

L'intégration de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique allemand

Reine WAKOTE

Maître de conférences (Université de Lorraine)

La communication initialement proposée avait pour ambition d'aborder l'intégration des normes européennes dans les ordres juridiques allemands et français. Elle faisait ainsi une part égale tant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et au droit de l'Union européenne d'une part qu'au droit français et allemand d'autre part. Néanmoins, un approfondissement du thème proposé m'a incitée à centrer mon intervention sur les évolutions récentes qu'implique la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique allemand. Les éléments en rapport avec le droit de l'Union et le droit français ne seront donc exposés qu'à titre d'éclairage ponctuel.

Ce préliminaire énoncé, pour cerner la situation qui prévaut en droit allemand, il convient néanmoins de rappeler le cadre du débat, au regard du droit interne, dès lors que la communication s'adresse à un public de juristes français.

Comme en France, l'ordre juridique allemand ne réserve pas une place identique aux normes issues de la Convention européenne et à celles issues du droit de l'Union.

En France, la place particulière du droit de l'Union résulte de l'article 88-1 et suivants tels qu'aménagés dans le Titre V de la Constitution depuis le Traité de Lisbonne¹. La Convention européenne quant à elle relève du droit international en vertu de l'article 55

¹ Notamment de l'article 88-1 de la Constitution de 1958 : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

de la Constitution². Il en résulte, en droit français, que le droit de l'Union européenne a une valeur supérieure aux lois nationales, mais inférieure à la Constitution.

En droit allemand, la portée des normes internationales est appréciée au regard du « caractère ouvert [de l'ordre juridique allemand] au droit international (*offene Staatlichkeit, Völkerrechtsfreundlichkeit*) » tel qu'il résulte des articles 24 I et 59 II 1 de la Loi fondamentale³. Le principe du *caractère ouvert du droit allemand* s'applique tant aux normes issues de l'Union européenne qu'à celles provenant du droit international *lato sensu* au sein desquelles est intégrée la Convention européenne des droits de l'Homme. Néanmoins à l'occasion de l'adoption du Traité de Maastricht, l'insertion du nouvel article 23 dans la Loi fondamentale⁴ est venue consacrer la participation de l'Allemagne à l'Union européenne, désormais considérée comme une « finalité assignée à l'action de l'État (*Staatszielbestimmung*) ». Ce faisant, cette disposition réserve un statut différent aux compétences transférées par la Fédération allemande à l'Union européenne par rapport aux autres organisations internationales.

La jurisprudence du Conseil d'État développée à l'occasion du contrôle de conventionalité et relayée, par la suite, par celle du Conseil constitutionnel ont précisé la portée des normes issues du droit de l'Union et de celles issues de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre interne. En Allemagne, ce fut essentiellement l'œuvre de la Cour constitutionnelle, en raison de ses larges compétences exercées, notamment⁵ dans le cadre du recours individuel prévu à l'article 93 I 4 a de la Loi fondamentale et du renvoi préjudiciel inséré à l'article 100 I.

² Article 55 de la Constitution : « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

³ L'article 24 I de la Loi fondamentale rend possible l'adhésion de l'Allemagne à des conventions internationales en autorisant « *la Fédération (...) à transférer, par voie législative des droits de souveraineté à des institutions internationales* » ; cette disposition a permis l'adhésion et la participation de l'Allemagne aux Communautés européennes jusqu'en 1992. L'article 59 II 1 de la Loi fondamentale prévoit que « *Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale* ».

⁴ Article 23 I de la Loi fondamentale : « *Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. À cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. L'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels compléments ou modifications* ». En renvoyant à l'article 79 II et III de la Loi fondamentale, cette disposition maintient la « clause de sauvegarde structurelle (*Struktursicherungsklausel*) » de la Loi fondamentale à l'égard du droit communautaire. Cette clause s'adresse en premier lieu aux organes constitutionnels allemands mais « *s'étend (verlängert)* » aussi aux instances supranationales de l'Union européenne qui sont tenues de respecter les principes fondateurs de la Constitution, Commission constitutionnelle, BT-Drucks, 12/ 6000, p.20.

⁵ Il convient de mentionner entre autres le contrôle abstrait des normes prévu par l'art. 93 I 2 de la Loi fondamentale. Il donne compétence à la Cour constitutionnelle fédérale pour statuer « *en cas de divergences d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du gouvernement fédéral, d'un gouvernement de Land, ou d'un tiers des membres du Bundestag* ». Cette disposition doit être lue en relation avec l'article 13 VI de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale

Au regard des évolutions récentes, les solutions énoncées par la Cour constitutionnelle fédérale rejoignent sensiblement celles affirmées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, en ce qui concerne le droit de l'Union, et sont désormais bien connues⁶.

En revanche, les solutions adoptées par la Cour de Karlsruhe relatives à l'application de la Convention européenne semblent particulièrement originales, au regard du droit français, et méritent une attention particulière. En effet, depuis une dizaine d'années, le juge constitutionnel allemand s'est inscrit dans un dialogue soutenu avec la Cour européenne afin de préciser les conditions d'application de la Convention dans l'ordre juridique allemand. Il convient de s'interroger sur l'état actuel de ce dialogue entre les deux juridictions. Si au premier abord, le constat d'un dialogue désormais apaisé peut être dressé (I), il convient de mettre en exergue les éléments susceptibles de conduire de nouveau à une crispation du dialogue (II).

I. Un dialogue désormais apaisé entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour européenne des droits de l'homme

Deux éléments essentiels permettent de souligner que le dialogue est désormais apaisé entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour européenne des droits de l'homme. Tout d'abord la Cour constitutionnelle fédérale a fait évoluer sa position en affirmant, initialement, une « interprétation compatible » de la Convention européenne par les juridictions nationales, avant d'énoncer une « obligation de prise en considération » malgré la valeur législative reconnue à la Convention (A). Plus récemment, elle a renforcé les obligations pesant sur les juridictions allemandes, lors de l'application de la Convention en leur enjoignant d'appliquer la Convention (B).

A. De l'« interprétation compatible » à « l'obligation de prendre en considération » affirmées par la Cour constitutionnelle fédérale

Le juge constitutionnel fédéral allemand a tout d'abord prôné une interprétation compatible de la Convention européenne avec les lois nationales, pour ensuite affirmer une « obligation de prise en considération » de la Convention à l'égard des autorités judiciaires et administratives allemandes.

(*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG). Elle assure aussi un contrôle du contenu matériel de la norme et permet au juge constitutionnel allemand de s'assurer que le législateur respecte les dispositions des articles 1 III (caractère obligatoire des droits fondamentaux) et 20 III (soumission au droit) de la Loi fondamentale. Le contrôle abstrait des normes représente essentiellement un outil précieux pour l'opposition au Bundestag qui, si elle dispose d'un tiers des sièges, peut saisir la Cour constitutionnelle en appréciation de la compatibilité des textes adoptés par la majorité. Pour une illustration, voir la décision du 31 juillet 1973 relative à la compatibilité de la loi portant approbation du traité relatif aux relations entre la République fédérale et la République démocratique, BVerfGE 36, 1.

⁶ CC 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC, Rec., p 101. CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. p.55 ; Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)*, Rec.p.88.

Les difficultés liées à l'application de la Convention européenne résultent de la valeur qui lui est reconnue dans l'ordre juridique allemand.

L'adhésion de l'Allemagne à des conventions internationales est aménagée par les articles 24 I et 59 II de la Loi fondamentale.

L'article 24 I de la Loi fondamentale rend possible l'adhésion de l'Allemagne à des conventions internationales en autorisant « *la Fédération (...) à transférer, par voie législative des droits de souveraineté à des institutions internationales* ». L'article 59 II 1 de la Loi fondamentale prévoit que « *Les traités réglant les relations politiques de la Fédération, ou relatifs à des matières qui relèvent de la compétence législative fédérale, requièrent l'approbation ou le concours des organes respectivement compétents en matière de législation fédérale, sous la forme d'une loi fédérale* ».

Ces dispositions traduisent ainsi le « caractère ouvert de l'ordre juridique allemand au droit international » et ont servi l'une et l'autre à l'insertion de la Convention européenne et des règles régissant les Communautés en Allemagne.

Toutefois, dès l'origine la Convention européenne ne disposait d'une reconnaissance équivalente au droit communautaire pour trois motifs. Tout d'abord, si l'article 24 I de la Loi fondamentale a servi de fondement à l'adhésion et à la participation de l'Allemagne aux Communautés européennes jusqu'en 1992, il ne s'appliquait pas à la Convention, en raison de ce qu'il autorise le transfert de droits souverains à des institutions intergouvernementales ayant alors compétence pour édicter des normes supérieures au droit interne. Or, les mécanismes mis en place par la Convention européenne ne peuvent pas être assimilés à de telles institutions. Ensuite, si en application de l'article 59 II de la Loi fondamentale, la loi 7 août 1952 a inséré la Convention européenne dans l'ordre juridique, sur le fondement de l'article 25 de la Loi fédérale lequel dispose expressément, que « *les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois...* », la Cour constitutionnelle avait déduit, en raison de ce que la Convention ne mettait pas en place une institution intergouvernementale, et que ses dispositions n'étaient pas assimilables à des règles de droit international, leur déniant ainsi une valeur supra-législative. Enfin et surtout, la valeur simplement législative de la Convention européenne est réaffirmée par la Cour constitutionnelle fédérale par référence à la loi de 1957 ayant procédé à son introduction dans l'ordre juridique allemand et dont l'article 2 I contient que « *la Convention est publiée avec valeur législative* ».

Ainsi, paradoxalement, si la Convention européenne des droits de l'homme a bénéficié d'une application immédiate dès son introduction dans l'ordre juridique allemand par la loi de 1952, les interrogations ont surgi quant à sa mise en œuvre en cas d'adoption d'une loi fédérale postérieure, soulignant ainsi les difficultés liées à la théorie de la loi-écran.

La Cour constitutionnelle fédérale s'est référée au « caractère ouvert de l'ordre juridique allemand » pour atténuer les effets de cette théorie. Dans l'arrêt du 26 mars 1987 rendu sur trois recours qui avaient été joints, le juge constitutionnel allemand avait déclaré que « *les lois [étaient] à interpréter et à appliquer en conformité avec les obligations de*

droit international de la République fédérale d'Allemagne, même si elles ont été édictées postérieurement à un traité international en vigueur ; car il ne peut être admis que le législateur ait l'intention de contrevenir à des obligations de droit international ou de permettre la violation de telles obligations, à moins qu'il ne l'ait clairement exprimé »⁷.

Ce faisant, l'affirmation d'une « interprétation compatible » par les juridictions et l'ensemble des autorités allemandes venait atténuer la simple valeur législative de la Convention européenne⁸.

Par la suite le conflit s'est transposé aux droits fondamentaux contenus dans la Loi fondamentale offrant l'occasion à la Cour constitutionnelle d'accentuer ses premières affirmations en faveur d'une « obligation de prise en considération ». Dès lors que les normes contenues dans la Convention européenne n'ont qu'une simple valeur législative, la question se posait de savoir si les droits qu'elle garantit étaient assimilables aux droits fondamentaux.

Dans un arrêt de 1960, la Cour constitutionnelle avait déjà émis une première réponse, refusant d'admettre une telle assimilation, sans pour autant en fournir le fondement⁹.

Mais une justification peut être apportée au regard de l'ordre juridique allemand. Comme cela a été énoncé, il n'aménage qu'une simple valeur législative à la Convention européenne et la Loi fondamentale ne prévoit le recours constitutionnel qu'à l'égard de l'atteinte portée aux droits fondamentaux contenus dans la Loi fondamentale, lesquels ont ainsi une valeur constitutionnelle. Par ailleurs, les compétences de la Cour constitutionnelle fédérale, telles qu'aménagées dans l'article 93 de la Loi fondamentale et le § 90 de la loi relative à la Cour constitutionnelle, ne prévoient pas la possibilité de saisine du juge constitutionnel, en cas d'atteinte portée aux droits garantis par la Convention.

Il en résulte que la Cour constitutionnelle ne peut être saisie ni dans le cadre d'un recours constitutionnel individuel (*Verfassungsbeschwerde*) prévu à l'article 93 I de la Loi fondamentale, ni dans le cadre d'un renvoi préjudiciel (*konkrete Normenkontrolle*) tel qu'institué par l'article 100 I de la Loi fondamentale. Cependant, la Cour constitutionnelle avait apporté un tempérament à cette solution restrictive, dans un arrêt du 17 mai 1983, en jugeant que le renvoi préjudiciel pouvait être admis seulement en cas d'interprétation arbitraire par le juge national aboutissant à une violation de l'article 3 de la Loi

⁷ BVerfGE 74, 358 (370) *Unschuldsvermutung*, NJW 1987, 2427; voir antérieurement BVerfGE 58, 1 (34) *Eurocontrol*.

⁸ Il convient aussi de préciser qu'une partie de la doctrine considérait, en vertu de l'article 25 I de la Loi fondamentale, que les droits de l'homme primaires garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, tels que l'interdiction de l'esclavage, de la torture, de la discrimination à raison de la race ou de la religion ou encore le droit à la vie, relèvent directement du droit fédéral sans l'intervention d'une loi d'approbation spéciale de la Convention et bénéficiaient, en application de l'article 25 II de la Loi fondamentale, d'une valeur supérieure aux simples lois fédérales, voir en ce sens A. BLECKMANN, « *Verfassungsrang der EMRK* », in EuGRZ, 1994, p149 et C. FERCOT, « *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regard sur le droit français* », RFDC, 2007, p.645.

⁹ BVerfGE 10, 271 (274), arrêt du 14 janvier 1960, in NJW 1960, p.1243 ; DöV 1963, p.705.

fondamentale garantissant le principe d'égalité¹⁰. Cette affirmation réitérées à maintes reprises n'a jamais trouvé d'application concrète dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle¹¹.

Mais, une première évolution a été opérée par la Cour constitutionnelle fédérale dans l'arrêt du 26 mars 1987. À cette occasion, la Cour constitutionnelle affirmait que la Convention européenne devait bénéficier d'une certaine « priorité » même sur les lois postérieures fédérales. Toutefois, cette priorité reconnue à la Convention connaissait deux tempéraments : d'une part la priorité ainsi reconnue ne prime pas face aux droits fondamentaux et ceux-ci devaient seulement être interprétés à la lumière de la Convention, d'autre part le législateur ne devait pas avoir entendu y déroger expressément¹².

Devant les limites apportées par la Cour constitutionnelle fédérale à l'application de la Convention européenne, il n'est pas étonnant de relever que celle-ci a joué un rôle limité dans l'ordre juridique allemand, jusqu'à l'affaire *Görgülü* de 2004, lequel a impulsé un véritable dialogue entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour européenne des droits de l'homme.

Il convient, au préalable, de rappeler les faits qui ont donné un retentissement remarque au dialogue né entre la Cour constitutionnelle fédérale et à la Cour européenne des droits de l'homme.

Informé tardivement de la procédure d'adoption de l'enfant naturel qu'il avait eu avec sa compagne dont il s'était séparé, le requérant M. Görgülü avait vu son recours tendant à obtenir un droit de visite et un droit de garde, rejeté en première instance en 2001. Il introduisit parallèlement un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de la violation d l'article 8 de la Convention et, parallèlement, saisit la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours constitutionnel sur le fondement de l'article 93 I 4a de la Loi fondamentale. Son recours fut déclaré irrecevable par le juge constitutionnel allemand, sans motivation, comme le permet la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale¹³. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme constatait, par arrêt du 26 février 2004, la violation de l'article 8 de la Convention. Conforté par l'arrêt de la Cour européenne, il a de nouveau saisi le tribunal de première instance en réitérant sa demande initiale qui reçut une suite favorable, avant d'être rejetée en appel au motif que seuls les intérêts du père avaient été favorisés au détriment de ceux de la mère et dans une moindre mesure de ceux de l'enfant. Suite à ce rejet, le requérant a de nouveau saisi, de nouveau, la Cour constitutionnelle fédérale d'un recours constitutionnel.

¹⁰ BVerfGE 64, 135 (157), arrêt du 17 mai 1983 ; J.-A. FROWEIN, *Die Europäisierung des Verfassungsrechts*, in *Festschrift 50 Jahre BVerfGE* (P. Badura et H. Dreier, dir.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, t.1, p.209.

¹¹ BVerfGE 74, 102 (128) du 13 janvier 1987 ; BVerfGE 21 janvier 1987, décision non publiée, citée par J.-A. FROWEIN, *Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in *Festschrift für W. Zeidler*, W. de Gruyter, Berlin, 1987, t.2, p.1763 (1767).

¹² In EuGRZ, 1987, p.203. Position ultérieurement confirmée par les arrêts du 19 mai 1990, EuGRZ, 1990, p.329 et du 16 déc. 1991, EuGRZ, 1992, p.120.

¹³ Décision de la 3^{ème} Chambre du premier Sénat de la Cour constitutionnelle fédérale du 31 juil. 2001, 1 BvR 1174/01, non publiée.

Il convient de souligner que l'affaire *Görgülü* est remarquable à plusieurs égards. Tout d'abord, il met en lumière les solutions contradictoires adoptées par les juridictions allemandes. Ensuite, il incite à rapprocher la solution de celle énoncée par le Conseil d'État dans l'affaire *Chevrol Bendekah*. Alors que le Conseil d'État avait jugé que la solution retenue par la Cour européenne ne permettait pas une réouverture des voies de recours, cette réouverture est exceptionnellement admise en droit allemand, principalement en matière pénale depuis l'adoption de la loi du 9 juillet 1998¹⁴. En l'espèce, la Cour constitutionnelle fédérale a accepté de se prononcer de nouveau sur l'affaire *Görgülü*. Enfin, il illustre le véritable dialogue qui s'est installé entre la Cour constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme quant à la portée de la Convention européenne et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans l'ordre juridique allemand.

C'est à l'occasion de la seconde saisine de la Cour constitutionnelle fédérale par M. Görgülü que le juge constitutionnel allemand a saisi l'occasion de préciser sa jurisprudence.

Cette précision était d'autant attendue que, peu avant l'intervention de la seconde décision *Görgülü*, la Cour de Strasbourg avait prononcé, le 24 juin 2004, à l'occasion de l'arrêt *Caroline de Monaco*, une solution qui mettait au jour une divergence directement en lien entre la solution énoncée par elle et celle de la Cour de Karlsruhe¹⁵.

Saisie par Caroline de Hanovre, à plusieurs reprises, de recours tendant à ce que soit interdite la publication de photos portant atteinte à sa vie privée et à son image, la Cour

¹⁴ Article 1 de la loi du 9 juillet 1998 introduisant dans le code de procédure pénale la réouverture d'une procédure juridictionnelle (*Wiederaufnahme*). Désormais, « la reprise d'une procédure à laquelle a mis fin un jugement ayant autorité de chose jugée est admise ... si la Cour EDH a constaté une violation de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses Protocoles et que le jugement repose sur cette violation ». Cette loi met fin à la solution affirmée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt *Pakelli*, rejetant la réouverture de la procédure BVerfGE, 11 octobre 1985, 2 BvR 336/85, *Pakelli*, EuGRZ, 1958, p. 654 ; NJW, 1986, p. 1427 ; J. A. FROWEIN, « *Anmerkung zur Pakelli-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts* », ZaöRV, 1986, n° 48, p. 286. Voir aussi CEDH 25 avril 1983, *Pakelli c/Allemagne*, Série A, n° 64.

¹⁵ Voir déjà les difficultés posées dans l'affaire *Caroline de Hanovre* dont une issue est dessinée dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 juin 2004. La Cour européenne des droits de l'homme avait remis en cause les arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale qui avait pourtant jugé équilibrée la conciliation réalisée entre le droit de la princesse au respect de sa vie privée déduit des articles 1 et 2 de la Loi fondamentale et le droit fondamental de l'éditeur tiré de la liberté de la presse garanti par l'article 5 de la Loi fondamentale. Sur l'arrêt CEDH 24 juin 2004, *Von Hannover gegen Deutschland*, voir : M. SCHEYLI, « *Konstitutioneller Anspruch des EGMR und Umgang mit nationalen Argumenten : Kommentar zum Urteil des EGMR vom 24. Juni 2004 im Fall Caroline von Hannover vs. Deutschland* », EuGRZ, 2004, pp.404 et 628 ; V. BEUTHIEN, « *Das Recht auf nichtmediale Alltäglichkeit : zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 24.6.2004, Caroline von Hannover gegen Deutschland* », K&R, 2004, p. 457 ; voir aussi NJW, 2004, pp.2647 et 3407 ; EuGRZ, 2004, p.404 ; DVBl., 2004, pp.1091 et 1226 ; N.J.W., 2005, p.2480 ; en français, voir les observations de F. SUDRE, J.C.P. Gén., 2004, p.1579, n° 8 sur les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale du 14 janv. 1998, BVerfGE 97, 125 (*Caroline von Hannover I*) et du 15 déc.1999, BVerfGE 101, 361 (*Caroline von Hannover II*) ; chron. M. FROMONT, « *Jurisprudence constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne (2005)* », RDP, 2006, p1751 (1776). Et enfin, la dernière décision *Caroline de Hanovre (III)*, BVerfGE 120, 180 du 26 fév. 2008, in NJW, 2008, p.1793 ; W. HOFFMANN-RIEM, « *Die Caroline II-Entscheidung des BverfG, Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperationsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten* », N.J.W., 2009, p.20 ; note Chr. STARCK, JZ, 2008, p.634 et arrêt p.627 ; chron. M. FROMONT, RDP, 2009, p.1721 (1729).

constitutionnelle fédérale avait prononcé, l'interdiction de publications laissant apparaître la requérante en compagnie de ses enfants, mais avait admis, au regard de la liberté de la presse, admis la publication des photos la faisant apparaître dans des lieux publics. Cette était motivée par le fait que Caroline de Hanovre incarnait une personnalité « absolue » dont le comportement pouvait légitimement être porté à la connaissance du public. Cette solution avait été appliqué à chacun des recours présenté par la requérante, jusqu'en 2001.

Appelée à se prononcer à son tour, la Cour de Strasbourg est parvenue à une solution radicalement différente dans la décision du 24 juin 2004. Rejetant la distinction opérée par la Cour constitutionnelle fédérale, entre « personnalité relative » et « personnalité absolue de l'histoire contemporaine (*absolute Personen der Zeitgeschichte*) » devant admettre des publications se rapportant à sa vie privée opérée, la Cour européenne avait relevé, sur le fondement de l'article 8 de la Convention, une atteinte portée à la vie privée de la requérante.

Intervenu à peine quatre mois plus tard, l'arrêt *Görgülü* apparaissait comme un réel signe d'apaisement manifesté par la Cour constitutionnelle fédérale.

Sous un premier aspect, par l'arrêt *Görgülü* du 14 octobre 2004, la Cour constitutionnelle fédérale réitérait la simple valeur législative de la Convention européenne dans l'ordre juridique allemand ainsi que les tempéraments antérieurement énoncés et relatifs à la « méconnaissance arbitraire de la Convention » par les autorités administratives, législatives et juridictionnelles allemandes. Mais sous un second aspect, le § 29 de l'arrêt du 24 octobre 2004 constitue une évolution fondamentale de la position de la Cour constitutionnelle allemande.

En premier lieu, la Cour indique aux autorités allemandes « *l'obligation de prendre en considération (Pflicht zur Berücksichtigung)* » tant les dispositions de la Conventions que les interprétations émises par la Cour de Strasbourg. Elle précise aussi la portée des décisions de la Cour européenne : ainsi, « [les effets obligatoires d'une décision de la Cour européenne] « *s'étendent à tous les organes étatiques et contraignent en principe ceux-ci, dans le cadre de leur domaine de compétence et sans que cela ne constitue une violation du principe de soumission au droit, à mettre fin à une violation prolongée de la Convention et à établir une situation juridique conforme à la Convention* ».

Aussi, en raison des effets obligatoires des arrêts de la Cour de Strasbourg, les organes étatiques allemands sont tenus de « prendre en considération » les solutions énoncées par le juge européen. Toutefois cette affirmation en faveur du droit de la Convention est aussitôt atténuée par la Cour constitutionnelle. Celle-ci précise, en effet, que l'obligation de « prise en considération » n'est pas absolue, dès lors qu'elle impose de « *procéder à une interprétation acceptable au regard de la méthode (in Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung zu beachten und anzuwenden)*»¹⁶ et de « *discuter au minimum de manière convenable les arrêts de la Cour européenne des droits*

¹⁶ BVerfGE 111, 307 (317), § 32 de l'arrêt.

de l'homme »¹⁷, pour concilier la protection dont bénéficient les droits fondamentaux avec la jurisprudence de la Cour européenne. Une telle méthode relève du domaine de compétence de l'organe ou de l'autorité appelée à se prononcer et du droit invoqué. Cette conciliation est en réalité particulièrement délicate à opérer, lorsque la question à trancher oblige à concilier les droits fondamentaux des différents titulaires de tels droits¹⁸. Enfin, le juge de Karlsruhe indique qu'elle s'autorise à vérifier la motivation de tout manquement à cette obligation.

Que faut-il penser de cette solution ?

De prime abord, elle traduisait une évolution teintée de réserve de la Cour constitutionnelle fédérale à l'égard du droit de la Convention.

Tout d'abord, les réserves émises par la Cour constitutionnelle fédérale apparaissent comme justifiées au regard du droit de la Convention. En effet, l'article 32 I de la Convention européenne¹⁹ précise le rôle de la Cour européenne qui est d'assurer une application et une interprétation uniforme de la Convention sur le territoire de l'ensemble des États parties, tandis que l'article 46 I de la Convention²⁰ impose aux Hautes parties contractantes de se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. Par ailleurs, la Cour européenne avait elle-même indiqué dans l'arrêt *Marckx*²¹, que ses arrêts constituent des actes juridictionnels déclaratoires et constatent, seulement, qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire, ou toute autre autorité d'une partie contractante, se trouve entièrement ou partiellement en contradiction avec les obligations découlant de la Convention : la Cour ne peut ni suspendre de tels actes ou mesure, encore moins les annuler²². Ce qui explique en partie qu'en cas de condamnation d'un État, celui-ci n'est pas tenu d'aménager la réouverture des voies de recours. La Cour constitutionnelle fédérale analyse cette position de la Cour européenne comme permettant de reconnaître, seulement, la valeur relative de chose jugée aux décisions de la Cour européenne et non un effet *erga omnes*²³.

¹⁷ *Idem*, §§ 46 et 47.

¹⁸ C. FERCOT, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand... », préc., p.654.

¹⁹ L'article 32 I de la Convention stipule : « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47 ».

²⁰ Selon l'article 46 I de la Convention européenne : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

²¹ CEDH. 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, Série A, n° 32, § 58.

²² Ce d'autant plus que pour les actes judiciaires, la réouverture de la procédure n'est pas obligatoire dans l'ordre national des États parties. Cette réouverture de procédure a néanmoins été organisée en droit allemand en matière pénale par la loi du 9 juillet 1998 dont l'article 1^{er} dispose que « la reprise d'une procédure à laquelle a mis fin un jugement ayant autorité de chose jugée est admissible (...) si la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses Protocoles et que le jugement repose sur cette violation ». En Allemagne, cette réforme a incité certains auteurs à prôner l'établissement d'une telle procédure en droit civil et en droit administratif. Mais à ce jour, leur appel est resté vain.

²³ Les propos de G. LÜBBE-WOLFF précisent la solution au regard de la force obligatoire des arrêts de la Cour européenne : « la Cour constitutionnelle a constaté que cette force obligatoire était plus restreinte que

Si les éléments précédemment exposés permettent de mieux saisir pourquoi l'obligation de prise en considération affirmée par le juge constitutionnel fédéral n'est pas aussi contraignante que l'on pourrait le penser, il faut ensuite s'attarder sur les termes employés par celui-ci. Le terme de « prendre en considération » doit s'analyser en réalité comme une vive invitation aux autorités étatiques à interpréter la Convention et les arrêts de la Cour européenne de manière compatible avec la Loi fondamentale. Mais en aucun, la Cour de Karlsruhe n'indique expressément que les autorités étatiques « sont tenus » ou « doivent se conformer » ou encore « mettre en œuvre », termes qui sont dotés d'une force normative bien plus contraignante. Cette lecture a été faite par Mme G. Lübke-Wolff, juge et membre de la formation ayant rendu la décision du 14 octobre 2004. Elle estime, en effet, que « *si la Cour constitutionnelle a fait usage de termes tels que « prendre en compte », pour définir les obligations des tribunaux allemands relatives aux arrêts de la Cour européenne, ce n'était pas pour nier ou pour diminuer les obligations de l'Allemagne envers la Convention mais uniquement pour prendre en compte la possibilité théorique d'un conflit entre le droit national et la Convention et d'éventuels changements factuels qui peuvent se produire suite à un arrêt de la Cour européenne* »²⁴.

Par la suite, la Cour constitutionnelle s'est évertuée à rendre effectif l'obligation de prise en considération du droit de la Convention européenne.

Postérieurement à l'arrêt du 14 octobre 2004, le tribunal d'instance avait octroyé un droit de visite au requérant, mais saisie par l'office de protection de la jeunesse, il a été aussitôt suspendu par la cour d'appel de Naumburg. Celle-ci a refusé, par conséquent, d'appliquer les préconisations de la Cour constitutionnelle fédérale. Néanmoins, mettant en œuvre l'obligation de prise en considération, la Cour constitutionnelle a annulé, dans un arrêt du 28 décembre 2004, la décision de la cour d'appel et s'est prononcée pour un rétablissement de la décision adoptée par le tribunal d'instance.

Dans un troisième arrêt du 5 avril 2005, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que la décision de la Cour d'appel de Naumburg de refuser un droit de garde ou de visite à M. Görgülü constituait non seulement une violation des droits du requérant à élever son enfant au regard de l'article 6 II Loi fondamentale, mais aussi une violation du principe de la soumission au droit garanti par l'article 20 III Loi fondamentale. Dans un quatrième arrêt du 10 juin 2005, sur la question du droit de visite de M. Görgülü, la Cour constitutionnelle fédérale constatait que la décision de la cour d'appel de Naumburg du 20 décembre 2004 constituait une violation du droit du requérant à un juge légal conformément à l'article 101 I Loi fondamentale et une violation du principe d'égalité devant la loi contenu dans l'article 3 I, ainsi qu'une violation de l'article 6 II en relation avec l'article 20 III de la Loi fondamentale²⁵.

la force obligatoire générale que la Loi allemande relative à la Cour constitutionnelle (§ 31 I) assigne aux décisions de cette dernière et que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas un effet de cassation mais seulement un effet déclaratif de droit », Cour européenne des droits de l'homme et juridiction nationale. L'affaire Görgülü, article disponible sur le site : <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=351&id_rubrique=30>.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Chron. M. FROMONT, R.D.P., 2005, p.1681 (1700 et s.).

Les termes employés par la Cour constitutionnelle fédérale ont ainsi vocation à éviter dans la mesure du possible tout conflit entre la Convention et les règles juridiques nationales, mais elle n'annihile pas cette éventualité. L'obligation de prise en considération traduit, certes, un apaisement, mais elle ne traduit certainement pas l'obligation pour les juridictions allemande de se conformer aux arrêts de la Cour européenne. Le dialogue n'était donc pas clos. Il allait trouver un nouvel essor par un renforcement de la position de la Cour constitutionnelle fédérale à l'égard des juridictions nationales.

B. Le renforcement de l'effectivité de la Convention européenne par l'injonction émise par la Cour constitutionnelle

Malgré les affirmations de la Cour constitutionnelle fédérale prônant une interprétation compatible de la Convention européenne dans l'ordre juridique allemand, celle-ci n'est pas allée jusqu'à affirmer l'obligation pour les juridictions nationales de mettre fin à l'application d'une loi nationale jugée contraire à la Convention par la juge de Strasbourg. Les affaires récentes liées à la détention de sûreté sont venues rappeler que les positions divergentes entre les juridictions et autorités allemandes quant à l'application de la Cour européenne des droits de l'homme persistaient sur ce point. Il en a résulté une nouvelle évolution de la position de la Constitutionnelle fédérale saluée par la Cour européenne des droits de l'Homme ; évolution dont il convient d'apprécier la portée.

La détention de sûreté ou encore rétention de sûreté a été introduite dans le code pénal allemand par la loi du 24 novembre 1933 « *contre les délinquants d'habitude dangereux et sur les mesures d'amendement et de prévention* »²⁶. Le législateur a réformé cette loi, à plusieurs reprises, à partir de 1969. La principale modification a été opérée par la loi du 26 janvier 1998 relative à la lutte contre les délits sexuels, laquelle a modifié les articles 66 et suivants du code pénal allemand²⁷.

Le tribunal régional de Marburg avait condamné, en novembre 1986, le requérant à une peine d'emprisonnement de 5 ans et à son placement en détention de sûreté (*Sicherungsverwahrung*), en vertu de l'article 66 § 1 du code pénal. Sa peine ayant été purgée en 1991, l'intéressé se retrouva donc placé en détention de sûreté et resta en prison jusqu'en 2001. Alors qu'il pouvait prétendre, à cette date, à un sursis avec mise à l'épreuve de son placement en détention de sûreté, le tribunal régional de Marburg rejeta ses demandes en ce sens et ordonna le renouvellement de sa détention de sûreté. Le tribunal a estimé qu'eu égard au comportement de l'intéressé, cette prolongation était autorisée par l'article 67 d § 3 du code pénal dans sa version amendée en 1998.

²⁶ *Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung (Gewohnheitsverbrechergesetz)*, couramment « *la loi sur les délinquants d'habitude* », RGBI I, p.995.

²⁷ La loi du 26 février 1998, relative à la lutte contre les délits sexuels et autres actes dangereux (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*), BGBl I p.160. Cette loi est entrée en vigueur le 31 janvier 1998.

Suite à la confirmation de cette décision par la Cour d'appel de Francfort²⁸, le requérant estimait que son maintien en détention de sûreté découlait uniquement de l'amendement du code pénal opéré par la loi de 1998, laquelle a supprimé la durée maximale d'un premier placement en détention de sûreté fixée à dix ans. En définitive, si la loi n'avait pas été modifiée en 1998, il aurait été automatiquement libéré en 2001, sans que le tribunal de l'exécution des peines ait pu avoir compétence pour en ordonner la prolongation.

Il saisit la Cour constitutionnelle fédérale en invoquant quatre moyens.

Tout d'abord, il estimait que le nouveau § 67 d insérée dans le code pénal par la loi de 1998 portait atteinte à son droit à la dignité humaine garanti par l'article 1 de la Loi fondamentale ; ensuite, il invoquait l'atteinte à son droit à la liberté garanti par l'article 2 II de la Loi fondamentale ; par ailleurs, il relevait une atteinte au principe de non rétroactivité et d'interdiction de cumul de peines contenus dans l'article 103 de la Loi fondamentale ; et enfin il soulignait l'atteinte au principe de confiance légitime que constituait la nouvelle disposition.

Celle-ci estima tout d'abord que la disposition contestée ne portait pas atteinte à la dignité humaine, dès lors que la mesure de rétention de sûreté, malgré sa longue durée, était nécessaire au regard du comportement constamment délictueux de l'intéressé et contribuait, en tant que mesure préventive (*Präventivmaßnahme*), à une sociabilisation de ce dernier²⁹. C'est pourquoi la mesure contestée devait être regardée comme une mesure préventive adoptée en vue de la protection de l'intérêt général et par conséquent conforme à la Loi fondamentale (*die Sicherungsverwahrung ist auch als Präventivmaßnahme zum Schutz der Allgemeinheit mit dem Grundgesetz vereinbar*)³⁰

Le juge constitutionnel rejeta aussi le moyen tiré de l'atteinte à la liberté : en effet la rétention de sûreté ne porte pas atteinte à la substance du droit à la liberté de l'intéressé tel que garanti par l'article 2 II ph. 3 de la Loi fondamentale³¹, dès lors que la mesure en contribuant aussi à la protection des intérêts des tiers eu égard au comportement de l'intéressé³² demeure ainsi proportionnée.

S'agissant du moyen tiré de la violation du principe de non rétroactivité et de l'interdiction du cumul des peines tels que contenus dans l'article 103 II de la Loi fondamentale, se référant aux différents travaux parlementaires, la Cour constitutionnelle fédérale a considéré que la mesure de rétention, en tant que mesure purement préventive n'était pas soumise aux exigences de cette disposition, laquelle se rapporte seulement aux peines et sanctions³³.

²⁸ Cour d'appel de Francfort, 26 octobre 2001, n° 3 Ws 543 und 544/01.

²⁹ §§ 74-76 de la décision préc.

³⁰ § 79 de la décision préc.

³¹ Idem, § 94 et s.

³² Ibidem, § 96.

³³ Décision préc., § 130.

Enfin, elle rejeta aussi le moyen tiré de l'atteinte au principe de confiance légitime. Le juge constitutionnel estimait ainsi que si « *tout citoyen pouvait être déçu par les modifications ultérieurement adoptées par le législateur qui s'avèrent plus défavorables que celles sur lesquelles il s'était fondé* »³⁴, cela n'impliquait pas que toute réglementation soit immuable. Au contraire, le législateur dispose de la compétence pour apporter des modifications à des réglementations antérieurement adoptées, dès lors qu'il aménage la période de leur entrée en vigueur afin de préserver la confiance des citoyens dans l'ordre juridique applicable. Au surplus, la disposition contestée par le requérant ne procède pas à une rétroactivité au niveau des conséquences juridiques (*Rückbewirkung von Rechtsfolgen*), mais à un rattachement rétroactif des faits (*Rückanknüpfung*)³⁵.

En définitive, la Cour constitutionnel jugeait que l'espérance légitime du requérant de recouvrer la liberté après la détention de sûreté ne primait pas sur la protection de la société, laquelle a priorité sur cette espérance. Par décision du 5 février 2004, elle rejeta donc le recours constitutionnel et valida, l'ensemble du dispositif inséré dans le code pénal depuis la loi de 1998³⁶.

Le requérant saisit la Cour européenne des droits de l'homme en arguant de la violation des articles 5 § 1 et 7 § 1 de la Convention garantissant respectivement le droit à la liberté et à la sûreté et la légalité des peines. La Cour de Strasbourg adopta une position radicalement différente de celle de la Cour de Karlsruhe dans la décision du 17 décembre 2009, *Mücke contre Allemagne*³⁷.

Elle confirma l'absence de lien de causalité suffisant entre le maintien en détention du requérant après l'écoulement du délai de 10 ans et sa condamnation en 1986. Par voie de conséquence, la Cour considérait que les dispositions invoquées avaient été méconnues par l'Allemagne : la prolongation de la détention de sûreté devait s'analyser comme l'application rétroactive d'une peine supplémentaire contraire au principe de légalité pénale, dès lors que cette mesure, maintenue plus de dix ans, résultait de dispositions nouvelles et ne présentait pas un lien de causalité suffisant avec les condamnations initiales.

À l'exemple de l'affaire *Görgülü*, la décision de la Cour européenne n'a pas été unanimement suivie par les juridictions allemandes, donnant lieu à de nouvelles contestations devant la Cour européenne des droits de l'homme et devant la Cour constitutionnelle fédérale.

³⁴ « *Der Bürger wird in seinem Vertrauen auf die Verlässlichkeit der Rechtsordnung enttäuscht, wenn der Gesetzgeber an Tatbestände nachträglich ungünstigere Folgen knüpft als diejenigen, von denen der Bürger bei seinen Dispositionen ausgehen durfte* », § 171.

³⁵ « *Nach diesem Maßstab enthält die Vorschrift des Art. 1a Abs. 3 EGStGB in Verbindung mit § 67d Abs. 3 StGB keine Rückbewirkung von Rechtsfolgen, sondern eine tatbestandliche Rückanknüpfung* », § 177.

³⁶ BVerfG 5 février 2004, n° 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109,133.

³⁷ CEDH 17 déc. 2009, *Mücke c/ Allemagne*, n° 19359/04.

Cette divergence entre les juridictions allemandes et la Cour européenne a abouti à de nouvelles contestations mettant en cause l'Allemagne devant le juge de Strasbourg, lequel a réitéré, en substance, le principe énoncé dans l'arrêt de 2009, dans trois décisions du 13 janvier 2011, *Kallweit, Mautes et Schummer*³⁸ contre Allemagne.

Finalement faisant sienne la solution de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt du 4 mai 2011, *Mesure de rétention de sûreté (Sicherungsverwahrung, EGMR)*, la Cour constitutionnelle fédérale considérait la détention de sûreté comme une peine et non comme une mesure préventive, et jugeait inconstitutionnelle, en autres, la loi bavaroise relative à détention de sûreté. Néanmoins, elle a estimé qu'une application transitoire du texte devait prévaloir eu égard à la nécessaire protection de l'ordre public et à la sécurité juridique.

Cependant, tout en se ralliant à la solution de la Cour européenne, le juge constitutionnel allemand maintenait le principe de l'interprétation compatible et celui de l'obligation de prise en considération dont il précisait la portée. Il estimait ainsi que « *la signification constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne reposent sur l'interprétation compatible avec les traités de la Loi fondamentale et de son contenu avec les droits de l'homme. La contribution [des traités] en tant que méthode d'interprétation n'exige cependant pas une mise en parallèle schématique des dispositions de la Loi fondamentale avec celles de la Convention européenne des droits de l'homme, mais une prise en considération de leur valeur, pour autant que cela [soit] méthodiquement défendable et compatible avec les objectifs de la Loi fondamentale*³⁹ ».

La décision du 4 mai 2011 est remarquable en ce sens que la Cour constitutionnelle fédérale y énonce, certes, une injonction adressée aux juridictions allemandes de se livrer à une interprétation compatible, mais elle adresse principalement une injonction au législateur, lequel doit procéder à une modification de la loi de 1998 et donc des dispositions contestées du code pénal allemand. Par ailleurs, si la Cour de Karlsruhe rappelle la valeur législative de la Convention, il est intéressant de relever qu'elle fonde néanmoins l'injonction à l'adresse du législateur sur la « signification constitutionnelle (verfassungsrechtliche Bedeutung) » de la Convention dont il est permis de s'interroger sur la portée.

³⁸ CEDH 13 janv. 2011, *Kallweit c/ Allemagne*, req. n° 17792/07, *Mautes c/ Allemagne*, n° 20008/07 et *Schummer c/ Allemagne*, n°s 27360/04 et 42225/07.

³⁹ *[Die] verfassungsrechtliche Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und damit auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte beruht auf der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und seiner inhaltlichen Ausrichtung auf die Menschenrechte. Ihre Heranziehung als Auslegungshilfe verlangt allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen der Wertungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist* », BVerfG du 4 mai 2011, req. n° 2 BvR 2365/09, BVerfGE 128, 326, §§ 85 et s.

Pour autant, l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale ne clarifie pas de manière définitive les conditions d'application du droit issu de la Convention européenne dans l'ordre juridique allemand. En réalité si la Cour de Karlsruhe enjoint aux autorités juridictionnelles et législatives de se conformer à la Convention et à la jurisprudence de la Cour, par les termes employés, elle énonce, en revanche, une nouvelle condition de l'« interprétation compatible » ou de la « prise en considération » de la Convention européenne. Ce ne sont pas les objectifs de la Convention qui constituent, en quelque sorte, l'horizon à atteindre en guise de méthode, mais les objectifs de la Loi fondamentale. Dès lors, si une interprétation s'avérait néanmoins compatible avec la Convention et la jurisprudence de la Cour européenne, l'obligation de prise en considération serait atténuée, dès lors que dans son résultat, une telle interprétation ne serait pas compatible avec les objectifs de la Loi fondamentale.

Cependant, il est permis de s'interroger sur le point de savoir si l'injonction adressée au législateur de modifier la loi de 1998 résulte vraiment des objectifs de la Loi fondamentale, dès lors que dans la décision de 2009, la Cour constitutionnelle fédérale n'avait pas relevé l'inconstitutionnalité de la loi. Sans l'admettre, la Cour constitutionnelle n'a-t-elle pas fait prévaloir les objectifs de la Convention ?

Au demeurant, la décision de mai 2011 affirmée par la Cour constitutionnelle fédérale marque une nouvelle inflexion de sa position à l'égard de la portée de la Convention européenne dans l'ordre juridique allemand.

De son côté, la Cour européenne n'est pas restée insensible à cette évolution, puisque dans les décisions rendues le 3 juin 2011, *Mork et Schmitz c. Allemagne*, elle confirme, certes, la solution de l'arrêt *Mücke* de 2009, mais relève désormais et *a contrario* la compatibilité du droit allemand avec la Convention. Ainsi, dans les décisions de 2011, la Cour de Strasbourg note le lien de causalité suffisant entre la condamnation et la prolongation de la privation de liberté du requérant⁴⁰. Par ailleurs, la Cour constate que la détention de sûreté au terme de la peine principale était bien prévue par la condamnation énoncée dans la peine initiale prononcée contre le requérant. Enfin, elle souligne que la peine de privation de liberté n'a pas excédé la période maximum de dix ans définie dans la législation allemande en vigueur au moment des faits, c'est-à-dire antérieure à la modification opérée par la loi de 1998.

Toutefois, si les solutions traduisent une convergence des positions de la Cour constitutionnelle fédérale et de la Cour européenne des droits de l'homme, les affirmations respectives des deux juridictions obligent à souligner qu'elles ne se réfèrent pas à un même rapport de système.

En effet, alors que la Cour constitutionnelle fédérale indiquait que les objectifs de la Loi fondamentale devaient prévaloir, lors de la prise en considération de la Convention, ou affirmait encore que la Convention et la jurisprudence de la Cour contribuent, en tant que méthode d'interprétation, à la détermination du contenu et de l'étendue des droits

⁴⁰ Arrêt *Mork* § 53 ; arrêt *Schmitz* § 40.

fondamentaux garantis par la Loi fondamentale⁴¹, la Cour de Strasbourg se félicite, en revanche, de « *l'approche de la Cour constitutionnelle fédérale consistant à interpréter les dispositions de la Loi fondamentale [...] à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, ce qui révèle l'engagement constant de la Cour [constitutionnelle allemande] en faveur de la protection des droits fondamentaux non seulement au niveau interne, mais aussi au niveau européen* ». Selon cette affirmation de la Cour européenne, les objectifs de la Convention priment lors de l'interprétation d'une loi allemande avec les dispositions de la Convention. L'affirmation de la Cour européenne est en réalité assez subtile, puisque le juge de Strasbourg est d'avis que même les dispositions de la Loi fondamentale doivent être interprétées à la lumière de la Convention !

Pour l'essentiel, il convient de retenir, que dialogue nourri entre la Cour de Strasbourg et la Cour de Karlsruhe a abouti à une clarification et donc une convergence quant à la portée de la Convention européenne et à celle des arrêts de la Cour de Strasbourg dans l'ordre juridique allemand. La volonté par les deux juridictions de renforcer l'effectivité de la Convention traduisait ainsi un dialogue apaisé.

Mais la divergence persiste quant au rapport de système sur lequel est fondée cette clarification, obligeant à ne pas occulter les éventuelles sources de futures crispations.

II. Les éventuelles sources de crispations du dialogue

Les éventuelles futures sources de crispation dans le dialogue qui s'est instauré entre les deux juges tiennent d'une part aux implications en droit allemand de l'application de la Convention européenne par la Cour de justice de l'Union européenne (A). Seule une clarification des rôles respectifs de la Cour constitutionnelle fédérale et de la Cour européenne quant à l'application de la Convention pourrait permettre d'éviter de telles crispations (B). C'est essentiellement à l'aune de projection et de questionnements qu'il convient de tenter de cerner l'évolution en attente.

A. Les implications en droit allemand de l'application de la CEDH par la CJUE

Pour saisir les implications dans l'ordre juridique allemand de l'application de la CEDH par le CJUE, il convient de s'attarder, au préalable, sur la valeur de la Convention dans le droit de l'Union européenne, alors même que l'Union n'y a pas encore adhéré. Ces implications doivent aussi être appréhendées en cas de future adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Bien que le Traité sur l'Union européenne adopté en 1992 fasse expressément mention de la Convention européenne dans son article 6, dans la situation actuelle, la

⁴¹ BVerfG du 4 mai 2011, § 87.

Convention européenne des droits de l'homme n'est dotée d'aucune force contraignante, en l'absence d'adhésion de l'Union européenne.

Cependant, la Cour de justice n'a cessé d'utiliser de manière croissante la Convention comme source d'inspiration, lorsqu'elle avait à se prononcer sur l'éventuelle atteinte aux droits garantis par les traités de l'Union européenne.

L'attitude ainsi adoptée par la Cour de justice est ancienne, puisqu'elle s'est inspirée de la Convention, au début des années 1980 pour s'assurer du respect de la vie privée, notamment dans l'arrêt du 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*⁴², en affirmant veiller au respect de la Convention européenne « conformément aux traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi qu'aux instruments internationaux auxquels les États membres ont adhéré »⁴³. Elle était plus explicite à l'occasion du contrôle du respect du principe de non-rétroactivité en matière pénale, dans l'arrêt *Kirk* du 10 juillet 1984⁴⁴, puisqu'elle énonce que ces traditions constitutionnelles communes ont trouvé leur consécration dans la Convention européenne des droits de l'homme.

Par la suite, la Cour de justice a multiplié les références à la Convention européenne dans ses arrêts. Ainsi se fondant sur la « signification particulière » de la Convention elle affirmait, dans l'arrêt *ERT* du 18 juin 1991, que des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus et garantis par la Convention ne sauraient être admises⁴⁵. Cette affirmation a trouvé une concrétisation dans certains arrêts de la Cour de justice, à l'occasion desquels le juge communautaire s'assure du respect de la Convention européenne dans des litiges où était en cause l'application du droit communautaire⁴⁶ ou encore mentionne les solutions retenues par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷.

La référence par le juge communautaire aux droits consacrés par la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sert ainsi « à révéler une

⁴² CJCE 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*, aff. 136/79, Rec., p.2033.

⁴³ CJCE 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*, préc., § 18. Voir aussi CJCE 14 mai 1974, *J. NOLD, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission*, aff. 4-73 : « qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États ».

⁴⁴ CJCE 10 juillet 1984, *Kirk*, aff. 63/83, Rec., p.2689.

⁴⁵ CJCE 18 juin 1991, *ERT*, aff. n° C-260/89, § 41.

⁴⁶ CJCE 21 mai 2001, , aff. jointes n° C-122/99 P et C-125/99 P, § 60 ; CJCE 27 juin 2006, aff. C-540/03 *PE c. Conseil*, §§ 66, 86 et 98. Voir déjà de manière implicite, par la référence à des principes généraux du droit communautaire, CJCE 26 juin 1980, *National Panasonic c. Commission*, préc. §§ 19 et 20. Voir aussi CJCE 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75 sur renvoi préjudiciel relatif à l'interprétation de la réserve relative à l'ordre public dans l'article 48 du Traité CEE. La CJCE avait affirmé que « la réserve relative à l'ordre public dans l'article 48 du traité CEE, que, dans leur ensemble, ces limitations apportées aux pouvoirs des états membres en matière de police des étrangers se présentent comme la manifestation spécifique d'un principe plus général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, ratifiée par tous les états membres, et de l'article 2 du protocole n° 4 a la même Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, qui disposent en des termes identiques que les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garantis par les articles cités ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins « dans une société démocratique », § 32.

⁴⁷ Fabrice PICOD, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (F. Sudre dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p.289 et s.

incompatibilité avec une disposition ou un principe protecteur du droit communautaire qui, pris isolément, est insuffisant à interdire l'application de la disposition mise en cause »⁴⁸.

Néanmoins, en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention, celle-ci pourrait se révéler être bien plus qu'une source d'inspiration pour la jurisprudence de la Cour de justice dans le contrôle du respect par les États de l'application du droit de l'Union. Les conséquences dans l'ordre juridique ne doivent pas être négligées.

L'idée de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme est ancienne. Elle avait déjà été déjà proposée, entre autres, dans le Mémoire de la Commission des communautés européennes du 4 avril 1979 et dans la résolution du Parlement européen en date du 27 avril 1979. L'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH était perçue comme de nature à « *[créer] un lien important entre les Communautés européennes et les États membres du Conseil de l'Europe dans le domaine particulier des droits de l'homme et des libertés fondamentales, renforçant ainsi les principes de la démocratie parlementaire et le respect des droits élémentaires de l'homme* ».

Un Groupe *ad hoc* avait même été mis en place, en 1993, afin d'examiner les implications d'une telle adhésion, sans parvenir à un consensus. Par la suite, la Cour de justice a exprimé des réserves quant à cette adhésion, dans l'avis du 28 mars 1996, en affirmant que « *l'adhésion à la Convention entraînerait un changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la Convention dans l'ordre juridique communautaire* »⁴⁹.

Les obstacles ont été levés par le Traité de Lisbonne, lequel pose une base juridique autorisant cette adhésion, dans l'article 6 § 2 Traité sur l'Union européenne en ces termes : « *l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ».

Ultérieurement le protocole n° 14 amendant le système de contrôle de la Convention européenne, a inséré un paragraphe 2 à l'article 59 de la Convention qui prévoit désormais la possible adhésion de l'Union.

L'adhésion de l'Union européenne à la Convention n'est donc plus une idée lointaine. Elle devra faire l'objet d'un accord négocié, puis approuvé par le Parlement

⁴⁸ Fabrice PICOD, « *Droit de l'Union européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », Fascicule 120, Jurisclasseur, § 216. Voir aussi auprès de cet auteur, « *Le juge communautaire et l'interprétation européenne* », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* (F. Sudre dir.), Bruylant, Bruxelles, 1998, p.289 et s.

⁴⁹ CJCE Avis 28 mars 1996, § 36, Rec., p. 759.

européen et adopté à l'unanimité au sein du Conseil de l'Union européenne et soumis à la ratification par les États membres ; l'accord devant par ailleurs être ratifié par les autres États membres du Conseil de l'Europe.

Si la Cour européenne des droits de l'homme veille déjà au respect de la Convention européenne par les États membres, lors de l'application des normes communautaires, ce contrôle demeure indirect, comme l'illustre la décision *Bosphorus* de 2005⁵⁰, dès lors que la Cour de Strasbourg s'assure au préalable que l'État en cause disposait ou non d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit de l'Union⁵¹. Si elle devait se réaliser, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne poserait la question de la cohérence du système de protection des droits fondamentaux, non seulement dans l'ordre juridique de l'Union européenne, mais aussi dans celui de l'Allemagne. Parmi les questions que suscite cette adhésion, certaines méritent particulièrement l'attention.

En premier lieu, si la Cour de justice détient la compétence pour interpréter, en dernier lieu, tant le droit primaire que le dérivé de l'Union européenne, en application de l'article 19 du Traité sur l'Union européenne et de l'article 344 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), l'adhésion de L'union à la Convention n'implique-t-elle pas d'une part le transfert de cette compétence, puisque la Cour européenne sera amenée à livrer des interprétations du droit de l'Union au regard de la Convention ? D'autre part et par voie de conséquence, l'interprétation de la Cour européenne ne s'imposerait-elle pas systématiquement, non seulement à l'ordre juridique de l'Union européenne, mais aussi à celui des États membres, dont l'Allemagne ?

Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, à maintes reprises, qu'il appartenait, en premier, lieu aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne, même lorsque celui-ci nécessite l'application d'un traité international⁵², son rôle se limitant à vérifier la compatibilité des effets d'une pareille interprétation avec la Convention. Mais si une réponse affirmative à ces questions devait être retenue⁵³, elle aurait pour conséquence, en définitive, de renforcer la portée de la Convention indirectement dans l'ordre juridique allemand.

En deuxième lieu, en cas d'adhésion, si la Cour européenne des droits de l'homme venait à relever l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention, à l'occasion du contrôle d'une décision adoptée par un État membre, devrait-elle condamner l'État en tant

⁵⁰ CEDH 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, aff. n° 45036/98.

⁵¹ Cette solution est présentée comme un « pis-aller » par le professeur O. de SCHUTTER, « *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation* », RTDH, 2010, n°83, p.535.

⁵² CEDH 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, Série A n°176-A, Rec., p.21 § 29.

⁵³ Prônant cependant une réponse négative, O. de SCHUTTER, « *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme...* », préc. ; P. WACHSMANN, « *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », RTDE., 1996, p.484.

qu'État partie à la Convention ou l'Union européenne dès lors que celle-ci y aurait adhéré ? Dans le second cas, la condamnation ne concernerait-elle pas, in fine, l'ensemble des États membres de l'Union européenne ? Par ailleurs, la question se pose de savoir, de la Cour constitutionnelle fédérale ou de la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle de ces autorités devrait alors veiller à la bonne exécution de la condamnation prononcée de la Cour européenne. Ce faisant, il ne serait pas vain de s'interroger sur la norme de référence à appliquer : s'agirait-il d'une norme communautaire ou de la Convention européenne des droits de l'homme ?

En troisième lieu, si la condamnation du seul État membre devrait être retenue en cas de censure par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice ne pourrait-elle pas voir sa compétence maintenue pour vérifier *a posteriori* que l'État membre s'est conformé à la décision de la Cour européenne. Dans ce cas, son intervention ne pourrait être que plus énergique et, rien ne fait obstacle à ce qu'elle puisse avoir compétence pour suspendre l'acte ou la mesure en question, ou encore l'annuler à l'occasion d'un recours en manquement ou en annulation. État précisé que dans le cas du recours en annulation contre un acte communautaire, cette voie de droit n'est ouverte aux particuliers qu'à la condition d'être individuellement et directement concerné par l'acte communautaire en cause⁵⁴.

Que faut-il retenir de ces interrogations et des quelques réponses esquissées ? Elles traduisent, en réalité, un renforcement de la portée de la Convention européenne et des décisions de la Cour EDH dans l'ordre juridique allemand.

Tout d'abord, il résulterait de ces prospections que la solution de l'arrêt *Marckx* de 1979, dans le cadre duquel la Cour européenne avait alors indiqué que ses arrêts constituent des actes juridictionnels déclaratoires, doit être relativisée. Et l'analyse faite par la Cour constitutionnelle fédérale de cette décision, comme permettant seulement de reconnaître une valeur relative de chose jugée aux décisions de la Cour européenne, serait aussi à reconsidérer.

En définitive, la valeur législative reconnue à la Convention européenne dans l'ordre juridique allemand, dont le fondement réside essentiellement en ce que la Convention européenne ne saurait être assimilée à une institution intergouvernementale, apparaîtrait alors purement fictive. La valeur de la Convention serait en réalité renforcée par l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne. En réalité, la Convention bénéficierait indirectement d'une valeur supra-législative, venant ainsi s'imposer aux lois fédérales, mais infra-constitutionnelle.

Ensuite, le renforcement de la valeur de la Convention européenne dans l'ordre juridique allemand n'impliquerait-il pas une adaptation du fondement juridique servant d'insertion de la CEDH dans l'ordre juridique allemand. Cette adaptation s'avèrerait incontournable, dès lors que la valeur de la Convention serait renforcée, comme cela vient

⁵⁴ CJCE 25 juillet 2002, *aff C-50/00 P*, R. Medhi, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu », RTDE 2003, p.24.

d'être évoqué, mais aussi en raison de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention. Une révision de la Loi fondamentale devrait alors être envisagée, pour intégrer cette évolution, comme ce fut le cas pour le droit de l'Union européenne avec l'insertion d'un nouvel article 23 à l'occasion de l'adoption du Traité de Maastricht.

Est-ce à admettre que la Convention européenne aurait alors une force obligatoire, au même titre que celle qui résulte des Traités constitutifs de l'Union européenne ? Sur ce point, la réponse à apporter doit être accompagnée de réserves. S'il reste envisageable que la Cour constitutionnelle reconnaisse une force obligatoire à la Convention européenne, en raison de l'adhésion de l'Union européenne, cette force obligatoire ne saurait être assimilée à celle reconnue aux Traités constitutifs de l'Union. En effet, l'un des obstacles posés par la Cour constitutionnelle fédérale à la valeur supra-législative de la Convention tient à ce qu'elle ne met pas en place des instances intergouvernementales. Or cet obstacle ne serait pas annihilé par l'adhésion de l'Union européenne à la Convention ; au contraire il persisterait.

Enfin, il convient de s'intéresser au rapport de système pouvant résulter de cette adhésion. Si à l'heure actuelle, les divergences entre la Cour constitutionnelle fédérale et la Cour européenne des droits de l'homme tiennent au rapport de systèmes, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention imposera d'appréhender ce rapport de système à trois niveaux tout en prenant en considération les trois acteurs en présence.

En attendant cette évolution tant annoncée, il semble cependant que l'urgence réside dans la nécessaire clarification des rôles respectifs.

B. Le renvoi préjudiciel, outil de l'articulation des compétences

Il s'agit ici de s'intéresser à l'articulation des compétences respectives des trois juridictions abordées précédemment, en cas d'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Le critérium devant servir à cette articulation est incarné par le « standard minimum de droits et libertés devant être garantis ».

La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour européenne représenteraient ainsi ce « standard minimum ». Néanmoins les difficultés persistantes dans l'articulation des compétences pourraient être résolues par la technique du renvoi préjudiciel).

Plusieurs éléments incitent à admettre que la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg constituent ce « standard minimum ».

Tout d'abord, dans l'arrêt *Matthews* du 18 février 1999⁵⁵, la Cour de Strasbourg avait jugé que « *la Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales pourvu que les droits garantis par la Convention continuent à être reconnus* ». Elle exigeait ainsi le maintien d'un tel niveau de protection dans les ordres juridiques européens, en posant la Convention comme un « standard minimal » de garantie des droits à l'échelon européen et comme un « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme* »⁵⁶.

Ensuite, en ce qui concerne l'Union européenne, il résulte des dispositions de la Charte des droits fondamentaux que la Convention constitue un « standard minimum ». En effet, l'article 52 § 3 de la Charte contient que Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 52 § 3 : « *Dans la mesure où la présente charte contient des droits correspondant à de droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, 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* ». Et l'article 53 de Charte fixe le niveau de protection exigé : « *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 États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres* ».

Enfin, la Cour constitutionnelle n'est pas opposée à l'idée que la Convention européenne incarne un standard minimum, puisqu'elle estime, au regard des arrêts cités, que la Convention doit être interprétée par les autorités nationales par référence à la Loi fondamentale. Dès lors la Loi fondamentale doit prévaloir lorsque ce standard ne permet plus une protection effective des droits fondamentaux.

L'articulation des compétences pourrait ainsi s'opérer sur le fondement de ce standard minimum et, en cas de difficulté persistante, le renvoi préjudiciel pourrait être mis en œuvre.

Le Conseil constitutionnel s'est longtemps refusé à exercer sa compétence à l'égard des conventions internationales qu'il s'agisse notamment de la Convention européenne des droits de l'homme ou encore du droit communautaire. Ainsi, dans l'arrêt de 1975 relatif à

⁵⁵ CEDH 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, aff. n° 24833/94, Rec. 1999-I; G. COHEN JONATHAN ET J.-F. FLAUSS, « *De l'office de la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'arrêt Matthews contre Royaume-Uni du 18 février 1999* », RUDH, 1999, p.253.

⁵⁶ CEDH 23 mars 1995, aff. *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, aff. n°15318/89, § 75.

l'IVG, le Conseil constitutionnel s'était déclaré incompétent, conformément à l'article 61 de la Constitution, pour examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international, en l'espèce aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁷. S'agissant du droit communautaire, il indiquait [conformément à l'article 88-1 de la Constitution] que « *si la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les dispositions d'une directive communautaire qu'elle n'a pas pour objet de transposer en droit interne* »⁵⁸.

Or par décision du 4 avril 2013⁵⁹, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a inauguré le premier renvoi préjudiciel à la Cour de justice en application de l'article 267 du TFUE. Il a interrogé la Cour de justice sur la question de savoir dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen (MAE), si l'absence de recours prévue par le code de procédure pénal français découlait de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen.

Au premier abord, ce renvoi pourrait surprendre, en raison de ce que la question posée par le requérant se rapportait, dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du quatrième aliéna de l'article 695-46 du code de procédure pénale. Mais en réalité, ce renvoi n'est pas que la concrétisation d'une évolution sous-jacente. Car si l'on se réfère à la décision du 27 juillet 2006 relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)⁶⁰, le Conseil constitutionnel ne semblait pas radicalement hostile au renvoi préjudiciel. Il fondait alors l'impossibilité pour lui de procéder à un tel renvoi devant la Cour de justice sur les dispositions de l'article 61 de la Constitution, lequel ne prévoyait que le contrôle *a priori* des lois, et lui imposait de statuer avant la promulgation de la loi, dans le délai prévu par cette disposition⁶¹. La mise en place de la QPC pouvait donc laisser envisager une telle évolution.

De son côté, la Cour constitutionnelle fédérale ne semble pas envisager un tel renvoi auprès de la Cour de justice de l'Union de sa propre initiative. Elle confie cette tâche aux

⁵⁷ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'Interruption volontaire de grossesse (IVG)*, Rec., p.19.

⁵⁸ Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, Rec. p.50.

⁵⁹ CC 4 avril 2013, n° 2013-314P-QPC, AJDA 2013, p.711, § 7.

⁶⁰ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)*, Rec.p.88.

⁶¹ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, DADVSI précité, § 20 : « *Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel* ».

juridictions nationales et précise, notamment, les modalités dans la décision du 4 octobre 2001⁶².

Or, dans l'arrêt du 20 septembre 2011, *Ullens De Schooten et Rezabek c. Belgique*⁶³, la Cour européenne a quelque peu contredit cette lecture, alors même que l'Union européenne n'a pas adhéré à la Convention. Si la Cour européenne rappelle que « *la Convention ne garantit pas, comme tel, un droit à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel par le juge interne devant une autre juridiction, qu'elle soit nationale ou supranationale* », elle précise que la procédure de renvoi préjudiciel « n'est pas dénuée de lien avec l'article 6 § 1 CEDH »⁶⁴. En effet la Cour européenne est d'avis que « *lorsqu'un mécanisme de renvoi préjudiciel existe, le refus d'un juge interne de poser une question préjudicielle peut, dans certaines circonstances, affecter l'équité de la procédure – même si ledit juge n'est pas appelé à se prononcer en dernière instance* »⁶⁵. La Cour exige enfin que tout refus de renvoi soit motivé⁶⁶. Une telle affirmation s'adresse aisément à la Cour constitutionnelle fédérale allemande.

Il nous semble cependant que la procédure de renvoi préjudiciel pourrait favoriser la délimitation du standard minimum au regard des systèmes juridiques en présence, en précisant l'étendue de la compétence de chacune des juridictions, qu'il s'agisse du juge constitutionnel, de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme.

En pratique, la Cour de justice serait seule compétente pour apprécier la compatibilité avec le droit de l'Union d'une disposition nationale mettant en œuvre le droit de l'Union, dès lors qu'elle n'implique pas la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne serait seule compétente en cas de renvoi, dès lors que la disposition nationale contestée comporte certes une application du droit communautaire, mais aussi celle de la Convention européenne. Mais cette proposition nécessite au préalable l'aménagement d'une procédure de renvoi préjudiciel auprès de la Cour de Strasbourg, procédure inexistante à ce jour.

Ces deux juridictions définiraient ainsi le standard minimum des droits applicables au sein de l'Union, standard que le juge constitutionnel pourrait renforcer au regard de la Constitution.

⁶² Le renvoi préjudiciel par les juridictions nationales auprès de la Cour de justice est ainsi obligatoire, lorsque si le juge national ne parvient pas à établir que le législateur allemand disposait bien d'une marge de manœuvre pour transposer les directives de l'Union européenne. Le juge national ne saurait alors saisir la Cour constitutionnelle fédérale d'un contrôle de constitutionnalité de la loi de transposition du droit de l'Union, BVerfGE du 4 octobre 2011, n° 1 BvL 3/08.

⁶³ CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens De Schooten et Rezabek c. Belgique*, Aff. n°s 3989/07 et 38353/07.

⁶⁴ CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens De Schooten*, préc. § 58.

⁶⁵ Idem, § 59.

⁶⁶ Idem, § 63.

Dès lors la Cour constitutionnelle fédérale pourrait décliner sa compétence au profit de la Cour européenne de Strasbourg, dès lors qu'il est établi que la Convention garantit une protection efficace des droits fondamentaux selon un standard équivalent à celui prévu par la Loi fondamentale.

En revanche, la Cour constitutionnelle fédérale exercerait, de nouveau, pleinement sa compétence, lorsque le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme aboutirait à une violation de l'identité constitutionnelle (*ultra vires*) de l'Allemagne. Cette solution reviendrait à transposer la jurisprudence *Honeywell* du 6 juillet 2010 relatif à l'application du droit de l'Union européenne dans l'ordre juridique allemand⁶⁷. Cette réserve est aussi celle qu'a énoncée le Conseil constitutionnel dans la décision *Kamel Daoudi* du 17 décembre 2009⁶⁸.

En définitive, la réserve ainsi formulée et relative à l'application de la Convention européenne serait alors identique à celle se rapportant à l'application du droit communautaire d'une part, et comparable à celle retenue par le Conseil constitutionnel d'autre part : la détermination de ce standard minimum rencontre comme limite l'atteinte à l'identité nationale et à l'identité constitutionnelle, telles qu'elles résultent tant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale que de celle du Conseil constitutionnel.

⁶⁷ BVerfG du 6 juillet 2010, *Honeywell*, n° 2 BvR 266/106.

⁶⁸ Décision n° 2010-79 QPC du 17 décembre 2010, *M. Kamel Daoudi*, Rec., p.406.