la violation de son droit à la vie privée, garanti par l'article 8 de la CEDH, étant donné que l'avis du médecin-conseil du Parlement européen s'est fondé sur des documents de son dossier archivé dans les registres de la Commission. La requérante estime que le transfert de documents personnels entre les institutions est une violation de sa vie privée.

vérifié si l'ingérence en cause est prévue par la loi, et si elle « *est nécessaire, dans une société démocratique pour atteindre le but légitime poursuivi* »⁶², pour décider, enfin, qu'« *une personne candidate* » n'est pas dans l'obligation de « *révéler à son futur employeur tous ses antécédents médicaux* »⁶³. Il s'est même référé à un arrêt de la Cour EDH, l'arrêt *Evans c. RU*⁶⁴, pour soutenir l'idée selon laquelle, « *lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est restreinte* »⁶⁵.

La construction d'un *jus commune* des droits fondamentaux se manifeste également à travers l'emprunt de la voie du contrôle de la proportionnalité lorsqu'il s'agit d'évaluer l'admissibilité des restrictions qui lui sont apportées⁶⁶. Le Tribunal de première instance de la Cour de justice, dans sa jurisprudence du 2 octobre 2001, *J.-Cl. Martinez et al. c. Parlement européen*, a cité l'arrêt *Le Compte c. Belgique* rendu le 23 juin 1981 par la Cour EDH. Le Tribunal a mentionné le fait que « *même en admettant que le principe de la liberté d'association ait vocation à s'appliquer au niveau de l'organisation interne du Parlement, il convient de souligner qu'il ne revêt pas un caractère absolu. L'exercice du droit d'association peut être assorti de restrictions répondant à des motifs légitimes, pour autant que de telles restrictions ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même de ce droit* »⁶⁷. Quant aux garanties procédurales, le Tribunal de première instance de la Cour de justice s'est référé, dans l'affaire *Andreasen c. Commission*⁶⁸, à l'article 13 de la CEDH pour affirmer qu'un recours juridictionnel devant la Cour de justice est entièrement conforme à celui défini par une jurisprudence constante de la Cour et du Tribunal et répond aux exigences de la CEDH⁶⁹.

La *signification particulière* dont bénéficie la CEDH est aussi manifeste au niveau de l'importance accordée par la Cour de Luxembourg à l'autorité interprétative de la Convention. A titre d'exemple, dans l'affaire *DEB*⁷⁰, la Cour de justice conclut qu'il « *ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que l'octroi de l'aide juridictionnelle à des personnes morales n'est pas en principe exclu, mais qu'il doit être apprécié au regard des règles applicables et de la situation de la société concernée* »⁷¹. La place particulière dont bénéficie la jurisprudence de la Cour EDH dans l'ordre juridique de l'Union oblige la Cour de justice à se conformer aux interprétations données par la Cour EDH à certains droits édictés dans la Convention ; chose que la Cour de justice ne fait pas

⁶² Tribunal de la Fonction Publique de l'UE, Première chambre, *V. c. Parlement européen*, 5 juillet 2011, F-46/09.

⁶³ Tribunal de la Fonction Publique de l'UE, *précité*, pt. 163.

⁶⁴ CEDH, *Evans c. R.U.*, 10 avril 2007, Req. 6339/05, Rec. 2007-I.

⁶⁵ Tribunal de la Fonction Publique de l'UE, *précité*, pt. 122.

⁶⁶ Sur l'emprunt du contrôle approfondi de la proportionnalité, Cf. CJUE, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, 9 novembre 2010, C-92/09 et C-93/09, Rec. 2010, p. I-11063.

⁶⁷ Tribunal (UE), *Martinez e.a. c. Parlement*, 2 octobre 2001, T-222/99, T-327/99 et T-329/99, Rec. 2001, p. II-2823, pt. 232.

⁶⁸ Tribunal (UE), *Andreasen c. Commission*, 9 septembre 2010, T-17/08 P.

⁶⁹ Tribunal (UE), *Andreasen c. Commission, op. cit.*, pt. 141 et pt. 142.

⁷⁰ CJUE, *DEB*, 22 décembre 2010, C-279/09, Rec. 2010, p. I-13849.

⁷¹ CJUE, *DEB, op. cit.*, pt. 52.

aisément avec le reste des instruments internationaux en matière de droits de l'homme comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ⁷².

Il résulte donc de ce qui précède que les deux ordres juridiques européens en matière de droits fondamentaux construisent une relation d'échange, de dialogue et d'interdépendance. Les deux ordres juridiques européens sont de vrais jumeaux qui ont pour but essentiel l'édification des rapports intimes au niveau de l'*instrumentum* (la forme) et au niveau du *negocium* (le fond). Cependant, il est légitime de s'interroger sur l'étendue de l'épanouissement des droits fondamentaux dans le *jus commune* européen. Le dialogue des ordres juridiques risque-t-il de se transformer en un *conflit des ordres*, lorsque l'identité singulière prime sur l'identité commune ? Le professeur Romain TINIERE l'exprime clairement, pour ce qui est des références faites aux décisions de la Cour EDH : « *Le recours à la jurisprudence européenne représente... le double avantage de légitimer l'action de la Cour de justice, rassurant ainsi les juridictions nationales craignant une protection moindre des droits fondamentaux par le droit de l'Union, tout en rappelant aux Etats membres les obligations qui sont les leurs envers la Convention, et ce même en dehors du champ d'application du droit de l'Union* »⁷³. Le *jus commune* n'est-il pas, en fin de compte, un jeu de coordination voulu et fabriqué par les acteurs des ordres juridiques afin d'éviter les conflits ? Si cette hypothèse est confirmée, le réel dialogue des ordres juridiques n'est-il pas à l'origine qu'un dialogue de faux jumeaux ?

II. - Un dialogue de faux jumeaux, amplificateur d'un *jus singulare*

Si « *la CEDH présente une assise géographique correspondant à celle d'un véritable droit commun européen* »⁷⁴, ceci n'empêche jamais l'apparition d'un conflit des ordres juridiques. La difficulté d'établir un vrai *jus commune* revient aux divergences relatives au niveau de protection des droits garantis. La preuve en est que certaines Cours exigent des autres ordres juridiques, non pas un niveau de protection identique, mais seulement un niveau de protection équivalent ou correspondant⁷⁵. Encore faut-il préciser que le *jus singulare* est une « *identité singulière d'un ordre juridique qui ne se limite*

⁷² Dans l'arrêt *Grant c. South-West Trains*, 17 février 1998, C-249/96, Rec. 1998, p. I-621, la Cour de justice a refusé de faire concorder son interprétation de l'article 119 du TCE avec la jurisprudence du Comité des droits de l'homme relative à la signification reconnue à la notion de « *discrimination fondée sur le sexe* ». La jurisprudence du Comité élargit, selon le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la notion de « *discrimination fondée sur le sexe* » pour couvrir les discriminations fondées sur les orientations sexuelles. La Cour de justice a refusé de s'aligner sur cette jurisprudence.

⁷³ R. TINIERE, « Droit communautaire des droits fondamentaux », *R.T.D.H.*, 2008, p. 701.

⁷⁴ F. TULKENS, J. CALLEWAERTS, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme ... », *loc. cit.*, p. 185.

⁷⁵ Ce n'est qu'à partir des années 1980 que la Cour constitutionnelle allemande a commencé à assouplir au fur et à mesure sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux, tout en reconnaissant l'existence d'un niveau de protection des droits fondamentaux en droit communautaire « *essentiellement comparable dans sa conception, son contenu et ses effets* » (considérant 155, *Solange II*, 22 octobre 1986 (BvR 197/83, EuGRZ 1987.10). Rappelons que dans l'arrêt *Solange I*, qui date de 1974, la Cour constitutionnelle allemande s'était réservée le droit de faire obstacle à l'application du droit communautaire aussi longtemps que la Communauté ne disposerait pas d'un niveau de protection des droits fondamentaux comparable à celui qui existe en droit interne.

pas à l'identité formelle... ce repli repose sur une identité matérielle »⁷⁶. Il sera utile de traiter, dans un premier temps, des visages des faux jumeaux (A.) puis, dans un second temps, des remèdes face à la crainte d'amplification du *jus singulare* (B).

A. - Les visages de faux jumeaux

C'est à cause de l'instinct inhérent à chaque ordre juridique de préserver sa particularité et son identité singulière que naissent les divergences relatives à la protection des droits fondamentaux. Entre l'ordre juridique de l'Union et le système de la Convention EDH, la toile d'araignée de la promotion d'un *jus commune* peut ne pas être complètement tissée. Il convient notamment de mentionner qu'avec la constitutionnalisation de la Charte, la lecture des arrêts de la Cour de justice, relatifs à la protection des droits fondamentaux⁷⁷, montre « *une marginalisation* »⁷⁸, selon les expressions du professeur SUDRE, « *de la Convention européenne en tant qu'instrument de référence pour le juge communautaire* »⁷⁹. Partant de ce constat, les visages du « *repli* »⁸⁰ sur l'identité singulière se manifestent à différents niveaux.

De prime abord, le *jus singulare* apparaît au stade des droits garantis. En effet, la Charte, tout en utilisant la technique de l'emprunt direct et indirect à la Convention EDH, tente de laisser, dans certains droits, des traces caractéristiques de l'Union européenne. A cet égard, citons l'article 45 relatif à la liberté de circulation et de séjour. Cet article reflète, bel et bien, l'une des particularités de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux et de liberté de circulation. Ajoutons à ceci les aménagements introduits sur les droits garantis par la Convention EDH avant leur insertion dans la Charte des droits fondamentaux. Entre un instrument qui date de 1950 et un autre qui est novateur, des différences ont nécessairement surgi. La Charte a repris certains droits de la Convention EDH en les simplifiant (tel est le cas de l'article 6 de la Charte sur le droit à la liberté et à la sûreté, qui est une reproduction simplifiée de l'article 5 de la Convention EDH), en les actualisant (exemple de l'article 21 de la Charte qui interdit des discriminations fondées sur les origines ethniques, les caractéristiques génétiques, le handicap et l'orientation sexuelle ; ces causes de discriminations sont mentionnées dans l'article 14 de la Convention EDH), ou en étendant parfois le champ d'application de certains droits (exemple de l'article 9 de la Charte)⁸¹.

⁷⁶ M. DELMAS MARTY, « Avant-propos » in E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *op. cit.*

⁷⁷ Sur la place de la Charte dans la jurisprudence de la Cour de justice, Cf. Communication commune des présidents COSTA ET SKOURIS, publiée dans la *R.T.D.E.*, 2011, p. 39.

⁷⁸ F. SUDRE, Intervention lors du débat sur le premier thème : « le contexte de la Charte », *R.U.D.H.*, 2000, numéro spécial sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, p. 12.

⁷⁹ F. SUDRE, Intervention lors du débat sur le premier thème : « le contexte de la Charte », *loc. cit.*, p. 12.

⁸⁰ M. DELMAS MARTY, « Avant-propos », *loc. cit.*

⁸¹ L'article 9 de la Charte dispose que « [l]e droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » et l'article 12 de la CEDH que, « [à] partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

Le second visage du *jus singulare* concerne les rapports d'échange qu'entretiennent les Cours européennes. Tel est le cas notamment des divergences relatives à l'interprétation de certains droits fondamentaux entre les jurisprudences de la Cour EDH et de la CJUE, particulièrement celles qui se rapportent à l'invocabilité du droit au respect du domicile par les personnes morales⁸², au droit des entreprises de ne pas être tenues de témoigner contre elles-mêmes⁸³ et à l'interprétation du principe du contradictoire dans le cadre de la procédure devant la Cour de justice⁸⁴.

En dehors de ces divergences interprétatives, les deux Cours peuvent ne pas se mettre d'accord sur le niveau de protection des droits fondamentaux, lorsque la Cour de justice restreint la protection de certains droits garantis. Tel est le cas de l'affaire *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*⁸⁵, dans laquelle la Cour de justice a considéré que la décision de refus du Conseil de l'Union d'assimiler au « *fonctionnaire marié* »⁸⁶ la personne ayant fait enregistrer en Suède un partenariat avec une personne suédoise de même sexe, n'est pas susceptible de constituer une

⁸² Dans la célèbre affaire CJCE, *Hoechst c. Commission*, 21 septembre 1989, 46/87 et 227/88, Rec. 1989, p. 2859, pts 17 à 19, la Cour de justice a admis que « *si le droit à l'invocabilité du domicile peut être invoqué par des personnes physiques, il ne peut l'être par des entreprises* ». Pour la Cour, « *l'article 8 de la Convention est... le domaine d'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme... l'article ne saurait donc être étendu aux locaux commerciaux* ». La CEDH, quant à elle, a fait étendre le champ d'application de l'article 8 à la protection des locaux commerciaux et professionnels. (Cf., à titre d'exemple, CEDH, *Chapell c. R.U.* 30 mars 1989, Req. 10461/83, A152-A. La CEDH avait examiné, au regard du principe de l'inviolabilité du domicile, la compatibilité avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une perquisition effectuée simultanément au domicile privé du requérant et dans les locaux professionnels).

⁸³ Dans l'arrêt CJCE, *Orkem c. Commission*, 18 octobre 1989, 374/87, Rec. 1989, p. 3283, pt. 30, la Cour de justice estime que même « *en admettant que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme puisse être invoqué par une entreprise objet d'une enquête en matière de droit de la concurrence, il convient de constater qu'il ne résulte ni de son libellé ni de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que cette disposition reconnaisse un droit de ne pas témoigner contre soi-même* ». La jurisprudence de la Cour EDH, à cette époque, avait donné lieu à deux décisions importantes. La première concerne l'arrêt *Funke c. France*, 25 février 1993, Req. 10828/84, Série A256-A et la deuxième concerne l'arrêt *Saunders c. R.U.*, 17 décembre 1996, Req. 15809/02, Rec. 2007-III, §60. La jurisprudence de la CEDH a affirmé que « *le droit au silence - et l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable* ».

⁸⁴ Le principe admis par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Kress c. France*, 7 juin 2001, Req. 39594/98, Rec. 2001-VI, est que la « *notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter* ». La Cour ajoute que les avocats peuvent « *répliquer, par une note en délibéré, aux conclusions du commissaire du gouvernement* ». La Cour de justice, contrairement à la CEDH, a opté pour un autre raisonnement, dans l'affaire *Kaba*, 6 mars 2003, C-466/00, Rec. 2003, p. I-2219. La question dans cette affaire a été de savoir si la procédure devant la Cour de justice est compatible avec l'article 6 de la CEDH. Autrement dit, il s'agit de se demander si l'affaire *Kress*, rendue par la CEDH, trouve à s'appliquer aux avocats généraux devant la Cour de justice. La Cour de justice a estimé dans cette affaire qu'elle n'a pas à répondre à la question de l'*Immigration Adjudicator* et que la question concerne avant tout le pouvoir interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de justice a détourné la question puisque dans l'affaire *Emesa Sugar*, 8 février 2000, C-17/98, Rec. 2000 p. I-675, pt. 14, elle a rejeté la demande formulée par Emesa Sugar de pouvoir déposer des observations écrites à la suite des conclusions présentées par l'avocat général Colomer dans une affaire résultant d'une question préjudicielle posée à la Cour par une juridiction néerlandaise. Dans ladite affaire *Emesa Sugar* invoquait la règle posée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Vermeulen c. Belgique* et *Lobo Machado c. Portugal* du 20 février 1996, selon laquelle l'impossibilité pour l'accusé, dans le cadre d'une procédure pénale ou la partie d'un procès civil, de répondre aux conclusions du ministère public avant la clôture de l'audience constitue une violation du principe du contradictoire.

⁸⁵ CJCE, *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, 31 mai 2001, C-122/99 P et C-125/99 P, Rec. 2001, p. I-4319. Le litige avait pour origine le refus du Conseil de l'Union européenne d'assimiler au « *fonctionnaire marié* », visé par le statut des fonctionnaires des Communautés européennes afin de définir le cercle des bénéficiaires du droit à « *une allocation de foyer* », la personne ayant fait enregistrer en Suède un partenariat avec une personne suédoise de même sexe, ainsi que la loi suédoise le permet.

⁸⁶ L'argument du Conseil de l'Union européenne est que sa décision « *n'avait pas violé cette disposition (le respect de la vie privée et familiale) puisque des relations homosexuelles durables ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale protégé par ladite disposition* » (pt. 14 de l'arrêt).

ingérence dans la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁷. Cette décision semble contraire à ce qui a été admis par la Commission EDH, dans l'affaire *X et Y c. RU*, lorsqu'elle a constaté que l'éloignement d'un étranger du territoire d'un Etat partie à la Convention peut constituer une ingérence dans la vie privée de l'intéressé, lorsque celui-ci entretient dans cet Etat des rapports avec une personne du même sexe⁸⁸.

Face à l'existence d'un *jus singulare*, les relations entre les Cours européennes balancent entre le chaud et le froid, le rapprochement et l'éloignement. Dans ce sens, la confrontation de la Charte des droits fondamentaux avec la Convention européenne des droits de l'homme peut aboutir à privilégier la Charte. Lorsque le juge de l'Union entend s'inspirer de la norme garantissant le niveau de protection le plus élevé, il va, par conséquent, appliquer la Charte à la place et au lieu de la Convention européenne⁸⁹, puisqu'elle représente « *un catalogue de droits et libertés plus large et plus moderne que la Convention* »⁹⁰. Les avocats généraux, eux-mêmes, se réfèrent de plus en plus à la Charte des droits fondamentaux pour fonder leurs conclusions⁹¹. Certains d'entre eux ont eu l'occasion de considérer de façon plus spécifique que la Charte « *fournit la confirmation la plus qualifiée et définitive de la nature de droit fondamental que revêt (en l'espèce), le droit au congé annuel payé* »⁹².

Ces conflits et divergences entre faux jumeaux peuvent contribuer, par conséquent, à l'affaiblissement de la sécurité juridique, facteur majeur de la stabilité de l'ordre juridique. L'insécurité juridique pourra affecter non seulement l'ordre juridique de l'Union et celui de la Convention EDH, mais également l'ordre juridique des Etats qui sont liés à la fois à la Charte des droits fondamentaux et à la Convention européenne des droits de l'homme, et qui doivent respecter et mettre en œuvre deux standards européens en matière de protection des droits fondamentaux. Dans cette situation, l'Etat, les bénéficiaires du droit ainsi que les juridictions nationales ne peuvent s'assurer « *du contenu précis d'un droit fondamental* »⁹³. Les Etats, dans ce cas de dédoublement de catalogues des droits fondamentaux, seront obligés « *de répondre à des standards différents* »⁹⁴. La situation la plus grave surgissant lorsque le conflit des ordres juridiques européens, selon l'expression du professeur Olivier

⁸⁷ CJCE, *D. et Royaume de Suède c. Conseil de l'Union européenne*, *op. cit.*, pt. 58, pt. 60.

⁸⁸ Comm. EDH, *X et Y c. RU*, 3 mai 1983, Req. 9369/81, D.R. 32, p. 220.

⁸⁹ Ceci sans oublier la force politique de la Charte des droits fondamentaux qui est avant tout, selon les expressions du professeur BENOIT-ROHMER le fruit de « *l'accord de toutes les composantes institutionnelles et politiques de la construction européenne* ». Cf. F. BENOIT-ROHMER, « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *L'Europe des libertés*, 2000, p. 2.

⁹⁰ Conclusions de l'avocat général Damaso RUIZ-JARABO COLOMER, présentées le 11 juillet 2002 à l'occasion de CJCE, *Kaba*, 6 mars 2003, C-466/00, Rec. 2003, p. I-2219.

⁹¹ A ce titre, Cf. les conclusions de l'avocat général GEELHOLD du 12 juillet 2001 présentées à l'occasion de CJCE, *Mulligan e.a.*, 20 juin 2002, C-313/99, Rec. 2002, p. I-5719, pt. 28 (le droit en cause est le droit de propriété) ; les conclusions de l'avocat général LEGER du 10 juillet 2001 présentées à l'occasion de CJCE., *Wouters e.a.*, 19 février 2002, C-309/99, Rec. 2002 p. I-1577, pt. 173 (le droit en cause est le droit à l'avocat).

⁹² Conclusions de l'avocat général TIZZANO du 8 février 2001 présentées à l'occasion de CJCE, *BECTU*, 26 juin 200, C-173/99, Rec. 2001 p. I-4881, pt. 28 (le droit en cause est le droit à un congé annuel).

⁹³ R. BADINTER, « Unicité ou pluralisme, à propos de la garantie des droits de l'homme en Europe », *R.Q.D.I.*, 2000, p. 30.

⁹⁴ C. LALUMIERE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.Q.D.I.*, 2000, p. 183.

LE BOT, se transforme en un « *conflit de sentences* »⁹⁵ si un acte national est soumis tour à tour à la Cour de Strasbourg et à celle de Luxembourg⁹⁶. Il peut effectivement être attaqué en même temps, d'où le risque « *d'interférences organiques* »⁹⁷.

L'insertion de la Charte dans le droit primaire de l'Union européenne a bouleversé l'hétérogénéité des droits fondamentaux. Les ordres juridiques européens, en matière de droits fondamentaux, hésitent entre la conciliation et la complémentarité des droits, d'une part, et la concurrence et la hiérarchie des droits, d'autre part. Peuvent-ils trouver des solutions ou des remèdes à l'apparition d'un *jus singulare* ? Existe-t-il une technique de conciliation ou d'harmonisation capable de garantir la sécurité juridique ? Quels moyens sont-ils susceptibles de modérer le conservatisme et le repli des ordres juridiques des droits fondamentaux ?

B. - Comment réguler les rapports entre les ordres juridiques européens ?

Les remèdes se trouvent dans les expressions-conseils du professeur Olivier DE SCHUTTER, qui a proposé, afin d'éviter les conflits entre ordres juridiques, de « *purger notre vocabulaire de toute connotation de hiérarchie entre les juridictions européennes* »⁹⁸. D'ailleurs, dans l'affaire *Elgafaji* du 17 février 2009, une requête de la juridiction de renvoi a été formulée de telle manière qu'elle invitait le juge communautaire à procéder à une étude comparatiste sur l'étendue de la protection communautaire au regard de celle qui est prévue à l'article 3 de la Convention EDH. Une telle question a conduit à revenir sur les rapports entretenus entre les deux ordres juridiques, rapports qui ne sauraient être négligés dans l'objectif de la création d'un espace européen de protection des droits fondamentaux tels que le droit d'asile⁹⁹. La Cour de justice, tout en conservant les particularités du droit de l'Union en la matière ainsi que le contenu de la directive en cause¹⁰⁰, n'a pas hésité à mentionner la CEDH. Selon la Cour, « *il convient de relever que, si le droit fondamental garanti par*

⁹⁵ O. LE BOT, « Charte de l'Union européenne et Convention européenne des droits de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux », *R.T.D.H.*, 2003, p. 796.

⁹⁶ Pour plus de détails sur le conflit de sentences, Cf. C. TOMUSCHAT, « The interaction between different systems for the protection of human rights » in R. BIEBER (dir.), *Au nom des peuples européens, un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 41.

⁹⁷ O. LE BOT, *loc. cit.*, p. 796.

⁹⁸ O. DE SCHUTTER, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *loc. cit.*, p. 13.

⁹⁹ CJCE, *Elgafaji*, 17 février 2009, C-465/07, Rec. 2009, p. I-921. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant M. et M^{me} Elgafaji tous deux ressortissants irakiens, au *Staatssecretaris van Justitie* au sujet du rejet par ce dernier de leur demande tendant à obtenir un permis de séjour temporaire aux Pays-Bas. L'Etat, saisi de la demande, a motivé son rejet par le fait que ces derniers n'avaient pas établi à suffisance les circonstances qu'ils invoquaient et, partant, n'avaient pas démontré le risque réel de menaces graves et individuelles auquel ils prétendaient être exposés dans leur pays d'origine. Les époux Elgafaji ont présenté des demandes de permis de séjour temporaire aux Pays-Bas, accompagnées d'éléments tendant à prouver le risque réel auquel ils seraient exposés en cas d'expulsion vers leur pays d'origine, en l'occurrence l'Irak. En soutien de leur argumentation, ils ont notamment invoqué des faits se rapportant à leur situation personnelle.

¹⁰⁰ Article 15 de la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, JO 2004, L 304.

l'article 3 de la CEDH fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect et si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est prise en considération pour l'interprétation de la portée de ce droit dans l'ordre juridique communautaire, c'est cependant l'article 15, sous b), de la directive qui correspond, en substance, audit article 3. En revanche, l'article 15, sous c), de la directive est une disposition dont le contenu est distinct de celui de l'article 3 de la CEDH et dont l'interprétation doit, dès lors, être effectuée de manière autonome tout en restant dans le respect des droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la CEDH »¹⁰¹.

La Charte des droits fondamentaux est venue nous éclairer sur des techniques ayant pour but essentiel un dialogue pacifique des ordres juridiques¹⁰². De prime abord, la clause de correspondance est une première solution à retenir. L'article 52 de la Charte dispose ainsi dans son paragraphe 3 : « *Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants 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* ». L'article 52 invite donc le juge à évaluer les cas de correspondance de « *sens* » et de « *portée* » entre les droits garantis dans la Charte et les droits garantis dans la Convention EDH. Le texte explicatif du projet de la Charte mentionne que le paragraphe 3 de l'article 52 « *vise à assurer la cohérence nécessaire entre la Charte et la CEDH en posant le principe que, dans la mesure où les droits de la présente Charte correspondent également à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée, y compris les limitations admises, sont les mêmes que ceux que prévoit la CEDH* »¹⁰³. La lecture de l'article 52 doit être associée aux explications du *Presidium*. Ce dernier a fait dresser une liste des articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la Convention EDH¹⁰⁴ d'une part, et des articles dont le sens est le même que les articles correspondants de la Convention EDH, mais dont la portée est plus étendue¹⁰⁵, d'autre part.

¹⁰¹ CJCE, *Elgafaji*, *op. cit.*, pt. 28.

¹⁰² P. TAVERNIER, « Coexistence des systèmes de protection des droits de l'homme en Europe » in T. CAO-HUY, A. FENET (dir.), *La coexistence, enjeu européen*, Paris, PUF, 1998, pp. 93-109 ; P. TAVERNIER, « Le système de protection juridique des droits de l'homme dans l'Union européenne et le système de la Convention européenne des droits de l'homme » in D. DORMOY (dir.), *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 131-149.

¹⁰³ Explications de l'article 52, Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux (2007/C 303/02), JO 2007, C303/17 : « *Il en résulte en particulier que le législateur, en fixant des limitations à ces droits, doit respecter les mêmes standards que ceux fixés par le régime détaillé des limitations prévu dans la CEDH, sans que ceci porte atteinte à l'autonomie du droit communautaire et de la Cour de justice des Communautés européennes. La référence à la CEDH vise à la fois la Convention et ses protocoles. Le sens et la portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de ces instruments, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice des Communautés européennes. La dernière phrase du paragraphe vise à permettre au droit de l'Union d'assurer une protection plus étendue* ».

¹⁰⁴ Parmi ces articles, on trouve les suivants : l'article 2 correspond à l'article 2 CEDH ; l'article 4 correspond à l'article 3 CEDH ; l'article 5 §1 et 2 correspond à l'article 4 CEDH ; l'article 6 correspond à l'article 5 CEDH.

¹⁰⁵ Parmi ces articles, la liste cite les suivants : l'article 9 couvre le champ de l'article 12 CEDH, mais son champ d'application peut être étendu à d'autres formes de mariage dès lors que la législation nationale les institue ; l'article 12 §1 correspond à l'article 11 CEDH, mais son champ d'application est étendu au niveau de l'Union européenne ; l'article 14 §1 correspond à l'article 2 du protocole additionnel CEDH, mais son champ d'application est étendu à l'accès à la formation professionnelle et continue.

Cependant, ce travail de classement effectué par le *Presidium* manque de précision, ce qui rend lacunaire le mécanisme des droits correspondants de l'article 52. Il manque ainsi de « *rigueur terminologique* »¹⁰⁶ et ne permet une interprétation homogène que pour un nombre limité de droits et libertés. En outre, les solutions sont pratiquement absentes pour les droits n'ayant pas un même sens et une même portée dans les deux supports.

Le caractère lacunaire du mécanisme des droits correspondants trouve ses échos dans l'affaire *Bosphorus*¹⁰⁷, lorsque la Cour européenne a dressé des critères pour définir l'équivalence des droits. Selon la Cour, l'équivalence est, tout d'abord, une notion qui recouvre à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect ; et par équivalence, il faut entendre « *comparable* » et non pas identique. Dans la jurisprudence de la Cour, l'équivalence existe si la protection des droits garantis par la Convention n'est pas entachée d'une « *insuffisance manifeste* ». Cependant, et même en appliquant l'équivalence entre droits fondamentaux, la notion de comparabilité, introduite par la Cour, suscite des hésitations, notamment sur le fait de savoir si les garanties offertes aux droits fondamentaux doivent être comparables quant à *l'objet* seulement ou également quant à leur *niveau* de protection¹⁰⁸.

Face aux problèmes qui peuvent surgir en matière de niveau de protection des droits, la Charte des droits fondamentaux offre un autre remède pour empêcher l'isolement et le conflit des ordres juridiques. Il s'agit de la clause de renvoi de l'article 53 de la Charte¹⁰⁹ et de l'article 53 de la CEDH¹¹⁰, qui prévoient, tous deux, « *par un jeu de miroir et de renvoi, une règle croisée de standard minimum interdisant toute protection inférieure à celle garantie par l'autre convention* »¹¹¹. Cette technique n'est pas sans rappeler celle utilisée par le juge fédéral suisse appliquant le principe de faveur, « *Günstigkeitsprinzip* »¹¹², et consistant à « *résoudre par application prioritaire de la liberté*

¹⁰⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Commentaire de l'article II-112 » in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE ET F. PICOD (dir.), *Commentaire article par article du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Partie II, Bruylant, Bruxelles, 2005, Tome 2, p. 676.

¹⁰⁷ CEDH, *Bosphorus*, 30 juin 2005, Req. 45036/48, Rec. 2005-VI, pts. 155 et 156.

¹⁰⁸ J.-P. JACQUE, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.E.*, 2005, p. 749.

¹⁰⁹ Qui se lit comme suit : « *Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres* ».

¹¹⁰ Cette disposition se lit comme suit : « *Aucune des dispositions de la présente convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

¹¹¹ A. BERRAMDANE, « Considérations sur les perspectives de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *R.D.U.E.*, 2009, p. 455.

¹¹² Cette théorie est applicable, surtout, en cas de conflits normatifs entre le droit interne et le droit international, particulièrement la CEDH. Cette théorie permet d'éviter les conflits, mais elle aboutit automatiquement à l'application de la norme qui offre à son titulaire plus de protection, ce qui exclut l'application de la norme européenne, dans la mesure où la

offrant la protection la plus étendue à son titulaire, sans qu'il y ait lieu d'examiner la forme écrite ou non des libertés considérées »¹¹³. Cependant, la clause de renvoi visant la non-régression du niveau de protection n'est pas la technique parfaite pour réduire les conflits et la création d'un *jus singulare*. Cette clause a pour but non pas d'assurer le *jus commune* ou la cohérence, mais d'« éviter l'affaiblissement »¹¹⁴ de la protection des droits fondamentaux.

Faut-il, face aux imprécisions relatives aux remèdes que propose la Charte, chercher des solutions dans l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH ? L'adhésion réalisera, certainement, la *cohérence* des ordres juridiques. Un risque d'autonomie du droit de l'Union peut apparaître. Cependant, l'autonomie de ce dernier n'est pas liée au principe de l'adhésion en tant que tel mais aux techniques et modalités d'adhésion. Ceci dit, le projet d'adhésion peut soigner les « *anomalies et les déséquilibres dont souffre le système de la CEDH* »¹¹⁵. D'une part, la Cour européenne des droits de l'homme va pouvoir exercer un contrôle sur l'interprétation de la Charte¹¹⁶, ce qui pourra être au bénéfice du justiciable. D'autre part, par l'adhésion, le juge de la Cour EDH va pouvoir contrôler directement la responsabilité de l'Union européenne sans passer par la mise en œuvre des actes du droit de l'Union en droit interne¹¹⁷.

Certes, dans un dialogue, à la fois de *vrais et de faux jumeaux*, qui développent tantôt un *jus commune* et tantôt un *jus singulare*, il existe non seulement « *la volonté de rapprocher les ordres juridiques autour de valeurs supposées communes* »¹¹⁸, mais aussi la volonté cachée de préserver « *l'identité de chaque ordre, en arguant que les droits fondamentaux sont mieux garantis en leur sein qu'ailleurs* »¹¹⁹. Ceci semble une réaction ou plutôt un réflexe normal et spontané dans le droit européen des droits de l'homme, qui vit « *une libre circulation des droits et plus précisément... une circulation en tous sens, par voie d'emprunts, de transplants juridiques, de bouturage, de greffage, d'hybridation, de contagion et de mimétisme* »¹²⁰.

La construction d'un *jus commune* européen témoigne de la générosité de l'échange entre les ordres juridiques ou peut-être d'une stratégie intelligente destinée à conserver les spécificités internes tout en s'ouvrant sur les chances externes. La meilleure solution est de raisonner en termes de *pluralité*, de

CEDH représente un standard minimum de protection. Cf., M. HOTTELIER, *La CEDH dans la jurisprudence du tribunal fédéral*, Payot, Lausanne, 1985, p. 34.

¹¹³ D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 127.

¹¹⁴ O. LE BOT, *loc. cit.*, p. 807.

¹¹⁵ F. TULKENS, « Pour et vers une organisation harmonieuse », *R.T.D.E.*, 2011, p. 27.

¹¹⁶ A. TIZZANO, « Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH », *R.T.D.E.*, 2011, p. 9.

¹¹⁷ J.-P. JACQUE, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.E.*, 2011, p. 7.

¹¹⁸ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *loc. cit.*, p.162.

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ A. BERRAMDANE, *loc. cit.*, p. 447.

commune et non de singulare. Il faut raisonner, comme l'indique le professeur OST, en termes de « réseau » et non de « pyramide »¹²¹. Dans ce réseau, « la hiérarchie est remplacée par l'alternance, la subordination par la coordination, la linéarité par l'interaction, la confrontation par la coexistence, l'opposition par l'altérité et la réciprocité »¹²².

¹²¹ Sur ces expressions, voir F. OST ET M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau. Vers un nouveau mode de production du droit ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, p. 1.

¹²² F. TULKENS, J. CALLEWAERTS, « Le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme » in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne...*, *op. cit.*, p. 239.