

Existe-t-il un droit commun des droits de l'homme au travers du dialogue entre les juridictions ?

La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'élaboration du droit international des droits de l'homme au travers de sa jurisprudence comparée, tant comme co-auteur des normes que comme « récipiendaire » des développements inaugurés par d'autres juridictions

Mémoire réalisé par
Céline Wulleman

Promoteur(s)
Olivier De Schutter

Année académique 2014-2015
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

INTRODUCTION

Dans le cadre du présent mémoire, nous nous interrogerons sur la possible formation d'un droit commun des droits de l'homme au travers du dialogue entre les juridictions et plus spécifiquement, sur la contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'élaboration du droit international des droits de l'homme par le biais de sa jurisprudence comparée, tant comme co-auteur des normes que comme « récipiendaire » des développements inaugurés par d'autres juridictions.

Le dialogue des juges consiste en l'échange d'arguments, d'interprétations, de concepts et de solutions juridiques entre juges¹. Il englobe le dialogue des jurisprudences, phénomène plus étroit qui se manifeste sous la forme de références croisées explicites à un instrument ou à une jurisprudence étrangère dans une décision de justice². La doctrine qualifie le dialogue des jurisprudences de « *chassé-croisé de références à des décisions de justice externes* »³. Phénomène plus global, le dialogue des juges inclut quant à lui, outre les interactions explicites entre les juges, les influences secrètes ou cachées, les entrevues informelles et les réseaux de juges⁴. Le dialogue des jurisprudences constitue donc la forme la plus visible du dialogue des juges. Littéralement, la notion de « dialogue » désigne une « conversation entre deux ou plusieurs personnes sur un sujet défini »⁵, ce qui implique que le dialogue des juges peut induire tant l'accord que le désaccord et peut se nouer entre deux ou plus de deux juges différents (on parle dans ce cas d'un dialogue « tri- ou multidimensionnel »)⁶. En pratique, un juge se référera donc à une ou plusieurs jurisprudences étrangères soit pour la ou les consacrer dans sa propre jurisprudence, soit *a contrario* pour s'en démarquer.

En outre, favorisé par le contexte de la mondialisation grandissante, qui se caractérise par la disparition progressive des frontières (territoriales, culturelles, sociales et économiques), le dialogue des juges tend ces dernières années à s'internationaliser⁷. En effet, on assiste aujourd'hui au décloisonnement territorial des ordres juridiques et des comportements judiciaires : les juges restent rattachés à un territoire et à une procédure spécifiques (pour les

¹ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit : arguments entre idéalisation et scepticisme », *Les sources du droit revisitées*, Vol. 3, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, p. 285.

² *Ibidem*, p. 286.

³ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », *Le dialogue des juges – Mélanges en hommage à B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 99.

⁴ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, pp. 286 et 287.

⁵ Voy. la définition du mot « dialogue » proposée par le dictionnaire Larousse.

⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 97.

⁷ *Ibidem*, p. 97.

juges étatiques) ainsi qu'à un système de normes particulier (pour les juges étatiques et les juges internationaux), mais ceux-ci sont de plus en plus enclins à s'ouvrir à d'autres juges appartenant à d'autres systèmes juridiques⁸.

Le domaine des droits fondamentaux est sans aucun doute le domaine juridique le plus propice au développement d'un dialogue entre les juges à l'échelle internationale. D'une part, l'interaction entre les juges s'impose comme une nécessité dans ce domaine en raison de la vocation universaliste des droits de l'homme et d'autre part, il s'agit d'une pratique déjà largement développée dans les faits.

En effet, le droit international des droits de l'homme se caractérise par la coexistence de plusieurs systèmes de protection qui sont indépendants les uns des autres car il n'existe pas de passerelle formelle entre eux ni entre les instruments élaborés en leur sein⁹. Pourtant, les traités que les organes de contrôle de ces systèmes de protection sont chargés d'appliquer et d'interpréter puisent leur origine dans un même instrument, la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁰. Dès lors, les droits dont ces organes sont chargés d'assurer le respect et les litiges auxquels ils sont confrontés sont globalement similaires ou du moins comparables¹¹. Par conséquent, il existe un risque non négligeable que ces différents juges interprètent de manière divergente des droits identiques ou consacrent des solutions juridiques différentes dans des situations similaires¹². Or, l'intégrité des droits de l'homme pourrait en être compromise¹³. C'est pourquoi un dialogue entre les juridictions s'impose en matière de droits fondamentaux.

En plus de s'imposer pour les raisons évoquées ci-dessus, le dialogue des juges dans le domaine des droits de l'homme est une pratique qui est déjà largement développée dans les faits¹⁴. Cela s'explique pour plusieurs raisons. Premièrement, Internet a grandement facilité la diffusion et la circulation des sources jurisprudentielles du droit international des droits de l'homme, il est

⁸ *Ibidem*, p. 97.

⁹ L. HENNEBEL, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 32.

¹⁰ O. DE SCHUTTER, *International human rights law : cases, materials, commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010., p. 31.

¹¹ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 31.

¹² *Ibidem*, p. 33.

¹³ *Ibidem*, pp. 33 et 34.

¹⁴ J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et interactions normatives dans le domaine de la protection des droits de l'homme », *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 270.

donc aujourd'hui beaucoup plus facile et plus rapide pour les juges de se tenir informés des avancées jurisprudentielles¹⁵. Ensuite, la culture judiciaire actuelle s'est adaptée au monde globalisé dans lequel on vit et privilégie désormais la méthode comparative¹⁶. En outre, de plus en plus d'ONG actives dans la défense des droits de l'homme remplissent le rôle d'*amici curiae* devant les instances et renseignent les juges au moyen de sources de droit comparé (nationales et internationales) mettant ainsi en évidence l'existence d'une pratique jurisprudentielle convergente¹⁷.

Dans le cadre du présent mémoire, nous nous intéresserons au dialogue des jurisprudences dans le domaine de la protection des droits fondamentaux puisqu'il s'agit du domaine du droit le plus favorable aux interactions entre les juges pour les raisons évoquées ci-dessus. Nous étudierons plus spécifiquement les influences réciproques entre la Cour européenne des droits de l'homme et les autres juridictions (les juridictions internationales et régionales spécialisées dans la protection des droits de l'homme mais aussi les juridictions constitutionnelles et/ou suprêmes). La question sous-jacente sera celle de l'émergence progressive d'une jurisprudence globale convergente en matière de droits de l'homme et ce faisant, d'un « *jus commune* » des droits de l'homme grâce à l'interaction entre ces différentes juridictions. Au travers d'un état des lieux, nous nous interrogerons donc sur la possibilité d'un droit uniforme ou à tout le moins « harmonisé » des droits de l'homme et d'une diminution corrélative du fractionnement *ratione temporis* (coexistence d'instruments anciens et récents), *ratione materiae* (coexistence de droits catégoriels) et *ratione loci* (coexistence non hiérarchisée de systèmes de protection universels, régionaux et nationaux) de ce droit¹⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme servant de pilier central à l'analyse qui va suivre, il paraît utile de rappeler brièvement le rôle et le fonctionnement de l'organe juridictionnel du Conseil de l'Europe.

La Cour européenne des droits de l'homme est la juridiction internationale chargée de contrôler l'application par les Etats signataires de la Convention européenne des droits de l'Homme et de ses protocoles additionnels. Elle est compétente pour se prononcer sur toute question relative à

¹⁵ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶ J.-Fr. FLAUSS, *op. cit.*, p. 271.

¹⁷ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸ Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'Homme. Questions de légitimité et de méthode », *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2012, p. 383.

l'application et/ou à l'interprétation de ces textes (article 32 CEDH)¹⁹. Elle peut être saisie aussi bien par les Etats contractants sur requête interétatique (article 33 CEDH) que par les particuliers sur requête individuelle (article 34 CEDH)²⁰. L'une et l'autre requête sont soumises à une condition de recevabilité commune, à savoir l'épuisement des voies de recours internes (article 35, § 1 CEDH)²¹. Lorsque la Cour rend un arrêt, celui-ci est obligatoire et est revêtu de l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties à l'instance²². En conséquence, si l'Etat défendeur est condamné par la Cour, il doit se conformer à l'arrêt en adoptant toutes les mesures adéquates pour mettre fin à la violation constatée (article 46, § 1 CEDH)²³. Mais l'arrêt jouit également d'une autorité plus large à l'égard des autres Etats contractants. D'une part, ils ont intérêt à mettre leur ordre juridique en conformité avec l'arrêt pour ne pas risquer d'être condamnés à leur tour par la Cour²⁴ et d'autre part, dans les Etats parties où la Convention est directement applicable, les juges internes doivent appliquer les dispositions de la Convention telles qu'elles ont été interprétées par la Cour en vertu de l'autorité de la chose interprétée²⁵.

Le travail qui suit sera structuré de la façon suivante. Une première partie sera consacrée à l'examen factuel du dialogue des juridictions dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Dans ce cadre, nous nous intéresserons dans un premier temps à la jurisprudence comparée de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire à la présence de références externes dans la jurisprudence strasbourgeoise. Dans un second temps, nous évoquerons l'influence inverse, à savoir le rayonnement international et national de la jurisprudence de la Cour européenne, en examinant les renvois explicites à la jurisprudence de Strasbourg dans l'activité des autres juridictions. Dans une deuxième partie, plus théorique, nous distinguerons les différents types de dialogues qui peuvent se nouer entre les juges dans le domaine des droits de l'homme et nous mettrons en avant les raisons de ces dialogues. Enfin, une troisième et dernière partie sera dédiée à une évaluation critique du dialogue des juges. Dans ce cadre, nous énoncerons d'abord les critiques qui peuvent être émises à l'égard de la technique du référencement externe et nous essayerons ensuite d'analyser le phénomène du point de vue de la théorie du droit.

¹⁹ R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 140.

²⁰ *Ibidem*, pp. 134 à 138.

²¹ *Ibidem*, pp. 150 à 153.

²² *Ibidem*, p. 161.

²³ *Ibidem*, p. 161.

²⁴ *Ibidem*, p. 163.

²⁵ *Ibidem*, p. 163.

PARTIE I - LE DIALOGUE DES JUGES DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX : ÉTUDE DE CAS

Chapitre 1 – La jurisprudence comparée de la Cour européenne des droits de l’homme

L’utilisation par la Cour européenne des droits de l’homme de sources externes du droit pour enrichir son interprétation de la Convention est devenue une pratique relativement ordinaire ces dernières années²⁶. On observe notamment une tendance générale de la Cour à se référer à la jurisprudence des autres juridictions. En effet, à l’instar de la plupart des autres juridictions internationales, la Cour n’a pas résisté à l’effet de la mondialisation sur le fonctionnement de la justice et prend part à un « dialogue transjudiciaire » qui se noue entre les juridictions²⁷. Bien que les références de la Cour européenne à des décisions de justice étrangères paraissent revêtir un caractère exceptionnel en comparaison au nombre total d’arrêts rendus par la Cour (plus de 1000 chaque année), il ressort de l’analyse de sa jurisprudence que la tendance actuelle est bien à l’ouverture de la Cour aux autres ordres juridiques²⁸.

L’affinité de la Cour pour la technique du référencement externe peut s’expliquer pour plusieurs raisons. Premièrement, la création du Conseil de l’Europe est le résultat d’une foi nouvelle dans le droit international et la coopération internationale, il n’est donc pas surprenant que son organe juridictionnel se tourne parfois vers des instruments de droit étranger pour l’aider dans l’interprétation et l’application de la Convention²⁹. Deuxièmement, la Cour a répété à de nombreuses reprises que la Convention était un « *instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* »³⁰. La Cour s’octroie de cette manière la liberté de changer sa propre jurisprudence, ce qui suppose une certaine ouverture aux développements inaugurés par d’autres juridictions³¹. Troisièmement, comme elle prend part à un processus plus large

²⁶ A. HALLO DE WOLF et D.H. WALLACE, « The overseas exchange of human rights jurisprudence : the U.S. Supreme Court in the European Court of Human Rights », *International Criminal Justice Review*, Vol. 19, n° 3, september 2009, p. 287.

²⁷ *Ibidem*, p. 288.

²⁸ *Ibidem*, p. 288.

²⁹ *Ibidem*, p. 289.

³⁰ Voy. notamment les arrêts de la Cour eur. D.H. suivants : *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n°5856/72, § 31 ; *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, § 41 ; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, § 60 ; *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, § 102 ; *Loizidou c. Turquie*, 18 décembre 1996, req. n° 15318/89, § 71.

³¹ A. HALLO DE WOLF et D.H. WALLACE, *op. cit.*, p. 290 ; J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme : de l’influence de différentes traditions nationales », *Rev. Trim. D.H.*, 2004, p. 109.

d'intégration européenne, la Cour ne peut pas opérer en « vase-clos » et doit prendre en compte l'activité des autres juridictions³².

C'est ce phénomène d'ouverture de la Cour européenne des droits de l'homme aux instruments internationaux, européens ou extra-européens, et nationaux que nous allons analyser dans ce premier chapitre. Nous examinerons dans un premier temps les références de la Cour européenne à la jurisprudence des autres juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l'homme (section 1). Bien qu'il existe aussi des interactions entre la Cour européenne et les juridictions internationales non spécialisées dans la protection des droits de l'homme³³, celles-ci ne feront pas l'objet d'une analyse approfondie dans le cadre de ce travail faute de temps eu égard à l'étendue du sujet. Dans un deuxième temps, nous nous pencherons sur les renvois de la Cour européenne à la jurisprudence des juridictions nationales constitutionnelles et/ou suprêmes des Etats membres et des Etats tiers au Conseil de l'Europe (section 2).

Section 1 – La Cour européenne des droits de l'homme se réfère à la jurisprudence des autres juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l'homme

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rares paraissent les références aux décisions d'autres organes internationaux spécialisés dans la protection des droits de l'homme au regard du nombre total d'arrêts rendus par la Cour à ce jour. On compte par exemple seulement une vingtaine de références explicites à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et une vingtaine d'autres références explicites à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies³⁴. Cependant, il n'est pas exclu que dans d'autres cas d'espèce la Cour européenne ait pu être influencée dans son

³² A. HALLO DE WOLF et D.H. WALLACE, *op. cit.*, p. 290.

³³ Voy. en ce sens notamment les arrêts *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* rendus respectivement par une chambre le 6 février 2003 et par la Grande Chambre le 4 février 2005 dans lesquels la Cour européenne se réfère à la jurisprudence de la Cour internationale de justice. Dans le premier arrêt (§ 103), elle renvoie à l'arrêt *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis)* et dans le second (§ 117), elle complète la première référence en citant l'arrêt *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis)*. De même, voy. en ce sens les arrêts *Al Adsani c. Royaume-Uni* (2001) et *MC c. Bulgarie* (2003) dans lesquels la Cour européenne se réfère à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (plus particulièrement, à l'affaire *Furundzija*). La Cour européenne tient aussi compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne comme élément d'interprétation du droit de la Convention européenne. Voy. en ce sens par exemple les arrêts *Burmarescu c. Roumanie* (1999), *Funke c. France* (1993), *MS c. Suède* (1997) et *Pellegrin c. France* (1999) de la Cour européenne.

³⁴ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 36, spéc. notes de bas de page n° 15 et 16.

raisonnement ou dans sa décision par la jurisprudence d'autres systèmes de protection des droits de l'homme mais sans que ces influences extérieures ne soient explicites.

Les références explicites de la Cour européenne des droits de l'homme à la jurisprudence des autres juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l'homme se manifestent sous différentes formes³⁵. Elles peuvent être invoquées comme argument comparatif par les parties ou les tiers intervenants à la cause (§ 1), être utilisées comme argument interprétatif par la Cour européenne (§ 2) ou, plus rarement, servir à mettre en évidence l'existence d'une « *pratique internationale commune* » (§ 3)

§ 1. Arguments comparatifs

Le premier mode de référencement à un autre système de protection consiste pour une partie ou un tiers intervenant à la cause à invoquer un argument comparatif destiné à mettre en avant la position d'un organe international ou régional sur une question semblable à celle que doit trancher la Cour³⁶. Le but est de convaincre la Cour de l'existence d'une « *pratique internationale commune* » dont elle ne peut se détourner³⁷. Cet état du droit comparé constitue un argument plus politique que juridique car le but est surtout de mettre en avant la position de la juridiction internationale sur la problématique, plutôt que son raisonnement juridique³⁸.

Citons à titre d'exemple l'arrêt *Vo contre France* (2004) de la Cour européenne. Ayant perdu l'enfant qu'elle portait à la suite d'une erreur médicale, une jeune vietnamienne porte plainte pour homicide involontaire commis sur le fœtus. Considérant que la loi pénale est d'interprétation stricte, la Cour de cassation française va estimer qu'un embryon humain ne peut pas être victime d'un homicide involontaire. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, se pose alors la question de savoir si l'absence de recours de nature pénale pour condamner la suppression involontaire d'un fœtus constitue un manquement de l'Etat français à son obligation positive de « *protéger par la loi* » le droit de toute personne à la vie (article 2 CEDH). L'issue dépend de savoir si l'on reconnaît au fœtus la qualité de « personne », c'est-à-dire de sujet de droit, au sens de l'article 2. Le Centre des droits génésiques, tiers intervenant à la cause, estime qu'un fœtus ne peut pas être considéré comme une « personne » à défaut de fondement juridique à cette fin. Pour conforter son point de vue, il cite une série de textes

³⁵ *Ibidem*, p. 37.

³⁶ *Ibidem*, p. 38.

³⁷ *Ibidem*, p. 38.

³⁸ *Ibidem*, p. 38.

régionaux et internationaux, dont l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui ne précise pas si le droit à la vie est garanti à un fœtus mais qui doit être lu en combinaison avec la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui insiste constamment sur les dangers liés aux avortements pratiqués illégalement. De plus, l'article 4 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme consacre un droit à la vie dès la conception bien qu'il ne s'agisse pas d'un droit absolu et la Commission interaméricaine des droits de l'homme a déjà jugé, dans l'affaire *Baby boy v. United States*, que l'article 4 ne s'opposait pas à la législation fédérale libérale sur l'avortement³⁹.

Il est difficile, voire impossible, d'évaluer l'influence de cet argument comparatif sur le raisonnement de la Cour parce que, même si la requérante a finalement été déboutée, la Cour n'a pas tranché explicitement la question de l'applicabilité de l'article 2 de la CEDH à un fœtus. Elle a simplement jugé que la France n'avait pas manqué à son obligation de protéger par la loi le droit à la vie au motif que le droit français offrait à la requérante un moyen de recours efficace sous la forme d'une action en responsabilité qui lui aurait permis d'établir la faute du médecin en cause et d'obtenir réparation de l'intégralité du dommage. Des poursuites pénales ne s'imposaient donc pas.

Un second exemple d'argument comparatif peut être trouvé dans l'arrêt *Aydin contre Turquie* (1997). La Cour devait se prononcer sur la question de savoir si un viol commis sur une détenue par un agent de l'Etat ou un représentant de l'autorité devait être qualifié de torture au sens de l'article 3 de la Convention. L'affaire concernait une jeune femme turque de dix-sept ans au moment des faits qui, lors de sa détention par les forces de sécurité turques, avait été violée et soumise à différentes formes de mauvais traitements. Dans ses observations, Amnesty International a plaidé en faveur de l'assimilation du viol d'une prisonnière à un acte de torture au sens de l'article 3 de la Convention. A cette fin, l'ONG s'est basée sur plusieurs documents internationaux pertinents, dont la décision *Fernando and Raquel Mejia v. Peru* de la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui concernait des faits similaires et où la Commission avait conclu à la violation de l'article 5, § 2 de la Convention américaine protégeant l'intégrité des personnes détenues⁴⁰. Sur cette question, la Cour européenne va estimer qu'un viol pratiqué sur une femme détenue est en soi constitutif de torture et

³⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00, §§ 60 et s.

⁴⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94, § 51.

répréhensible en vertu de l'article 3 de la Convention, mais sans se référer explicitement à l'argument d'Amnesty International.

Ici, à nouveau, l'influence potentielle de l'argument de droit comparé invoqué par Amnesty International sur la décision de la Cour n'est pas connue puisque la Cour ne reprend pas explicitement cet argument dans le cadre de sa motivation.

A travers ces exemples, nous pouvons constater que lorsqu'un argument comparatif est invoqué par une partie ou par un tiers intervenant, il est repris par la Cour dans une partie spécifique de son arrêt (par exemple, sous la rubrique « textes internationaux » ou « tierces interventions ») ou alors il est brièvement reproduit par la Cour lorsqu'elle retrace les arguments des parties, mais en général il est difficile de déterminer si la Cour en a tenu compte dans son raisonnement et dans l'affirmative, quel a été son degré d'influence sur la décision de la Cour : elle peut avoir été négative comme positive, marginale comme substantielle⁴¹.

§ 2. Arguments interprétatifs

La Cour européenne peut s'appuyer sur les instruments ou la jurisprudence d'autres systèmes de protection des droits de l'homme en vue de légitimer une interprétation extensive ou dynamique de la Convention ou en vue de renforcer l'interprétation de certaines règles de procédure⁴². Elle peut le faire, soit de sa propre initiative, soit à la demande d'une des parties ou d'un tiers intervenant à la cause⁴³.

Dans l'arrêt *Burghartz contre Suisse* (1994), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le nom d'une personne faisait partie de sa vie privée et familiale et était à ce titre protégé par l'article 8 de la Convention. De ce fait, la Cour a consacré un véritable droit au nom. Pour justifier son interprétation extensive de l'article 8 de la Convention, la Cour s'est référée à l'article 24, § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 18 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui, contrairement à l'article 8 de la Convention européenne, consacrent tous deux expressément le droit de chaque individu à avoir un nom⁴⁴.

⁴¹ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 37.

⁴² *Ibidem*, pp. 39 et 41.

⁴³ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, req. n° 16213/90, § 24.

De même, dans l'affaire *S. contre Suisse* (1991), la Cour européenne a interprété largement l'article 6, § 3, c) de la Convention, qui consacre le droit de tout accusé d'être assisté par un avocat, comme comprenant également le droit de s'entretenir sans entrave avec son conseil. S'appuyant sur l'article 8, § 2, d) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui précise explicitement que l'accusé a le droit de communiquer avec son avocat librement et sans témoin, la Cour européenne a jugé que « *le droit, pour l'accusé, de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers figure parmi les exigences élémentaires du procès équitable dans une société démocratique et découle de l'article 6.3.c de la Convention. Si un avocat ne pouvait s'entretenir avec son client sans une telle surveillance et en recevoir des instructions confidentielles, son assistance perdrait beaucoup de son utilité, alors que le but de la Convention consiste à protéger des droits concrets et effectifs.* »⁴⁵.

Sur un plan procédural cette fois, la Cour européenne rappelle, dans son arrêt *Akdivar et autres contre Turquie* (1996), que l'article 26 de la Convention qui contient la règle de l'épuisement des voies de recours internes prévoit une répartition de la charge de la preuve entre le gouvernement de l'Etat en cause, d'une part, et le requérant, d'autre part : lorsque le gouvernement soutenant le non-épuisement a prouvé qu'un recours non épuisé était disponible et effectif, c'est-à-dire accessible, susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentant des perspectives raisonnables de succès, c'est au tour du requérant de démontrer que le recours était en réalité épuisé ou ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause ou que certaines circonstances particulières le dispensaient de cette obligation⁴⁶. Pour soutenir son interprétation élargie de l'article 26 de la Convention, la Cour se réfère à l'arrêt *Velasquez v. Honduras* de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁴⁷.

Dans cette hypothèse-ci, contrairement à l'argument comparatif, l'influence de l'argument interprétatif sur le raisonnement ou la décision de la Cour est incontestable. Lorsque la Cour cite des textes internationaux pour justifier une certaine interprétation qu'elle retient de la Convention, que ce soit spontanément ou à la demande d'une partie ou d'un tiers intervenant, elle le fait de manière explicite dans la partie « En droit » de l'arrêt (sous la rubrique « Examen par la Cour » ou « Appréciation par la Cour »). Il est donc certain que l'argument a été pris en considération par la Cour et qu'il a exercé une influence, positive ou négative, sur le

⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *S. c. Suisse*, 28 novembre 1991, req. n° 12629/87, § 48.

⁴⁶ L. HENNEBEL, *op. cit.*, pp. 41 et 42.

⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1998, req. n° 21893/93, § 68.

raisonnement de la Cour. Cependant, la mesure exacte de cette influence est parfois difficile à évaluer.

Il arrive également que la Cour européenne utilise un argument interprétatif *a contrario*, c'est-à-dire qu'elle cite l'instrument ou la jurisprudence d'un autre système de protection dans le but de s'en démarquer⁴⁸.

C'est par exemple le cas dans l'arrêt *Assanidzé contre Géorgie* (2004). La Cour devait déterminer si la responsabilité de l'Etat pouvait être mise en cause pour des violations commises sur le territoire de la République autonome d'Abkhazie. La Cour a jugé que la Géorgie pouvait être tenue responsable de ces violations en argumentant que, contrairement à l'article 28 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, « *la Convention européenne ne renferme aucune « clause fédérale » qui relativiserait les obligations de l'Etat fédéral s'agissant de faits survenus sur le territoire d'un Etat fédéré* »⁴⁹.

Il en est de même dans l'arrêt *Cruz Varas et autres contre Suède* (1991). En vertu de l'article 36 de son règlement intérieur, la Commission européenne des droits de l'homme avait adressé au gouvernement suédois une demande de non expulsion des requérants. Suite à l'extradition des requérants vers le Chili, la Cour européenne a dû déterminer si la Suède, en ne respectant pas la mesure provisoire indiquée par la Commission, avait violé son obligation de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours des requérants consacrée à l'article 34 de la Convention. La Cour va estimer que contrairement à l'article 63 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui rend explicitement la Cour interaméricaine compétente pour ordonner des mesures provisoires, l'article 34 de la Convention européenne ne contient aucune clause explicite en la matière et ne permet donc pas à la Cour ni à la Commission d'ordonner des mesures provisoires juridiquement obligatoires⁵⁰.

Toutefois, depuis lors, la Cour européenne a opéré un revirement de jurisprudence radical dans deux arrêts : l'arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic contre Turquie* (2003) et l'arrêt *Mamatkulov et Askarov contre Turquie* (2005). Dans ces deux arrêts, la Cour a estimé qu'en extradant les requérants malgré la mesure provisoire indiquée par elle sur base de l'article 39 de son règlement intérieur, la Turquie avait violé l'article 34 de la Convention européenne et en particulier, son obligation de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours individuel

⁴⁸ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, req. n° 71503/01, § 141.

⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, req. n° 15576/89, § 94.

des requérants. Par là, la Cour affirme le caractère contraignant des mesures provisoires prononcées par elle ou par la Commission en vertu de leur règlement respectif⁵¹. Dans l'arrêt *Mamatkulov et Askarov contre Turquie* qui confirme le revirement de jurisprudence opéré dans le premier arrêt, la Cour se réfère au « *droit et à la pratique internationaux pertinents* » et cite à ce titre la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la Cour internationale de Justice, et la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁵².

§ 3. Examen de droit comparé par la Cour

Plus rarement, il arrive que la Cour européenne procède de son propre chef à un examen de droit comparé lorsqu'elle décide de se prononcer sur une question précise en recherchant une « *pratique internationale commune* » ou en dressant un état des lieux du « *droit et de la pratique internes et internationaux des Etats* »⁵³. Par là, elle entend souligner l'importance d'un principe qu'elle énonce en affirmant son statut de « *norme internationalement acceptée* »⁵⁴.

Par exemple, dans l'arrêt *Soering contre Royaume-Uni* (1989), la Cour devait se prononcer sur la question de savoir si l'extradition du requérant depuis l'Angleterre vers les Etats-Unis où il risquait d'être condamné à la peine de mort et dès lors, d'être exposé au « syndrome du couloir de la mort », emportait la violation par l'Angleterre de l'article 3 de la Convention qui prohibe la torture et les traitements inhumains ou dégradants. Dans la partie de l'arrêt consacrée à l'applicabilité de l'article 3 à l'extradition, la Cour européenne rappelle que l'interdiction de la torture ne souffre aucune dérogation et précise que cette interdiction absolue de la torture est une « *norme internationalement acceptée* »⁵⁵. A cette fin, elle cite le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

De même, dans l'arrêt *Ocalan contre Turquie* (2005), la Cour insiste sur la nécessité de respecter les règles du procès équitable en cas de condamnation à la peine de mort. Pour soutenir son propos, elle se réfère à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et à la jurisprudence consultative et contentieuse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sous le titre « *Le droit et la pratique internes et internationaux des Etats* ». Elle se

⁵¹ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 44.

⁵² Cour eur. D.H., arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, req. n° 46827/99 et 46951/99, §§ 40 à 53.

⁵³ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88, § 88.

réfère notamment aux affaires *Reid c. Jamaïque* et *Daniel Mbenge c. Zaire* du Comité des droits de l'homme des Nations Unies en précisant que « le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a observé qu'en cas de violation des garanties d'un procès équitable exposées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'exécution d'une sentence de mort ne serait pas conforme à l'article 6, § 2 du Pacte qui définit les circonstances dans lesquelles la peine capitale peut être exécutée. »⁵⁶. Elle ajoute également que « la Cour interaméricaine des droits de l'homme a examiné les incidences des garanties du procès équitable sur l'article 4 de la Convention américaine des droits de l'homme, qui autorise la peine capitale dans certaines circonstances »⁵⁷, avant de renvoyer à l'arrêt *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago* de la Cour interaméricaine.

Lorsque la Cour européenne recourt de son propre chef au droit comparé dans le but de prouver l'existence d'une « pratique internationale commune » ou d'une « norme internationalement acceptée », elle accorde à l'argument comparatif une place centrale dans sa décision. Il s'agit de l'emploi de l'argument comparatif doté de la plus grande force de persuasion et dont l'influence positive et substantielle sur la construction de l'arrêt est indéniable.

Section 2 – La Cour européenne des droits de l'homme se réfère à la jurisprudence des juridictions nationales (constitutionnelles et/ou suprêmes)

L'ouverture de la Cour européenne des droits de l'homme à des sources extérieures à la Convention se caractérise surtout par la prise en considération de sources internationales⁵⁸. Il arrive cependant aussi, bien que le phénomène soit plus rare, que la Cour se réfère dans sa jurisprudence à des décisions de juridictions suprêmes ou constitutionnelles nationales, d'un Etat partie (§ 1) ou non (§ 2) à la Convention⁵⁹.

§ 1. Références à la jurisprudence des Etats membres du Conseil de l'Europe

Lorsqu'elle interprète la Convention, et plus spécialement quand elle doit se prononcer sur une question sensible ou controversée, la Cour recherche l'existence d'un consensus parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe⁶⁰. Pour ce faire, elle entreprend une comparaison des droits

⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Ocalan c. Turquie*, 12 mai 2005, req. n° 46221/99, § 60.

⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Ocalan c. Turquie*, *précité*, § 60.

⁵⁸ J.-Fr. FLAUSS, *op. cit.*, p. 271.

⁵⁹ G. COHEN-JONATHAN, « Avant-propos », *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 27.

⁶⁰ *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, pp. 9 et 10.

internes des Etats contractants. Dans son examen, elle prend également en compte la jurisprudence et les valeurs communes aux Etats membres.

La notion de consensus est utilisée par la Cour européenne pour permettre l'évolution des dispositions de la Convention au travers de sa jurisprudence⁶¹. En effet, le contenu de la Convention n'est pas figé, il est appelé à évoluer en fonction des progrès juridiques, sociaux et scientifiques des sociétés européennes⁶². La Cour le rappelle constamment dans sa jurisprudence quand elle qualifie la Convention d'« *instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* »⁶³. La Convention elle-même précise dans son préambule qu'elle a été adoptée en vue notamment de permettre le développement des droits de l'homme⁶⁴. L'existence d'un consensus au sein des Etats membres est donc un argument utilisé par la Cour pour légitimer les évolutions dans le domaine des droits de l'homme et faciliter leur consécration par les Etats contractants dans leur droit national⁶⁵.

La jurisprudence strasbourgeoise contient de nombreux exemples où la Cour européenne s'est appuyée sur l'existence d'un consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe pour justifier une interprétation extensive ou dynamique de la Convention⁶⁶.

Citons à titre d'exemple l'affaire *Dudgeon contre Royaume-Uni* (1981) dans le cadre de laquelle la Cour européenne a condamné la répression pénale des relations homosexuelles entre adultes consentants. Elle explique ainsi : « *On comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption de ces lois et l'on témoigne donc de plus de tolérance envers lui : dans la grande majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe, on a cessé de croire que les pratiques du genre examinées ici appellent par elles-mêmes une répression pénale* »⁶⁷.

Parfois, il arrive également que la Cour n'arrive pas à dégager un consensus clair entre les Etats contractants sur une question juridique mais qu'elle relève néanmoins l'existence de tendances générales⁶⁸.

⁶¹ *Ibidem*, p. 12.

⁶² *Ibidem*, p. 13.

⁶³ *Ibidem*, p. 12.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 12.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 14.

⁶⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76, § 60.

⁶⁸ *Dialogue entre juges*, *op. cit.*, p. 15.

Par exemple, dans l'arrêt *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* (1981), la Cour européenne s'est d'abord référée à un arrêt antérieur dans lequel elle avait mis en évidence l'émergence progressive d'un consensus au sein des Etats membres quant à la reconnaissance juridique du changement de sexe. Elle a ajouté ensuite que : « Dans l'affaire *Sheffield et Horsham* [c. *Royaume-Uni*], (...) [la Cour] mit l'accent sur l'absence d'une démarche européenne commune quant à la manière de traiter les répercussions que la reconnaissance juridique des changements de sexe pouvait avoir dans d'autres domaines du droit tels que le mariage, la filiation ou la protection de la vie privée ou des données. Si cela semble demeurer le cas, l'absence de pareille démarche commune entre les quarante-trois Etats contractants n'est guère surprenante, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques. (...) Aussi la Cour attache-t-elle moins d'importance à l'absence d'éléments indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés. »⁶⁹.

Enfin, quand la Cour constate l'absence d'une approche juridique commune aux Etats membres, elle considère qu'elle ne peut pas imposer à l'Etat défendeur une solution déterminée⁷⁰. Elle laisse alors à ce dernier une marge d'appréciation nationale.

Par exemple, dans l'arrêt *T. contre Royaume-Uni* (1999), la Cour s'est prononcée sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. Après avoir examiné les droits nationaux des Etats membres, la Cour établit le constat suivant : « Il n'existe pas encore en Europe d'assentiment sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. (...) La Cour estime qu'il n'existe à ce jour aucune norme commune précise au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'âge minimum de la responsabilité pénale. ». Sur base de ce constat, elle conclut de la manière suivante: « La Cour conclut que l'imputation de la responsabilité pénale au requérant n'emporte pas en soi la violation de l'article 3 de la Convention »⁷¹.

Plus récemment, la Cour a procédé dans plusieurs arrêts à une comparaison des droits nationaux sur la question de l'euthanasie, et plus précisément du suicide assisté, afin de rechercher l'existence d'un consensus.

⁶⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95, § 85.

⁷⁰ *Dialogue entre juges*, op. cit., p. 16.

⁷¹ Cour eur. D.H., arrêt *T. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, req. n° 24724/94, § 72.

Par exemple, dans l'arrêt *Haas contre Suisse*⁷² (2011), la Cour a dû se prononcer sur la question de savoir si, en vertu du droit à la vie privée, une personne malade voulant mettre fin à ses jours sans douleur et sans risque d'échec pouvait se procurer à cette fin une substance létale sans ordonnance médicale, par dérogation à la loi en vigueur. Le requérant, souffrant d'un grave trouble affectif bipolaire, accusait l'Etat suisse d'avoir violé son droit de mettre fin à ses jours de manière sûre et digne en raison des conditions strictes prévues par la loi suisse pour pouvoir obtenir la substance létale en question. Dans son arrêt, la Cour européenne a conclu à la non-violation de l'article 8 de la CEDH. Pour ce faire, elle a procédé à une comparaison des droits étatiques des Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question du suicide assisté afin de voir s'il s'en dégageait un consensus. Elle a relevé que si l'assistance au suicide avait été dépénalisée dans certains Etats membres, la grande majorité des Etats membres ne reconnaissait pas encore le droit au suicide assisté, accordant plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre un terme. En l'absence de consensus en la matière, les Etats membres jouissent d'une large marge d'appréciation dans ce domaine⁷³. Dès lors, la Suisse n'a pas méconnu le droit à la vie privée du requérant en exigeant la présentation d'une ordonnance médicale, délivrée à la suite d'une expertise psychiatrique complète, en vue d'obtenir la substance létale.

De même, dans une très récente affaire *Vincent Lambert contre France*⁷⁴ (2015), l'absence de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe sur la question du suicide assisté a amené la Cour à conclure à la non-violation par la France de l'article 2 de la CEDH (droit à la vie). Un recours avait été introduit devant la Cour européenne des droits de l'homme contre une décision du Conseil d'Etat français du 24 juin 2014 autorisant l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation artificielles de Vincent Lambert, un jeune homme devenu tétraplégique à la suite d'un accident de la route survenu en 2008. La Cour devait examiner si l'Etat français avait respecté son obligation positive de protéger le droit de toute personne à la vie en autorisant la mise en œuvre de la décision du Conseil d'Etat. La Cour va constater qu'il n'existe aucun consensus entre les Etats membres concernant l'arrêt d'un traitement maintenant une personne artificiellement en vie. Par conséquent, les Etats membres disposent d'une large marge de

⁷² *Fiche thématique - Fin de vie et Convention européenne des droits de l'homme*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Unité de la Presse, juillet 2015, pp. 1 et 2.

⁷³ Cour eur. D.H., arrêt *Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011, req. n° 31322/07, § 55.

⁷⁴ *Affaire Lambert et autres c. France : il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas de mise en œuvre de la décision du Conseil d'Etat du 24 juin 2014*, CEDH 185 (2015), Communiqué de presse du greffier de la Cour, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 5 juin 2015, spéc. p. 1.

manœuvre en la matière⁷⁵. Estimant que le cadre législatif prévu par le droit interne était conforme à l'article 2 de la CEDH et que l'affaire avait l'objet d'un examen approfondi, toutes les parties ayant pu faire valoir leur point de vue, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 2 de la CEDH.

On remarque que plus le consensus autour d'une question est large, plus la marge d'appréciation laissée aux Etats membres est étroite⁷⁶. A l'inverse, en l'absence de consensus, la Cour opte pour la retenue et laisse aux Etats membres une plus grande marge de manœuvre⁷⁷. Il arrive aussi que la Cour adopte une position qui ne fait pas l'objet d'un consensus. Dans ce cas-là, elle est réputée faire preuve d'un certain activisme judiciaire⁷⁸.

§ 2. Références à la jurisprudence des Etats tiers au Conseil de l'Europe

Ces dernières années, la Cour s'est ouverte à la jurisprudence des juridictions suprêmes ou constitutionnelles d'Etats tiers au Conseil de l'Europe. C'est un phénomène récent qui date d'il y a une quinzaine d'années seulement⁷⁹. L'ouverture tardive de la Cour aux sources jurisprudentielles extra-européennes s'explique par l'importance historique du rôle joué par la Cour dans le cadre de la construction européenne et la nécessité d'affirmer dans un premier temps son identité et la spécificité des droits consacrés dans la Convention⁸⁰. Aujourd'hui, ayant acquis une autorité et une légitimité suffisantes, la Cour ose se montrer plus réceptive aux influences extérieures, même lorsqu'elles proviennent d'au-delà des frontières du continent européen⁸¹.

Lorsqu'elle cite la jurisprudence d'Etats tiers au Conseil de l'Europe, la Cour se réfère presque exclusivement à la jurisprudence des juridictions suprêmes des pays de Common Law⁸², tels que les Etats-Unis, le Canada, l'Australie⁸³, la Nouvelle-Zélande⁸⁴ et l'Afrique du Sud⁸⁵, avec

⁷⁵ Cour eur. D.H., arrêt Vincent Lambert et autres c. France, 5 juin 2015, req. n° 46043/14, §§ 146 et 168.

⁷⁶ *Dialogue entre juges*, op. cit., p. 13.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁹ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis dans le contentieux européen des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2005, p. 317.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 325.

⁸¹ *Ibidem*, p. 325.

⁸² J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme... », op. cit., p. 273.

⁸³ Cour eur. D.H., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, 8 juillet 2002, req. n° 28957/95.

⁸⁴ Cour eur. D.H., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni, *précité*.

⁸⁵ Cour eur. D.H., arrêt Ocalan c. Turquie, 12 mars 2003, req. n° 46221/99.

une préférence plus marquée pour la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis (A) et celle de la Cour suprême du Canada (B).

A. Les références à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis

Les références à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis dans le contentieux européen des droits de l'homme deviennent plus nombreuses et occupent une place plus importante dans le raisonnement de la Cour européenne depuis quelques années. Parmi les facteurs qui expliquent l'attention grandissante portée à la jurisprudence américaine, on peut citer le prestige dont jouit la Cour suprême des Etats-Unis et l'autorité juridique qui s'attachent aux décisions qu'elle rend mais aussi la propension de plus en plus marquée des requérants et des tiers intervenants à invoquer la jurisprudence américaine à l'appui de leurs arguments, notamment parce que la quasi-totalité des ONG tiers intervenantes sont anglo-saxonnes et ont leur siège aux Etats-Unis⁸⁶. Le fait également qu'un juge ou qu'un greffier présente une proximité intellectuelle avec le droit américain ou ait suivi une formation académique aux Etats-Unis peut jouer un rôle dans la prise en considération de la jurisprudence américaine⁸⁷.

Ces références à la jurisprudence américaine peuvent se présenter sous trois formes : la jurisprudence américaine peut être citée par les parties dans leurs conclusions, par les juges dissidents ou concordants dans leur opinion séparée, ou par les juges de la majorité dans la motivation de l'arrêt⁸⁸.

Le plus souvent, ce sont les requérants qui citent de la jurisprudence américaine à l'appui des griefs qu'ils formulent⁸⁹. Les passages pertinents des arrêts invoqués sont reproduits de manière synthétique, voire sommaire, par la Cour lorsqu'elle présente les arguments des parties ou sont répertoriés dans une sous-section spécifique de la partie « En fait » de l'arrêt (intitulée « La jurisprudence des autres Etats » ou encore « Le droit et la pratique internes et internationaux pertinents »), mais en général ces références ne sont pas prises en compte par la Cour dans le cadre de sa motivation⁹⁰. Dans ces conditions, il n'est pas garanti que l'argument comparatif invoqué par les parties ait exercé une quelconque influence sur le raisonnement de la Cour⁹¹.

⁸⁶ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 326.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 326.

⁸⁸ A. HALLO DE WOLF et D. H. WALLACE, *op. cit.*, pp. 290 à 293.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 291.

⁹⁰ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, pp. 317 et 321 à 323.

⁹¹ A. HALLO DE WOLF et D. H. WALLACE, *op. cit.*, p. 291.

C'est sous cette forme-là que les premières références explicites à l'activité de la Cour suprême des Etats-Unis sont apparues dans la jurisprudence de la Cour européenne au début des années quatre-vingt⁹².

Par exemple, dans l'arrêt *Welch contre Royaume-Uni* (1995) de la Cour européenne, le requérant estimait que les ordonnances de confiscation prises à son encontre relevaient du domaine de la peine et non de la réparation ou de la prévention et faisait valoir à cette fin que lesdites ordonnances de confiscation avaient été considérées comme revêtant un caractère punitif dans plusieurs arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis à propos d'une législation similaire (*Austin v. the United States* et *Alexander v. the United States*)⁹³.

De même, dans les arrêts *Refah Partisi et autres contre Turquie* (2001 et 2003), les requérants soutenaient que la dissolution du Refah (un parti politique turc aux activités jugées inconstitutionnelles) était contraire aux articles 10 et 11 de la CEDH en ce qu'elle n'était ni fondée sur un besoin social impérieux ni nécessaire dans une société démocratique et que celle-ci ne se justifiait pas non plus au regard du critère de « danger manifeste et immédiat » établi par la Cour suprême des Etats-Unis⁹⁴.

Citons également l'arrêt *Vergos contre Grèce* (2004) où la position de la Cour suprême des Etats-Unis en matière de liberté de religion a été reprise explicitement dans une partie de l'arrêt réservée à cet effet (« Position de la Cour suprême des Etats-Unis » dans la rubrique intitulée « Le droit et la pratique internes et internationaux pertinents »). On peut y lire que la Cour suprême des Etats-Unis distingue dans sa jurisprudence sur la liberté de religion une catégorie de lois particulières qualifiées de lois « apparemment neutres » (*facially neutral laws*). Ces lois ne sont pas en elles-mêmes destinées à réguler une pratique religieuse mais peuvent indirectement entraîner des restrictions à l'exercice de la liberté de culte car elles peuvent imposer un comportement incompatible avec une pratique religieuse ou interdire un comportement exigé par les rites d'une religion. A ce sujet, la Cour suprême considère que « *La jurisprudence admet avec fermeté que le droit à un libre exercice de la religion ne soustrait jamais un individu à son obligation de se soumettre à une loi valide et neutre d'application générale au motif que cette loi proscriit (ou prescrit) un comportement que sa religion prescrit*

⁹² J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 317.

⁹³ Cour eur. D.H., arrêt *Welch c. Royaume-Uni*, 9 février 1995, req. n° 17440/90, § 23.

⁹⁴ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 322, spéc. note de bas de page n° 17.

(ou proscrit) »⁹⁵. Il est ensuite renvoyé aux arrêts *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, *United States v. Lee*, et *Braufeld v. Brown* de la Cour suprême américaine.

On peut également trouver des renvois aux arrêts de la Cour suprême américaine dans les opinions séparées des juges de Strasbourg, la plupart du temps dans les opinions dissidentes⁹⁶. C'est donc essentiellement dans une perspective de contestation et/ou de critique de la solution adoptée par la Cour européenne que les juges dissidents sollicitent la jurisprudence américaine⁹⁷. Jusqu'à présent, l'appel aux décisions de la Cour suprême a surtout servi à critiquer une jurisprudence trop restrictive de la Cour européenne sur deux questions : les limites à la liberté d'expression et le droit au silence de l'accusé⁹⁸.

Dans l'affaire *Observer et Guardian contre Royaume-Uni* (1991), deux journaux britanniques faisaient valoir que les injonctions provisoires prononcées à leur encontre par les juridictions anglaises - celles-ci leur interdisant de publier des extraits du livre *Spycatcher* jusqu'à l'issue du procès au fond - portaient atteinte à leur liberté d'expression (article 10 CEDH). Les injonctions avaient été prises à des fins de sécurité publique et afin de garantir l'autorité du pouvoir judiciaire. Finalement, la Cour a conclu à la non-violation de l'article 10 de la CEDH au motif que les injonctions étaient nécessaires dans une société démocratique et qu'elles étaient proportionnées à l'objectif poursuivi par les autorités nationales. Ce faisant, la Cour a admis que les Etats puissent pratiquer un régime préventif en matière de presse⁹⁹.

Dans une opinion partiellement dissidente, le juge Morenilla opposa à la Cour européenne une vision plus « absolutiste » de la liberté d'expression défendue par la Cour suprême des Etats-Unis dans sa jurisprudence¹⁰⁰. Il explique que la Cour suprême a toujours considéré que le premier amendement de la Constitution américaine empêchait les restrictions préalables à la liberté d'expression et qu'elle a toujours soumis à des conditions très strictes la possibilité de prononcer des restrictions préalables à la publication d'informations sur des questions touchant à la sécurité nationale. Le juge espagnol cite ensuite un certain nombre de décisions rendues par la Cour suprême des Etats-Unis sur cette question, tels les arrêts *Near v. Minnesota* (1931), *New-York Times Co. Ltd v. the United States* (1971), *Landmark Communications Inc. v. Virginia* (1978), *Nebraska Association v. Stuart* (1976), et *US v. The Progressive* (1979). Dans

⁹⁵ Cour eur. D.H., arrêt Vergos c. Grèce, 24 juin 2004, req. n° 65501/01, § 25.

⁹⁶ A. HALLO DE WOLF et D. H. WALLACE, *op. cit.*, p. 292.

⁹⁷ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 318.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 319.

⁹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, req. n° 13585/88.

¹⁰⁰ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 319.

toutes ces affaires qui concernaient une interdiction préalable de publication d'informations dans un but de sécurité nationale, la Cour suprême a conclu à l'inconstitutionnalité de la mesure. Dans l'arrêt *Nebraska*, la Cour suprême précise que « *le lien unissant toutes ces affaires est que les restrictions préalables à l'expression ou à la publication constituent l'atteinte la plus grave et la moins tolérable aux droits garantis par le premier amendement (...). Une restriction préalable, par contraste et par définition, a une sanction immédiate et irréversible. Si l'on peut dire qu'une menace de sanction pénale ou civile postérieure à la publication « refroidit » l'expression, les restrictions préalables la « gèlent », au moins pour un temps* »¹⁰¹.

De même, dans le cadre de l'affaire *John Murray contre Royaume-Uni* (1996), le juge irlandais Wlsh cite dans son opinion dissidente les arrêts *Griffin v. State of California* et *Miranda v. Arizona* de la Cour suprême des Etats-Unis dans lesquels la Cour a jugé que le cinquième amendement de la Constitution américaine qui consacre le droit de l'accusé à ne pas s'auto-incriminer garantit aussi le « *droit de garder le silence, sauf si, dans l'exercice sans entraves de son libre arbitre, l'intéressé choisit de parler* ». Cela vaut aussi bien lors des interrogatoires, que lors de la détention et de la comparution de l'accusé devant le tribunal¹⁰².

Enfin, dans quelques arrêts plus récents, la Cour européenne a franchi une étape supplémentaire en invoquant de son propre chef de la jurisprudence américaine à l'appui de son raisonnement dans le cadre de la motivation de son arrêt¹⁰³. A quelques exceptions près, la jurisprudence américaine est utilisée par la Cour à titre confortatif, c'est-à-dire pour consolider une certaine interprétation que la Cour retient de la Convention, mais il est déjà arrivé dans des arrêts plus récents que la Cour utilise la jurisprudence américaine pour retenir une interprétation de la Convention débouchant sur un constat de violation¹⁰⁴.

Dans l'arrêt *Fayed contre Royaume-Uni* (1994), la Cour européenne a estimé que l'article 6, § 1 de la Convention ne s'appliquait pas à l'enquête menée par les inspecteurs au sujet des requérants ni à la publication du rapport d'enquête. L'impossibilité pour les requérants d'introduire, avant et après la publication du rapport d'enquête, une action judiciaire pour contester les constats des inspecteurs ne portait pas atteinte à leur « droit à un tribunal » au sens

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 320, spéc. note de bas de page n° 14.

¹⁰² Cour eur. D.H., arrêt *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, req. n° 18731/91, opinion en partie dissidente de M. le juge Walsh, à laquelle MM. Les juges Makarczyk et Lohmus déclarent se rallier, § 3.

¹⁰³ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 323.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 324.

de cet article¹⁰⁵. En se référant à une analyse analogue de la fonction de la Commission fédérale des droits civils par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Hannah v. Larche*, la Cour européenne a considéré que les « *inspecteurs avaient, en pratique comme en théorie, essentiellement une mission d'investigation* »¹⁰⁶.

Dans un arrêt plus récent, *Jalloh contre Allemagne* (2006), la Cour a jugé que les éléments de preuve recueillis au moyen d'actes pouvant être qualifiés de torture ou de traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la CEDH ne pouvaient pas être utilisés à des fins probatoires contre la victime de ces actes dans le cadre d'une procédure pénale¹⁰⁷. Selon la Cour, « *toute autre conclusion ne ferait que légitimer indirectement le type de conduite moralement répréhensible que les auteurs de l'article 3 de la Convention ont cherché à interdire ou, comme l'a si bien dit la Cour suprême des Etats-Unis dans son arrêt en l'affaire Rochin v. Californie, « à conférer une apparence de légalité à la brutalité* » »¹⁰⁸.

B. Les références à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada

D'un point de vue quantitatif, la présence de la jurisprudence canadienne dans les arrêts de la Cour est comparable à celle de la jurisprudence américaine. Néanmoins, d'un point de vue qualitatif, l'influence de la jurisprudence canadienne sur le raisonnement de la Cour est plus significative que celle de la jurisprudence américaine¹⁰⁹. En effet, à plusieurs reprises, les références à la jurisprudence de la Cour suprême canadienne ont joué un rôle décisif dans le constat de violation établi par la Cour et elles ont même été à l'origine d'un revirement de jurisprudence¹¹⁰. Cela s'explique peut-être parce que la Charte canadienne des droits et libertés présente de nombreuses similitudes avec la Convention européenne¹¹¹.

Dans l'arrêt *Allan contre Royaume-Uni* (2005), la Cour européenne devait se prononcer sur la question de savoir si le recours par la police à des informateurs dans le but d'obtenir des éléments de preuve à charge de personnes placées en détention violait le droit au silence de ces dernières (article 6, § 1 de la CEDH)¹¹². Prenant appui sur trois décisions de la Cour suprême

¹⁰⁵ A. HALLO DE WOLF et D. H. WALLACE, *op. cit.*, p. 297 ; J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 324, spéc. note de bas de page n° 19.

¹⁰⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, req. n° 17101/90, § 61.

¹⁰⁷ A. HALLO DE WOLF et D. H. WALLACE, *op. cit.*, p. 298.

¹⁰⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Jalloh c. Allemagne*, 11 juillet 2006, req. n° 54810/00, § 105.

¹⁰⁹ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, pp. 329 et 330.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 330.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 331.

¹¹² *Ibidem*, pp. 328 et 329, spéc. note de bas de page n° 34.

du Canada (*R c. Hebert, R c. Broyles et R c. Liew*), détaillées dans la partie « En fait » de l'arrêt (§§ 30 à 32), la Cour européenne statue de la façon suivante: « *Pour rechercher si le droit de garder le silence est compromis au point qu'il y ait violation de l'article 6 de la Convention, il faut examiner l'ensemble des circonstances d'une affaire. Les décisions de la Cour suprême du Canada (...) peuvent cependant fournir des indications à cet égard (...). La Cour suprême du Canada a estimé que, lorsque l'informateur qui aurait agi pour contourner le droit pour l'accusé de garder le silence n'était pas de toute évidence un agent de l'Etat, l'analyse doit s'attacher à la fois à la relation entre l'informateur et l'Etat, d'une part, et à la relation entre l'informateur et l'accusé, d'autre part : le droit de garder le silence ne sera méconnu que si l'informateur a agi en qualité d'agent de l'Etat au moment où l'accusé a formulé la déclaration et si c'est l'informateur qui l'a amené à le faire. Pour savoir si l'informateur peut être considéré comme un agent de l'Etat, il faut se demander si l'échange qui a eu lieu entre l'accusé et lui se serait produit, sous la même forme et de la même manière, si les autorités n'étaient pas intervenues. Afin de déterminer s'il y a lieu de considérer que l'informateur a soutiré les informations en question, il faut rechercher si la conversation qu'il a eue avec l'accusé équivalait en fait à un interrogatoire ; il faut aussi se pencher sur la nature de la relation entre l'informateur et l'accusé.* »¹¹³. La Cour européenne va ensuite appliquer les critères développés par la Cour suprême du Canada aux circonstances de l'espèce et conclure à la violation de l'article 6, § 1 de la CEDH.

Dans l'affaire *Hirst contre Royaume-Uni* (2004), s'agissant du point de savoir si la sanction privant du droit de vote des personnes condamnées à une peine de perpétuité était compatible avec l'article 3 du Protocole n° 1, la Cour européenne s'est ralliée à un arrêt *Sauvé* n° 2 rendu par la Cour suprême du Canada dont plusieurs passages ont été reproduits dans la partie « En fait » de l'arrêt de la Cour européenne (§ 25). Dans ce jugement, la Cour suprême du Canada a jugé inconstitutionnelle une disposition de la loi électorale canadienne privant du droit de vote toute personne condamnée à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus¹¹⁴. Dans la partie « En droit » de son arrêt, la Cour européenne approuve la condamnation par la Cour suprême de la déchéance automatique et généralisée du droit de vote des détenus. Elle « *juge très convaincants les arguments avancés par la majorité dans l'affaire Sauvé selon lesquels la privation du droit de vote va en réalité à l'encontre de la réadaptation du contrevenant pour*

¹¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Allan c. Royaume-Uni*, 5 novembre 2002, req. n° 48539/99, § 51.

¹¹⁴ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 329, spéc. note de bas de page n° 34.

*en faire de nouveau un membre de la société respectueux de la loi, et sape l'autorité de celle-ci en tant qu'elle est élaborée par un organe législatif dont les membres sont élus par la collectivité dans son ensemble »*¹¹⁵. Cet arrêt, rendu par la Cour européenne le 30 mars 2004, a été renvoyé devant la Grande Chambre qui, dans un arrêt rendu le 6 octobre 2005, confirme le constat de violation de l'article 3 du Protocole n° 1 établi par la Cour en 2004.

Chapitre 2 – Le rayonnement international et national de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme est devenue une institution incontournable dans le domaine des droits fondamentaux. Le nombre de références à la jurisprudence européenne dans les jugements des autres juridictions n'a fait qu'augmenter ces dernières années. A tel point que, pour évoquer le phénomène, certains auteurs de doctrine n'hésitent pas à parler du « *rayonnement international* » de la jurisprudence de la Cour européenne¹¹⁶. Mais les juridictions internationales ne sont pas les seules concernées, les juridictions nationales constitutionnelles et/ou suprêmes aussi se montrent enthousiastes envers la jurisprudence européenne. Les raisons pour lesquelles les juges se réfèrent à l'activité de la Cour européenne sont variées et dépendent d'une juridiction à une autre mais globalement, on doit cet engouement pour la jurisprudence européenne à l'autorité de la Cour européenne par rapport aux autres institutions du droit international des droits de l'homme et à la force persuasive de ses jugements.

Dans ce second chapitre, nous allons nous intéresser à la présence de la jurisprudence de Strasbourg devant les autres juridictions. Tout d'abord, nous allons examiner les références au contentieux européen des droits de l'homme dans la jurisprudence des juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l'homme (section 1). Ensuite, nous évoquerons la prise en considération de la jurisprudence européenne par les juridictions nationales constitutionnelles et/ou suprêmes (section 2).

¹¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Hirst c. Royaume-Uni*, 30 mars 2004, req. n° 74025/01, §§ 45 et 46.

¹¹⁶ Voy. en ce sens G. COHEN-JONATHAN et J.-Fr. FLAUSS, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Section 1 – Les juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l’homme se réfèrent à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme

Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme est désormais bien établi¹¹⁷. Le phénomène n’est pas nouveau mais il s’est accru ces quinze dernières années : les références aux arrêts de la Cour de Strasbourg sont de plus en plus nombreuses dans la jurisprudence des juridictions internationales, surtout dans celle des juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l’homme¹¹⁸.

L’attraction des instances internationales pour la jurisprudence strasbourgeoise s’explique en raison de la position historique de la Cour dans le domaine des droits fondamentaux qui lui confère un certain degré d’autorité et de légitimité, de l’ancienneté et de l’étendue de ses arrêts, de la qualité de sa méthode d’interprétation et de ses raisonnements, et du nombre important d’opinions séparées qui viennent enrichir ses arrêts¹¹⁹. De plus, même si la Cour n’exerce pas réellement une fonction consultative et qu’elle statue toujours *in concreto*, elle met de plus en plus en évidence dans ses arrêts des enseignements de portée générale, conférant ainsi à sa jurisprudence un caractère « objectif »¹²⁰. En outre, la Cour participe très activement et depuis longtemps à l’élaboration d’un *jus gentium* des droits de l’homme, c’est-à-dire d’un « noyau dur » des droits de l’homme, qualifié de principes généraux du droit international des droits de l’homme¹²¹.

Cependant, toutes les juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l’homme ne font pas un usage équivalent du référencement croisé. Certaines y sont plus favorables que d’autres¹²². Afin de donner un aperçu général du recours à la technique du référencement croisé par les juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits fondamentaux, nous allons évoquer la pratique de la Cour interaméricaine des droits de l’homme (§ 1) et celle du Comité des droits de l’homme des Nations-Unies (§ 2). Nous avons choisi de ne pas évoquer la pratique de la Cour africaine des droits de l’homme parce que cette

¹¹⁷ J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme... », *op. cit.*, p. 268.

¹¹⁸ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 27.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹²¹ *Ibidem*, p. 17.

¹²² J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme... », *op. cit.*, p. 268.

dernière n'est opérationnelle que depuis 2009¹²³. Par conséquent, son nombre encore restreint d'arrêts rend difficile l'analyse de sa jurisprudence comparée. Concernant la Commission africaine des droits de l'homme par contre, Elisabeth Lambert-Abdelgawad constate que « *le « rayonnement » de la Cour européenne (...), aussi réel soit-il, reste limité. Les références sont peu nombreuses et ponctuelles* »¹²⁴. Toutefois, il est probable que la situation évolue avec la Cour africaine, notamment parce que celle-ci est dotée d'une compétence consultative¹²⁵.

§ 1. La pratique de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

La technique du référencement croisé occupe une place centrale dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : elle utilise le référencement externe de manière explicite et quasi-systématique comme méthode d'interprétation de la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹²⁶. A cette fin, la Cour interaméricaine s'appuie sur un grand nombre de traités et de jurisprudences universels et régionaux, dont la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence strasbourgeoise¹²⁷.

La méthode comparative est surtout employée par la Cour interaméricaine dans le cadre de l'exercice de sa fonction consultative. Les références à l'état du droit européen, universel et africain sont constantes et occupent une place centrale dans ses avis consultatifs¹²⁸. Un exemple parmi de nombreux autres, l'avis consultatif n° 18 du 17 septembre 2003¹²⁹ dans lequel la Cour interaméricaine reprend telle quelle la définition du principe d'égalité et de non-discrimination proposée par la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁰.

La Cour interaméricaine recourt également fréquemment au référencement croisé dans ses arrêts contentieux mais de façon moins régulière et moins méthodique¹³¹. Concrètement, dans sa jurisprudence contentieuse, la majorité des références externes sont des références à la jurisprudence de la Cour européenne¹³².

¹²³ S. BELHASSEN, « Préface », *Guide pratique. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples vers la Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, Paris, FIDH, avril 2010, p. 5.

¹²⁴ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹²⁶ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 54.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 59 et 60.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 60.

¹²⁹ Cour interam. D.H., avis consultatif **Condición Jurídica y Derechos** de los Migrantes Indocumentados, 17 septembre 2003, OC-18/03, Série A. n° 18, §§ 82 à 96.

¹³⁰ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 60.

¹³¹ *Ibidem*, p. 60.

¹³² *Ibidem*, p. 60.

Par exemple, dans plusieurs décisions¹³³, la Commission et la Cour interaméricaines ont été amenées à se prononcer sur les notions de « torture » et de « traitements cruels, inhumains ou dégradants »¹³⁴. Elles se sont alors référées aux définitions contenues dans la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture et dans la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Or, ces conventions reprennent en fait les critères mis en évidence par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire Grecque* (1969) et par la Commission et la Cour européennes dans l'arrêt *Irlande contre Royaume-Uni* (1978)¹³⁵. En outre, en matière de torture, la Cour interaméricaine cite explicitement la jurisprudence de la Cour européenne pour souligner le fait qu'il existe « un véritable régime juridique international de prohibition absolue de toutes formes de torture »¹³⁶.

De même, la jurisprudence de la Cour européenne sur le régime des réserves en matière de traités relatifs aux droits de l'homme a été reprise en grande partie par la Cour interaméricaine¹³⁷. Cette dernière s'est surtout inspirée de l'enseignement tiré de l'arrêt *Belilos contre Suisse*¹³⁸ (1988) dans lequel la Cour européenne insiste sur la spécificité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme par rapport au droit international classique. Ainsi, la Cour européenne rappelle que les Conventions relatives aux droits de l'homme consacrent des obligations objectives qui ne sont pas soumises à des conditions de réciprocité. Ce sont des obligations « intégrales » dans le sens où elles doivent être garanties par l'Etat en cause à tous les individus qui se trouvent sous sa juridiction, de manière uniforme et sans discrimination¹³⁹. Par conséquent, certains principes du droit international consacrés dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, tels que le régime des réserves, doivent être écartés dans le domaine des droits fondamentaux car ils vont à l'encontre de cet objectif¹⁴⁰. Plus concrètement, dans l'arrêt *Belilos*, la Cour européenne a invalidé des réserves jugées trop générales ou « destructrices de fin »¹⁴¹.

¹³³ Voy. notamment : Cour interam. D.H., arrêt *Maritza c. Guatemala*, 27 novembre 2003, Série C. n° 103 ; Cour interam. D.H., arrêt *Benavides c. Pérou*, 18 août 2000, Série C. n° 69 ; Commission interam. D.H., affaire 11.634 (*Fondo Jailton Neri Da Fonseca*) c. Brésil, 11 mars 2004, Fond, Rapport n° 33/04, Rapport annuel 2004, § 63.

¹³⁴ L. HENNEBL, *op. cit.*, p. 61.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 61.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 61.

¹³⁷ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, pp. 14 et 15.

¹³⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, req. n° 10328/83.

¹³⁹ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 14.

Dans sa décision *Bronstein contre Pérou*¹⁴² (1999), la Cour interaméricaine reprend l'enseignement de l'arrêt *Belilos* pour démontrer la singularité des Conventions et des institutions relatives aux droits de l'homme¹⁴³. Elle s'appuie également sur l'arrêt *Loizidou contre Turquie*¹⁴⁴ (1995), dans lequel la Cour européenne avait sanctionné la réserve procédurale émise par la Turquie sur la compétence *ratione loci* de la Cour (article 1^{er} de la Convention), afin de faire la distinction entre le règlement des différends dans le cadre interétatique et dans le cadre des droits fondamentaux¹⁴⁵.

On constate donc qu'une grande partie de la jurisprudence interaméricaine est construite sur base d'une absorption jurisprudentielle des principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁶. L'usage de la technique du référencement croisé par la Cour interaméricaine dépasse le cadre strict de l'interprétation : plus qu'une méthode d'interprétation de la Convention américaine, elle s'inscrit dans la philosophie du droit interaméricain des droits de l'homme qui tend à envisager le droit international des droits de l'homme comme un ensemble de droits homogènes et cohérents, un *corpus juris* de droits universels¹⁴⁷.

On l'a vu, au travers de sa jurisprudence, la Cour interaméricaine préconise une conception universaliste du droit international des droits de l'homme. Elle participe activement au processus d'humanisation du droit international qui induit l'émergence d'un *jus gentium* des droits de l'homme, c'est-à-dire d'un ensemble de principes généraux du droit international des droits de l'homme qui vont s'appliquer de manière universelle à tous les êtres humains (le « noyau dur » des droits de l'homme)¹⁴⁸. Elle justifie cette démarche par l'unité de la nature humaine et le caractère universel des droits et libertés garantis dans les différents instruments de protection¹⁴⁹. En conséquence, la technique du référencement croisé, en plus de conférer force persuasive, autorité et légitimité aux décisions de la Cour interaméricaine, lui permet de mettre en pratique sa conception universaliste du droit international des droits de l'homme¹⁵⁰.

¹⁴² Cour interam. D.H., arrêt *Bronstein c. Pérou*, 24 septembre 1999, série C. n° 54.

¹⁴³ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Loizidou c. Turquie*, 28 juillet 1998, req. n° 15318/89.

¹⁴⁵ G. COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 15.

¹⁴⁶ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁴⁸ A. CACADO TRINDADE, « Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 2004, p. 180.

¹⁴⁹ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 68.

§ 2. La pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, quant à lui, recourt au référencement externe avec plus de réserve et évite le plus souvent de mentionner ses sources¹⁵¹. Son usage du référencement croisé est comparable à celui qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme : il est le plus souvent indirect et informel¹⁵². Cette retenue du Comité envers la jurisprudence étrangère peut s'expliquer pour de multiples raisons : le caractère universel et non régional du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de son organe de contrôle, la volonté de ne pas privilégier une approche trop occidentale dans l'interprétation des droits du Pacte, le budget limité du Comité qui réduit les possibilités d'examen comparé, et la concision de ses constations qui laisse peu de place pour un examen juridique approfondi¹⁵³.

Les références du Comité à la jurisprudence de la Cour européenne se manifestent sous trois formes¹⁵⁴ : les parties devant le Comité renvoient à la jurisprudence européenne (A), le Comité se réfère explicitement à la jurisprudence européenne dans ses constations (B), et le Comité agit en tant qu'instance internationale de recours (C).

A. Les parties devant le Comité renvoient à la jurisprudence européenne

La majorité des références du Comité à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont suggérées par les parties. Le plus souvent, le Comité ne reprend pas ces références dans son dispositif, il est donc difficile de déterminer si elles ont eu une influence quelconque sur son raisonnement¹⁵⁵.

Par exemple, dans l'affaire *Malcolm Ross contre Canada*¹⁵⁶ (2000), un enseignant canadien invoquait la violation par le Canada des articles 18 et 19 du Pacte en raison des sanctions qui avaient été prises à son encontre pour ses écrits considérés comme « antijuifs ». Dans sa communication, le requérant se référait à l'arrêt *Vogt contre Allemagne*¹⁵⁷ (2005) dans lequel la Cour européenne avait conclu à la violation par l'Etat allemand des articles 10 (liberté

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 46.

¹⁵² M. BOSSUYT et O. LINS, « La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme de Nations Unies », *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 84 et 85.

¹⁵³ L. HENNEBEL, *op. cit.*, pp. 46 et 47.

¹⁵⁴ M. BOSSUYT et O. LINS, *op. cit.*, pp. 86 et 87.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 87.

¹⁵⁶ Com. D.H., *Malcolm Ross c. Canada*, 18 octobre 2000, communication n° 736/1997, § 5.3.

¹⁵⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, req. n° 17851/91.

d'expression) et 11 (liberté d'association et de réunion) de la Convention pour avoir poursuivi disciplinairement une enseignante allemande au motif qu'elle menait des activités politiques auprès d'un parti communiste qui n'étaient pas compatibles avec son statut de fonctionnaire public. Le requérant mettait en avant la similarité du cas d'espèce avec l'affaire *Vogt*, tandis que l'Etat défenseur quant à lui répliquait que l'affaire *Vogt* se différenciait en plusieurs points de l'affaire devant le Comité¹⁵⁸. Dans son dispositif, le Comité n'a fait aucune référence à la jurisprudence invoquée. Il a estimé par ailleurs que les libertés d'expression et de religion n'avaient pas été violées par l'Allemagne.

De même, dans une série d'affaires impliquant la Jamaïque (*George Osbourne contre Jamaïque*, *Higginson contre Jamaïque*, et *Enrol Pryce contre Jamaïque*)¹⁵⁹, les requérants comparaient leur situation à l'affaire *Tyrer contre Royaume-Uni*¹⁶⁰ (1978) dans le cadre de laquelle la Cour européenne avait jugé que le châtiment judiciaire corporel infligé à la victime violait l'article 3 de la Convention européenne. Dans leurs requêtes, les requérants soutenaient que l'usage d'une canne de tamarin pour flageller un individu était une punition similaire à celle qui avait été condamnée par la Cour européenne et qu'elle emportait dès lors la violation de l'article 7 du Pacte. Dans ses constatations, le Comité a adopté une position équivalente à celle de la Cour européenne, sans toutefois mentionner explicitement le précédent européen.

B. Le Comité se réfère explicitement à la jurisprudence européenne

Plus exceptionnellement, il est déjà arrivé que le Comité se réfère explicitement à la jurisprudence de la Cour européenne dans son dispositif. Cette deuxième forme d'interaction est la plus importante parce qu'elle témoigne d'une réelle influence de la jurisprudence de Strasbourg sur celle du Comité¹⁶¹. Ce sont des cas où le Comité va prendre effectivement en considération un arrêt de la Cour européenne lorsque celle-ci s'est prononcée dans une affaire semblable et va l'examiner en détails avant de prendre sa décision¹⁶². Que le Comité se rallie ou non *in fine* à la solution retenue par la Cour, il justifie sa décision à la lumière de l'arrêt de la Cour, comme s'il s'estimait tenu par le précédent européen¹⁶³. Cette forme d'interaction se

¹⁵⁸ Com. D.H., Malcolm Ross c. Canada, 18 octobre 2000, communication n° 736/1997, § 6.13.

¹⁵⁹ Com. D.H., George Osbourne c. Jamaïque, 13 avril 2000, communication n° 759/1997 ; Com. D.H., Higginson c. Jamaïque, 29 avril 2002, communication n° 792/1998 ; Com. D.H., Enrol Pryce c. Jamaïque, 13 mai 2004, communication n° 793/1998.

¹⁶⁰ Cour eur. D.H., arrêt Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, req. n° 5856/72.

¹⁶¹ M. BOSSUYT et O. LINS, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶² *Ibidem*, p. 88.

¹⁶³ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 49.

produit généralement lorsque le Comité doit se prononcer sur des violations graves des droits de l'homme ou des violations de certaines garanties procédurales¹⁶⁴.

La plupart des affaires sur lesquelles le Comité s'est prononcé en s'appuyant expressément sur la jurisprudence la Cour européenne concernent le phénomène des « couloirs de la mort ». A partir de 1987, le Comité a dû traiter un nombre important de plaintes de condamnés à mort introduites contre les Etats-Unis et certains pays des Caraïbes¹⁶⁵. Les requérants invoquaient la violation de leurs droits garantis par le Pacte, principalement des articles 6 et 7 du Pacte, en raison d'une procédure judiciaire défailante, de l'incertitude quant au moment de l'exécution de la peine ou de la longueur de la durée de leur détention dans les cellules de la mort¹⁶⁶.

Par exemple, dans l'affaire *Kindler contre Canada*¹⁶⁷, le Comité devait se prononcer sur le point de savoir si l'extradition d'un condamné à mort vers les Etats-Unis où il risquait d'être exécuté suite à sa condamnation à mort par un jury américain constituait une violation de l'article 7 du Pacte. Fidèle à sa jurisprudence en la matière, le Comité rappelle d'abord que la longueur de la durée de détention dans une cellule de la mort ne constitue pas en soi une violation du Pacte. Il énonce ensuite, en se référant explicitement à l'arrêt rendu par la Cour européenne dans l'affaire *Soering contre Royaume-Uni*¹⁶⁸ (1989), quels sont les critères à prendre en considération dans chaque cas d'espèce pour déterminer si la peine de mort est contraire ou non à l'interdiction de la torture. Pour ce faire, il faut tenir compte des caractéristiques personnelles du condamné à mort, des conditions de sa détention dans le « couloir de la mort » et de la méthode d'exécution. Le Comité répète ensuite qu'il a accordé une grande attention à l'arrêt *Soering* mais il souligne cependant qu'il existe des différences importantes entre les deux affaires. Les faits diffèrent surtout en ce qui concerne l'âge et l'état mental des condamnés à mort ainsi qu'en ce qui concerne les conditions de leur détention dans l'aile des condamnés à mort. Le Comité ajoute que le conseil du requérant n'a pas fait parvenir d'observations quant aux conditions de détention en Pennsylvanie. Il n'a pas non plus parlé de la possibilité d'un retard prolongé dans l'exécution de la peine ni du mode d'exécution. Pour terminer, le Comité met en évidence une différence essentielle qui existe entre les deux affaires : dans le cadre de l'affaire *Soering*, une demande simultanée d'extradition avait été déposée par un autre Etat dans lequel la peine de

¹⁶⁴ M. BOSSUYT et O. LINS, *op. cit.*, p. 88.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 88 et 89.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 89.

¹⁶⁷ Com. D.H., Joseph Kindler c. Canada, 30 juillet 1993, communication n° 470/1991, §§ 15.2, 15.3 et 16.

¹⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88.

mort n'allait pas être infligée au requérant. En raison de ces différences, le Comité a considéré en l'espèce qu'il n'y avait pas de violation de l'article 7 du Pacte.

La particularité ici réside dans la comparaison explicite que le Comité entreprend entre les faits de l'espèce sur lesquels il doit se prononcer et l'arrêt *Soering* de la Cour européenne¹⁶⁹. Il agit comme s'il se sentait « obligé » de justifier sa décision par rapport au précédent européen.

C. Le Comité agit en tant qu'instance internationale de recours

Enfin, le Comité intervient parfois en tant qu'instance internationale de recours quand il est saisi d'une affaire ayant été rejetée au préalable par la Commission ou la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷⁰. En vertu de l'article 5, § 2 du premier Protocole facultatif au Pacte civil, seul l'examen simultané d'une même affaire par deux instances internationales d'enquête ou de règlement est interdit, ce qui signifie qu'un requérant est autorisé à s'adresser au Comité après la clôture de la procédure européenne¹⁷¹. Cependant, la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe ont émis une réserve au sujet du § 2 de l'article 5 lorsqu'ils ont ratifié le Protocole facultatif, rendant ainsi le Comité incompétent pour examiner une requête individuelle relative à une affaire ayant été soumise au préalable à une autre instance internationale¹⁷².

Toutefois, la Belgique et les Pays-Bas n'ont pas formulé de réserve à cet égard, privilégiant le droit des particuliers de soumettre leur requête aussi bien à la Cour européenne qu'au Comité¹⁷³.

Par exemple, dans l'affaire *Coeriel et Aurik contre Pays-Bas*¹⁷⁴, le Comité devait examiner une requête qui avait été déclarée mal fondée par la Commission européenne des droits de l'homme le 2 juillet 1992. Dans ses constatations datant du 31 octobre 1994, le Comité a donné raison au requérant, sans expliquer toutefois les raisons l'ayant conduit à emprunter une voie opposée à celle de la Commission¹⁷⁵.

¹⁶⁹ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 49.

¹⁷⁰ M. BOSSUYT et O. LINS, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 96.

¹⁷² *Ibidem*, p. 96.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 97.

¹⁷⁴ Com. D.H., A. R. Coeriel et M. A. R. Aurik c. Pays-Bas, 31 octobre 1994, communication n° 453/1991.

¹⁷⁵ M. BOSSUYT et O. LINS, *op. cit.*, p. 98.

Section 2 – Les juridictions nationales (constitutionnelles et/ou suprêmes) se réfèrent à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme

Les juridictions nationales supérieures sont également concernées par le rayonnement de la jurisprudence européenne. On constate de nombreuses références à celle-ci dans la jurisprudence des cours suprêmes et/ou constitutionnelles des Etats membres du Conseil de l’Europe (§ 1) mais aussi des Etats tiers au Conseil de l’Europe, européens et extra-européens (§ 2).

§ 1. Les Etats membres du Conseil de l’Europe se réfèrent à la jurisprudence européenne

La prise en compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme par les Cours constitutionnelles et/ou suprêmes des Etats membres du Conseil de l’Europe est une pratique courante¹⁷⁶. Ces dernières se réfèrent fréquemment aux arrêts de la Cour, parfois même à des arrêts non encore définitifs, en reprenant les solutions arrêtées par la Cour ou son interprétation des dispositions de la Convention¹⁷⁷. Ces références à la jurisprudence strasbourgeoise s’expliquent principalement en raison de l’autorité relative de la chose jugée et de l’autorité de la chose interprétée qui s’attachent aux arrêts de la Cour européenne.

En effet, en vertu de l’article 46, § 1 de la Convention, les arrêts de la Cour sont obligatoires et sont revêtus de l’autorité de la chose jugée¹⁷⁸. L’autorité de la chose jugée est toutefois relative dans le sens où seules les parties à l’instance sont liées par l’arrêt rendu et uniquement dans les limites de ce qui a été définitivement tranché par la Cour¹⁷⁹. Par conséquent, lorsque l’Etat défendeur est condamné par la Cour, il doit se conformer à l’arrêt rendu en adoptant les mesures nécessaires pour mettre fin à la violation constatée¹⁸⁰. Lorsque la violation trouve sa source dans une loi, une réglementation, une jurisprudence ou une pratique générale, l’Etat condamné doit donc la modifier, la supprimer, voire l’abroger¹⁸¹. Cette obligation découle de l’article 1^{er} de la Convention qui impose aux Etats de mettre leur droit interne en conformité avec la

¹⁷⁶ J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme... », *op. cit.*, p. 265. Voy. également pour une vue d’ensemble sur le sujet : D. SYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l’homme et le juge constitutionnel national*, Thèse, Université Robert Schuman de Strasbourg, 2002.

¹⁷⁷ J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme... », *op. cit.*, p. 266.

¹⁷⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international et européen des droits de l’homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 315.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 315.

¹⁸⁰ R. ERGEC, *op. cit.*, p. 161.

¹⁸¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 318.

Convention ainsi que de l'obligation d'exécution de bonne foi des arrêts de la Cour¹⁸². En outre, si l'Etat ne prend pas les mesures adéquates, il risque de faire l'objet d'une nouvelle condamnation par la Cour¹⁸³.

Au-delà de l'autorité relative de la chose jugée, les arrêts de la Cour revêtent une autorité plus large à l'égard des autres Etats parties à la Convention¹⁸⁴. En effet, ceux-ci sont invités à mettre leur ordre juridique en conformité avec les arrêts de la Cour pour ne pas risquer d'être condamnés à leur tour¹⁸⁵. De plus, dans les Etats contractants où la Convention est directement applicable, les juges nationaux doivent appliquer les dispositions de la Convention telles qu'elles ont été interprétées par la Cour. Cette autorité élargie qui s'attache aux arrêts de la Cour est appelée l'« autorité de la chose interprétée »¹⁸⁶. Elle ressort de l'article 32 de la Convention qui reconnaît la compétence de la Cour non seulement pour appliquer mais aussi pour interpréter la Convention¹⁸⁷. Les Etats ont donc délibérément consenti à la compétence de la Cour tenant à l'interprétation de la Convention, ce qui signifie qu'ils reconnaissent que le texte de la Convention ne peut être lu qu'à la lumière de la jurisprudence de la Cour¹⁸⁸. Quand ils appliquent les dispositions de la Convention, les Etats parties doivent dès lors tenir compte de la jurisprudence de la Cour. Même s'il ne s'agit pas d'une autorité de la chose jugée *erga omnes*, l'autorité de la chose interprétée est une autorité de la chose jugée *de facto* qui s'impose indirectement¹⁸⁹. En effet, formellement, le juge national n'est pas tenu de se conformer à l'interprétation de la Convention délivrée par la Cour mais s'il méconnaît cette interprétation dans son application de la Convention, il risque d'engager la responsabilité conventionnelle de l'Etat¹⁹⁰.

Les juges nationaux qui sont amenés à appliquer une disposition directement applicable de la Convention doivent donc appliquer celle-ci telle qu'elle a été interprétée par la Cour européenne. On comprend dès lors la présence de nombreuses références à la jurisprudence strasbourgeoise dans les arrêts des juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe.

¹⁸² *Ibidem*, p. 318.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 318.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 319.

¹⁸⁵ R. ERGEC, *op. cit.*, p. 163.

¹⁸⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 319 et 320.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 320.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 320.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 320.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 321.

En Belgique, on trouve la première référence explicite à la jurisprudence de la Cour européenne dans un arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 1989¹⁹¹. La Cour de cassation dit explicitement dans sa motivation qu'elle est liée par la jurisprudence de la Cour européenne : « *Attendu qu'en approuvant, par la loi du 13 mai 1955, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, la Belgique a reconnu à la Cour européenne des droits de l'homme la mission d'interpréter ladite Convention. Attendu que, par arrêt du 30 mars 1989 en cause Lamy, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le recours à un tribunal, prévu par l'article 5, § 4 précité, suppose une procédure qui offre au conseil de l'inculpé détenu, la possibilité d'obtenir, en vue de la comparution devant la chambre du conseil, communication des pièces relatives à la confirmation du mandat d'arrêt. Attendu qu'il ressort de l'arrêt attaqué que, malgré sa demande, le conseil de l'inculpé n'a eu cette possibilité ni devant la chambre du conseil, ni devant la chambre des mises en accusation. Que le moyen est fondé.* »¹⁹².

De même, les arrêts de la Cour constitutionnelle belge contiennent de nombreuses références expresses à la jurisprudence européenne¹⁹³. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises sa loyauté envers les enseignements de Strasbourg¹⁹⁴. Par exemple, dans son arrêt du 14 février 2013¹⁹⁵ au sujet de la constitutionnalité de la loi « Salduz », la Cour constitutionnelle considère que l'article 47bis, § 6 du Code d'instruction criminelle « *n'est en principe pas compatible avec le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'il est interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle juge en effet que le droit du suspect à ne pas être contraint de participer à sa propre incrimination et son droit de garder le silence, au respect desquels participe le droit à l'assistance de l'avocat, présupposent que l'accusation soit fondée sur d'autres éléments de preuve que ceux qui ont été obtenus en violation de ces droits. Ces derniers doivent dès lors être exclus des éléments sur la base desquels le juge est amené à fonder la condamnation* »¹⁹⁶.

¹⁹¹ Cass., 10 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 330.

¹⁹² S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 322 et 323.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 323.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 323.

¹⁹⁵ C.C., 14 février 2013, n° 7/2013.

¹⁹⁶ C.C., 14 février 2013, n° 7/2013, B.59 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 314, 315 et 323.

§ 2. Les Etats tiers au Conseil de l'Europe se réfèrent à la jurisprudence européenne

La jurisprudence de la Cour européenne influence également la jurisprudence des juridictions supérieures d'Etats tiers à la Convention (J.-F. Flauss qualifie le phénomène de « rayonnement extra-muros national »¹⁹⁷ de la jurisprudence européenne). Bien que moins étudiée, cette influence ne peut toutefois pas être considérée comme marginale¹⁹⁸. Par exemple, il n'est pas étonnant que les Etats candidats à l'adhésion au Conseil de l'Europe et à la Convention européenne appliquent parfois par anticipation la jurisprudence de la Cour¹⁹⁹. Il est en de même concernant les Etats tiers au Conseil de l'Europe sur le territoire desquels la Convention est néanmoins applicable en tout ou en partie parce que, constitutionnellement ou internationalement, le droit de la Convention fait partie de leur ordre juridique interne²⁰⁰.

Les références à la jurisprudence de Strasbourg dans les décisions des juridictions d'Etats tiers situés en dehors du continent européen sont quant à elles plus rares mais elles ne sont pas inexistantes²⁰¹.

Ce sont principalement les juridictions suprêmes des pays membres du Commonwealth britannique qui se réfèrent à la jurisprudence européenne²⁰². Cela s'explique par le poids de la tradition juridique. En effet, certaines de ces anciennes colonies britanniques étaient soumises à la Convention européenne avant leur indépendance en vertu de la clause d'extension et lorsqu'elles ont acquis leur indépendance, elles se sont inspirées du contenu de la Convention pour rédiger leur charte constitutionnelle des droits et libertés. Il est donc naturel qu'elles s'inspirent de la jurisprudence de la Cour européenne dans l'application et l'interprétation de leurs droits fondamentaux²⁰³.

C'est notamment le cas du Canada. Il arrive fréquemment que la Cour suprême du Canada s'appuie sur des arrêts de la Cour européenne en vue de légitimer une certaine interprétation de

¹⁹⁷ J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 268.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 266.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 266.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 266. Sur ce point, voy. par exemple : L. FAVOREU, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine », *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

²⁰¹ J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 266.

²⁰² *Ibidem*, p. 267.

²⁰³ *Ibidem*, p. 267.

la Charte canadienne des droits et libertés²⁰⁴. L'attitude normale pour les juges canadiens est de se référer à leur propre jurisprudence, à la jurisprudence américaine ou à la jurisprudence des autres pays du Commonwealth²⁰⁵ mais depuis que le Canada s'est doté d'un nouveau catalogue de droits fondamentaux et que celui-ci a été intégré dans la Constitution en 1982, les juges constitutionnels canadiens tendent à privilégier une nouvelle méthode d'interprétation qui consiste à se référer d'avantage aux instruments internationaux auxquels le Canada n'a pas adhéré, et essentiellement à la Convention européenne²⁰⁶. Bien que n'étant pas liés par la Convention européenne ni par la jurisprudence européenne, les juges y voient des éléments « *pertinents et persuasifs* » sur lesquels se baser dans l'interprétation de la Charte²⁰⁷. Cette utilisation du droit européen par la Cour suprême canadienne s'explique principalement par le lien de parenté qui existe entre la Charte canadienne des droits et libertés et la Convention européenne²⁰⁸. En effet, le Constituant canadien s'est inspiré de la Convention lors de l'élaboration de la Charte (les auteurs de doctrine parlent de « *contexte d'énonciation* » ou de « *contexte d'adoption* »²⁰⁹). Ce lien de parenté est souligné par trois éléments : la similarité du langage entre les deux instruments, la référence à la Convention dans les travaux parlementaires, et la référence à la Convention dans les ébauches ayant abouties au texte définitif de la Charte²¹⁰. L'enthousiasme de la Cour suprême canadienne pour la jurisprudence européenne s'explique aussi parce que les jugements des deux cours se ressemblent beaucoup, tant au niveau de la qualité et de la profondeur du raisonnement qu'au niveau des sujets abordés²¹¹.

Par exemple, l'influence de la jurisprudence européenne sur la jurisprudence suprême canadienne a été considérable concernant les limites juridictionnelles des droits fondamentaux consacrés dans la Charte²¹². L'article 1^{er} de la Charte énonce trois conditions à la limitation des droits et libertés consacrés dans la Charte : les limites doivent être prévues par la loi, elles

²⁰⁴ R. BENTIROU, « La pénétration de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le contentieux des Cours suprêmes nord-américaines : exemple du Canada et des Etats-Unis », *Revue des Mutations du droit*, janvier 2011, p. 4.

²⁰⁵ R. BENTIROU, *op. cit.*, pp. 3 et 4 ; M.-L. DUSSART, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux canadien des droits fondamentaux », *Ville Congrès français de droit constitutionnel. 50^e anniversaire de la Constitution de 1958*, Paris, septembre 2008, p. 4.

²⁰⁶ M.-L. DUSSART, *op. cit.*, pp. 3 et 4.

²⁰⁷ R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 5 ; M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁸ R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 5.

²¹⁰ M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 7.

²¹¹ R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 5.

²¹² R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 6 ; M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 9.

doivent être raisonnables et elles doivent se justifier dans une société démocratique. On constate à première vue une grande ressemblance entre l'article 1^{er} de la Charte et l'article 10, § 2 de la CEDH relatif aux limites à la liberté d'expression. Toutefois, les deux dispositions ne sont pas tout à fait identiques puisque l'article 1^{er} de la Charte exige la raisonnablement des mesures alors que l'article 10, § 2 de la CEDH exige la nécessité des mesures²¹³. Pourtant, la Cour suprême canadienne, dans l'arrêt *Oakes*²¹⁴, a opéré un contrôle de raisonnablement en s'inspirant du test de proportionnalité mis en œuvre par la Cour européenne lorsqu'elle examine si les mesures restrictives sont nécessaires dans une société démocratique²¹⁵. La même méthode a été réitérée par les juges d'Ottawa dans l'affaire *Dagenais c. Société Radio-Canada*²¹⁶. Et désormais, le test de proportionnalité, tel qu'il est mis en œuvre au Canada, fait partie intégrante de l'office juridictionnel²¹⁷.

De même, dans une trilogie d'arrêts rendus le même jour (*Keegstra, Andrews et Taylor*)²¹⁸, la Cour suprême du Canada a dû se prononcer sur les limites à la liberté d'expression. Elle devait déterminer si une disposition du Code criminel interdisant la diffusion de la propagande haineuse constituait ou non une limite raisonnable à la liberté d'expression au sens de l'article 1^{er} de la Charte²¹⁹. Les juges canadiens furent partagés entre l'exemple américain privilégiant une vision extensive de la liberté d'expression (le modèle américain consacre le caractère absolu des droits fondamentaux) et l'exemple européen privilégiant une vision plus étroite de la liberté d'expression (la Cour européenne exclut l'incitation à la haine de la protection de l'article 10 de la CEDH)²²⁰. Finalement, les juges canadiens tranchèrent en faveur de la constitutionnalité de la disposition, se ralliant ainsi à l'approche européenne de la liberté d'expression²²¹.

Les autres pays du Commonwealth sont également ouverts à la jurisprudence de la Cour européenne. Par exemple, l'affaire *Handyside contre Royaume-Uni*²²² (1976) de la Cour européenne a été citée à la fois par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud en 1999 (*National*

²¹³ M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 10.

²¹⁴ Cour suprême du Canada, arrêt R. c. Oakes, 28 février 1986, 1RCS 103.

²¹⁵ M. L. DUSSART, *op. cit.*, p. 11 ; R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 6.

²¹⁶ Cour suprême du Canada, arrêt Dagenais c. Société Radio-Canada, 8 décembre 1994, 3RCS 835.

²¹⁷ M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 12.

²¹⁸ Cour suprême du Canada, arrêt R. c. Keegstra, 13 décembre 1990, 3RCS 697 ; Cour suprême du Canada, arrêt R. c. Andrews, 13 décembre 1990, 3RCS 870 ; Cour suprême du Canada, arrêt Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, 13 décembre 1990, 3RCS 892.

²¹⁹ M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 14 ; R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 7.

²²⁰ M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 14.

²²¹ M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 15 ; R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 7.

²²² Cour eur. D.H., arrêt Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72.

Media Ltd et al. c. Bogoshi), la Cour suprême d'Australie en 1998 (*Brown et al. c. Classification Review Board*), la Cour suprême du Canada en 1990 et en 1992 (*R. c. Keegstra* et *R. v. Butler*), et la Cour suprême de Nouvelle-Zélande en 2000 (*Living Words Distributors c. Human Rights Action Group*)²²³.

On trouve également des références aux arrêts de la Cour européenne dans la jurisprudence des autres juridictions suprêmes extra-européennes, par exemple dans le contentieux américain des droits fondamentaux. A priori, rien ne semble justifier ces renvois à la jurisprudence européenne, que l'on se place d'un point de vue historique, géographique ou normatif²²⁴. Cependant, de façon générale, on peut invoquer la force persuasive de l'argument comparé, la jurisprudence étrangère comme source d'inspiration, la nécessité de prendre acte de la mondialisation et le souhait de ne pas être tenu à l'écart des évolutions ayant lieu à l'échelle internationale.

Les références à la jurisprudence strasbourgeoise dans le contentieux américain des droits fondamentaux sont quasiment inexistantes²²⁵. Le seul exemple explicite à cet égard est l'arrêt *Lawrence and Gardner v. Texas*²²⁶ du 26 juin 2003. Dans cette affaire, la Cour suprême des Etats-Unis s'est référée pour la première fois à plusieurs arrêts adoptés par la Cour européenne des droits de l'homme²²⁷. Jusque-là, la Cour suprême avait toujours ignoré délibérément la jurisprudence européenne, en raison de son statut de juridiction constitutionnelle modèle et de la richesse de son corpus jurisprudentiel développé depuis plus de deux siècles dans le domaine des droits fondamentaux²²⁸. L'ouverture de la Cour suprême à une jurisprudence étrangère, européenne et supranationale de surcroît, fût dès lors très remarquée dans le monde judiciaire²²⁹. Celle-ci marqua une étape supplémentaire dans l'élargissement du rayonnement international de la Cour européenne²³⁰. Dans *Lawrence and Gardner v. Texas*, la Cour suprême devait se prononcer sur la constitutionnalité d'une législation réprimant pénalement les relations

²²³ W. A. SCHABAS, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence des cours suprêmes des pays du Commonwealth », *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 47 et 48.

²²⁴ R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 4 ; M.-L. DUSSART, *op. cit.*, p. 4.

²²⁵ R. BENTIROU, *op. cit.*, pp. 8 et 9.

²²⁶ Cour suprême des Etats-Unis, arrêt *Lawrence v. Texas*, 26 juin 2003, 538 US.

²²⁷ J.-Fr. FLAUSS, « Postface. Diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 268.

²²⁸ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 313.

²²⁹ L. BURGOGUE LARSEN, *op. cit.*, p. 119, spéc. note de bas de page n° 84 ; J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 313.

²³⁰ J.-Fr. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis... », *op. cit.*, p. 314.

homosexuelles entre adultes consentants²³¹. Non seulement, la Cour suprême opéra un revirement de jurisprudence²³² en mettant un terme à la répression des relations sexuelles entre personnes de même sexe, mais elle le fit en s'appuyant explicitement sur les arrêts *Dudgeon contre Irlande* (1981), *Norris contre Irlande* (1988) et *Modinos contre Chypre* (1993) de la Cour européenne²³³.

Cependant, après ce renvoi exprès à la jurisprudence de la Cour européenne, la Chambre des représentants vota une résolution à l'attention des cours fédérales, leur demandant « *de ne pas se fonder en tout ou en partie sur des jugements, des lois ou des textes émanant d'institutions étrangères à moins qu'ils n'aient été incorporés dans les travaux préparatoires des lois votées par la branche législative élue du gouvernement des Etats-Unis, ou qu'ils ne soient utiles à la compréhension du sens originnaire des lois des Etats-Unis* »²³⁴. Ceci démontre le caractère exceptionnel des références étrangères dans la jurisprudence américaine²³⁵.

D'autres cours suprêmes et/ou constitutionnelles situées géographiquement en dehors de l'Europe et qui ne font pas partie du Commonwealth ne sont pas restées insensibles au rayonnement national « extra-muros » de la jurisprudence européenne. Citons parmi d'autres la Cour suprême du Zimbabwe qui, dans un arrêt *Juvenile v. State*, a déclaré inconstitutionnels les châtiments corporels infligés aux adolescents en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne²³⁶. Elle s'est également référée à l'arrêt *Tyrer contre Royaume-Uni* (1978) dans son arrêt *Ncube et al. c. The State* pour interpréter l'article 15(1) de la Constitution zimbabwéenne qui présente des similitudes avec l'article 3 de la Convention européenne²³⁷. On peut également citer la Cour suprême d'Israël qui s'est inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne pour consacrer le caractère absolu de l'interdiction de la torture²³⁸.

²³¹ O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, pp. 41 et 42.

²³² Elle revint sur sa jurisprudence *Bowers v. Hardwick* (1986).

²³³ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 119, spéc. note de bas de page n° 84.

²³⁴ H.R. Res. 568, 108th Cong, 2d Sess, 2004.

²³⁵ R. BENTIROU, *op. cit.*, p. 9.

²³⁶ L. WILDHABER, « Communication introductive », *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 11.

²³⁷ W. A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 47.

²³⁸ L. WILDHABER, *op. cit.*, p. 12.

PARTIE II – TYPOLOGIE ET SENS DU DIALOGUE DES JUGES

Chapitre 1 – Les types de dialogue des juges

Deux types de contextes permettent le développement d'un dialogue entre les juges²³⁹. Le premier type de dialogue est le dialogue « orchestré »²⁴⁰ (section 1). Il s'agit d'un dialogue qui est prévu au sein d'un système juridique et qui se noue verticalement entre un juge international et un juge interne. En vertu d'exigences procédurales propres au système international, les deux juges sont obligés de communiquer²⁴¹. En d'autres mots, le dialogue « orchestré » est un dialogue « imposé » par un mécanisme institutionnel. Le deuxième type de dialogue est le dialogue « débridé »²⁴² (section 2). Dans ce cas-ci, le dialogue n'est rattaché à aucun système spécifique, il se noue spontanément entre deux ou plusieurs juges, quel que soit leur système de rattachement et leur office²⁴³. Ce sont les juges qui s'ouvrent d'eux-mêmes à l'activité des autres juges. Ces deux types de dialogues se manifestent de la même manière, c'est-à-dire sous la forme d'un « *chassé-croisé de références à des décisions de justice externes* », mais ils n'ont pas le même sens²⁴⁴.

Section 1 – Le dialogue orchestré

La forme la plus aboutie du dialogue « orchestré » est le dialogue « intégré »²⁴⁵. Il s'agit d'un dialogue prévu et organisé par une disposition spécifique d'un traité international. Autrement dit, le dialogue intégré est la forme la plus institutionnalisée du dialogue des juges²⁴⁶.

L'exemple le plus connu de dialogue intégré est le mécanisme de renvoi préjudiciel prévu à l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁴⁷. Cet article impose au juge national qui statue en dernier ressort de renvoyer l'affaire dont il est saisi devant la Cour de justice lorsqu'une question en interprétation ou en validité du droit européen se pose. La décision de la Cour de justice lie le juge de renvoi qui sera obligé d'en tenir compte dans son raisonnement. Au travers de ce dialogue « obligé » entre le juge national et le juge de l'Union

²³⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 98.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 98.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 98.

²⁴² *Ibidem*, p. 99.

²⁴³ *Ibidem*, p. 99.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 99.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 101.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 101.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 101 et 102.

européenne, on assure la primauté et l'harmonie du droit communautaire²⁴⁸. Aujourd'hui, la procédure de renvoi préjudiciel et avec elle, le modèle d'intégration développé par l'Union européenne ont été importés par les systèmes d'intégration africains et latino-américains²⁴⁹.

A côté du dialogue intégré, il existe une autre forme de dialogue orchestré : le dialogue conventionnel²⁵⁰. Cette figure-ci du dialogue des juges nous intéresse plus particulièrement parce qu'elle se développe notamment dans le monde des conventions de protection des droits de l'homme²⁵¹.

Par exemple, le dialogue qui se noue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les Etats parties à la Convention au travers du droit de recours individuel des particuliers devant la Cour européenne peut être qualifié de « conventionnel »²⁵². Il s'agit d'un dialogue moins structuré et moins hiérarchisé que le dialogue intégré²⁵³. En effet, en raison de la subsidiarité du mécanisme de garantie collective instauré par la Convention, les juges nationaux sont érigés en juges conventionnels de droit commun. Les Etats parties à la Convention jouissent donc d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre des droits reconnus par la Convention²⁵⁴. Comme l'observe l'ancien président de la Cour, Jean-Paul Costa, « *la compétence de la Cour se limite au contrôle du respect, par les États contractants (...), des engagements en matière des droits de l'homme qu'ils ont pris en adhérant à la Convention (et à ses protocoles). La Cour (...) doit respecter l'autonomie des ordres juridiques des États contractants, plus encore que la Cour de Justice, qui interfère davantage avec eux, du fait du renvoi préjudiciel. Surtout, notre Cour n'est pas une quatrième instance : elle ne peut apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre, ni en principe établir ou évaluer les preuves, ni même interpréter elle-même le droit interne* »²⁵⁵. Le dialogue conventionnel est un dialogue orchestré en raison de l'obligation des Etats parties de respecter leurs engagements en vertu de la Convention et de la possibilité pour les particuliers de dénoncer une violation de la Convention devant la Cour européenne, mais cette obligation

²⁴⁸ B. FRYDMAN, « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 149.

²⁴⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 105.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 107.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 100.

²⁵² B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 149.

²⁵³ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 100.

²⁵⁴ *Ibidem*, pp. 100 et 111.

²⁵⁵ J.-P. COSTA, « Intervention introductive », *Conférence devant le Conseil d'Etat*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Paris, 19 avril 2010, pp. 3 et 4.

est moins contraignante que l'obligation de renvoi préjudiciel parce qu'elle respecte l'autonomie des Etats parties.

Section 2 – Le dialogue débridé

On parle de dialogue débridé pour qualifier l'ouverture spontanée des juges à la jurisprudence étrangère. Aucun système juridique, ni intégré ni conventionnel, n'oblige les juges à dialoguer²⁵⁶. Il n'y a donc aucun encadrement juridique du dialogue, ni aucune hiérarchie judiciaire. Ce sont les juges qui s'ouvrent d'eux-mêmes aux décisions de leurs homologues étrangers. Le dialogue spontané peut se manifester sous différentes formes : de façon horizontale ou verticale, à l'intérieur d'un même continent ou entre plusieurs continents différents²⁵⁷. La majorité des dialogues qui se nouent entre les juridictions dans le domaine des droits de l'homme sont des dialogues spontanés.

Est qualifié d'« horizontal », le dialogue spontané qui se noue entre juridictions de même niveau²⁵⁸. Le dialogue horizontal peut se nouer entre juges nationaux de pays différents (« horizontalité nationale ») ou entre différentes juridictions internationales (« horizontalité internationale »)²⁵⁹. Par exemple, lorsque la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, la Cour suprême du Canada, la Cour suprême de la République de Chypre ou encore la Cour d'appel de Hong Kong se réfèrent à une jurisprudence nationale étrangère, on parle d'horizontalité nationale²⁶⁰. Quant à l'horizontalité internationale, celle-ci est protéiforme et variée : le dialogue peut se matérialiser entre juridictions internationales situées sur un même continent, malgré la différence de statut et d'office des juges, ou il peut se matérialiser entre juridictions internationales situées sur des continents différents²⁶¹. La première forme d'horizontalité internationale peut être illustrée par le dialogue qui se noue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne²⁶². S'agissant de la deuxième forme d'horizontalité internationale, citons à titre d'exemple le dialogue qui prend place entre la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme²⁶³.

²⁵⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 116.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 116.

²⁵⁸ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 151.

²⁵⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, pp. 117 et 118.

²⁶⁰ *Ibidem*, pp. 117 et 118.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 118.

²⁶² *Ibidem*, pp. 118 et 119.

²⁶³ *Ibidem*, pp. 118 et 119.

Le dialogue « vertical », quant à lui, est le dialogue qui se noue spontanément entre les juridictions nationales et supranationales²⁶⁴. C'est ce type de dialogue qui caractérise par exemple les échanges entre les Cours suprêmes des pays de Common Law et la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁵.

En conclusion, on constate que le dialogue des jurisprudences est multidimensionnel : il peut être institutionnel ou informel, horizontal ou vertical, national ou international, ou encore transnational²⁶⁶. Quand le dialogue est spontané, il est asymétrique dans la mesure où il varie selon les juridictions et sélectif dans la mesure où tous les juges ne sont pas cités avec la même fréquence²⁶⁷. Le dialogue des jurisprudences n'est donc pas systématique : l'attitude par défaut des juridictions reste l'autarcie judiciaire et l'autoréférencement²⁶⁸. L'ouverture spontanée à la jurisprudence étrangère dépend d'une multitude de facteurs parmi lesquels la position de la juridiction dans l'ordonnement juridictionnel, la tradition juridique, le contexte politique, la formation académique du juge, son affinité avec un système juridique étranger, sa maîtrise d'une langue étrangère, la disponibilité et l'accessibilité des sources étrangères, l'existence de liens généalogiques ou historiques entre les normes, la réputation des juridictions étrangères, etc²⁶⁹.

Chapitre 2 – Les sens du dialogue des juges

Dans ce second chapitre, nous allons évoquer les sens du dialogue des juges, c'est-à-dire les raisons pour lesquelles les juges recourent au référencement externe dans leurs décisions. Ces raisons peuvent être regroupées en trois catégories²⁷⁰ : les raisons fonctionnelles ou pragmatiques (section 1), rationnelles (section 2) et politiques (section 3).

Section 1 – Les raisons fonctionnelles ou pragmatiques

Premièrement, la jurisprudence étrangère est utilisée par les juges comme une boîte à outils dans laquelle ils vont puiser quand ils sont confrontés à des cas difficiles²⁷¹. En effet, il relève du bon sens pour un juge qui rencontre un problème complexe de chercher l'inspiration parmi

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 119.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 119.

²⁶⁶ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, pp. 288 et 289.

²⁶⁷ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 151.

²⁶⁸ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 289.

²⁶⁹ *Ibidem*, pp. 289 et 290.

²⁷⁰ Selon une classification proposée par J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE. Voy. en ce sens : J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 290.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 290, 291 et 299.

les décisions des autres juges sur une question similaire²⁷². Comme l'explique Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des Etats-Unis : « *S'il existe un être humain appelé juge dans un autre pays qui fait face à un problème similaire, pourquoi ne lirais-je pas ce qu'il dit si il y a suffisamment de similitude ? Peut-être que j'apprendrai quelque chose* »²⁷³. La jurisprudence étrangère peut donc être utilisée comme un déclencheur d'idées et constituer une base à la réflexion.

Deuxièmement, en raison de la mondialisation qui entraîne le recul des frontières nationales et la mise en rapport des systèmes juridiques, les juges sont exposés, presque « malgré eux », à d'autres cultures juridiques²⁷⁴. Cela favorise et facilite l'ouverture des juges aux décisions de leurs homologues étrangers. Ainsi Aharon Barak, président à la Cour suprême d'Israël de 1995 à 2006, explique l'intérêt de la mondialisation et de la plus grande circulation des décisions judiciaires qui en découle pour le fonctionnement de la justice : « *Le droit comparé enrichit les options qui sont disponibles. Dans d'autres systèmes juridiques, des institutions similaires remplissent souvent des rôles correspondants et des problèmes juridiques similaires apparaissent (comme le discours incitant à la haine, le droit à la vie privée, la lutte contre le terrorisme). Dans la mesure où ces similarités existent, le droit comparé devient un important outil grâce auquel les juges peuvent remplir leur rôle dans une démocratie* »²⁷⁵. De même, Albie Sachs, juge à la Cour constitutionnelle sud-africaine, décrit l'effet positif de la globalisation sur son rôle de juge : « *Je suis attentif aux déclarations de certains juges de la Cour suprême des Etats-Unis... non pas parce que je traite leurs décisions comme des précédents à appliquer dans nos cours, mais parce que leur dicta articule de manière élégante et utile les problèmes (...) auxquels fait face n'importe quelle cour moderne. Malgré qu'ils soient tirés d'une autre culture juridique, ils expriment des valeurs et des dilemmes d'une manière que je trouve précieuse pour élucider le sens de notre texte constitutionnel* »²⁷⁶.

²⁷² *Ibidem*, p. 290.

²⁷³ Retranscription de la conversation entre les juges Stephen Breyer et Antonin Scalia à l'American University, Whashington College of Law, le 13 janvier 2005, disponible à l'adresse www.freepublic.com/focus/f-news/1352357/posts.

²⁷⁴ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 291.

²⁷⁵ A. BARAK, « The role of a judge in a democracy », *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 939 à 960.

²⁷⁶ *S. v. Lawrence, S. v. Negal ; S. v. Solberg* (CCT38/96, CCT39/96, CCT40/96) 1997 (4) S.A.L.R. 1176, 1223 (C.C.) (Sachs, J.), § 141.

Section 2 – Les raisons rationnelles

D'une part, s'ouvrir aux autres systèmes et cultures juridiques permet de s'interroger sur son propre système juridique et d'en avoir une meilleure connaissance ainsi qu'une vision plus équilibrée²⁷⁷. Le droit comparé, en élargissant l'horizon des juges, permet également d'étendre la gamme des idées et de se forger des opinions plus réfléchies et plus élaborées²⁷⁸. Ainsi, comme l'explique Anne-Marie Slaughter, la comparaison « aide les juges à mieux performer, dans le sens qu'ils peuvent approcher un problème particulier de manière plus créative ou avec plus de perspicacité. L'autorité étrangère est persuasive parce qu'elle leur apprend quelque chose qu'ils ne savaient pas ou les aide à voir un problème sous une autre lumière »²⁷⁹.

D'autre part, la prise en considération de la jurisprudence étrangère permet de renforcer la légitimité des décisions²⁸⁰. En effet, la référence à une jurisprudence étrangère est un argument doté d'une certaine force persuasive puisqu'elle va conférer à la décision un statut plus partagé et donc, plus universel²⁸¹. Cela est d'autant plus vrai dans le domaine des droits de l'homme où cette universalité revendiquée est la plus présente²⁸². Selon Laurence Burgorgue-Larsen, qui étudie les interactions entre les Cours régionales de protection des droits de l'homme et le « système onusien », « l'« interprétation croisée » ou le « cosmopolitisme normatif » est la meilleure formule de légitimation »²⁸³. L'autorité persuasive de l'argument comparatif dépend à la fois de la qualité de l'argumentation soutenue par le juge étranger et du prestige dont jouit le juge étranger²⁸⁴. Ainsi, Benoît Frydman définit la notion d'« autorité persuasive » comme visant un « argument convaincant, qui a d'autant plus de poids, qu'il est énoncé par la bonne personne, dans un acte officiel »²⁸⁵.

Section 3 – Les raisons politiques

Au travers du dialogue des jurisprudences, les juges deviennent des acteurs de la mondialisation et de la démocratie en assurant la cohérence des systèmes juridiques et en faisant prévaloir une

²⁷⁷ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 292.

²⁷⁸ A.-M. SLAUGHTER, « A global community of Courts », *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191 à 219.

²⁷⁹ *Ibidem*, pp. 191 à 219.

²⁸⁰ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 293.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 294.

²⁸² *Ibidem*, p. 294.

²⁸³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Les cours européennes et interaméricaine des droits de l'homme et le « système onusien » », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 93.

²⁸⁴ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 154.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 154.

vision commune des droits de l'homme²⁸⁶. Il s'agit des deux facettes d'un même idéal de cohérence, qualifiées respectivement d'« idéal systémique » (§ 1) et d'« idéal humaniste » (§ 2) par l'auteure de doctrine Laurence Burgorgue-Larsen²⁸⁷. L'objectif *in fine* étant d'« ordonner le pluralisme »²⁸⁸.

§ 1. L'idéal systémique

D'une part, le dialogue des jurisprudences permet d'assurer la cohérence des systèmes juridiques, voire de les rassembler autour de certains principes communs en vue de former un ordre juridique transcendant les Etats-nations²⁸⁹.

Dans le domaine des droits de l'homme, l'objectif des juges qui recourent au dialogue des jurisprudences est surtout de préserver l'unité de l'ordre juridique dans lequel ils s'insèrent²⁹⁰.

Par exemple, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme mentionne la jurisprudence de la Cour internationale de justice, c'est parce que la Cour européenne est reliée au droit des organisations internationales, elle ne peut donc pas se soustraire complètement aux règles du droit international public en feignant d'ignorer l'ordre juridique international²⁹¹.

Le même raisonnement est valable s'agissant des Etats membres du Conseil de l'Europe vis-à-vis de la Cour européenne des droits de l'homme, à la différence près qu'il s'agit ici d'un dialogue « obligé » (dit « conventionnel »). En effet, certaines obligations sont mises à charge des Etats membres dans le but d'assurer l'unité de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, notamment l'obligation pour les Etats condamnés par la Cour de se conformer à l'arrêt rendu (autorité relative de la chose jugée)²⁹² et pour les autres Etats parties à la Convention de mettre leur ordre juridique en conformité avec la jurisprudence de la Cour ainsi que d'appliquer les dispositions de la Convention telles qu'elles sont interprétées par la Cour (autorité de la chose interprétée)²⁹³.

²⁸⁶ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 294 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation... », *op. cit.*, p. 121.

²⁸⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation... », *op. cit.*, p. 121.

²⁸⁸ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 295.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 295.

²⁹⁰ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation... », *op. cit.*, p. 123.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 123 et 124.

²⁹² R. ERGEC, *op. cit.*, p. 161.

²⁹³ *Ibidem*, p. 163.

S'agissant des rapports réciproques entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne, même s'il n'y a pas de lien institutionnel direct entre ces deux ordres juridiques, plusieurs raisons liées à cet « idéal systémique » invitent les deux cours à communiquer²⁹⁴. Premièrement, les 28 Etats membres de l'Union européenne sont également membres du Conseil de l'Europe étant donné que la signature de la Convention européenne figure parmi les conditions d'adhésion à l'Union européenne et deuxièmement, les deux cours opèrent dans le cadre d'un même processus d'intégration européenne, sociale et économique. Il est donc nécessaire que chacune des deux cours tienne compte de la jurisprudence de l'autre.

§ 2. L'idéal humaniste

D'autre part, le dialogue des jurisprudences permet de rassembler les droits fondamentaux autour de « valeurs communes » aux systèmes juridiques²⁹⁵. En effet, on assiste à une montée en puissance des droits fondamentaux au sein des ordres juridiques nationaux et internationaux qui saisit tous les juges, quels que soient leur système de rattachement et leur office²⁹⁶. De plus, les questionnements sont à peu près similaires sur les cinq continents²⁹⁷. L'objectif du dialogue est alors d'établir une « cohérence des valeurs humanistes », c'est-à-dire d'harmoniser au maximum l'interprétation des droits de l'homme, de leur contenu et de leur portée²⁹⁸. *In fine*, l'objectif est de tendre vers l'universalité des droits. D'autant plus que, dans le domaine des droits de l'homme, cet objectif d'universalité qui incite les juges au dialogue est renforcé par la nature des droits de l'homme qui se veulent universels à l'origine. En effet, le caractère universel des droits de l'homme se trouve consacré dès l'origine dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948 et de laquelle dérivent la quasi-totalité des instruments internationaux de protection des droits de l'homme²⁹⁹. L'universalité de la Déclaration découle d'abord de son objectif qui est de rétablir la dignité et la liberté de l'homme dans son unité³⁰⁰. Elle s'affirme ensuite quant à ses destinataires qui sont tous les êtres humains sans discrimination et quel que soit le territoire où ils se trouvent³⁰¹. Enfin, elle se veut universelle de par son contenu puisqu'elle consacre un standard commun de protection comprenant

²⁹⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation... », *op. cit.*, p. 125.

²⁹⁵ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, pp. 297 et 300.

²⁹⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation... », *op. cit.*, p. 124.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 120.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 124.

²⁹⁹ G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », Discours prononcé le 25 juillet 2002 lors de la séance de clôture de la 33^e session d'enseignement de l'Institut international des droits de l'homme, *Rev. Trim. D.H.*, 2003, p. 3.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 3.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 4.

l'ensemble des droits de toute nature (civils, sociaux et culturels) devant être garantis de façon indivisible dans toute société démocratique³⁰². Cette origine commune explique le lien généalogique qui existe entre les différentes chartes de protection des droits de l'homme, et qui se traduit par un langage et des principes similaires³⁰³. C'est ce caractère universel des droits de l'homme, présent dès l'origine, qui pousse les juges à dialoguer dans l'objectif de promouvoir et de renforcer cette universalité en basant leur interprétation des droits fondamentaux sur un consensus mondial³⁰⁴.

En plus de privilégier une vision commune des systèmes juridiques et des droits, le dialogue des juges privilégie également une vision commune de la fonction de juger³⁰⁵. En effet, en dialoguant, les juges se reconnaissent mutuellement et s'identifient les uns aux autres³⁰⁶, ce qui projette l'existence d'une communauté mondiale des juges et renforce l'indépendance du pouvoir judiciaire³⁰⁷.

³⁰² *Ibidem*, p. 4.

³⁰³ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 294.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 296.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 298.

³⁰⁶ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 157 ; J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 298.

³⁰⁷ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 298.

PARTIE III - EVALUATION CRITIQUE DU DIALOGUE DES JUGES

Chapitre 1 – Les critiques au référencement externe

Les juges et les auteurs critiques à l'égard du dialogue des jurisprudences avancent deux catégories d'arguments remettant en cause la validité et la légitimité des citations étrangères. Ils invoquent, d'une part, des arguments de nature épistémologique (section 1) et d'autre part, des arguments de nature politique (section 2)³⁰⁸.

Section 1 - Arguments épistémologiques

En premier lieu, les auteurs contestent la nature du phénomène³⁰⁹. Ils considèrent qu'il ne s'agit pas d'un véritable « dialogue »³¹⁰. En effet, dans les faits, le dialogue des jurisprudences est asymétrique dans le sens où toutes les juridictions ne recourent pas aux citations étrangères de manière égale, certaines y sont plus favorables que d'autres³¹¹. De plus, le dialogue des jurisprudences est également sélectif dans la mesure où tous les juges ne sont pas cités avec la même fréquence³¹². Il est donc rare de voir un juge citant l'un de ses homologues être cité à son tour par ce dernier. En conséquence, le plus souvent, la communication ne va que dans un seul sens. Le terme de « dialogue » est donc inapproprié, voire trompeur, pour caractériser le phénomène. Certains auteurs y voient plutôt une utilisation classique du droit comparé³¹³. Tout au plus, pourrait-on parler de « monologue » pour désigner la reprise par un juge d'une décision de justice étrangère³¹⁴.

Ensuite, les auteurs regrettent l'absence d'une méthodologie rigoureuse entourant le dialogue³¹⁵. Pour que la citation étrangère soit persuasive, il faut qu'elle repose sur une étude de droit comparé fiable³¹⁶. En effet, citer une jurisprudence étrangère à l'appui d'un raisonnement juridique nécessite de maîtriser cette jurisprudence et de comprendre le système juridictionnel étranger dans lequel elle s'insère³¹⁷. Or, cela implique de résoudre des problèmes de méthodologie complexes, comme par exemple des problèmes de traduction, d'accessibilité

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 300.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 300.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 300.

³¹¹ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 151.

³¹² *Ibidem*, p. 5.

³¹³ L. BURGORGUE LARSEN, « De l'internationalisation... », *op. cit.*, p. 119.

³¹⁴ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 301.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 301.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 301.

³¹⁷ L. HENNEBEL, *op. cit.*, p. 70.

aux données, d'actualisation des informations, etc.³¹⁸ Mais en raison d'un manque de formation des juges, de temps et de moyens financiers, la valeur scientifique de ces études comparatives est relativement faible³¹⁹.

L'absence de méthodologie pour encadrer le dialogue des jurisprudences entraîne deux types de conséquences. Premièrement, le risque de commettre des erreurs dans le référencement croisé est plus élevé³²⁰. Or, les références erronées, dépassées ou mal comprises sont dommageables car elles sont source de confusion et elles portent atteinte à l'autorité de la décision ainsi qu'à la crédibilité de la juridiction qui dialogue³²¹. Deuxièmement, sans encadrement et sans transparence, le choix des jurisprudences repose sur des critères subjectifs³²². Le juge peut être « tombé » par hasard sur une décision pouvant lui servir, il peut également avoir choisi une décision pour renforcer ses convictions personnelles, ou ce sont les parties à l'instance ou les *amici curiae* qui peuvent lui avoir imposé la prise en compte d'une décision particulière³²³. Il n'y a donc aucune règle objective qui encadre le choix des références étrangères. En conséquence, les auteurs accusent les juges de pratiquer une sorte de « *tourisme judiciaire* »³²⁴ ou de « *cherry picking* »³²⁵, voire même d'instrumentaliser le droit comparé en s'en servant pour conférer une légitimité apparente à leurs convictions intimes³²⁶.

Section 2 - Arguments politiques

D'une part, les auteurs considèrent que les juges excèdent leurs pouvoirs lorsqu'ils invoquent une jurisprudence étrangère à l'appui d'un revirement de jurisprudence ou, à tout le moins, d'un changement substantiel du droit en vigueur³²⁷. En s'accordant des prérogatives qui reviennent normalement au pouvoir législatif et/ou exécutif, les juges ne respectent pas la séparation des pouvoirs³²⁸. Les opposants au dialogue dénoncent donc une prise de pouvoir illégitime des juges

³¹⁸ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 301.

³¹⁹ B. FRYDMAN, *op. cit.*, pp. 155 et 156.

³²⁰ L. HENNEBEL, *op. cit.*, 71.

³²¹ *Ibidem*, 73.

³²² J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 303.

³²³ *Ibidem*, p. 303.

³²⁴ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 155.

³²⁵ J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 80.

³²⁶ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 304 ; J. ALLARD, *op. cit.*, p. 80.

³²⁷ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 304.

³²⁸ *Ibidem*, p. 304.

au travers de la jurisprudence comparée³²⁹. Certains vont même jusqu'à qualifier cette émancipation des juges par rapport à l'Etat de « gouvernement des juges »³³⁰.

D'autre part, c'est la volonté du peuple qui doit normalement guider la manière dont on interprète et applique les lois dans une démocratie³³¹. Or, les juges étrangers n'ont pas de légitimité démocratique³³². Par conséquent, le dialogue des jurisprudences affaiblit la souveraineté de l'Etat et du peuple parce qu'il a un effet substantiel sur le droit interne alors qu'il souffre d'un déficit démocratique³³³.

Les partisans du dialogue, quant à eux, justifient le recours au droit comparé en invoquant sa visée universaliste³³⁴. Toutefois, les sceptiques soulèvent deux critiques à l'encontre de cet objectif d'universalité. En premier lieu, ils opposent à l'universalisme le relativisme culturel³³⁵. Chaque système juridique est imprégné d'une culture, d'une histoire et d'une identité particulières³³⁶. L'existence même de certaines règles ou arguments juridiques se justifient parfois par des raisons culturelles ou historiques³³⁷. Il n'est donc pas logique d'importer dans le droit national des valeurs étrangères qui sont rattachées à une histoire et à une culture tout à fait différentes. C'est pour cela que la technique du référencement croisé ne se justifie pas, sauf si on l'utilise pour mettre en évidence ces différences³³⁸. En deuxième lieu, les opposants au dialogue contestent l'idée selon laquelle la technique du référencement croisé permettrait de créer un véritable droit universel parce que la citation étrangère n'exprime le point de vue que d'un groupe limité de personnes³³⁹.

Chapitre 2 – Analyse du phénomène en théorie du droit

Le dialogue des juges n'est pas un phénomène nouveau³⁴⁰. Il constitue depuis toujours une caractéristique essentielle du travail juridictionnel³⁴¹. Il prend notamment la forme du délibéré

³²⁹ *Ibidem*, p. 304.

³³⁰ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 161.

³³¹ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 306.

³³² *Ibidem*, p. 304.

³³³ *Ibidem*, p. 301.

³³⁴ *Ibidem*, p. 306.

³³⁵ C. MCCRUDDEN, « Judicial comparativism and human rights », *Comparative law : A handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 373.

³³⁶ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 307.

³³⁷ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 81.

³³⁸ C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, p. 373.

³³⁹ J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, *op. cit.*, p. 306.

³⁴⁰ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 148.

³⁴¹ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 79.

lorsque les juges siègent à plusieurs dans une même affaire (c'est le cas au sein des juridictions supérieures et internationales en vertu du principe de collégialité)³⁴². De façon plus générale, les juges se sont toujours référés dans leur motivation à leurs propres jugements, aux jugements de leurs prédécesseurs ou aux jugements des juridictions supérieures auprès desquelles ils sont susceptibles de faire l'objet d'un recours³⁴³. Les juges ont donc pour habitude de communiquer et de s'échanger des arguments juridiques.

Ce qui est nouveau, ce n'est pas le dialogue en lui-même, mais les nouvelles formes qu'il emprunte³⁴⁴. Aujourd'hui, on assiste à l'internationalisation du dialogue des juges, suscitée par la mondialisation qui touche tous les domaines. Les juges s'émancipent de plus en plus de leur ordre juridique national pour s'ouvrir aux autres ordres juridiques et le dialogue devient transfrontalier³⁴⁵. En plus d'être transfrontalier, le dialogue se diversifie. Il est aujourd'hui multidimensionnel : il se noue entre juridictions de même niveau (entre juridictions nationales *ou* supranationales) ou entre juridictions de niveaux différents (entre juridictions nationales *et* supranationales), qu'elles soient situées géographiquement sur le même continent ou non, peu important également le statut et l'office des juges³⁴⁶. Ce qui change également, c'est l'angle sous lequel on aborde le phénomène. Aujourd'hui, on ne conçoit plus seulement le dialogue des juges comme un sujet de sociologie judiciaire mais comme un nouveau « mode de production » du droit³⁴⁷.

Le dialogue des juges traduit donc une nouvelle conception du droit et du raisonnement judiciaire³⁴⁸.

En réalité, quand le juge cherche l'inspiration auprès de ses homologues, c'est parce qu'il cherche encore la règle qu'il doit appliquer³⁴⁹. Et quand, pour trouver la règle, il étend le champ des précédents au-delà des frontières de son ordre juridique, c'est qu'il présume la possibilité d'une règle universelle³⁵⁰. Les citations étrangères postulent donc l'idéal d'un droit commun³⁵¹.

³⁴² B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 147.

³⁴³ *Ibidem*, p. 147.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 148.

³⁴⁵ J. ALLARD, *op. cit.*, pp. 79 et 80 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation... », *op. cit.*, p. 97.

³⁴⁶ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 78.

³⁴⁷ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 148.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 148.

³⁴⁹ *Ibidem*, pp. 158 et 159.

³⁵⁰ *Ibidem*, pp. 158 et 159.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 159.

Dans le domaine des droits de l'homme, elles affirment le caractère universel des droits de l'homme.

Cette idée d'une justice universelle au travers du référencement croisé rompt avec le positivisme juridique (et la conception volontariste du droit) qui veut que chaque norme juridique appartienne à un ordre juridique spécifique et dépende de cet ordre pour son sens et pour sa portée obligatoire³⁵². L'ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, Antonio A. Cançado Trindade, exprime d'ailleurs expressément sa volonté de remettre en cause le fondement volontariste du droit international pour privilégier un droit universel des droits de l'homme, un « nouveau *ius gentium* du 21^{ème} siècle »³⁵³. C'est notamment pour cette raison que certains auteurs critiquent autant le dialogue des jurisprudences. Par exemple, si les juges et les parlementaires américains sont autant réfractaires aux citations étrangères, c'est parce que selon eux elles constituent une menace pour le modèle constitutionnel américain³⁵⁴. Ils veulent sauvegarder le caractère constitutionnel, et donc national, de leur catalogue de droits fondamentaux en réfutant son caractère universel³⁵⁵.

Cependant, il ne faut pas visualiser ce « droit commun » sous la forme d'un ensemble de règles identiques qui se substitueraient aux droits nationaux mais plutôt comme un horizon idéal à atteindre qui guiderait les juges dans l'interprétation et l'application de leur droit national³⁵⁶. Ce faisant, le dialogue des juges remplirait la fonction qui était dévolue autrefois au droit naturel en contribuant à l'élaboration de principes directeurs communs³⁵⁷. En effet, la comparaison des droits permet aux juges de mettre en perspective leurs systèmes juridiques et d'évaluer, voire remettre en cause, les solutions juridiques qui ont été imposées par l'histoire, la tradition et la culture³⁵⁸. Petit à petit, cette mise en perspective aboutit à une certaine convergence entre les ordres juridiques.

Dans le domaine des droits de l'homme, cette comparaison des droits et cette mise en perspective des systèmes juridiques aboutit à l'établissement de « *principes directeurs*

³⁵² *Ibidem*, p. 158.

³⁵³ *Ibidem*, p. 159.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 159.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 159. Voy. également pour une étude complète sur le sujet : G. LEWKOWICZ, « Droits de l'homme, droits du citoyen : les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne », *Juger les droits de l'homme. L'Europe et les Etats-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

³⁵⁶ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 159.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 159.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 160.

communs, appliqués avec une « marge nationale d'appréciation » qui reconnaît aux Etats une sorte de droit à la différence mais à condition de ne pas descendre au-dessous d'un certain seuil de « compatibilité »... »³⁵⁹. Ce seuil de compatibilité est déterminé par le respect de la dignité et de l'intégrité physique de la personne humaine³⁶⁰. Il existe donc un « noyau dur » des droits de l'homme auquel on ne peut déroger en aucun cas³⁶¹. Cette liste de droits absolus constitue le pilier central du droit international des droits de l'homme, l'héritage de toutes les cultures³⁶². On voit donc que le dialogue des juges permet ici de réconcilier les partisans de l'universalisme et les partisans du pluralisme en conciliant similitude et singularité puisqu'il permet d'élaborer un horizon juridique commun tout en conservant les spécificités de chaque ordre juridique³⁶³.

Ainsi, ce que le dialogue des juges fait émerger de commun, ce n'est pas le droit lui-même mais l'exercice de la fonction de juger selon un principe de comparaison³⁶⁴. En effet, les juges qui échangent des solutions juridiques les mettent aussi en comparaison³⁶⁵. Ce principe comparatif est devenu un élément à part entière de l'argumentation des parties et de plus en plus de l'argumentation des juges eux-mêmes³⁶⁶. Ce principe de comparaison permet d'améliorer la rationalité des décisions judiciaires. En effet, la comparaison avec les autres permet de réfléchir à son propre système juridique et de relativiser ses arguments et ses décisions³⁶⁷. Selon Hannah Arendt, « *il ne s'agit pas de penser comme les autres mais de se penser soi à partir des autres* »³⁶⁸.

Toutefois, le principe de comparaison que sous-tend le dialogue des juges entraîne une mise en concurrence effective entre les juges³⁶⁹. Chaque juridiction essaye d'imposer sa propre vision du droit aux autres car il y a « *autant d'univers en puissance et en concurrence dans ce dialogue que la théorie des mondes possibles* »³⁷⁰. Le dialogue des juges dans la mondialisation sous-

³⁵⁹ G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 11 ; M. DELMAS-MARTY, « De la juste dénomination des droits de l'homme », *Droit et Cultures*, 35, 1998/1, pp. 105 à 116.

³⁶⁰ G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 11.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 11.

³⁶² *Ibidem*, p. 11.

³⁶³ *Ibidem*, p. 11.

³⁶⁴ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 90.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 78.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 78.

³⁶⁷ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 84 ; B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 160.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 88. Voy. également en ce sens : H. ARENDT, *La crise de la culture*, Paris, Folio, 1972, pp. 307 à 308.

³⁶⁹ B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 160.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 162.

tend donc des luttes d'influence entre les ordres et les cultures juridiques³⁷¹. Benoît Frydman qualifie le phénomène de « querelle des universaux »³⁷². L'objectif des juridictions est d'arriver à convaincre les autres que leur façon de dire le droit est la meilleure³⁷³. En pratique, une série de facteurs conditionnent le rayonnement d'une juridiction, de sa jurisprudence et par là, de la culture juridique et des intérêts politiques et économiques qui y sont liés, parmi lesquels la réputation, le crédit ou le prestige de l'instance, la compétence et l'autorité reconnues à ses juges et à ses décisions, la langue de travail, la publication des jugements, mais aussi le pouvoir de l'Etat dont la juridiction relève³⁷⁴. C'est à la juridiction qui sera la plus sollicitée. Mais dans cette lutte d'influence, les juges ne sont pas les seuls acteurs : derrière eux, se cachent parfois les Etats, des acteurs privés, des entreprises ou des ONG qui profitent de l'ouverture internationale des juridictions pour imposer leur propre conception de la justice ou faire prévaloir leurs intérêts économiques et politiques³⁷⁵.

Pour désigner cette lutte d'influence qui est sous-jacente au dialogue des juges, Julie Allard n'hésite pas à parler de « commerce des juges »³⁷⁶ plutôt que de « dialogue des juges ». Cette notion a le mérite de mettre en évidence le côté plus sombre du dialogue des juges : celui-ci ne fait pas seulement apparaître des valeurs communes aux différentes cultures juridiques, il met aussi en évidence les rapports de force qui peuvent exister entre elles³⁷⁷. Il peut donc prendre une forme plus conflictuelle lorsqu'il est mis au profit d'une compétition entre les systèmes juridiques³⁷⁸.

*

³⁷¹ *Ibidem*, p. 160.

³⁷² *Ibidem*, pp. 160 et 162.

³⁷³ *Ibidem*, p. 162.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 162.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 162.

³⁷⁶ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 83. Voy. également en ce sens : A. GARAPON et J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

³⁷⁷ J. ALLARD, *op. cit.*, p. 83.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 82.

CONCLUSION

Ce qu'on observe de nouveau aujourd'hui, ce n'est pas le dialogue des juges en tant que tel parce que la méthode comparative a toujours fait partie de l'arsenal judiciaire, mais les formes nouvelles sous lesquelles il se manifeste. Les juges sont happés par la mondialisation et s'ouvrent spontanément aux autres systèmes juridiques. Le dialogue devient donc transfrontalier : il se noue au-delà des frontières territoriales entre deux ou plusieurs juges qui appartiennent à des systèmes juridiques différents. En plus d'être transfrontalier, le dialogue est multidimensionnel, dans le sens où il peut lier des juges de même niveau ou des juges de niveaux différents, quel que soit leur statut et leur office, et sans qu'aucune hiérarchie judiciaire ne s'impose.

Le dialogue des juges prend place dans tous les domaines du droit mais le domaine le plus propice au développement d'un dialogue entre les juges à l'échelle mondiale est sans aucun doute le domaine de la protection des droits fondamentaux. Cela s'explique parce que les droits de l'homme sont consacrés à tous les niveaux, tant au niveau national que régional ou international, mais aussi parce qu'ils transcendent toutes les matières juridiques, et qu'ils soulèvent des questions similaires sur les cinq continents. De plus, quasiment tous les instruments de protection des droits de l'homme dérivent de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui est elle-même inspirée d'une comparaison entre les constitutions nationales des pays occidentaux. Les droits de l'homme ont donc une origine commune. Toutes ces raisons contribuent à conférer une visée universaliste aux droits de l'homme. Le dialogue des juges s'impose donc naturellement dans ce domaine parce qu'il va permettre de promouvoir et de renforcer ce caractère universel.

C'est parce que c'est dans ce domaine qu'il se justifie le plus et qu'il est le plus développé en pratique que nous avons choisi de nous intéresser au dialogue des juges dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Pour faciliter notre étude, nous avons décidé de nous limiter à l'examen du dialogue des jurisprudences parce qu'il s'agit de la forme la plus visible du dialogue des juges.

Pour rendre compte du phénomène, nous avons choisi d'axer notre étude sur la Cour européenne des droits de l'homme. L'objectif étant, au travers de l'analyse des influences réciproques entre la Cour européenne des droits de l'homme et les autres juridictions, de déterminer s'il existe un droit commun des droits de l'homme au travers du dialogue entre ces juridictions. Nous avons choisi de placer la Cour européenne des droits de l'homme au centre

de notre analyse en raison de la position historique qu'elle occupe dans le domaine des droits fondamentaux.

La première partie du travail était consacrée à un état des lieux des influences réciproques entre la Cour européenne des droits de l'homme et les autres juridictions.

Dans le premier chapitre, nous avons constaté au travers d'une analyse de la jurisprudence comparée de la Cour européenne des droits de l'homme que depuis une vingtaine d'années celle-ci n'hésite plus à prendre en compte la jurisprudence des autres juridictions. Les références explicites de la Cour européenne à la jurisprudence étrangère peuvent paraître exceptionnelles en raison du nombre total d'arrêts rendus par la Cour mais elles sont en augmentation ces dernières années.

La Cour européenne se réfère principalement aux arrêts des autres juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l'homme, comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Ce sont surtout les parties ou les tiers intervenants qui s'y réfèrent dans leurs conclusions à titre d'argument comparatif mais sans que la Cour ne reprenne ces références dans le cadre de sa motivation. Il arrive aussi que la Cour se réfère explicitement dans son dispositif à la jurisprudence des autres instances de protection afin de justifier une certaine interprétation qu'elle retient de la Convention. Dans ce cas-là, l'influence, positive ou négative, de la décision étrangère sur le raisonnement ou la décision de la Cour est incontestable. Par contre, il est plus difficile d'évaluer le degré exact de cette influence : celle-ci a pu être marginale comme substantielle. Plus rarement, la Cour peut se prêter de son propre chef à un examen de droit comparé dans le but de mettre en évidence l'existence d'une « *norme internationalement acceptée* » à laquelle elle ne peut pas déroger. Il s'agit de l'argument comparatif doté de la plus grande force persuasive puisque son influence positive et substantielle sur la décision de la Cour est incontestable.

A côté des juridictions spécialisées dans la protection des droits fondamentaux, la Cour européenne se tourne parfois vers les juridictions nationales (constitutionnelles et/ou suprêmes). Lorsqu'elle fait appel à la jurisprudence des juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe, c'est parce qu'elle recherche l'existence d'un consensus parmi les Etats membres sur une question sensible ou controversée. Quand elle arrive à dégager un consensus, elle s'en sert pour légitimer une interprétation extensive ou dynamique de la Convention et quand elle constate l'absence de consensus, elle s'estime incompétente pour imposer une solution déterminée à l'Etat défendeur et lui laisse une certaine marge d'appréciation.

On observe aussi dans certains arrêts de la Cour européenne des références explicites à la jurisprudence de cours suprêmes ou constitutionnelles d'Etats tiers au Conseil de l'Europe. Pour l'instant, la Cour ne s'est référée qu'aux juridictions suprêmes des pays de Common Law et principalement à la Cour suprême des Etats-Unis et à la Cour suprême du Canada. On peut trouver ces références dans les conclusions des parties, dans les opinions séparées des juges de Strasbourg (surtout dans les opinions dissidentes) et plus rarement, dans la motivation de la Cour. Quantitativement, le nombre de références à ces deux juridictions est à peu près similaire mais qualitativement, les références à la Cour suprême des Etats-Unis ont surtout été utilisées à titre confortatif alors que les références à la Cour suprême du Canada ont débouché plusieurs fois sur un constat de violation ou ont même abouti à des revirements de jurisprudence.

A l'issue de cet examen, on peut conclure que la tendance actuelle est à l'ouverture de la Cour européenne aux autres systèmes juridiques même si la technique du référencement externe est utilisée par la Cour le plus souvent de manière informelle et indirecte.

Dans le second chapitre, nous avons observé la tendance inverse, à savoir le rayonnement international et national de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous avons constaté que la jurisprudence de la Cour européenne est une référence incontournable pour les autres juridictions, surtout pour les juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l'homme.

Par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a fait de la technique du référencement croisé un outil indispensable de son travail juridictionnel. Elle se réfère constamment aux décisions de la Cour européenne pour appuyer son interprétation de la Convention américaine des droits de l'homme, que ce soit dans le cadre de sa compétence consultative ou contentieuse. Ces références externes sont explicites et occupent une place centrale dans sa motivation. Par là, elle met en œuvre sa conception universaliste du droit international des droits de l'homme qu'elle considère comme un ensemble de droits cohérents et homogènes.

Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, quant à lui, se réfère à la jurisprudence strasbourgeoise de manière moins systématique et moins méthodique. Son usage du référencement externe ressemble à celui qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme. Ce sont soit les requérants qui citent la jurisprudence européenne à l'appui de leurs griefs, soit le Comité qui s'y réfère de son propre chef. Parfois, le Comité est également amené à devoir prendre en compte la jurisprudence européenne lorsqu'il intervient en tant qu'instance

internationale de recours quand une requête a été rejetée au préalable par la Cour européenne des droits de l'homme.

Le rayonnement de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas seulement international, il est également national. En effet, de nombreuses juridictions suprêmes et/ou constitutionnelles se réfèrent fréquemment aux arrêts de Strasbourg. C'est évidemment le cas des juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe qui, en vertu de l'autorité de la chose jugée et de l'autorité de la chose interprétée que revêtent les arrêts de la Cour de Strasbourg, doivent conformer leur ordre juridique aux arrêts de la Cour et appliquer les dispositions de la Convention telles qu'ont été interprétées par la Cour. Mais il arrive fréquemment aussi que les juridictions supérieures d'Etats tiers au Conseil de l'Europe prennent en compte la jurisprudence strasbourgeoise. La plupart du temps, cela s'explique pour plusieurs raisons. Par exemple, il est normal que les Etats candidats à l'adhésion au Conseil de l'Europe ou que les Etats non membres du Conseil de l'Europe mais sur le territoire desquels la Convention s'applique en tout ou en partie se réfèrent à la jurisprudence de la Cour. De même, la majorité des pays membres du Commonwealth britannique, comme le Canada, se réfèrent à la jurisprudence de la Cour pour interpréter leur charte de droits fondamentaux puisque celle-ci a été inspirée de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais il peut aussi arriver que certaines juridictions supérieures d'Etats tiers au Conseil de l'Europe se réfèrent à la jurisprudence de la Cour européenne sans raison apparente. Cependant, les juridictions supérieures des Etats tiers au Conseil de l'Europe ne montrent pas toutes autant d'enthousiasme envers la jurisprudence de Strasbourg. Par exemple, les références à la jurisprudence européenne dans les arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis sont extrêmement rares parce que les juges et les parlementaires américains sont très attachés à leur modèle constitutionnel.

Au terme de ce tour d'horizon, nous constatons que la jurisprudence européenne influence largement la jurisprudence des autres juridictions. Les références à la jurisprudence de Strasbourg sont nombreuses et explicites dans l'activité des autres juridictions. Elles sont utilisées comme des « arguments persuasifs ». Cela témoigne de l'autorité et de la légitimité de la Cour européenne et de ses arrêts aux yeux des autres juridictions.

Une seconde partie du travail était consacrée à la typologie et aux sens du dialogue des juges.

Dans un premier chapitre, nous avons mis en évidence deux types de dialogue. D'une part, il y a le dialogue orchestré qui est un dialogue « imposé » entre un juge interne et un juge international en vertu d'exigences procédurales propres au système international. Il comprend

le dialogue intégré et le dialogue conventionnel. D'autre part, il y a le dialogue débridé qui est un dialogue qui se noue spontanément entre les juges, sans encadrement et sans hiérarchie judiciaire. Celui-ci est protéiforme : il peut se nouer entre juges de même niveau ou de niveaux différents, à l'intérieur d'un même continent ou entre plusieurs continents différents.

Dans un second chapitre, nous avons tenté d'expliquer les raisons du dialogue des juges, en mettant l'accent sur ce qui motive les juges à dialoguer dans le domaine des droits de l'homme. La raison principale du dialogue, c'est la légitimité que confèrent les références étrangères aux décisions de justice parce qu'elles leur donnent un caractère plus partagé et donc, plus universel. Mais le dialogue permet aussi aux juges d'assurer la cohérence des systèmes juridiques en préservant l'unité de l'ordre juridique dans lequel ils s'insèrent et de rassembler les droits fondamentaux autour de certaines valeurs communes à tous les ordres juridiques.

Enfin, une troisième et dernière partie était dédiée à l'évaluation critique du dialogue des juges.

Le premier chapitre recense les critiques émises par les auteurs et les juges sceptiques envers le dialogue des juges. Ils dénoncent principalement l'absence de méthodologie rigoureuse entourant le dialogue, ce qui entraîne deux types de conséquences : sans une étude de droit comparé fiable, le risque de commettre des erreurs dans le référencement croisé est plus élevé et sans règles objectives pour guider les juges dans leur choix de jurisprudences étrangères, ceux-ci peuvent instrumentaliser le droit comparé au profit de leurs convictions personnelles. Les opposants au dialogue accusent également les juges d'excéder leurs pouvoirs et de ne pas respecter la séparation des pouvoirs lorsqu'ils invoquent une jurisprudence étrangère à l'appui d'un changement du droit en vigueur. De même, ils invoquent le relativisme culturel pour contester l'importation de valeurs étrangères au sein des systèmes juridiques.

Le deuxième chapitre était consacré à une analyse du dialogue des juges en théorie du droit. On a constaté que si les juges cherchent la solution ailleurs, c'est qu'ils présument la possibilité d'une solution universelle. Le dialogue des juges postule donc l'existence d'un horizon juridique commun, autrement dit d'un droit universel. Cependant, il ne faut pas envisager ce droit universel comme un ensemble de règles identiques mais comme un horizon idéal à atteindre qui doit guider les juges dans leur interprétation et leur application du droit. Cela est possible grâce au principe de comparaison qu'induit le dialogue. En effet, en plus d'échanger des solutions juridiques, les juges les mettent en comparaison, ce qui pousse sans cesse ceux-ci à interroger leur propre système juridique et à relativiser leurs arguments. Petit à petit, cela

mène à une certaine convergence entre les ordres juridiques. Dans le domaine des droits de l'homme, cela se traduit par la formation d'un « noyau dur » des droits de l'homme.

La question à laquelle nous avons tenté de répondre dans le cadre de ce travail était de savoir s'il existait un droit commun des droits de l'homme au travers du dialogue entre les juridictions. Un droit commun des droits de l'homme est effectivement en cours d'élaboration depuis une vingtaine d'années grâce aux nombreux échanges d'arguments et de solutions juridiques qui prennent place entre les juges. La Cour européenne des droits de l'homme joue un rôle prépondérant dans la formation de ce droit commun mais elle n'est pas la seule à y contribuer. Même si son rayonnement international et national est toujours d'actualité, les juridictions nationales et internationales ne s'appuient plus exclusivement sur la jurisprudence de la Cour européenne, ils prennent de plus en plus en compte la jurisprudence des autres systèmes de protection des droits fondamentaux, notamment parce que ceux-ci ont gagné en maturité ces dernières années. La Cour européenne elle-même n'hésite plus à se référer explicitement à la jurisprudence des autres juridictions, tant nationales qu'internationales.

Il faut également relativiser la notion de « droit commun ». Si les juges sont conscients de la nécessité d'assurer la cohérence du droit national des droits de l'homme autour de valeurs communes, ils sont aussi conscients de l'importance de conserver les spécificités qui caractérisent chaque système juridique. Les différences culturelles existent et elles ne peuvent pas être niées. Par conséquent, si le dialogue des juges dans le domaine des droits de l'homme permet l'élaboration d'un « droit commun » des droits de l'homme, c'est plutôt dans le sens où il permet d'harmoniser les droits de l'homme autour de certains principes directeurs communs tout en laissant une marge d'appréciation aux Etats, tant que celle-ci ne dépasse pas un certain seuil de compatibilité. Autrement dit, le dialogue n'entraîne pas une uniformisation mais bien une harmonisation des droits de l'homme. Le dialogue des juges va contribuer à cette harmonisation des droits de l'homme en incitant les juges à se comparer les uns aux autres.

Toutefois, pour que le dialogue des juges puisse être considéré comme une véritable source du droit, il faudrait qu'il soit encadré par des règles juridiques contraignantes et que les juges disposent de plus de temps et de plus de moyens financiers pour procéder à des études de droit comparé fiables. Dès lors, la validité et la légitimité des références externes ne seraient plus remises en cause et un plus grand nombre de juges seraient enclins à prendre part au dialogue.

*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PARTIE I - LE DIALOGUE DES JUGES DANS LE DOMAINE DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX : ÉTUDE DE CAS	5
Chapitre 1 – La jurisprudence comparée de la Cour européenne des droits de l’homme	5
<i>Section 1 – La Cour européenne des droits de l’homme se réfère à la jurisprudence des autres juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l’homme</i>	6
§ 1. Arguments comparatifs	7
§ 2. Arguments interprétatifs	9
§ 3. Examen de droit comparé par la Cour	12
<i>Section 2 – La Cour européenne des droits de l’homme se réfère à la jurisprudence des juridictions nationales (constitutionnelles et/ou suprêmes)</i>	13
§ 1. Références à la jurisprudence des Etats membres du Conseil de l’Europe	13
§ 2. Références à la jurisprudence des Etats tiers au Conseil de l’Europe	17
A. Les références à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis	18
B. Les références à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada	22
Chapitre 2 - Le rayonnement international et national de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme	24
<i>Section 1 – Les juridictions internationales spécialisées dans la protection des droits de l’homme se réfèrent à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme</i>	25
§ 1. La pratique de la Cour interaméricaine des droits de l’homme	26
§ 2. La pratique du Comité des droits de l’homme des Nations Unies	29
A. Les parties devant le Comité renvoient à la jurisprudence européenne	29
B. Le Comité se réfère explicitement à la jurisprudence européenne	30
C. Le Comité agit en tant qu’instance internationale de recours	32
<i>Section 2 – Les juridictions nationales (constitutionnelles et/ou suprêmes) se réfèrent à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme</i>	33

§ 1. Les Etats membres du Conseil de l'Europe se réfèrent à la jurisprudence européenne	33
§ 2. Les Etats tiers au Conseil de l'Europe se réfèrent à la jurisprudence européenne	36
PARTIE II : TYPOLOGIE ET SENS DU DIALOGUE DES JUGES	41
Chapitre 1 – Les types de dialogue des juges	41
<i>Section 1 – Le dialogue orchestré</i>	<i>41</i>
<i>Section 2 – Le dialogue débridé</i>	<i>43</i>
Chapitre 2 – Les sens du dialogue des juges	44
<i>Section 1 – Les raisons fonctionnelles ou pragmatiques</i>	<i>44</i>
<i>Section 2 – Les raisons rationnelles</i>	<i>46</i>
<i>Section 3 – Les raisons politiques</i>	<i>46</i>
§ 1. L'idéal systémique	47
§ 2. L'idéal humaniste	48
PARTIE III : EVALUATION CRITIQUE DU DIALOGUE DES JUGES	50
Chapitre 1 – Les critiques au référencement externe	50
<i>Section 1 – Arguments épistémologiques</i>	<i>50</i>
<i>Section 2 – Arguments politiques</i>	<i>51</i>
Chapitre 2 – Analyse du phénomène en théorie du droit	52
CONCLUSION	57

BIBLIOGRAPHIE

I - DOCTRINE

- *Dialogue entre juges*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008.
- *Fiche thématique - Fin de vie et Convention européenne des droits de l'homme*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Unité de la Presse, juillet 2015.
- *Affaire Lambert et autres c. France : il n'y aurait pas violation de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas de mise en œuvre de la décision du Conseil d'Etat du 24 juin 2014*, CEDH 185 (2015), Communiqué de presse du greffier de la Cour, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 5 juin 2015.
- ALLARD, J. et VAN DEN EYNDE, L., « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit : arguments entre idéalisation et scepticisme », *Les sources du droit revisitées*, Vol. 3, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2012, pp. 285 à 315.
- ALLARD, J., « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 77 à 91.
- ARENDT, H., *La crise de la culture*, Paris, Folio, 1972.
- BAILLEUX, A., « Les droits de l'homme en réseau », *Journal européen des droits de l'homme*, 2014/3, pp. 293 à 325.
- BARAK, A., « The role of a judge in a democracy », *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 939 à 960.
- BAUDENBACHER, C., « Judicial globalization : new development or old wine in new bottles ? », *Texas International Law Journal*, 2003, pp. 505 à 525.
- BELHASSEN, S., « Préface », *Guide pratique. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples vers la Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, Paris, FIDH, avril 2010, pp. 5 et 6.
- BENTIROU, R., « La pénétration de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans le contentieux des Cours suprêmes nord-américaines : exemple du Canada et des Etats-Unis », *Revue des Mutations du droit*, janvier 2011, pp. 1 à 15.

- BOSSUYT, M. et LINS, O., « La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme de Nations Unies », *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 83 à 100.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2014, pp. 31 à 79.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « De l'internationalisation du dialogue des juges », *Le dialogue des juges – Mélanges en hommage à B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95 à 130.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « Les cours européennes et interaméricaine des droits de l'homme et le « système onusien » », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 91 à 115.
- CANCADO TRINDADE, A., « Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 2004, pp. 177 à 180.
- COHEN-JONATHAN, G., « Universalité et singularité des droits de l'homme », Discours prononcé le 25 juillet 2002 lors de la séance de clôture de la 33^e session d'enseignement de l'Institut international des droits de l'homme, *Rev. Trim. D.H.*, 2003, pp. 3 à 13.
- COHEN-JONATHAN, G. et FLAUSS, J.-Fr., « La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international général », *Annuaire français de droit international*, 2004, pp. 778 à 781.
- COHEN-JONATHAN, G. et FLAUSS, J.-Fr., *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Coll. Droit et justice, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- COSTA, J.-P., « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *Rev. Trim. D.H.*, 2004, pp. 101 à 110.
- COSTA, J.-P., « Intervention introductive », *Conférence devant le Conseil d'Etat*, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Paris, 19 avril 2010, pp. 1 à 7.
- DELMAS-MARTY, M., « De la juste dénomination des droits de l'homme », *Droit et Cultures*, 35, 1998/1, pp. 105 à 116.
- DE SCHUTTER, O., *International human rights law : cases, materials, commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

- DE SCHUTTER, O., « L'Europe des Droits de l'Homme : un Concerto à plusieurs mains », *L'Europe des Cours. Loyautés et Résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 259 à 281.
- DUBOUT, E., « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2008, pp. 383 à 419.
- DUBOUT, E. et TOUZE, S., « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres juridiques et systèmes juridiques », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 11 à 37.
- DUSSART, M.-L., « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux canadien des droits fondamentaux », *VIIe Congrès français de droit constitutionnel. 50^e anniversaire de la Constitution de 1958*, Paris, septembre 2008.
- ERGEC, R., *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- FLAUSS, J.-Fr., « Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 73 à 120.
- FLAUSS, J.-Fr., « Du droit international comparé des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Zurich, Schulthess, 2002, pp. 159 à 182.
- FLAUSS, J.-Fr., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- FLAUSS, J.-Fr., « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis dans le contentieux européen des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2005, pp. 313 à 331.
- FRYDMAN, B., « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147 à 166.
- GARAPON, A. et ALLARD, J., *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.
- GROS ESPIELL, H., « La Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 233 à 246.

- HALLO DE WOLF, A. et WALLACE, D. H., « The overseas exchange of human rights jurisprudence : the U.S. Supreme Court in the European Court of Human Rights », *International Criminal Justice Review*, Vol. 19, n° 3, september 2009, pp. 287 à 307.
- HENNEBEL, L., « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 31 à 76.
- LEWKOWICZ, G., « Droits de l'homme, droits du citoyen : les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne », *Juger les droits de l'homme. L'Europe et les Etats-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- LINS, O. et DE LILLE, M., « Het Human Rights Committee en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens : wederzijdse beïnvloeding in jurisprudentie of niet ? », Working paper n° 12, Instituut voor Internationaal Recht, Katholieke Universiteit Leuven – Faculteit Rechtsgeleerdheid, novembre 2001.
- McCRUDDEN, C., « Judicial comparativism and human rights », *Comparative law : A handbook*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 371 à 398.
- MUBIALA, M., « Vers la création d'une Cour mondiale des droits de l'homme », *Rev. Trim. D.H.*, 2013, pp. 795 à 810.
- OST, Fr. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- SLAUGHTER, A.-M., « A global community of Courts », *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191 à 219.
- SLAUGHTER, A.-M., « Judicial globalization », *Virginia Journal of International Law*, 2000, pp. 1103 à 1124.
- SYMCZAK, D., *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Thèse, Université Robert Schuman de Strasbourg, 2002.
- TULKENS, F., VAN DROOGHENBROECK, S. et KRENC, F., « Le soft law et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode », *Les sources du droit revisitées. Normes internationales et constitutionnelles*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2012, pp. 381 à 431.
- TULKENS, F. et VAN DROOGHENBROECK, S., « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber amoricum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 505 à 526.

- VAN DROOGHENBROECK, S., *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014.

II – JURISPRUDENCE

- Cour eur. D.H., arrêt Vincent Lambert et autres c. France, 5 juin 2015, req. n° 46043/14.
- Cour eur. D.H., arrêt Haas c. Suisse, 20 janvier 2011, req. n° 31322/07.
- Cour eur. D.H., arrêt Jalloh c. Allemagne, 11 juillet 2006, req. n° 54810/00.
- Cour eur. D.H., arrêt Ocalan c. Turquie, 12 mai 2005, req. n° 46221/99.
- Cour eur. D.H., arrêt Vo c. France, 8 juillet 2004, req. n° 53924/00.
- Cour eur. D.H., arrêt Vergos c. Grèce, 24 juin 2004, req. n° 65501/01.
- Cour eur. D.H., arrêt Assanidzé c. Géorgie, 8 avril 2004, req. n° 71503/01, § 141.
- Cour eur. D.H., arrêt Hirst c. Royaume-Uni, 30 mars 2004, req. n° 74025/01.
- Cour eur. D.H., arrêt Allan c. Royaume-Uni, 5 novembre 2002, req. n° 48539/99.
- Cour eur. D.H., arrêt Christine Goodwin c. Royaume-Uni, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95.
- Cour eur. D.H., arrêt T. c. Royaume-Uni, 16 décembre 1999, req. n° 24724/94.
- Cour eur. D.H., arrêt Akdivar et autres c. Turquie, 16 septembre 1998, req. n° 21893/93.
- Cour eur. D.H., arrêt Aydin c. Turquie, 25 septembre 1997, req. n° 23178/94.
- Cour eur. D.H., arrêt Loizidou c. Turquie, 18 décembre 1996, req. n° 15318/89.
- Cour eur. D.H., arrêt John Murray c. Royaume-Uni, 8 février 1996, req. n° 18731/91, opinion en partie dissidente de M. le juge Walsh, à laquelle MM. Les juges Makarczyk et Lohmus déclarent se rallier.
- Cour eur. D.H., arrêt Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995, req. n° 17851/91.
- Cour eur. D.H., arrêt Welch c. Royaume-Uni, 9 février 1995, req. n° 17440/90.
- Cour eur. D.H., arrêt Fayed c. Royaume-Uni, 21 septembre 1994, req. n° 17101/90.
- Cour eur. D.H., arrêt Burghartz c. Suisse, 22 février 1994, req. n° 16213/90.
- Cour eur. D.H., arrêt S. c. Suisse, 28 novembre 1991, req. n° 12629/87.
- Cour eur. D.H., arrêt Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991, req. n° 13585/88.
- Cour eur. D.H., arrêt Cruz Varas et autres c. Suède, 20 mars 1991, req. n° 15576/89.
- Cour eur. D.H., arrêt Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, req. n° 14038/88.
- Cour eur. D.H., arrêt Belilos c. Suisse, 29 avril 1988, req. n° 10328/83.
- Cour eur. D.H., arrêt Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, req. n° 7525/76.

- Cour eur. D.H., arrêt Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, req. n° 6833/74.
- Cour eur. D.H., arrêt Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, req. n°5856/72.
- Cour eur. D.H., arrêt Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72.

- Commission interam. D.H., affaire 11.634 (Fondo Jailton Neri Da Fonseca) c. Brésil, 11 mars 2004, Fond, Rapport n° 33/04, Rapport annuel 2004.
- Cour interam. D.H., avis consultatif Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17 septembre 2003, Série A. n° 18.
- Cour interam. D.H., arrêt Maritza c. Guatemala, 27 novembre 2003, Série C. n° 103.
- Cour interam. D.H., arrêt Benavides c. Pérou, 18 août 2000, Série C. n° 69.
- Cour interam. D.H., arrêt Bronstein c. Pérou, 24 septembre 1999, série C. n° 54.

- Com. D.H., Enrol Pryce c. Jamaïque, 13 mai 2004, communication n° 793/1998.
- Com. D.H., Higginson c. Jamaïque, 29 avril 2002, communication n° 792/1998.
- Com. D.H., Malcolm Ross c. Canada, 18 octobre 2000, communication n° 736/1997.
- Com. D.H., George Osbourne c. Jamaïque, 13 avril 2000, communication n° 759/1997.
- Com. D.H., A. R. Coeriel et M. A. R. Aurik c. Pays-Bas, 31 octobre 1994, communication n° 453/1991.
- Com. D.H., Joseph Kindler c. Canada, 30 juillet 1993, communication n° 470/1991.

- Cour suprême du Canada, arrêt Dagenais c. Société Radio-Canada, 8 décembre 1994, 3RCS 835.
- Cour suprême du Canada, arrêt R. c. Keegstra, 13 décembre 1990, 3RCS 697.
- Cour suprême du Canada, arrêt R. c. Andrews, 13 décembre 1990, 3RCS 870.
- Cour suprême du Canada, arrêt Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor, 13 décembre 1990, 3RCS 892.
- Cour suprême du Canada, arrêt R. c. Oakes, 28 février 1986, 1RCS 103.

- Cour suprême des Etats-Unis, arrêt Lawrence v. Texas, 26 juin 2003, 538 US.

- C.C., 14 février 2013, n° 7/2013.
- Cass., 10 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 330.

*

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt