



JEAN-PAUL COSTA *

L'ADHESION DE L'UNION EUROPEENNE A LA CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME: UN REVE IMPOSSIBLE? **

SOMMAIRE: 1. Introduction. - 2. La naissance de l'idée d'adhésion. - 3. L'idée d'adhésion se précise, une première fois. - 4. L'adhésion, un phénix? - 5. Un Traité ne fait pas le printemps... - 6. L'avis 2/13, une diabolique surprise? - 7. L'avenir d'une illusion ? - 8. Pour conclure.

1. Introduction

L'adhésion des Communautés européennes, puis de la Communauté, puis de l'Union européenne («l'Union» ou «l'U.E.») à la Convention européenne des droits de l'homme, plus exactement appelée Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales («la Convention»), est une idée si ancienne et si virtuelle jusqu'ici qu'on serait tenté de la qualifier de serpent de mer. Sauf qu'à deux reprises elle a été prise au sérieux, et même très au sérieux la deuxième fois; et pourtant elle semble de nouveau loin de pouvoir se concrétiser.

C'est pourquoi je m'interroge: est-ce un rêve, et un rêve impossible?

Le point de départ de cette réflexion est l'avis 2/13 rendu le 18 décembre 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne («la Cour de justice»), à la demande de la Commission, en date du 4 juillet 2013, portant sur la compatibilité avec les traités du projet d'accord relatif à l'adhésion de l'U.E. à la Convention. Cet avis répond à la question par la négative.

Je ne ferai pas de commentaire juridique de l'avis et de ses motifs. Pour deux raisons. D'abord ce n'est aucunement mon propos. Ensuite, il existe déjà de nombreuses analyses savantes de ce document et de sa motivation¹, qui me paraissent déjà bien remplir le champ doctrinal.

* Ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (2007-2011), conseiller d'État honoraire.

**L'auteur s'exprime à titre purement personnel, et n'engage nullement les institutions auxquelles il a participé ou participe encore.

Je préfère me situer sur le plan qu'annonce le titre de cette chronique. Compte tenu du passé ancien et récent, est-il possible ou utopique d'imaginer qu'un jour l'U.E. sera Partie contractante à la Convention ?

2. La naissance de l'idée d'adhésion

Dès la fin des années 1970, l'idée a commencé de se faire jour. Son origine ne se situe pas du côté de la Cour européenne des droits de l'homme («la Cour»), créée par la Convention², ni du Conseil de l'Europe. Elle vient plutôt de certains auteurs, mais aussi d'organes politiques communautaires comme la Commission de Bruxelles, qui influença en ce sens les Etats. Depuis 1974, après la ratification (tardive) de la Convention par la France, tous les Etats membres des Communautés européennes se trouvaient liés par la Convention ; et la jurisprudence de la Cour de Justice, à partir de cette date, a commencé à indiquer que parmi les principes fondamentaux du droit communautaire dont elle assure le respect figurent les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, mais aussi les instruments internationaux pertinents en matière de droits de l'homme auxquels les Etats membres ont adhéré, en particulier la Convention et ses Protocoles tels qu'interprétés par la Cour³. Cette jurisprudence de Luxembourg fut consacrée par le constituant européen, avec le Traité de Maastricht⁴.

Mais certains pensèrent aller plus loin, et ont envisagé une adhésion de la Communauté en tant que telle, en plus de celle de chacun de ses Etats membres. Le but avancé était au moins double: d'abord harmoniser le droit européen des droits et libertés (en évitant notamment les «doubles standards»), en tout cas pour les Etats à la fois membres de l'U.E. et relevant de la juridiction de la Cour de justice, et du Conseil de l'Europe, parties à la Convention et relevant de la juridiction de la Cour. Ensuite, assurer un «contrôle externe» en matière de droits fondamentaux sur les organes de l'Union (y compris sur la Cour de justice elle-même). L'objectif plus général était ou se voulait l'intérêt des justiciables européens.

3. L'idée d'adhésion se précise, une première fois

C'est dans ces conditions que le Conseil de la Communauté demanda un avis à la Cour de Justice pour savoir si la Communauté d'alors avait compétence pour adhérer à la Convention. Par son avis du 28 mars 1996⁵, la Cour de justice répondit par la négative « en

¹ Pour ne citer que quelques commentaires publiés sur des «blogs» en ligne, je mentionnerai, de façon non exhaustive, les cinq suivants: R. FOUCART, *L'avis 2/13 : la sanction du mécanisme d'implication préalable par la Cour de justice*, en *ELSJ*, 18 février 2015; J.-P. JACQUE, *L'avis 2/13 CJUE. Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, European Area of Freedom and Justice*, 26 décembre 2014 ; H. LABAYLE, *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la cour de justice*, *ELSJ*, 22 décembre 2014 ; A. POPOV, *L'avis de la Cour de justice complique l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, Combats pour les droits de l'homme*, 26 février 2015 ; C. ZANGHI, *La mancata adesione dell'UE alla CEDU nel parere negativo delle Corte di giustizia*, en *Revue OJD*, 15 mars 2015.

² Elaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1949-1950 et signée à Rome le 4 novembre 1950.

³ Voir l'arrêt *Nold* de la Cour de justice (n° 4-73 du 14 mai 1974), puis une abondante jurisprudence.

⁴ Signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

⁵ N° 2-1994.

l'état actuel du droit communautaire», c'est-à-dire sauf modification du traité, la Communauté n'étant pas compétente, en particulier sur la base de l'article 235 de celui-ci, pour devenir membre d'une organisation internationale.

On crut alors la cause entendue, ou le rêve évanoui, pendant près de dix ans.

4. *L'adhésion, un phénix?*

Mais les Etats, donc le constituant européen, firent renaître l'idée, de plusieurs manières, pas nécessairement convergentes.

Tout d'abord en préparant au sein d'une convention ce qui est devenu la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée au Sommet de Nice en décembre 2000, mais sans valeur contraignante. Cet instrument, plus moderne et plus complet que la Convention, son aînée d'un demi-siècle, s'inspire tout de même fortement de celle-ci. Elle comporte en outre des articles dits horizontaux, les articles 52 et 53, «portée des droits garantis», et «niveau de protection», qui se réfèrent à la Convention et à la jurisprudence de la Cour, jetant ainsi des passerelles juridiques entre Luxembourg, lieu potentiel d'application de la Charte⁶, et Strasbourg.

Puis surtout en s'appliquant à modifier les traités pour rendre obsolètes les objections formulées en 1996 par la Cour de justice. Les Etats firent deux tentatives en ce sens. La première fut l'élaboration (par une convention sur l'avenir de l'Europe) d'un Traité établissant une constitution pour l'Europe (dit Traité constitutionnel); son article I-9 2 disposait en effet que «l'Union adhère à la Convention...». Elle fut vouée à l'échec du fait du rejet par référendum au printemps 2005 du projet par la France et les Pays-Bas, qui entraîna l'abandon du projet de traité. Mais l'ouvrage fut remis sur le métier, sous une autre forme, ce qui aboutit au Traité de Lisbonne. Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, le Traité de Lisbonne contient deux importantes dispositions en son article 6: il confère à la Charte des droits fondamentaux la même valeur juridique qu'aux traités; et il reprend la formulation du traité constitutionnel: «l'Union adhère à la Convention...». Il précise que «cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont fixées dans les traités»⁷.

Rien ne semblait donc plus au moins en principe faire obstacle à l'adhésion. La Cour de justice a d'ailleurs reconnu dans son avis (au § 153) que l'adhésion avait désormais une base juridique, ce qui n'était pas le cas en 1996.

5. *Un Traité ne fait pas le printemps...*

En dépit de la clarté (dans toutes les langues) de sa disposition sur l'adhésion, malgré la volonté politique ainsi réaffirmée des auteurs du texte, le Traité de Lisbonne, naturellement, ne résolvait pas les problèmes techniques (et autres) inévitables quand il s'agit de faire entrer dans un cadre prévu pour des Etats et seulement pour des Etats une organisation intergouvernementale telle que l'U.E. Certes, un obstacle politique de taille fut

⁶ Qui inspire aussi la Cour : voir, dès 2002, l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume Uni* concernant les transsexuels.

⁷ Cette précision était déjà contenue dans le traité constitutionnel.

rapidement levé. L'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2010, à la suite de l'ultime ratification manquante, celle de la Fédération de Russie⁸, du Protocole n° 14 à la Convention a levé l'obstacle : l'article 59 § 2 de la Convention, tel qu'introduit par le Protocole 14, dispose: «l'Union européenne peut adhérer à la présente Convention»⁹.

Peu après, dès le 7 juillet 2010, put être annoncée, comme une «date historique»¹⁰, l'ouverture des négociations entre le Conseil de l'Europe et l'Union, représentée par la Commission, sur un projet d'accord relatif à l'adhésion. Ces négociations furent longues et laborieuses. Elles s'achevèrent le 9 avril 2013. Au cours de cette phase, de nombreuses exigences de l'Union furent acceptées par le Conseil de l'Europe et introduites dans le projet d'accord et son rapport explicatif; on peut citer a minima le mécanisme de codéfendeur ou codéfenderesse de l'Union, l'«implication préalable» de la Cour de justice, la participation de l'U.E. à l'élection des juges, ou encore la participation de l'U.E. aux réunions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, avec droit de vote, pour des décisions importantes, y compris concernant l'exécution de règlements amiables et des arrêts de la Cour. On peut ajouter une très importante précision sur la portée de l'adhésion, fournie à l'article 1 § 3 du projet d'accord : «Aucune disposition de la Convention ou de ses protocoles ne peut imposer à l'U.E. l'obligation d'accomplir un acte ou d'adopter une mesure pour lesquels elle n'aurait pas compétence en vertu du droit de l'Union». Le souci était manifeste de ménager et de proclamer la compétence communautaire exclusive de l'Union.

C'est ce projet d'accord qui a fait l'objet de la demande d'avis de la Commission à la Cour de justice du point de vue de sa compatibilité avec les traités.

On sait que durant la phase de négociations, entre juillet 2010 et avril 2013, les deux juridictions n'ont pas manqué, lors des réunions périodiques qu'elles organisent entre elles, tantôt à Luxembourg, tantôt à Strasbourg, d'évoquer les perspectives de l'adhésion et les conséquences prévisibles sur leurs travaux; elles ont de façon générale exprimé leur attachement commun à la mise en application du Traité de Lisbonne sur le plan de l'adhésion. On cite souvent, à titre d'exemple, la communication commune des deux Présidents, Costa et Skouris, publiée le 27 janvier 2011¹¹, et dans laquelle le principe de l'implication préalable de la Cour de justice est clairement préconisé. Elle offre non seulement une voie pour résoudre un sérieux problème technique, mais surtout elle traduit un état d'esprit coopératif et constructif qui fut salué alors par tous les observateurs – peut-être trop optimistes?

L'examen de la demande d'avis par la Cour de justice fut précédé le 13 juin 2014 par la présentation de la prise de position de Mme Juliane Kokott, Avocat général¹². En substance, Mme Kokott estima, au terme d'une analyse longue et minutieuse, qu'il est permis de trouver convaincante, que l'accord d'adhésion était compatible avec les traités, sous réserve de précisions ou conditions que l'on peut juger sinon certes mineures du moins aisées à fournir ou à satisfaire. Elles portent sur six points qui touchent tous à

⁸ Plus de trois ans après l'avant-dernière ratification; le Protocole exigeait l'unanimité.

⁹ On sait que l'U.E. compte 28 Etats membres, qui sont tous parties à la Convention, mais que 47 Etats au total sont parties à la Convention.

¹⁰ La formule est de Madame Viviane Reding, alors vice-présidente de la Commission.

¹¹ On y accède aisément sur le site de la Cour. Dans mon discours lors de la rentrée solennelle de la Cour, le 28 janvier 2011, donc le lendemain, j'avais indiqué en présence du Président Skouris que ce document était destiné à inspirer les négociateurs, auxquels il fut distribué.

¹² Sauf erreur, il n'y avait pas eu en 1996 de conclusions d'Avocat général.

l'implication préalable, au mécanisme de codéfendeur ou à la responsabilité conjointe du défendeur et du codéfendeur.

Cette prise de position, en somme critique mais nuancée et finalement favorable, ne fermait pas la porte à l'adhésion, elle ne brisait pas le rêve...à condition d'être suivie.

6. *L'avis 2/13, une diabolique surprise?*

On ne peut pas dire cela. A supposer que le sens de l'avis constitue une vraie surprise, au moins pour le lecteur de la prise de position de l'Avocat général, elle n'a rien de diabolique (de même qu'elle n'eût pas été divine dans le cas contraire: tout cela reste heureusement humain – trop humain?¹³).

Certes, comme beaucoup d'observateurs ou de commentateurs, je ne cacherai pas ma déception. Sans avoir jamais été un fanatique de l'adhésion – qui, je le répète, est une idée ancienne – j'ai souvent «souligné que je souhaitais que l'U.E. devienne partie contractante à la Convention...»¹⁴, plus d'ailleurs par réalisme que par rêve. Pour qui croit de longue date et continue de croire en l'Europe, l'entrée de l'Union dans le système de protection conventionnel me semble un élément favorable, porteur de «plus d'avantages que d'inconvénients»¹⁵. Je le pense toujours. Et j'avoue avoir pris au sérieux le Traité de Lisbonne : j'ai toujours cru que *Pacta sunt servanda*.

Je n'ignore naturellement pas le Protocole n° 8, qui «tempère» l'article 6 du Traité de Lisbonne: l'accord d'adhésion « doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union, notamment en ce qui concerne ...les modalités...de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention... les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des Etats non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les Etats membres et/ou l'Union, selon les cas». En outre, l'accord doit garantir «que l'adhésion...n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions...», qu'«aucune de ses dispositions n'affecte la situation particulière des Etats membres à l'égard de la Convention et notamment de ses protocoles»...Toutefois, et sans vouloir, je le répète, me livrer à une exégèse, je suis convaincu que la longue négociation de l'accord avec la Commission – auteur de la demande d'avis - avait permis, au moins sur l'essentiel (et sans doute sous certaines des réserves exprimées par Madame Kokott), de tenir compte des précautions formulées, à juste titre à mes yeux, par les auteurs du Protocole n° 8.

Mais il ne sert à rien de se griffer les joues. Les juges qui composaient l'Assemblée plénière de la Cour de justice¹⁶ ont cru – et en tout cas estimé – que l'accord «n'est pas

¹³«Humain, trop humain», ouvrage de Friedrich Nietzsche (1878).

¹⁴ Voir le témoignage, que je ne récus pas, de mon ami et ancien collègue Georg Ress, dans sa contribution aux «Mélanges» en mon honneur, *La Conscience des droits*, Dalloz, 2011 (p. 519).

¹⁵ C'est ce que j'ai écrit dans mon ouvrage, *La Cour européenne des droits de l'homme. Des juges pour la liberté*, Dalloz, 2013, p. 241.

¹⁶ On ne peut savoir si l'avis a été rendu à l'unanimité, puisque il n'y a à Luxembourg ni opinions dissidentes ni même opinions concordantes (à comparer avec l'arrêt de la Cour, souvent cité en cette matière, *Bosphorus c. Irlande*, du 30 juin 2005: arrêt unanime, mais avec sept opinions concordantes, dont une commune et une individuelle).

compatible avec l'article 6§2 du Traité UE ni avec le Protocole n° 8 au Traité sur l'Union européenne». La messe est dite, ou la cause entendue si l'on veut être plus laïque.

7. L'avenir d'une illusion?¹⁷

Par deux fois en près de vingt ans, l'adhésion de l'U.E. à la Convention a été repoussée. Par deux fois par un avis de la Cour de justice (dont certains pensent qu'elle est juge et partie, mais qui peut en juger?). La première fois, avec une motivation que le recul du temps fait apparaître comme imparable : mais si la réponse était évidente, pourquoi avait-t-on posé la question? La seconde fois, selon une motivation contestable, en tout cas contestée par d'aucuns, mais avec un dispositif catégorique, ne laissant apparemment aucune place au moindre espoir.

A ce stade, il y a trois façons de prévoir l'avenir.

La première fait penser au renard de La Fontaine, qui, ne pouvant pas attraper les raisins placés trop haut pour lui, disait : «Ils sont trop verts», «et bons pour des goujats». Plus sérieusement, cette attitude est celle du désintéret (apparent) pour la question. Après tout, peut-on remarquer, voici soixante années que les deux Europe coexistent, chacune avec ses traités, ses institutions, ses juridictions. Et de cette coexistence aucun désastre n'est sorti ; les divergences de jurisprudence entre la Cour et la Cour de justice ont été rares, et en général soigneusement évitées de part et d'autre. L'européen moyen, qui le plus souvent n'a guère idée de la différence entre Luxembourg et Strasbourg, n'est et ne sera nullement touché par l'absence d'adhésion de l'Union à la Convention. Autant donc abandonner un rêve avéré utopique et finalement inutile sur le plan pratique.

Ce n'est pas ma façon de penser.

La deuxième vision illustrerait plutôt l'expression populaire française: «jeter le manche après la cognée». Si la Cour de justice est apparemment si opposée à l'adhésion, alors il est peu probable, pour des raisons juridiques, sociologiques, psychologiques, ou ces trois séries combinées, que les juges qui la composent lèveront un jour le veto dont de fait ils disposent; ou il y a très peu de chances en ce sens. A quoi bon tenter de les convaincre? Mieux vaudrait se résigner, en regrettant qu'un rêve heureux (et utile) ne puisse se réaliser; mais en faisant prévaloir le principe de réalité.

Ce n'est pas non plus l'attitude qui me tente, car elle est trop pessimiste et fataliste.

D'abord est-il certain, même à court terme, que l'accord d'adhésion ne soit pas révisable ou renégociable? Si on laisse de côté la question complexe de la «PESC», les autres points soulevés dans l'avis rejoignent assez largement les réserves de l'Avocat Général. Seul le dispositif est, disons, plus raide. Ce n'est pas une interprétation neutralisante ; c'est un rejet. Mais l'avis est négatif *rebus sic stantibus*; un accord reformulé et soumis à nouveau pour avis par la Commission et/ou le Conseil pourrait assez rapidement se solder par une solution.

Toutefois je n'y crois guère, ne serait-ce que parce que la volonté de renégocier l'accord ne semble pas évidente.

Une troisième attitude, entre pessimisme et optimisme, concilierait rêve et réalité, et miserait sur le long terme. D'une part, le contexte géopolitique et circonstanciel de

¹⁷ Titre d'un ouvrage de Sigmund Freud (1927).

l'application en 2014 du Traité de Lisbonne de 2009 n'était pas favorable. La crise est passée par là, et elle est aussi une crise de l'Europe, sur fond de souverainisme et d'euro-scepticisme. Les Etats auteurs du Traité de Lisbonne ne sont certainement pas tous prêts actuellement à renforcer les institutions européennes, et encore moins à rapprocher entre elles des juridictions que souvent elles critiquent, séparément ou ensemble, comme allant trop loin. D'autre part, est-ce là une tendance irréversible? Qu'est-ce qui l'est, à vues humaines? N'y a-t-il pas des changements de circonstances, et des revirements de jurisprudence? Bref, je plaiderais volontiers pour un «*wait and see*» en tout état de cause inévitable, pour une assez longue patience, et pour l'espérance de voir un jour, enfin, l'Union partie à la Convention, pour le bien de tous.

8. *Pour conclure*

Je regrette l'avis 2/13. Peut-être n'a-t-il pas brisé un rêve, mais il a cassé une dynamique, et pour longtemps. C'est dommage. Mais il ne faut jamais dire jamais. L'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme de l'Union européenne ne doit pas être un rêve, générateur de désillusions; elle doit être une perspective et demeurer un objectif, et je la crois toujours possible. Le plus tôt serait évidemment le mieux, mais...patience.