



HAL
open science

DE L'INTERNATIONALISATION DU DIALOGUE DES JUGES

Laurence Burgorgue-Larsen

► **To cite this version:**

Laurence Burgorgue-Larsen. DE L'INTERNATIONALISATION DU DIALOGUE DES JUGES : MIS-SIVE DOCTRINALE À L'ATTENTION DE BRUNO GENEVOIS. Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz-Sirey, pp.95-130, 2009, 978-2247081400. hal-01583470

HAL Id: hal-01583470

<https://hal.science/hal-01583470>

Submitted on 7 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DE L'INTERNATIONALISATION DU DIALOGUE DES JUGES

MISSIVE DOCTRINALE À L'ATTENTION DE BRUNO GENEVOIS

par Laurence BURGORGUE-LARSEN
Professeur à l'Université Panthéon Sorbonne (Paris I)

*Cher Président**,

Combien de fois ai-je manqué à mon devoir de prendre la plume d'une main qui aurait dû être inspirée et alerte afin de répondre à vos lettres qui, à chaque fois qu'elles me parvenaient, marquaient le début d'une effervescente curiosité intellectuelle à l'idée de découvrir la teneur de vos propos. En effet, à l'envoi de tirés à part, vous aviez coutume de me répondre à la main — comme à d'autres de mes collègues — afin de me faire part de vos observations sur l'article que je vous avais fait parvenir conformément aux us et coutumes du « petit monde » académique. Et de prendre le temps d'entamer une conversation scientifique épistolaire; que dis-je, un « dialogue » où il vous arrivait tantôt de réfuter — arguments détonants à l'appui — telle ou telle assertion que vous jugiez trop intempestive; tantôt d'acquiescer à des analyses qui emportaient votre conviction. En plus d'avoir été celui qui vulgarisa en France l'expression de « dialogue des juges » — dont vous espériez qu'elle s'imposât au lieu et place de celle de « guerre des juges »¹ — vous avez

* Je me permets de vous appeler ainsi, vous qui avez été président de la Section du contentieux du Conseil d'État.

1. Ce point est régulièrement rappelé en France par ceux qui, en doctrine, se penchent sur cette problématique. Je suis sûre que nombre de contributeurs à cet ouvrage feront de même. Il est

été le chantre au sein du Conseil d'État d'un dialogue constant sans être omniprésent, ouvert sans être complaisant, critique sans être méprisant, élogieux (parfois) sans être flagorneur, avec de multiples représentants des différentes générations qui composent l'univers académique hexagonal. Une ouverture d'esprit remarquable et remarquable tant les codes de nos institutions respectives ont pu être marqués, par le passé, par moult manifestations d'une retenue peu encline à une réciproque empathie institutionnelle. Je saisis cette belle occasion qui m'est offerte de rendre hommage à votre ouverture d'esprit. Elle s'est manifestée à l'égard, tant des idées venues d'ailleurs — celles qui n'ont pas germé au Palais-Royal — qu'aux « droits venus d'ailleurs » dont on sait que le père de la formule, le Doyen Carbonnier, considérait qu'ils étaient destructeurs² — à l'instar encore aujourd'hui de quelques professeurs qui s'entêtent à penser et enseigner le droit de façon « cloisonnée »... Or aujourd'hui, s'enfermer dans une approche nationale du droit — qui peut confiner à la défense d'une approche nationaliste de celui-ci — est un non-sens. Le temps du « monde fini » est une réalité que Paul Valéry relevait dès 1919. On parlerait volontiers aujourd'hui d'un « monde globalisé ». Le constat est en réalité identique. La globalisation induit une internationalisation des systèmes et des comportements judiciaires nationaux et non pas une « nationalisation » du droit et des procédures internationales qui fait partie aujourd'hui d'un autre temps : un temps révolu³.

Je vous concède que la notion d'« internationalisation » est polysémique et je vous dois de vous présenter le sens que j'entends ici lui conférer. En effet, le terme n'aura pas forcément la même signification pour le constitutionnaliste — qui ne peut plus ignorer aujourd'hui le phénomène d'internationalisation des constitutions nationales qui se double, en Europe, d'un processus d'« européanisation » — et l'internationaliste qui analyse le régime juridique d'espaces particuliers — comme des villes ou des territoires — placés sous administration internationale⁴,

pour ainsi dire impossible d'échapper au nécessaire rappel de votre formule devenue un « classique doctrinal » : « à l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges » Il s'agit d'un extrait de vos célèbres conclusions rendues dans l'affaire *Cohn-Bendit* du 22 déc. 1978, *D.* 1979.155-161, spéc. p. 161.

2. La formule se trouve dans l'essai remarquable du doyen Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, 276 p. Si la plume était vive et la critique acerbe, certains constats n'en étaient pas moins critiquables. Sa diatribe afférente au « mode de production du droit » (qui fustigeait le droit communautaire et le droit conventionnel), comme, de façon transversale, son analyse sur « la pulvérisation du droit par les droits subjectifs » ne sont évidemment pas les miens (spéc. p. 44 et 121). Il n'empêche, l'essai reste un classique par la richesse des idées qu'il draine et la qualité du style, toujours percutant.

3. On pense ici immédiatement aux analyses lumineuses de P. Weil qui, en hommage à L. Trotaas — il y a désormais près de 38 ans (!) — identifiait trois domaines (le droit des Communautés européennes, celui de la fonction publique internationale et celui du contentieux des tribunaux administratifs nationaux) qui avaient permis au droit administratif français d'être « exporté » dans l'univers international; v. P. Weil, « Droit international public et droit administratif », in *Mélanges offerts à L. Trotaas*, LGDJ, 1970, p. 511-528.

4. En parcourant *Le Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir.), Bruxelles, Bruy-

autant de démarches qui n'empêchent pas de fructueuses rencontres analytiques⁵.

Dans le cadre de mon propos, l'internationalisation du dialogue des juges est entendue comme la manifestation du décloisonnement territorial du dialogue⁶. Le juge — s'il est et sera toujours rattaché à un territoire (pour le juge interne) comme à des procédures et *in fine* à un système de normes spécifiques (pour les juges internes et internationaux) — est conduit à s'ouvrir à d'autres juges rattachés à d'autres univers systémiques. Cette notion d'« ouverture », je vous l'accorde bien volontiers, n'a rien de juridique. Cependant, elle permet d'embrasser la vaste panoplie des manifestations tant de l'internationalisation en tant que telle, que du dialogue judiciaire qui se noue dans un espace où les frontières territoriales, mais aussi culturelles, linguistiques, sociétales reculent toujours un peu plus. Je ne doute pas que mes appréciations sur ce phénomène susciteront de votre part tout à la fois des oppositions voire (peut-être) des réprobations, mais aussi (je l'espère) des acquiescements et des points d'accord. Autrement dit, tous les ingrédients seront présents pour que le *dialogue* ainsi noué grâce à votre constance épistolaire se poursuive. On ne rappellera jamais assez qu'un « dialogue » — dont le nom puise ses racines dans le latin *dialogus* qui renvoie à un « entretien philosophique à la manière des dialogues de Platon »⁷ — est avant tout un échange de vues, une discussion, un « *entretien entre deux ou plusieurs personnes* »⁸. Ce faisant, contrairement à une idée reçue, il induit tant l'opposition, la contradiction voire la discorde, que l'accord et la concorde; surtout, il peut se développer entre plus de deux juges différents : le dialogue peut être *tri-* voire *multidimensionnel*. Le dialogue ne se manifeste pas exclusivement dans le cadre d'un duo juridictionnel. Il peut se nourrir de multiples interactions entre plus de deux juges.

lant, 2001, spéc. p. 600 et 601, vous trouverez cinq autres sens du concept d'« internationalisation » entendu au sens du droit international.

5. Je pense ici aux réflexions de N. Maziau qui, en tant que constitutionnaliste et grâce à ses fonctions exercées en Bosnie-Herzégovine, a observé de près certains phénomènes caractéristiques d'« internationalisation »; v. N. Maziau, « L'internationalisation du pouvoir constituant : essai de typologie, le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP* 2002-3.549-579; « La Bosnie-Herzégovine en devenir douze ans après Dayton. Changements attendus et perspectives », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 837-856.

6. De la même manière que le droit sort de ses frontières nationales — ce qui est pour M. Delmas-Marty la marque de « l'internationalisation du droit », le dialogue fait de même. Je vous indique à cet égard sa leçon inaugurale au Collège de France, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, 2003, spéc. p. 13.

7. C'est ce que rappelle le *Dictionnaire historique de la langue française*, A. Rey (dir.), Éditions Le Robert, 2006. On trouve à l'entrée « Dialogue » les éléments suivants : « d'abord *dialogue* (v. 1200) est emprunté au latin *dialogus* "entretien philosophique à la manière des dialogues de Platon", emprunt au grec *dialogos* "entretien, discussion", terme d'abord employé par les philosophes (Aristote et Platon) et dérivé de *dialegein* "discuter" ».

8. Cette dernière formule est celle du premier sens délivré par le *Littré* : « (lat. *dialogus*), entretien entre deux ou plusieurs personnes ».

Je me devais, Cher Président, de passer par ce petit exercice d'éclaircissement sémantique de votre propre « formule ». Non pas qu'elle fut « obscure » au moment où vous l'avez employée dans le contexte très particulier de l'intégration communautaire européenne (j'y reviendrai). Cependant, elle a recueilli de tels échos doctrinaux qu'elle en est devenue presque insaisissable ce qui est, à n'en pas douter, la rançon paradoxale d'un succès fulgurant. Combien de colloques, d'ouvrages, d'articles l'utilisent (mais très souvent avec des sens différents), tant elle est emblématique d'une nouvelle configuration des rapports entre des institutions en charge de rendre la justice. Certes, mais de quelle configuration et de quelles institutions est-il exactement question? En effet, en partant du postulat que le dialogue induit tout à la fois « l'opposition-le désaccord » mais également « l'entente-la concorde », encore faut-il identifier les *contextes* dans lesquels les manifestations des discussions judiciaires naissent et se développent.

Je pense que vous conviendrez avec moi que l'éclosion internationale du « commerce des juges »⁹ est un phénomène fascinant et majeur depuis que le droit international a été saisi par un bourgeonnement juridictionnel de taille¹⁰. À l'ère de la centralisation judiciaire incarnée successivement par la Cour permanente de justice internationale et la Cour internationale de justice (CIJ) a succédé celle de la décentralisation du pouvoir de juger à l'échelle internationale. Cela n'a pas manqué de donner au « dialogue des juges » une tournure des plus singulières. Sans tenter une systématisation de la question (impossible dans le cadre des quelques lignes de cette missive), il m'est apparu toutefois que deux types de *contextes* permettaient le lancement et le développement d'échanges de vues entre les juges.

Le premier type de dialogue s'insère au sein d'un « système » juridique — plus ou moins sophistiqué — et arbore l'allure de la verticalité dans la mesure où il prend corps entre un juge international et un juge interne. Ici, c'est un ensemble de contraintes procédurales spécifiques qui découlent des systèmes internationaux qui surplombent les ordres juridiques internes qui vont contraindre les juges — sis sur les deux rives de l'espace juridique, la rive nationale et la rive *supranationale* — à converser. Le second type de

9. Cette belle formule est celle d'A. Garapon et de J. Allard qui, avec une dextérité analytique hors pair, se sont penchés, à leur manière, sur la place du juge dans la mondialisation, v. *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Éd. du Seuil et La République des idées, 2005.

10. Vous trouverez dans les actes du colloque de Lille de la Société française pour le droit international, des communications reflétant les nombreux questionnements découlant de la multiplication des juridictions internationales; v. *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, 545 p. Au sein de la communauté des internationalistes, le débat se poursuit sur les conséquences d'un tel phénomène : d'aucuns craignent une « fragmentation » du droit international débouchant sur sa « sectorialisation »; tandis que d'autres y voient la manifestation d'une légitimité renouvelée. Cela a conduit la célèbre Commission pour le droit international à adopter à sa 58^e session les Conclusions des travaux du Groupe d'étude sur « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, t. II (2).

dialogue s'insère dans un espace qui est beaucoup plus ouvert en ce qu'il n'est, à aucun moment, rattaché à un système spécifique. Ici, des juges de tous bords se lancent dans des conversations judiciaires sur la base d'une ouverture spontanée au monde de la justice dans sa globalité internationale. L'improvisation épistolaire judiciaire est de mise, même si elle cache en réalité de multiples intérêts. Ces juges conversent quel que soit leur système de rattachement (international ou national) et leur office (règlement des litiges interétatiques ou des différends commerciaux, sanction des crimes internationaux, déclaration des violations des droits de l'homme, contrôle de constitutionnalité, contrôle de l'action administrative, contrôle des agissements des particuliers, etc.). Dans les deux cas — que le dialogue soit *orchestré* (I) ou *débridé* (II) —, ces entretiens judiciaires prennent corps concrètement de manière identique. C'est le chassé-croisé des références à des décisions de justice « externes » (nationales et/ou internationales) qui est la marque du dialogue judiciaire. Toutefois, nous verrons que si la matérialisation de ce dialogue prend la même allure référentielle, elle n'a certainement pas le même sens.

Au moment où vous terminez la lecture de ces quelques lignes introductives, mon souhait le plus cher est que vous compreniez que je n'ai pu résister à la tentation (incontestablement trop belle) de vous rendre hommage en vous écrivant une *missive doctrinale* aux multiples symboles. Elle incarne tant votre participation personnelle au dialogue des juges que celui que vous avez noué avec la doctrine. En outre, en soumettant à votre détonante sagacité intellectuelle ces quelques idées sur le phénomène de « l'internationalisation » du dialogue des juges, c'est aussi et surtout la continuité de notre propre correspondance sur les multiples interactions entre juridictions que je poursuis ici.

I. – LE DIALOGUE *ORCHESTRÉ*

Vous qui avez plaidé pour le dialogue dans l'espace très particulier de l'intégration communautaire européenne, vous ne pouvez qu'adhérer à l'idée que le rejet de principe à l'égard de ce qui « vient d'ailleurs » ne vaut décidément pas. Si le sémillant « Dany le Rouge » a été l'une des figures emblématiques d'une jeunesse en mal de liberté en mai 1968, il aura surtout laissé son nom dans les annales judiciaires du droit administratif pour la communauté des juristes français. L'affaire *Cohn-Bendit* figure en effet en bonne place au sein des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*¹¹, classique parmi les classiques des ouvrages de droit public sur lequel tous les étudiants passionnés de droit ne peuvent que passer de belles heures

11. Comment ici ne pas souligner que cet ouvrage fut pour moi une révélation en seconde année de droit; il emportait définitivement mon engouement pour le droit public.

à découvrir les arcanes de l'évolution jurisprudentielle administrative. Cette affaire vous aura donné l'occasion, en tant que Commissaire du gouvernement¹², de vous exprimer dans le cadre d'un litige où le droit communautaire européen brillait de tous ses feux et où le renvoi préjudiciel fut activé par le Tribunal administratif de Paris. Nous savons à quel point ce dialogue organisé, mieux, orchestré entre les juridictions nationales et la Cour de justice est vital pour le développement du processus d'intégration européenne. Ce *dialogue intégré* (A) — qui s'établit et se développe dans une sorte de verticalité dénuée de hiérarchie, à tout le moins en théorie — est le ciment de l'entente juridictionnelle indispensable pour le développement d'une intégration harmonieuse empreinte d'interprétation et d'application uniformes du droit communautaire. Or, aujourd'hui, ce type de dialogue n'est plus l'apanage du seul continent européen. Le processus d'intégration étant multiple, il a prospéré avec des variantes spécifiques sur les contrées latino-américaines et africaines pour le plus grand bonheur des comparatistes du phénomène intégratif. Autre aspect de l'internationalisation en somme. Le décloisonnement « territorial » est ici un décloisonnement « continental ». Né sur le continent européen, le dialogue intégré s'est exporté car le mimétisme institutionnel a rejailli immanquablement sur le phénomène juridictionnel.

Aux côtés de ce dialogue intégré, on recense celui qui se développe dans l'univers très particulier des conventions de protection des droits de l'homme. *A priori*, il est moins structuré car aucune disposition équivalente à l'article 234 du traité CE ne le régit. Il est induit toutefois par la subsidiarité des mécanismes de garantie collective qui érige les juges nationaux en « juge conventionnel de droit commun » pour emprunter une formule célèbre au champ du vocabulaire du droit communautaire. En dépit de l'absence d'une institutionnalisation du « commerce » judiciaire, il est vivace et coriace et a pour conséquence de métamorphoser toutes les branches des droits internes au point que les juges se font les moteurs des changements normatifs voire sociétaux des États parties aux conventions de protection. Ce *dialogue conventionnel* (B), amplement connu et analysé en Europe, a également débordé les frontières du « vieux continent ». Il se développe aujourd'hui également dans l'hémisphère Sud entre les juges des États parties à la Convention américaine des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, consœur trop méconnue de la Cour de Strasbourg. Il ne manquera pas de se développer sur le continent africain quand la saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples sera effective¹³.

12. CE Ass. 22 déc. 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit, Lebon* 524, concl. B. Genevois, D. 1979. 155.

13. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a été créée par le protocole dit de « Ouagadougou », le dénommé *protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*. Signé à l'occasion de la 34^e session de l'OUA à Ouagadougou au Burkina Faso les 8 et 10 juin 1998, il entrera en

A. – *LE DIALOGUE INTÉGRÉ*

Il s'agit, dans la panoplie des multiples manifestations du dialogue des juges, de la figure la plus aboutie en ce sens qu'elle est encadrée et organisée — en un mot, institutionnalisée — par une disposition spécifique d'un traité international : le célèbre article 234 du traité instituant la Communauté européenne¹⁴. L'orchestration procédurale y est magistrale au point d'imposer au juge national, qui statue en dernier ressort, le renvoi d'une affaire devant la Cour de justice¹⁵. En théorie, l'obligation de renvoi exclut le dialogue qui est un moment où se manifeste inmanquablement une part de liberté propre à l'échange d'arguments. Or obliger, c'est autoritaire; obliger, c'est contraindre. L'impérativité éradique, *a priori*, le libre arbitre. Et pourtant, même dans le cadre de cette figure procédurale où aucune place ne permettait en apparence la discussion, un échange de vues s'est noué entre l'institution au sein de laquelle vous avez consacré une grande partie de votre carrière et la Cour de Luxembourg. Vous fâcherai-je si je vous rappelais que le Conseil d'État eut beaucoup de mal (quel euphémisme) à accepter les règles du jeu préjudiciel? Dans le même temps (j'anticipe ici votre réaction que j'imagine être une contestation), si de fronde il n'avait pas été question, le dialogue n'aurait évidemment pas pu se nouer car, l'obligation respectée, la liberté et donc le dialogue disparaissaient. Autrement dit, la résistance du Conseil d'État à l'égard de l'obligation de renvoi inscrite dans le marbre des traités ouvrit une brèche dans l'obligation de l'alinéa 3; la contestation ébranla l'impérativité conventionnelle. La discussion pouvait alors commencer. Personne mieux que vous n'en connaît les contours et les détours. De l'affaire de la *Société des pétroles Shell-Berre* à l'affaire *Cilfit*; autrement dit de l'apothéose de la « théorie de l'acte clair »

vigueur le 25 janv. 2004. La Cour fut mise en place à Arusha en Tanzanie suite à l'élection de ses 11 juges. Aujourd'hui, elle est dans l'attente du traitement de ses premières affaires. La littérature étant abondante, je ne vous ferai part ici que des quelques publications récentes la concernant, v. A. Pieter van der Mel, « The New African Court on Human and People's Rights : Towards an effective Human Rights Protection Mechanism for Africa? », *Leiden Journal of International Law*, 18, 2005, p. 113-129; F. Ouguergouz, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation universelle », *AFDI*, 2006.213-240.

14. Je vous concéderai volontiers qu'une des affres des rebondissements à répétition de l'intégration communautaire européenne est le « transformisme » permanent de la numérotation des dispositions des traités. Après l'art. 177 TCEE, ce fut au tour de l'art. 234 TCE d'incarner le renvoi préjudiciel, avant que l'art. 267 TFUE ne le fasse à son tour, si le deuxième « Non » irlandais de la construction communautaire arrive à être dépassé afin que la ratification du traité de Lisbonne signé le 13 déc. 2007 soit un jour intégrale. Toutefois, au regard de votre mémoire en tous points exceptionnelle, connue et louée par tous, je gagerai que cela ne soit en rien une difficulté pour vous.

15. L'obligation de renvoi s'est déplacée vers le juge qui ne statue pas en dernier ressort s'agissant de l'appréciation de validité; obligation d'origine prétorienne afin (encore et toujours) d'assurer une interprétation et une application uniformes du droit communautaire. À ma connaissance, cette audace de la Cour de justice avec l'arrêt *Foto-Frost*... n'a pas entraîné de résistances majeures... Du coup, de dialogue, il ne fut point question.

défendue par Nicole Questiaux¹⁶ à la consécration de la marge d'appréciation mentionnée par Francesco Capotorti¹⁷, les juges du Palais-Royal ont réussi le tour de force de mener et d'orienter ce que nous pourrions appeler — afin de varier les plaisirs métaphoriques — « l'entretien judiciaire ». Vous reconnaîtrez que les juges du Plateau de Kirchberg ont été « à votre écoute » (à l'écoute du Conseil d'État j'entends) en délivrant une interprétation judiciaire de l'article 234 du traité CE respectueuse de votre rang comme de celui de l'ensemble des juridictions suprêmes des États membres. Vous devez, à n'en pas douter, connaître le rayonnement de cette théorie forgée par vos pairs dans les autres pays de l'Union européenne¹⁸. La circulation des décisions de justice et, plus spécifiquement celles provenant de votre illustre institution, n'a pas manqué de se diffuser comme une traînée de poudre chez vos confrères européens, pour le meilleur et parfois pour le plus délicat de la bonne entente juridictionnelle avec les juges de Luxembourg¹⁹. Les statistiques sont à cet égard éloquentes²⁰. Les réticences

16. CE Ass. 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, Lebon 344, concl. N. Questiaux. N. Questiaux a également discuté — sous l'angle doctrinal — de la signification du feu article 177 TCE; elle présentait sa vision des choses en 1974, v. « La collaboration du juge administratif avec un juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État français de l'article 177 du traité de Rome) », in *Mélanges en l'honneur du professeur M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 387-395.

17. CJCE 2 oct. 1982, *Cilfit*, aff. n° 283/81, *Rec.*, 314, concl. F. Capotorti.

18. La doctrine étrangère qui analyse le mécanisme préjudiciel communautaire met un point d'honneur à mentionner la théorie de l'acte clair; sa présentation est un passage obligé de l'analyse de l'utilisation de l'article 234 TCE. La littérature étant innombrable en la matière, je vous renvoie à l'analyse récente de F. Fernandez Segado, « Le contrôle de "communautariedad" de l'ordre juridique interne réalisé par le juge national et ses conséquences sur le système constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 1231-1262, spéc. p. 1247-1249.

19. L'Espagne, pour laquelle vous connaissez mon penchant culturel, s'est distinguée assez vite en la matière puisque le Tribunal suprême (TS, 15 mars 1991) s'inspirait *expressis verbis* de la théorie de l'acte clair et ce bien après l'arrêt *Cilfit*. Or, pour les commentateurs espagnols, l'invocation de ladite théorie n'était pas pertinente *in casu*. Je vous renvoie à l'arrêt du TS du 15 mars 1991 et aux commentaires de D. Liñan Noguera et M. López Escudero, « Crónica sobre la aplicación judicial del derecho comunitario en España (1991 et 1992) », in *Revista de instituciones europeas*, 1993, p. 257. Il ne s'agit que d'un exemple parmi beaucoup d'autres bien entendu. À cet égard, la *RIE*, qui est devenue la *Revista de derecho comunitario europeo* assure une chronique régulière qui pointe les résistances ou à l'inverse les acquiescements à l'endroit de l'emprise du droit communautaire européen sur le système juridique espagnol. Pour la diffusion de cette théorie en Autriche, par ex., v. les arrêts *VfSlg* 14.390/1995, 14.886/1997, 15.106/1998, 15.657/1999, 16.039/2000 mentionnés par H. Schäffer, « Autriche », in J. Iliopoulos-Strangas (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours constitutionnelles : concurrence ou collaboration ?*, In *memoriam L. Favoreu*, Publications Ant. N. Sakkoulas-Bruylant, Athènes-Bruylant, 2007, p. 95-123, spéc. p. 108.

20. Les institutions judiciaires qui donnent vie au mécanisme préjudiciel sont celles qui sont dites « inférieures » (quel vilain mot) — autrement dit celles qui ne sont pas contraintes d'activer le renvoi — les tribunaux suprêmes dans l'ensemble restant quant à eux circonspects à l'égard du « renvoi ». N'allez pas croire que cette assertion est le fruit d'un *a priori*, d'autant plus mal venu dans le cadre d'un « dialogue scientifique »; elle n'est que le résultat de la prise de connaissance des précieuses statistiques fournies par la Cour de justice elle-même. Dans son *Rapport d'activité 2007*, on découvre que, depuis les débuts du processus d'intégration, la Cour de cassation a activé 76 fois le mécanisme, le Conseil d'État 40 fois, tandis que les « autres juridictions » y ont

de certaines juridictions suprêmes — je vous assure ici que j'use de la litote — n'ont pas manqué d'engendrer des réactions pour le moins paradoxales : saviez-vous que le législateur suédois était venu à la rescousse de la Cour de justice? En effet, il demandait à toute juridiction ou autorité publique qui, tenue de saisir la Cour de Luxembourg, ne le ferait pas, de justifier son refus²¹. Quand ce n'est pas le législateur qui monte au créneau, c'est le juge constitutionnel qui vient en renfort du respect de l'obligation de l'emblématique article 234 du traité CE qui s'est transformée, par le jeu des enchevêtrements systémiques, en obligation constitutionnelle²²! Que dire alors de la Cour européenne qui a également intégré la partie²³? Quand une obligation (communautaire) en cache plusieurs autres (constitutionnelle et conventionnelle) en transformant les systèmes juridiques en systèmes *métis*²⁴, on prend la mesure de l'exceptionnelle transformation des sources d'allégeances du juge interne.

Toutefois, malgré la contrainte qui se resserre en se démultipliant, malgré le fait que tout est fait pour que l'obligation — somme toute aménagée (*Cilfit*) — soit respectée, le dialogue intégré a été, est et sera encore marqué par de nombreux soubresauts car il est rétif aux acceptations inconditionnées de règles du jeu jugées (par certains juges et à certaines époques) par trop déstabilisantes pour l'ordre juridictionnel interne. Vous savez, bien sûr, que depuis la classique affaire *Simmenthal*²⁵, le dialogue intégré induit par l'article 234 du traité CE peut créer des interférences avec les dialogues préjudiciels de type constitutionnel. On connaît également la règle de présence qu'a posée la Cour de justice dans les hypothèses d'une confrontation des obligations de renvois. Or, trente ans après la solution posée par la

procédé à 627 reprises. Loin de moi l'idée de « stigmatiser » les juridictions françaises. En effet, en comparant ce qui est comparable, c'est-à-dire un État membre qui faisait partie des « six » pays fondateurs et dont l'architecture judiciaire est relativement similaire à celle de l'Hexagone — on constate qu'il s'agit d'une tendance lourde. Ainsi, en Belgique, la Cour de cassation a procédé à 69 renvois, le Conseil d'État à 42, tandis que les dénommées « autres juridictions » l'ont fait à 439 reprises. Particularité du contrôle de constitutionnalité belge, la Cour d'Arbitrage — récemment rebaptisée Cour constitutionnelle — a activé à 5 reprises l'article 234 TCE. Pour l'Italie, les chiffres sont : *Corte suprema di Cassazione* (94), *Consiglio di Stato* (60), « autres juridictions » (785).

21. Loi suédoise du 1^{er} juill. 2006.

22. Je vous renvoie — vous qui appréciez le droit comparé — aux jurisprudences des Tribunaux constitutionnels allemand (Trib. const. 8 avr. 1987, *Kloppenburger*), autrichien (Trib. const. 11 déc. 1995, Trib. const. 26 juin 1997) et espagnol (Trib. const. 19 avril 2004, Trib. const. 19 juin 2006) selon lesquelles le « droit au juge » protégé par leurs constitutions respectives est susceptible d'être enfreint si d'aventure l'obligation de l'article 234 TCE est malmenée.

23. Sur le contrôle par la Cour européenne de l'utilisation du mécanisme préjudiciel de l'article 234 TCE, vous trouverez ici quelques références classiques : CEDH, 23 mars 1999, *Desmots c. France* (III^e sect., DR) et CEDH, 7 sept. 1999, *Dotta c. Italie* (II^e sect., DR).

24. Je fais référence ici à une formule empruntée à un article très intéressant écrit à quatre mains par N. Levrat et I. Raducu sur le « métissage juridique » : « Le métissage des ordres juridiques européens (une "théorie impure" de l'ordre juridique) », *Cah. dr. eur.* 2007-1, p. 111-147.

25. CJCE 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. n° 106/77, *Rec.*, 629, concl. Reischl.

Cour, le paysage judiciaire est loin d'être uniforme : certaines Hautes juridictions continuent de se rebeller (quel étonnement quand on sait qu'elles sont issues des « anciens » États membres), d'autres (plus récemment intégrées au sein de l'univers communautaire) jouent le jeu²⁶. Autant d'éléments pour que les discussions judiciaires se poursuivent, surtout quand on sait qu'elles existent évidemment à l'intérieur même des systèmes juridiques nationaux²⁷. Le même constat vaut pour une autre manifestation du dialogue intégré : je veux parler de celui qui est toujours vivace concernant la vision absolue de la primauté dégagée par la Cour de justice, dont on sait qu'elle est toute relative pour les juridictions nationales²⁸. Aujourd'hui (je vous le mentionnais un peu plus haut), la figure procédurale du renvoi préjudiciel n'est plus exclusivement européenne ; elle s'est « internationalisée » dans le sens où elle a été importée par d'autres systèmes d'intégration. Je devrais d'ailleurs plutôt dire que c'est l'Union européenne qui a encouragé l'exportation du modèle d'« intégration » et, par voie de conséquence, les procédures judiciaires qui y sont attachées. En effet, l'intégration est devenue une « valeur » en soi que l'Union met un point d'honneur à promouvoir et soutenir *ad extra*²⁹. Cet élément est à mon sens capital.

26. Le Trib. const. allemand (Décis. 1^{er} juill. 2006, BvL 4/00), a estimé qu'il est impossible d'établir une *hiérarchie* entre l'article 234 TCE et son frère jumeau constitutionnel, l'article 100 de la Loi fondamentale. Il renvoie au juge du fond le soin d'apprécier l'utilité et l'opportunité de l'une ou l'autre procédure dans le cadre d'un litige spécifique. Confrontée à la même problématique, la Cour constitutionnelle tchèque s'est alignée, pour sa part, dans une décision du 21 févr. 2006, sur les canons de la jurisprudence *Simmenthal*.

27. Vous avez certainement dû vous enquérir de la querelle qui a secoué le petit monde judiciaire « belge », la Cour de cassation belge refusant de saisir la Cour d'arbitrage de questions préjudicielles de constitutionnalité. Je vous renvoie à cet égard aux travaux de M. Verdussen, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 179 et J. Van Compernelle et M. Verdussen, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'Arbitrage », *JT*, 8 avr. 2000, p. 302.

28. Ce dialogue est intégré car il est consubstantiel au processus d'intégration ; il n'est toutefois pas « institutionnalisé » comme la procédure de juge à juge de l'article 234 TCE. La place me manque pour en toucher quelques mots. Le sujet est amplement connu ; on sait qu'il est régulièrement renouvelé tant par l'évolution du droit pris en compte par les anciens États membres (je pense ici évidemment à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui depuis 2004 maintient en haleine le monde des constitutionnalistes-communautaristes). Le sujet est également loin d'avoir été épuisé car les juges des nouveaux États membres entendent à leur tour poser leurs limites constitutionnelles au processus d'intégration.

29. Il suffit pour vous en convaincre (si d'aventure vous étiez saisi par le doute) de vous signaler l'organisation au Nicaragua, les 4 et 5 oct. 2007 grâce au soutien financier et politique de l'Union européenne, de la Première rencontre des Cours internationales et régionales de Justice. Ainsi, grâce au programme PAIRCA (Programme de soutien à l'intégration régionale centro-américaine — *Programa de Apoyo a la Integración Regional Centroamericana*), ce sont les représentants de 11 juridictions internationales et régionales qui ont pu échanger leurs points de vue et leurs diverses expériences. Ici, le dialogue n'est plus « juridique », il est diplomatique. Ce temps de la « diplomatie des juges » est fondamental. Vous ne le savez que trop vous qui rencontrez à intervalles réguliers dans le cadre de rencontres institutionnalisées (colloques et autres forums) mais aussi et peut-être surtout à l'occasion de rencontres plus informelles (déjeuners improvisés), vos homologues de toutes spécialités et de tous pays.

Vous me permettez à cet égard une (légère) digression. La doctrine met systématiquement en exergue — elle a évidemment raison — la sacro-sainte *summa divisio* entre les systèmes de la *Common Law* d'un côté et du droit continental de l'autre pour décrypter le jeu d'influences que se livrent, à l'échelle planétaire, les États représentant ces deux systèmes de droit qui reflètent, que l'on veuille ou non, deux manières de *penser*. Or, dans cette bataille des « modèles » juridiques, il y a un *tertium gentium* : le droit de l'intégration en personne qui s'insère dans cette concurrence des influences de systèmes. Je tenais à le préciser car en réalité peu d'études se sont attelées à décrire cette donne tout aussi importante que l'opposition traditionnelle entre droit anglo-saxon et droit continental³⁰. Ceci dit, je reviens au mécanisme préjudiciel. Il a été prévu dans *tous* les systèmes africains et latino-américains d'intégration ce qui confirme — s'il en était encore besoin — qu'il s'agit bien d'une condition procédurale qui est perçue comme étant indispensable à l'établissement et à la viabilité de la création d'un droit intégré³¹. Toutefois, prévu dans les textes, il n'est pas forcément encore entré dans une mécanique juridictionnelle routinière.

Si les systèmes d'intégration africaine fonctionnent et si les juridictions communautaires africaines sont effectives, leur balbutiante activité montre que le mécanisme préjudiciel n'est pas (encore) la procédure phare³², comme elle l'est en Europe³³. Le temps ici doit faire son œuvre afin que les juges nationaux s'accoutument au droit intégré et en acceptent toutes les conséquences procédurales. En Amérique latine, le constat est différent même

30. Vous devez penser que j'oublie ici de mentionner une des nombreuses recherches de la Section du rapport et des études du Conseil d'État qui avait, fort justement, souligné qu'il ne fallait pas se résigner à un « face à face réducteur » entre la *Common Law* et le droit romano-germanique. Je ne l'oublie pas : O. Dutheillet de Lamothe et M.-A. Latournerie, *L'influence internationale du droit français. Étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 juin 2001*, La Documentation française, 2001, 159 p.

31. Art. 16 du traité de Libreville pour la Cour CEEAC ; art. 17 du traité de Libreville pour la Cour CEMAC ; art. 12 du protocole additionnel n° 1 au traité UEMOA ; art. 32 à 36 du protocole de Cochabamba pour la Cour de justice de la Communauté andine ; art. 22 k. de l'accord de Panamá pour la Cour centraméricaine de justice ; art. IX (c) du traité de St Michaël pour la Cour de justice des Caraïbes.

32. Je me permets de vous indiquer ici les travaux de S.-J. Priso-Essawe qui tient au *Recueil Penant* une chronique sur la CEMAC et plus précisément sur l'activité de la Cour de justice de cette organisation qui se trouve au Tchad ; v. « Chronique CEMAC. Chronique des activités de la Cour de justice de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale », *Penant*, 2007, n° 858, p. 105-125.

33. Les statistiques ne trompent pas. Chaque année, les rapports de la Cour de justice fournissent de précieuses informations sur son activité en fonction, notamment, de la répartition des affaires par voies de droit. La palme du succès revient systématiquement (à tout le moins depuis l'année 2000) au renvoi préjudiciel. Pour l'année 2007, sur 580 affaires introduites devant la Cour — dont le président Skouris a relevé qu'il s'agissait du chiffre le plus élevé dans l'histoire de la Cour — 265 l'étaient par le biais du renvoi préjudiciel, tandis que 221 concernaient les recours directs au sein desquels le recours en constatation de manquement brille de tous ses feux (212 recours en manquement contre 9 en annulation). V. « Cour de justice des Communautés », *Rapport annuel 2007*, p. 84.

s'il n'est pas exempt de paradoxes. Le système d'intégration le plus abouti — c'est-à-dire celui qui fonctionne le mieux sur le « sous-continent » — est celui de la Communauté andine. Son fonctionnement judiciaire fait la part belle au recours en annulation — qui permet un accès *facilité* des particuliers au prétoire de la juridiction de Quito³⁴ — tandis que le renvoi préjudiciel y connaît un succès exemplaire³⁵ — où d'ailleurs les références à la « jurisprudence-mère » sont légion (je veux parler ici de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés; j'y reviendrai un peu plus loin). Jusqu'ici, rien de paradoxal, l'univers andin démontrant que les résistances au renvoi ne sont pas consubstantielles aux systèmes d'intégration. En réalité, c'est en s'immergeant dans l'univers du système d'intégration centre-américain³⁶ et dans l'activité de la Cour centre-américaine de justice de Managua (Nicaragua), effective depuis le 12 octobre 1994, que l'on prend la mesure des limites de l'ingénierie institutionnelle. Sur les sept États membres du système, seuls le Salvador, le Honduras et le Nicaragua ont ratifié le statut de la Cour de Managua³⁷; toutefois celle-ci n'en a pas moins établi (et donc imposé) sa compétence à l'égard de *tous* les États membres du système centraméricain³⁸. Cette jurisprudence constructive (qui n'est pas sans rappeler l'activisme judiciaire initial de la Cour de Luxembourg) était nécessaire pour assurer, tout simplement, la survie de l'ensemble systémique. Si d'un côté la Cour de Managua a su sans états d'âme (et malgré de vives protestations) assurer sa pérennité et celle du système, elle n'a pas pu imposer aux

34. Il faut vous signaler ici que le président de la Cour de justice de la Communauté andine (Quito), l'Équatorien R. Vigil Toledo, fin connaisseur des droits de l'intégration, met toujours un point d'honneur à mentionner que les restrictions de l'accès des particuliers au prétoire communautaire (européen) — les fameuses limites de l'alinéa 4 de l'article 230 TCE entérinées avec fracas par la Cour de justice dans son célèbre arrêt *UPA* — n'existent guère à Quito. Il le rappelle lors d'un séminaire de réflexion à Madrid en oct. 2007 sur le thème « Hacia una Corte suprema Latinoamericana? ». V. R. Vigil Toledo, « El aporte del Tribunal de Justicia de la Comunidad andina a la consolidación del bloque regional y la actitud al respecto de los tribunales supremos de los países miembros », communication présentée à Madrid en oct. 2007 à l'occasion du Séminaire « Hacia una Corte Suprema Latinoamericana? », ronéo, p. 8. Je vous renvoie égal. à son opuscule, *Reflexiones en torno a la construcción de la Comunidad Sudamericana de naciones*, Quito, Corte de Justicia, oct. 2006, 177 p.

35. La Cour de justice de la Communauté andine (Quito) a eu à connaître, depuis 1985, de 1407 renvois préjudiciels, avec un pic pour la seule année 2005 où elle fut saisie de 233 renvois! Ces données statistiques se trouvent sur le site de la « Communauté andine » : www.comunidadandina.org.

36. Il se compose des États suivants — le Costa Rica, Le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panamá et par adhésion, Belize — et s'est développé sur la base du protocole de Tegucigalpa (1991) à la chartre de l'Organisation des États centroaméricains.

37. Le statut entré en vigueur à l'égard desdits États le 2 févr. 1994 conformément à l'interprétation de l'art. 48 effectué par le Conseil judiciaire centraméricain. Pour découvrir les spécificités du système, vous pourrez vous plonger dans la lecture de R. Chamorro Mora, « La Corte Centroamericana de Justicia », *Integración Eurolatinoamericana*, F. Molina del Pozo (coord.), Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 414.

38. Cour de justice centraméricaine, 13 déc. 1996, aff. n° 9, n°4-1-12-96, *Gaceta oficial de la CCJ*, aff. n° 4, 22 févr. 1997; Cour de justice centraméricaine, 13 janv. 2005, aff. n° 66, *Gaceta oficial de la CCJ*, aff. n° 18, 1^{er} févr. 2005.

juges nationaux sa saisine sur la base de l'article/frère, l'article/jumeau, en d'autres termes sur la base de l'équivalent centraméricain de l'article 234 du traité CE, à savoir l'article 22.k de l'accord de Panama³⁹. Or — et c'est là où surgissent les limites de l'ingénierie institutionnelle — tout avait été fait pour que cette saisine soit facilitée. En effet, les juges de la Cour centraméricaine sont directement désignés par les juges des Cours Suprêmes des États membres. On aurait pu penser qu'un cordon institutionnel de bon aloi était ainsi établi entre les juges supranationaux et les autres afin d'éviter le piège de l'éloignement, tant institutionnel et sociologique qu'humain. Quelle erreur! En quatorze ans d'activité, on recense une seule question préjudicielle posée à la Cour de Managua qui ne provient même pas d'une Cour Suprême⁴⁰. Le dialogue est inexistant; les juridictions nationales s'y refusent. Cela pose, à l'extrême limite, la question de la viabilité d'un système où un de ses acteurs principaux n'entend pas « jouer le jeu » en affichant une superbe indifférence aux règles systémiques. Or, même dans l'affrontement (et peut-être surtout grâce à lui), le dialogue est le signe tangible qu'un système vit. N'est-ce pas à l'inverse le signe d'une mort lente que de l'ignorer?

B. — *LE DIALOGUE CONVENTIONNEL*

Alors que vous avez inauguré la formule du « dialogue des juges » dans le cadre de la procédure de « juge à juge » de l'article 234 du traité CE, l'expression aujourd'hui fleurit, pour ne pas dire bourgeoise tous azimuts dans l'univers conventionnel européen⁴¹. Les publications sont légion : elles démontrent à elles seules, non pas le déplacement des contraintes (celles du

39. Adopté sur la base du protocole de Tegucigalpa du 13 déc. 1991, l'accord de Panama du 12 déc. 1992 est constitutif du statut de la Cour et présente de façon détaillée le fonctionnement des différentes voies de droit de la Cour de Managua qui est tout à la fois une Cour internationale (tant en matière contentieuse que consultative), une Cour d'intégration, une Cour arbitrale et *last but not least* une Cour d'appel. Il se lit ainsi. Je retranscris le texte en espagnol afin que votre lecture se fasse au plus près du texte originel : « Resolver toda consulta prejudicial requerida por todo Juez o Tribunal judicial que estuviere conociendo de un caso pendiente de fallo encaminada a obtener la aplicación o la interpretación uniforme de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del sistema. » Je me permets sur ce point (qui démontre à quel point les modèles juridictionnels peuvent être dépassés) de vous indiquer une étude que j'avais entreprise à l'occasion du colloque de Lille organisé par la Société française pour le droit international, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, p. 203-264.

40. La question provenait de la Première chambre du Tribunal civil de San Salvador en 2006. Cette information importante est fournie par mon confrère argentin A. D. Perotti — fin connaisseur de la jurisprudence des systèmes d'intégration européen et latino-américain — dans son étude, « La autoridad de la doctrina de la Corte Centroamericana de Justicia, su aportación a la consolidación del bloque regional y la actitud al respecto de los tribunales Constitucionales/Supremos de los Estados Miembros », *Hacia una Corte Suprema latinoamericana?*, Madrid, Civitas, à paraître courant 2008.

41. Vous aurez remarqué que j'utilise ici une métaphore toute printanière et non pathologique

mécanisme préjudiciel perdurent), mais à tout le moins celui des préoccupations⁴². Il faut dire que la France fut « à l'honneur » ces dernières années dans les annales judiciaires européennes. Les condamnations furent souvent relayées dans les médias y compris ceux du bout du monde⁴³. Les constats de violation qui ont mis à l'index des pans entiers des branches du droit français n'ont pas faibli, tandis que les remises en cause des modes d'organisation de la justice — ancrés dans les us et coutumes judiciaires de votre institution comme ceux de la Cour de cassation — ont ébranlé les codes et les certitudes, suscité le courroux et la réprobation ; bref, ont encouragé les résistances. Les entretiens judiciaires furent tantôt marqués par la discorde, tantôt par la concorde. Or, dans le contexte systémique conventionnel, cet état de fait est en réalité logique. J'entends, Cher Président, attirer votre attention sur ce point. En effet, je vous ai dit tout à l'heure que si dialogue il y avait eu dans l'univers intégratif (entre les juridictions suprêmes des États membres et la Cour de justice), il était exceptionnel dans la mesure où, normalement, l'obligation posée par l'article 234 alinéa 3 du traité CE n'accordait aucune marge de manœuvre aux juridictions internes qui auraient dû se plier *sans discuter* à l'obligation de renvoi. Or, telle n'est pas la configuration du système conventionnel. Mieux, comme la Convention n'orchestre pas le dialogue, comme les décisions de la Cour n'ont qu'une portée déclarative, la question est renvoyée dans le champ des ordres juridiques internes. Or, ici, les généralisations ne valent pas. La mosaïque constitutionnelle européenne va octroyer à la problématique du dialogue conventionnel des allures protéiformes.

Vous n'êtes pas sans savoir que certains systèmes constitutionnels ont mis en place une orchestration du dialogue des juges internes avec le sys-

ce qui aurait été le cas si j'avais employé le terme de « prolifération » (souvent utilisé dans l'univers international pour mentionner le phénomène de multiplication des juridictions internationales).

42. Les références qui vont suivre vous sont assurément familières. En effet, non seulement parce qu'il n'y a pas de publications qui échappent à votre attention, mais aussi parce que vous avez participé à beaucoup d'entre elles à l'occasion de colloques où juges et universitaires se rencontrent pour « dialoguer ». La liste qui suit n'est évidemment pas exhaustive, tant la littérature est foisonnante, v. F. Lichère, L. Potvin-Solis et A. Raynouard (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Droit et justice », n° 54, 2004, 242 p. ; B. Lukaszewicz et H. Oberdorff (dir.), *Le juge administratif français et l'Europe : le dialogue des juges* (Actes du colloque du 50^e anniversaire des tribunaux administratifs), Grenoble, PUG, 2005, 360 p. ; *Cahiers de l'IDEDH*, n° 11, 2007 (spéc. la première partie sur le « dialogue des juges »).

43. L'arrêt du 22 janv. 2008, *E.B c. France* — qui traite d'un sujet « universel » (celui de l'adoption par des homosexuels, en l'occurrence en l'espèce, une femme célibataire homosexuelle) — bénéficia d'une « couverture médiatique » impressionnante, y compris jusque dans les contrées lointaines d'Amérique du Sud, comme en Uruguay où l'arrêt fut commenté tant dans le cadre du *Journal télévisé* du soir, que dans le journal le plus en vue du pays, *La República*. Que l'Uruguay fut à la pointe de l'information judiciaire sur la question n'a en réalité rien d'étonnant. En effet, il s'agit du premier pays d'Amérique latine à reconnaître le mariage entre deux personnes du même sexe grâce à une loi qui entra en vigueur en janv. 2008. V. *Ley de Unión concubinaria*, n° 18.246. Le premier mariage civil entre deux hommes était célébré le 17 avr. 2008.

tème conventionnel. En effet, comment interpréter l'article 10 alinéa 2 de la Constitution espagnole autrement que comme une obligation d'intégrer le référent conventionnel parmi les paramètres du contrôle de constitutionnalité qui fait la part belle aux droits fondamentaux? Cela explique qu'en Espagne, la Haute juridiction madrilène — adossée à son texte constitutionnel — applique, sans mauvaise volonté aucune, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, et pour cause, l'obligation est constitutionnelle⁴⁴! Autrement dit ici, point de dialogue qui partirait d'une résistance frontale, quasi épidermique à la jurisprudence européenne. La littérature espagnole ne connaît d'ailleurs pas d'effervescence doctrinale sur le dialogue des juges comparable à celle prévalant dans l'Hexagone⁴⁵; l'explication en est simple : les constellations constitutionnelles n'ont aucun point commun. Que dire de la situation allemande sinon qu'elle révèle à quel point rien n'est stable, que le seul élément de certitude juridique concerne l'inconstance judiciaire? Voilà un système constitutionnel qui s'est ouvert au droit de la Convention européenne par la voie prétorienne⁴⁶, qui a démontré une empathie judiciaire en tous points exceptionnelle à l'endroit de la jurisprudence européenne⁴⁷ et qui, d'un seul coup d'un seul, revient brutalement sur une telle ouverture⁴⁸. On constate à quel point la jurisprudence est marquée du sceau

44. On peut évidemment se poser la question de savoir, avec une pointe de perfide ironie, comment les choses auraient évolué si l'art. 10 § 2 n'avait pas existé. Quoi qu'il en soit le paradoxe, pour un pays comme l'Espagne, est que l'interprétation constitutionnelle de la Convention — alors même qu'elle se base sur la jurisprudence de la Cour de Strasbourg — peut quand même évidemment emporter des constats d'inconventionnalité. Je pense ici, par exemple, à l'arrêt du Tribunal constitutionnel du 24 mai 2001 (STC n° 118/2001). Le juge constitutionnel utilisa la technique de la protection par ricochet afin de protéger le droit à l'environnement en s'alignant sur le standard posé par l'arrêt *López Ostra* (CEDH 9 déc. 1994, *López Ostra c. Espagne*). Or, malgré cette empathie conventionnelle évidente, il fut *in fine* « désavoué » par la Cour dans l'affaire *Moreno Gómez* (CEDH 16 nov. 2004, *Moreno Gómez c. Espagne*). Vous trouverez une présentation plus détaillée de cette affaire dans l'analyse que j'avais entreprise à l'occasion d'un colloque organisé par l'IDEDH de l'Université de Montpellier, « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée. Analyse comparative des systèmes allemand, français et espagnol », in F. Sudre (dir), *Le droit à la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 69-115.

45. En réalité, si « tensions occasionnelles » il y a entre le Tribunal constitutionnel espagnol et la Cour européenne — pour reprendre l'expression de l'ancien président de la Haute juridiction espagnole — elles résultent plus des difficultés inhérentes à l'articulation entre un système international de protection des droits de l'homme et des systèmes nationaux de protection des droits constitutionnels ou fondamentaux. » Je vous renvoie à l'analyse très intéressante de F. Rubio Llorente, « La relation entre les juridictions espagnoles et les juridictions européennes », in *Renouveau du droit constitutionnel...*, *op.cit.*, p. 1387-1410, spéc. 1399.

46. Trib. const. allemand, 26 mars 1987, *Pakelli*.

47. Puisqu'elle mettait tout simplement à l'écart, pour ne pas dire qu'elle supprimait, la règle classique connue sous la maxime latine *lex posterior derogat priorit*.

48. Trib. const. allemand, 14 oct. 2004, *Görgülü*. Faute de place pour développer la présentation de l'argumentation de la Cour constitutionnelle allemande, je me permets de vous indiquer les analyses de J. Gerkrath, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande », *RTDH* 2006. 706-

de l'aléa et peut varier en fonction des systèmes, mais également des époques et des juges⁴⁹...

En France, on connaît la situation. D'un côté, le Conseil constitutionnel se drape dans la Déclaration de 1789 et entend ignorer (en réalité on sait qu'il feint de l'ignorer) la Convention européenne⁵⁰. Le contenu (officiel) du bloc de constitutionnalité ne bougera pas, bien qu'il ne soit (officieusement) aucun auteur qui puisse aujourd'hui nier l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les décisions du Conseil constitutionnel. Le dialogue existe, mais il est calfeutré du fait des caractéristiques de « l'application furtive »⁵¹ de la Convention. De l'autre, le Conseil d'État et la Cour de cassation sont, avec l'ensemble des juridictions administratives et judiciaires du pays, les fameux « juges conventionnels de droit commun ». Le contrôle de conventionalité leur revient. Ici donc, tout repose sur le bon vouloir des juges dits « ordinaires » (là aussi, quelle expression malvenue) et sur la bonne interprétation qu'ils délivrent au quotidien de la Convention européenne. En un mot, tout repose sur leur loyauté conventionnelle, sur leur engagement à se faire les porte-étendards dans le système juridique français des « valeurs » que la Convention européenne véhicule. Évidemment, c'est là que les problèmes commencent car l'interprétation (nationale) de l'interprétation (européenne) n'est pas chose aisée⁵². Sans revenir

726 ; A. Weber, « Double ou triple protection des droits fondamentaux en Europe ? », in *Renouveau du droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 1747-1759.

49. Quelle frustration de ne pouvoir, sur ce point (comme en réalité sur tous les autres), entrer dans une analyse plus pointue et par définition plus nuancée. Mais ma « lettre ouverte » ne peut pas se transformer en « lettre fleuve ouverte »... En tout état de cause, je pense que l'appréciation générale selon laquelle le rapport à la jurisprudence conventionnelle européenne dépend des systèmes, des époques et des juges se tient. Pour une analyse pays par pays, le colloque dédié à la mémoire de L. Favoreu est un excellent outil. On sait à quel point le sujet l'intéressait car en réalité il était courroucé (le mot est faible) par l'envahissement des jurisprudences européennes et les multiples contraintes qu'elles faisaient peser sur les Cours constitutionnelles, v. J. Iliopoulos-Strangas (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes ? ... op. cit. passim*.

50. Quoi de mieux que de lire sur la question les analyses d'un membre du Conseil constitutionnel ? Vous devez connaître l'analyse d'O. Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *RDFC* 2004, p. 30 s.

51. J'avais, il y a quelques années dans un article paru à la *Revue belge de droit constitutionnel*, employé l'expression qui devait évoquer chez le lecteur l'image des « avions furtifs » : bien que réels, ils n'en sont pas moins invisibles pour les radars les plus perfectionnés...

52. Vous le releviez récemment à l'occasion d'un des colloques annuels du *Centre de Recherche et d'Études sur les droits de l'homme et le droit humanitaire* (CREDHO) organisé à l'Université de Sceaux. De manière fort pédagogique, vous présentiez les trois hypothèses auxquelles, selon vous, le juge national était confronté. « Il y a d'abord des cas où les arrêts de la Cour, en raison de la clarté de leur contenu et de leur caractère novateur par rapport au droit interne, conduisent à des changements profonds. Il y a ensuite des hypothèses où les arrêts ont une motivation très factuelle et très circonstancielle. Cela rend difficile toute extrapolation, et par là même toute utilisation. Enfin, il y a des arrêts qui sont intéressants par leur contenu mais dont le prononcé intervient à un moment où le droit interne a déjà évolué. On a alors le sentiment que pour digne d'intérêt qu'ils soient au niveau du raisonnement juridique, ils arrivent en quelque sorte après la bataille », in P. Tavernier (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence en 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 67.

ici sur le feuilleton judiciaire relatif au statut du Commissaire du gouvernement et de l'Avocat général — qui a été en France *le* thème le plus emblématique ces dernières années du « dialogue des juges » puisqu'il s'est nourri de résistances à répétition et de points d'accord finalement trouvés — j'aimerais ici de façon légèrement provocatrice vous interpeller. N'est-ce pas *ne varietur* l'interprétation européenne qui finit par prévaloir? Que l'on examine la question à travers le prisme de « l'autorité de chose interprétée » ou celui de « l'impératif de discipline juridictionnelle » (pour reprendre votre expression)⁵³, la jurisprudence européenne n'est-elle pas une sorte de rouleau compresseur qui finit au bout du compte (c'est-à-dire au bout d'un dialogue émaillé de moult tensions) par obtenir le ralliement des juges internes à Strasbourg? Le dialogue n'est-il qu'un leurre dans la mesure où c'est l'argument européen qui est toujours gagnant? Interrogations « légèrement » provocatrices je vous l'accorde, il ne faut toutefois pas avoir peur de les poser. En réalité, la situation est subtilement nuancée, chacun des deux acteurs judiciaires arrivant au bout du compte à « tirer son épingle du jeu ».

Il faut bien reconnaître que la *logique* de la garantie collective instituée par le mécanisme conventionnel — dont on ne rappellera jamais assez que les États l'ont souverainement acceptée — a pour objectif d'établir une protection minimale commune à laquelle tous les États parties à la Convention doivent s'efforcer d'adhérer sous peine de voir le système implorer⁵⁴. Quand bien même on pourrait considérer — avec une pointe d'ironique provocation — les résistances aux arrêts *Kress*⁵⁵ et *Martinie*⁵⁶ comme une perte de temps et comme une gesticulation judiciaire révélatrice de réflexes institutionnels corporatistes (là, je vous concède qu'une certaine exagération caractérise mon propos) — vous conviendrez que le juge interne sait aussi parfaitement tirer profit de la logique conventionnelle. N'est-il pas celui qui, au bout du compte, participe à réformer de fond en comble des législations surannées et obsolètes? Son prestige n'en sort-il pas rehaussé?

53. Vous avez rappelé que le Conseil d'État ne se ralliait pas à la théorie de « l'autorité de chose interprétée » dont J. Boulouis fut l'inventeur (dans le cadre communautaire) et J. Andrianstimbazovina le diffuseur (dans l'univers conventionnel). Vous mentionniez à cette occasion les conclusions des commissaires sous l'arrêt *Subrini* (CE 11 juill. 1984, D. 1985. 150) ainsi que celles délivrées sous l'arrêt *Bitouzet* (CE 3 juill. 1998, *Lebon* 288, concl. Abraham, *RFDA* 1998. 1243). Cependant, vous rajoutiez aussitôt : « Il va de soi cependant que la jurisprudence européenne doit être prise en compte par le juge administratif. Mais cela répond à un impératif de discipline juridictionnelle de la part du juge et non à une obligation juridique liée à l'autorité de chose jugée ou interprétée », *La France et la Cour européenne des droits de l'homme...*, *op.cit.*, p. 85.

54. G. Cohen-Jonathan, « La fonction quasi constitutionnelle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Renouveau du droit constitutionnel...*, *op.cit.*, p. 1127-1153. Ne devrait-on pas également rappeler plus solennellement que le système a été créé en 1950 afin d'éviter le retour sur le devant de la scène européenne des excès politiques en tous genres qui avaient défigurés l'Europe en la conduisant vers l'abîme?

55. CEDH (Gde Ch.), 7 juin 2001, *Kress c. France*.

56. CEDH (Gde Ch.), 12 avr. 2006, *Martinie c. France*.

Surtout ne s'adonne-t-il pas à ce que l'on a appelé en doctrine « l'interprétation constructive »⁵⁷? Dans ce cas de figure, vous conviendrez qu'il reprend incontestablement la main de « l'entretien judiciaire ». Surtout, bien que la « politique jurisprudentielle » de la Cour européenne soit effectivement marquée dans ses grandes lignes par l'utilisation d'une interprétation téléologique qui emporte un élargissement important du champ d'applicabilité de la Convention⁵⁸, il n'en reste pas moins que la technique de la marge nationale d'appréciation permet aux juges nationaux de conserver une certaine latitude non négligeable qui plus est sur des sujets particulièrement sensibles⁵⁹...

En réalité, cette thématique où les droits fondamentaux (car ils sont évidemment au cœur du dialogue) se trouvent pris dans l'enlacement des systèmes juridiques nationaux et conventionnels est systématiquement brouillée, déviée, dénaturée par le parti pris — conscient ou inconscient, affiché ou non — de la plus-value soit du système national, soit du système international. D'où, soit dit en passant (les *obiter dicta* m'ont toujours plu⁶⁰) la vacuité de l'opposition entre ce qui relève, d'un côté, du descriptif

57. F. Sudre, « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de J.-C. Gautron*, Pedone, 2004, p. 205-224, spéc. p. 218. F. Sudre définit ainsi l'interprétation constructive : « Le juge national n'hésite pas à se livrer à une interprétation constructive des dispositions de la Convention exploitant avec dynamisme les potentialités que lui offre l'instrument conventionnel pour l'exercice de son contrôle de conventionnalité. [...] [Il emprunte deux voies]. Soit que le juge interne procède à une interprétation extensive qui le mène au-delà de l'interprétation européenne, et on admettra alors que le juge national poursuit le dialogue avec le juge européen. Soit que le juge interne effectue une interprétation novatrice en l'absence de jurisprudence européenne, et on conviendra alors qu'il entame un dialogue à l'adresse du juge européen, à charge pour celui-ci de le nouer ensuite. »

58. E. Dubout mettrait très bien en évidence cette donne dans son étude « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2008. 383-419.

59. Ces derniers temps, dans quelques emblématiques affaires, cette technique a été mobilisée au stade de la *détermination du contenu* des droits et non plus uniquement au stade des *conditions d'exercice* de ceux-ci. Cette utilisation pour le moins iconoclaste de la « marge nationale d'appréciation » a été vivement critiquée en doctrine quand il s'est agi d'analyser l'affaire *Vo c. France*. Les auteurs ont mis cette démarche sur le compte d'une « erreur » de la Cour (*ad ex.* X. Bioy, « L'arrêt *Vo c. France*, Une lecture publiciste. CEDH 8 juill. 2004 », *RD publ.* 5/2005.1426; F. Sudre (dir.) « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RD publ.* 2005-3.767). Or, on peut légitimement se demander aujourd'hui sur la base de la confirmation de cette démarche dans l'affaire *Evans* (CEDH (Gde Ch.), 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, § 54-57) si, plus qu'une erreur ou une maladresse, il ne s'agirait pas plutôt d'une « stratégie » délibérée de la Cour qui se refuserait — sur les questions afférentes au « départ de la vie » — à ériger la Convention en un instrument d'harmonisation des droits laissant aux juges nationaux le loisir d'interpréter comme bon leur semble les législations internes. Si cette intuition se vérifiait, cela voudrait dire que la Cour renoncerait à être un instrument d'harmonisation des droits sur ces questions et laisserait libre cours à la mosaïque constitutionnelle et législative en la matière en Europe.

60. Les *obiter dicta* m'ont toujours intéressé pour ne pas dire fasciné; sans doute ai-je abusé dans ces lignes de quelques passages à la lisière du sujet, mais là encore, la tentation était trop forte.

et, de l'autre, du prescriptif. L'objectivité scientifique n'imposerait-elle pas à l'inverse de reconnaître l'impossibilité d'être absolument, intégralement, irrémédiablement objectif dans l'analyse du droit, des droits et des systèmes auxquels ils se rattachent? Réfuter la protection conventionnelle, au nom d'une prémisse qui se dit méthodologique et qui n'est en réalité qu'un *a priori* idéologique ne vaut pas; de même, considérer *a priori* qu'elle incarne le *must* de la protection des droits ne vaut pas non plus. Ces deux prises de position peuvent aisément devenir des extrémismes, voire des intégrismes. Ce qui *est*, ce qui est *sûr*, ce qui *existe*, c'est l'enchevêtrement des obligations (qui sont nées et se sont développées à chaque fois dans des contextes historiques et sociaux très précis tous frappés d'une égale légitimité), c'est le nécessaire équilibre que les juges tentent de trouver par leur dialogue. Ils sont en effet conscients que l'interprétation des droits doit se recouper au maximum afin que la multiplicité des systèmes de protection ne soit pas à l'origine d'une cacophonie protectrice... « Ordonner le pluralisme » n'est-il pas aujourd'hui le nouvel office des juges qui ne dit pas son nom?

L'internationalisation du dialogue des juges m'oblige (en réalité, c'est avec un bonheur non dissimulé que je me plie à l'exercice) à aborder le décloisonnement territorial du dialogue conventionnel et, ce faisant, de vous entretenir quelques instants de la donne latino-américaine. Bien que la logique induite par le système conventionnel américain soit la même que la logique conventionnelle européenne — dans la mesure où elle découle d'un système juridictionnel de garantie internationale des droits — il n'en est pas moins vrai que le temps de la mise en place du système interaméricain comme celui de sa montée en puissance n'ont évidemment pas été les mêmes au sein des Amériques qu'en Europe⁶¹. Nombre de différences étreignent les deux modes de protection régionale des droits. Dans le cadre de ce qui m'intéresse ici, à savoir les stigmates du dialogue conventionnel, on peut affirmer qu'il existe d'évidentes liaisons (qui ne sont point « dangereuses » rassurez-vous) entre la Cour interaméricaine des droits de l'homme et les juges nationaux. Elles ont débouché sur un « dialogue » — étant entendu qu'il faut rappeler ici qu'il peut prendre l'allure de la discorde comme celle de fructueuses ententes. En réalité, le « commerce judiciaire » qui étreint le juge de San José et les juges nationaux découle d'une double série de paramètres. D'un côté, la Convention américaine impose (et non pas induit comme en Europe) la mise en conformité des systèmes

61. Le système conventionnel américain vit le jour le 22 nov. 1969 et prit de l'envol seulement dix ans plus tard, le 18 juill. 1978. L'entrée en vigueur laborieuse de la Convention américaine des droits de l'homme s'explique par l'emprise des régimes autoritaires sur les sociétés de l'hémisphère Sud à cette époque. C'est avec un enthousiasme tout particulier que je vous invite à lire le prologue que le juge mexicain S. García Ramírez, président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme de 2004 à 2007, a rédigé en ouverture de l'ouvrage que j'ai eu le bonheur d'écrire avec une juriste espagnole, A. Úbeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. VII-LXXVIII. Vous y découvrirez toute la richesse de l'univers interaméricain des droits et la puissance de la doctrine issue des Amériques.

législatifs nationaux à la donne conventionnelle (art. 2 de la Conv. américaine)⁶², tandis que de l'autre, nombre de systèmes constitutionnels internes non seulement attribuent une place spécifique aux traités de protection des droits, mais encore incluent la jurisprudence conventionnelle américaine parmi les paramètres du contrôle de conventionnalité⁶³. Je ne prendrai qu'un exemple qui incarne à lui seul ces deux éléments emblématiques de l'enchevêtrement des systèmes, il s'agit de la Colombie⁶⁴. Les articles 93 et 94 de la Constitution colombienne du 6 juillet 1991 établissent la supériorité des traités relatifs aux droits de l'homme ratifiés par l'État ainsi que les normes de droit international humanitaire qui, les uns comme les autres, ne peuvent être suspendus, y compris en période d'état d'exception⁶⁵. Dans ce contexte exceptionnel d'ouverture au droit international des droits de l'homme ainsi qu'au *jus in bello*, la Cour constitutionnelle colombienne a estimé que la jurisprudence de la Cour interaméricaine était un référent primordial qu'il fallait prendre en considération dans l'opération d'interprétation constitutionnelle⁶⁶. Ainsi, dans le domaine des violations massives des droits de l'homme ou encore en matière de liberté d'expression, les références explicites à la jurisprudence interaméricaine ne manquent pas,

62. Il se lit ainsi : « Si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par les dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet auxdits droits et libertés ».

63. Je vous indique quelques grands noms de la doctrine latino-américaine qui se sont penchés sur ces questions : H. Fix-Zamudio, « El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte interamericana de Derechos humanos », *Revista latinoamericana de Derecho*, Año 1, Enero-Junio de 2004, n° 1, p. 141-180 ; E. Jiménez de Areguaga, « La Convención americana de derechos humanos como derecho interno », *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, 1987-1989, n° 69-71, p. 35-55.

64. J. Córdoba Triviño, « Aplicación de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos al derecho constitucional colombiano », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2007, p. 667-684.

65. Vous trouverez ci-dessous le texte en espagnol afin que vous preniez la mesure de l'ouverture au droit international de la Constitution colombienne :

Art. 93 : *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. [Ces deux derniers alinéas furent ajoutés consécutivement à une réforme en 2001 afin de prendre en compte les impératifs découlant du droit international pénal].

Art. 94 : *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*

66. Cour constitutionnelle colombienne, Sentencia C-010/00, mais égal. *Sentencia*, C-406/96.

tandis que la doctrine a relevé que les inspirations implicites se dénombreraient dans pas moins de cent soixante-dix affaires⁶⁷. Dans un tel contexte, le dialogue n'est que concorde comme l'a démontré également la jurisprudence argentine⁶⁸ ou encore péruvienne⁶⁹. Cette donne a été explicitement encouragée par la Cour interaméricaine elle-même dans des affaires historiques récentes qui considèrent que la logique du système est d'induire un « contrôle de conventionnalité » mis en œuvre directement par le juge interne et ce, quel que soit son office dans l'architecture constitutionnelle — c'est-à-dire que le contrôle de constitutionnalité soit diffus ou concentré⁷⁰. Inutile de dire que le temps des résistances n'est pas (encore ?) à l'œuvre sur le continent latino-américain. Est-il inéluctable ? On ne peut l'affirmer de façon péremptoire. Il faudra continuer de guetter l'évolution du dialogue conventionnel au sein des Amériques.

67. J. Córdoba Triviño, *op.cit.*, p. 671.

68. L'arrêt de la Cour suprême de la justice de la nation argentine du 14 juin 2005, *Simon Julio Hecto et autres*, est connu de tous les internationalistes. Les juges suprêmes argentins déclaraient nulles les fameuses lois dites de *Punto Final* du 24 déc. 1986 et de *Obediencia Debida* du 4 juin 1987, qui avaient été adoptées par le gouvernement de R. Alfonsín au risque de maintenir vivace le sentiment d'injustice des familles de disparus. Des passages significatifs de cet arrêt sont reproduits dans une revue publiée avec le soutien de la Cour interaméricaine, mais aussi de l'Institut interaméricain des droits de l'homme, de l'Université nationale autonome du Mexique et de la Fondation K. Adenauer, qui porte un nom fort de symboles : *Dialogue jurisprudentiel (Diálogo jurisprudencial)*, Julio-Diciembre 2006, n° 1, p. 257-273. Pour une vue d'ensemble sur la situation argentine, v. E. S. Petracchi, « Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 1253-1278.

69. Tribunal constitutionnel du Pérou, 29 nov. 2005, *Santiago Martín Rivas*, aff. n° 4587-2004-AA/TC.

70. CIDH 26 sept. 2006, Fond et réparations, *Almonacid Arellano et autres c. Chili*, Série C n° 154, § 124. Je crois qu'il est utile ici de traduire et de reproduire les passages clés de cet important arrêt : « La Cour est consciente du fait que les juges et tribunaux internes sont soumis à l'autorité de la loi et sont obligés, pour ce faire, d'appliquer les dispositions en vigueur dans l'ordre juridique. Toutefois, quand un État a ratifié un traité international comme la Convention américaine, ses juges, comme partie intégrante de l'appareil d'État, lui sont également soumis, ce qui les contraint à veiller à ce que les effets des dispositions conventionnelles ne soient pas malmenés par l'application de lois contraires à son objet et son but et qui, depuis le début, sont dépourvues d'effets juridiques. *En d'autres termes, le pouvoir judiciaire doit exercer une sorte de « contrôle de conventionnalité » entre les normes juridiques internes qu'ils appliquent dans des affaires concrètes et la Convention américaine des droits de l'homme.* Dans le cadre de cette fonction, le pouvoir judiciaire doit prendre en compte non seulement le traité, mais également l'interprétation que la Cour interaméricaine en a fait, celle-ci étant l'interprète ultime de la Convention américaine. Ce passage laisse entendre que le juge interne a le pouvoir de régler un conflit entre une loi interne et une disposition de la Convention américaine au profit de cette dernière. Surtout, il invite le juge interne à s'arrimer non pas au seul texte de la Convention, mais bien évidemment à l'interprétation délivrée par la Cour, ce qui suppose qu'il soit attentif à l'évolution jurisprudentielle interaméricaine. Quelques précisions supplémentaires ont été apportées sur ce contrôle dans l'affaire des *Travailleurs licenciés du Congrès*. On peut y lire que « les organes du pouvoir judiciaire doivent exercer non seulement un contrôle de constitutionnalité, mais également un contrôle de conventionnalité *ex officio* » et qu'il doit s'effectuer « dans le cadre des compétences et des règles procédurales correspondantes » : CIDH 24 nov. 2006, Fond et réparations, *Travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) c. Pérou*, Série C n° 158, § 128.

II. – LE DIALOGUE DÉBRIDÉ

Le dialogue est débridé car aucune obligation, aucun système juridique n'oblige, ne contraint, n'induit le dialogue. Il se manifeste hors du jeu systémique (tant intégré que conventionnel). Par voie de conséquence, il ne prend pas sa source dans la résistance aux contraintes d'un système. Aucune bride systémique ne vient le diriger, le réglementer, l'orienter. En présentant quelques *manifestations* emblématiques du dialogue débridé, il a toutes les apparences de la spontanéité.

En réalité, l'affaire est plus complexe. On peut légitimement se poser la question de savoir si la chronique du dialogue débridé ne serait pas en réalité celle d'un dialogue largement annoncé. Le juge qui dialogue ainsi avec d'autres juges, sans qu'aucune obligation ne vienne le pousser à le faire, est en réalité enserré dans un réseau de contraintes plus ou moins exigeantes (A). Telle la théorie de « main invisible » d'Adam Smith, un ensemble de contraintes judiciaires invisibles poussent les juges à dialoguer, à citer des « jurisprudences venues d'ailleurs », celles se situant en dehors de leur propre système de référence⁷¹. En arrivant à déchiffrer le cercle des contraintes, le *sens* du dialogue apparaît alors ; je devrais mieux dire *les sens* (B).

A. – LES MANIFESTATIONS DU DIALOGUE

Je ne vais pas ici, dans cet hommage épistolaire, présenter le florilège des différents types juridictionnels qui œuvrent de par le monde. Hors de question de voir votre attention défaillir par une présentation qui prendrait très vite l'allure d'une litanie rébarbative. Mon propos consiste plus simplement à vous révéler les manifestations les plus éclatantes de ce dialogue débridé qui s'est installé tant de *façon horizontale* que de *façon verticale* à l'intérieur des continents, mais aussi entre leurs rives. Ces images géométriques ne sont là que pour mieux visualiser un phénomène d'une richesse en tous points exceptionnelle ; n'y voyez aucun jugement de valeur sur l'égalité ou à l'inverse la hiérarchie entre les juridictions. La configuration des rapports entre les droits, les systèmes et les juges n'est plus marquée par de telles appréciations invalidées aujourd'hui par une complexe réalité juridictionnelle. L'entrelacement aujourd'hui est le maître mot ; le « réseau », pour ne pas le nommer, irradie les théories contemporaines du droit⁷². D'ailleurs, le

71. Ici, je n'entends pas faire de *distinguo* dirimant entre les juges internes et les juges internationaux et leur utilisation respective tant du droit interne « étranger » (*Foreign Law*) que du droit international en tant que tel. Certains auteurs (not. constitutionnalistes) ne mettent pas sur le même plan l'utilisation des décisions de justice internes « étrangères » et les décisions internationales. Je pense ici à l'article très intéressant de S. Sanders, « Judicial dialogue in Common Law countries », *Renouveau du droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 413-428.

72. L'ouvrage de F. Ost et de F. De Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique*

Conseil d'État, à travers les conclusions d'un de ses membres dans la désormais historique affaire *Arcelor* ne démontrait-il pas cette ouverture aux théories que je m'avance à nommer « les théories de l'ouverture » en attribuant aux thèses « Delmas-Martiennes »⁷³ du « pluralisme ordonné » une place de choix⁷⁴ ?

Visitons ensemble, si vous le voulez bien, ce qui pourrait apparaître de prime abord comme un *dialogue horizontal* spontané. Il est traversé par une *summa divisio* assez classique. L'horizontalité nationale caractérise un dialogue entre juges nationaux de pays différents, tandis que l'horizontalité internationale est, quant à elle, la manifestation du dialogue nourri entre les nombreuses et diversifiées juridictions internationales. Citer des décisions nationales « étrangères » pour des juges constitutionnels et suprêmes est aujourd'hui chose courante ; la « fabrication » des décisions de justice est saisie par le droit comparé et rejaillit automatiquement sur l'allure en tant que telle des décisions de justice. Les exemples sont nombreux ; les moyens modernes de communications électroniques, les banques de données sur la toile sont autant d'instruments précieux pour découvrir ces « entretiens judiciaires ». Nombre de décisions démontrent par exemple que l'Europe est aujourd'hui irrémédiablement mise en réseau judiciaire. Ainsi, dans le cadre de ce qui constitue la « petite histoire » de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen, il convient de relever l'incroyable ouverture aux décisions venues d'ailleurs de l'arrêt *Constantinou* de la Cour suprême chypriote⁷⁵. Et de citer les arrêts des Cours constitutionnelles allemande, grecque et polonaise sur le mandat d'arrêt européen⁷⁶. Que dire également de l'ouverture des juridictions de *Common Law* à la jurisprudence d'autres juridictions nationales ? La Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, la Cour suprême d'Australie, la Cour suprême du Canada ou encore la Cour d'appel de Hong Kong n'hésitent pas à faire référence à une jurisprudence nationale étrangère à leur

tique du droit, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p. est aujourd'hui devenu un « classique » ; un signe qui ne trompe pas sur les changements en profondeur qui innervent le droit et, par voie de conséquence, les études *sur* le droit. Pour preuve, la réactivation de la réflexion concernant les théories sur le pluralisme juridique ; v. à cet égard, L. Fontaine (dir), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 398 p.

73. La formule est régulièrement utilisée (avec empathie) par ceux qui suivent avec enthousiasme les réflexions de M. Delmas-Marty, grande juriste de « l'ouverture », du « déplacement des regards » dont les travaux démontrent que le dépassement des frontières entre les branches du droit comme entre les disciplines est non seulement possible mais souhaitable. Sa trilogie sur les « Forces imaginantes du droit » renouvelle sans pareil la réflexion sur la manière dont il faut aujourd'hui appréhender l'étude du droit, *Le relatif et l'universel*, *Le pluralisme ordonné*, *La refondation des pouvoirs*. Tous ces ouvrages ont été publiés aux Éditions du Seuil (2004, 2006 et 2007).

74. Concl. du Commissaire du gouvernement M. Guyomar dans l'affaire jugée par le Conseil d'État le 8 févr. 2007, *Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, req. n° 287110.

75. Cour suprême de la République de Chypre, 7 nov. 2005, *Avocat général c. Costa Constantinou*, n° 294/2005.

76. Trib. const. allemand, 18 juill. 2005, 2BvR 2236/04, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, p. 1119-1128 ; Cour de cassation grecque, 20 déc. 2005, n° 2483/2005 ; Tribunal constitutionnel polonais, 27 avr. 2005, P 1/05, *Dziennik Ustaw* 2005. 77. 680.

système national de référence⁷⁷. Quant à l'horizontalité internationale, je ne vous étonnerai guère en vous disant qu'elle est formidablement protéiforme et passablement variée. Elle peut se matérialiser entre des Cours sises sur un même continent, nonobstant les différences de statut et d'office entre les juges. Ainsi, du dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes, trop connu pour que je m'y attarde ici. Que dire des « entretiens » entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions internationales pénales⁷⁸ entre la Cour de justice et l'« embryon de juridiction » afférente à l'Organisation mondiale du Commerce⁷⁹; entre la Cour de justice, la Cour AELE (Association européenne de libre-échange) et le Tribunal international du droit de la mer⁸⁰. Ce dialogue se matérialise également par-delà les frontières continentales, traversant les océans. Que dire du dialogue entre la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne⁸¹? Entre la Cour de Quito⁸² ou encore de Ouagadougou⁸³ et la Cour de Luxembourg?

77. Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, *State v. Makwanyane*, n° 3/94.; Cour suprême d'Australie, *Australian Capital Television Pty Ltd v. Commonwealth* (1992), 177 CLR 106; Cour suprême du Canada, *Soulos v. Korkontzilas*, 146 DLR (4th); Cour d'appel de Hong Kong, *Leung Kwok Hung v. Hong Kong Special Administrative Region*, 8 juill. 2005. Ces différentes décisions sont citées in S. Sanders, « Judicial dialogue in common law countries », *Renouveau du droit constitutionnel...*, *op.cit.*, p. 413-428.

78. Ils sont multiples car évidemment les deux juges sont amenés au gré de leur saisine respective à devoir prendre en compte, soit le droit des droits de l'homme et donc la jurisprudence européenne pour les uns (*ad ex.* TPIY, 22 oct. 1997, *Mrskic, Dokmanovic et autres*; TPIY, 4 sept. 1998, *Delalic*), soit le droit international et plus spécifiquement la jurisprudence internationale pénale pour l'autre (CEDH 21 nov. 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*; CEDH 4 déc. 2003, *MC c. Bulgarie*). Ces instances judiciaires sont aussi naturellement conduites à prendre en considération des questions liées à la doctrine du *lis pendens*. Sur ce dernier point, je vous renvoie au raisonnement de la Cour européenne dans l'affaire *Bankovic* (CEDH 12 déc. 2001, *Bankovic et autres*) concernant les procédures parallèles devant la CIJ et le TPIY.

79. Je vous renvoie ici non pas à des références jurisprudentielles mais à une étude qui fait bien le point sur la question sous l'angle particulier des rapports de systèmes et qui vous permettra de prendre la mesure de l'« état » du dialogue entre les deux juridictions, A. Laget-Annamayer, « Le Statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *RTD eur.* 2006.249-288.

80. CJCE 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, C-459/03, *Rec.* I-4635.

81. Les travaux doctrinaux comparatifs sur les deux systèmes effectifs de protection des droits sont souvent le fruit d'anciens présidents de la Cour de San José. Pour quelques exemples, on citera les travaux de l'Uruguayen H. Gros Espiell, « Le système interaméricain comme régime régional de protection des droits de l'homme », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1975, t. 145, n° 2, p. 7-55; « La Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 233-246; du Brésilien A. Cançado Trindade, « The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and the Inter-American Courts of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2004, t. 25, n° 5-8, p. 157 ou encore bien évidemment de l'Américain T. Buergenthal, « The European and Inter-American Human Rights Courts : Beneficial Interaction », *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges en l'honneur de R. Ryssdal*, P. Mahoney, F. Matscher et H. Petzold (eds.), Köln/Berlin/Bönn/München, Carl Heymans, 2000, p. 123-133.

82. *Ad ex.* Cour de Justice de la Communauté andine, arrêt 3, AI, 96.

83. V. les conclusions du juge rapporteur Mbacké dans l'affaire jugée par la Cour de Justice de

Égrener les manifestations nationales et internationales de ce dialogue horizontal débridé serait sans fin à l'instar des manifestations du *dialogue vertical* qui prend part entre les juridictions nationales et internationales alors qu'aucun système (intégré et/ou conventionnel) ne les contraint à entretenir de tels « entretiens ». Quand la Cour suprême d'Afrique du Sud ou encore, fait exceptionnel, quand la Cour suprême des États-Unis⁸⁴, s'empare de la jurisprudence de la Cour européenne, le fait est remarqué et remarquable. Quand à son tour la Cour de Strasbourg flirte avec les jurisprudences de la Cour suprême du Canada, d'Australie ou d'Afrique du Sud, on ne peut pas passer à côté d'une telle circulation des décisions de justice⁸⁵.

En réalité, surgissent — imposantes et sans appel — les limites d'un tel recensement dénué d'analyses explicatives. Car enfin, une fois le constat effectué, les questionnements se bousculent. Surtout, peut-on généraliser, peut-on faire fi de chaque contexte, de chaque démarcation de l'office du juge, de chaque stigmate des ordonnancements (nationaux et internationaux), qui sont autant de facteurs qui peuvent expliquer l'utilisation de décisions de justice « exogènes » aux systèmes référents? De même, n'est-il pas trop simpliste de parler d'ouverture aux décisions de justice sans se pencher sur les différences dans les modes de citation et donc de leur utilisation concrète? Une référence au titre des « faits » n'a évidemment pas la même valeur qu'une place de choix au sein de l'argumentation du juge en tant que telle. De même, l'utilisation par un juge dissident des décisions étrangères n'a ni la même portée ni la même signification qu'une utilisation par le collège des juges. N'est-ce pas un peu trop simpliste de parler de « dialogue » quand en réalité on ne pourrait y voir qu'une utilisation somme toute classique du droit comparé? Je suis consciente que les difficultés méthodologiques sont innombrables à l'heure d'aborder de tels questionnements qui se démultiplient à l'envi. Ainsi, est-il possible de donner des explications qui valent alors que la cartographie précise et aboutie des dialogues judiciaires de par le monde est un exercice fou, impossible à mettre en place, sauf à disposer d'un bataillon de comparatistes et

l'Union économique de l'Ouest africain, 29 mai 1998, *Laubhouet Serge c. Commission de l'UEMOA* du 29 mai 1998, *Recueil de la Jurisprudence de la Cour de l'UEMOA* (01-2002), Ouagadougou, Burkina Faso, p. 21-41.

84. Cour suprême des États-Unis, 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas* [539 US, 2003]. Cet arrêt a fait le tour du monde des chroniques judiciaires. La Cour opéra en effet un revirement spectaculaire par rapport à l'arrêt *Bowers v. Hardwick* [478 US, 1986] en mettant un terme à la répression pénale de la sodomie. En plus de la décision au fond, ce fut la manière de changer de cap qui fut remarquée. L'arrêt *Dudgeon c. Irlande* du 22 oct. 1981 ayant été au cœur de la motivation du juge suprême, non sans oppositions internes toutefois venant notamment du *Chief justice* Rehnquist (président) et des juges Thomas et Scalia.

85. J. F. Flauss, « 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*, Lausanne, 14-15 avril 2000, Zürich, Schulthess, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2002, p. 159-182.

d'outils intelligents de recherche informatique, et encore... Les décisions de justice qui circulent et qui accèdent à la notoriété judiciaire mondiale ne sont-elles pas, en effet, que la face émergée d'un « iceberg judiciaire » tentaculaire et au bout du compte insondable ?

Malgré ces nombreux obstacles, j'aspire tout de même (il faut souvent être légèrement inconscient pour avancer) à repérer et débusquer les données objectives qui expliquent l'ouverture aux jurisprudences « exogènes ». Dit autrement, pourquoi une telle empathie judiciaire ? Je pourrais immédiatement rétorquer par une autre interrogation qui permet de vous fournir une partie de la réponse. Pourquoi pas ? Pourquoi, alors que tous les secteurs des sociétés sont happés par la mondialisation, pourquoi imaginer que les mondes judiciaires en seraient mis à l'écart ? Il s'agit, avant tout, d'un signe des temps modernes marqués par l'esprit d'un certain « cosmopolitisme ». Signe particulièrement sain, si je puis ajouter. Les juges ne restent pas cloîtrés dans leur tour d'ivoire alors que, partout ailleurs, la nécessité de s'adapter à l'interpénétration des marchés, des économies, des finances, de la recherche, etc. fait rage. Les questionnements deviennent peu ou prou identiques au travers des cinq continents, surtout dès qu'il est question de droits fondamentaux. Les juges ne pouvaient tout simplement pas rester au bord de la route, c'est-à-dire en dehors des multiples mutations des systèmes juridiques et de leurs interconnexions ; ils ne pouvaient point être spectateurs de ce mouvement sans avoir le désir (bien compréhensible) d'en devenir des acteurs de premier plan sous peine de voir leur autorité et sans doute également leur légitimité (suffisamment discutées de temps à autre) clairement remises en cause. Dans ce contexte d'ouverture des systèmes, il n'est pas étonnant que tous les acteurs qui les composent soient attentifs à ce qui se passe « ailleurs », ce qui ne manque pas de rejaillir sur la fonction de juger. Ainsi, les avocats des parties⁸⁶ comme les *amici curiae* (quand les procédures, nationales ou internationales, permettent leur intervention)⁸⁷, les « défenseurs objectifs du droit » (pour mentionner une figure que vous connaissez bien) sont autant d'acteurs qui portent logiquement à la connaissance des juges l'existence de décisions judiciaires « exogènes » au système référent. Cette

86. Ce point est évoqué dans l'analyse de S. Saunders, « Judicial dialogue in Common Law countries », *Renouveau du droit constitutionnel...*, *op.cit.*, p. 413-428. V. égal., G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la "bénévolence" des juges », *RSC* 2005. 805-806 : « Les avocats sont aussi de puissants vecteurs d'influence. Ce sont eux, qui, par les références qu'ils invoquent et les citations qu'il font des jurisprudences externes, établissent des concordances entre les cours internationales ou nationales ».

87. Celui qui fut Premier président de la Cour de cassation (et qui désormais siège au Palais Montpensier) a ainsi pu écrire : « depuis plusieurs années, la Cour de cassation est à la recherche de procédés qui permettent, devant elle, l'expression des intérêts généraux concernés par les questions débattues dans le cadre des pourvois dont elle est saisie [...]. Il s'agit de demander des explications sur un fait commun à toute une série de litiges et dont la bonne appréciation est nécessaire pour forger, en l'absence de toute loi sur ce point, la règle de droit opportune », G. Canivet, « *L'amicus curiae* en France et aux États-Unis », *RJ com.*, mars-avr. 2005, n° 2, p. 99 et 106.

ouverture aux décisions de justice « extérieures » s'avère d'autant plus nécessaire qu'en réalité, les juges sont mis en concurrence. Cette dernière n'étirent pas que le marché, elle irradie également le droit. La « lutte pour le droit »⁸⁸ est une lutte sans merci où il faut pouvoir se faire entendre et imposer sa « culture juridique ». La doctrine a analysé cette donne sous l'angle de la bataille des modèles entre *Common Law* et droit continental (j'y ai fait allusion plus haut)⁸⁹. Toutefois, dans l'univers de l'apparente spontanéité du dialogue des juges, il y a d'autres facteurs que cette lutte des modèles qui expliquent que les juges s'ouvrent aux autres juges. De la présentation de ces facteurs, j'en arrive irrémédiablement au questionnement de la signification du dialogue.

B. – LES SENS DU DIALOGUE

En vous livrant dans les lignes qui vont suivre les deux *sens* du dialogue qui me sont apparus comme étant le résultat de *tendances de fond*, je suis consciente qu'avec une telle présentation binaire, je risque de simplifier à l'excès les choses et de passer à côté de la « complexité » du réel. Le « paradigme de la simplification »⁹⁰, dénoncé avec force par Edgar Morin, est malheureusement un piège dans lequel on peut facilement tomber, la pensée cartésienne étant irrémédiablement liée à l'Occident pour ne pas dire à l'Hexagone⁹¹. Je tenterai d'y échapper en mettant en exergue autant que nécessaire les contradictions, les tensions, les impasses du dialogue. Si « la complexité se présente avec les traits inquiétants du fouillis, de l'inextricable, du désordre, de l'ambiguïté, de l'incertitude »⁹², je tenterai de ne pas en être déstabilisée. Au-delà de la complexité du réel, il apparaît tout de même que le dialogue met en exergue un *idéal* (tantôt revendiqué, tantôt induit) de *cohérence*. Il est tantôt question d'assurer la cohérence de systèmes dont les principes de fonctionnement sont similaires : on retrouve alors ici la logique de système, c'est l'*idéal systémique* (1°); tantôt il s'agit *in fine* de faire prévaloir une vision commune des droits de la personne humaine voire de leur degré de protection, c'est l'*idéal humaniste* (2°).

88. F. Ost, « Obiter dicta », in *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. XXII.

89. J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, Éditions du Seuil, 2005; G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales... », *op. cit.*

90. E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Éditions du Seuil, Coll. « Points Essais », 2005, p. 18.

91. E. Morin écrit ainsi que « nous vivons sous l'empire des principes de disjonction, de réduction et d'abstraction dont l'ensemble constitue ce que j'appelle « le paradigme de la simplification ». Descartes a formulé ce paradigme maître d'Occident, en disjoignant le sujet pensant (*eco cogitans*) et la chose entendue (*res extensa*), c'est-à-dire philosophie et science, et en posant comme principe de vérité les idées « claires et distinctes », c'est-à-dire la pensée disjonctive elle-même. Ce paradigme, qui contrôle l'aventure de la pensée occidentale depuis le siècle, a sans doute permis les très grands progrès de la connaissance scientifique et de la réflexion philosophique; ses conséquences nocives ultimes ne commencent à se révéler qu'au xx^e siècle. », *Ibid.*, p. 18.

92. *Ibid.*, p.21.

1° L'idéal systémique

L'idéal systémique est manifeste dans le champ des processus d'intégration (économique et politique); ils induisent nécessairement un dialogue entre les juges des systèmes intégratifs. Quelques exemples suffiront, j'espère, à vous convaincre. Penchons-nous un instant sur les raisons qui expliquent que la Cour AELE fasse référence aux décisions de la Cour de justice des Communautés européennes⁹³. Vous conviendrez avec moi, qu'ici, aucune procédure institutionnalisée ne contraint au dialogue et qu'aucune lutte pour une « culture juridique » spécifique n'est présente. En réalité, les références sont induites par les contraintes découlant de l'existence des systèmes de l'Espace économique européen d'un côté et de l'Union européenne de l'autre et dont les principes de fonctionnement se doivent d'être interprétés de la manière la plus compatible possible entre eux sous peine de créer du désordre, de l'incertain pour ne pas dire de l'insécurité juridique⁹⁴. La cohérence est vitale pour l'effectivité des systèmes AELE et UE et s'avère être explicative du dialogue. En réalité, on retrouve cette nécessité de cohérence vitale dans le dialogue des juges nationaux — arrimés au système d'intégration européenne — quand ils doivent mettre en œuvre la décision-cadre du mandat d'arrêt européen... Quand on se penche sur la circulation des décisions de justice entre les systèmes d'intégration européenne, africaine et latino-américaine, le constat est révélateur de la complexité du décryptage du sens de la circulation des décisions de justice. En effet, si l'idéal de cohérence est présent, il ne revêt pas la même signification que dans l'univers européen. Il est certes vital, mais pas de la même manière. Je m'explique. En réalité, il n'est point ici question de « dialogue », au sens où il a été défini dans le cadre de mes propos introductifs. Il n'y a pas à proprement parler de discussion « à deux ou à plusieurs ». L'unilatéralité s'impose au lieu et place de l'échange. En effet, les Cours de Quito, de Managua ou encore de Ouagadougou, autant de juridictions régulatrices de l'édification des marchés communs andin, centraméricain et ouest-africain font systématiquement mention des décisions de la Cour de Justice des Commu-

93. Pour un exemple récent, v. Cour AELE/EFTA Court, 30 oct. 2007, *Efta Surveillance Authority / The Kingdom of Norway*, E 2/07.

94. Lisons un spécialiste de ces deux Cours : «The relationship between the interpretation of EC and EEA principles, which are in many respects identical to EC law, the EFTA Court is obliged to follow ECJ precedents from before 1992, and to take later ECJ judgments duly account. In the other hand, the ECJ is not obliged to take account of judgements of the EFTA Courts. Yet, as the ECJ's President has stated, ignoring EFTA Court precedent would simply be incompatible with the overriding objective of the EEA agreement, which is homogeneity. », M. Bronckers, «The relationship of the EC Courts with other International Tribunals : non-committal, respectful ou submissive? », *Common Market Law Review*, 2007, p. 601-627, spéc. p. 605. La référence aux propos tenus par le président Skouris est la suivante : V. Skouris, « The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement : A paradigm for international cooperation between judicial institutions », C. Baudenbacher, P. Tresselt et Th. Orlygson (eds.), *The EFTA Court : Ten years on*, Oxford and Portland, 2005, p. 123.

nautés européennes dans leurs arrêts⁹⁵, mais l'inverse n'existe tout simplement pas. La Cour de Luxembourg ignore littéralement ces jurisprudences, même si l'Union européenne plus largement n'ignore pas ses « jeunes » systèmes d'intégration. L'explication de la référence à la jurisprudence des juges du Plateau de Kirchberg ne se trouve ni dans la contrainte (on trouvera nulle trace d'obligation dans les traités constitutifs des organisations africaines et latino-américaines), ni dans une quelconque manifestation d'une stratégie concurrentielle où il serait question d'imposer une « culture juridique ». En réalité, seule trône la nécessité de donner du poids à une jurisprudence balbutiante en la recouvrant d'une autorité incontestée car historique : celle de la « juridiction-mère » qui fut celle qui participa à bâtir le système d'intégration européenne. Le sens du dialogue (dont on a vu qu'il n'en est pas un à proprement parler...); mieux, le sens de l'importation de la jurisprudence communautaire européenne (c'est plus exact) recouvre ici les habits de la *légitimation*. Ce faisant, la conséquence de telles références est au bout du compte la consécration d'une cohérence systémique intercontinentale qui valorise la spécificité des organisations d'intégration. On peut même affirmer, qu'*a contrario*, c'est ce à quoi aboutit la mention récente à la jurisprudence fondatrice *Costa c. Enel* par Wilfrido Fernández, qui fut président du Tribunal permanent de révision (TPR) du Mercosur. À l'occasion du premier « avis consultatif » rendu par ce Tribunal dont le siège se trouve à Asunción au Paraguay⁹⁶, le président — qui fut mis *in fine* en minorité... — profita tout de même de l'occasion pour délivrer sa conception du mécanisme préjudiciel existant au sein du système du Mercosur afin qu'elle finisse par s'apparenter entièrement à l'article 234 du traité CE...⁹⁷. Et de s'engager dans un vibrant plaidoyer en faveur de la reconnaissance de la spécificité du droit de l'intégration, créateur d'un « ordre public régional ». L'idéal systémique se manifeste également quand un juge a le souci de préserver l'unité d'un ordre juridique dans lequel il s'insère. Je pense ici à la jurisprudence de la Cour européenne qui, parce qu'elle est irrémédiablement reliée au droit des organisations internationales, parce qu'elle ne peut entièrement se soustraire aux règles du droit international public (à l'instar, par exemple, du droit des traités), ne peut faire fi de l'ordre

95. La place me faisant défaut, je me permets ici de vous renvoyer à une étude que j'avais réalisée en l'honneur d'un collègue qui eut le bonheur de travailler de nombreuses années auprès du président poète Léopold Sédar Senghor, « Prendre les droits communautaires au sérieux. La force d'attraction de l'expérience européenne en Afrique et en Amérique latine », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle...*, *op. cit.*, p. 563-580.

96. TPR, avis consultatif du 3 avr. 2007, n° 1/2007, site : www.mercosur.int

97. La procédure de la « *opinión consultiva* » est une figure procédurale « hybride ». Si elle s'est inspirée du renvoi préjudiciel de l'art. 234 TCE, elle n'en adopta pas toutefois toute la logique, puisque l'avis rendu par le TPR ne lie pas les juridictions nationales. Ce point, vous l'imaginez, suscite de vives controverses doctrinales au sein des Amériques. V. parmi une littérature abondante, R. Ruiz Díaz Labrano, « Las opiniones consultivas ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur a través de los tribunales superiores de los Estados partes », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, p. 629-651.

juridique international. On retrouve alors la donne *légitimante* quand la Cour de Strasbourg met un point d'honneur à mentionner des arrêts de sa consœur qui régna longtemps, seule, sur l'univers judiciaire international : la Cour internationale de justice pour ne pas la nommer⁹⁸. Le souci de légitimation n'est évidemment pas le même que celui évoqué plus haut pour les Cours africaine et latino-américaine. Il s'agit ici de légitimer une posture — orthodoxe ou novatrice — en mentionnant les précédents judiciaires de la CIJ pour s'y conformer ou s'en écarter⁹⁹, en tout cas toujours pour mentionner les passerelles entre l'ordre conventionnel des droits de l'homme et l'ordre international général. Peut-on parler ici techniquement de « dialogue » avec la CIJ ? Cette instance judiciaire est connue pour accorder une place subsidiaire (pour ne pas dire quasi nulle) au libellé de l'article 38 alinéa 1.d du statut dont on sait qu'il l'autorise à appliquer les « décisions de justice ». Si elle se complait dans le « narcissisme jurisprudentiel », elle est d'une indifférence inouïe à l'égard de la jurisprudence des autres tribunaux internationaux et nationaux¹⁰⁰. Ce faisant, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'a trouvé, pour l'heure, aucun écho dans ses longues décisions.

2° L'idéal humaniste

Le droit est aujourd'hui plus que jamais saisi par les valeurs¹⁰¹. Même si elles ne se résument pas à la protection des droits fondamentaux, il est difficile de nier leur place toujours plus centrale au sein des ordres juridiques nationaux et internationaux. Or, en prenant du recul et de la distance pour tenter de discerner les lignes forces du dialogue débridé, il apparaît somme toute de façon assez flagrante qu'il *tend* au bout du compte à l'établissement d'une *cohérence des valeurs humanistes*. Ce qui est frappant ici, c'est que tous les juges, quel que soit leur office et leur système de référence, sont saisis par cette montée en puissance des *droits*. Cela ne veut pas dire que cette tendance soit exempte d'oppositions, de refus, en un mot de confronta-

98. Ces dernières années c'est l'affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* — qui donna lieu à deux arrêts — qui attira l'attention des commentateurs dans la mesure où la Cour de Strasbourg manifesta une ouverture exceptionnelle à l'endroit de la jurisprudence de la CIJ (CEDH 6 févr. 2003, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* et CEDH (Gde Ch.), 4 févr. 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*).

99. Les liens entre la CEDH et le droit international sont tels, qu'ils donnent lieu à une chronique annuelle menée par G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss à l'*Annuaire français de droit international*.

100. L'article de M. Kamto est à cet égard des plus éclairants, écrit qui plus est dans un style des plus élégants et percutants puisque l'expression de « narcissisme jurisprudentiel » est la sienne ; v. « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *La juridictionnalisation du droit international*, *op. cit.*, p. 393-460.

101. Je vous renvoie sur ce point au cours dispensé par M. Delmas-Marty tout au long du premier semestre 2008 au Collège de France où il fut question des « valeurs », mieux des « communautés de valeurs », site : www.collegedefrance.org

tions. Le chemin vers l'idéal est chaotique et certainement pas linéaire : l'universalité des droits, de leur contenu, de leur portée, n'est pas acceptée par tous et partout. Il y a en effet des juges qui refusent le dialogue (en ignorant purement et simplement les Autres juges) ; d'autres à l'inverse, s'il jouent le jeu du « commerce judiciaire », c'est en réalité pour mieux réfuter l'incorporation de valeurs auxquelles ils ne souscrivent pas.

Commençons par un dialogue des plus connus, celui se situant sous nos yeux — c'est-à-dire en Europe — entre les deux Cours supranationales. En jouant ici quelque peu les naïfs — pour ne pas dire les Hurons¹⁰² — pourquoi les Cours de Luxembourg et de Strasbourg s'ouvrent-elles régulièrement à la jurisprudence de l'Autre ? La première a répondu à l'appel pressant des Cours constitutionnelles pour combler à une lacune originelle des traités institutifs ; ce faisant, grâce à la technique éprouvée des principes généraux du droit, elle a fini par accorder une place de choix à la Convention puis à la jurisprudence de la Cour européenne. Là aussi, vous conviendrez qu'il n'existait aucune obligation imposée par le système tel qu'il était prévu à l'origine ; qu'aucune concurrence des modèles n'était ou n'est en jeu ; toutefois les contraintes (en apparence « invisibles ») induites par le système d'intégration l'ont conduit à prendre en compte l'appel des Cours internes, ce qui l'a amené à valoriser les décisions de la Cour de Strasbourg... De même, quand cette dernière fait référence à la jurisprudence communautaire et qu'elle lui attribue une place de choix dans ses arrêts, c'est *grosso modo* dans la plupart des cas¹⁰³ pour exporter dans le système conventionnel, nonobstant les différences de nature et d'objectifs existants entre les deux univers, une notion qui lui permet de relever le défi de la compatibilité¹⁰⁴. De ces complexes interférences sont nés des enchevêtrements et des interconnexions multiples qui lient les deux Cours qui sont contraintes (pour ne pas dire condamnées...) d'assurer *in fine* l'homogénéité sur le continent européen des droits fondamentaux et des concepts qui y sont attachés¹⁰⁵. Malgré l'absence d'obligation juridique et alors que

102. Comment ne pas penser ici à un article fameux qui, alors que j'étais étudiante, m'avait passionné, « Un Huron au Palais-Royal ».

103. En réalité, les nuances ici seraient nombreuses car les cas de figure sont multiples. J'essaie toutefois d'aller à l'essentiel...

104. Je pense, par ex., à la jurisprudence *Pellegrin c. France* de 1996 où la Cour se réapproprie la notion communautaire de « fonctionnaire ». Plus récemment, dans la très importante affaire *D.H. et autres c. République tchèque* du 13 nov. 2007, c'est le notion de « discrimination indirecte » telle qu'elle a été posée par les textes de droit dérivé et la jurisprudence communautaire qui est reprise par la Gde Ch. de la Cour de Strasbourg.

105. Toutefois, il ne faudrait pas que les deux Cours tombent dans un « suivisme » qui tirerait vers le bas le niveau de protection. Les arrêts emblématiques de ce qui pourrait être qualifié sévèrement de « suivisme »... sont les arrêts de la Cour de Strasbourg du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava c. Irlande* (qui octroie au système communautaire de protection des droits un brevet de conventionnalité en se réservant toutefois une porte pour une éventuelle condamnation en cas d'insuffisance manifeste de la protection juridictionnelle) et l'arrêt de la Cour de Luxembourg du 22 sept. 2006, *Espagne c. Royaume-Uni* qui valide la réforme du droit électoral britannique

l'Union européenne d'un côté et le Conseil de l'Europe de l'autre n'étaient pas censés *a priori* être à ce point-là reliés — voire pieds et poings liés — le maquis des contraintes a fini par emporter une nécessaire et salutaire ouverture à l'autre des deux ensembles. Le même constat vaut pour le dialogue qui s'est noué entre les Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme. Il faut toutefois commencer par dire que le courant fut, dans un premier temps, à sens unique : la Cour de San José, très tôt et de façon foisonnante, n'a pas hésité à s'appuyer sur la jurisprudence de sa consœur de Strasbourg. Il était tout simplement question d'assurer la légitimité de ses décisions en se retranchant derrière une jurisprudence plus ancienne, plus connue et par voie de conséquence dotée d'une « autorité » incontestable. Toutefois, le dialogue a succédé à l'importation légitimante pure et simple. Aujourd'hui, la Cour européenne — aidée d'ailleurs en cela par les informations transmises par les *amici curiae* — n'ignore plus les avancées originales de sa consœur interaméricaine¹⁰⁶. Le résultat est une harmonisation de l'interprétation des droits, nonobstant les spécificités propres aux systèmes conventionnels américain et européen.

Je pense fondamentalement que le même constat global s'impose dans le décryptage du dialogue entre les Cours suprêmes des pays de *Common Law*, entre celles-ci et la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁷ ou encore entre cette dernière et les tribunaux pénaux internationaux¹⁰⁸. Les versants procéduraux et matériels des droits sont au centre des échanges. Explorons si vous le voulez bien rapidement ces deux éléments.

Le dialogue permet de constater la diffusion de ce que d'aucuns ont appelé un « modèle » du procès équitable¹⁰⁹. Dans ce cadre, la question du droit d'accès au juge — partie intégrante du procès équitable — est au centre de toutes les attentions puisqu'il constitue ni plus ni moins la clé d'entrée pour une protection effective des droits substantiels. L'Europe est d'ailleurs à cet égard au cœur d'un dilemme propre aux ensembles démo-

qui avait pour but de tirer les conséquences de l'arrêt de condamnation *Matthews c. Royaume-Uni* de 1999.

106. C'est le cas, par ex., en matière de disparitions forcées, CEDH (Gde Ch.), 8 juill. 1999, *Cakici c. Turquie*; CEDH 9 mai 2000, *Ertak c. Turquie*; CEDH 13 juin 2000, *Timurtas c. Turquie*. Il est symptomatique de constater que la grande ONG *Cejil* (le *Centre pour la justice et le droit international*, acteur majeur du système interaméricain de protection des droits) se présente comme *amici curiae* pour faire connaître aux juges européens la richesse de la jurisprudence interaméricaine sur cette question.

107. W. Schabas, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence des Cours suprêmes du Commonwealth », in J.-F. Flauss (dir.) *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur les États tiers*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 29-53.

108. A. Cassese, « La prise en compte de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions pénales internationales », in G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 29-82.

109. C. Girard, « Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs (Réflexions sur la problématique générale) », in H. Ruiz-Fabri (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Société de Législation comparée, 2003, p. 21-51.

cratiques : peut-on au nom de la lutte contre le terrorisme écarter le droit au juge, au point de le malmenier dans sa substance? Le défi ici est ni plus ni moins, *identitaire*. Sont en jeu en effet les principes fondateurs de l'identité européenne qui reposent sur le respect des droits fondamentaux. Or, si la circulation du « modèle du procès équitable » est incontestable, son effectivité, quant à elle, n'est pas acquise une bonne fois pour toutes dans un monde mouvant, instable, complexe, tiraillé par des exigences contradictoires. Or, aujourd'hui l'Europe vacille, tente de trouver un juste milieu, non sans peine; non sans bousculer ses valeurs. Le législateur de l'Union prenant en effet ses aises avec le respect des droits de la personne¹¹⁰, tandis que le juge pour sa part fait ce qu'il peut, y compris maladroitement, pour sauvegarder l'identité constitutionnelle de l'Union en accordant au droit au juge une place de choix au sein des normes de *jus cogens*¹¹¹. Si la solution n'est pas à l'abri de critiques — notamment parce qu'elle est revenue à validé la réglementation communautaire¹¹², elle n'en est pas moins révélatrice d'une volonté de rendre « concrète et effective » la notion d'« Union de droit » notamment dans l'adversité. De leur côté, les États-Unis ont tranché, mais de façon paradoxale. La jurisprudence de la Cour suprême est en effet traversée par un hiatus important. D'un côté, l'instance judiciaire suprême a fini par reconnaître aux prisonniers de Guantanamo le droit de contester la légalité de leur détention devant les tribunaux civils américains,

110. H. Labayle, « Droits de l'homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible », *RAE*, 2006-1, p.93-109; R. Tinière, « La collaboration de certains États européens au programme de restitutions extraordinaires de la CIA en Europe et la protection européenne des droits fondamentaux », *RAE-LEA*, 2006-2, p. 537-556.

111. Cette thématique on ne le sait que trop est, en substance, celle des célèbres affaires *Yusuf, Kadi, Hassan* TPICE, 21 sept. 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. n° T-306/01, *Rec.*, p. II-3533; TPICE, 21 sept. 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. n° T-315/01, *Rec.*, p. II-3649; TPICE, 12 juill. 2006, *Chafiq Ayadi c. Conseil de l'Union européenne*, aff. n° T-253/02; TPICE 12 juill. 2006, *Faraj Hassan c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. n° T-49/0. V. l'étude très fouillée de P. Stangos et de G. Gryllos, « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons tirées de la jurisprudence communautaire récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *CDE*, 2006, n° 3-4, p. 429-482.

112. Le dilemme aujourd'hui se présente de la manière suivante : la Cour de justice va-t-elle — dans le cadre de l'examen du pourvoi de l'historique affaire *Yusuf/Al Barakaat International Foundation* — renier ses valeurs et accepter qu'un règlement communautaire (qui a mis en œuvre une résolution du Conseil de sécurité, sans que des personnes et entités considérées comme « terroristes » puissent se défendre devant un tribunal indépendant) demeure valide? Va-t-elle suivre l'argumentation du TPI qui — élevant plusieurs droits fondamentaux, notamment le droit au juge, au rang de norme de *jus cogens* — n'en a pas moins validé le règlement communautaire ou suivra-t-elle les courageuses conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro qui, resituant la problématique sur le seul terrain des droits fondamentaux, propose l'annulation tant de l'arrêt du Tribunal de première instance que celle du règlement communautaire? Conclusions de l'avocat général M. Poiares Maduro présentées le 23 janv. 2008 dans l'affaire *Al Barakaat International Foundation*, n° C-415/05 P. Au moment de la lecture des épreuves de cette « missive », la Cour de justice, le 3 sept. 2008, rendait un arrêt historique en défendant les valeurs de l'Union.

en en profitant pour fustiger l'action du Congrès qui avait voulu contourner les décisions de la Cour¹¹³. De l'autre, dans l'affaire *Medellin v. Texas*¹¹⁴, elle refusait que l'important arrêt *Avena*¹¹⁵, prononcé par la Cour internationale de Justice dans le cadre du contentieux consulaire, lie les tribunaux nord-américains¹¹⁶, ce qui ne manqua pas de faire réagir vivement et rapidement certains membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹¹⁷. L'autisme à l'égard du droit international et partant des décisions de justice internationales est une constante de la culture judiciaire américaine¹¹⁸ : le *Municipal Law* doit en effet l'emporter devant l'*International Law*¹¹⁹.

Si le dialogue est marqué par des discordances révélatrices de l'impossibilité de dégager une vision universelle et intemporelle de la signification de l'accès au droit, le même constat chaotique peut être dressé pour la signification du contenu et de la portée des droits. D'un côté, le dialogue débridé porte au grand jour l'émergence de lignes fortes sur des problématiques qui affectent toutes les sociétés. Le sexe, la vie et la mort sont ainsi des questionnements qui, quels que soient les recoins de la planète, conduisent les juges à « déplacer les regards » et s'enquérir des solutions étrangères, internes ou internationales. La question homosexuelle (qui débouche sur celle de

113. Cour Suprême des États-Unis, 12 juin 2008, *Boumedienne v. Bush*, aff. n° 06-1195. Cette affaire se situe dans le droit fil de décisions rendues en 2004 et de 2006 que le Congrès, entre les mains des « néo-conservateurs », avait toutefois systématiquement contournées. Les deux décisions pionnières de 2004 considéraient que tant les « combattants ennemis » (citoyens américains arrêtés dans le cadre de la guerre contre le terrorisme) que les « combattants irréguliers » (détenus non américains) devaient pouvoir accéder à la justice civile américaine. V. Cour suprême des États-Unis, 28 juin 2004, *Hamdi v. Rumsfeld*, aff. n° 03/6696; Cour suprême des États-Unis, 28 juin 2004, *Rasul v. Bush*, aff. n° 03/334. Pour une vision générale de la posture des États-Unis à l'égard de la justice internationale, je me permets de vous renvoyer à une étude qui fut passionnante à écrire, « Les États-Unis d'Amérique et la justice internationale. Entre l'utilisation et l'instrumentalisation du droit international », in R. Ben Achour, S. Laghmani (dir.), *Le droit international à la croisée des chemins. Force du droit et droit de la force*, Pedone, 2004, p. 233-269.

114. Cour suprême des États-Unis, 25 mars 2008, *Medellin c. Texas*, aff. n° 06-983.

115. CIJ 31 mars 2004, Fond, *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis)*, v. M. Benloco-Carabot, *AFDI* 2004, 259-291.

116. Au grand dam du juge Breyer qui, dans son opinion dissidente, s'appuya, entre autres choses sur quelques décisions de justice étrangères ainsi que sur certaines dispositions constitutionnelles (not. la Constitution des Pays-Bas) pour réfuter l'argumentation majoritaire.

117. V. la proposition de Résolution présentée par le député belge Luc Van den Brande, soutenue par 14 autres parlementaires le 2 mai 2008 (Doc. 11606). Les points 4 et 5 sont rédigés comme suit : « 4. Selon l'Assemblée, la décision précitée de la Cour suprême implique un mépris inacceptable du droit international et un refus manifeste de se conformer aux obligations qui incombent aux États-Unis au regard de la charte des Nations unies. 5. C'est pourquoi, l'Assemblée encourage vivement les États-Unis à se conformer à leurs engagements internationaux en assurant, par des moyens de leur choix, un réexamen effectif des condamnations des ressortissants mexicains cités dans l'arrêt *Avena*, ainsi que la plus haute juridiction internationale l'a ordonné. »

118. D. Vagts, « The United States and its Treaties : Observance and Breach », 95, *AJIL* 2001, p. 313.

119. M. N. Shaw, *International Law*, 5^e éd., Cambridge, University Press, p. 143-151.

l'homoparentalité), la problématique de la fin de vie (qui induit celle de l'euthanasie ou encore de la peine de mort), la thématique du début de la vie (et partant du statut du *nasciturus*) sont autant d'interrogations existentielles qui innervent les entretiens judiciaires. Sur toutes ces questions, les points de rencontre existent, parfois avec de sérieux aménagements, pour ne pas dire de fermes oppositions. Ce qui est sûr, c'est que les juges s'ouvrent aux décisions étrangères : ils peuvent s'en servir à titre confortatif aux seules fins de renforcer un argumentaire interne, ou alors, de façon plus audacieuse avec le but affiché d'opérer un changement de cap magistral. Ce fut notamment le cas quand, brisant tous les codes et traditions judiciaires, la Cour suprême américaine s'empara de l'affaire *Dudgeon*¹²⁰, pour mettre fin à sa jurisprudence qui pendant des décennies avait avalisé la pénalisation de l'homosexualité. Si l'affaire *Lawrence c. Texas*¹²¹ fut la marque d'une petite révolution, il ne faut pas non plus y voir l'avènement d'une nouvelle « ère ». La Cour fut divisée et les réactions dans le monde politique américain d'un excès inouï¹²². On revient à l'idée de la complexité du réel, difficile à appréhender. De même, le dialogue débridé des juges qui utilisent la notion de *jus cogens* pour prohiber la transgression de certaines normes — ainsi de la prohibition de la torture, du génocide, des disparitions forcées, mais aussi de la non-discrimination ou encore du droit au juge¹²³ — sont également révélé-

120. CEDH 22 oct. 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*.

121. Cour Suprême des États-Unis, 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas*.

122. La résolution adoptée par la Chambre des Représentants le 17 mars 2004 (H. Res. 568) est révélatrice de l'importance de la polémique suscitée outre-Atlantique.

123. Le TPIY, dans l'affaire *Anto Furundzija* du 10 déc. 1998, § 154, affirmait : La qualification d'une norme de *jus cogens* a un « effet de dissuasion en ce sens qu'elle rappelle à tous les membres de la communauté internationale et aux individus sur lesquels ils ont autorité qu'il s'agit là d'une valeur absolue que nul ne peut transgresser » (n° IT-95-17/1-T). Il s'agissait dans cette affaire de la prohibition de la torture. La solution fut reprise par la Cour européenne des droits de l'homme qui s'est référée expressément à l'arrêt du TPIY (CEDH 21 nov. 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*). La Cour interaméricaine ne tarda pas à s'insérer dans ce dialogue intercontinental, CIDH, 11 mars 2005, Fond et réparations, *Caesar c. Trinité et Tobago*, Série C n° 123. Elle s'est faite particulièrement audacieuse en érigeant le principe d'égalité et de non-discrimination en norme de *jus cogens* dans son célèbre avis, conséquence d'une saisine du gouvernement mexicain (CIDH 17 sept. 2003, Avis, *Condition juridique et droit des travailleurs migrants en situation irrégulière*, Série A n° 18). Dans des affaires historiques du courant 2006, c'est tout à la fois l'accès au juge et la prohibition des disparitions forcées qui étaient érigées en normes de *jus cogens* (CIDH 22 sept. 2006, Fond et réparations, *Boigurrú c. Paraguay*, Série C n° 153 et CIDH 29 nov. 2006, Fond et réparations, *La Cantuta c. Pérou*, Série C n° 162). Mais l'audace (certains diraient l'inconscience) ne provient pas uniquement des Amériques. On connaît les arrêts du TPICE qui érigent au rang de norme de *jus cogens* tout à la fois le droit de propriété, les droits de la défense et *last but not least* (à l'instar de la Cour de San José) le droit au recours juridictionnel effectif (TPICE, 21 sept. 2005, *Ahmed Ali Yusuf, Barakaat International Foundation*, aff. n° T-306/01 ; TPICE, 21 sept. 2005, *Kadi*, aff. n° T-315/05 ; TPICE, 12 juill. 2006, *Ayadi*, aff. n° T-253/02 ; TPICE, 12 juill. 2006, *Hassan*, aff. n° T-49/04 ; TPICE, 31 janv. 2007, *Minin*, aff. n° T-362/04). Je ne peux ici présenter toutes les « révélations judiciaires » des normes de *jus cogens*. J'attirerai votre attention sur le fait, qu'après le TPIY dans l'affaire *Goran Jelic*, la CIJ a fini par sortir de sa réserve légendaire en affirmant le 3 févr. 2006 dans l'affaire opposant à l'instance la *République du Congo au Rwanda* que « le différend porte sur le respect d'une norme

latrices de l'émergence, même chaotique, d'une « communauté de valeurs » selon l'expression de Mireille Delmas-Marty. Les droits économiques et sociaux sont loin d'être mis à l'écart de ces entretiens judiciaires. Le droit au logement ou encore le « droit à la nourriture » (*the right to food*) sont au cœur des tensions sociales qui agitent les sociétés, qu'elles soient développées ou en développement ; une fois encore, les juges sont amenés à suivre avec attention les soubresauts jurisprudentiels sur ces questions, pour s'en inspirer ou à l'inverse s'en écarter ; en tout cas, très souvent pour s'y référer. Dans l'univers des pays reliés à la *Common Law*, l'Afrique du Sud est à la pointe de « l'ouverture ». Après la célèbre affaire *Grootboom* qui impose à l'État, en matière de droit au logement, des obligations d'agir dans des situations d'extrême gravité¹²⁴, c'est au tour de l'affaire *Mazibuko* d'être la marque d'une jurisprudence réceptive aux influences extérieures : celle du droit international en tant que tel, mais également des jurisprudences nationales étrangères. C'est tout à la fois des arrêts brésiliens, argentins, français (oui, Cher Président,... français) et britanniques qui ont été utilisés par le juge suprême sud-africain pour déclarer inconstitutionnel un système de prépaiement de l'eau et pour imposer à l'État la nécessaire réalisation progressive d'un accès à l'eau potable¹²⁵.

* *
*

Cher Président, que vous dire pour clore ce tour d'horizon qui peut laisser un sentiment de vertige ? Rien qui ne soit assuré ni définitif. Bien que des *tendances* soient perceptibles, elles ne sont jamais linéaires, d'où l'extrême difficulté de penser *juste*. Ce dont je suis convaincue, c'est que le dialogue, qui prend une tournure planétaire, lance un défi de taille aux chercheurs comme d'ailleurs aux praticiens. Le tout est d'être à la hauteur de tels défis analytiques et pratiques. Ce sont en tout cas de belles perspectives de recherche qui s'annoncent et qui ne manqueront pas d'entretenir tant les entretiens judiciaires que les/nos entretiens doctrinaux.

[la prohibition du génocide] possédant [assurément] le caractère d'une norme de [jus cogens]. » (§ 64)

124. Cour suprême d'Afrique du Sud, 4 oct. 2000, *République d'Afrique du Sud v. Grootboom et autres*, aff. n° 11/2000.

125. Cour suprême d'Afrique du Sud, 1^{er} mai 2008, *Mazibuko v. Johannesburg*, aff. n° 06/13865, not. § 86-91.