

Collège de France

Chaire « Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit »

Notes des réseaux « ID »

France – Etats-Unis : Regards croisés sur l'internationalisation du droit

Coordination éditoriale : Emmanuel Breen et Naomi Norberg, assistés par Elena Ponomareva

Réseau « ID » franco-américain – 1^{ère} et 2^{ème} rencontres

Collège de France, 10-11 avril 2006

Benjamin N. Cardozo School of Law, 15 mai 2007

Sommaire

Introduction (M. Delmas-Marty, New York City, 2007).....	3
I. Grandes affaires de l'internationalisation du droit	
A. <u>Les échanges entre traditions nationales</u> (Paris, 2006)	
<i>1. Le contentieux de la concurrence</i>	
L'affaire Microsoft : laboratoire d'un contentieux croisé euro-américain (G. Canivet).....	11
<i>2. Le principe de laïcité</i>	
Le principe de laïcité devant la Cour suprême des Etats-Unis (S. Breyer. Traduit de l'anglais par E. Breen).....	21
Spécificités et convergences des traditions nationales (B. Genevois).....	23
B. <u>La question de l'intégration des conventions internationales aux Etats-Unis</u> (New York City, 2007)	
Les affaires <i>Hamdan v. Rumsfeld</i> et <i>Sanchez-Llamas v. Oregon</i> (S. Breyer. Traduit de l'anglais par E. Breen).....	29
Observations de G. Canivet.....	37
Observations de H. H. Koh (traduit de l'anglais par E. Breen).....	41
C. <u>La primauté du droit communautaire sur la Constitution française</u> (New York City, 2007)	
The Primacy of Community Law over National Constitutions: the Case of France and Spain (O. Dutheillet de Lamothe).....	48
Interventions de J. Massot, M. Guyomar, G. Bermann (traduits de l'anglais par E. Breen).....	51
D. <u>L'articulation du droit communautaire et du droit international</u> (New York City, 2007)	
L'affaire de l'usine MOX (H. Ruiz-Fabri).....	58
Observations de W. A. Fletcher (traduit de l'anglais par E. Breen).....	63
II. Perspectives de l'internationalisation du droit	
A. <u>L'internationalisation, entre droit comparé et droit international</u> (Paris, 2006)	
Regard d'une comparatiste (V. Curran).....	69
Regard d'une internationaliste (E. Jouannet).....	75
B. <u>Le principe de proportionnalité, principe national et principe d'internationalisation</u> (New York City, 2007)	
La fonction du principe en droit constitutionnel américain (M. Rosenfeld. Traduit de l'anglais par E. Breen).....	79
La fonction du principe en droit constitutionnel français et en droit européen (G. Canivet).....	85
Conclusion : Le zoo du droit (D. M. Amann. Traduit de l'anglais par E. Breen, New York City, 2007).....	97

Introduction

par Mireille Delmas-Marty

L'expression « internationalisation du droit » ne désigne pas une catégorie juridique stabilisée, comme le droit interne ou international, mais un processus, une dynamique, qui marque une ouverture des systèmes de droit et atténue les frontières entre le dedans et le dehors. En ce sens, c'est un phénomène perturbateur pour la vision traditionnelle de systèmes juridiques fermés sur eux-mêmes.

L'effet perturbateur est encore accru par l'ambiguïté de cette dynamique qui vise soit l'*importation* en droit interne de sources externes, par intégration spontanée ou contrainte du droit étranger ou international (« internalisation »), soit l'*exportation* du droit interne, par son extension proposée ou imposée hors des frontières nationales (« externalisation »). L'importation accompagne une conception ouverte de la démocratie qui nous a conduits à créer ce premier réseau dans lequel nous comparons l'ouverture des systèmes juridiques américain et français (ou plus largement européen) aux sources externes. En revanche, l'exportation relève d'un esprit plus conquérant que certains Etats assimilent parfois à un néo-colonialisme occidental¹.

Le réseau « ID » a été conçu de façon atypique, comme un réseau international mais aussi interprofessionnel et intergénérationnel. Son objectif est plus prospectif que fonctionnel car il ne s'agit pas de faciliter directement la coopération (comme le font les réseaux de juges, de régulateurs ou de législateurs), ou de collaborer dans un contexte d'enseignement et de recherche (réseaux d'universitaires), mais de combiner des analyses diverses, pratiques et théoriques, pour contribuer à la construction d'un ordre mondial adapté à la diversité du monde, donc pluraliste. D'où cette dénomination à double sens, « ID » voulant dire « internationalisation du droit », mais aussi « imagination et droit ».

Pour imaginer les perspectives ouvertes en France, en Europe et aux Etats-Unis par l'internationalisation du droit, il faut observer la diversité des pratiques (I), puis la complexité des méthodes (II).² Le programme de la présente rencontre, présentée *in fine*, devraient permettre d'approfondir cette recherche (III).³

I. Diversité des pratiques

La comparaison entre la France et les Etats-Unis s'impose à la fois par le « patrimoine commun »⁴ qui unit ces deux pays et par les différences qui les séparent, et cela pour deux

¹ Voir *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, dir. E. Jouannet et H. Ruiz Fabri, SLC, 2007. C'est dans cette perspective que fait sens la création d'un réseau franco-chinois devant nécessairement analyser les deux formes d'internationalisation – tant reste présente en Chine la phase de l'histoire où l'occidentalisation leur fut imposée par les puissances occidentales qui avaient obtenu un privilège de juridiction dans les concessions, Voir « Le laboratoire chinois », in *La Chine et la démocratie*, dir. M. Delmas-Marty et P.-E. Will, Fayard, 2007, pp. 803-836

² Voir la première rencontre du réseau « ID » franco-américain sur « *Le rôle des juges dans l'internationalisation du droit* » (Paris, avril 2006)

³ La seconde rencontre du Réseau, dont ce texte présente les actes, porte sur l'« *Internationalisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit international* » (New York, mai 2007)

⁴ Stephen Breyer, « Aux lecteurs français », in *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, 2007, p. 31.

types de raisons. Ce sont, d'une part, des raisons historiques car le phénomène d'internationalisation par ouverture du droit interne aux sources externes est plus ancien aux Etats-Unis qu'en France, ou plus largement en Europe continentale⁵. Ce sont d'autre part des raisons conceptuelles car aux Etats-Unis l'internationalisation du droit renvoie simultanément aux sources internationales et étrangères, alors qu'en France on privilégie les sources internationales, et plus particulièrement européennes : le droit communautaire et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), contrôlés par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Différences historiques

A travers l'universalisme des grandes Déclarations du 18^{ème} siècle, la France comme les Etats-Unis ont préparé l'internationalisation « de façon originaire »⁶, mais cet universalisme est longtemps resté théorique en France, où les juges s'intéressaient peu aux sources externes. En revanche, l'ouverture du droit interne aux sources externes a été très tôt pratiquée par les juges américains, comme le souligne la formule de la Cour suprême des Etats-Unis, célèbre et pourtant peu citée en France : « Le droit international fait partie de notre droit, et doit être reconnu et appliqué par les juridictions appropriées toutes les fois que des questions de droit qui en dépendent sont dûment présentées en vue de leur résolution ». Harold Hongju Koh explique ainsi le lien avec l'histoire des Etats-Unis : « Peut-être, la Cour suggérerait par là que dans un monde interdépendant, les tribunaux américains ne devaient pas rendre des jugements sans montrer un "respect de mise pour les opinions de l'humanité", d'après la phrase mémorable de la Déclaration d'indépendance. Les pères-fondateurs et les premiers Juges avaient compris que la légitimité globale d'une jeune nation dépend essentiellement de la compatibilité de son droit interne avec les normes de l'ordre international dans lequel elle cherche à s'intégrer. La reconnaissance de ces normes semble prudente tout en témoignant d'une véritable ouverture. Aujourd'hui encore, une nation quelconque qui ignorerait délibérément les principes de droit reconnus au niveau mondial, non seulement s'assurerait des frictions constantes avec le reste du monde, mais aussi diminuerait ses possibilités d'invoquer celles des normes internationales qui pourraient servir ses propres objectifs nationaux. »⁷

Aujourd'hui, le constat semble en effet devoir s'étendre à toute nation, sous la double influence de l'universalisme des valeurs proclamé par la Déclaration « universelle » des droits de l'homme et de la globalisation des échanges commerciaux, favorisée notamment par la création de l'OMC. Mais le paradoxe est que cette extension de la dynamique d'ouverture se produit à un moment où apparaît une dynamique inverse de clôture sur le droit américain - des membres du Congrès ont même suggéré que le recours au droit étranger pourrait donner lieu au renvoi (*impeachment*) des juges qui le pratiquent⁸. Contre cette clôture, plusieurs juges, et notamment Stephen Breyer, ont riposté en défendant la pratique de la consultation du droit étranger⁹. Je renvoie au commentaire de Harold Hongju Koh : « Dès le commencement, les tribunaux américains tenaient compte aussi bien du droit international que du droit étranger (les lois et pratiques des autres pays) dans l'interprétation du droit américain. Avec cette

⁵ Il faut en effet mettre à part le dialogue instauré autour du Royaume Uni entre juges de l'ex- Commonwealth.

⁶ Voir E. Jouannet, « Regard d'une internationaliste », *infra* p. 75.

⁷ Harold Koh, « International Law as part of Our Law », *AJIL* 2004.

⁸ Sur les appels à l'*impeachment* et les réponses des juges, voir D. M. Amann, « International Law and Rehnquist-Era reversals », *Georgetown Law Journal*, 94, 2006 : 1319-1346.

⁹ Stephen Breyer, « Une application universelle ? », *Pour une démocratie active*, précité, spécialement p.201s.

tradition historique, les Etats-Unis devraient-ils ignorer aujourd'hui les principes du droit international et les pratiques des autres pays ? Il est remarquable que certains avancent parfois des raisons en ce sens. Une telle approche représenterait pourtant un stupéfiant revirement de l'histoire». Ce revirement de l'histoire fait que nous avons tendance à oublier en France que les Etats-Unis ont pratiqué l'ouverture démocratique à une époque où nous nous refermions sur le seul droit national. Et l'oubli est renforcé par nos différences conceptuelles.

Différences conceptuelles

La première rencontre du réseau « ID », portant sur « Le rôle des juges nationaux dans l'internationalisation du droit », a permis d'illustrer ces différences à propos de trois thèmes : le droit de la concurrence, le principe de laïcité et la peine de mort.

En matière de concurrence, le droit de l'Union européenne fonctionne presque comme un droit fédéral. Comme il n'existe pas de droit mondial de la concurrence, l'internationalisation se fait au niveau français par intégration du droit communautaire. Le droit français a d'ailleurs perdu une part de son autonomie : si le droit sectoriel reste du domaine national, il doit obéir à une réglementation générale de la concurrence organisée à l'échelle européenne supranationale. C'est donc plutôt au niveau européen (celui de la CJCE) que se développent des échanges horizontaux avec la Cour suprême américaine.

Sur le thème de la laïcité, le constat est plus nuancé. D'une part, le droit français s'est en partie inspiré du droit américain (comme le montre la comparaison de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 et du Premier amendement à la Constitution américaine), les juges français connaissant et citant parfois la jurisprudence américaine. Mais, d'autre part, la liberté religieuse se fonde aussi sur l'article 9 de la CESDH, donc sur un instrument juridique hiérarchiquement supérieur au droit français. Une hiérarchie souple car la CEDH admet une importante marge nationale d'appréciation. Olivier Dutheillet de Lamothe rappelle sur ce point que la décision du Conseil constitutionnel du 29 novembre 2004 relative au traité portant Constitution pour l'Europe avait cité dans ses visas l'arrêt *Leyla Sahin c/Turquie* (CEDH 29 juin 2004), soulignant ainsi la compatibilité du principe français de laïcité avec le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Enfin, en ce qui concerne la peine de mort, la différence la plus visible tient au droit national, opposant le maintien de la peine de mort dans de nombreux Etats américains à l'évolution du droit français : au-delà des clivages politiques, l'abolition, promise par François Mitterrand, puis réalisée par Robert Badinter en 1981, est encore renforcée par sa « constitutionnalisation », consacrée à la demande de Jacques Chirac par la loi constitutionnelle du 23 février 2007. Mais le processus d'internationalisation présente aussi une différence : aux Etats-Unis, compte tenu des réserves exprimées lors de la ratification du Pacte ONU interdisant la peine de mort des mineurs, le débat s'est concentré sur les controverses suscitées par l'ouverture d'une partie des juges américains aux pratiques étrangères, y compris celle de la CEDH¹⁰ ; en revanche en Europe, le droit international impose l'abolition, indirectement (CESDH et jurisprudence de la Cour européenne), et directement en cas de ratification des protocoles additionnels 6 et 13 à la CESDH, ou du 2^{ème} protocole additionnel au Pacte ONU sur les droits civils et politiques.

¹⁰ D. M. Amann, « La peine de mort », exposé présenté lors de la première rencontre du réseau « ID » franco-américain, avril 2006

En somme, la comparaison confirme les différences de conception. Du côté américain, le débat sur l'ouverture aux sources externes du droit porte autant sur le droit étranger que sur le droit international. Il est vrai qu'au début de la République américaine les juges ne faisaient pas de séparation stricte entre droit international et droit étranger, en raison des chevauchements entre l'un et l'autre¹¹. C'est pourquoi certaines règles, de nature "transnationale", ne se laissent pas aisément cataloguer dans l'une ou l'autre rubrique (droit étranger ou droit international), d'autant que la coutume, source de droit international, est partiellement formée à partir des pratiques nationales. Encore aujourd'hui, la question du droit international semble passer au deuxième plan dans l'opinion, comme le montre la controverse qui a suivi la décision *Roper*¹². George Bermann souligne d'ailleurs qu'en utilisant l'expression ambiguë de « droit transnational »¹³, la doctrine américaine contribue à affaiblir la distinction. En somme, même si les juges américains tirent parfois argument du droit international, dont le contenu matériel est souvent incorporé au droit américain, l'ordre international conventionnel reste formellement dualiste.

A l'inverse, la France semble privilégier les dispositifs européens d'applicabilité directe. Hélène Ruiz-Fabri souligne à cet égard le risque de voir le droit européen « masquer le droit international pour les juges français »¹⁴. Ce risque existe potentiellement ailleurs, notamment en Amérique latine (avec un rôle semblable du Mercosur et de la Convention interaméricaine des droits de l'homme)¹⁵ mais il est particulièrement sensible en Europe car l'intégration du droit communautaire européen semble correspondre à une conception moniste.

Et pourtant l'applicabilité directe n'impose pas toujours une application uniforme, et le monisme est assoupli pour les directives communautaires comme pour la CESDH, et plus encore pour le droit international à vocation mondiale¹⁶. D'où l'hypothèse qu'en partant de conceptions opposées (dualisme et monisme), nos deux pays finiraient par se rejoindre à travers une internationalisation d'intensité variable, qui renvoie peut-être à l'idée d'un ordre international ni dualiste ni moniste, mais pluraliste.

Avec le pluralisme surgit le spectre de la fragmentation de l'ordre juridique. L'intégration du droit européen est déjà vécue par les pays de *civil law*, en particulier la France, comme « une grenade à fragmentations qui menacerait le for intérieur et l'avenir du droit »¹⁷, pouvant entraîner la désagrégation du droit national. Cette fragmentation ne se limite pas au droit interne. A mesure que se multiplient les espaces juridiques, elle atteint aussi le droit international : pas sous la forme nostalgique d'un ordre international mythique dont l'unité se serait brisée mais comme la manifestation d'un ordre en formation, construit par fragments.

Qu'il s'agisse du droit interne ou du droit international, ces effets de fragmentation, qui convergent vers le juge, appellent une réflexion sur les méthodes qui permettraient de mieux articuler droit interne et international.

¹¹ H. Koh, précité.

¹² See F. Kirgis, "Is Foreign Law International Law?", *ASIL Insight*, 31 Oct. 2005.

¹³ G. A. Bermann, « Le droit comparé et le droit international : alliés ou ennemis ? », *RIDC* 2003. 519.

¹⁴ Hélène Ruiz Fabri, « Propositions pour la prochaine rencontre », intervention lors de la première rencontre du réseau « ID » franco-américain.

¹⁵ V. sur le site du Collège de France, les travaux du réseau « ID » franco-brésilien[

¹⁶ G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, Eloge de la bénévolence des juges », *RSC* 2005. 799 - 817.

¹⁷ Vivian Grosswald Curran, « Regard d'une comparatiste », *infra* p. 69.

II. Complexité des méthodes

L'une des conséquences de l'internationalisation du droit est la « montée en puissance des juges »¹⁸, nationaux et internationaux, stimulés par la concurrence et parfois même émancipés du carcan national. Cela s'observe en Europe où le juge peut - et doit - refuser d'appliquer une loi nationale non conforme au droit européen, y compris au Royaume-Uni (v. le *Human Rights Act* incorporant la CESDH). Les juges se trouvent ainsi en première ligne et c'est à eux qu'il revient de trouver les bonnes méthodes pour organiser l'ouverture du droit national aux sources externes selon que l'internationalisation privilégie les interactions horizontales (interprétation à la lumière du droit étranger) ou verticales (intégration du droit international, régional ou mondial)¹⁹.

Interactions horizontales

Quand il s'agit d'interpréter le droit interne à la lumière d'exemples étrangers, non pas imposés mais spontanément choisis, la méthode repose principalement sur les conditions d'ouverture aux sources externes et le choix de telle source plutôt que telle autre. Les juges sont amenés à expliciter leurs critères pour éviter les critiques sur le manque de transparence et de rigueur²⁰. A cet égard, les critères dégagés par les juges américains, assez proches de ceux que pratiquent les juges français quand ils se réfèrent à des droits étrangers, posent un cadre, certes vague mais au moins liminaire. On y trouve notamment : l'appartenance à la même famille juridique et culturelle (*common law* ou *civil law*) ; la transposition de l'expérience empirique à la lumière de circonstances comparables ; la référence à des standards communs, qui sont éclairés par les évolutions observées à l'étranger. Mais de tels critères ne suffisent pas quand l'internationalisation du droit est imposée par le droit international à travers des processus hiérarchiques d'interaction verticale.

Interactions verticales

Telle que nous l'avons observée en France, l'intégration du droit international obéit à des degrés de contrainte variables : si la contrainte est forte dans certains domaines du droit communautaire, elle est assouplie lorsque le droit international tolère une « marge nationale d'appréciation » qui laisse aux Etats la possibilité d'adapter le droit international au contexte national - juridique mais aussi culturel, politique, économique. La formule a été inventée par les juges de la Cour européenne des droits de l'homme qui, sans doute pour faire mieux accepter leur contrôle, substituent ainsi le pluralisme à l'uniformité ; mais ils contrôlent et censurent les dépassements de la marge. Ici encore la question des critères qui déterminent l'existence de la marge et son ampleur est essentielle, qu'il s'agisse de la convergence des systèmes nationaux sous un dénominateur commun ou de la nature absolue ou relative du principe appliqué²¹.

Du point de vue du juge interne, et notamment du juge constitutionnel, cette notion de marge nationale préserve une possibilité de résistance à l'intégration au nom des valeurs

¹⁸ M. Delmas-Marty, *La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, pp. 41-67.

¹⁹ G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales », précité.

²⁰ D. Amann, intervention lors de la première rencontre du réseau « ID » franco-américain, avril 2006

²¹ Sur la notion de marge nationale, M. Delmas-Marty et ML Izorches, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC* 2000. 753 ; F. Tulkens, *RSC* 2006. 36-24 ; ML Izorches *RSC* 2006. 25-34.

nationales, et cette résistance est transposable en droit communautaire. Citant la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 (Loi pour la confiance dans l'économie numérique), Olivier Dutheillet de Lamothe montre comment les juges avaient intégré le droit communautaire dérivé des traités, mais réservé l'hypothèse, sans doute assez rare, où la loi transposant une directive européenne serait contraire à des dispositions constitutionnelles²².

Grâce aux méthodes d'interprétation imaginées par les juges, on voit que l'internationalisation n'obéit pas à une opposition binaire entre autonomie et intégration mais se réalise par un ensemble de processus - horizontaux (coordination entre pratiques nationales), mixtes (harmonisation avec marge nationale) et verticaux (unification sans marge) - qui combinent le droit international et le droit étranger pour esquisser une sorte de « pluralisme ordonné ».²³

III. Internationalisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit international

Ce thème, choisi pour la seconde rencontre du Réseau, a permis d'approfondir la question du rôle des juges, en centrant la réflexion sur les pratiques et les méthodes des cours constitutionnelles et européenne.

Pratiques

Du côté américain, les deux décisions choisies semblent marquer une évolution de la Cour suprême dans l'intégration du droit international :²⁴ dans l'affaire *Hamdan*, même si la Cour ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité directe des conventions de Genève, elle les a intégrées à son raisonnement à travers l'interprétation du Code de justice militaire américain et une note indique que plusieurs juges seraient favorables à l'applicabilité directe ; quant à l'affaire *Sanchez-Llamas*, même si la question de l'applicabilité directe de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (en cas de procès pour un crime capital) a été laissée sans réponse par la cour, Stephen Breyer, dans son opinion dissidente soutenue par trois juges, considère que la convention est d'applicabilité directe.

Du côté européen, les décisions constitutionnelles française et espagnole sont relatives au traité établissant une « constitution pour l'Europe »²⁵, mais le mot « constitution » ne doit pas faire illusion : si le principe de la primauté du droit communautaire est admis par les deux cours (art. I-6), c'est à la lumière de l'article I-5 selon lequel l'Union respecte l'identité nationale des Etats-membres « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ». La primauté du droit communautaire est admise, mais en même temps (même si la logique cartésienne doit en souffrir) la Constitution « garde sa place au sommet

²² V. *infra*, p. 48. - Adde CC 26 juillet 2006 (Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins...) et Conseil d'Etat, *Société Arcelor*, n° 287110, 8 févr. 2007, Conclusions Matthias Guyomar.

²³ M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006; également *Towards a Truly Common Law*, Cambridge University Press, 2002.

²⁴ *Hamdan c/ Rumsfeld*, 126 S.Ct. 2749 (2006); *Sanchez-Llamas c/ Oregon*, 126 S.Ct. 2669 (2006). V. *infra* p. 29.

²⁵ Conseil constitutionnel français (Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004) et Tribunal constitutionnel espagnol (D.T.C. 1/2004, 13 décembre 2004).

de l'ordre juridique interne » car « l'Europe n'est pas une construction fédérale »²⁶. En d'autres termes, « l'imbrication de deux ordres juridiques n'implique pas leur totale fusion »²⁷.

Enfin nous observerons comment la CJCE semble pratiquer la clôture du système européen à l'égard du droit international mondial (affaire *Mox* concernant la CJCE et le Tribunal international du droit de la mer²⁸). Cette conception fait ressortir un apparent paradoxe : l'Europe s'est construite sur la base de traités qui excluent l'application du droit international dans les relations entre ses membres, mais elle revendique pourtant son application dans les relations avec les tiers²⁹. En ce sens la constitutionnalisation du droit européen pourrait sembler à contre-sens de l'internationalisation du droit constitutionnel.

Méthodes

Il s'agit d'évoquer ici les techniques de proportionnalité et de *balancing* qui permettent de distribuer les compétences et de concilier des valeurs apparemment contradictoires et pourraient ainsi contribuer à articuler entre eux les différents systèmes juridiques, nationaux et internationaux. Malgré un certain universalisme de ces méthodes, reste la question du relativisme des résultats. D'où le lien avec l'internationalisation, car proportionnalité et *balancing* semblent à première vue mieux adaptés aux interactions horizontales qu'aux interactions verticales. Toutefois la proportionnalité peut encore s'appliquer quand la hiérarchie est assouplie par une marge nationale qui permet à chaque Etat de déterminer le meilleur équilibre. Ainsi en est-il en Europe, par exemple, de l'opposition entre les principes de sécurité et de liberté, étant observé que chacun de ces principes admet des limitations.

En revanche il n'est pas sûr que la proportionnalité permette de résoudre l'éventuel conflit entre droit interne et droit international quand ce dernier impose une stricte conformité du droit national à un principe « indérogeable » (par exemple l'interdiction de la torture) qui n'admet aucune limitation et exclut toute marge nationale d'appréciation. Sur ce point, les visions française et américaine actuelles ne coïncident sans doute pas.

Il n'en reste pas moins que nous avons l'espoir de contribuer à imaginer comment les Etats-Unis et la France pourraient associer leurs efforts pour construire ensemble un ordre mondial ouvert et pluraliste.

New York City, 2007

²⁶ Olivier Dutheillet de Lamothe, « Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire », in *Mélanges Puissechet*, 2007

²⁷ Conclusions M. Guyomar, CE, précité, 8 févr. 2007, *Société Arcelor*.

²⁸ Affaire *Commission c/ Irlande*, CJCE, C-459/03, 30 mai 2006, JO C-165 du 15.07. 2006, p.2. V. *infra* p. 58 l'analyse d'Hélène Ruiz Fabri.

²⁹ Hélène Ruiz Fabri, *infra* p. 58.

Première partie

Grandes affaires de l'internationalisation du droit

A. Les échanges entre traditions nationales

Paris, 2006

1. Le droit de la concurrence

L'affaire Microsoft, laboratoire d'un contentieux croisé euro-américain

par Guy Canivet

Pour lancer le débat sur le rôle du juge national comme juge international dans le champ du droit économique, et spécialement du droit du marché, à l'occasion d'une rencontre franco-américaine, il nous a semblé intéressant de dresser un parallèle entre les traitements respectifs de l'affaire Microsoft en Europe et aux Etats-Unis. L'affaire elle-même est emblématique ; elle illustre la globalisation des économies du fait de la dimension mondiale de certains opérateurs. Les pratiques de la firme de Bill Gates dans le secteur de l'informatique intéressent le monde entier, donc les autorités de la concurrence de l'ensemble des pays, en particulier, tout autant les instances américaines que leurs homologues européens, dès lors que dans chacun de leurs espaces territoriaux, sur les marchés de ce secteur, le même opérateur est présent et dominant. Quoique les pratiques examinées d'un côté et de l'autre de l'Atlantique ne soient pas strictement identiques, d'un certain point de vue l'affaire est transnationale.

Il est intéressant de noter que la différence des pratiques retenues dans chacun des systèmes résulte d'un choix stratégique des autorités européennes dans le respect de l'accord de coopération conclu avec les Etats-Unis³⁰. Il y a donc eu, dans ces affaires, au moins tacitement, une répartition des rôles dictée par des accords internationaux, ce qui renforce évidemment l'hypothèse de l'internationalisation par la coordination de l'action des autorités. Le cas est encore significatif parce qu'il se rapporte au droit de la concurrence, qui peut avoir une vocation à l'universalité en ce qui concerne ses fondements théoriques. Ces fondements appartiennent à la science économique : « *la science économique a vocation à être une, c'est-à-dire applicable dans divers contextes nationaux particuliers sans pour autant perdre son universalité* »³¹. Ainsi, matériellement distinct et prenant place dans un ordonnancement juridique propre à chaque système de droit, le droit de la concurrence, malgré ses particularités nationales, repose sur les mêmes concepts économiques, qui sont d'une certaine façon sans nationalité, « apatrides » ou « cosmopolites » - ce que le professeur Gérard Farjat traduit par le terme de droit « a-national ». Ceci a nécessairement une grande influence sur ses méthodes d'interprétation, largement finalistes. Le cas illustre comment, sans être international au sens classique, un principe de droit présente un caractère opératoire universel. Classiquement, enfin, au regard de la technique comparative, le cas Microsoft est exemplaire parce qu'il permet d'observer, pas à pas, le cheminement de deux procédures similaires, des

³⁰ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en oeuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (Journal officiel n° L 173 du 18.06.1998).

³¹ Pierre Larouche, *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*.

deux côtés de l'Atlantique, et donc de mettre en évidence à la fois les convergences et les divergences entre les systèmes de droit, les organes et les habitudes de mise en œuvre.

Des procédures achevées

Les affaires Microsoft aux Etats-Unis

En raison des multiples actions publiques et privées engagées contre la firme à partir des années 1990, Microsoft intéressa les autorités américaines de la concurrence, ce qui provoqua la première enquête de la Federal Trade Commission (FTC). A partir de cette époque, les plaintes se sont multipliées, tant à l'initiative du Department of Justice (DOJ) du gouvernement fédéral que des « avocats généraux » (*general attorneys*) des Etats fédérés et des parties privées. L'enchevêtrement de ces procédures rend difficile la présentation d'un panorama complet des multiples contentieux engagés³². Sur les actions privées, Microsoft transigea en s'obligeant à verser des indemnités qui, même si elles ont dépassé plusieurs centaines de millions de dollars, ne l'ont pas conduite à modifier substantiellement ses pratiques. Cela permet de nuancer considérablement les appréciations élogieuses, et parfois envieuses, portées sur le rôle du « private enforcement » américain dans la lutte antitrust alors que l'Europe rencontrerait de réelles difficultés à mettre en œuvre le droit de la concurrence dans les Etats membres du fait de la faiblesse de l'appareil juridictionnel. En réalité, la mise en œuvre efficiente du droit de la concurrence par les juridictions dans des instances introduites par les opérateurs est relative en cas de différence importante de pouvoir économique, et ce, même aux Etats-Unis.

Peut-on dire que, dans ces affaires, en raison même de la puissance de la firme en cause, l'application du droit antitrust américain par les autorités publiques a également montré ses limites ? Dans la première procédure (Microsoft I, 1994), Le DOJ reprochait à la firme de maintenir son monopole dans les logiciels de système d'exploitation par le biais de ses contrats de licence et de ses contrats de développement de logiciels. Ces poursuites aboutirent à un « consent decree »³³. Puis, dans une seconde procédure (Microsoft II, 1997), le DOJ accusa l'opérateur d'avoir violé l'un de ses engagements du « consent decree » à propos de l'intégration technologique de son logiciel de navigation, Internet explorer, dans son logiciel d'exploitation, Windows. Mais la Cour d'appel du District de Columbia considéra que l'engagement pris par Microsoft n'était pas assez clair pour que le DOJ puisse caractériser une violation³⁴. En 2000, Le DOJ reprit ses poursuites auxquelles s'ajoutèrent celles de vingt Etats fédérés. Dans cette nouvelle affaire, (Microsoft III), il était fait grief à l'entreprise de renforcer son monopole, non par la qualité et la supériorité de son système d'exploitation Windows, mais par la dissuasion et l'éviction. Le juge Jackson se prononça sur ces affaires en deux temps. Sur les poursuites³⁵, il constata l'existence d'infractions sur deux fondements : 1°) Au regard de la Section 1 du Sherman Act, la vente liée d'Internet Explorer avec le système d'exploitation Windows, 2°) Au regard de la Section 2, à la fois le maintien de monopolisation sur le marché des systèmes d'exploitation des ordinateurs personnels et la tentative de monopolisation sur le marché des logiciels de navigation. En ce qui concerne la

³² W. S. Grimes, *The Microsoft Litigation and Federalism in US Antitrust Enforcement : Implications for International Competition*, in *The Future of Transnational Antitrust, from Comparative to Common Competition Law* (eds J. Drexler) Kluwer Law International 2003, p. 237.

³³ *United States v. Microsoft*, 56.3d 1448, D.C.Cir.1995

³⁴ *United States v. Microsoft* 147 F.3d 935, D.C.Cir.1998

³⁵ *United States v. Microsoft*, 87 F. Suppl. 2d30, D.D.cir. 2000.

sanction³⁶, le juge ordonna la scission de Microsoft en deux entités : l'une pour les systèmes opératoires d'ordinateurs personnels, l'autre pour l'ensemble des autres logiciels d'applications. Mais au stade de l'appel, l'affaire prit un autre tournant³⁷. En juin 2001, la Cour d'appel pour le District de Columbia réforma le jugement de 2000³⁸. Sur le fondement de la section 1, elle reprocha au juge Jackson d'avoir considéré la vente liée comme une infraction *per se*, alors qu'il apparaissait plus prudent, dans un secteur technologique émergent, de la soumettre à la règle de raison. La Cour faisait ainsi valoir que des effets pro-concurrentiels semblaient exister : l'argument de Microsoft était de présenter Windows et Internet explorer comme un seul produit intégré, pour le plus grand avantage du consommateur en termes de prix et de confort d'utilisation. Sur le fondement de la section 2, elle admit que Microsoft était coupable de maintien de monopolisation, mais la condamnation prononcée de ce chef fut annulée. L'affaire était donc renvoyée devant un autre juge. Le DOJ préféra alors renoncer aux poursuites et s'orienter vers une transaction. Neuf Etats se désolidarisèrent de cette initiative. Mais, dès 2002, en application du Tunney Act, l'accord fut examiné sous l'angle de la sauvegarde de l'intérêt public et a été jugé conforme³⁹. Les critiques sur l'issue de l'affaire sont d'autant plus sévères que le suivi des engagements de Microsoft, pris sur cinq ans, s'avère peu convaincant. Les mesures correctives retenues ne contraignent pas Microsoft à adopter fondamentalement une autre stratégie de développement et il était prévisible que de nouvelles pratiques d'éviction réapparaissent avec le remplacement de Windows par Vista et d'Internet explorer par IE7. De sorte que certains auteurs se sont interrogés sur l'incidence de l'alternance politique sur le sort de l'affaire et même sur l'aptitude des autorités antitrust américaines à faire cesser des pratiques mises en œuvre par un opérateur aussi puissant. Cette dernière appréciation serait alors de nature à modifier les rapports entre les autorités américaines et celles des autres grands systèmes de contrôle anti-trust, comme le système européen.

L'affaire Microsoft en Europe

L'Europe s'est d'abord montrée attentiste au début des années 1990 malgré les plaintes dont la commission était saisie. Sur la base de l'accord de coopération qui la liait au DOJ, la Commission européenne a donc renoncé à poursuivre Microsoft. Elle changea d'attitude en 1998, à l'occasion d'une nouvelle plainte. Après le constat, par le DOJ, de la violation des engagements pris par Microsoft dans le premier « consent decree » (Microsoft I) et le refus du juge de retenir cette violation en raison d'une rédaction trop floue desdits engagements (Microsoft II), et bien qu'une nouvelle procédure fût engagée simultanément (Microsoft III), la Commission européenne lança sa propre action. Toutefois, les faits retenus en Europe furent différents de ceux pour lesquels Microsoft a été poursuivi aux Etats-Unis. Cela s'explique par un choix délibéré de ne pas heurter l'accord de coopération qui les lie⁴⁰. Cette procédure a abouti en 2004 à la condamnation de Microsoft par la Commission pour

³⁶ *United States v. Microsoft*, 97 F. Suppl. 2d D. D. Cir 2000.

³⁷ Pour une opinion française sur les raisons du changement d'attitude à l'égard de la firme en cause, voir F. Souty, Les évolutions politiques dans l'application du droit antitrust par l'administration Bush (2001-2005), *Concurrences* 2005- 4, p. 26 et s.

³⁸ *Microsoft III*, 253 F. 3d 34,85, D.C. Cir.2001.

³⁹ Final Judgment, novembre 2002, *United States v. Microsoft Corp.*, 231 F, Suppl. 2d 144 D.D.C. 2002. Pour une vive critique, cf J. J. Flynn & D. Bush, *The Misuse and Abuse of the Tunney Act: the Adverse Consequences of the Microsoft Fallacies*, 34 *Loy. U. Ch. L. J.* 749 (2003).

⁴⁰ Accord entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant la mise en oeuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence (Journal officiel n° L 173 du 18.06.1998).

deux abus de position dominante : le refus de fournir des informations permettant l'interopérabilité de Windows et la vente liée de Windows avec WMP⁴¹.

Si, pour Microsoft, le montant des amendes était supportable (450 millions d'euros), l'étaient beaucoup moins les injonctions de faire portant sur la communication des éléments d'interface et le découplage de l'offre de Windows et de Windows Media Player. C'est pourquoi la firme a introduit, parallèlement à son recours au fond, une demande en référé en vue d'un sursis à exécution de la décision de la Commission. Le Président du Tribunal de première instance rejeta cette demande⁴², faute pour Microsoft d'établir l'urgence à faire suspendre de chacune des mesures correctives, tant du point de vue de la gravité que du caractère irréversible du préjudice allégué. Microsoft devait donc se soumettre au contrôle d'un mandataire chargé de vérifier comment elle se conformait aux deux injonctions : fournir, dans un délai de 120 jours, une documentation utile et à prix raisonnable sur les interfaces de Windows de manière à permettre l'interopérabilité avec les logiciels pour serveurs de groupe de travail et proposer, dans un délai de 90 jours, une version de Windows découplée du lecteur multimédia WMP. L'inertie de la firme sanctionnée en matière d'interopérabilité conduisit la Commission à adopter plusieurs décisions en application de l'article 24-2 du règlement n°1/2003. Ainsi, elle a décidé en 2005 que Microsoft serait exposé à une astreinte journalière de deux millions s'il s'avérait que l'entreprise n'a pas satisfait aux exigences d'informations utiles à un prix raisonnable au 15 décembre 2005. Puis, en 2006, la Commission fixa un montant définitif d'astreinte de 280 millions d'euros pour la période allant du 16 décembre 2005 au 20 juin 2006 et elle ajouta, au regard de la détérioration continue de la structure du marché et du risque d'irréversibilité, une astreinte journalière de 3 millions d'euros à compter du 31 juillet 2006. Une nouvelle communication des griefs a été adressée à Microsoft le 1^{er} mars 2007 tandis que le recours de Microsoft fut rejeté par le TPICE qui annula toutefois la nomination du mandataire désigné pour assurer l'exécution des injonctions⁴³.

Problématique identique, solutions opposées

Ce bref rappel étant fait, il reste à mettre en évidence en quoi les approches que les Etats-Unis et l'Europe ont adoptées dans cette affaire diffèrent du point de vue du droit applicable, des pratiques examinées de part et d'autre, des solutions retenues, des raisons de divergences, des différences problématiques et du point de vue de la théorie économique. Ce qui permettra enfin d'apprécier les points caractéristiques de l'internationalisation du droit de la concurrence par la pratique des autorités et juges de la concurrence.

D'abord, à l'évidence, aux Etats-Unis et en Europe, on part d'un *droit matériel voisin mais distinct* : La section 2 du Sherman Act prévoit que toute personne qui monopolisera, tentera de monopoliser, ou participera à une association ou à une entente avec une ou plusieurs personnes, en vue de monopoliser une partie des échanges ou du commerce entre les différents Etats de l'Union, sera considérée coupable d'un délit. De son côté, l'article 82 du traité CE prohibe le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Le

⁴¹ Déc. Comm., 24 mars 2004, COMP/C-3/37.792, C. Prieto, Concurrences 2004-1, p. 57.

⁴² Ord. Prés., 22 décembre 2004, T-201/04R, C. Prieto, Revue des Affaires Européennes, 2004/4, p. 705.

⁴³ TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, Microsoft / Commission. Concurrences 2007-4, C. Prieto sur les notions d'abus ; F. Zivy, sur l'annulation partielle de la décision à propos de la mission d'un mandataire investi d'un rôle pro-actif dans la mise en œuvre des mesures correctives par Microsoft.

monopole, sa poursuite, est, en soi, l'ennemi du point de vue du droit de la concurrence américain, sauf exceptions liées au monopole naturel, et le point est crucial dans l'affaire Microsoft, lorsque la situation de monopole est le fruit d'innovations technologiques élaborées par une entreprise performante. Côté européen, c'est l'abus qui est visé et non la position dominante, ce qui entraîne des responsabilités particulières pour l'opérateur dominant.

Les *pratiques* retenues de part et d'autre sont sensiblement différentes. Aux Etats-Unis, ont été examinées les pratiques de Microsoft visant à pérenniser sa mainmise sur les systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels, avec son logiciel Windows et étendre son monopole au marché des logiciels de navigation au détriment des concepteurs de logiciels concurrents d'Internet explorer. En Europe, on s'est intéressé aux pratiques visant, d'une part, à entraver l'accès au marché aux concepteurs de serveurs de groupe de travail en refusant l'interopérabilité avec son système d'exploitation Windows, d'autre part, à étendre son monopole en liant la vente de Windows avec Windows Media Player, au détriment des autres concepteurs de logiciel lecteur multimédia. Néanmoins, les pratiques sont similaires dans la mesure où il s'agit toujours d'évincer les concurrents sur des marchés en aval du quasi monopole de fait détenu, grâce à Windows, sur le marché en amont des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels.

Dans les deux systèmes le grief est similaire : c'est la vente liée, même si elle porte sur des services différents. Mais, si la problématique est la même, les solutions sont opposées : Absence de condamnation aux Etats-Unis, condamnation en Europe. Au-delà, on relève qu'aux Etats-Unis, les trois types d'action ont tourné court, aussi bien celles engagées par le DOJ, celles provenant des Etats que celles introduites devant les juridictions par des parties privées. En Europe, aucun des opérateurs n'eut l'idée de saisir directement des juridictions, ce qui montre la faiblesse du *private enforcement* dans notre système. On constate enfin, que pour échapper aux plaintes aux Etats-Unis, Microsoft a utilisé les procédures de transaction, ce que, semble-t-il, la firme n'a pas même tenté en Europe.

Des raisons empiriques conduisent à des résultats différents sur la question de la définition des marchés pertinents - et de l'évaluation des barrières à l'entrée, encore que sur ce point il suffise de rappeler que les produits visés des deux côtés de l'Atlantique étaient différents. Le point essentiel de divergence entre les deux groupes de décisions porte sur la vision de l'intérêt à court et long terme du consommateur. La Cour américaine a, d'une certaine façon, validé la thèse de Microsoft selon laquelle le lien entre le système d'exploitation et le système de navigation était favorable au consommateur du point de vue du prix et de la facilité d'utilisation. Tandis que la Commission retient que ce qui compte pour le consommateur, c'est l'innovation technologique qui permettra de lui proposer de nouveaux produits de qualité, et que l'impossibilité qui résulte pour les concurrents d'arriver à proposer leurs propres produits en raison de la fermeture du marché résultant de la pratique de la vente liée du système d'exploitation et du lecteur de multimédia conduira à réduire l'incitation à l'innovation. On voit là que le rapport au temps, au prix et à la qualité n'est pas le même : en schématisant beaucoup, on peut dire que ce qui importe pour le côté américain est d'avoir un produit facile d'utilisation, peu cher et immédiatement disponible. En Europe, il importe en revanche de garantir à moyen ou long terme l'apparition de nouveaux produits et/ou de produits plus performants. L'originalité du droit européen de la concurrence consisterait à ne pas occulter les mérites des concurrents au détriment du bien-être du consommateur et de l'incitation à une innovation continue. A cette fin, les entreprises dominantes voient peser sur elles une responsabilité particulière: elles ne doivent pas priver le consommateur de sa

fonction économique, à savoir l'arbitrage entre les mérites de concurrents. L'affaire Microsoft permettrait donc de souligner que l'intérêt du consommateur, d'une part, réside dans un processus d'innovation continue et dans une offre diversifiée et, d'autre part, dépasse la perception illusoire d'une commodité d'usage et d'une gratuité d'accès. Le critère du nouveau produit est d'ailleurs déterminant dans l'approche de la Cour de justice telle qu'énoncée dans l'arrêt *IMS Health* (repris et complété par le TPICE dans l'affaire Microsoft) : ce n'est que parce que le refus de licence empêche la possibilité de mettre sur le marché un nouveau produit qu'il faut faire céder le droit de propriété intellectuelle et obliger l'opérateur dominant à la concession d'une licence. Il existe donc en Europe une sensibilité particulière à la notion de concurrence par les mérites.

Des modèles divergents ?

Dans cette mesure, les travaux du réseau ID devraient permettre d'approfondir l'analyse des différences d'approche que met en évidence ce cas tant en ce qui concerne le refus de fournir un accès à une infrastructure ou de délivrer une licence – il faut d'ailleurs croire que ces différences sont confirmées par les décisions *Trinko* coté américain⁴⁴ et *IMS* côté européen⁴⁵). La question mérite en effet d'être posée sous l'angle de la tradition nationale et de l'arrière-plan politique à l'œuvre dans les décisions en cause. Des commentateurs avisés comme le professeur Barry Hawk ont évoqué cet aspect des choses dans la comparaison des pratiques américaines et européennes en droit de la concurrence.

Contexte historique

Serait d'abord à examiner le contexte historique préexistant au Sherman Act dans un cas, au traité de Rome de l'autre. On se bornera à relever que l'avance de l'analyse économique et conceptuelle du droit antitrust américain est incontestable. Les autorités de ce pays ont indéniablement conçu le droit antitrust. Leur cadre conceptuel, leur expérience de

⁴⁴ Sur un litige ayant opposé les opérateurs entre eux quant aux conditions d'accès aux réseaux (problème d'interconnexion pour les communications longue distance), la plainte a été instruite par les régulateurs sectoriels, en l'espèce une commission new-yorkaise du service public, et l'agence fédérale pour les télécommunications qui ont imposé à un opérateur des sanctions financières ainsi que des injonctions. Des consommateurs ont alors soutenu que le comportement en cause était également constitutif d'une pratique anticoncurrentielle violant le Sherman act. La Cour suprême a décidé dans cette affaire que la violation des obligations résultant de la loi sur les télécommunications (l'obligation de partager le réseau avec les concurrents) n'était pas nécessairement anticoncurrentielle : la Cour a notamment énoncé que la loi de 1996 n'avait pas d'effet sur l'application des principes traditionnels de l'antitrust. Sur le concept de facilité essentielle proprement dit, la Cour a notamment relevé (ce qui a été repris peu ou prou par la Cour de cassation en filigrane dans son arrêt sur les messageries de presse) que pour invoquer la doctrine sur les facilités essentielles, il faut qu'il n'y ait accès possible ou équivalent à ces facilités. Sur les rapports entre régulation et droit de la concurrence, la Cour suprême a estimé que lorsqu'il existe une structure de régulation désignée pour dissuader les comportements anticoncurrentiels et y apporter des remèdes, le bénéfice complémentaire qui serait apporté par l'application additionnelle du droit de la concurrence « classique » serait mince. En simplifiant, on peut dire que la Cour insiste sur la technicité nécessaire au cas d'espèce pour apprécier le comportement des opérateurs et qui serait hors de portée des cours chargées de l'antitrust et estime donc que seule la régulation sectorielle doit s'appliquer.

⁴⁵ La société IMS Heath collecte des données sur la vente des produits pharmaceutiques des grossistes aux pharmaciens et les rassemble dans une base de données organisée appelée brick structure. A la suite d'un procès engagé par IMS pour violation de ses droits d'auteur du fait de l'utilisation du modèle protégé de la brick structure, une plainte devant la Commission a débouché sur une injonction faite à IMS de conférer aux concurrents une licence d'utilisation de la brick structure. Parallèlement, une question préjudicielle a été posée à la CJCE. Elle s'est prononcée le 29 avril 2004 en reprenant les considérants de l'affaire Magill sur les conditions exceptionnelles qui justifient l'obligation d'accorder une licence.

mise en œuvre et leur constante inventivité, comme le cadre théorique des Ecoles de Chicago et Harvard ont considérablement influencé le droit européen de la concurrence. C'est encore aux Etats-Unis, au début des années 1990, qu'a été exploitée la théorie économique des jeux pour dégager l'instrument de la clémence et obtenir des résultats sans précédent dans la lutte contre les cartels, à l'origine de préjudices collectifs considérables. L'efficacité à moindre coût du procédé a assuré son adoption dans la plupart des systèmes antitrust et a largement inspiré le système européen.

Comme le relève Catherine Priéto, c'est à partir du modèle américain, mais en s'en distinguant, que s'est affirmée la culture européenne de concurrence. Les Pères fondateurs de l'Union européenne, dit-elle, *« ont eu la perspicacité d'emprunter le droit américain de l'antitrust comme gage d'un processus permanent d'assainissement et de vitalité des marchés. Mais ils ont inscrit ce modèle dans une construction d'ensemble, en l'instrumentalisant au service d'une économie sociale de marché et d'un effort spécifique pour décloisonner les marchés nationaux. Le travail d'acculturation est passé par une appropriation selon des finalités propres, mais aussi par une adhésion à des valeurs originelles qui s'avèrent quelque peu édulcorées, au fil du temps, aux Etats-Unis mêmes »*. L'abus de position dominante se prête tout particulièrement à des prises de position distinctes de la part des Européens. La doctrine américaine adopte à cet égard une position de retrait, estimant que les pratiques unilatérales doivent être traitées avec prudence car l'antitrust pourrait être plus nocif que bénéfique en termes d'efficacité économique. Leurs réserves s'expriment prioritairement dans la confrontation de l'antitrust avec la propriété intellectuelle. Une domination comme celle de Microsoft dans le secteur des logiciels est alors un cas topique de la différence d'approche entre les deux systèmes. En 1996, la firme disposait, avec son système Windows, de plus de 90% des parts sur le marché des systèmes d'exploitation pour les ordinateurs personnels à technologie Intel. Le traitement contrasté, de part et d'autre de l'Atlantique, des pratiques d'éviction de Microsoft marque le point de divergence des deux politiques.

Objectifs politiques

Du point de vue du droit antitrust américain, le cas Microsoft montre la préférence supposée des juridictions américaines pour une concurrence « dure », sur l'attachement à l'objectif d'efficacité, la croyance dans les tendances auto-correctrices du marché, la réticence quant à l'efficacité d'une intervention gouvernementale en matière d'anti-trust, toutes considérations qui seraient ainsi sous-jacentes dans les décisions américaines précitées. Sur ce dernier point, l'affirmation de la Cour suprême dans la décision *Trinko* selon laquelle *« aucune juridiction ne devrait imposer un devoir de conclure qu'elle ne peut pas expliquer ou surveiller de manière adéquate et raisonnable. Le problème devrait être considéré comme irrémédiable au regard de la réglementation sur la concurrence lorsque l'accès forcé aux moyens de production exige que la juridiction assume les contrôles quotidiens caractéristiques d'une autorité de régulation »* est exemplaire même si la deuxième phrase se comprend tout particulièrement dans le contexte factuel de l'affaire qui concernait le secteur des télécommunications où il existe une autorité sectorielle de régulation. Du côté européen, le cas retenu permet d'analyser l'influence de l'objectif d'intégration des marchés qui fait du droit de la concurrence un instrument de cet objectif avec consécutivement une interprétation finaliste du traité. Le rôle des autres objectifs de la construction européenne, notamment au plan social, doit également être discuté pour éventuellement restreindre le champ d'application du droit de la concurrence « classique » ; c'est toute la discussion sur les services collectifs.

Doctrine économique

La comparaison des réponses américaine et européenne au défi posé par la domination de Microsoft conduit à étudier, que ce soit du côté américain ou du côté européen, comment la différence d'approche naît des conflits doctrinaux en matière économique : pour simplifier, l'école d'Harvard, insistant sur la structure des marchés, contre celle de Chicago, tournée vers l'efficacité, ont aussi une influence sur les différences de réponses des systèmes judiciaires aux mêmes questions. Certains auteurs montrent aussi en quoi il y aurait en Europe une école économique originale par rapport à la pensée américaine et qui aurait influé sur la sanction infligée à Microsoft.

Plus spécifiquement, l'affaire Microsoft met en lumière le dilemme existant entre deux inconvénients du droit antitrust - «*false negative*» et «*false positive*», et les réponses différentes que les systèmes américains et européens lui apportent. Prenant position, la Commission européenne avait envisagé d'établir des lignes directrices sur l'application de l'article 82 CE tandis que les autorités américaines se sont jusqu'alors gardées d'explicitier par des Guidelines la pratique de mise en œuvre de la Section 2 du Sherman Act. Leur position est marquée par la prudence en raison de la «non-robustesse» des tests d'analyse économique pour l'appréciation des pratiques unilatérales. Optant sous l'influence de l'Ecole de Chicago pour ce qui leur semble être le moindre inconvénient, elles estiment que le pire serait de décourager des pratiques pro-compétitives d'entreprises efficaces «*false negative*». De leur point de vue, il est moins dommageable de laisser se poursuivre des pratiques réellement anticoncurrentielles «*false positive*». Se pose alors la question de l'imputation des risques d'une mauvaise mise en œuvre du droit antitrust: les victimes, à savoir non seulement les concurrents évincés mais aussi les consommateurs dans leur globalité, ou l'entreprise détentrice d'un monopole ? L'affaire *Microsoft* montre qu'à l'opposé, la Commission européenne penche pour une politique active, quitte à ce que cette dernière soit affinée en étant d'une part plus attentive à l'analyse économique par les effets (par opposition à une analyse d'interdictions *per se* - moyennant des grilles d'analyse proches d'une règle de raison structurée) et en permettant d'autre part aux entreprises dominantes de rapporter la preuve contraire de ces présomptions par la voie de justifications objectives ou encore d'efficacité économique.

Conflits de norme

D'autres questions sont à l'œuvre dans la démarche comparative, au travers plus spécialement des cas *Trinko* et *IMS* : comment s'organise le conflit de normes entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation dans l'affaire *Trinko*, entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle dans *IMS* transposé par la Commission dans l'affaire *Microsoft*. Il est assez évident que réapparaît ici la question des considérations « politiques » et des valeurs ou objectifs qu'il s'agit de faire primer les uns sur les autres. Pierre Larouche explore précisément la question en comparant les décisions *Trinko* de la Cour suprême des Etats-Unis et *Deutsche Telekom* de la Commission européenne ; il explique les différences d'approche par le cadre légal : dans la décision *Trinko*, la Cour suprême a considéré que le droit de la régulation des télécommunications incluait une dimension antitrust. Tandis que, selon le droit communautaire, dans l'affaire *Deutsche Telekom*, la Commission ne pouvait que conclure que le droit de la concurrence est applicable même si le droit de la régulation concernant le secteur a été appliqué au préalable.

Il est sans doute plus difficile pour trouver équilibres et articulations, entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle. En l'espèce, la confrontation des deux branches du droit était pleine et entière. Comme le droit antitrust et le droit de la propriété intellectuelle œuvrent tous deux, dans une logique de marché, pour une bonne allocation des richesses, la question n'est donc pas de savoir si une conciliation est opportune, mais plutôt d'en dégager les modalités. Faisant application de la jurisprudence Magill de 1995 et IMS Health de 2004, la Commission a estimé que les conditions auxquelles le refus d'accès à certains droits de propriété intellectuelle dérivait en abus étaient réunies⁴⁶. Elle a estimé qu'en refusant l'interopérabilité, Microsoft décourageait un processus continu de l'innovation, notamment par le perfectionnement des produits et empêchait ses concurrents de faire valoir leurs mérites, en termes de qualité, de produits préexistants au sien, privant ainsi le consommateur d'une offre diversifiée.

Internationalisation du juge

Comment « l'internationalisation » du juge dans ces catégories d'affaires s'opère-t-elle ? Elle se manifeste d'abord par l'attention constante portée aux solutions étrangères. Du côté des praticiens, avocats, professeurs et juges, et certes parce que le droit de la concurrence a des forums transatlantiques et également mondiaux (cf. le réseau mondial des autorités de concurrence, le réseau européen des autorités de concurrence, l'association européenne des juges de concurrence), la comparaison de cas, de méthodes, de tests (pour la dimension économique), la référence aux solutions étrangères est constante et spécialement pour ce droit. Il y a un forum mondial où se comparent, se discutent, se corrigent et s'influencent les doctrines et politiques de la concurrence. Chaque autorité, chaque juge des différents pays se positionne dans ce concert mondial. Il existe pour les personnes en lice une stimulation permanente, gage d'amélioration de la jurisprudence. Toute la question est de savoir comment y attirer les juges appartenant aux systèmes les plus faibles. Les centres de formation des juges se situent aussi à l'échelon international. Aux Etats-Unis, un centre de formation et de rencontre des juges américains, ouvert au monde entier, s'est par exemple ouvert à l'Université de Fordham. A partir de l'année 2005, la Cour de cassation a tenté d'offrir aux juges de l'espace francophone une plateforme identique de formation, de réflexion et de perfectionnement.

L'internationalisation résulte aussi, mais c'est l'autre face de la médaille, de la « mondialisation » des questions à des stades comparables de développement de l'économie de marché qui amène nécessairement à des hypothèses identiques. C'est « l'application universelle de la science économique » visée dans l'article de Pierre Larouche, sous la réserve de débats internes à la science économique. Ce peut être aussi le fruit de comportements identiques des opérateurs, qui seraient « imposés » par la globalisation. La stratégie industrielle et commerciale de Microsoft se définit et se développe évidemment à l'échelle mondiale et pose les mêmes questions à chacun des systèmes. Un autre facteur d'internationalisation réside dans le champ d'application de chacun des ordres juridiques de concurrence⁴⁷. Fondé sur la théorie des effets, le champ d'application de ce droit dépasse largement le territoire des Etats ou des organisations régionales qui les mettent en œuvre. Il

⁴⁶ Seules des circonstances exceptionnelles, identifiées dans quatre conditions, sont susceptibles de caractériser un abus (1 - Caractère indispensable de l'information 2 - , caractère innovant du bien ou service proposé, 3 - restriction de concurrence sur le marché aval et 4 - absence de justification du refus de l'information).

⁴⁷ Efficacité des décisions, L'efficacité des décisions dans l'espace, Laurence Idot, Professeur à l'Université de Paris II- Panthéon/Assas, Atelier de la DGCCRF, 7 juin 2000.

suffit qu'une pratique ait développé des effets sur le territoire d'un Etat pour que ses autorités de concurrence puissent s'en saisir. Une même pratique qui, comme dans l'affaire Microsoft, s'est développée au niveau mondial, peut donc faire l'objet de poursuites parallèles et concurrentes dans plusieurs systèmes. D'où la nécessité de développer des règles de cohabitation et de conflits entre les diverses normes et les diverses autorités. Règles de courtoisie proposées par les organisations internationales comme l'OCDE⁴⁸ et, au delà, accords de coopération bilatéraux ou multilatéraux. Enfin, au niveau de l'OMC se sont développées des règles et constitués des organes d'application du droit de la concurrence⁴⁹. Il y a donc un droit international de la concurrence. L'affaire Microsoft montre enfin que pour autant, l'internationalisation des juges de la concurrence ne conduit pas à l'uniformisation. Mais des différences naît la discussion qui renforce les convergences et justifie les identités. C'est bien le pluralisme ordonné par la raison et le débat dont parle Mireille Delmas-Marty.

⁴⁸ Direction des affaires financières, fiscales et des entreprises comité du droit et de la politique de la concurrence rapport du clp sur la courtoisie positive non classifié.

⁴⁹ Rapport (2003) au Conseil général du Groupe de travail de l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence.

2. Le principe de laïcité

Le principe de laïcité devant le Cour suprême des Etats-Unis

par **Stephen Breyer**

(traduit de l'anglais par Emmanuel Breen)

Du point de vue de la Cour suprême des Etats-Unis, la question de la laïcité peut être posée de la manière suivante : lorsqu'un Etat promulgue une loi dont l'effet est de restreindre l'exercice de la religion, quel est, au regard de la Constitution, le type de restriction admissible ? Il y a à cet égard deux approches possibles. La première d'entre elles fait preuve de souplesse vis-à-vis des religions. Elle considère que la loi doit prendre en compte leurs exigences, bien que seulement jusqu'à un certain point. Cette approche est illustrée par l'affaire *Sherbert v. Verner*⁵⁰. La seconde approche ne fait preuve d'aucune souplesse : dès lors que la loi a un objectif séculier, elle est jugée bonne : c'est la ligne adoptée dans l'affaire *Employment Division v. Smith*⁵¹.

Mais comment savoir ce que la Constitution exige ? L'idée de la liberté religieuse trouve son origine dans les guerres de religion en France et en Angleterre. Un juge anglais m'a dit : « C'est un compromis : je vous laisse exercer votre religion et élever vos enfants selon ses préceptes et vous me laissez faire de même. De cette source, nous avons tiré toutes nos libertés ». Mais cela suppose que, par des interprétations appropriées, l'on soit en mesure d'éviter les conflits.

Ainsi en particulier, la clause de non-établissement s'entoure d'un certain mystère. Madison soutenait qu'il ne serait pas possible d'instaurer une religion officielle comme en Angleterre : c'était là bien autre chose qu'un principe de séparation des Eglises et de l'Etat. A l'époque, il y avait peut-être trois millions de personnes, trois religions principales et quelques Juifs. Après la guerre civile, l'immigration a commencé à croître et nous avons aujourd'hui 50 religions. Comment, aujourd'hui, appliquer la clause de non-établissement pour éviter les conflits ? On peut le faire, par exemple, en dégageant un principe de non-discrimination : la discrimination n'est admise ni entre différentes religions, ni entre la religion et l'absence de religion.

Les questions se posent à cet égard de manière différente en France et aux Etats-Unis. En France, chacun peut bénéficier d'une subvention (*voucher*) pour donner à ses enfants l'éducation qu'il souhaite. Aux Etats-Unis, le problème du financement par l'Etat des écoles religieuses se pose de manière plus aiguë, parce que les Etats donnent un très grand appui à l'enseignement religieux, allant même jusqu'à payer les salaires des prêtres. Dans l'affaire des *vouchers*, la question pour moi était de savoir s'il existait une possibilité de conflit. S'il y a peu d'argent en jeu, non ; mais lorsqu'il y a des milliards de dollars en jeu, oui. J'ai donc rendu une opinion dissidente.

En ce qui concerne les affaires des dix commandements (*McCreary County*⁵² et *Van Orden*⁵³), il ne faisait pas de doute qu'on était en présence d'un document religieux. Mais ce

⁵⁰ 374 US 398 (1963).

⁵¹ 494 US 872 (1990).

⁵² *McCreary County, Kentucky v. American Civil Liberties Union of Kentucky*, 125 S.Ct. 2722 (2005).

⁵³ *Van Orden v. Perry*, 125 S. Ct. 2854 (2005).

document pouvait aussi être utilisé pour poursuivre un objectif séculier. Il était donc nécessaire de se demander pourquoi les tablettes des dix commandements avaient été exposées.

Dans la première affaire, des autorités Kentucky avait ainsi exposé une statue du Christ donnant du pain pour signaler que le Kentucky est un Etat chrétien. Ce n'était pas admissible. Ils ont ensuite affiché les dix commandements, toujours pour indiquer que la contrée est religieuse. Toujours pas admissible. Ils ont ajouté par la suite quelques déclarations par Washington, Lincoln, etc. Fallait-il entrer dans des considérations tenant à l'historique de ces expositions ? Oui, parce qu'elles permettaient d'éclairer la motivation de l'Etat.

Au contraire, dans l'affaire *Van Orden*, parmi les dix-sept monuments en cause, un seul était religieux. Il était financé par Cecil B. DeMille pour faire de la publicité pour son film « Les Dix Commandements ». Une décision enjoignant son enlèvement aurait entraîné l'obligation de supprimer ailleurs toutes les références aux dix commandements.

Spécificités et convergences des traditions nationales

par Bruno Genevois

Traiter de la question de la laïcité peut sembler de prime abord une occasion de souligner des convergences très fortes entre les systèmes juridiques français et américain, et plus précisément entre la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et celle des juridictions suprêmes françaises, notamment celle du Conseil d'Etat. Pour ne prendre qu'un seul exemple, la position adoptée par le Juge Breyer dans l'affaire *Van Orden*⁵⁴ semble bien refléter également l'esprit de nombre de décisions du Conseil d'Etat français: « *La clause de non-établissement n'impose pas au Gouvernement d'expurger de la sphère publique tout ce qui d'une façon ou d'une autre touche à la religion. Un tel absolutisme, non seulement méconnaîtrait nos traditions nationales, mais risquerait d'attiser le genre de conflits sociaux que la clause de non établissement tend à prévenir* ».

Mais les choses ne sont pas si simples. Une première difficulté tient à ce qu'on ne dispose pas d'une définition univoque du terme « laïcité », qu'il n'est d'ailleurs pas aisé de traduire en anglais. Dans son rapport public de 2004, le Conseil d'Etat a mentionné plusieurs définitions possibles de la laïcité, en évoquant celles données respectivement par le dictionnaire Littré, Ernest Renan en 1882 et René Capitant, pour finalement s'arrêter à une notion minimale : « *la laïcité implique nécessairement la reconnaissance du pluralisme religieux et la neutralité de l'Etat vis-à-vis des églises* ». Il est cependant des auteurs qui, comme Elisabeth Zoller, opèrent une distinction au sein de la conception française de la laïcité entre deux degrés : un premier degré illustré par le principe de séparation des Églises et de l'Etat ; un second degré plus ambitieux, dans lequel la laïcité renvoie à l'ensemble des valeurs issues de textes de niveau constitutionnel qui forment la conscience morale de la République. Du côté américain, le point de départ de la réflexion sur la laïcité se trouve dans le 1^{er} amendement apporté en 1791 à la Constitution de 1787 et dans son exégèse à la lumière de la pensée des pères fondateurs, telle qu'elle a été exprimée notamment par Jefferson dans sa lettre du 1^{er} janvier 1802 où il évoque l'existence d'un « mur » entre l'Etat et les religions. A la difficulté d'aboutir des deux côtés de l'Atlantique à une définition univoque d'un même concept, s'ajoute le fait que plus on creuse l'analyse et plus on est sensible à la diversité des situations. En privilégiant une approche largement nourrie par la jurisprudence, on est conduit à mettre en évidence, d'un côté des éléments de rapprochement (I) mais aussi et surtout, des divergences sensibles (II).

Des traditions convergentes

Les éléments de rapprochement peuvent être dégagés à deux niveaux : d'une part, au stade de la proclamation des grands principes, d'autre part, au regard des solutions très voisines apportées à des situations concrètes tant par la loi que par la jurisprudence.

⁵⁴ Cf. supra p. 21.

Des principes communs

Les règles de base de l'Etat laïc n'ont pas été exprimées dans le même contexte historique en France et aux Etats-Unis. Alors qu'aux Etats-Unis la séparation a été voulue par les groupes religieux qui souhaitaient se protéger de l'hégémonie de l'Etat, en France la séparation procède d'une réaction de la « République des républicains » face à l'influence de l'église catholique. Cependant, malgré cette différence dans les motivations, on peut retrouver dans le droit positif français des prolongements des principes du 1^{er} amendement à la Constitution américaine, notamment de ses deux dispositions essentielles que sont la clause de non-établissement et la clause de libre-exercice.

Suivant les termes du 1^{er} amendement, il est enjoint au Congrès de ne faire « *aucune loi établissant une religion quelconque comme religion d'Etat...* ». Ces dispositions trouvent un écho dans les dispositions du premier alinéa de l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 relative à la séparation des Eglises et de l'Etat, selon lesquelles « *La République ne reconnaît, ne salarie, ni ne subventionne aucun culte* ». Notons que la clause de non-établissement a valeur constitutionnelle, alors que la loi du 9 décembre 1905 a valeur législative et que sa portée n'est, comme on le verra, ni générale ni absolue. Toutefois, aussi bien la Constitution de 1946 que la Constitution de 1958 affirment que la France est une République laïque.

Il est à peine besoin de rappeler que toujours selon le 1^{er} amendement, il est enjoint au Congrès de ne faire aucune loi ayant pour effet d'interdire le libre exercice d'une religion. En droit français, la liberté religieuse est garantie par plusieurs textes de valeur constitutionnelle. Elle est partie intégrante de la liberté d'expression proclamée par l'article 10 de la Déclaration des droits de 1789 à laquelle renvoie le Préambule de la Constitution de 1958. Cette dernière affirme que la France est une République qui « respecte toutes les croyances ». L'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 est plus précis : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public* ». Aux Etats-Unis comme en France la liberté religieuse est garantie au plan conventionnel par l'article 18 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques. Dans le cas de la France, il existe un autre fondement conventionnel à cette liberté, avec l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Un même réalisme jurisprudentiel

Chaque pays a tiré des conséquences rigoureuses de l'obligation de neutralité qui pèse sur l'Etat et ses agents. Deux exemples viennent à l'esprit. Il s'agit tout d'abord de la prohibition des prières publiques. En France, l'article 4 de la loi constitutionnelle du 14 août 1884 a abrogé les dispositions de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 qui prévoyaient des prières publiques au début de chaque rentrée parlementaire. Aux Etats-Unis, la Cour suprême juge contraires au 1^{er} amendement les prières publiques dans les écoles publiques depuis son arrêt *Engel c/Vitale* de 1962 rédigé en des termes très fermes par le Juge Black. Autre exemple, l'impératif de neutralité a été rappelé s'agissant des obligations pesant sur les agents publics dans le service, par un avis contentieux du Conseil d'Etat du 3 mai 2000, Mlle Marteaux. Selon le Conseil, le principe de laïcité fait obstacle à ce que les agents publics manifestent leurs croyances dans le service.

L'obligation de neutralité de l'Etat ne débouche pas cependant sur des solutions extrêmes. Chaque juridiction s'efforce de faire preuve de réalisme et de pragmatisme. Plusieurs illustrations peuvent en être données. En premier lieu, l'héritage de l'histoire a dû être pris en compte. C'est sensible aux Etats-Unis à la lecture de l'arrêt de 1893 *Marsh c/*

Chambers : à un contribuable du Nebraska qui se plaignait de la rémunération sur fonds publics du chapelain de la législature de l'Etat, la Cour suprême a répondu que le 1^{er} amendement n'avait pas entendu condamner des pratiques inscrites dans le tissu social de la société américaine. En France, compte tenu du fait qu'au moment de la loi de séparation de 1905 les départements d'Alsace-Moselle étaient, de par leur rattachement à l'Allemagne, demeurés sous le régime du Concordat, il a été décidé que leur retour à la France en 1919 n'avait pas fait obstacle au maintien en vigueur de ce régime⁵⁵. De la même façon, le Conseil d'Etat a admis le maintien dans ces départements d'un enseignement religieux en principe obligatoire prescrit par une loi locale remontant au rattachement à l'Empire allemand⁵⁶. Toutefois, pour éviter qu'il n'y ait une contradiction avec le principe de laïcité, la loi locale a fait l'objet d'une interprétation neutralisante consistant à reconnaître la faculté pour chaque élève d'être dispensé d'un tel enseignement. Un parallèle peut être fait sur ce point avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui, au bénéfice d'une interprétation du même ordre, a pu concilier l'enseignement religieux et la laïcité⁵⁷.

Une deuxième manifestation du souci de réalisme se trouve dans l'admission de la licéité de lois dont le fondement historique est religieux, mais qui poursuivent un but social. On songe sur ce point à la loi française sur le repos dominical qui peut être rapprochée de l'arrêt de la Cour suprême *McGowan c/ Maryland* du 29 mai 1961 qui admet la constitutionnalité d'une loi relative à l'interdiction de vendre certains produits le dimanche.

Une troisième manifestation de réalisme résulte de l'appel à la notion de mesure indistinctement applicable à des situations confessionnelles et non-confessionnelles. On songe en particulier aux aides apportées par les collectivités publiques aux enfants des écoles publiques et privées, distincte de l'aide de ces collectivités aux établissements privés eux-mêmes qui fut pendant longtemps proscrite par la loi. Un rapprochement peut être fait sur ce point entre l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 mai 1912, *Commune de Manigod* et l'arrêt *Everson* de la Cour suprême de 1947. Il semble également que la notion de mesure indistinctement applicable pourrait venir au soutien de la solution adoptée par la Cour dans l'affaire *Van Orden*. En effet, la présentation des dix commandements coexiste avec la présence de 17 monuments et 21 plaques historiques destinés à commémorer les individus, idéaux et événements qui constituent l'identité du Texas.

Enfin et surtout, participent du souci de réalisme, les solutions jurisprudentielles inspirées par l'idée d'accommodement raisonnable pour autant qu'il n'en résulte pas de contrainte excessive pour la collectivité et les tiers. La notion est présente dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis avec l'arrêt *Sherbert c/ Vernert* de 1963 et plus encore dans celle de la Cour suprême du Canada depuis l'arrêt *Mme O'Malley* de 1985. On en trouve un reflet dans certaines décisions du Conseil d'Etat et en particulier dans un arrêt du 16 mars 1962, *Compagnie des tramways électriques d'Oran* rendu à propos de la détermination des jours de congé respectifs des agents non musulmans et des agents musulmans. A été jugée légale l'adaptation du régime des fêtes chômées en fonction des « usages et convenances propres à la majorité de chaque communauté de citoyens ». Une fois admise au nom des « accommodements raisonnables » une approche différentialiste, les solutions concrètes peuvent varier d'un pays à l'autre. Il est possible de se référer au cas de personnes se plaignant de mesures leur imposant de travailler un samedi, alors que cela heurte leurs convictions religieuses. La Cour suprême du Canada s'est montrée très compréhensive dans l'affaire *O'Malley* en faisant pencher la balance des intérêts dans le sens de la plaignante

⁵⁵ V. l'avis du Conseil d'Etat du 24 janvier 1925, EDCE n° 55, p. 419

⁵⁶ CE 6 avril 2001. Syndicat national des enseignants du second degré

⁵⁷ Arrêt n° 203 du 11 avril 1989.

face à son employeur privé. Le Conseil d'Etat dans un arrêt *Koen* du 14 avril 1995 rendu à propos des conditions d'inscription des élèves aux classes préparatoires aux grandes écoles, tout en incitant à la conciliation des intérêts en présence, a néanmoins donné tort au requérant qui se plaignait d'avoir des activités d'enseignement le samedi. Quant à la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis, elle paraît avoir connu des inflexions. Sans doute dans l'affaire *Sherbert* s'est-elle montrée favorable au fidèle des adventistes du 7^{ème} Jour en jugeant qu'il ne devait pas perdre son droit à percevoir des allocations de chômage pour avoir refusé une offre d'emploi qui l'aurait obligé à travailler un samedi. Mais la jurisprudence ultérieure s'est montrée plus stricte. A cet égard, on peut citer l'admission par l'arrêt *Smith* de 1990 de la constitutionnalité d'une loi prohibant de façon générale des substances hallucinogènes dont certaines étaient utilisées par les fidèles d'une religion. Dans un ordre d'idées quelque peu différent, la Cour a jugé par son arrêt *City of Boerne c/ Flores* de 1997 que les règles de protection des monuments historiques étaient opposables à l'agrandissement d'une église. Cette dernière solution rejoint *mutatis mutandis* un arrêt du Conseil d'Etat du 7 mars 1969, *Ville de Lille* qui juge inopérant à l'encontre de l'octroi d'un permis de construire pour une chapelle un moyen tiré de la violation de la loi de séparation, arguant que cette loi qui pose le principe de la laïcité de l'Etat n'est pas au nombre des dispositions législatives et réglementaires auxquelles doit être conforme un permis de construire.

Au total, les motifs de rapprochement ne font pas défaut. Ils ne sauraient cependant occulter les éléments de divergence.

Des éléments de divergence

Deux remarques faites par Elisabeth Zoller⁵⁸ semblent bien résumer les principales différences entre les conceptions française et américaine de la laïcité: la neutralité étatique est plus accentuée aux Etats-Unis qu'en France ; il existe aux Etats-Unis une plus grande liberté dans les choix individuels.

La neutralité étatique est plus accentuée aux Etats-Unis

Autrement dit, les exceptions à la non-intervention de l'Etat sont plus nombreuses en France qu'aux Etats-Unis. Cela tient semble-t-il à trois séries de raisons. Tout d'abord, la France, Etat laïc, est aussi un pays de tradition catholique, ce qui contribue à imprégner les mentalités et à l'application d'une conception ouverte de la notion de laïcité. Sans pour autant critiquer l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *McCreary vs ACLU du Kentucky*⁵⁹, compte tenu des termes du 1^{er} amendement et de la jurisprudence antérieure de la Cour, on peut noter qu'aucune voix ne s'est élevée en France contre l'installation dans le hall d'entrée du Conseil constitutionnel d'une réplique de la statue du Moïse de Michel Ange, dont l'original se trouve dans l'église Saint-Pierre aux Liens à Rome. De même, nul n'a à ce jour contesté la retransmission le dimanche matin à la télévision par une chaîne du service public d'émissions religieuses, conformément aux obligations inscrites dans le cahier des charges approuvé par décret définissant les relations de l'Etat et des chaînes du secteur public.

D'autre part, la loi du 9 décembre 1905 n'a pas un caractère général et absolu. Ainsi qu'il a été souligné précédemment, certaines composantes de la laïcité à la française résultent non de dispositions constitutionnelles, mais de dispositions législatives issues de la loi de

⁵⁸ E. Zoller (dir.), *La conception américaine de la laïcité*, Dalloz, 2005

⁵⁹ *Mc Creary County, Kentucky vs ACLU of Kentucky*, 125 S. Ct. 2722 (2005)

1905. Or cette dernière n'est pas d'application générale sur l'ensemble du territoire de la République et elle prévoit elle-même des tempéraments à certaines de ses prescriptions. Pour ce qui est de son champ d'application, outre le cas de l'Alsace-Moselle déjà mentionné, il convient de souligner que la loi de séparation n'a pas été étendue aux collectivités d'Outre-Mer soumises au principe de spécialité législative. Cette particularité a permis au Conseil d'Etat, dans un arrêt du 16 mars 2005 relatif à la Polynésie française de souligner que si le principe constitutionnel de laïcité s'applique à ce territoire et implique la neutralité de l'Etat et des collectivités territoriales et le traitement égal des différents cultes, il n'interdit pas, par lui-même, l'octroi, dans l'intérêt général, de certaines subventions à des activités ou des équipements dépendant des cultes. A été ainsi admise la légalité d'une subvention accordée par la collectivité de Polynésie pour la reconstruction d'un presbytère détruit par un typhon, au motif que lors du passage de précédents cyclones ce presbytère était ouvert à tous et accueillait les sinistrés. Plus fondamentalement, la loi de 1905 prévoit des tempéraments à certaines de ses dispositions. Si la République ne subventionne aucun culte, il n'en demeure pas moins que les édifices cultuels existant à la date de promulgation de la loi, qui sont devenus la propriété des collectivités publiques, lesquelles en assurent l'entretien, doivent être mis à la disposition des fidèles. De même l'article 2, alinéa 2 de la loi fait échapper à la prohibition des subventions publiques aux cultes, les subventions accordées au profit des aumôneries dans les lycées, collèges, écoles, hospices, asiles et prisons. Compte tenu de ces dernières dispositions, le Conseil d'Etat a admis la légalité d'actions de soutien aux détenues dans les prisons de femmes effectuées par des sœurs congréganistes⁶⁰. Enfin, depuis la loi du 31 décembre 1959 dite loi Debré, a été instauré un mécanisme de financement public d'établissements privés d'enseignement sous contrat d'association, au titre précisément de leur association au service public de l'enseignement. Or, la plupart de ces établissements privés ont un caractère confessionnel. Critiquée en son temps au nom de la laïcité, la loi Debré a été en 1984 au centre d'une controverse consécutive à un projet de loi la modifiant. Mais elle n'a, en définitive, pas été remise en cause.

Existe-t-il une plus grande liberté de choix individuels aux Etats-Unis ?

Selon Elisabeth Zoller, la liberté des choix individuels serait plus grande aux Etats-Unis en matière religieuse. Deux points méritent à cet égard de faire l'objet d'une discussion. On peut d'abord constater une admission plus aisée de certains cultes aux Etats-Unis. Il n'est pas douteux qu'en France, en dépit de la loi de séparation, quatre grands cultes sont privilégiés dans les faits sinon en droit. Le Conseil d'Etat, tant dans ses formations administratives qu'au contentieux a fait bénéficier le bouddhisme du régime légal des cultes et même le culte Krisnaïte⁶¹. Mais, pour la mise en œuvre de la loi de 1905, il n'admet l'application du régime des associations cultuelles qu'au bénéfice des associations ayant pour objet exclusif l'exercice d'un culte et dont l'activité n'est pas contraire à l'ordre public (cf. l'avis contentieux du 24 octobre 1997, Association locale pour le culte des témoins de Jéhovah de Riom). Dans cette affaire était en cause l'application de dispositions législatives prévoyant l'exemption de taxes foncières au profit des édifices cultuels (article 1382 (4°) du code général des impôts). La législation française peut sur ce point être comparée à celle de l'Etat de New-York jugée non contraire au 1^{er} amendement par l'arrêt *Waltz* de la Cour suprême de 1970. Quant à l'église de scientologie, elle n'est pas reconnue en France comme un culte tout en pouvant néanmoins bénéficier de certains avantages par application du droit communautaire⁶².

⁶⁰ CE 27 juillet 2001, *Syndicat national pénitentiaire Force Ouvrière*, Rec. Lebon, p. 393.

⁶¹ CE 14 mai 1982, *Association internationale pour la conscience de Krisna*, Rec. Lebon, p. 179.

⁶² CE 8 décembre 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris*, Rec. Lebon, p. 592.

Un autre point est la liberté laissée aux élèves des écoles publiques de manifester leur appartenance à une religion ou leur conviction politique. Dans le cas des Etats-Unis, les commentateurs spécialisés s'accordent à reconnaître qu'une telle faculté reconnue aux élèves est une composante naturelle de la liberté d'expression. Est communément cité sur ce point l'arrêt de la Cour suprême de 1969, *Tinker*, qui admet le port par un élève d'un brassard noir pour protester contre la guerre du Vietnam. En France, la réglementation a évolué dans un sens restrictif. Dans un premier temps, un avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 1989 avait considéré que le port par les élèves des écoles publiques de signes par lesquels ils entendaient manifester leur appartenance à une religion n'était pas, par lui-même, incompatible avec le principe de laïcité. Cet avis, tout comme la jurisprudence postérieure, avait cependant fixé des limites en précisant que l'exercice de la liberté ainsi reconnue aux élèves ne devait pas conduire au prosélytisme, porter atteinte aux activités d'enseignement ou troubler l'ordre dans les établissements. Il a été reproché à cette jurisprudence de conduire à un traitement au cas par cas de la question, ce qui exposait les chefs d'établissement à des conflits fréquents. De plus, on a fait valoir que des pressions pouvaient être exercées, dans les milieux musulmans, sur des jeunes filles pour les obliger à porter des signes religieux. En conséquence, une loi du 15 mars 2004 est venue interdire le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse. La compatibilité de cette loi avec l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme a été admise par le Conseil d'Etat⁶³. Sa constitutionnalité a été reconnue, de façon indirecte, par le Conseil constitutionnel, par une décision du 19 novembre 2004. Le droit français semble également être en harmonie avec les standards dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme, notamment par son arrêt *Leyla Sahin* du 10 novembre 2005.

* * *

Il est difficile de faire le bilan sur ce qui l'emporte en définitive, des convergences ou des différences entre les conceptions française et américaine de la laïcité. On note surtout la présence d'une marge d'appréciation très importante dont dispose chaque juge national, compte tenu notamment de la tradition historique dans laquelle s'inscrit son action. Il suffit, pour s'en rendre compte, de se tourner vers deux décisions de jurisprudence récentes émanant de hautes juridictions étrangères, et que le Conseil d'Etat français éprouverait sans doute quelques difficultés à suivre. C'est d'abord ce qu'a jugé le Conseil d'Etat italien dans un arrêt du 13 février 2006 selon lequel n'est pas contraire au principe constitutionnel de laïcité, la règle prévoyant, depuis 1924, la présence d'un crucifix dans les écoles. Le deuxième exemple est fourni par un arrêt de la Cour suprême du Canada du 2 mars 2006 autorisant au nom de la liberté de religion le port du kirpan (poignard symbolique) par les garçons sikhs dans les écoles. La haute juridiction canadienne a poussé très loin le contrôle de proportionnalité, à un moment où le juge des référés du Conseil d'Etat français, saisi par une association de défense des sikhs, refusait par une ordonnance du 6 mars 2006 de suspendre un règlement prescrivant la fourniture d'une photographie d'identité tête nue pour l'établissement ou le renouvellement d'un permis de conduire.

La constatation de la diversité des solutions ne doit pas conduire à un relativisme généralisé, mais au contraire, à étudier la motivation adoptée par chaque juridiction à l'effet de permettre des comparaisons fécondes.

⁶³ CE 8 octobre 2004, *Union française pour la cohésion nationale*, Rec. Lebon, p. 367.

B. La question de l'intégration des conventions internationales aux Etats-Unis

New York City, 2007

Les affaires *Hamdan v. Rumsfeld* et *Sanchez-Llamas v. Oregon*

par Stephen Breyer

(traduit de l'anglais par Emmanuel Breen)

Disons-le d'emblée : la plus grande différence que je perçois dans mon travail entre les Etats-Unis et l'Europe continentale, c'est qu'aux Etats-Unis, en tant que juge, je suis directement confronté aux problèmes, et non à la théorie des problèmes.

Et je me rends compte qu'on trouve de plus en plus de réponses aux problèmes. Où chercher des réponses ? A mon avis, partout où elles peuvent se trouver ! Et quoi qu'on en dise, je pense que la plupart des juges raisonnent comme moi. Et juridiquement, qu'en est-il ? Il y a fort à penser que les raisons pour lesquelles les décisions fédérales contiennent de nos jours moins de références au droit étranger qu'à l'époque du *Paquete Habana*⁶⁴ ont quelque chose à voir avec l'affaire *Erie v. Tompkins*⁶⁵. Dans cette affaire bien connue, aux Etats-Unis au moins, la Cour suprême a dit qu'il revenait aux juridictions des Etats d'avoir le dernier mot à propos du droit des Etats fédérés. Avant cela, les juridictions fédérales pouvaient, davantage qu'aujourd'hui, rechercher elles-mêmes les solutions aux problèmes juridiques qu'elles se posaient.

Je viens tout juste de relire une décision affreuse – et bien connue comme telle – *Dred Scott*⁶⁶. Je n'entrerai pas dans les détails de cette décision, mais il faut savoir qu'on la considère généralement comme la pire de toutes celles qu'a rendues la Cour suprême. Et pourtant, les juges se sont intéressés au droit étranger. Pourquoi, me suis-je demandé en la lisant, vont-ils s'intéresser au droit étranger à propos d'une question relative au droit du Missouri ? C'est parce qu'ils cherchent la bonne réponse. Et ils la cherchent partout où ils le peuvent. Et il me semble bien que les juridictions fédérales se sont d'autant moins référées au droit étranger qu'elles cherchaient moins à trouver les bonnes réponses à des questions de droit des Etats fédérés. Et il faut rappeler à cet égard que 95% des problèmes juridiques aux Etats-Unis relèvent du droit des Etats fédérés.

Ce qui me semble intéressant, donc, c'est que les juridictions fédérales se posent, de plus en plus, la question de savoir où elles peuvent trouver une réponse pertinente et que, dans ce contexte, il leur arrive d'aller voir du côté du droit étranger. Et elles le font de plus en plus. Et c'est pourquoi la clause de traitement cruel et inhabituel (*cruel and unusual punishment*) prête tellement à la critique : elle ne dit pas dans quel lieu ce traitement doit être jugé cruel et inhabituel, alors il arrive que les juges se réfèrent au droit étranger.

⁶⁴ (US, 1900) 175 U.S. 677.

⁶⁵ (US, 1938) 304 U.S. 64.

⁶⁶ (US, 1856) 60 U.S. (19 How.) 393.

Ces éléments de contexte étant posés, je voudrais montrer en quoi les affaires considérées posaient des problèmes tels qu'un juge – peut-être n'importe quel juge – se sentirait tenu d'aller chercher une solution de droite et de gauche et, la trouvant dans le droit étranger, pourrait en faire la solution d'un problème juridique américain.

L'affaire *Hamdan*⁶⁷, d'abord, et pour commencer, deux mots de contexte. Il s'agissait de la quatrième fois qu'un contentieux relatif à Guantánamo était soumis à la Cour suprême. La première fois, un prisonnier de Guantánamo nous a posé la question suivante : Guantánamo fait-il partie des Etats-Unis, au sens qu'il faut donner à ce mot dans le cadre de la procédure d'*habeas corpus* ? Nous avons répondu : oui, Guantánamo fait partie des Etats-Unis. De quoi s'agissait-il ? Chacun sait que le système juridique américain, comme dans le système britannique, permet à un prisonnier – n'importe quel prisonnier – de se présenter devant un juge fédéral et de dire : "Juge, c'est en violation du droit des Etats-Unis, et en particulier de sa Constitution, qu'on me retient en prison". Ainsi, ce prisonnier demande un *writ of habeas corpus* (ordonnance d'*habeas corpus*). *Habeas corpus* signifie littéralement : "tu as le corps". "Tu" – c'est le geolier. Le *writ* – c'est l'ordre donné par la justice au geolier d'avoir à lui présenter, au moins de manière figurée, le corps du prisonnier, afin qu'elle se prononce sur la licéité de la détention. La question posée dans l'affaire *Rasul*⁶⁸ consistait à savoir si les prisonniers de Guantánamo pouvaient obtenir d'un tribunal fédéral une ordonnance d'*habeas corpus*. Le pouvoir exécutif soutenait que cela n'était pas possible, mais avons décidé du contraire.

Dans la seconde affaire⁶⁹, la question était de savoir si les combattants ennemis dans un conflit armé pouvaient être détenus à Guantánamo. La Cour suprême a jugé que cela était possible, à l'instar de ce qu'avaient fait les allemands ou les japonais durant la Seconde Guerre Mondiale : capturer des combattants au champ de bataille et les retenir prisonniers pendant la durée de la bataille. Nous avons considéré qu'il se déroulait en Afghanistan une bataille continue et que les prisonniers pouvaient être retenus pour autant que la bataille continuait. Mais, dans le cas d'espèce, le prisonnier soutenait qu'il n'était pas un soldat, mais un berger. *Un honnête pasteur qui errait partout avec ses moutons**. Il y avait donc une contestation sur le point de savoir si le prisonnier était, ou non, un combattant ennemi. La question devenait donc : en cas de contestation, comment décider de qui a raison et de qui a tort ? La Cour a décidé que quelqu'un au sein du pouvoir exécutif – un militaire ou peut-être quelqu'un d'autre – devait donner au prisonnier les éléments fondamentaux d'un traitement équitable (*fair hearing*) : un décideur impartial, la possibilité de présenter ses preuves et celle d'entendre les preuves de l'adversaire. La Cour n'a pas dit qui devait être le décideur impartial, ni comment les preuves devaient être présentées. Tout cela reste inconnu.

Dans la troisième affaire, *Hamdan*, deux questions préalables se posaient.

Sur le fond, l'enjeu était qu'*Hamdan* se plaignait qu'on allait le juger comme un criminel parce qu'il était le chauffeur d'Ousama Ben Laden. Le Gouvernement voulait en effet le juger pour conspiration, pour l'aide qu'il avait apportée au réseau Al Quaida et aux afghans dans leur effort pour causer une guerre. Et le Gouvernement voulait le traduire devant un tribunal spécial appelé « commission militaire ». Qu'est-ce qu'une commission militaire ? Ce n'est pas une cour martiale, et ce n'est pas non plus un tribunal ordinaire. Il y en a eu dans

⁶⁷ (US, 2006) 126 S.Ct. 2749.

⁶⁸ (U.S., 2004) *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466.

⁶⁹ (US, 2004) *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507.

* En français dans le texte.

l'histoire des Etats-Unis, mais sa nature n'est pas parfaitement définie. Hamdan soutenait qu'il ne pouvait pas être jugé devant une commission militaire, mais qu'il relevait soit d'une cour martiale soit d'un tribunal ordinaire.

Mais avant d'en arriver à cette question, il nous fallait décider si nous étions en mesure de connaître de l'affaire.

Une première question préliminaire tenait ainsi au fait que le Congrès avait voté une loi prévoyant que la Cour suprême ne pouvait pas être saisie des cas relatifs à Guantánamo. La première question préalable était de savoir si cette loi était ou non contraire à l'article I, section 9 de la Constitution, qui dispose que : « le privilège de l'ordonnance d'*habeas corpus* ne sera pas suspendu, à moins qu'une rébellion ou une invasion ne l'impose ». Une majorité de la Cour a décidé que nous n'avions pas besoin de répondre à cette question, compte-tenu du fait que, dans la lecture que nous donnions de la loi, elle ne s'appliquait pas au cas d'espèce : le demandeur avait introduit sa requête en *habeas corpus* avant la date d'entrée en vigueur de la loi.

La seconde question préliminaire tenait au point de savoir si nous devions attendre que le demandeur ait été définitivement jugé et que les procédures en cours aient pris fin. Six d'entre nous ont décidé que nous ne devions pas attendre : il attendait déjà depuis trop longtemps, ces procédures prendraient trop de temps et il n'était pas juste de lui faire porter si longtemps un si lourd fardeau.

Nous voici donc parvenus à la question centrale, à la page 26 de la décision⁷⁰. Nous lisons la loi, qui autorise le Président et le pouvoir exécutif à instituer des commissions militaires, et nous la comprenons. Nous ne trouvons pas d'autre texte applicable. La loi est écrite en termes négatifs mais, au terme de la lecture que nous en faisons, nous concluons qu'elle permet que soient jugés par des commissions militaires des "délinquants ou des infractions" (*offenders or offenses*). Quels délinquants et quelles infractions? D'abord, ceux dont la loi attribue la compétence à une commission militaire. Mais en l'espèce, il n'existait aucune loi attributive de compétence. Ensuite, les infractions qui, en vertu du droit de la guerre, pouvaient être jugées par une commission militaire. Notre question suivante devait donc être : "qu'est-ce que le droit de la guerre ? ». Et c'est là que nous avons commencé à chercher à droite et à gauche.

Quatre membres de la Cour ont jugé qu'un ingrédient très important manquait, en l'espèce, pour que le jugement par une commission militaire puisse être autorisé par le droit de la guerre. Le Gouvernement accusait, en effet, Hamdan d'avoir conspiré avec Ben Laden pour causer une guerre. Mais cela, c'est une conspiration ordinaire, et non la violation du droit de la guerre, sauf dans des circonstances très spéciales, comme par exemple lorsqu'un génocide est en jeu. Un soldat ordinaire qui entre en guerre ne viole pas, de ce fait, le droit de la guerre, même s'il est volontaire. Quatre d'entre nous ont trouvé ce raisonnement convaincant. Mais quatre ne suffisent pas.

Mais le droit de la guerre prescrit également certaines règles de procédure, que l'on trouve dans la Convention de Genève. Cette convention s'appliquait-elle ? Il s'agissait, ne l'oublions pas, de l'Afghanistan, et non de la Deuxième guerre mondiale. C'est une guerre inhabituelle, impliquant les Talibans et le Gouvernement. Mais les rédacteurs de la

⁷⁰ 126 S.Ct. 2774 (citing UCMJ, Art. 21, 64 Stat. 115).

Convention de Genève avaient pensé à ce cas : l'article 3 (commun) inclut dans le champ d'application de la convention les conflits qui n'ont pas une nature internationale.

Cinq membres de la Cour (le Président s'étant récusé puisqu'il avait été impliqué au niveau de l'appel) ont décidé que l'article 3 (commun) s'appliquait en l'espèce et que les deux critères qu'il posait devaient être respectés.

Le premier critère est que l'accusé doit être traduit devant un « tribunal régulièrement constitué ». Une commission militaire est-elle un tribunal régulièrement constitué ? Les mots « régulièrement constitué » peuvent viser des tribunaux ordinaires ou une cour martiale mais il n'y a aucune raison de penser qu'ils visent cette chose étrange qu'est une commission militaire. Nous avons donc jugé que le Gouvernement n'avait pas respecté la procédure prévue : une commission militaire n'est pas « régulièrement constituée » au sens de la Convention de Genève, alors même que la loi américaine se référait au droit de la guerre. Juger cet individu devant un tribunal qui n'a pas été régulièrement constitué, c'est violer l'article 3 (commun) de la Convention de Genève, et c'est violer le droit de la guerre.

Le second critère est que les procédures doivent respecter « toutes les garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés ». Seuls quatre membres de la Cour se sont engagés la discussion sur la nature de ces garanties. Je vais m'arrêter là, parce que je crois que nous tenons un très bel exemple de ce que c'est qu'un problème juridique. Quatre d'entre nous ont conclu que l'accusé devait être présent à son propre procès, en matière de crimes, et devait avoir certains droits de confronter des témoins et de présenter des preuves. Nous n'avons pas spécifié s'il devait toujours être présent ou s'il devait pouvoir présenter toutes les preuves qu'il souhaitait, ou confronter tous les témoins. Le Gouvernement ayant indiqué au cours de la procédure que Hamdan ne serait pas du tout présent à son procès, nous n'avons pas, en effet, eu besoin d'être plus précis que cela.

Mais il y a une autre raison pour laquelle nous avons laissé la question ouverte : en ce moment tous les pays affrontent le problème de savoir comment concilier les exigences de la sécurité avec celles des droits fondamentaux. C'est une question à laquelle il n'y a pas de réponse simple. C'est pourquoi les juridictions se prononcent avec beaucoup de prudence, jamais au-delà de ce qui est strictement nécessaire, en étudiant de la manière la plus ouverte possible ce que font les autres pays. Ce ne sont pas tous les juges qui procéderont ainsi, mais tout de même un grand nombre d'entre eux, dès lors qu'ils sont face à une question sans réponse évidente. Nous savons, en effet, que, dans certains pays, il a été décidé que l'accusé devait être présent pendant toute la durée de son procès. Mais supposez que cela lui permette de repérer les témoins et de les tuer ensuite ? Ou de prendre connaissance d'un secret dont la divulgation, même à son avocat, suffirait à menacer la sécurité du monde ? Ce ne sont peut-être là que des problèmes purement théoriques. Mais il paraissait sage de s'en tenir, au moins dans un premier temps, au principe général, énoncé par le grand juge américain Henry Friendly, selon lequel certaines garanties sont au cœur de tout procès digne de ce nom : un décideur impartial et la possibilité de présenter des éléments de preuve. Ceci n'a rien de spécifiquement américain, c'est une donnée universelle.

C'est ainsi qu'on cherche autour de soi pour tenter de remplir les blancs et décider, par exemple, du type de procédure exigé. Il ne suffit pas de conclure qu'il faut protéger les droits fondamentaux (*civil liberties*), cela ne peut pas être une conclusion satisfaisante. Les questions pertinentes sont : Comment les protéger ? Jusqu'où ? Dans quelles circonstances ? C'est tout ce qui est en germe dans la dernière partie de mon opinion. Je ne crois pas avoir

adopté une position trop extrême. Comme ce n'était pas la décision de la Cour, cette opinion pouvait laisser les choses un peu ouvertes. Je n'ai donc pas regretté de l'avoir signée.

Ces deux cas illustrent une forme d' « ouverture juridictionnelle », qui permet de donner de la substance à des décisions concernant des problèmes ou des questions très difficiles à résoudre : nous cherchons autour de nous tout comme le faisait notre Cour avant *Erie v. Tompkins* (une affaire entérinant le positivisme aux Etats-Unis et limitant le pouvoir du juge fédéral de « créer du droit »). Le deuxième cas, *Sanchez*, semble à la fois plus et moins directement lié à cette ouverture. Mais je pense que c'est une « comédie d'erreurs ». Pas seulement les nôtres, d'ailleurs — j'ai donc rendu une opinion dissidente.

Il y a quelques années, un groupe d'étrangers mexicains, allemands et paraguayens, qui avaient été reconnus coupables et condamnés à la peine capitale, se sont plaints de ce qu'au moment où ils avaient été arrêtés, au Texas, en Oregon ou en Virginie, on ne les avait pas avertis qu'ils avaient le droit de prendre contact avec leur consul. D'où vient ce droit ? De la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁷¹. Mais ce traité ne précise pas quelles sont les sanctions encourues en cas de violation.

J'ai été confronté à cette question pour la première fois à la Cour suprême, dans l'affaire *Breard*⁷² et, à peu près à la même période, dans l'affaire *LaGrand*⁷³ de la manière suivante. J'étais à mon bureau lorsque, douze ou quatorze heures avant l'exécution (le condamné avait attendu dix ans ou plus dans les couloirs de la mort), nous avons reçu un mémoire émanant de l'Allemagne et disant que le Traité de Vienne avait été violé, qu'il fallait suspendre l'exécution et qu'en outre la Cour internationale de justice était saisie du cas. Je ne me suis jamais trouvé dans une telle situation auparavant ! Lorsqu'on a un problème de ce type, on fait appel généralement au *Solicitor General* !⁷⁴ Le *Solicitor General* est censé savoir tout cela ! Notre ami Charles Fried a été *Solicitor General* et il sait beaucoup de choses. Mais ceci l'aurait peut-être tout de même pris un peu par surprise. Il aurait peut-être posé la question à notre autre ami Harold Koh, au Ministère des affaires étrangères (*State Department*), s'ils avaient été en fonction en même temps. Nous avons eu ces réflexes et nous avons demandé leur avis à ces administrations. Et, dans la journée, le *Solicitor General* nous a répondu qu'il était, lui aussi, pris de court. Dans ce contexte, j'ai écrit en substance, dans mon opinion dissidente, « dans le doute, abstiens-toi ». Je pensais que nous devions suspendre l'exécution avant d'avoir décidé de ce qu'il fallait faire.

Mais la majorité n'a pas été de cet avis. La majorité a très rapidement rédigé une opinion dans l'affaire *Breard*, jugeant qu'il semblait bien en effet y avoir eu une violation de la Convention de Vienne, mais que rien dans ce traité ne nous empêchait d'appliquer nos propres règles de procédure, et que *Breard* avait bénéficié, à ce titre, de toutes les garanties appropriées. La majorité a également noté que le Congrès avait récemment voté de nouvelles règles de procédure. Et, poursuivait-elle, en vertu du principe selon lequel la loi nouvelle abroge les stipulations conventionnelles antérieures contraires, les procédures prévues par la Convention de Vienne avaient été nécessairement abrogées par cette nouvelle loi et l'Etat pouvait procéder à l'exécution.

⁷¹ April 24, 1963, entered into force 1967.

⁷² (US, 1998) *Breard v. Greene*, 532 U.S. 371.

⁷³ (US, 1999) *LaGrand v. Arizona*, 526 U.S. 1001. See also (US, 1999) *Federal Republic of Germany v. United States*, 526 U.S. 111.

⁷⁴ Ndt : agent du Ministère de la justice, chargé de défendre la position des Etats-Unis devant la Cour suprême et les juridictions fédérales d'appel.

Ce que je regrette, c'est que ce mémoire ne nous soit parvenu que quelques heures avant le moment prévu pour l'exécution. Nous ne pouvons pas faire de miracles et nous n'avons pas les réponses à toutes les questions juridiques ... Et on ne peut pas attendre d'une juridiction qu'elle réagisse avec beaucoup de compétence et de sagesse lorsqu'on ne lui laisse que quelques heures pour décider d'une question majeure ! Toujours est-il que, sur cette question, c'est *Breard* qui a fixé le précédent.

L'autre regret, et je m'inclus dans la critique, c'est que dans cette affaire l'opinion de la Cour internationale de justice était extrêmement longue. Elle faisait des centaines de pages ... Or le temps est limité, et tout juge qui veut être lu doit soit faire court, soit résumer l'essentiel de son raisonnement au début et à la fin de son opinion, ce qui en facilite la lecture. Dans le cas d'espèce, l'opinion de la Cour internationale de justice était affreusement longue, et difficile à suivre pour un juge américain. Mais tout en demandant à la Cour internationale de justice de nous aider à cet égard, je reconnais volontiers mes propres torts : j'ai écrit beaucoup d'opinions que personne ne peut suivre. Mais, dans le cas d'espèce, il était vraiment regrettable qu'elle fût si longue.

Dans l'affaire *Sanchez-Llamas*⁷⁵, il faut bien noter qu'étaient en cause des individus qui n'étaient pas en cause dans les contentieux engagés, devant la CIJ, par le Mexique et l'Allemagne (*Federal Republic of Germany v. the United States* et *Mexico v. the United States*⁷⁶, au nom de plusieurs personnes). Cette précision est importante, parce qu'il est possible que la question nous revienne dans un cas où la personne concernée aurait été personnellement en cause dans ces contentieux internationaux⁷⁷. Donc je n'exprime aucune opinion à cet égard. Dans l'affaire *Sanchez-Llamas* étaient en cause un mexicain et un guatémaltèque, tous les deux condamnés à mort et qui invoquaient tous les deux le fait qu'ils n'avaient pas été informé de leur droit de prendre contact avec leur représentant consulaire.

L'une de ces personnes a formulé cet argument devant la Cour suprême de l'Etat, qui lui a répondu qu'il aurait dû le faire plus tôt dans la procédure : il avait un avocat, il aurait donc pu invoquer ce vice de procédure dès le début du procès sous peine de forclusion (*procedural default*). Dans l'autre affaire, le requérant soutenait que s'il avait été informé de son droit de parler à son consul et s'il l'avait été utilisé, il n'aurait pas dit à la police tout ce qu'il lui a dit. Il a donc demandé que le relevé de son audition soit écarté des débats. Il faut ajouter encore un élément supplémentaire : dans les affaires *Avena*⁷⁸ et *LaGrand*⁷⁹, la Cour internationale de justice a jugé que les droits garantis par la Convention de Vienne devaient être exercés conformément aux lois et règlements de l'Etat concerné. C'est pourquoi la Virginie et l'Oregon soutenaient, d'une part, que leurs droits processuels imposaient que le défaut d'information relatif aux droits procéduraux soit invoqué en première instance à peine de forclusion et, d'autre part, que la sanction appropriée d'une violation de la Convention de Vienne ne puisse être, dans leur droit processuel, la suppression des éléments de preuve concernés. Mais la Convention ajoutait tout de même qu'il fallait donner leur plein effet aux droits garantis, en l'espèce au droit de contacter son consul. Dans *LaGrand* et dans *Avena*, la CIJ a considéré que l'application de la règle de forclusion des moyens nouveaux (*procedural default*) empêchait le droit concerné de produire son plein effet, et que les Etats devaient

⁷⁵ (US, 2006) 126 S.Ct. 2669.

⁷⁶ (ICJ, 2004) *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. U.S.)*.

⁷⁷ *Ndt* : V., ultérieurement, *Medellin v. Texas*, 552 U.S. ____ (2008) (25 mars 2008)

⁷⁸ (ICJ, 2004) *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. U.S.)*.

⁷⁹ (ICJ, 2001) *LaGrand (Germany v. United States of America)*.

écarter cette règle. Quelle pouvait être l'attitude de la Cour suprême ? Les Etats soutenaient qu'ils ne faisaient qu'appliquer leur droit processuel, mais la CIJ considérait que ces droits processuels étaient incompatibles avec l'application effective de la Convention.

L'affaire comportait trois difficultés juridiques, mais c'est la première d'entre elles qui nous retient: un prisonnier peut-il invoquer la protection d'un traité international devant une juridiction étatique ou fédérale, ou le traité ne s'applique-t-il qu'entre les nations signataires ? La majorité de la Cour a jugé que nous n'avions pas besoin de répondre à cette question, mais quatre d'entre nous ont considéré que la Convention pouvait bien être invoquée. Pourquoi ? La distinction est assez subtile. Je crois qu'elle est importante au regard de la question de l'application du droit étranger. Cette question a donné lieu à pas mal de confusions. La décision de la Cour devrait être de nature à y mettre fin. Le Gouvernement ne contestait pas le fait que la Convention de Vienne était *self executing*. Il en déduisait que, certes, ce traité s'appliquait sans qu'une loi de transposition soit nécessaire, mais qu'il ne donnait pas pour autant un droit de recours (*cause of action*) au justiciable. Notre minorité a jugé que ces conclusions n'étaient pas pertinentes. Pour nous, le droit de recours du justiciable provient de ce que le droit de l'Etat l'autorise à se plaindre d'une détention illégale. La question posée à la Cour n'était donc pas celle du droit de recours, mais celle du droit applicable. Et le traité en cause faisait partie du droit des Etats-Unis, et du droit de l'Etat. Il prévalait sur les lois étatiques contraires, et devait donc être appliqué.

L'autre question, qui est moins importante sur le plan des principes, mais qui l'est beaucoup en pratique, est celle des conditions de la sanction du vice de procédure (*procedural default*). Ce problème se posait pour tout ce groupe de requérants, et la majorité de la Cour avait le sentiment que la CIJ ne comprenait pas notre droit. Celui-ci pose en règle que le vice de procédure doit être invoqué devant le tribunal de première instance à peine de forclusion, à moins que le justiciable n'ait eu une bonne raison de ne pas l'invoquer et qu'il puisse invoquer un préjudice. Or seuls trois d'entre nous sont tombés d'accord sur l'idée suivante: la CIJ n'a pas dit que les Etats-Unis devaient renoncer à leur règle de forclusion mais que les Etats devaient d'abord conduire une enquête appropriée. Mais cinq autres juges à la Cour suprême ont considéré que mon approche était trop sophistiquée. Et l'un d'entre eux a écrit une excellente opinion dans laquelle il soutient que nous n'avions pas à décider cette question : l'accusé avait un avocat, cet avocat devait connaître ces règles et aurait pu invoquer le vice de procédure. Et s'il s'avère que l'avocat n'a pas soulevé une exception alors qu'il aurait pu le faire, alors il est toujours possible de faire annuler la sentence pour « conseil insuffisant » (*have the conviction set aside for inadequate counsel*)⁸⁰. Mais nous étions pareillement en désaccord sur la dernière question, à propos de la suppression des preuves.

Une majorité de cinq a décidé que les preuves ne devaient jamais être supprimées du dossier dans ce type de cas. Je pense quant à moi qu'il peut y avoir dans certains cas des raisons de mettre de côté certains éléments de preuve, surtout dans un contexte comme celui-ci où nous essayons de faire produire ses effets à un traité international. Justice Ginsburg a soutenu, avec beaucoup de bon sens, qu'en l'espèce il n'y avait aucune raison de supprimer les preuves. Et peut-être avait-il raison. Mais la réponse que je lui ai faite et que nous avons choisi de juger cette affaire afin de décider de la première des trois questions, mais que nous pourrions aussi bien décider des trois. La réponse à la première question serait : oui, le

⁸⁰ Ndt : « *Inadequate counsel* » ne veut pas dire que l'avocat a donné de mauvais conseils, mais qu'il a commis des erreurs tellement graves que son travail ne peut pas être qualifié de « conseil » aux termes du Sixième Amendement. Pour annuler une condamnation en raison de « conseil insuffisant », il faut montrer que ces erreurs ont eu pour conséquence de priver l'accusé d'un procès équitable.

prisonnier peut invoquer la protection du traité. Deuxièmement : ne nous cachons pas derrière la règle de la forclusion des exceptions de procédure pour refuser de sanctionner la violation du traité. En principe, en effet, cette règle de forclusion s'applique, mais il peut arriver qu'il y ait de bonnes raisons de l'écarter, donc, faisons ce que la CIJ nous dit de faire ... Qu'en est-il de la troisième question, celle des preuves ? C'est une question qui peut être déterminante. Et ici, le requérant avançait des arguments convaincants : s'il avait connu tous ses droits, il n'aurait jamais ouvert la bouche. Mais on pourrait répondre à ceci que les policiers font de toute manière savoir aux personnes qu'ils arrêtent qu'elles ont le droit de consulter un avocat, et que l'avocat leur conseillera de ne rien dire. Oui, mais peut-on imaginer qu'un suspect puisse vouloir renoncer à son droit à consulter un avocat pour plaire à la police mais non à son droit de voir son consul ? Cela n'est pas forcément irréaliste. Donc je crois qu'il ne fallait pas dire "jamais", mais plutôt renvoyer l'affaire aux Etats.

Quelles leçons tirer de ces cas ? Je retiens la suivante : tenter de faire produire leurs effets à ces règles d'origines différentes est quelque chose de complexe, et suppose qu'on envisage d'emblée la situation en termes de *problème juridique*. A cette condition, et en rédigeant prudemment nos décisions, je crois que nous pouvons y arriver.

Observations de Guy Canivet

Sur le fond, après la présentation de Stephen Breyer, je voudrais faire trois brèves observations. La première, d'ordre général, sur la position des Etats-Unis à propos de l'intégration des conventions internationales. La seconde sera sur la question de la reconnaissance, à partir d'une convention d'un droit subjectif pour un individu. Et la troisième sur le droit d'action, dont vous avez parlé, qu'un individu pourrait tirer d'une convention internationale : ce que vous avez appelé un *private right of action to enforce the individual rights*.

Sur le premier point, il est intéressant de comparer à partir de principes identiques comment la Constitution des Etats-Unis et la Constitution française ont abouti à des attitudes différentes en ce qui concerne l'intégration des conventions internationales. Pour reprendre ce qu'a dit Madame Delmas-Marty, il ne s'agit pas de savoir si un système est plus ou moins intégrationniste que l'autre, si un système est moniste et l'autre dualiste. Je pense qu'effectivement, il y a une différence de logique qui n'aboutit pas nécessairement à des solutions plus ou moins favorables à l'application du droit international.

Si je comprends bien, aux Etats-Unis, les juges font une très large place à la position des pouvoirs politiques sur l'application de la norme internationale à partir de l'arrêt *Foster v. Neilson*⁸¹ de 1829. C'est la question du *self-executing*. Le juge va beaucoup se référer à la position du législateur sur le caractère exécutoire du droit international. L'évolution du droit français s'est faite dans le sens d'une prise de pouvoir du juge sur cette question. Dans le droit français, c'est le juge qui décide si une norme internationale est *self-executing*. Il a conquis ce pouvoir. Et dans sa démarche, il distingue deux choses. La première consiste à savoir si cette convention internationale avait été signée et ratifiée par la France. Et si elle n'avait pas été signée et ratifiée par la France, il lui faut savoir si elle participe de la coutume internationale ou du *jus cogens*.

Deuxième position : si cette convention a été signée et ratifiée elle est, par principe, applicable, *self-executing*, en France. Elle est tellement *self-executing* qu'elle a une force supérieure à la loi interne. Et quand on regarde l'article 55 de la Constitution française, on voit qu'on est pas si loin de l'article 6(2) de la Constitution des Etats-Unis et de ce que vous avez dit, aussi bien vous-même que Mireille Delmas-Marty.

Comment le juge s'est-il affranchi du pouvoir politique ? On avait en France une tradition d'interprétation des traités et leur porté. Le fait qu'ils soient d'application directe ou pas, *self-executing* ou pas, relevait de l'interprétation du gouvernement et, en particulier, du ministre des affaires étrangères. Nous nous sommes affranchis de cette interprétation en 1990 par l'arrêt *Gisti* du Conseil d'État⁸² qui a dit que cette référence à la position du gouvernement sur l'application d'une norme internationale était contraire à l'indépendance judiciaire. Et par conséquent, seuls les juges ont eu à l'avenir à décider si cette norme pouvait ou non produire un effet direct.

Il y avait notamment une question délicate, et dont on pouvait penser qu'elle relevait du gouvernement, relative à l'article 55 de la Constitution et à la réciprocité d'application, notamment, des conventions bilatérales. Une question relativement accessoire par rapport au

⁸¹ (US, 1829) 27 U.S. 253.

⁸² Conseil d'Etat, 29 juin 1990, *Gisti*

fond du problème. Il est donc revenu au juge de décider si la convention est d'effet direct ou pas. A partir de quelle méthode ? Quelle méthode utilise-t-il pour regarder si la convention est *self-executing* ? Il se réfère aux principes et aux méthodes du droit international et, en particulier, aux articles 31 et 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸³. Par conséquent, sa source de raisonnement pour savoir si une convention internationale est applicable est le droit international. Et lorsque nous aurons des conventions internationales particulières, c'est à ces conventions internationales particulières qu'on va se référer pour savoir si elles sont d'application directe ou pas.

Sur quoi se fonde ce raisonnement ? Deux critères : celui de l'objet de la convention et celui de la clarté de la disposition. Quant à l'objet de la convention : on va regarder si c'est une convention qui s'adresse à l'État, qui crée des obligations pour l'État, ou qui crée des droits pour des particuliers. Et deuxième démarche, on va regarder si la disposition en cause, et non l'ensemble du traité, est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour que nos juges puissent l'appliquer directement. Dès lors que j'ai dit que c'était le juge qui faisait cette appréciation et que nous savons bien qu'en France nous avons plusieurs ordres de juridictions, on peut avoir des applications divergentes sur les mêmes conventions entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation. La Convention de New York sur les droits de l'enfant a par exemple été pendant longtemps considérée comme applicable par le Conseil d'État avant que, par des arrêts très récents, de 2005; la Cour de cassation considère d'un point de vue judiciaire que cette convention était d'effet direct. L'inconvénient de ce système c'est qu'il peut avoir des raisonnements qui ne sont pas nécessairement les mêmes d'un juge à l'autre sur le caractère d'effet direct d'une convention.

Si je prends l'exemple de l'application de la Convention de Vienne sur les droits consulaires : il y a une décision du Conseil constitutionnel de 1993 qui justement vient poser la question. Le commissaire du gouvernement regardant la Convention de Vienne considérait que son objet était de régler des relations entre Etats. Et pour autant, le Conseil d'État a jugé que cette convention était d'application directe. Il ne s'est pas fondé sur l'un ou l'autre critère mais a regardé que, bien que cette convention, et ce n'est pas contestable, s'applique aux Etats, certaines des dispositions qu'elle contient sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles pour être directement appliquées par les juridictions. Voilà donc ce qui concerne le mode de raisonnement sur le *self-executing*.

Je terminerai sur le troisième point, un peu plus compliqué pour nous, à savoir : qui est la question de savoir si cette convention donne un droit d'action à un individu. Autrement dit, comment est-ce qu'un individu va pouvoir se prévaloir, en droit français, d'un droit tiré d'une convention internationale. La solution générale donnée par le système français est que cela relève de l'autonomie procédurale de l'Etat. Pour se prévaloir, faire exécuter un droit tiré d'une convention internationale, il faut donc utiliser les ressources procédurales créées par le droit national. On part donc du principe qu'on pourra opposer à l'exécution d'une convention internationale toutes les restrictions procédurales que la procédure nationale peut donner : règles de prescription ; forclusion ; compétence ; et dans une des affaires qui nous intéresse sur le droit consulaire, l'autorité de la chose jugée. Or, chacune de ces questions peut poser problème et appelle des réponses nuancées par le système judiciaire français.

⁸³ Convention faite à Vienne le 23 mai 1969. Entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331

La première réponse nuancée porte sur l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) puisque la CESDH contient elle-même une disposition – l'article 13 – qui est le droit au juge pour appliquer la convention. Cette disposition porte en elle-même en germe une dérogation aux dispositions nationales d'application de la règle. Et elle va nous dire, à la fois dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et en droit français, que on peut opposer pour l'application d'un droit tiré de la CESDH des restrictions procédurales françaises à la condition que ces restrictions procédurales ne viennent pas priver dans sa substance même le droit de la Convention dont on demande exécution. Autrement dit, on va regarder la proportionnalité entre l'intérêt du droit qu'on revendique et l'importance de la violation. Des décisions, par exemple en matière de prescription, rappelle qu'on ne peut pas opposer les dépassements d'une règle de prescription de quelques heures, de quelques jours à un droit particulièrement important. Cette première problématique en ce qui concerne l'application de la CESDH pousse le juge national à écarter ou aménager ces règles de procédure internes pour appliquer une norme internationale.

Deuxième problématique, qui est celle du droit communautaire où la jurisprudence communautaire vient dire que pour l'application du droit communautaire le juge national doit ménager toutes les ressources procédurales pour donner plein effet à la norme communautaire. Et on a de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) qui oblige à aménager, voire à créer des actions qui n'existent pas en droit interne pour appliquer le droit communautaire. Et notamment, des actions de suspension d'application de certaines dispositions des institutions communautaires : c'est le fameux arrêt *Factortame* rendu sur la question préjudicielle des anglais⁸⁴. Donc, cette règle d'autonomie procédurale connaît d'abord une limite – et le juge est obligé en France, pour donner plein effet à ces conventions internationales, de moduler l'application de ses restrictions procédurales.

La dernière question, qui me paraît la plus embarrassante en droit français porte sur l'autorité de la chose jugée. Quand une affaire est définitivement jugée, elle est revêtue en France de l'autorité de la chose jugée. En l'espèce, l'affaire étant jugée, on aurait jugé qu'on ne pouvait pas invoquer une convention internationale pour remettre en cause dans l'ordre interne une décision de justice par application d'une norme internationale. La spécificité de la CESDH et la manière dont elle s'applique en France doivent être considérer avant d'aborder la question du droit communautaire.

Une spécificité de la CESDH impose de faire un bref détour par la manière dont les décisions de la CEDH s'imposent dans l'espace d'application de la Convention. C'est *l'imperium* des décisions de la CEDH. On a un système d'application qui est à la fois politique et judiciaire. Après condamnation de la France pour violation d'un droit de la Convention, le Conseil de l'Europe met en place une procédure de vérification d'exécution. On va vérifier d'abord si les satisfactions des condamnations prononcées par la CEDH contre l'Etat pour violation de la Convention ont été exécutées. Il peut s'agir de satisfactions financières. Mais l'exécution peut être aussi de restituer à l'individu dont les droits ont été violés les droits qu'on lui a méconnus. Et par conséquent, s'il a été condamné sur la base d'une violation de la Convention dans l'exécution de la décision de violation, on obligera l'Etat à remettre en cause la décision de condamnation. C'était en France une décision très douloureuse, où l'individu avait été condamné pour l'assassinat d'un policier en violation de

⁸⁴ Arrêt de la Cour de justice, Brasserie du pêcheur et Factortame, affaires jointes C-46/93 et C-48/93 (5 mars 1996)

la garantie de la défense, puisqu'il n'avait pas pu être défendu par un avocat devant la Cour d'Assise. La France était condamnée pour violation de l'article 6 de la Convention et, dans l'exécution de la décision de la Cour, on exigeait de la France la remise en cause de cette condamnation. Et la France répondait, « je n'ai pas de procédure interne pour revenir de façon définitive sur une décision de la Cour d'Assise ». Et la pression politique était telle que la France fut contrainte d'introduire en 2001 une procédure permettant de remettre en cause une condamnation pénale définitive rendue en violation d'une disposition de la Convention. C'est la procédure de réexamen d'une condamnation pénale prononcée à partir d'une condamnation prononcée en violation de la Convention.

Donc, dans l'affaire que vous évoquez, c'est ce raisonnement là qu'on aurait retenu. Avec sans doute une balance de proportionnalité à savoir si la violation de la disposition aurait susceptible d'aboutir à une décision différente ou pas. Et c'est toute la question de savoir si la violation des droits consulaires – c'est pour que votre détour par des rapprochements terminologiques est assez intéressant – si la violation des droits consulaires participe aux droits de la défense ou pas. Est-ce que la défense aurait été différente selon que l'intéressé aurait pu faire valoir son droit consulaire ou pas.

Le troisième et dernier point concerne l'autorité de la chose jugée à l'égard d'une décision de justice rendue en violation du droit communautaire. Dans un arrêt récent, la CJCE a décidé que l'application du droit communautaire n'est pas d'une force telle dans notre système juridique qu'elle serait capable de remettre en cause les décisions jugées définitivement en méconnaissance du droit communautaire. Les deux ordres juridiques ne jouent manifestement pas de la même manière. Il est vrai qu'un ordre intéresse directement les garanties fondamentales et les condamnations pénales alors que l'autre n'intéresse qu'un marché unique, pour l'instant, et des droits qui sont de nature civils.

Relevons pour conclure que ce qui diffère fondamentalement entre le raisonnement d'un juge français et le raisonnement d'un juge des Etats-Unis porte sur ce que Mireille Delmas-Marty analyse comme la judiciarisation du droit international. Qu'est-ce qui fait que le juge français intègre nécessairement et la CEDH et le droit communautaire ? Le fait que la CEDH aussi bien que le droit communautaire ont leur juridiction d'interprétation et d'application et que ces deux juridictions ont un *impérium* fort. Elles ont un pouvoir qui leur permet d'obliger les Etats à appliquer ces dispositions internationales. Si les Etats s'y soustraient, il y a des sanctions qui peuvent soit frapper les Etats soit remettre en cause – c'est ça qui me semble intéressant – la régularité d'une décision définitive dans l'ordre interne en vertu de ce qu'elle aurait violé le droit international.

Observations de Harold Hongju Koh (traduit de l'anglais par Emmanuel Breen)

Les deux affaires me semblent illustrer trois idées principales. D'abord, on observe, au cours du temps, certaines hésitations dans la manière dont l'interprétation constitutionnelle américaine fait une place au droit international et aux droits étrangers, et ceci s'explique par la coexistence de deux philosophies. L'une est nationaliste, l'autre est transnationaliste. Le Juge Breyer est le chef de file intellectuel des transnationalistes, et le Juge Scalia celui des nationalistes. Mais ce qui complique les choses, c'est que ce débat n'agite pas seulement la Cour suprême, mais également le Congrès, qui, depuis longtemps, y participe de manière active.

La seconde idée est qu'en ce moment précis les transnationalistes ont une courte majorité de cinq contre quatre, le Juge Kennedy étant le vote pivot.⁸⁵ On le voit bien dans ces deux affaires : dans *Hamdan* il se range du côté des transnationalistes et dans *Sanchez-Llamas* de celui des nationalistes. C'est le Juge O'Connor qui était ce pivot avant lui, mais aujourd'hui c'est son vote qui sera déterminant dans les deux affaires à juger en 2008.

La troisième idée est relative aux critiques que les nationalistes adressent aux transnationalistes. La première, c'est qu'il n'existe pas de méthodologie judiciaire pour l'application du droit international. La seconde, c'est que cette application est anti-démocratique. Et la troisième, c'est qu'elle est anti-américaine. Le Juge Breyer a réalisé un travail considérable pour réfuter ces arguments.

Les critiques des nationalistes déforment quelque peu la position des transnationalistes: ils la décrivent comme préconisant l'incorporation automatique de toutes les règles de droit international dans le droit domestique, d'une manière ou d'un autre. Et ils réagissent en proposant leur solution, qui est l'absence complète d'incorporation. Mais on voit bien que la règle que défend le Juge Breyer dans l'affaire *Sanchez-Llamas* est une règle d'incorporation sélective au cas par cas. Le choix qu'il propose de faire n'est donc pas entre tout ou rien, mais entre certaines formes de cas par cas, et d'autres. Et c'est à l'évidence dans cette direction que nous devons aller dans les années qui viennent.

Mais revenons à la première idée et aux deux traditions. Comme j'ai pu déjà l'écrire, mon point de vue est que le transnationalisme constitue la tradition américaine originelle⁸⁶. C'est ainsi que nous évoquons « le respect dû aux opinions de l'humanité » ("*decent respect to the opinions of mankind*"). L'arrêt *McCullough v. Maryland* lui-même commence par ces mots : "si un énoncé recueille l'assentiment universel de l'humanité ... » ("*if any proposition commands the universal assent of mankind ...* "). Cette approche internationaliste n'est d'ailleurs pas surprenante dans un petit pays tentant de se faire respecter dans le système international. Par exemple, dans *Timor Leste*, les juges ne cessent d'évoquer la manière dont le pays s'insère dans le système international : n'étant pas en situation d'imposer leur droit, ils cherchent à en montrer la compatibilité avec les standards internationaux.

L'expression la plus forte, ou la plus claire, de cette approche transnationaliste se trouve dans l'opinion concourante du Juge Blackmun dans l'affaire *Aerospatiale* (1987): « les juridictions américaines doivent avoir égard, au-delà des intérêts nationaux, à l'intérêt mutuel de toutes les nations dans le bon fonctionnement du système international ». Autrement dit,

⁸⁵ Ndt : propos tenus le 15 mai 2007

⁸⁶ « International Law As Part of Our Law », *American Journal of International Law*

les juges nationaux font partie d'un système international. De la même manière que les juges étatiques doivent prendre leurs décisions à la lumière des exigences du système fédéral, les juges nationaux doivent également prendre en compte – parfois, mais pas toujours – celles du système international.

Mais c'est là toucher à un point de désaccord entre transnationalistes et nationalistes. J'en ai identifié cinq⁸⁷. Les transnationalistes croient à l'interdépendance, les nationalistes à l'autonomie. Les transnationalistes tendent à penser qu'il existe un ensemble mixte de règles nationales et internationales alors que les nationalistes ne voient qu'une stricte séparation. Les transnationalistes considèrent que les juges peuvent jouer un rôle dans l'internalisation des règles internationales et étrangères, mais les nationalistes raisonnent en positivistes et réservent ce rôle aux pouvoirs politiques. Les transnationalistes se soucient de l'émergence d'un système juridique international quand les nationalistes ne s'intéressent qu'au système national. Enfin, les transnationalistes pensent que des principes comme ceux de la courtoisie (*comity*)⁸⁸ ou de la retenue judiciaire (*judicial restraint*) permettent aux juges de contrôler l'action internationale de l'Exécutif. Au contraire, les nationalistes sont d'avis que l'action de l'Exécutif dans le domaine international doit être très libre et doit faire l'objet, de la part des juges, d'une grande déférence.

Ces oppositions expliquent à mon avis la plupart des débats au sein de la Cour suprême à propos des affaires de ce type et il serait possible d'en donner de nombreuses illustrations. Mais on peut aussi s'attaquer directement aux trois critiques que les nationalistes adressent aux transnationalistes : absence de méthodologie, position anti-démocratique et anti-américaine. Il faut à cet égard commencer par montrer qu'il existe bien une méthodologie constitutionnelle, qu'a développée le Juge Breyer, pour intégrer le droit international ou étranger. Elle consiste à y faire appel, pour l'interprétation de la Constitution, dans trois situations différentes que je propose d'appeler de la manière suivante : règles parallèles, leçons empiriques et standards communs de la communauté.

Par "règles parallèles", je fais référence au cas où une règle existe dans deux systèmes juridiques. Devons-nous alors nous intéresser à la manière dont la règle est interprétée dans l'autre système ? Il en va ainsi, par exemple, à propos du *due process of law*, qui implique une certaine forme d'audition des parties. Quelles sont les obligations à ce titre dans d'autres systèmes qui reconnaissent également le *due process of law* et ont souscrit à ce titre des obligations internationales – par exemple au titre du Pacte International sur les droits civils et politiques ou de l'article 3 commun des Conventions de Genève ?

La seconde situation, que le Juge Breyer discute dans l'affaire *Printz*, c'est celle qui concerne des questions d'ordre structurel, auxquelles un autre pays a apporté des réponses et dont nous pourrions tirer des leçons pratiques. Il serait proprement dément de refuser de prendre en compte ces expériences, qui peuvent nous apprendre quelque chose sans que nous nous soyons donnés la peine de les mener.

La troisième situation est celle où l'on est face à ce que j'appellerais des « standards sociaux » (*community standards*) comme ceux qu'il évoque dans les affaires relatives à la peine de mort. A la question, que je lui posais récemment, de ce qu'il pensait du processus de globalisation, le Juge Alito m'a répondu que cela était bien mais que, tout de même, on ne

⁸⁷ V. art. préc.

⁸⁸ Ndt : Les règles de « *comity* » (courtoisie) tendent à interdire au juge national d'empiéter, d'une manière ou d'une autre, sur les compétences d'un juge étranger.

pouvait pas procéder par voie de sondage international et que, d'ailleurs, il n'y avait pas de point de référence. Je lui ai répondu, dans l'esprit des positions du Juge Breyer, : « Et qu'en est-il du caractère « inhabituel » des « peines cruelles et inhabituelles » (*cruel and unusual punishment*) ? Ce terme implique bien qu'on choisisse un point de référence, un standard social ... Est-ce « inhabituel » à New-York, aux Etats-Unis, dans le monde occidental, ou encore globalement ? ». Je ne l'ai pas convaincu. Mais tout de même, pensez à l'affaire *Atkins v Virginia* : les Etats-Unis sont le seul pays au monde à exécuter des personnes atteintes d'un handicap mental. Un pays sur 189 : si cela n'est pas inhabituel ! Il ne s'agit pas ici de procéder par voie de sondage international, mais tout simplement d'admettre qu'une pratique aussi isolée dans le monde ne peut pas ne pas être considérée comme inhabituelle ...

Ceci répond, je crois à la critique méthodologique, même si bien sûr la question du choix de la méthodologie est ouverte au débat. Qu'en est-il de la critique tirée du caractère anti-américain du point de vue transnational ? Tout dépend du point de savoir, bien entendu, si l'on applique des normes spécifiquement américaines ou si ces normes sont partagées par d'autres pays. Or il existe aujourd'hui beaucoup de concepts juridiques globaux, ou communs à plusieurs pays. Le dire n'a rien d'anti-américain, mais revient tout simplement à reconnaître que le système juridique des Etats-Unis et celui d'autre pays sont fondés sur certaines valeurs communes.

Enfin, l'approche trans-nationale est-elle anti-démocratique ? Cela revient à poser, de manière plus générale, la question du rôle des juges dans l'interprétation constitutionnelle. Les juges sont constamment en train d'appliquer des règles de conflit de normes qui les conduisent à appliquer une règle issue d'un autre système juridique. Cela ne fait pas pour autant d'eux des ennemis de la démocratie. La vraie question, à cet égard, est de savoir si le processus par lequel ils parviennent à ce résultat est raisonnablement fondé dans les exigences de la Constitution. Or il ne me semble pas moins démocratique d'appliquer une règle incorporant une référence au droit international ou étranger que d'appliquer, comme on le fait dans certaines circonstances, une règle de droit californien dans l'Etat de New-York.

Mais comment ces considérations d'ordre général entrent-elles en ligne de compte dans les affaires dont la Cour suprême a eu à connaître et qui touchent soit au 11 Septembre, soit à la Cour internationale de Justice ?

Le Juge Breyer nous a dit que ces deux affaires avaient à voir avec *Erie v. Tompkins*, mais je suis davantage convaincu par la position défendue par William A. Fletcher dans son excellent article paru à la *Virginia Law Review*⁸⁹. *Erie* traitait, pour l'essentiel, de la question du fédéralisme, et de la question de savoir s'il était possible de considérer le droit international ou étranger comme intégré au droit fédéral lorsqu'une affaire avait une dimension étrangère ou internationale. Et le jour même où la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Erie*, elle a également rendu une autre décision, *Hinderlider v. La Plata*⁹⁰, par laquelle elle juge que, même lorsque cette dimension existe, les règles fédérales spécialisées de *common law* continuent à s'appliquer. Et c'est exactement cette approche que la Cour a maintenue dans les affaires *Sabbatino*⁹¹ et suivantes. L'application de ces règles de

⁸⁹ William A. Fletcher, "International Human Rights in American Courts", *Virginia Law Review*, Vol. 93 (2007), p. 653

⁹⁰ (US, 1938) 305 U.S. 668.

⁹¹ (US, 1964), *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398.

common law caractérise-t-elle une violation du Xème Amendement ?⁹² Non, pas plus que ne la caractérise une application de règles relatives à la pollution inter-étatique dans un domaine où le *common law* fédéral trouve à s'appliquer. En d'autres termes, le Xème Amendement ne trouve pas du tout à s'appliquer dans ce type de cas, et la référence à l'affaire *Erie* n'est donc pas, je crois, pertinente.

Dans l'affaire *Hamdan*, il me semble qu'il y a deux choses particulièrement importantes. D'abord, la reconnaissance du fait que la norme internationale est incorporée en droit américain par un texte législatif, le Code uniforme de justice militaire (*Uniform Code of Military Justice*) et que la Cour a le pouvoir d'interpréter les termes de cette transposition législative qui proviennent du droit international – en l'occurrence le droit de la guerre. Dans cette affaire, le Gouvernement invoquait en somme un changement de paradigme : en cas de guerre, le droit cesse de s'appliquer. Mais, en fait, non seulement il existe un droit de la guerre, mais les juridictions ont le pouvoir de l'interpréter. Le Congrès a incorporé en droit américain les termes "le droit de la guerre" tout comme il a incorporé les termes "en violation du droit des nations", et il revient aux juridictions américaines de les interpréter.

Le deuxième grand apport de l'arrêt *Hamdan* tient au fait que l'article 3 commun des Conventions de Genève est traité comme un standard humanitaire minimal, comme une sorte de règle de *jus cogens* en matière de droits de l'homme. Après cette décision, j'ai été auditionné au Sénat et un sénateur m'a dit « Professeur – ce n'est jamais bon signe quand ils vous appellent « professeur » ! – les terroristes n'ont pas signé les Conventions de Genève ... ». Je lui ai répondu que les baleines n'avaient pas non plus signé le Traité de protection des baleines. Il ne s'agit pas ici de droits et obligations réciproques au titre d'un traité, du type de ce qui est prévu par la Convention de Vienne, mais d'un standard humanitaire minimal imposé au nom de la protection juridique des droits de l'homme.

Je me suis rendu à Guantánamo en 1992 dans le cadre de l'affaire des réfugiés haïtiens et déjà à cette époque la question se posait de savoir quel droit s'appliquait sur ce territoire. Et, déjà, le Gouvernement soutenait que la Constitution des Etats-Unis ne s'y appliquait pas. Mais nous avons tout de même découvert qu'une loi contre les machines à sous s'y appliquait ! Il n'a existé, dans l'histoire des Etats-Unis, que trois autres entités similaires à Guantánamo : la zone du Canal de Panama, avant sa restitution, les territoires sous "trust" des Mariannes septentrionales et le secteur militaire de Berlin, avant sa restitution. Tous ces territoires ont changé de statut, sauf Guantánamo, qui conserve son double statut d'extraterritorialité et de juridiction exclusive. Mais tout de même : les iguanes de Guantánamo sont bien protégés par le droit américain de l'environnement. Alors comment se peut-il qu'aucune règle n'y protège les êtres humains ?

En 1994, maintenant, j'ai recueilli le témoignage d'un juriste américain à propos du statut des cubains de Guantánamo. Il m'a dit que la Constitution des Etats-Unis ne s'y appliquait pas. Et quand je lui ai demandé quel droit s'appliquait, il m'a répondu : « aucun ». Alors, je lui ai posé les questions suivantes : "Est-il possible de discriminer quelqu'un en raison de la couleur de sa peau, simplement parce qu'il se trouve à Guantánamo? Peut-on y convertir de force un musulman au christianisme ? Peut-on y contrôler à l'avance l'expression de sa pensée ? Peut-on y forcer une femme à avorter ?" Il m'a répondu alors que le droit international des droits de l'homme s'appliquait à Guantánamo. Il faut bien, en effet, qu'un droit quelconque s'y applique, et le droit américain reste, à cet égard, le meilleur candidat.

⁹² Ndt : Le Xème Amendement à la Constitution des Etats-Unis pose le principe d'une compétence de droit commun des Etats fédérés, et d'une compétence simplement d'attribution de la Fédération.

Mais le Gouvernement des Etats-Unis reconnaît déjà tout de même que le droit international des droits de l'homme s'y applique. Il me semble donc que cette question devrait pouvoir être réglée sans trop de difficultés.

Ce que le Juge Breyer veut dire, en fait, c'est que la décision *Hamdan* signifie que lorsqu'une loi (en l'occurrence le Code uniforme de justice militaire) se réfère à un corpus de droit international coutumier qui est bien connu du juge et dont les dispositions sont claires et prévoient l'intervention de tribunaux régulièrement constitués (afin d'éviter les procédures d'exception), alors la question importante, pour le juge qui applique ces dispositions, devient : « A quelles conditions considère-t-on, de manière générale, qu'un tribunal est régulièrement constitué ? ». Dans un second temps – et c'est l'objet de l'affaire *Hamdi*⁹³, la question deviendra : « Quelles garanties de procédures sont applicables devant ce tribunal ? ». Ceci n'exclura pas, d'ailleurs, que, parfois, le niveau de garantie (*the level of due process*) reste moins élevé que dans le cadre d'une procédure civile de droit commun.

Il faut observer, toutefois, que les lois votées expriment également une philosophie en matière d'internationalisation du droit américain. Le législateur américain a exprimé sa préférence pour la conception nationaliste au moins à quatre reprises. Ainsi, en 1799, l'Etat du New-Jersey a posé en principe qu'aucune décision de justice anglaise ne devait être reçue par les juridictions de l'Etat du New Jersey. En 1952, l'Amendement Bricker a énoncé qu'aucun traité ou accord international ne devait intervenir pour régir les droits des citoyens qui étaient placés sous la protection de la Constitution des Etats-Unis. En 2005, l'Amendement Feeney, ou "Loi de restauration de la Constitution" (*Constitution Restoration Act*) a interdit aux juridictions de se fonder sur le droit d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale. Enfin, en octobre 2006, la Loi sur les commissions militaires (*Military Commissions Act*) a interdit de se fonder sur des sources étrangères pour interpréter les termes des Conventions de Genève et a conféré au Président la compétence interprétative en la matière. Ceci réduit à néant le rôle des juridictions, limite le champ d'application de la Loi sur les crimes de guerre (*War Crimes Act*)⁹⁴ et neutralise l'*habeas corpus*. Or même le Juge Scalia a dit que le Congrès n'avait pas le pouvoir d'aller jusque-là ! Si, donc, le Congrès n'a pas manqué, au fil des années, de tenter de limiter les velléités de la Cour suprême de s'intéresser au droit étranger, il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'une attitude inhérente à la fonction judiciaire.

Quant à la Constitution de l'Afrique du Sud, elle prévoit, dans sa Section 39, que, pour l'interprétation de la Déclaration des droits (*Bill of Rights*), les juridictions *doivent* prendre en compte le droit international et *peuvent* prendre en compte le droit étranger ...

Quelques mots, pour conclure, sur l'affaire *Sanchez-Llamas* : comme l'a fait remarquer le Juge Breyer, cette affaire est déjà venue cinq fois devant la Cour suprême, depuis l'affaire *Breard* en 1998. Ces affaires se sont toujours mal présentées. Ainsi, en particulier, l'affaire *Breard* est arrivée pendant le week-end de Pâques. L'administration Clinton (que je n'avais pas encore rejointe !) a alors fait une erreur: Madeline Albright a écrit à George Allen, le Gouverneur de la Virginie, pour lui dire que l'exécution mettait à mal notre politique étrangère. Mais elle aurait dû donner instruction au *Solicitor General* de demander un sursis pour des raisons de politique étrangère, ce qu'elle n'a pas fait. Si, par l'effet d'une meilleure capacité d'organisation, cette administration avait fait cette démarche, le sursis aurait certainement été accordé et l'affaire renvoyée en session complète de jugement (plenary argument). A la place de cela, *Breard* a été exécuté avant l'expiration du délai de

⁹³ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

⁹⁴ 18 U.S.C. §2441.

l'action en *habeas corpus* et on cite maintenant cette décision sommaire à titre de précédent, alors que l'affaire n'a pas été pleinement jugée.

La deuxième affaire, l'affaire allemande, n'était pas meilleure, parce qu'étaient en cause deux frères venant de l'Arizona, et que deux juges de la Cour suprême venaient également de l'Arizona. En outre et surtout, l'un des deux frères avait déjà été exécuté, ce qui rendait très difficile le fait de soutenir que le second devait être traité différemment, alors qu'au cours de la procédure ils avaient été informés de la même manière, au même moment. Il est tout de même sorti une bonne chose de ces affaires: à partir de 1998, le Département d'Etat a modifié ses pratiques et a fait connaître à tous l'obligation prévue dans la Convention de Vienne. Et la police a commencé à notifier leurs droits consulaires aux étrangers ... D'ailleurs, de moins en moins de problèmes se posent à cet égard : désormais, seuls les avocats parfaitement incompetents ignorent tout de la Convention de Vienne.

Ajoutons deux choses. Premièrement, les Etats-Unis ont eux-mêmes invoqué la Convention de Vienne devant la CIJ. C'était en 1980, à propos de la prise d'otages en Iran : les Etats-Unis se sont dépêchés de saisir la CIJ, ont obtenu un jugement et n'ont pas hésité à l'invoquer. Il est donc inimaginable que les Etats-Unis n'acceptent pas, à leur tour, l'autorité de la CIJ à ce propos. C'est d'ailleurs pour cette raison que, dans l'affaire *Medellin*⁹⁵, le Président Bush et Condoleeza Rice ont prescrit le respect de la décision de la CIJ, et que la question de la constitutionnalité de cette prescription a été soumise à la Cour suprême. Deuxièmement, il faut en finir avec l'argument selon lequel les Etats-Unis sont un grand pays et qu'il n'est pas possible d'assurer le respect de ce droit procédural sur tout le territoire : c'est un argument que nous n'acceptons pas nous-même de la part de la Chine lorsque nous l'interrogeons sur la mise en oeuvre des traités internationaux de protection des droits de l'homme !

Quel est, finalement, l'apport de la décision *Sanchez-Llamas*? Il tient, d'abord, à cette conclusion que les règles procédurales des Etats n'ont pas le caractère de règles fondamentales et de standards minimums en matière de droits de l'homme, comme l'article 3 commun des Conventions de Genève, ou les normes applicables en matière de génocide. Mais l'apport de cette décision tient encore plus à la réponse qu'elle apporte à la question suivante : quel degré de respect une juridiction américaine doit-elle montrer à l'égard de la décision d'une juridiction internationale, lorsqu'elle interprète des dispositions nationales critiques pour la mise en oeuvre effective de la décision internationale ? Dans son opinion rédigée pour la majorité, le Président Roberts a écrit qu'il n'était pas nécessaire d'appliquer à la lettre la décision de la CIJ mais qu'il fallait lui accorder une « considération respectueuse » (*respectful consideration*). Ce terme, repris de la décision *Breard*, sera le point d'ancrage de la jurisprudence future. C'est moins que la « courtoisie » (*comity*), et c'est certainement moins que la « reconnaissance mutuelle » (*full faith and credit*), mais cela doit tout de même induire un certain degré de prise en compte. Et ce qui est important, c'est que, dans son opinion, le Juge Breyer adopte ce standard de la considération respectueuse, tout en indiquant qu'il ne peut pas s'accompagner de la mise à l'écart pure et simple de deux décisions de la CIJ, ce qui me semble juste.

Pour conclure, citons l'Ambassadeur Felix Rohatyn, qui pense que l'histoire est de notre côté, et qui l'écrit dans les termes suivants dans un éditorial du *New York Times* à

⁹⁵ Cette affaire a fait l'objet d'une présentation par le Juge Breyer et d'une discussion par Olivier Dutheillet de Lamothe et Charles Fried lors de la troisième réunion du réseau ID franco-américain qui s'est tenue à Paris les 1^{er} et 2 juillet 2008.

l'époque de l'affaire Medellín: "La mondialisation fait que la prise en compte du droit étranger est à la fois pertinente, utile et vitale. Le mépris pour les lois de nos alliés ne fera qu'accroître notre isolation dans le monde. Nous devons comprendre, sinon respecter, les croyances des autres peuples. Notre Constitution est d'ailleurs le prolongement des idées des Lumières qui ont incubés sur le Continent. Et prendre en compte le point de vue de 450 millions d'Européens n'est ni un signe de faiblesse, ni un engagement à changer nous-même de point de vue. C'est simplement reconnaître que sont dignes d'intérêt les lois de ceux qui sont nos alliés principaux, nos principaux investisseurs étrangers, importateurs, clients et partenaires commerciaux".

C. La primauté du droit communautaire sur la Constitution française

New York City, 2007

Olivier Dutheillet de Lamothe

The Primacy of Community Law over National Constitutions: the Case of France and Spain

1. The principle of primacy of Community law over national law results from the European Court of Justice case-law.

In its landmark Decision *Costa v. Enel* in 1964, the European Court of Justice ruled that: “By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the treaty, became an integral part of the legal systems of the member states and which their courts are bound to apply.

By creating a community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international level and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves.

The integration into the laws of each member state of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the treaty, make it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity. Such a national measure cannot therefore be inconsistent with that legal system.

*It follows from all these observations that the law stemming from the treaty, an independent source of law, could not, because of its special and original nature, be overridden by domestic legal provisions, however framed, without being deprived of its character as community law and without the legal basis of the Community itself being called into question. The transfer by the States from their domestic legal system to the community legal system of the rights and obligations arising under the treaty carries with it a permanent limitation of their sovereign rights, against which a subsequent unilateral act incompatible with the concept of the community cannot prevail” (E.C.J. *Costa v. Enel* N° 6-64 July 15, 1964).*

The E.C.J. has concluded from these principles “that a national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provision by legislative or other constitutional means”. (E.C.J. *Simmmenthal* N° 106/77 March 9, 1978)

National Courts and, in particular French courts, recognize fully this primacy of European law over legislation and regulations. They do not hesitate to set aside statutes and

regulations, which they deem to be contrary to European law. But the Courts do not recognize this primacy of European law over the Constitution itself: the French Conseil d'Etat and Cour de Cassation have ruled that, in the domestic legal order, the Constitution must prevail according to article 55 of the French Constitution (C.E., Ass., October 30, 1998, *Sarran*; Cass. Ass., June 2, 2000, *Fraisse*). This article states that international law prevails over statutes but not over the Constitution: "Treaties or agreements duly ratified or approved shall, upon publication, prevail over Acts of Parliament, subject, in regard to each agreement or treaty, to its application by the other party".

The principle of primacy of European law was written down in a Treaty for the first time in the Treaty establishing a Constitution for Europe. Article I-6 of this Treaty states: "*The Constitution and law adopted by the institutions of the Union, in exercising competences conferred on it, shall have primacy over the law of the Member States*". So the question was: Does this article settle a primacy of European law not only over statutes but over the Constitution itself? In the case of France, is this article contrary to article 55 of the Constitution? To this basic, fundamental question, the French Constitutional Council and the Spanish Constitutional Tribunal have given a similar answer.

2.1. The French Constitutional Council based its Decision on the Treaty establishing a Constitution for Europe as well as on the French Constitution - not on its article 55 which regards international law in general, but on its article 88-1 which concerns specifically the European Union. This article was introduced to allow the ratification of the Treaty of Maastricht. It now provides for a specific constitutional basis for the European Community. It states: "*The Republic shall participate in the European Communities and in the European Union constituted by States which have freely chosen, under the treaties that established them, to exercise some of their powers in common*". The Council ruled that "the drafters of this provision thus formally acknowledged the existence of a Community legal order integrated into the domestic legal order and distinct from the international legal order". So, the Council now fully recognises the specificity of Community law within international law.

The French Conseil d'Etat recently joined this position, and also ruled that the primacy of Community law is based on article 88-1 of the Constitution and not on article 55 (C.E., Ass, January 26, 2007, *Arcelor*).

2.2. To decide whether article I-6 of the Treaty establishing a Constitution for Europe was contrary or not to the French Constitution, the Council developed an argument in two points: first point, the Treaty establishing the European Constitution is not a Constitution but a Treaty (§ 9); second point, if it is a Treaty, we have to look for, to interpret it, the common intention of the parties. What scope did they intend to give to article I-6?

Three elements were to be taken into account. First, article I-6 comes immediately after article I-5 which states: "The Union shall respect national identities of Member States inherent in their fundamental structures, political and constitutional". Then, the inter-governmental Conference made a Declaration on Article I-6 according to which "The Conference notes that Article I-6 reflects existing case-law of the Court of Justice of the European Communities and of the Court of First Instance". So the conclusion was that "the whole provisions of the Treaty, particularly the close proximity of Articles I-5 and I-6 thereof, show that it in no way modifies the nature of the European Union, nor the scope of the principle of the primacy of Union law as dully acknowledged by Article 88-1 of the Constitution, and confirmed by the Constitutional Council in its decisions referred to hereinabove". Hence Article I-6 does not entail any revision of the Constitution and the French Constitution keeps its place "at the summit of the domestic legal order".

2.3. By referring to its previous decisions, the Council wanted to reserve the hypothesis where a Community Act would run counter a rule or principle inherent to the constitutional identity of France.

The Constitutional Council has expressly ruled that “the transposition of a directive cannot run counter to a rule or principle inherent to the constitutional identity of France”, that is for example the principle of secularism in the French meaning of the word (Decision n° 2006-540 DC dated July 27, 2006).

3. Confronted with the same question – the compatibility between article I-6 of the Treaty establishing a Constitution for Europe and the Spanish Constitution – the Spanish Constitutional Tribunal gave the same answer in its Declaration of 13 December 2004.

3.1. As the French Constitutional Council based its decision on article 88-1 of the French Constitution, the Spanish Constitutional Tribunal based its decision on article 93 of the Spanish Constitution which provides for a specific basis for the European Community. This provision reads: “*By means of an organic law, authorisation may be granted for concluding treaties by which powers derived from the Constitution shall be vested in an international organisation or institution*”. The Court acknowledged that the integration of Community law in the Spanish legal order entails inevitable limits to sovereign state powers, which are “only acceptable to the extent that European law is compatible with the fundamental principles of the social and democratic State, subject to the rule of law, established by the national Constitution”. The Court then admitted that these substantial limits are not explicitly mentioned in the Constitution but must be implicitly derived from the Constitution and the essential meaning of Article 93 of the Spanish Constitution itself. These limits imply respect for State sovereignty, for Spain’s basic constitutional structures and for the system of fundamental values and principles recognised by the Spanish Constitution, especially its fundamental rights. As long as these limits are observed, which is the case, Article 93 allows the adherence to a treaty that assigns to other legal orders the exercise of powers derived from the Constitution.

3.2. As regards the issue of primacy of European law over the Spanish Constitution and the conformity of article I-6 with the Spanish Constitution, the Spanish Tribunal followed the same reasoning that the French Constitutional Council.

First, the Court scrutinised the meaning of Article I-6 within the context of the European Constitution. The Court observed that Article I-6 intends to reflect no more than the existing case-law of the Court of Justice of the European Communities and that the primacy of Union law is limited to the area where the European institutions exercise the powers assigned to them. That primacy is not imposed as a superior hierarchy but as an “existential requirement” of Union law in order to achieve direct effect in practice and uniform application in all member states.

According to the Court, Articles I-2 and I-5 (1) of the Treaty guarantee sufficiently that Spain’s basic constitutional structures and the fundamental rights recognised in the Spanish Constitution will be observed. Interesting is the Court’s observation in this context that Article II-113 of the Treaty expressly establishes that nothing in the Charter shall be interpreted “as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised (...) by the Member States’ constitutions”. These provisions, amongst others, guarantee the existence of the states and their basic structures, as well as their values, principles and fundamental rights.

In sum, the Treaty does not substantially change the existing situation. Rather, it should be noted that the competences the exercise of which has been transferred to the

European Union could not, without breaching the Treaty itself, serve as a basis for the production of European law whose contents are contrary to the values, principles or fundamental rights of the Spanish Constitution.

Following from that interpretation of the Treaty establishing the European Union, the Court found, that there is no contradiction between the proclaimed primacy of European law over Spanish national law in Article I-6 of the Treaty and the Spanish Constitution's proclamation of supremacy.

4. This position, which preserves the constitutional identity of the Member States, is in fact common to all European constitutional courts.

The German Constitutional Court had paved the way. According to its case law, which has developed gradually, it has ruled that as long as (Solange) the European Court of Justice exercises review of the respect of fundamental rights at the community level, it does not have to control whether a community law violates the fundamental rights guaranteed by the German Constitution. The renunciation to review remains conditional (29 May 1974, Solange I, confirmed by Solange II, III and IV).

The Italian Constitutional Court, which thoroughly recognizes the primacy of Community Law, has reserved the right to safeguard "*the supreme principles of the Italian legal order*" (Sentenza N° 232, 13 April 1989, Fragd). I recommend reading the *Fragd* decision, because it's written in the Roman style – very developed and flourished – and it develops over several pages the idea that we of course have common values, common liberties, and common fundamental rights that are protected at the Community level, but we cannot exclude that we Italians have our own values and have a right to have them respected if necessary by Community law.

Therefore, the process of community integration has built up, to quote the beautiful words of Mrs. Delmas-Marty, an "*ordered pluralism*": pluralism of the national legal orders integrated into one single community legal order. The national values proper to each Member State mark the limits of this integration. It is this basic reality that article I-5 of the Treaty, establishing a Constitution for Europe, recognizes: "*The Union shall respect the national identities of its Member States, inherent in their fundamental structures political and constitutional*".

The absence of these guarantees justified the reservations the constitutional courts of Germany, Italy and France made with regard to the primacy of European law as such guarantees had not been laid down in the previous and present European treaties. In other words, the limits those other courts' reservations referred to are now unequivocally proclaimed in the Treaty itself, which has accommodated its provisions to the exigencies of the member states' constitutions.

Intervention de Jean Massot

I'd like to mention two questions. First: what are the consequences for both Courts of the obligation provided for in article 88-1 of the Constitution to transpose a directive? Second: does the new case-law of both Courts prevent France from any clash with the ECJ?

I) Consequences for the Conseil Constitutionnel and the Conseil d'Etat of the constitutional obligation to transpose a directive

I 1) Conseil Constitutionnel and statute transposing a directive

The most relevant decisions of the Conseil Constitutionnel are 2004-496 DC of June 10, 2004, and 2006-540 DC of July 27, 2006.

From those decisions, it henceforth results that when they have to decide on the constitutionality of a statute transposing in domestic law a community directive, the Constitutional judges examines two questions:

a) Is the statute in accordance with the directive? This is something new for the Conseil Constitutionnel: before 2004, the Conseil Constitutionnel refused to exercise such a control left to the national Courts and the ECJ. But it is a very limited control for two reasons. First, the directives are more and more frequently so precise that the national legislator has a very minute margin of choice. Second, if there is such a possibility of choice, the Conseil Constitutionnel, which has to decide within a very limited period of time – generally one month – cannot refer the matter to the ECJ. So, the Constitutional Court would only declare that a statute violates the constitutional obligation of article 88-1 of the French Constitution if the contradiction with the directive is manifest.

b) Is the statute in accordance with other French Constitutional principles as article 88-1? Here the problem, raised for the first time by the Conseil Constitutionnel in 2004, is that if the statute “merely draws the necessary conclusions from the unqualified and precise provisions of a directive”, checking the constitutionality of the statute would mean checking the constitutionality of the directive. Here again, the control of the Constitutional Court is limited. It is only if the violated principle is “inherent to the constitutional identity of France”- that is has no equivalent in Community law or ECJ case law, that the domestic statute could be quashed.

I 2) Conseil d’Etat and statute or regulation transposing a directive

a) Already before the *Arcelor* decision, the Conseil d’Etat checked, at least since 1984, the compatibility of a regulation transposing a directive with the objectives of that directive (Fédération française des sociétés de protection de la nature December 7, 1984, Olivier Dutheillet de Lamothe commissaire du gouvernement) and since 1992 the compatibility of a statute with a directive (Ass. SA Rothmans International France and others, February 28, 1992, decision coming from a Chamber I was presiding at that time). Of course, if the answer to that question is not obvious, the Conseil, as the other national Courts in Europe, will refer the matter to the ECJ (Sect. Association Greenpeace France, October 6, 1998) (something, as already mentioned, not possible for the Conseil Constitutionnel), but it can also quash the regulation if it’s quite obvious that it’s contrary to the directive.

b) A new issue for the Conseil d’Etat was raised by the *Arcelor* case. Could a national Court check the constitutionality of a regulation strictly recopying a directive? Mattias Guyomar will explain the reasons that lead the Conseil d’Etat to adopt a solution, here again, very close to the decisions of the Conseil Constitutionnel of 2004 and 2006. I’ll just mention here that the wording of the *Arcelor* decision is slightly different from the one of the Conseil Constitutionnel, not only due to the fact that the Conseil d’Etat referred the case to the ECJ, but also because instead of mentioning “principles inherent to the national identity of France” implicitly meaning “without equivalent in Community law”, the Conseil d’Etat preferred a positive wording. The national judge checks in Community law if the relevant constitutional principle exists or not at the Community level. If it does, the question should be answered in view of that principle, either on national level if it’s obvious or by referring the matter to the ECJ if there is a doubt.

II) Does the new case-law of both courts prevent France from any clash with ECJ?

I’d like here to raise two risks and conclude that they are fortunately very unlikely.

II 1) As already mentionned, both Courts keep the liberty of deciding whether a statute or a regulation is “manifestly” contrary or not to a directive. This implies some interpretation

of the directive and the risk is that the ECJ in another case, referred to them by another national court for instance, should give another interpretation.

II 2) Of course, if the national Courts came to the conclusion that the directive violates a principle without equivalent in Community law, there would arise a direct conflict between both legal orders. The solution could only be either a modification of the French Constitution to give up that principle or, more likely, a new negotiation of the directive, not without other difficulties.

But, and I'll finish with that opinion, both risks seem very unlikely. On the one hand, one can trust the national courts will not interpret directives if the matter is complex, but will refer them to the ECJ. On the other hand, the risk of meeting a national principle without equivalent on Community level is very limited, even if not quite impossible, as the Italian court says, and even though the same principle can have different consequences in both legal orders, for instance, the equality principle, which has some slightly different meanings in ECJ and French case law.

So, the Vice President of the Conseil d'Etat, Jean Marc Sauvé, who, quite unusually, commented the *Arcelor* decision in a press conference, could assert that it was an illustration of the complementarity of the protection of fundamental rights by the Conseil d'Etat and the ECJ and was pleased to add that this new case law had been favorably appreciated in Luxemburg. And the academic commentators greeted a decision as a symbol of the dialogue, and not the war or competition, between of European and national judges.

Intervention de Mattias Guyomar

In order to implement the Kyoto Protocol, the European Community adopted a directive in 2003 that was implemented in France by an Ordonnance of April 2004 and a Decree of August 2004. An emission-trading scheme was adopted that requires firms to pay for gas emissions through buying or exchanging quotas. The steel company Arcelor requested the president and prime minister to repeal the decree and brought an action before the Conseil d'Etat to annul the implicit rejection that request.

Arcelor argued that the EU legislation, which was directly transposed into French national law, violates the principle of equality in the French Constitution, as it requires steel firms to pay for purity while exempting other industries, such as the plastic sector.

Insofar as the decree transposed word for word unconditional and precise conditions of the directive, this case might lead to a constitutional test by the administrative court on EU legislation. The *Arcelor* decision clarified the conditions for conciliation between the supremacy of the Constitution in national law and the requirements for French participation in the European Union. On the one hand, the Constitution is at the summit of the domestic legal order; on the other hand, there is an obligation provided in Article 88-1 to transpose directives into domestic law. However, the principles of constitutional supremacy and mandatory transposition of directives may conflict when transposition leads to adopting a European law contrary to a constitutional rule or principle.

In *Arcelor's* case, the Conseil d'Etat ruled that the judge must examine whether a rule or general principle of community law exists that is the equivalent, in the European legal order, of the constitutional principle alleged to be violated. The judge must consider the nature and scope of this rule as interpreted in current case law by the European Court of Justice. If so, claiming that the decree is contrary to the Constitution amounts to claiming that the directive is contrary to primary European law. In order to ensure that the decree is

constitutional, the Court has sought to examine whether the directive complies or not with Community law. The judge then proceeds as usual when the validity of a directive is challenged: if the directive's validity is not seriously called into doubt, the national judge must dismiss the claim. But if the directive's validity is doubtful, the administrative court has to refer a preliminary question to the European Court under the conditions provided in Article 234 of the treaty.

In this case, the Conseil d'Etat considers that the constitutional principle equality raised by Arcelor has an equivalent in Community law and that compliance of directive with this principle represents serious difficulties. The Conseil d'État therefore referred the issue of the validity of the directive, as regards this principle, to the European Court of Justice.

However, if the national judge does not find a Community principle equivalent to the constitutional principle raised by the petitioner because this principle is unique to the French Constitution, it need only determine whether or not the decree complies with this principle. If not, the decree is judged unconstitutional and abrogated.

This means that when rights or rules unique to the French Constitution are compromised, the national judge retains jurisdiction. As Jean Massot said, a direct conflict would then arise between both legal orders. But as I said, in my conclusions, intertwining two legal orders does not mean fusing them.

However, when the rights guaranteed by the French Constitution are also protected by primary Community law, the French judge leaves it to the ECJ to assure their respect at the EU level. This is the clear consequence of the reciprocal trust on which relations between the legal orders and national and European courts are based.

I would like to underscore that the solutions common to many European constitutional courts, as it has been said, the German court, with its *Solange* jurisprudence, the Italian court with *Fragd*, and it shows to what extent the practice of consulting foreign decisions is a very good thing for national Supreme courts. The Conseil d'Etat followed the same reasoning as the Italian court in *Fragd*. The solution we adopted is also very close to the decisions of the Conseil constitutionnel of 2004 and 2006. This is a clear demonstration that nowadays, domestic law is interpreted in light of external sources and especially of Community law, thanks to the dialogue between judges.

Intervention de George Bermann (traduit de l'anglais par Emmanuel Breen)

Quel équivalent américain proposer pour ces affaires ? Compte-tenu des différences de structure des deux systèmes juridiques, il serait extrêmement hasardeux de faire à cet égard la moindre suggestion, ou même d'imaginer la forme que pourrait prendre la réponse américaine à un problème de ce type. Il me semble donc plus intéressant de tenter de reprendre le problème juridique de l'affaire et de dire comment j'y réagis, sur la base d'une culture de droit français et international, mais aussi de droit américain.

Autant l'indiquer d'entrée de jeu, et au risque de décevoir, ces décisions ne me choquent nullement et me semblent essentiellement saines. Malgré les critiques de détail ou les interrogations que me suggère cette jurisprudence, son résultat me semble plutôt soulageant.

Chacun connaît la position de la Cour de justice des Communautés européennes quant à la primauté du droit de l'Union européenne sur les droits nationaux. On peut ainsi affirmer, sans exagérer, que pour la Cour, cette primauté est absolue, à la seule condition que la norme européenne au regard de laquelle la compatibilité du droit national est vérifiée soit elle-même valide compte tenu des principes du droit communautaire. Et la Cour ne modifie pas son analyse si la norme nationale en cause a une valeur constitutionnelle dans le système juridique de l'Etat membre concerné, ce qui justifie qu'on évoque une primauté « absolue ». Et, comme beaucoup le savent également, un corollaire important, qui, j'en suis certain, a été mentionné dans les conclusions du commissaire du gouvernement, est que la Cour de justice des Communautés européennes se réserve le monopole du contrôle de la validité des différentes normes du droit communautaire, et de la connaissance des procès qui y sont relatifs.

Or, comme cela a été montré, bien peu d'Etats membres sont prêts à adopter cette conception radicale de la primauté du droit communautaire⁹⁶. Les cours supérieures européennes n'ont ainsi pas hésité à soumettre la primauté du droit communautaire à la condition du respect des principes constitutionnels nationaux, dès lors qu'il s'agissait de protéger l'un ou l'autre des droits ou garanties constitutionnelles – comme par exemple le respect des droits de l'homme, et en particulier du droit à la dignité ;⁹⁷ ou, pour l'Irlande, le droit à la vie de l'enfant à naître ;⁹⁸ ou encore l'interdiction de la mise en œuvre d'une norme communautaire illicite⁹⁹. Cela les conduit à tracer toutes sortes de lignes frontières – mais aussi, comme on l'a vu, à être prêtes à beaucoup de contorsions pour démontrer que ces lignes n'ont pas été dépassées.

Il est vrai qu'à ma connaissance, les juridictions supérieures françaises ou espagnoles n'ont pas été de celles qui ont exprimé de la manière la plus virulente ou répétée des réserves constitutionnelles à la primauté du droit communautaire. Mais les décisions des cours constitutionnelles française et espagnoles qui ont été commentées¹⁰⁰ font plus que simplement ajouter deux voix à un chœur européen déjà assez bien fourni. Et c'est en cela qu'elles sont le plus remarquables.

Ce qui me semble singulier, dans ces décisions, c'est qu'était en cause, dans les deux cas, la constitutionnalité de la ratification d'un texte – le traité établissant une constitution pour l'Europe – qui posait explicitement la règle de la primauté dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes et contestée dans une certaine mesure par les juridictions des Etats membres. Cette règle était exprimée dans le célèbre et défunt article I-6 : « La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres ». A mes yeux d'étranger, la question posée aux deux cours constitutionnelles acquerrait de ce fait une nature nouvelle : il s'agissait de déterminer si les réserves constitutionnelles à la primauté du droit communautaire qu'elles avaient exprimées pouvaient être maintenues dès lors que la France, l'Espagne et les autres Etats membres seraient signataires d'un traité constitutionnel comportant cette clause explicite et solennelle.

⁹⁶ V. not. Les décisions de la Cour constitutionnelle allemande (la série Solange) ou italienne (Fragd) citées par O. Dutheillet de Lamothe, supra p. 48.

⁹⁷ *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Affaire C-36/02, [2004] ECR I-__

⁹⁸ *Society for the Protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan*, [1989] IR 753, [1990] 1 CMLR 689 (Irish Supreme Court 1989).

⁹⁹ *Brunner v. The European Treaty*, Case 2BvR 2134/92 & 2159/92, [1994] 1 CMLR 57 (German Constitutional Court 1993).

¹⁰⁰ V. supra p. 48 et s.

En d'autres termes, la question ne se posait plus simplement de savoir si la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes était compatible avec les fondements constitutionnels des Etats membres, question dont une certaine « retenue judiciaire » (*judicial self-restraint*) des juridictions nationales avait jusque-là évité qu'elle ne dégénère en conflit frontal. La question se posait au contraire désormais de savoir si, de manière générale, la France et l'Espagne pouvaient solennellement s'engager à respecter un traité constitutionnel dont rien ne pouvait permettre d'exclure – même si cela restait improbable – qu'il pourrait en venir à présenter des incompatibilités avec un principe fondamental du droit constitutionnel national. Et, qui plus est, un traité comportant une clause susceptible de préclure la faculté des Etats membres de contester la primauté du droit de l'Union en cas de conflit. Au risque d'exagérer la portée de ces décisions, je dirai qu'elles interviennent dans un paysage renouvelé, non seulement par la nature de l'instrument conventionnel en cause, mais aussi par les termes de cet article I-6 qu'il contient.

L'enjeu était donc particulièrement élevé pour ces juridictions qui l'ont peut-être même un peu sous-estimé. On pourrait en effet formuler la question posée – et à laquelle les cours constitutionnelles française et espagnole ont finalement, et à mon avis correctement, répondu – de la manière suivante : compte tenu des termes du traité instituant une constitution pour l'Europe et de la primauté qu'il reconnaît de manière catégorique au droit communautaire, les Etats membres pouvaient-ils le ratifier tout en continuant à maintenir, de manière unilatérale, des limites et des réserves au principe de primauté ?

Même si, comme je l'ai dit, la solution retenue par le Conseil constitutionnel français et le tribunal constitutionnel espagnol a toutes mes faveurs, je n'en formulerais pas moins quelques remarques, qui ne sont pas critiques, mais qui sont faites dans l'intérêt d'une clarification.

Olivier Dutheillet de Lamothe et sans doute, avec lui, les membres du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat attachent une grande importance au fait que le fondement constitutionnel de la ratification du traité est l'article 88-1 de la Constitution, qui est spécifique à l'Union européenne, et non son article 55, qui est relatif aux traités internationaux en général. Et cette distinction est certainement justifiée, ne serait-ce que parce que l'article 55 subordonne la primauté des traités à une clause de réciprocité, ce qui, dans le contexte de traités multilatéraux comme ceux qui fondent l'Union européenne, menacerait de manière inacceptable l'uniformité, l'intégrité et même l'éthique sous-jacente du droit communautaire.

Mais on peut tout de même se demander – cette question de réciprocité étant laissée de côté – ce qui fait que la distinction de l'article 88-1 et de l'article 55 est si cruciale dans le raisonnement du Conseil constitutionnel, et pour la solution à laquelle il aboutit. Mais qu'y a-t-il dans cet article 88-1 qui puisse autoriser la France, comme d'autres pays, à ratifier valablement un traité constitutionnel tout en s'autorisant à limiter de manière unilatérale la portée du principe de primauté qu'il pose de manière si nette dans son article I-6 ? L'article 88-1 autorise certes la France à participer aux Communautés européennes et à l'Union européenne et à partager avec elles certaines de ses compétences, mais dit-il réellement quelque chose sur la question de la primauté – au-delà de ce que les juridictions françaises ont choisi de lui faire dire ?

C'est une difficulté similaire qui survient à propos de l'interprétation par le tribunal constitutionnel espagnol de l'article 93 de la constitution espagnole, qui joue dans le raisonnement, comme cela a été justement observé, un rôle analogue à celui de l'article 88-1

de la Constitution française. Il serait appréciable que l'article 93 de la constitution espagnole dispose que la délégation de pouvoirs faite aux institutions de l'Union européenne soit conditionnée par le respect des « principes fondamentaux d'un Etat démocratique et social, soumis au principe de la prééminence du droit ». Mais cet article 93 ne dit rien de tel. Un peu à la manière de l'article 88-1 de la constitution française, il se contente d'autoriser la conclusion de traités par lesquels des compétences constitutionnelles peuvent être transférées par l'Etat à des institutions internationales. Ces deux articles me semblent donc assez mal taillés pour porter le poids qu'on leur impose...

Mais le raisonnement suscite une autre question, qui est relative au rôle que le Conseil constitutionnel fait jouer à la déclaration de la conférence intergouvernementale annexée au Traité, selon laquelle l'article I-6 « ne confère pas au principe de primauté une portée autre que celle qui était antérieurement la sienne »¹⁰¹. Cela peut donner le sentiment que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance conforte l'interprétation que le Conseil constitutionnel fait du champ d'application et de la portée de l'article I-6 du Traité. Et, à nouveau, le tribunal constitutionnel espagnol raisonne en termes similaires. Mais pourtant, est-ce se tromper que d'observer que la Cour de justice et le Tribunal n'ont jamais donné au principe de primauté une portée qui ne soit ni complète ni catégorique. Or, précisément, les juridictions des Etats membres cherchent à faire admettre qu'elles ont le droit de refuser d'appliquer des règles communautaires qui entreraient en contradiction avec des valeurs constitutionnelles fondamentales. Le raisonnement est donc pour le moins surprenant, tant au regard de la base textuelle invoquée que de la référence à cette déclaration.

Pourtant, d'un point de vue logique et textuel, il existait des fondements solides permettant d'aboutir au même résultat. L'un d'entre eux, bien entendu, était l'article I-5 du Traité, qui prévoyait que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (...) ». Voilà qui pourrait constituer une excellente référence textuelle au soutien du raisonnement du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat ! Chacun sait, d'ailleurs, qu'un texte de la nature d'un traité constitutionnel doit faire l'objet d'une interprétation globale, de telle sorte que toutes ses dispositions concourent à donner un sens cohérent à l'ensemble. Et l'article I-5 aurait pu être ainsi utilisé au titre de la glose sur l'article I-6. Et comment ne pas penser également aux termes de l'article II-113 du Traité, selon lequel « aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, (...) par les constitutions des États membres » ? Il pourrait y avoir là la base d'un argumentaire particulièrement convaincant au soutien de la position qui a été finalement adoptée.

Au-delà de ces remarques, d'autres aspects du raisonnement me semblent tout à fait convaincants. Et trois observations, qui n'apparaissent pas dans la motivation, donnent du crédit à la solution retenue. La première est, bien sûr, de nature purement politique. Si l'Union européenne doit certainement continuer à imposer allégeance aux Etats membres, il ne peut pas, non plus, ne pas demeurer un nombre minimum de standards constitutionnels nationaux

¹⁰¹ Decision n° 2004-505 DC (Conseil constitutionnel, Nov. 19, 2004), para. 12. V. Déclaration intergouvernementale sur l'Article I-6, [2004] O.J. C 310/420 (Dec. 16, 2004), selon laquelle " L'article I-6 reflète la jurisprudence actuelle de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance"

« sacro-saints ». Et l'ordre juridique européen ne peut pas ne pas les respecter, jusqu'à permettre que le droit européen soit écarté, dans l'hypothèse improbable d'une incompatibilité.

Deuxièmement, une lecture littérale et catégorique de l'article I-6 du traité instituant une constitution pour l'Europe, qui aurait empêché les cours constitutionnelles française et espagnole de trancher comme elles l'ont fait, aurait également impliqué une retraite en rase campagne de l'Allemagne, de l'Italie, du Danemark et de l'Irlande – pays dont les cours constitutionnelles s'étaient déjà prononcées sur le sujet de manière solennelle et répétée. Et je ne vois pas comment un interprète responsable pourrait lire l'article I-6 comme si les représentants de ces Etats avaient entendu remettre en cause les positions fermement établies, au plus haut niveau, par leurs juridictions respectives.

La troisième raison pour laquelle on peut tomber d'accord avec les solutions adoptées est que bien que l'Article I-6 pose le principe de la primauté du droit de l'Union européenne, il évite consciencieusement, comme on le sait, la question de savoir si ce sont les juridictions des Etats membres ou la Cour de justice des Communautés européennes qui auront le dernier mot pour déterminer si une norme édictée au niveau européen entre ou non dans le champ de compétence de l'Union et peut donc, dès lors, bénéficier de la primauté. Cette question de la « compétence des compétences » est désormais réglée aux Etats-Unis, en faveur des juridictions fédérales plutôt que des juridictions ou des parlements des Etats. Dans l'Union européenne, cependant, la question semble moins nettement tranchée. Alors que la Cour de justice des Communautés européennes considère certainement qu'elle dispose de la *kompetenz kompetenz*, une majorité de cours suprêmes des Etats membres en ont jugé autrement.

Pour conclure, j'observerais que la décision du Conseil constitutionnel tient peut-être en partie au fait qu'il avait à juger d'un traité européen, et non d'une constitution européenne. Je pense, en effet, qu'il est plus facile, d'un point de vue intellectuel, de s'ériger en défenseur du droit constitutionnel contre un traité que contre une autre constitution. Les choses auraient-elles été différentes si le traité s'était appelé « Constitution pour l'Europe » ? Ce n'est là qu'une question. Une autre est de savoir s'il a ou non été décisif, pour le règlement du problème de la primauté et de la compétence des compétences, que la fédération américaine ait été formée par voie de constitution plutôt que par voie de traité. Chacun peut y répondre en fonction de ses intuitions et, peut-être, l'importance de cette question de nomenclature ne doit-elle pas être surévaluée.

D. L'articulation du droit communautaire et du droit international

New York City, 2007

L'affaire de l'usine MOX

par Hélène Ruiz Fabri

L'affaire de l'usine MOX (*Irlande c/ Royaume-Uni* et *Commission c/ Irlande*) portée en 2001 devant le Tribunal International du droit de la mer, puis devant la Cour de justice des

communautés européennes, concernant l'installation par le Royaume-Uni d'une usine de traitement des déchets nucléaires au bord de la Mer d'Irlande, permet d'observer certains aspects de l'internationalisation du droit dans l'articulation entre le droit communautaire et le droit international, notamment en mettant en valeur la spécificité du droit communautaire. Depuis quelque temps, le droit communautaire se pose la question de sa nature : ce droit fait-il parti du droit international, ou est-ce un droit spécifique, et dans ce cas, comment le qualifier ? La qualification de « droit fédéral » qui vient à l'esprit semble faire peur, et on a tendance à la répudier immédiatement. Néanmoins une affaire comme celle de l'usine MOX conduit à soulever cette hypothèse et à se demander si, alors même qu'on ne trouve pas de concepts ou qualifications qui laisseraient conclure clairement dans ce sens, on n'est pas dans une logique de ce type.

En toute hypothèse cette affaire met en lumière un certain nombre de paradoxes, ou du moins d'ambivalences dans le droit communautaire actuel. D'abord une ambivalence dans le fait que, alors même que l'Union européenne se construit sur la base de traités internationaux, ces traités excluent l'application du droit international entre les membres de l'Union européenne. Autre ambivalence : l'Union européenne, qui se construit en première ligne par le droit et qui revendique au plan interne l'application d'un monisme intégral, cherchant à rendre irrésistible la pénétration des droits nationaux par le droit communautaire, adopte au plan externe une posture qu'on peut qualifier de dualiste. Dans le cas de l'affaire MOX, on pourra considérer que la Cour de Justice des Communautés européennes fonctionne essentiellement comme une cour suprême fédérale, plutôt que comme une cour internationale vis-à-vis d'Etats-membres. En même temps, la conclusion de l'arrêt laisse penser que la CJCE est une cour internationale au sens où l'entend la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer. En définitive, l'Union paraît osciller en permanence entre des logiques internationales et fédérales. En termes d'internationalisation du droit, on peut donc trouver ce type de situations susceptibles d'une double analyse, deux logiques qui peuvent se développer simultanément et sans nécessairement avoir connaissance l'une de l'autre.

Une mécanique juridictionnelle singulièrement compliquée

L'affaire MOX ressort d'un contexte très sensible politiquement, notamment en termes de sécurité. L'Irlande a cherché pendant de nombreuses années à obtenir des informations sur la mise en place de l'usine de traitement de déchets nucléaires étant donné que la pollution radioactive de la Mer d'Irlande est déjà importante. La présence d'une telle installation – dont d'ailleurs peu de pays se sont dotés, essentiellement le Royaume-Uni, la France et la Russie – suppose la circulation des déchets nucléaires, pour les transporter jusqu'à l'usine, essentiellement par voie maritime, ce qui peut inquiéter les Etats riverains comme l'Irlande. Le Royaume-Uni, quant à lui, se caractérise par une attitude assez peu transparente sur une question à propos de laquelle l'information circule généralement assez mal. L'Irlande a donc essayé de faire pression sur le Royaume-Uni, et comme elle n'arrivait ni à ralentir la mise en place de l'installation, ni à obtenir les informations qu'elle souhaitait avoir, elle a développé toute une stratégie contentieuse en engageant plusieurs actions juridictionnelles.

La première action est lancée sous le régime de la Convention OSPAR¹⁰² : l'Irlande demande la mise en place d'un tribunal arbitral en reprochant au Royaume-Uni d'avoir méconnu une obligation d'information contenue dans cette Convention. Ce tribunal, mis en

¹⁰² Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du nord-est, ouverte à la signature lors de la réunion ministérielle des Commissions d'Oslo et de Paris, le 22 septembre 1992 à Paris.

place en 2001, statue en 2003 en rejetant la requête irlandaise. Presque au même moment, l'Irlande, qui n'est pas certaine des chances de succès de cette action juridictionnelle, en introduit une deuxième, dans le cadre d'un autre régime international qui est celui de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer. Dans ce cadre, les États peuvent choisir entre plusieurs types de procédure et, en l'occurrence, l'Irlande a choisi de saisir un tribunal arbitral pour statuer sur la prétendue violation par le Royaume-Uni de plusieurs dispositions de la Convention de Montego Bay relative à la protection de l'environnement marin. En attendant que ce tribunal arbitral ne statue, l'Irlande souhaite que des mesures conservatoires soient ordonnées afin de faire obstacle à la mise en service de l'usine MOX sur le territoire britannique ; elle saisit donc le Tribunal international sur le droit de la mer, juridiction permanente établie dans le cadre de la Convention de Montego Bay. L'action juridictionnelle se divise donc en deux branches : l'action d'urgence devant le Tribunal international du droit de la mer, et l'action sur le fond devant le tribunal arbitral, avec une curiosité juridique qui est que toute juridiction saisie d'une demande de mesures conservatoires doit, puisqu'il s'agit d'une procédure incidente, se prononcer sur la compétence *prima facie* pour statuer au fond. Or, en l'occurrence, la juridiction compétente pour les mesures conservatoires n'est pas celle qui se prononcera sur le fond. Le Tribunal international du droit de la mer (TIDM) a ainsi dû prendre parti sur la compétence *prima facie* du tribunal arbitral avant de prendre des mesures conservatoires, quitte à ce que le tribunal arbitral, lorsqu'il se prononcera sur le fond, considère en définitive qu'il n'était pas compétent. On se trouve donc ici face à une mécanique juridictionnelle singulièrement compliquée.

Le TIDM admet la compétence *prima facie* du tribunal arbitral et rend en 2001 une ordonnance prescrivant des mesures conservatoires. Entretemps, le Royaume-Uni s'est tourné vers la Commission européenne car depuis le début de l'affaire, il soutenait que l'Irlande n'avait pas le droit d'engager des actions judiciaires internationales, l'affaire relevant en première ligne du droit communautaire. La Commission européenne est venue à l'appui du Royaume-Uni pour indiquer à l'Irlande que cette dernière ne pouvait pas mener ces actions de manière autonome. Comme l'Irlande a persisté dans son projet, la Commission européenne a entamé une procédure de manquement à son encontre - procédure qui permet à un Etat membre ou à la Commission européenne de mettre en cause un autre Etat membre qui ne respecterait pas ses obligations à l'égard du droit communautaire. La Commission est entrée en négociation avec l'Irlande et a fini par saisir la Cour de Justice des Communautés européennes. Celle-ci a rendu une décision qui condamne très sévèrement l'Irlande.

Quant au tribunal arbitral saisi au titre de la Convention de Montego Bay et qui devait se prononcer sur le fond, il a bien sûr aperçu la difficulté tenant à ce que, simultanément, une action avait été engagée devant une juridiction communautaire. Il a donc décidé de suspendre ses travaux en attendant la décision de la Cour de justice des Communautés européennes, reconnaissant ainsi implicitement une sorte de priorité naturelle des institutions communautaires pour régler la question de compétence et celle de la capacité de l'Irlande à agir de manière autonome au plan international. Le tribunal arbitral s'est ainsi mis volontairement en retrait par une sorte de courtoisie entre juridictions internationales et par souci d'une bonne administration de la justice, afin de conjurer le risque d'une contradiction de décisions.

La CJCE – une cour fédérale ?

La Convention de Montego Bay sur le droit de la mer entre, du point de vue du droit communautaire, dans la catégorie des accords mixtes, c'est-à-dire les accords auxquels sont

parties aussi bien l'Union européenne en tant que telle que ses Etats membres, et qui relève à la fois des compétences de la Communauté et de celle des Etats membres. Certaines de ces compétences peuvent être des compétences exclusives de la Communauté, d'autres des compétences exclusives des Etats membres, d'autres enfin peuvent être partagées. La question qui se posait au fond dans l'affaire était de savoir si, en présence d'un accord mixte, un Etat membre pouvait, lorsqu'il était partie lui-même à une convention, agir de manière autonome au plan international. Une réponse positive s'impose logiquement, du moins pour les dispositions de la convention internationale qui releveraient des compétences exclusives des Etats. Or la Cour de justice donne une réponse inattendue à cette question : certes elle n'exclut pas que certains aspects de la convention internationale puissent relever de la compétence exclusive des Etats, mais elle considère qu'en toute hypothèse la question de la répartition des compétences ne peut être tranchée que par elle-même. La Cour revendique donc à cet égard un monopole tout-à-fait spectaculaire ; d'une certaine manière, l'obligation d'en passer par la juridiction européenne emporte quasiment la réponse qui sera donnée au final car il est très peu probable que la Cour décide qu'elle n'est pas du tout concernée et que l'Etat peut agir de façon tout à fait autonome au plan international. En affirmant ce monopole la Cour de justice en arrive quasi-inévitablement à la conclusion que seule l'Union européenne doit agir au plan international. L'Irlande est donc condamnée entre autres pour avoir manqué à ce que la Cour appelle le devoir de coopération au sein de l'Union européenne ; dans une perspective un peu plus politique, on doit comprendre qu'il est intolérable pour la Cour de justice que deux Etats membres de l'Union européenne essaient d'aller régler un conflit entre eux en dehors des juridictions communautaires. Par cette attitude, la Cour de justice ressemble fortement, du point de vue interne, à une cour suprême fédérale.

Si l'on veut tirer les conséquences de l'arrêt, on doit d'abord se demander quelle peut être l'utilité pour les Etats des clauses compromissaires qui peuvent figurer dans les conventions internationales signées sous la forme d'un accord mixte. En pratique, les Etats membres de l'Union européenne ne pourront jamais utiliser entre eux des clauses compromissaires mais devront régler leurs différends dans le cadre du droit communautaire. Certes la Cour peut toujours conclure que certains aspects de l'accord mixte relèvent purement du droit international public mais à la moindre incertitude un recours devant elle est incontournable ; or en pratique il y aura toujours des incertitudes, compte tenu du caractère évolutif de la répartition des compétences au sein de l'Union européenne. Ainsi, la possibilité pour les Etats membres de saisir des juridictions internationales dans l'hypothèse d'un accord mixte se réduit comme une peau de chagrin, et dans une certaine mesure on pourrait considérer que la part d'internationalisation du droit concernant les Etats membres s'en trouve réduite, même si la conséquence logique serait d'accroître la part d'internationalisation qui concernera l'Union européenne en tant que telle.

Un autre effet de la décision de la Cour de justice est d'une certaine manière de fermer la porte à la collaboration entre cette cour et d'autres juridictions internationales, ce qui peut paraître assez surprenant dans la mesure où toute la construction européenne elle-même s'organise autour d'un dialogue entre les juridictions nationales et une juridiction que, par défaut, on continue à considérer comme internationale, qui est la Cour de justice des Communautés européennes. Lorsque le tribunal arbitral du droit de la mer suspend sa procédure, ce n'est pas parce qu'il s'estime incompétent pour se prononcer sur la question, ni parce qu'il était tenu de procéder ainsi : dans le cadre des accords mixtes, la ratification européenne est généralement accompagnée d'une déclaration qui établit la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres ; le tribunal aurait pu donc s'appuyer

sur cette déclaration pour se prononcer directement. Le retrait du tribunal, qui veut avant tout éviter une contradiction de jurisprudence, signifie plutôt qu'il entre implicitement dans un dialogue avec la Cour de justice au sujet de la « ventilation » des compétences entre l'Union européenne et ses Etats membres. Mais la Cour de justice, quant à elle, revendique pour elle un monopole de compétence, se présentant comme une juridiction exclusive pour se prononcer en la matière. La décision rendue dans l'affaire MOX met de façon générale un coup d'arrêt à toute tentative de dialogue juridictionnel entre des juridictions internationales et la Cour européenne. Ainsi, la Cour ne s'affirme pas tant comme une juridiction internationale susceptible d'entrer en dialogue avec d'autres juridictions internationales, mais elle semble plutôt revendiquer une spécificité de l'ordre juridique communautaire contre le droit international.

On peut finalement se demander si la Cour de justice n'en arrive pas à concevoir l'Union européenne un peu comme un souverain dont les règles supplanteraient toute autre expression juridique. En recourant au droit international contre le Royaume-Uni, l'Irlande aurait en quelque sorte violé la « souveraineté » de l'Union européenne en passant outre ses règles en quelque sorte internes. Le raisonnement de la Cour laisse penser qu'on se trouve en présence de deux ordres juridiques séparés, le droit communautaire et le droit international, et que la primauté du droit européen s'impose comme une sorte de nécessité constitutionnelle - une posture qui ressemble très fortement à la position dualiste traditionnelle des juridictions nationales. Mais d'autres lectures de l'arrêt sont également possibles. L'article 282 de la Convention de Montego Bay prévoit que les Etats partis peuvent convenir de recourir à des mécanismes particuliers de règlement pour leurs différends relatifs à la Convention, outre les mécanismes généraux qu'elle-même prévoit. A ce titre, on peut considérer qu'une procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes est un mécanisme particulier de règlement des différends au sens de l'article 282. Si l'on adopte cette lecture, la Cour de justice devient un des tribunaux internationaux du droit de la mer chargés de régler les différends entre deux Etats relatifs à l'application et à l'interprétation de la Convention de Montego Bay. Dans cette perspective, on peut dire que la Cour de justice est appelée à participer à un mouvement d'internationalisation si tant est qu'elle accepte effectivement de devenir ce tribunal d'application de la Convention de Montego Bay. Un certain nombre de commentateurs¹⁰³ se sont demandés si, maintenant que la Cour de justice a revendiqué ce monopole de la répartition des compétences, elle va relever le défi consistant à donner effectivité à cette règle dans d'autres domaines comparables. Cela concerne tout particulièrement les accords en matière de pêche et l'exploitation des ressources halieutiques, dont les enjeux économiques et environnementaux sont considérables.

¹⁰³ Y. KERBRAT, « Le différend relatif à l'Usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale », *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 606 et s., notamment p. 616 et s. ; T. McDORMAN, « Access to Information Under Art. 9 OSPAR Convention (Ireland v. UK), Final Award », *American Journal of International Law*, 2004, p. 330 et s. ; Y. SHANY, « The First MOX Plant Award : The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures », *Leiden Journal of International Law*, 2004, p. 815 et s., pp. 822-824 ; N. LAVRANOS, « The MOX Plant and Ijzeren Rijn Disputes : Which Court Is the Supreme Arbiter ? », *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 223 et s., pp. 236-238 ; N. HALDE, « La Cour de Babel : entre l'incertitude scientifique et l'instabilité juridique – un cas d'analyse : l'affaire MOX », *Revue québécoise de droit international. Volume Hors-série : Hommage à Katia Boustany*, 2007, p. 199 et s. et S. MALJEAN-DUBOIS et J.-Ch. MARTIN, « L'affaire de l'Usine Mox devant les tribunaux internationaux », *Journal de droit international public*, 2007, p. 437 et s., pp. 438-442.

Observations de W. A. Fletcher (traduit de l'anglais par Emmanuel Breen)

L'affaire MOX nous introduit à une nouvelle dimension : non plus à celle des relations internes aux pays de l'Union européenne, et au rapport des Etats membres avec une communauté plus vaste, mais à celle des relations entre l'Union européenne avec des entités qui lui sont extérieures. Après être revenu, à ce sujet, sur l'affaire MOX, je tenterai de dégager des perspectives plus générales.

La lecture que la Cour de justice des Communautés européennes fait tant du traité qui l'institue que de la Convention sur le droit de la mer me semble plausible. Il existe en effet, dans les traités constitutifs de l'Union européenne et dans le traité Euratom des articles qui imposent que certaines procédures soient conduites devant la Cour, et que les Etats membres soient loyaux envers la Communauté, et obéissent aux règles posées dans ses traités constitutifs. Et par ailleurs, comme l'a exposé Mme Ruiz-Fabri, l'article 282 de la Convention sur le droit de la mer pose spécifiquement la règle selon laquelle les litiges relevant de la Convention peuvent, si les parties en conviennent ainsi, être résolu selon une procédure alternative. Or la procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes peut constituer une telle procédure alternative.

Il est donc possible que la décision MOX soit, à l'avenir, lue de manière restrictive, par référence aux seuls termes de cet article 282 de la Convention sur le droit de la mer. Dans ce cas, l'affirmation, contenue dans l'arrêt, selon laquelle la nature « mixte » d'un traité (c'est-à-dire le fait que le traité engage non seulement un Etat membre mais aussi l'Union européenne en tant que telle) implique la compétence exclusive de la Cour de justice des Communautés européennes ne vaudrait qu'en matière de droit de la mer. Mais peut-être cette décision fera-t-elle l'objet d'une lecture plus agressive, qui donnera à cette affirmation une portée plus large.

Ajoutons que cette lecture n'est pas seulement plausible du point de vue de l'interprétation des textes. Elle peut aussi, dans certaines limites, sembler raisonnable d'un point de vue pratique car ce qui est en cause, c'est la régulation de la relation entre deux Etats membres de l'Union européenne. Pourquoi deux Etats qui ont accepté d'être liés par des traités européens se préoccuperaient-ils, en outre, dans leurs relations réciproques, d'autres traités internationaux qu'ils ont pu également signer par ailleurs ? Qui, à l'extérieur de l'Union, peut avoir un intérêt suffisant dans cette affaire pour contester la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes ? Mais cette argumentation ne me semble que partiellement convaincante, et ce pour deux raisons.

D'abord, ce qui est en cause, dans cette affaire, c'est la pollution radioactive de la Mer d'Irlande, qui est une mer semi-fermée. Certes, l'eau n'en sort pas très rapidement et, dès lors, la concentration de particules radioactives restera beaucoup plus élevée à l'intérieur de la mer qu'à l'extérieur. Cette pollution aura un effet négatif particulièrement fort en Irlande, dont la majeure partie de la population habite au bord de la Mer d'Irlande, à la différence de la Grande-Bretagne. Mais de l'eau sort tout de même la Mer d'Irlande et le problème concerne donc tout de même finalement l'ensemble des pays qui, en signant la Convention sur le droit de la mer, ont indiqué qu'ils partageaient, à ce sujet, un intérêt commun.

En outre, il ne faut pas oublier que l'usine MOX retraitait des hydrocarbures au stade final d'un autre processus conduit dans l'usine THORP et que le produit radioactif n'était pas produit seulement en Grande-Bretagne. Il venait, semble-t-il, également du Japon,

d'Allemagne, de Suisse, de Suède et des Pays-Bas. Il ne s'agit donc pas d'un cas dans lequel la Grande-Bretagne impose purement et simplement un produit particulièrement toxique à l'Irlande. C'est un cas qui a des ramifications globales, qui vont au-delà du seul territoire de l'Union européenne.

On pourrait soutenir, par ailleurs, que l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas une très grande importance parce qu'il ne traite que d'un problème de compétence juridictionnelle. On peut en effet lire cet arrêt comme signifiant que la Cour de justice des Communautés européennes, bien que compétentes pour régler un conflit entre deux Etats membres de l'Union européenne, n'en appliquera pas moins la Convention sur le droit de la mer, de tel sorte que le droit applicable restera exactement le même que celui qui aurait été appliqué par le tribunal arbitral, ou l'un des tribunaux spéciaux de la Convention.

Cette argumentation séduisante en apparence se heurte pourtant à deux limites.

D'abord, il n'est pas certain que le choix du tribunal compétent n'ait aucune incidence sur le droit applicable. Se posent en effet plusieurs questions complexes relatives aux règles applicables dans ce type de litige, au titre du droit de l'Union européenne ou à celui du droit de la mer. La manière dont celles-ci peuvent se recouper ou s'articuler n'est pas non plus évidente et l'arrêt ne contient que très peu d'indication sur la manière dont des conflits de normes pourraient être résolus. Il ne serait donc pas surprenant que la Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal international pour le droit de la mer adoptent à cet égard des solutions différentes.

Ensuite, même si, d'un point de vue formel, c'était la même règle de droit qui était appliquée par les deux tribunaux, nous savons tous - et tous les juristes le savent - que le choix du juge peut avoir une incidence considérable sur les conditions d'application de la règle. Si donc l'enjeu n'avait trait qu'au choix du juge compétent, cela ne voudrait pas dire pour autant que l'enjeu n'est pas important.

Enfin, je me pose une question à laquelle l'arrêt de la Cour n'apporte pas de réponse et qui tient au fait que cet arrêt semble présupposer que la question relève des compétences de la Commission européenne. Or l'Union européenne est partie à la Convention sur le droit de la mer, c'est ce qui en fait une convention mixte et qui donne compétence à la Cour de justice des Communautés européennes - si l'on suit le raisonnement de la Cour. Mais il me semble que si l'Union est partie à la Convention, cela autorise la Commission à engager une action, sur le fondement de la Convention, devant un tribunal institué par cette convention. D'un certain point de vue, cela semble être une bonne chose, puisque cela signifie que l'Union ne tourne pas complètement le dos à la Convention et aux mécanismes de résolution des litiges qu'elle institue. Mais c'est peut-être finalement pire : cela peut signifier qu'un Etat membre ne peut pas saisir directement un tribunal au titre de la Convention sur le droit de la mer, mais qu'il doit d'abord convaincre la Commission de le faire. Cela aboutirait à concentrer encore davantage ces pouvoirs au sein de l'Union et à les retirer aux Etats.

Cette affaire pose, de manière plus générale, la question de savoir pourquoi l'Europe se détourne du droit international - alors qu'elle y a été très ouverte pendant plus d'une génération - pour se recentrer sur une Europe aux allures plus paroissiales. Cette évolution n'est pas forcément d'une très grande ampleur, mais c'est bien celle que caractérise l'arrêt de l'*Usine MOX*. Il ne faut pas peut-être donner une portée trop grande à cet arrêt - mais toujours

est-il que c'est bien dans ce sens qu'il va. Et avec toutes les précautions qu'il faut prendre dès lors que l'on s'aventure du côté du droit comparé – et G. Bermann les a bien rappelées¹⁰⁴ - je voudrais évoquer une histoire qui peut sembler n'avoir aucun rapport avec l'affaire MOX, mais peut-être seulement en apparence.

Revenons à cette amnésie, déjà évoquée, qui a frappé les Etats-Unis et qui nous fait oublier cette période précoce de l'histoire américaine au cours de laquelle nous étions très attentifs au droit international et aux droits étrangers¹⁰⁵. Revenons à cette période. Au tout début, à la fin du XVIIIème siècle, nous étions un tout nouveau pays, au milieu d'un monde potentiellement hostile. Et il y avait deux raisons pour lesquelles nous étions réceptifs non seulement au droit anglais mais, plus généralement, aux droits des pays étrangers et au droit international. La première est que nous n'avions encore qu'un corpus juridique très limité. Les juristes cultivés de cette époque avaient Blackstone dans leur bibliothèque, mais pas beaucoup plus, et il leur fallait trouver des références doctrinales. Et dans certaines affaires commerciales, d'ailleurs, ce qu'il leur fallait, surtout, c'est *avoir une règle*. Parfois, ce qui est le plus important, ce n'est pas la nature de la règle, mais simplement l'existence d'une règle ... Ainsi, dans les premières décennies, les avocats et les juges américains ont tout simplement construit le droit américain, et il l'ont fait avec un matériau qui n'était pas uniquement anglais. Prenons par exemple le cas du Chancelier Kent. Le grand chancelier du *Court of Equity* de New York connaissait aussi bien le droit français que le droit anglais. Avec Livingstone, ils étaient les deux seuls juges de l'Etat de New York qui connaissaient le droit français. Mais les autres juges détestaient l'Angleterre, dont nous venions de nous séparer, et ne voulaient plus rien avoir à faire avec le droit anglais. Kent pensait que le droit anglais contenait beaucoup de bonnes règles, et que c'était également le cas du droit français, et il a réussi à convaincre ses collègues que certaines règles, ou ensemble de règles, anglaises étaient également reçues en France. C'est ainsi, écrit-il dans son autobiographie, qu'avec la « baguette magique » du droit français il a fait passer dans le droit américain plusieurs excellents principes de *common law* anglais !

Une seconde raison à notre ouverture lors de cette époque est que non seulement nous avons besoin de droit, mais que nous avons aussi besoin du respect et de la protection de la communauté internationale : nous voulions apparaître comme des bons élèves dans la classe des pays commerçants du monde occidental ou, comme on le disait de manière à peu près synonyme à l'époque, du monde civilisé.

Ainsi, jusqu'à la Guerre civile, c'est-à-dire jusque dans les années 1860, on a continué à citer généreusement le droit étranger et international, à s'appuyer sur lui et surtout à ne lui témoigner, authentiquement, d'aucune hostilité – et ce jusqu'à la fin des années 1880. Ainsi, lorsque le Juge Gray a écrit en 1900 dans son opinion dans l'affaire *Paquete Habana* que « le droit international fait partie intégrante de notre droit », c'est précisément cela qu'il a voulu dire. Il n'a pas voulu dire que ce droit était applicable dès lors qu'il était devenu du droit fédéral, ou du droit des Etats fédérés. Non, il a simplement voulu dire que le droit international était du droit international et que les juridictions américaines l'appliquaient parce qu'il faisait partie du système de normes qui régissaient le comportement des américains.

En simplifiant un peu, on peut dire que cette approche a cessé peu de temps après la décision *Paquete Habana*, avec l'entrée des Etats-Unis dans le XXème siècle. Ce siècle, que les américains décrivent volontiers comme le « Siècle américain », est celui au cours duquel

¹⁰⁴ V. *supra*, p. 54.

¹⁰⁵ V. not. *supra*, p. 41.

notre pays est devenu une véritable puissance à l'échelle mondiale. Et à mesure que cette puissance s'est affermie, nous avons prêté de moins en moins d'attention au droit étranger. Nous nous sommes intéressé au droit international lorsqu'il nous était favorable, mais l'avons ignoré dans le cas contraire. Pourquoi ? Tout simplement parce que nous le pouvions. Et plus le siècle avançait plus nous pouvions nous reconnaître dans le titre du livre du Sénateur Fulbright, *L'Arrogance du pouvoir* – livre écrit d'ailleurs, et c'est significatif, pendant la Guerre du Viet-Nam. Or l'arrogance du pouvoir conduit aisément à l'ignorance de ce pouvoir. Progressivement, nous sommes devenus de plus en plus ignorants des réalités du droit international et du droit des pays étrangers, et nous leur avons témoigné de moins en moins de respect. Cela ne veut pas dire que certains individus n'étaient pas très compétents en la matière, en particulier au sein des universités. Mais cette ignorance a gagné la société dans son ensemble et son mode de gouvernement. Peut-être aujourd'hui avons-nous touché le fond de cette arrogance et de cette ignorance.

Cela touche à une question qu'a abordée G. Canivet lorsqu'il expliquait en quoi consistent les pouvoirs des juges français pour l'interprétation des traités internationaux et, plus généralement, du droit international : il entre tout simplement dans leur fonction d'interpréter les traités et nous dire comment il faut les comprendre. Cela peut être mis en relation d'une manière assez intéressante et paradoxale avec ce que font les juges américains. Au regard du droit interne, les juges américains sont suprêmement puissants, plus que leurs homologues européens. Nous avons ainsi le pouvoir de réorganiser les prisons, d'ordonner la déségrégation dans les écoles, etc. Ce pouvoir s'est affermi tout au long du siècle dernier et le pays s'en remet aujourd'hui très largement à ses juges pour façonner ou réformer certaines institutions fondamentales.

Mais par contraste, ce pouvoir est moins développé en matière de questions internationales. C'est à mon avis parce que les juges sont conscients, et sans doute à juste titre, de la nature contingente de nos relations avec nos voisins étrangers, du caractère précaire de certains de nos traités, et qu'ils craignent d'avoir à payer un prix trop fort si leur interprétation des traités est désavouée par les pouvoirs politiques. Ceci tient, je crois, au désengagement graduel des Etats-Unis en matière de droit international – du moins dans certains domaines. Ce désengagement n'est d'ailleurs pas total et ont peut donner d'importants contre-exemples, notamment en matière de droits de l'homme avec les extraordinaires réalisations que sont la création de l'ONU et la Déclaration universelle des droits de l'homme, après la Seconde guerre mondiale. Mais aujourd'hui – et qui sait où nous serons demain ? – nous nous sommes quelque peu égarés.

Il ne faut rien caricaturer. Mais tout de même, l'image qui se forme est celle d'une nation puissante qui se sent de moins en moins tenue de respecter les règles communes, de négocier avec tout le monde pour élaborer ces règles et même de faire l'effort de comprendre les règles de droit domestiques ou internationales qui s'imposent aux autres. Mais quel rapport ces considérations entretiennent-elles avec l'affaire MOX ? Peut-être celle-ci nous donne-t-elle à voir les prémices d'un "Siècle européen". Ce serait le siècle d'une Union européenne qui a formé un puissant instrument économique et une union puissante à bien d'autres égards, qui commence à sentir sa force et peut avoir moins d'égard pour les formules prudentes et non agressives du droit de la mer. Une Union capable de dire tout simplement : "C'est à nous d'en juger". Mais il a tout de même beaucoup de raisons de penser que le Siècle européen – s'il advient – attirera à l'Europe les critiques que je viens de formuler à l'encontre des Etats-Unis. En particulier, la diversité des traditions européenne y fera obstacle. Mais tout de même, je ne serais pas surpris si, à mesure que l'Union européenne affirme son pouvoir sur

la scène internationale, elle ne tend pas un peu à se désengager du droit international et à suivre son propre chemin.

Et, de manière peut-être un peu égoïste, je dirais que cela ne serait pas forcément un mal. Si, en effet, les Etats-Unis doivent revenir pleinement à la table des négociations de la communauté internationale, il faut que leur pouvoir soit équilibré par une ou plusieurs autres puissances. Et l'Europe serait notre meilleure contrepartie, parce que c'est l'Europe qu'il nous est le plus facile de comprendre. Il faut bien sûr approuver Harold Koh d'avoir cité Felix Rohatyn quand il dit qu'il nous faut mieux connaître le droit européen, notamment parce qu'il s'agit de notre principal partenaire commercial¹⁰⁶. Et il faut admettre que l'interdépendance est aujourd'hui croissante, et se réjouir de la résurgence de l'Europe et du développement remarquable de l'Union et de son pouvoir. On peut certes bien adopter une vision idéaliste et coopérative de la famille humaine. Peut-être sommes-nous tous égaux et traitons-nous le droit et la justice des autres avec tout le respect qui leur sont dus. Mais peut-être aussi n'est-ce là qu'un idéal et sommes-nous surtout sensible à la force du pouvoir. Et la coopération humaine est souvent autant contrainte que désirée. A. N. Wilson, un entomologiste spécialistes des fourmis, mais qui connaissait également bien les humains, disait ainsi, à propos du marxisme : « c'est une bonne théorie, mais appliquée à la mauvaise espèce ... ». Nous sommes donc ainsi faits que nous avons besoin de mettre en place des institutions qui nous obligent à coopérer. Et c'est pourquoi l'évolution, aussi infime soit-elle, que caractérise l'arrêt MOX peut n'être pas entièrement négative.

¹⁰⁶ V. *supra* p. 41.

Deuxième partie

Perspectives de l'internationalisation du droit

A. L'internationalisation, entre droit comparé et droit international

A. L'internationalisation, entre droit comparé et droit international

Paris, 2006

Regard d'une comparatiste

par Vivian Grosswald Curran

L'internationalisation du droit nous déboussole de par sa nouveauté. Or, la sémiotique nous apprend que l'absolument nouveau est absolument inconnaissable, parce que la trace de l'ancien est essentielle à l'assimilation du nouveau¹⁰⁷. Nous ne pouvons le digérer que par le biais de nos conceptions juridiques préalables et dès lors des malentendus gisent silencieusement, produits de nos points de repère juridiques encore nationaux et résultat de processus qui désamorcent l'inconnu en l'intégrant au connu. Ce mécanisme est surtout palpable quand un acte juridique non national (qu'il soit supra-, trans-, ou post-national) s'introduit dans un espace juridique national sans analyse comparatiste.

Dans le monde universitaire, la vision française de l'internationalisation est plutôt sceptique dans la mesure où celle-ci lui semble revêtir l'apparence d'une grenade à fragmentation qui menace le for intérieur et l'avenir du droit, tandis que, d'un autre côté, le regard américain a plutôt tendance à s'engouer de ce même phénomène qui le frappe par son efficacité en privilégiant les experts¹⁰⁸. Ces regards croisés s'expliquent en partie par l'empreinte d'une idée sous-jacente de la nature même du droit, idée différente selon que la culture juridique de référence est civiliste ou celle du droit commun.

Nous autres juristes avons l'impression de parler la même langue que nos collègues étrangers dans ce monde qui, avec l'intensification toujours croissante des échanges, devient de plus en plus un lieu de rencontres. D'ores et déjà lors des réunions internationales nous nous parlons la plupart du temps en anglais, renforçant notre impression de communiquer dans une seule langue. Reste cependant à savoir si nous ne ressemblons pas aujourd'hui à Roman Jakobson, linguiste célèbre né en Russie dont George Steiner disait qu'il parlait dix-

¹⁰⁷ Voir Charles Sanders Peirce, 1 *The Essential Writings of Peirce : Selected Philosophical Writings*, dir. Nathan Houser et Christian Kloesel, 1992, t. 1, p. 24, 30 ; voir également Paul Ricœur, *Temps et récit III. Le Temps raconté*, 1985, p. 177 sq.

¹⁰⁸ De puissantes valeurs provenant d'autres domaines sont à la source de réactions en sens inverse. Dès lors, l'opposition aux États-Unis à l'influence du droit étranger ne provient pas de la culture juridique *common law*, mais surtout d'une perspective politique qui s'oppose à certaines normes sociales répandues en Europe occidentale. De même, l'opposition en France au Code civil européen témoigne d'un désir que le Code civil français soit prééminent en France, mobile privilégié qui ne signifie nullement un abandon par ailleurs de la valeur de cohérence juridique civiliste.

sept langues couramment, mais qu'« *il les parlait toutes en russe* »¹⁰⁹. Or, si nous croyons employer les mêmes termes, c'est souvent en trompe-l'œil, car ils changent de résonance selon les arrière-plans culturels de ceux qui les emploient et qui les entendent. Les barrages à la communication ne sont pas infranchissables du moment que nous en prenions conscience, mais ils sont occultés par des contextes dont nous ignorons souvent nous-mêmes la force et les effets. Dès lors l'internationalisation serait un peu comme un manuscrit palimpseste où les traces de nos passés juridico-politico-culturels seraient les textes voilés qui composent et agencent nos visions. Un discours comparatiste pourrait servir de traducteur et de pont entre ces visions¹¹⁰.

Internationalisation du droit sous le signe de la common law et réactions civilistes

On appelle internationalisation du droit ce processus que Luhmann anticipe déjà dans les années 70 et qu'Anne-Marie Slaughter décrit comme la « désagrégation » des nations en secteurs ou sphères à base fonctionnelle. « *Ces secteurs, écrit-elle dans son article 'Le nouvel ordre mondial véritable', tribunaux, autorités administratives, cadres et même parlements – participent à des réseaux avec leurs homologues à l'étranger, et créent une dense toile de rapports qui forment un nouvel ordre transgouvernemental* »¹¹¹. Elle n'en finit pas de s'en féliciter. L'atout principal serait l'efficacité d'un système mondial où les évolutions sont prises en charge par les experts les mieux placés pour trancher, car l'évolution se produirait désormais à partir de besoins qui s'annoncent à l'intérieur de chaque sphère fonctionnelle. Cette désagrégation correspond à une multiplication de mesures autonomes, qui, en l'occurrence, s'avère aussi caractéristique de l'évolution du droit commun, droit qui s'achemine à petits pas avec chaque nouvelle décision juridique et chaque loi promulguée. Mais une telle désagrégation à partir de droits sectoriels, sans égard aux frontières géographiques ou étatiques, et le « transgouvernementalisme » qui en découle, représente une évolution antithétique à la conception civiliste de l'évolution juridique qui émane d'un ordre cohérent.

Mireille Delmas-Marty indique que la prolifération de normes qui naissent spontanément et hors d'un cadre de principes harmonieux représente une fragmentation dangereuse. Alors que A.-M. Slaughter se réjouit d'un mécanisme où les spécialistes taillent des solutions sur mesure en toute connaissance de cause, puisqu'il s'agit de problèmes auxquels ils font face eux-mêmes, M. Delmas-Marty entrevoit un danger au niveau de l'éthique, dans la mesure où des développements particuliers déclenchés par des sphères autonomes et sous l'égide de spécialistes agissent dans une dynamique d'indépendance mutuelle, sans égard aux valeurs et dès lors sans égard à l'impact nocif que leurs actes pourraient produire sur d'autres¹¹². Elle rappelle les laissés-pour-compte de la mondialisation, faisant écho à Zygmunt Bauman dont le titre d'un ouvrage récent évoque les 'exclus de la modernité'¹¹³. Selon Delmas-Marty, la désagrégation du système des droits de l'homme est le dommage collatéral lorsque des objectifs fonctionnels et utilitaires régissent l'évolution dans des domaines autonomes qui ne sont sous l'égide d'aucun ordre cohérent de principes juridiques, duquel on pourrait déduire sinon une solution concrète, du moins l'esprit de ce droit.

¹⁰⁹ George Steiner, *No Passion Spent: Essays 1978-1995*, Yale University Press, 1996, 151.

¹¹⁰ Sur cette question, de manière plus approfondie, voir Vivian Grosswald Curran, "Re-Membering Law in the Internationalizing World", 34 *Hofstra Law Rev.* (2005), p. 93

¹¹¹ Anne-Marie Slaughter, *The Real New World Order*, 76 *Foreign Affairs* 1997, p. 183; également *A New World Order*, Princeton university Press, 2004. (Notre traduction).

¹¹² Voir Mireille Delmas-Marty, *Le Relatif et l'universel. Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004.

¹¹³ Zygmunt Bauman, *Vies perdues: la modernité et ses exclus*, Payot-Rivages, 2006.

Le primat du particulier sur la totalité, sur une cohérence normative préalable, est un des résultats imprévus de la mondialisation ainsi que de l'europanisation ; cependant, on peut y discerner aussi une certaine résistance à des procédés qui heurtent la conception civiliste du droit. Dans le mouvement vers le non-national, les transformations les plus difficiles à percevoir sont celles qui ne sont pas de nature visiblement substantielle. En Europe, il faut le souligner, il s'agit de convergences inaperçues aussi bien que de différences masquées par une apparence de similitude.

On entend souvent dire que le *stare decisis*, le système dit « précédentiel » du droit commun qui se définit par rapport aux décisions juridiques du passé, est entré dans les systèmes juridiques de tous les États membres civilistes de l'Union européenne quand ils ont accepté que les décisions de la Cour de justice soient source de droit. Un auteur avance même que l'Union européenne a su transformer certains pays civilistes en pays plus *common law* que les pays de droit commun eux-mêmes. Il cite comme preuve le fait que les cours constitutionnelles en Italie et en Allemagne n'appliquent pas les décisions de la Cour européenne seulement aux cas en litige similaires, mais que ces cours s'estiment contraintes de les appliquer aussi à des cas *dissemblables*¹¹⁴. Que peut signifier une telle interprétation? Il s'agit en réalité d'une reformulation civiliste du *stare decisis*, d'une traduction du système de précédents dans une logique civiliste qui revêt une apparence fort trompeuse d'identité avec le droit commun, car l'application d'un précédent à une situation future *dissemblable* signifie la rayure des faits concrets de l'expérience vécue qui sont pourtant primordiaux à la signification et au concept du droit dans le système *common law*. Cette dévalorisation civiliste des faits concrets, des détails et des particularités de la décision juridique transforme la décision antérieure, dite source de droit, en principe normatif, en proposition abstraite qui ressemble à un article d'un code civiliste. La décision antérieure ainsi résumée serait l'équivalent pour le juriste américain d'une seule partie de la décision juridique: notamment de sa règle (*the rule of the case*). La décontextualisation permet au juge civiliste de se sentir à l'aise avec le système de précédents - un *stare decisis* transfiguré par la sémiotique du droit civil. Qui plus est, une fois disparu, le contexte de l'expérience vécue ne peut pas agir en moteur du raisonnement juridique. Dans le système du droit commun, le raisonnement se fonde, au contraire, sur l'analogie entre la panoplie des faits juridiquement significatifs des précédents avec les faits du cas en litige. Or, ce n'est qu'en transformant le précédent en principe normatif que le droit civil a su le reconnaître comme source de droit.

En outre, la compréhension civiliste du rôle du tribunal dans la création d'une *case law* en Europe est différente de la conception qui prévaut en droit commun. Le civiliste tient pour acquis que les cours européennes fonctionnent comme des cours civilistes en ce sens qu'elles appliquent la loi et qu'elles ne détiennent pas le pouvoir de créer du droit. Loin s'en faut pour le juriste de droit commun qui envisage les tribunaux comme le véritable organe créateur à partir de chaque décision juridique. Même lorsqu'une loi pertinente existe et que le juge doit l'appliquer, la loi ne signifie qu'à partir des décisions juridiques antérieures qui seules forgent véritablement le droit et déchiffrent son sens dans la grammaire du droit commun. Dans la logique du droit commun, le législateur n'agit qu'exceptionnellement: à savoir, quand il estime qu'un problème particulier exige une solution et qu'il décide de l'accaparer et de l'extraire de la compétence du juge. Il s'agit donc toujours de circonstances hors de l'ordinaire dans la mythologie du rôle du législateur en droit commun¹¹⁵.

¹¹⁴ Paolo Mengozzi, *European Community Law: From Common Market to European Union* (trad. Patrick Del Duca), Springer, 1992, p. 190.

¹¹⁵ Vivian Grosswald Curran, "Romantic Common Law, Enlightened Civil Law: Legal Uniformity and the Homogenization of the European Union", 7 *Columbia Journal European Law* 63 (2001).

Cependant une convergence feutrée entre ces deux systèmes de droit se développe dans le processus même de l'évolution du droit en Europe. La primauté du droit européen a déclenché une méthode d'évolution juridique qui est dans la nature du droit commun et qui représente une rupture profonde d'avec l'idée civiliste du droit. Premièrement, les directives européennes ne sont pas rédigées à la manière civiliste d'un code qui permettrait aux États membres de les appliquer à leur manière habituelle. Elles sont beaucoup plus détaillées et particularisées, à la manière d'une loi dans le système du droit commun. En outre, les États-membres se voient obligés de changer leurs lois nationales si elles dérogent au droit européen. Cette méthode va à l'encontre de l'idée civiliste que toute loi doit procéder d'un cadre juridique préexistant et cohérent. C'est une progression vers la *common law*, où les lois sont entérinées au fur et à mesure que les circonstances de la société exigent des solutions particulières. Nombre de civilistes estiment que cette évolution du droit signifie un dérapage inconciliable avec la nature même du droit. Dès lors, le Pr. Zimmermann critique ces « *fragmentations ... qui s'insèrent de manière inorganique ... dans les systèmes de droit national* »¹¹⁶. Un autre auteur civiliste estime que ce processus représente une subversion de « *la notion établie du droit* »¹¹⁷. Ceux qui préconisent un code civil européen, tel Christian von Bar, estiment qu'il est nécessaire pour combattre une évolution juridique qui aujourd'hui « *met en danger la qualité et la cohérence systématique de notre droit privé* »¹¹⁸, inquiétude qui présuppose le rôle primordial du système et de la cohérence dans la nature même du droit. Le problème, selon Jean-Paul Levy, Président de la Commission des textes du Conseil national des barreaux, serait « *la perte de repères essentiels* » parce que « *la loi n'est plus là pour disposer de manière générale; elle résout des problèmes particuliers ... signifiant...une autre conception [du droit]* »¹¹⁹. Et nous rappelons que Portalis signala aux législateurs de France que le plus grand apport de Montesquieu fut qu' « *il nous apprend à ne jamais séparer les détails de l'ensemble* » qui les précède¹²⁰. La progression actuelle du droit non seulement en Europe mais aussi au niveau mondial est l'inverse, c'est une progression *common-law* en ce sens que la totalité se comprend par le biais du particulier.

Manque d'une perspective comparatiste comme source de malentendus entre les systèmes de droit civil et de droit commun

Le dépistage essentiel que peut offrir le droit comparé fait malheureusement largement défaut dans les communautés juridiques nationales qui assimilent et transmettent le droit internationalisé. En France, la vision sous-jacente du droit 'corrige' les soi-disant erreurs des cours non-nationales, telles les cours européennes, quand leurs décisions sont présentées à la communauté de juristes français. Alors qu'un barreau européen et des cours européennes s'intègrent de mieux en mieux dans un système juridique mondial qui s'homogénéise, l'intégration qui commence à s'opérer à ce niveau se délite dans les traductions nationales de

¹¹⁶ Reinhard Zimmermann, "Civil Code or Civil Law? – Towards a New European Private Law", 20 *Syracuse Journal International Law and Commerce* (1994), p. 218. (Notre traduction).

¹¹⁷ Friedrich Kübler, "Traumpfade oder Holzwege nach Europa? Oder : Was wir uns der Rechtsgeschichte wünschen sollten", 12 *Rechtshistorisches J.* (1993), p. 307.

¹¹⁸ Christian von Bar, « From Principles to Codification. Prospects for European Private Law », conférence à la Cour de cassation, le 12 avril 2002. <http://www.courdecassation.fr/manifestations/2002-04-12-von-Bar-societe-de-legislationEN.htm>.

¹¹⁹ J-P Levy. "Pénalisation et répression. Adaptation à la criminalité ou dérive sécuritaire?", *Gazette du palais*, mai, 2004, p. 1553.

¹²⁰ Portalis (dir.), Conseil d'Etat et du Tribunal. Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil, in V. Lasserre-Kiesow, "Le discours final de Portalis", *JCP* 2004 1-122 13, p. 555.

ce droit. Nous pouvons observer ce mécanisme dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*¹²¹, un cas concernant le suicide assisté, où la Cour européenne des droits de l'homme a su intégrer nombre d'aspects des deux systèmes juridiques, le système civiliste et le système *common law*: parmi les procédés civilistes, une décontextualisation de nombreuses décisions juridiques antérieures en les dénuant de tout, sauf de leur principe normatif, et un raisonnement déductif à partir du texte de la Convention. En revanche, la CEDH a adopté un raisonnement foncièrement *common law* en ce sens qu'elle explique sa conclusion à partir d'une décision canadienne qui avait été résolue sous l'égide d'un texte différent, la Charte canadienne. La Cour souligne de manière on ne peut plus *common law* que la décision canadienne est pertinente parce que les faits, l'expérience vécue, étaient similaires au cas en litige.

La CEDH refusa de condamner le Royaume-Uni dont les tribunaux nationaux avaient débouté la plaignante, gravement atteinte d'une maladie dégénérative, de sa demande qu'ils accordent à son époux une immunité contre toute poursuite judiciaire s'il l'aidait à se suicider. La Cour souligna que le refus britannique était valable en partie parce que le procureur ne serait pas obligé de poursuivre l'époux au cas où il assisterait sa femme à se donner la mort, perspective qui s'avère *common law* et qui se heurte à des principes fondamentaux du système civiliste. Cette décision a été présentée au public français dans la *Semaine juridique* quelques mois plus tard d'une manière qui la désamorce et la déforme¹²². Les quarante pages de la CEDH étaient devenues trois pages d'extraits épurés de toute présence *common law*. Les décisions juridiques que discute la Cour se trouvent reproduites dans la *Semaine juridique* dans la mesure où la Cour les avait elle-même dénuées de leur facticité. Mais les extraits éliminent le raisonnement par analogie qu'entreprit la Cour dans sa décision biméthodologique. De plus, la décision telle qu'elle paraît dans la *Semaine juridique* se lit comme une décision juridique française : non seulement est-elle écourtée à la longueur qu'aurait une décision nationale, mais aussi la « Note » qui suit se présente comme le dernier mot, expliquant la décision ainsi que balisant son effet juridique admissible.

Or, en l'occurrence, le Pr. Girault présente les aspects *common law* de la décision de la Cour tout bonnement comme des erreurs, sans supposer qu'il pourrait s'agir d'un raisonnement de provenance étrangère. Elle trouve inadmissible que la Cour se soit justifiée par analogie à la décision canadienne: « *Plus qu'une analyse réfléchie, il semble que ce soit une décision de la Cour suprême du Canada qui emporta ici la conviction des juges européens* »¹²³. De même, elle trouve sidérant que la Cour ait loué le projet britannique de reporter à l'avenir la faculté de ne pas inculper le mari: « *La Cour veut-elle alors signifier que la non-application de la loi peut être une réponse...?* »¹²⁴. Cette idée heurterait la suprématie de la loi-texte que les juges doivent appliquer, et ce, selon la tradition française, « *alors même que l'on n'en aperçoit pas la raison* ».¹²⁵ Aussi, selon le Pr. Girault, « *préférons[-nous] croire qu'il n'en est rien, pareille conclusion dépassant probablement la pensée des juges européens* »¹²⁶. Elle présente une solution, la française, n'envisageant pas qu'une autre puisse être légitime: à savoir que le juge n'est pas obligé de *punir*. Dans le cas de Vincent Humbert, où la mère et le médecin d'un jeune tétraplégique l'assistent à mourir, nous trouvons un commentaire semblable en France – à savoir que la loi est la loi, mais que les prévenus ne

¹²¹ Affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, CEDH 29 avril 2002. Voir "Re-Membering Law", *op. cit.*

¹²² Voir C. Girault, "La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort", JCP 2003 II 15.

¹²³ *Ibid.*, p. 681

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Alain Pariente, « Le refus de soins. Réflexions sur un droit en construction », 5-2003 *Rev de dr public* 1435.

¹²⁶ Girault, *op. cit.*, p. 682

doivent pas pour autant être punis dans de tels cas¹²⁷. De même en Allemagne en 2004, quinze ans après la chute du mur de Berlin, des gardes de l'ancienne Allemagne de l'Est sont condamnés pour avoir tiré sur des personnes qui tentaient de s'évader vers l'Ouest mais, dit le juge allemand, « *[ils] ne seront pas punis* »¹²⁸.

Fixité des normes juridiques et transformations de la société

L'internationalisation du droit relève encore un autre défi qu'illustre l'affaire *Pretty*. Quand les circonstances de la société changent par le biais d'évolutions scientifiques, elles sont susceptibles de basculer les fondements des normes juridiques établies. Depuis que la définition de la vie dépend des fonctions du cerveau au lieu de celles du cœur, la vie soudainement a pu continuer sans aucun attribut qu'on lui avait associé auparavant¹²⁹. La Cour se voit donc dans l'obligation d'appliquer le principe du caractère sacro-saint de la vie tel que la Convention l'avait prévu à une époque révolue, surtout en réaction contre les pratiques de l'ère hitlérienne¹³⁰. La CEDH ne fait aucune allusion aux influences formatrices du texte de la Convention et aux conditions sociales qui remettraient son application en question aujourd'hui. Mais une loi qui reste figée en apparence peut subir des transformations inaperçues et involontaires si les juges l'appliquent à des conditions suffisamment différentes de celles qu'avait prévues le législateur. Dans ce cas, accomplit-elle toujours son but? Les problèmes de droit qui se présentent peuvent refléter un environnement trop changé pour que la valeur normative d'une ancienne loi retienne ses racines normatives. Ni l'analyse de la CEDH ni celle de la doctrine française dans l'affaire *Pretty* ne fait face aux origines historiques qui ont influé sur la Cour et qui, à défaut d'être reconnues, finissent par nuire à la qualité de la décision.

Le juge national, ainsi que tout juriste national, se doit donc d'insister sur une analyse comparatiste approfondie pour dépister les discours cachés dans ce nouveau roman qu'est le droit en voie d'internationalisation. En fin de compte, pour citer Nathalie Sarraute, qui fut non seulement pionnière du Nouveau roman mais aussi l'une des premières femmes avocats du barreau de Paris, « *c'est ce qui échappe aux mots que les mots doivent dire...* ».

¹²⁷ Voir Bernard Debré, *Nous t'avons tant aimé. L'euthanasie, l'impossible loi*, Le Cherche Midi, 2004; également, Claire Chartier, "Il ne faut pas légiférer", *l'Express*, 15 janvier 2004, p. 28.

¹²⁸ « Former Guards Convicted Fifteen Years After Wall Fell », *USA Today*, 10 nov. 2004, p. 8A. (Notre traduction).

¹²⁹ Voir Peter Singer, *Rethinking Life and Death : The Collapse of Our Traditional Ethics*, St. Martin's Press, 1994.

¹³⁰ "Re-Membering Law", *op.cit.*, p. 123-129.

Regard d'une internationaliste

par Emmanuelle Jouannet

Parler d'un rapprochement entre la France et les Etats-Unis à la faveur du processus de l'internationalisation du droit semble *a priori* un énorme défi, car ces deux pays sont dans une situation de frères ennemis – la pire qui soit – depuis bien longtemps sur les questions juridiques et encore plus aujourd'hui sur les questions internationales. Tous deux ont fondé leur identité nationale, culturelle, historique et juridique dans un mouvement extrêmement ambivalent d'attraction et de rejet réciproques, et qui culmine aujourd'hui dans les affaires internationales ; parler des perspectives d'internationalisation pourrait donc paraître une illusion dans l'état actuel du droit international.

Une internationalisation originaire statique

Toutefois à y regarder de plus près on réalise qu'au fond une forme d'internationalisation a été effectuée dès l'origine, c'est-à-dire dès nos Déclarations des droits au XVIII^e siècle à la fois proches et dissemblables : elles nous ont amené à partager des valeurs communes, des concepts qui ont été diffusés dès cette époque par chacune de nos cultures et systèmes politiques. Nous avons donc pratiqué l'internationalisation de manière originaire, mais il semble que depuis nous n'ayons pas beaucoup évolué et que cette internationalisation soit restée assez statique. Elle s'ancre toujours dans l'attachement à la forme républicaine de l'Etat et à la séparation de l'Etat et de l'Eglise, dans la défense des droits de l'homme et le caractère nécessairement démocratique et pluraliste du gouvernement. Mais dès que l'on va du général au particulier, des différences fondamentales apparaissent, car depuis l'origine on diffuse ces principes communs par le biais de nos traditions et politiques différentes. Le juge interne ne s'intéresse pas au droit étranger, il ne se tourne vers le droit français (pour le juge américain) ou américain (pour le juge français) que dans des cas extrêmes. Citer l'autre, en outre, ne doit pas toujours être une très bonne stratégie judiciaire car cela réveille justement le combat des frères ennemis: il vaut mieux pour les américains citer les anglais ou les canadiens et pour les français citer les allemands ou les italiens. A cet égard il semble que la situation internationale et les rapports problématiques entre la France et les Etats-Unis puissent rejaillir sur la situation interne et les jugements internes dans le sens d'une *non*-internationalisation. Sans aller jusqu'à cet extrême, du moins peut-on penser que l'on en reste encore aujourd'hui à cette première internationalisation originaire qui existait entre nos deux pays et qui reste toujours très statique et conditionnée par les relations fluctuantes entre les deux côtés de l'Atlantique.

Vers une internationalisation plus poussée et dynamique

Néanmoins il existe à l'heure actuelle des mouvements d'internationalisation plus poussés entre nos deux pays. C'est tout d'abord une internationalisation par le biais de la construction européenne. Le droit européen avec son influence sur notre système, notre culture et notre représentation du droit et de la souveraineté ne nous rapproche-t-il pas du droit américain ? Les notions de souveraineté limitée, de partage des compétences, de contre-pouvoirs, de fédération dont nous sommes aujourd'hui bien obligés de débattre, sont proches du droit américain et beaucoup plus étrangers à la tradition juridique française. Le processus d'intégration et de création d'institutions au niveau européen dans lequel s'est engagée la

France peut donner à penser qu'elle ne fait que consolider son identité européenne, mais il nous rapproche aussi paradoxalement d'une conception américaine des fondements du droit.

L'internationalisation touche tout d'abord les méthodes du juge interne. On ne cesse d'opposer le réalisme judiciaire américain au formalisme légaliste français - opposition qui semble aujourd'hui en partie dépassée. D'abord le réalisme américain est intégré dans une certaine mesure en France depuis plusieurs années et a influé sur la question de l'interprétation des textes de loi par le juge et sur la considération de son rôle. Ensuite, plus concrètement, on voit à l'œuvre une certaine logique commune dans les raisonnements qui nous ont été exposés par les juges Bruno Genevois et Stephen Breyer, combinant les méthodes déductive et argumentative, avec un vrai réalisme et une prise en compte des conséquences de la décision du côté français, une démarche déductive et une prise en compte des intentions du côté américain. Si bien que partant de cultures différentes et de doctrines apparemment opposées, les juges internes révèlent qu'en pratique, ils peuvent adopter des raisonnements assez similaires et que leurs solutions peuvent être convergentes. Les procédures sont différentes, les principes sont invoqués différemment, mais les raisonnements pourront s'apparenter et les solutions converger. Cela rappelle une réflexion du Juge G. Guillaume, ancien président de la Cour internationale de Justice, qui disait qu'à la CIJ, il n'y avait que très peu d'oppositions culturelles sur le fond entre juges continentaux et anglo-saxons, le droit international étant en outre un langage commun, mais d'interminables querelles sur des questions de procédure superficielles.

On peut également parler d'une internationalisation du rôle du juge interne, qui apparaît comme un facteur de résistance à la complexité croissante du monde juridique, et un facteur de stabilisation. Le juge interne devient un véritable acteur des relations internationales, peut-être sans même le savoir et sans s'en préoccuper. Par des arrêts pris et médiatisés sur des questions comme la laïcité, la peine de mort ou la concurrence, le juge interne, notamment quand il emprunte au droit international ou au droit étranger, ne fait pas que déclarer des droits et principes, mais participe au débat international actuel sur leur contenu et leur valeur. Il devient un acteur des relations internationales de plus en plus observé et étudié car il pallie à une insuffisance actuelle du système international – un système non seulement globalisé et fragmenté à la fois, mais aussi, pour cette même raison, gravement déstabilisé au niveau de ses règles secondaires et primaires. Les Etats, acteurs classiques du jeu international, sont impuissants à l'heure actuelle pour définir ces principes ; ainsi les Etats-Unis et la France s'opposent violemment sur le contenu et la portée des règles les plus fondamentales du système et sur les moyens de les imposer au reste du monde (c'est l'opposition entre l'universalisme européen des droits de l'homme et l'universalisme américain). Dans une telle situation, la discussion au niveau national et les solutions avancées par les juges internes contribuent à pallier à une certaine incohérence et incomplétude du système et donc exercent une fonction de stabilisation.

Toutefois les juges restent relativement libres face à cette évolution et leurs propres choix seront déterminants pour l'avenir, qu'il s'agisse pour eux de développer le droit comparé, d'accentuer le rôle des références externes dans leurs motivations, de donner une portée internationale plus large à leurs solutions, ou bien de se cantonner dans une fonction plus classique. Autant les juges ne maîtrisent pas véritablement l'évolution de la culture juridique de leur propre pays (même s'ils agissent indirectement sur la culture juridique professionnelle), autant ils sont responsables du choix des principes et jugements étrangers et internationaux à prendre en considération, choix qui interviennent au niveau des discussions, des motivations et des solutions, au-delà de toutes les contraintes internes et externes, sociologiques et institutionnelles, qui sont bien réelles. Une telle évolution est d'autant plus

intéressante à envisager que comme tout juge, le juge « internationalisé » joue un rôle fondamental de simplification face à la complexité croissante des ordres juridiques, résultant des dynamiques actuelles d'interdépendance, de fragmentation et de globalisation. Son métier consistant à passer du général au singulier, avec un souci de lisibilité et d'intelligibilité de sa solution, le juge représente donc un élément de résistance face à la complexité du système international.

Les cultures juridiques comme élément de convergence ou de divergence entre la France et les Etats-Unis

Il faut différencier trois types de culture juridique : la culture interne, la culture internationaliste et la culture de l'internationalisation, autrement dit la représentation que l'on se fait du droit interne (culture juridique interne), du droit international (culture juridique internationaliste) et des relations du droit étranger et du droit international avec le droit interne (culture de l'internationalisation). Il semble nécessaire d'affiner la réflexion en tenant compte de ces trois types possibles de culture, qui reçoivent un contenu différent en France et aux Etats-Unis. Mais d'abord, ces cultures existent-elles vraiment toutes les trois ? Existe-t-il une culture juridique de l'internationalisation ? L'internationalisation reste au niveau embryonnaire s'agissant des relations entre la France et les Etats-Unis, et il semble qu'il n'y pas de culture ni même de vision partagée de cette internationalisation. On reste principalement sur le terrain des idées, mais les idées peuvent avoir des conséquences concrètes et entraîner à terme la formation d'une culture professionnelle de l'internationalisation par le biais des juges et des avocats. Cependant, le processus d'internationalisation ne se développera vraiment que s'il se développe également une vraie culture juridique de l'internationalisation, et celle-ci sera elle-même dépendante, pour la France comme pour les Etats-Unis, des deux autres types de culture existants : la culture juridique interne et la culture juridique internationaliste.

On se réfère souvent aux cultures juridiques internes pour analyser les solutions internes. Or il me semble que la culture juridique internationaliste a une influence indirecte mais tout aussi réelle sur le juge que sa culture juridique interne et qu'elle guide aussi les pratiques et les solutions en faveur ou non de l'internationalisation : la représentation que l'on se fait du droit international, de sa force obligatoire, la pratique que l'on en a, les symboles que nous en gardons, influent sur le jugement interne. Or nos deux cultures juridiques demeurent profondément différentes et n'ont pas les mêmes répercussions sur le juge américain et le juge français. Pour résumer, on assiste en France à une logique de continuité entre la tradition formaliste interne et la conception du droit international, avec valorisation du droit, respect des engagements internationaux et version relativement moniste des rapports droit interne/international ; du côté américain on observe au contraire une certaine rupture entre les deux niveaux, car le réalisme juridique enseigné au niveau des relations internationales (qui n'a rien à voir avec réalisme judiciaire interne américain) a eu un impact considérable sur la culture internationaliste américaine depuis 1945 et a entraîné un profond scepticisme à l'égard des règles qui n'existent pas au niveau interne.

Enfin, il faut se défaire de visions caricaturales des cultures - non seulement de celle de l'autre mais aussi de la sienne propre - tout en sachant qu'elles existent et que nous continuons à être influencés par elles. Elisabeth Zoller remarquait que nous avons non seulement des préjugés vis-à-vis des autres cultures mais aussi une ignorance concernant la nôtre. Il paraît donc nécessaire de développer ce que l'on appelle aujourd'hui l'appropriation réfléchie des cultures juridiques au niveau de l'enseignement et de la formation des professionnels et développer également l'enseignement du droit comparé. Nous pourrions

peut-être ainsi comprendre la part d'irréductibilité de chacun car elle fonde, nous le savons, son identité, et laisse voir clairement que la solution n'est pas l'uniformisation mais bien le pluralisme ou encore l'« identité différenciée » pour reprendre un mot du philosophe Alain Renaut. Et on pourra peut-être alors transformer une internationalisation franco-américaine originaire statique en une internationalisation contemporaine dynamique et consciente d'elle-même.

B. Le principe de proportionnalité, principe national et principe d'internationalisation

New York City, 2007

La fonction du principe en droit constitutionnel américain

par Michel Rosenfeld

(traduit de l'anglais par Emmanuel Breen)

Mon exposé portera sur la proportionnalité en droit constitutionnel américain. Le concept, qui n'y est pas évident, suppose en effet quelques explications. Le Juge Breyer a dit que les juges commençaient à réfléchir à partir de problèmes¹³¹. Les professeurs, quant à eux, sont placés face à une alternative : soit ils critiquent les décisions des juges, soit ils en font la théorie – ou les deux. Alors, j'essaierai de faire les deux. Je suis ceux qui croient à la force du lien entre théorie et pratique, même s'il n'est pas toujours facile à voir. Je vais commencer par évoquer la proportionnalité en général, puis montrer comment le droit constitutionnel américain fait usage de ce concept et, enfin, mettre l'accent sur le cas difficile de la guerre contre le terrorisme.

La notion de proportionnalité est d'un usage extrêmement général. On pourrait dire ainsi, que la notion même de prééminence du droit (*rule of law*) repose sur le principe de proportionnalité, en ce qu'elle impose de traiter de la même manière les cas semblables, comme le recommandait déjà Aristote : il faut traiter également ce qui est égal, et inégalement ce qui est inégal. C'est là aujourd'hui un instrument utilisé de manière presque universelle par les juges, au point que le professeur canadien David Beaty, auteur du livre intitulé *Ultimate Rule of Law*¹³², soutient que, dans tous les pays, la seule fonction légitime des juges en matière constitutionnelle¹³³ est de mettre en œuvre le principe de proportionnalité. Et il est vrai que ce principe est abondamment débattu dans la doctrine du Canada, de l'Allemagne, d'Israël, de l'Union européenne ou dans celle relative à la Convention européenne des droits de l'homme.

On peut distinguer, de manière générale, trois approches de cette notion. La première, qui est celle que défend David Beaty, est que le principe de proportionnalité est universel, et devrait conduire à des résultats similaires dans les différents systèmes constitutionnels. Il admet bien que cela ne se vérifie pas dans les faits, mais l'attribue, finalement, à ce que, dans la réalité, les juges ne comportent pas selon leur modèle idéal, et n'aboutissent pas toujours à la bonne solution.

La deuxième approche consiste à penser que le principe est universel, mais que les solutions particulières dépendent des particularités des normes, valeurs et attitudes culturelles. C'est à cette approche que je tendrais à me rallier. Quant à la troisième, elle consiste à dire

¹³¹ V. *supra* p. 29.

¹³² Oxford university press.

¹³³ V. *infra* p. 85.

que le principe est si abstrait et si infiniment malléable qu'il permet aux juges de choisir leur solution avec une parfaite liberté en la présentant comme étant dictée par le grand principe de la proportionnalité.

Dans la constitution des Etats-Unis, très peu de choses sont exprimées directement en termes de proportionnalité. Il est davantage fait recours à la notion d' « équilibre ». Certaines opinions, concourantes ou dissidentes du Juge Breyer traitent du principe de proportionnalité, mais ce principe n'a pas été adopté de manière générale. On le rencontre, cependant exprimé de manière directe dans certains domaines très limités, et dans quelques autres par le biais d'une interprétation. C'est ainsi en particulier que la clause de la Constitution qui prohibe les punitions cruelles et inhabituelles (*cruel and unusual punishment*) a été interprétée comme prohibant les punitions manifestement disproportionnées. Mais tout de même, que faire de cette affaire, qui choque toujours les étudiants étrangers quand on la leur expose. Elle concerne l'application de la règle de droit californien surnommée : « trois coups et tu sors » : une personne avait été condamnée déjà à deux reprises quand elle a volé quelques clubs de golf valant quelques centaines de dollars. Mais comme il s'agissait de la troisième condamnation, la personne a été condamnée à la prison à vie. Eh bien, la Cour suprême a considéré que cette punition n'était pas manifestement disproportionnée et que, dès lors, elle ne violait pas la clause d'interdiction des punitions cruelles et inhabituelles.

Sortis de là, on ne trouve pas de discussions très nombreuses du principe de proportionnalité en droit américain, mais ma thèse, c'est que, néanmoins, les juges américains font usage d'un test qui est de la même nature que celui qu'implique le principe de proportionnalité. Ce test implique ce qu'on pourrait appeler une combinaison de test d'adéquation – les moyens sont-ils adéquats à la fin recherchée ? – et de test d'équilibre – les éléments de la cause ont-ils été bien pesés ? Cela mérite quelques explications supplémentaires.

Il existe plusieurs définitions différentes de la proportionnalité. Celle que je retiens inclut également l'adéquation et l'équilibre. C'est ainsi qu'elle est conçue en Allemagne, et les approches canadienne et israélienne ne sont pas si différentes. Il s'agit, alors, de procéder à un test en trois parties. Premièrement, existe-t-il une relation adéquate entre la fin et les moyens ? Deuxièmement, la question de la nécessité : les moyens utilisés sont-ils, parmi tous les moyens utilisables pour parvenir à la fin souhaitée, ceux qui ont la nature la moins restrictive pour les libertés publiques ? Et troisièmement, le test de l'équilibre, qui implique une pesée des coûts et des avantages.

L'exemple qui m'a été donné par plusieurs professeurs de droit allemand, et qui doit donc être en usage dans les facultés de droit allemandes, est assez dramatique : vous regardez de loin votre cerisier et vous voyez un enfant qui y monte pour y cueillir des cerises et les manger. Vous disposez d'un fusil. Première question : est-il adéquat de tirer pour protéger votre propriété ? Oui, c'est adéquat – *dixit* les célèbres professeurs de droit allemands. Deuxième question : est-ce nécessaire. Autrement dit, existe-t-il des manières moins restrictives de parvenir au même résultat ? A supposer que l'enfant soit trop loin pour que vous puissiez lui faire peur en criant, oui, la seule manière de l'empêcher de manger vos cerises est de lui tirer dessus. Mais, heureusement pour l'enfant, il faut encore répondre à la troisième question. Et il ne fait pas de doute que, quels que soient les bénéfices que vous pouvez tirer de la préservation de vos cerises, ils sont largement éclipsés par le terrible dommage que vous causeriez à l'enfant, même si vous ne faisiez que le blesser. C'est

pourquoi il est interdit de protéger ses cerises de cette manière-ci. Et c'est surtout de cette manière qu'on enseigne en Allemagne le principe de proportionnalité.

Avant d'en venir au droit américain, il faut dire tout de même que la proportionnalité, comme la démocratie ou la liberté par exemple, fait partie de ces concepts qui ont les faveurs de tout le monde, mais dont le sens peut être assez variable. Et, de fait, le principe de proportionnalité peut entrer sur la scène législative ou judiciaire sous beaucoup d'habits différents. Ainsi, par exemple, il peut dériver de l'idée que nous vivons dans une société pluraliste ou les gens ont des intérêts divers et conflictuels, de telle sorte que le travail du législateur est essentiellement de concilier avec le sens de la proportion. Ou encore, s'il faut faire jouer la règle de la majorité, on peut considérer qu'elle ne devrait être appliquée que d'une manière qui ne nuise pas trop aux intérêts de la minorité – ce qui implique encore un jugement de proportionnalité.

Au niveau judiciaire, la plupart des systèmes juridiques mettent l'accent sur le contrôle de la relation des moyens et des fins. Le rôle du juge consiste alors simplement à contrôler la manière dont le législateur atteint un but donné. Et ce contrôle peut n'être que très peu approfondi. C'est ce qu'on appelle aux Etats-Unis le degré minimum de contrôle (*minimum level of scrutiny*): un simple contrôle de « rationalité », pour s'assurer simplement que les moyens sont reliés de manière raisonnable aux fins. J'ai compris de l'exposé de Guy Canivet qu'un contrôle de ce type existait également dans la tradition française¹³⁴. Autrement dit, que la loi n'est ni contre-productive, ni absurde, ni arbitraire.

Mais ce contrôle peut se faire plus intrusif. Il peut prendre la forme du contrôle strict (*strict scrutiny test*), par lequel les juges peuvent censurer une loi, sauf si l'intérêt public en cause est impérieux (*compelling*) et qu'il n'existe aucun moyen alternatif de protéger cet intérêt.

Et il est possible d'aller encore plus loin, comme l'a fait Aaron Barak en Israël dans l'affaire de la barrière de séparation. Nous l'appelons un « mur », mais ils sont très sensibles à ce sujet et l'appellent une « barrière de séparation ». Ce qu'il a fait à ce propos, c'est de soupeser les mérites des différentes finalités de l'action publique, ce qui me semble très difficile à distinguer d'une intrusion inappropriée dans les compétences du législateur ou de l'administration. Mais Aaron Barak insiste sur le fait que, dans les circonstances, la Cour suprême est bien restée dans les limites de la fonction judiciaire.

A l'issue de ce tour d'horizon du spectre du principe de proportionnalité, revenons aux Etats-Unis. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité américain, l'approche en termes d'équilibre est en concurrence avec ce que je propose d'appeler une approche « par catégories ». L'approche en termes d'équilibre était plutôt à la mode dans les années 1930 et 1940, encore qu'un auteur puisse déjà l'associer aux années 1910, dès après l'arrêt *Lochner*. Un mot d'explication sur cet arrêt : c'est une affaire dans laquelle, en 1905, la Cour suprême a jugé que la clause de "*due process*" de la Constitution impliquait l'existence de certains droits substantiels qui interdisaient à l'Etat de New-York de limiter le temps de travail des ouvriers boulangers : il s'agissait du droit de propriété de l'employeur et de l'employé et du droit à la liberté contractuelle. C'est en quelque sorte en réaction à cet arrêt, la Cour a commencé à équilibrer les droits. Et cette approche, dès ce moment et surtout à partir des années 1930, s'est très largement imposée dans la jurisprudence de la Cour.

¹³⁴ V. *infra* p. 85.

Dans cette jurisprudence, il faut bien distinguer, à mon avis, le test d'équilibre et le test d'adéquation, parce que le test d'équilibre pose un problème d'ordre théorique en droit constitutionnel. En effet, s'il faut équilibrer les droits constitutionnels et les politiques publiques (*social policies*), cela signifie que les droits constitutionnels n'ont pas une nature substantiellement différente de celle des autres intérêts sociaux. Or n'y a-t-il pas tout de même quelque chose qui les rend plus importants ? Pour résoudre ce problème, Dworkin propose de dire que les droits constitutionnels ne peuvent être mis en balance qu'avec des intérêts politiques ou sociaux très importants, urgents, impérieux (*very important, urgent, compelling*), pour reprendre les termes utilisés par la Cour dans le cadre de son contrôle strict (*strict scrutiny test*). Ce qui soulève immédiatement une autre question : de quelle pondération supplémentaire les droits ou intérêts constitutionnellement protégés bénéficient-ils ?

La pondération de ces droits diffère, en réalité, selon le degré de contrôle. Ainsi, par exemple, la contestation d'une législation économique ou sociale fera, généralement, l'objet d'un contrôle minimum, c'est-à-dire d'un simple contrôle de rationalité. Ce qui veut dire que le législateur peut véritablement faire ce qu'il veut dès lors qu'il n'excède pas les limites du « raisonnable » (*rationality*). La pondération des droits constitutionnels est alors très faible. Au contraire, dans le cadre d'un contrôle strict, les droits constitutionnels "pèsent" beaucoup plus lourd, parce qu'il est presque impossible de combattre la présomption d'invalidité dès lors que le droit est mis en cause. C'est ainsi, en utilisant notre test à trois niveaux, que nous introduisons et modulons les restrictions aux droits. Il existe d'ailleurs, quelque part entre le contrôle minimum et le contrôle strict, un degré intermédiaire de contrôle, qui est utilisé essentiellement dans les affaires de discrimination en raison du sexe.

L'autre différence avec l'approche européenne est que, pour diverses raisons de technique processuelle, les affaires américaines se présentent toujours sous la forme de la contestation d'un intérêt ou d'une politique publique (*governmental interest*) sur la base d'un droit constitutionnel, alors qu'en réalité ce qui est en cause peut très bien être un conflit entre deux droits constitutionnels. C'est un fait que le Juge Breyer a bien mis en évidence dans l'une des opinions relatives au principe de proportionnalité, dans une affaire de financement de campagne électorale. Nous avons des lois qui limitent le montant des contributions qui peuvent être faites pour financer une campagne et ces lois ont été contestées sur le fondement de la liberté d'expression : donner de l'argent est une manière d'exprimer une opinion et, selon la requête, il ne serait pas possible de justifier constitutionnellement les restrictions apportées à ce droit. L'affaire se présentait, formellement, comme un conflit entre la liberté d'expression et l'intégrité du processus démocratique. Mais cette intégrité apparaissait comme un intérêt public protégé par la constitution plutôt que comme un droit constitutionnel. Dans ce cas, comme aussi par exemple dans des affaires de droits familiaux, cette présentation formelle biaise un peu l'analyse, à mon avis, parce que le fond de l'affaire tient à un conflit entre droits constitutionnels. Et peut-être les conceptions de la proportionnalité et de l'équilibre devraient-elle être différentes dès lors qu'il ne s'agit du conflit de ce type.

Donnons à présent quelques exemples de mise en oeuvre de cette approche en termes d'équilibre. La nécessité d'équilibrer les droits et les intérêts est parfois inscrite nettement dans la formule dégagée par la jurisprudence. Il en va ainsi, par exemple, du standard du danger clair et actuel (*clear and present*) dans la jurisprudence en matière de liberté d'expression : la parole est libre, dès lors qu'elle ne crée aucun danger clair et présent, d'atteinte aux personnes, par exemple. Il s'agit en réalité d'un test d'équilibre : un poids très considérable est donné à la liberté d'expression, mais dès lors qu'à partir d'un certain point elle crée un danger clair et actuel suffisamment important, elle peut être limitée.

Dans d'autres domaines, le test d'équilibre prend plutôt la forme d'un arbitrage direct entre les coûts et les bénéfices, comme par exemple à propos de la Clause de commerce. Cette clause prévoit que l'Etat fédéral, et en particulier le Congrès, peut réguler le commerce interétatique, mais que lorsqu'il n'existe aucune législation fédérale applicable à un secteur donné, les Etats fédérés sont libres de légiférer, dès lors qu'ils ne procèdent à aucune discrimination. Ainsi, par exemple, sauf à être discriminatoire, une législation étatique relative à la santé, qui restreint le commerce interétatique, n'est pas contraire à la Constitution si les avantages procurés par la régulation de la santé excèdent les inconvénients résultant des restrictions au commerce interétatique. Ici, on met directement en balance deux intérêts conflictuels : non pas un droit constitutionnel et un intérêt public, mais deux intérêts publics.

Terminons en évoquant brièvement la guerre contre le terrorisme et l'affaire *Hamdi* de 2004¹³⁵. Dans cette affaire, le Juge Breyer a été l'un des quatre membres de la Cour qui ont utilisé le test de l'équilibre pour décider si un droit à l'*Habeas corpus* pouvait être reconnu à une personne capturée en Afghanistan par des alliés afgans des Etats-Unis et ensuite détenue par l'armée américaine pendant deux ans. Son cas a fini par arriver devant la Cour suprême. Il avait été qualifié de combattant ennemi, et il contestait cette qualification. La question se posait du critère à utiliser. C'était une question préliminaire, parce que la catégorie des ennemis combattants était nouvelle, au moins dans le contexte de la guerre contre le terrorisme et qu'il fallait déterminer la mesure dans laquelle elle pouvait relever du paradigme du droit de la guerre. Un combattant ennemi est-il assimilable à un prisonnier de guerre ? Ou est-il au contraire plus proche du paradigme classique du droit criminel ? La raison de cette ambiguïté, du moins pour ce que je comprends des motivations de l'Administration Bush, est que les combattants ennemis ont été interrogés d'une manière beaucoup plus poussée que ce que permettraient les Conventions de Genève : ils n'ont pas été traités comme de véritables prisonniers de guerre. La question qui se posait était donc la suivante : quels étaient les droits du requérant dans le cadre de l'enquête, dès lors qu'il était qualifié d'ennemi combattant ?

Si on laisse de côté la position de l'Administration – pour laquelle il n'avait à peu près aucun droit – la Cour était partagée entre deux positions, qu'il est important d'expliquer au regard de la problématique de la proportionnalité. La première de ces positions, développée par le Juge Scalia, procédait à une analyse par catégorie : Hamdi avait des droits au titre de l'*habeas corpus*, à moins que le Congrès ne les ait suspendus, comme il peut le faire en cas d'invasion ou de rébellion. Comme le Congrès ne l'a pas fait, Hamdi doit être soit inculpé, soit relâché. La seconde position, développée par le groupe de juges qui a utilisé le test d'équilibre, a consisté à dire que l'affaire intervenait dans des circonstances inhabituelles dans lesquelles il convenait de dégager un équilibre entre liberté et sécurité, équilibre qui n'est pas le même que celui qui doit s'établir dans les affaires criminelles de droit commun. Ces juges ont utilisé un test qui avait été dégagé dans l'affaire *Mathews v Eldridge*, à propos de la suspension des allocations pour handicapés: ils ont autorisé Hamdi à contester la qualification qui lui avait été appliquée, mais lui ont, finalement, imposé la charge de la preuve.

Plusieurs commentateurs, dont moi-même, ont critiqué cette approche au motif que la situation de Hamdi était plus proche de celle d'un prisonnier de droit commun que de celle d'un simple prisonnier de guerre. Le standard devait donc être celui des droits accordés aux accusés en matière criminelle. D'où une dernière question : quels sont ces droits ? Les accusés ordinaires ont certains droits constitutionnels : le droit d'avoir un avocat, le droit de ne pas témoigner contre soi-même, certains droits reconnus par le Quatrième amendement qui ont

¹³⁵ (US, 2004) 542 U.S.

parfois été interprétés comme pouvant conduire à la suppression de certains éléments de preuve. Ces droits sont interprétés généralement comme étant de nature catégorique, mais en réalité on peut très bien soutenir qu'ils comportent une dimension d'équilibrage des droits constitutionnels. On ne peut pas exclure, en effet, que les Pères de la Constitution et de la Déclaration des droits cherchaient à établir un équilibre entre, d'une part, la sauvegarde de la dignité, de l'autonomie et de la liberté du citoyen et, d'autre part, la nécessité, pour l'Etat et la société, de punir le crime. Et qu'ils ont établi cet équilibre en définissant les droits constitutionnels de la défense en matière pénale. Mais c'est un point qui reste ouvert à la discussion, et les tenants d'une approche par catégories ont également des arguments. Dans le contexte européen, certains droits ne sont pas dérogeables et ne relèvent pas d'une analyse en termes de proportionnalité, comme par exemple l'interdiction de la torture : aussi justifiée que puisse être la torture du point de vue de l'intérêt social, elle ne peut jamais être justifiée en droit. L'existence de ces droits non dérogeables en droit américain dépend, en partie, de l'approche, en termes d'équilibre ou non, que l'on retient pour l'interprétation du texte de la Constitution.

Concluons sur cette observation qu'il n'existe pas de critère objectif qui permette de déterminer l'endroit où l'on place le curseur dans les tests de proportionnalité à trois niveaux, ou dans les test d'équilibre. Il n'y a pas de critère objectif, parce qu'il faut toujours concilier les valeurs sociales, qui dérivent des textes constitutionnels, de l'histoire ou des usages sociaux dominants, et que, dès lors que l'on procède à une conciliation, ces valeurs perdent leur caractère absolu. C'est pourquoi si, entre la France et les Etats-Unis, ou entre les Etats-Unis et le Canada, le processus intellectuel peut être similaire, les résultats ne le seront pas nécessairement.

La fonction du principe de proportionnalité en droit constitutionnel français et en droit européen

par Guy Canivet

Examiné dans l'ordre juridique français, intégré dans les ordres juridiques supranationaux de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme, le principe de proportionnalité remplit deux fonctions complémentaires qui, parfois, se superposent et se confondent : il est tout à la fois un instrument de régulation des relations entre l'ordre juridique national et les ordres juridiques supranationaux européens (I) et un mode de conciliation de droits ou principes fondamentaux de valeur équivalente (II).

La proportionnalité comme principe régulateur dans les relations entre les droits nationaux et les droits supranationaux.

S'agissant de la fonction dite « de régulation », sont à distinguer deux champs d'action à finalités différentes : d'une part, la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (A), d'autre part, la confrontation de l'intérêt général des Etats avec les droits et libertés dont les deux ordres juridictionnels supranationaux européens assurent la garantie (B).

La proportionnalité comme régulateur de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres.

Comme c'est généralement le cas des organisations internationales et des fédérations dans les Etats fédéraux, les attributions de l'Union européenne sont limitativement énumérées par les traités fondateurs et laissent aux Etats membres une compétence de principe. Mais, à la différence des constitutions fédérales qui fixent précisément la distribution entre le domaine fédéral et celui de ses composantes (Etats, provinces, sujets...), les traités européens ne contiennent ni clause générale ni liste systématique des attributions transférées. Cette situation singulière a nécessité l'élaboration d'un système de répartition des compétences relativement complexe dont la mise en œuvre mobilise des concepts dits « régulateurs ». Elevées au rang de « principes généraux du droit communautaire », ces normes sous-jacentes servent d'axes de référence pour justifier, aménager ou corriger les règles de répartition des compétences dans chaque situation particulière. A cette fin, ont été créées la « préemption », « la loyauté communautaire », la « subsidiarité » et la « proportionnalité ».

Le principe de proportionnalité, qui nous intéresse spécialement comme mode de distribution des compétences entre la Communauté et les Etats membres, est désormais énoncé à l'article 5 (ex-art. 3 B) du traité de l'Union européenne, issu du traité de l'Union européenne qui prévoit en son troisième alinéa que « *l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité* ». Inspiré du droit constitutionnel et administratif allemand mais existant sous des dénominations différentes dans la plupart des ordres juridiques des Etats membres, le principe de proportionnalité a toujours constitué un élément du bloc de légalité commandant la validité des actes des institutions communautaires. Selon une formule systématiquement reprise, la Cour de justice s'assure, en effet, que « *les actes des institutions communautaires ne dépassent pas les limites*

*de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché*¹³⁶. L'insertion du principe de proportionnalité dans le traité de l'Union européenne, aux côtés des principes « d'attribution » et « de subsidiarité », confirme la valeur constitutionnelle de la proportionnalité comme instrument de régulation de la répartition horizontale des compétences. A cette fin, il a été codifié par le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de l'Union européenne par le traité d'Amsterdam. La Cour de justice en a précisé la portée, en coordonnant les fonctions réciproques de la subsidiarité et de la proportionnalité : la première limite le déclenchement même d'une action communautaire dont l'intensité possible est ensuite mesurée au regard de la seconde¹³⁷.

L'approche différenciée qu'ont les Etats membres de la proportionnalité provoque une certaine ambiguïté que l'on retrouve dans la jurisprudence communautaire d'où se dégagent néanmoins quelques caractéristiques générales. D'abord, le principe de proportionnalité est considéré comme un droit de caractère fondamental dont le respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire¹³⁸. Mais, tenant compte des larges pouvoirs reconnus aux institutions communautaires, la Cour de justice n'exerce par ce moyen qu'un contrôle restreint¹³⁹ selon lequel sa censure n'intervient qu'en cas de « détournement de pouvoirs » ou « d'erreur manifeste »¹⁴⁰. En revanche, sur le plan des sanctions, la Cour de justice fait preuve d'une plus grande hardiesse, imposant par là même un plus grand respect du principe de proportionnalité¹⁴¹, tendant de plus en plus à limiter le jeu des dérogations admises par les textes¹⁴². En fait, le principe de proportionnalité est désormais un principe général de droit communautaire qui connaît de multiples applications dans l'appréciation de la légitimité et la légalité des actes de l'Union européenne et qui, en outre, gouverne les possibles dérogations aux droits et libertés garantis par les traités fondateurs de l'Europe.

La proportionnalité comme principe régulateur des dérogations aux droits fondamentaux et libertés garantis par les ordres juridiques européens.

D'une manière différente, le principe de proportionnalité régule les relations entre les ordres juridiques nationaux et les deux ordres juridiques européens. Bien que les logiques d'application par les deux cours européennes soient comparables, sont ici à décrire les modalités selon lesquelles les Etats peuvent opposer leurs intérêts propres pour limiter l'incidence, dans les ordres juridiques nationaux, d'une part, des droits de l'homme garantis par la Convention européenne, d'autre part, des libertés prévues par les traités constitutifs de l'Union européenne.

¹³⁶ CJCE, 17 mai 1984, Denkvit Nederland. 15/83. Rec. 2171 ; CJCE, 18 mars 1980, Forges de Thy-Marcinelle et Monceau, 26 et 86/79, Rec. 1083 ; CJCE, 11 juillet 1989, Schröder, 265/87, Rec. 2237.

¹³⁷ CJCE, 27 octobre 1993, Enderby c/ FHA, C-127/92, Rec. p. I-5535) ; CJCE, 12 novembre 1996, Royaume-Uni c/ Conseil, C-84/94, Rec. 1-5755 ; CJCE, 13 mai 1997, Allemagne c/ Parlement européen et Conseil, C-233/94, Rec. 1-2405

¹³⁸ CJCE, 17 décembre 1970, Aff. 25/70, Rec. p. 1161.

¹³⁹ CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-331/88, Rec. p. I-4023

¹⁴⁰ CJCE 12 novembre 1996, Royaume Uni c/ Conseil, Aff. C-84/94, Rec. I-5755

¹⁴¹ CJCE 27 novembre 1991, aff. C-199/90, Rec. p. I-5545

¹⁴² CJCE, 11 janvier 1990, 277.97, Rec. I-45 ; 5 mars 1991, C-376/89, Rec. I-1069

La proportionnalité comme principe régulateur des dérogations aux droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Si le terme même de proportionnalité ne figure pas dans le texte de la Convention européenne et s'il n'est utilisé que depuis 1996 dans la jurisprudence¹⁴³, l'idée est néanmoins présente dans nombre de ses dispositions, de sorte que le concept, érigé en principe, est désormais d'une application fréquente, soit pour encadrer les restrictions aux droits garantis par la Convention qui sont expressément permises aux Etats parties, soit pour moduler la marge d'appréciation que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme leur a concédée dans la mise en œuvre.

En premier lieu, le principe de proportionnalité joue, de manière évidente et constante, dans l'application des « paragraphes 2 » des articles 8 à 11 de la Convention qui, en des termes divers, admettent une « ingérence » de l'Etat dans le droit au respect de la vie privée et des « restrictions » aux libertés de pensée, de conscience ou de religion, d'expression, de réunion et d'association, à condition, notamment, qu'elles soient « nécessaires dans une société démocratique ». Ayant d'abord compris la proportionnalité au but poursuivi comme un corollaire de la société démocratique et non pas comme une condition autonome¹⁴⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a ensuite précisé et affermi sa position : désormais, la condition de nécessité implique « un besoin social impérieux » comme justification de l'ingérence, laquelle doit être proportionnée « au but légitime recherché »¹⁴⁵. La notion de proportionnalité intervient également pour apprécier les limitations autorisées aux Etats dans le cadre du droit à la sûreté, du droit de se marier, ou encore du droit de propriété. Il en va de même pour les limitations implicites du droit à un procès équitable, du droit à l'instruction, ainsi que du droit de vote et d'éligibilité. Enfin, la notion de proportionnalité gouverne la mise en œuvre de l'article 15 de la Convention relatif à « l'Etat d'urgence » qui permet aux Etats de prendre des mesures dérogatoires aux obligations de la Convention dans la « stricte mesure » où la situation l'exige, par exemple pour lutter contre le terrorisme.

En même temps, pour compenser l'abandon de souveraineté que la Convention entraîne pour les Etats dans le domaine de la justice, la jurisprudence leur a concédé une faculté limitée de dérogation ou de modulation sous la forme d'une « *marge nationale d'appréciation* » dans le respect des garanties prévues par la Convention. Après l'avoir implicitement consacrée, la Cour s'y est finalement référée de manière explicite dans l'affaire « De Wilde et autres »¹⁴⁶, et l'a fréquemment repris depuis lors¹⁴⁷, tout en subordonnant cette latitude à des limites. D'une part, la marge d'appréciation est exclue dans certains domaines, en particulier du « noyau dur » des droits de l'homme (droit à la vie, interdiction de la torture, interdiction de l'esclavage et du travail forcé). D'autre part, la Cour européenne contrôle concrètement que les autorités étatiques n'ont pas excédé la stricte mesure des exigences des situations particulières invoquées par l'Etat pour justifier la marge utilisée (*CEDH, 26 mai 1993, Branningan et McBride c/ Royaume-Uni*).

Dans cette dernière espèce, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie par deux ressortissants du Royaume-Uni d'origine irlandaise de violations de l'article 5 de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté), à la suite de leur arrestation et de leur détention

¹⁴³ CEDH, 28 mai 1996, *Branting c/ Mc Bride*

¹⁴⁴ CEDH, 7 septembre 1976, *Handyside*

¹⁴⁵ CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède*

¹⁴⁶ CEDH, 18 juin 1971

¹⁴⁷ V. notamment *Irlande c/ Royaume Uni*, 18 janvier 1978

d'une durée de sept jours, en 1989, en application des dispositions dérogatoires d'une loi de 1984 relative à la prévention du terrorisme, restreignant les contrôles juridictionnels. Dans cette affaire, la Cour a d'abord examiné la validité des dérogations demandées par le Royaume-Uni en application de l'article 15 de la Convention (état d'urgence). Après avoir rappelé « qu'il incombe à chaque Etat contractant responsable de la vie de sa nation de déterminer si un danger public la menace et, dans l'affirmative, jusqu'où il faut aller pour essayer de le dissiper et qu'il dispose pour se faire d'une large marge d'appréciation », elle précise « que les Etats ne jouissaient pas pour autant d'un pouvoir illimité » et qu'elle a « compétence pour décider s'ils ont excédé la stricte mesure des exigences de la crise ». La marge d'appréciation s'accompagne donc d'un « contrôle européen » en exécution duquel « la Cour doit attacher le poids qui convient à des facteurs pertinents tels que la nature des droits touchés par la dérogation, la durée de l'état d'urgence et les circonstances qui l'ont créé ». Eu égard aux troubles que connaissait l'Irlande à cette époque, la Cour estime « hors de doute » l'existence d'un danger public menaçant la vie de la nation. Cette circonstance établie, la Cour a vérifié, au regard du principe de proportionnalité, si les mesures permettant une détention de sept jours sans contrôle judiciaire étaient strictement exigées par la situation. A la base de son raisonnement, la Cour pose en principe déjà énoncé lors de précédentes décisions que « Quant à la nature des moyens les plus adéquats ou opportuns de faire face à la crise qui sévissait alors, la Cour n'a pas à substituer son opinion à celle du Gouvernement, directement responsable de l'établissement d'un équilibre entre l'adoption de mesures efficaces de lutte contre le terrorisme, d'une part, et le respect des droits individuels, de l'autre ». Au final, la Cour estime, après un examen concret du régime de la détention et des garanties subsistantes, « qu'eu égard à la nature de la menace terroriste en Irlande du Nord, à l'ampleur limitée de la dérogation et aux motifs invoqués à l'appui, tout comme à la présence de garanties fondamentales contre les abus, le Gouvernement n'a pas excédé sa marge d'appréciation en considérant que la dérogation répondait aux strictes exigences de la situation ».

Cette décision est évidemment à rapprocher de l'arrêt rendu le 16 décembre 2004 (*A. and others c/ Secretary of State for the Home Department*), par le Comité d'appel de la Chambre des Lords qui s'est prononcé sur le fondement des mêmes textes de la Convention, incorporée dans le droit interne par le Human Right Act de 1998, sur la compatibilité avec les libertés garanties des dispositions de « l'Anti-terrorism, Crim et Security Act » de 2001 qui permet la détention administrative illimitée des étrangers suspectés de terrorisme et qui ont jugé que de tels pouvoirs accordés à l'administration étaient disproportionnés au regard de l'urgence invoquée. On observera que, contrairement à la juridiction supranationale, la juridiction nationale s'autorise un niveau élevé de contrôle en décidant que les tribunaux britanniques sont habilités à exercer un contrôle poussé de proportionnalité pour apprécier si le pouvoir de détention illimité des suspects est strictement nécessaire pour faire face à la menace terroriste.

De cette manière, le principe de proportionnalité sert de critère de contrôle de la latitude laissée aux Etats dans le respect de certaines garanties fondamentales : la Cour vérifie systématiquement que les moyens mis en oeuvre par l'Etat ne sont pas allés au-delà de ce que commandaient les circonstances. Dans de nombreux cas, il s'agira de répondre à une exigence d'intérêt général dont la protection est revendiquée par l'Etat en dérogeant à l'un des droits de l'homme garantis par la Convention.

La proportionnalité comme régulateur des dérogations aux libertés fondamentales assurées par l'Union européenne.

Pour la constitution d'un marché unique européen, les traités fondateurs de l'Union européenne prévoient des libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services, des capitaux et une protection de la libre concurrence dans le marché communautaire. En même temps, la jurisprudence reconnaît aux Etats la possibilité de justifier des entraves à ces libertés comme expression du maintien de l'essentiel de leurs compétences dans le domaine économique et social à condition qu'elles se situent dans le cadre d'objectifs dignes de protection au niveau communautaire et qu'ils prennent suffisamment en considération le degré de sacrifice infligé à la liberté en cause et par suite, de restrictions aux droits directement conférés aux particuliers par les dispositions du traité. A cet effet, la Cour de justice des communautés européennes apprécie la compatibilité des réglementations nationales avec les exigences du traité. Elle le fait au moyen de l'instrument régulateur de proportionnalité et selon une méthode qui, classiquement, comprend, en premier lieu, un *contrôle de l'aptitude* de la mesure étatique à réaliser l'objectif recherché, en deuxième lieu, un *contrôle de la nécessité* de l'action poursuivie par l'Etat, à savoir l'absence d'alternative moins restrictive pour atteindre de manière aussi efficace l'objectif en question, enfin, un *contrôle d'intensité*, c'est-à-dire la vérification de l'absence de disproportion entre les inconvénients qui en résultent pour l'intérêt communautaire affecté et les avantages procurés à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Par le contrôle dit « d'aptitude », la Cour de justice considère les réglementations nationales au regard des objectifs invoqués par les Etats membres afin de vérifier si ces réglementations sont de nature à satisfaire l'intérêt dont la protection est invoquée (santé publique, moralité publique, ordre public, protection des consommateurs...). Ainsi l'adoption par un Etat d'une mesure restrictive à la liberté de circulation doit remplir un besoin réel de protection d'un intérêt général dont la preuve lui incombe. Le juge communautaire s'assure encore de l'efficacité des mesures, au besoin en mettant en évidence les lacunes des réglementations nationales examinées. Enfin, il prend la précaution de vérifier, sur le fondement de l'article 36 du traité CE, la loyauté des objectifs réellement poursuivis par l'Etat membre, de sorte que, selon la formule constamment reprise, les restrictions étatiques à la libre circulation ne soient pas « détournées de leur fins et utilisées de manière à établir des discriminations à l'égard des marchandises originaires d'autres Etats membres ou à protéger indirectement des productions nationales »¹⁴⁸.

Le contrôle de la « nécessité » de la réglementation nationale consiste à rechercher si d'autres moyens moins restrictifs permettraient d'assurer de manière aussi efficace la protection des intérêts allégués par les Etats membres. Dans ce type d'appréciation, le contrôle du juge porte notamment sur la possible substitution de moyens moins restrictifs à ceux qui sont prévus. Par exemple, selon l'hypothèse la plus classique, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, l'objectif de protection des consommateurs ne peut justifier une interdiction de commercialisation de certains produits lorsque l'apposition d'un étiquetage adéquat suffirait à assurer une information convenable du consommateur. De même, des obligations d'établissement ou de résidence ne peuvent être opposées à des prestataires de services établis dans d'autres Etats membres, dans la mesure où des

¹⁴⁸ Pour un exemple de ce type de contrôle voir, entre de multiples arrêts, CJCE, 4 juin 1992, *Debus*, relatif à la libre circulation de la bière.

alternatives moins contraignantes offrent des garanties équivalentes sur le niveau de protection souhaité par l'Etat membre du lieu où est fournie la prestation¹⁴⁹.

Le contrôle de « l'intensité » ou de la « proportionnalité au sens strict » des réglementations étatiques permet à la Cour de justice de mettre en balance le niveau de protection recherché par les Etats membres avec les atteintes qu'elles causent aux libertés fondamentales. Elle est ainsi conduite à condamner les atteintes jugées excessives aux libertés de circulation ou de concurrence garanties par le traité, comme c'est le cas de la situation classique des sanctions disproportionnées infligées aux bénéficiaires de ces libertés, notamment de circulation des personnes, pour non respect des formalités requises¹⁵⁰. Les autorités étatiques sont ainsi tenues de renoncer aux mesures de protection instaurées, lorsque le niveau de risque contre lequel elles entendent se prémunir s'avère extrêmement réduit par rapport aux entraves qu'elles constituent aux libertés fondamentales¹⁵¹.

Destiné à identifier les réglementations inutiles ou excessivement restrictives des Etats membres dans de multiples domaines, le contrôle de proportionnalité présente l'avantage de la souplesse et de l'adaptabilité. Dans les affaires sensibles, mettant en cause des intérêts importants des Etats membres, la Cour de justice adopte une attitude prudente en se gardant de fixer elle-même la balance des intérêts. Selon cette approche « minimaliste », le juge communautaire préfère ne pas exercer un contrôle approfondi sur les choix retenus par les Etats membres, en leur laissant une marge de manœuvre modulée en fonction d'une série de facteurs, tels le caractère sensible des intérêts invoqués (moraux, religieux, sociaux...), l'intensité de l'atteinte aux objectifs d'intérêt général poursuivis au niveau national et le caractère complexe des appréciations en matière économique et sociale qui incombent aux Etats membres. Même schématiquement exposées, les pratiques respectives du principe de proportionnalité dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et dans celle du droit communautaire, par l'une et l'autre des cours européennes, montrent qu'elles répondent à la même méthode de contrôle, qu'elles autorisent la même souplesse et qu'elles visent à la même fonction consistant à concilier des libertés fondamentales et des intérêts généraux à prendre en considération. Cette fonction conciliatrice du principe de proportionnalité caractérise tout particulièrement son utilisation en droit interne français.

La proportionnalité comme principe de la conciliation et/ou de la limitation des droits et libertés fondamentaux dans le contrôle de constitutionnalité en France.

On examinera ici comment, dans un même ordre juridique, peuvent co-exister des garanties fondamentales, de même niveau, parfois contradictoires dans leur application conjointe à des situations d'espèce ou avec des intérêts généraux dont la protection est nécessaire. En ce cas, parmi d'autres, le principe de proportionnalité est utilisé, par le juge constitutionnel, comme moyen de conciliation ou de contrôle de la limitation des droits fondamentaux. Il s'agit de vérifier si le législateur a correctement pesé les principes en cause, c'est-à-dire s'il a réalisé un équilibre entre les exigences constitutionnelles impliquées qui ne conduise à la dénaturation d'aucune d'entre elles. A cette fin, il existe différentes formes de

¹⁴⁹ Pour un exemple de ce type de contrôle, voir, par exemple, en ce qui concerne l'établissement des avocats, CJCE, 12 juillet 1984, Klopp.

¹⁵⁰ Voir, par exemple, CJCE, 12 décembre 1989, Messner

¹⁵¹ Voir, par exemple, CJCE 31 janvier 1984, relatif à une interdiction d'importation de volailles pour prévenir un risque de contamination extrêmement faible.

contrôle de proportionnalité (A), mais, quel que soit le mécanisme utilisé, le juge constitutionnel français n'exerce qu'un contrôle minimum (B). A titre d'illustration, on montrera comment ces mécanismes s'appliquent au contrôle de la constitutionnalité des lois établies pour lutter contre le terrorisme.

Les différentes utilisations du principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité peut être utilisé soit pour assurer la conciliation entre différentes exigences constitutionnelles, ou d'intérêt général, soit comme condition d'application d'un principe constitutionnel, soit, enfin, comme exigence constitutionnelle autonome.

La quasi-totalité des décisions du Conseil constitutionnel traduisent de manière plus ou moins explicite ce mécanisme de contrôle. Par exemple, dans la décision 97-389 DC du 22 avril 1997, relative à une loi concernant l'immigration, le Conseil se livre à un exercice délicat de contrôle de proportionnalité visant la conciliation opérée par le législateur entre deux exigences constitutionnelles, *le respect de l'ordre public*, d'une part, *la défense de la liberté individuelle*, d'autre part. À propos de la faculté ouverte par la loi d'une visite sommaire par la police des véhicules autres que les voitures particulières, dans une zone frontière de vingt kilomètres entre la France et un État partie à la Convention de Schengen, en vue de la constatation de certaines infractions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers, le Conseil constitutionnel considère que la liberté individuelle doit être conciliée avec la recherche de certaines infractions, nécessaires à la sauvegarde de principes et de droits constitutionnels. De la même manière, à propos du renouvellement du maintien en rétention d'un étranger qui n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet, le Conseil admet que les exigences en cause, relatives au maintien de l'ordre public, impliquent que ces dispositions ne portent pas une atteinte excessive à la liberté individuelle. Enfin, à propos des contrôles qui peuvent être opérés par la police dans les locaux à usage professionnel en matière de travail illégal, le Conseil réitère sa formule selon laquelle la recherche d'infractions nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de nature constitutionnelle est *un objectif de valeur constitutionnelle* qui doit être concilié avec la nécessaire protection de la propriété privée et avec l'exercice de la liberté individuelle.

En second lieu, le contrôle de proportionnalité peut être directement impliqué par la Constitution. En pareil cas, la proportionnalité fait partie intégrante du principe lui-même. Dans la décision 96-377 DC du 16 juillet 1996, par exemple, le juge constitutionnel justifie ainsi le contrôle de proportionnalité auquel il se livre, concernant la nécessité des peines, en se référant au texte constitutionnel (article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) qui fait de la nécessité une condition de la constitutionnalité de la loi : la mesure législative doit apporter à la réalisation de cet objectif une contribution suffisante. Selon la balance des intérêts pratiquée dans cette affaire, les sanctions relatives à l'aide aux étrangers, assimilée à une action terroriste, sont déclarées inconstitutionnelles. En revanche, d'autres articles de la même loi, aggravant certaines sanctions pénales, sont déclarés conformes à la Constitution, d'une part en ce qu'ils ne sont pas manifestement entachés de disproportion, et, d'autre part, parce que, selon la formule consacrée, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur relativement à la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci : « *Il revient au législateur, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers et qui peuvent notamment justifier un régime de sanctions*

pénales, de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ».

De plus en plus, bien que l'exigence de proportionnalité ne soit expressément inscrite dans aucun texte constitutionnel, le Conseil constitutionnel tend à en faire une exigence autonome que le législateur doit respecter indépendamment de toute conciliation entre différents principes constitutionnels. Le Conseil a, par exemple, affirmé, dans la décision 94-341 DC du 6 juillet 1994, que, dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, le législateur est compétent pour fixer librement le régime électoral des assemblées locales mais que néanmoins il exerce dans ce cadre un contrôle minimum en ce qui concerne l'adéquation des moyens fixés dans la loi au regard des objectifs que poursuit le législateur. Selon cette technique, le juge constitutionnel s'assure qu'il n'y a pas d'erreur manifeste dans la loi, par exemple si les modalités d'action choisies par le législateur pour aboutir à ses fins n'étaient pas « manifestement inappropriées » à ces objectifs. En pareil cas, le contrôle de la loi est purement « interne » : le contrôle du rapport entre la loi et la Constitution passe par une confrontation, « au sein même de la loi », entre les objectifs et les modalités¹⁵².

La technique du contrôle de proportionnalité : l'erreur manifeste d'appréciation.

Selon une formule usuelle, le Conseil pose en prémisses qu'il « *n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »¹⁵³. Ce qui justifie le caractère minimum du contrôle de constitutionnalité, limité à la recherche de l'erreur manifeste d'appréciation. Ce contrôle peut, cependant, s'avérer plus large qu'une telle formule le laisse supposer et conférer au juge constitutionnel un pouvoir d'appréciation plus important. Il en est ainsi, par exemple, lorsque, à propos des contrôles d'identité de toute personne réalisés en vue de vérifier la possession des titres nécessaires pour franchir les frontières, le Conseil juge que l'extension de la zone frontalière où ces contrôles seront possibles, au-delà de vingt kilomètres, est, en soi, inconstitutionnelle « *en dehors de justifications appropriées tirées d'impératifs constants et particuliers de sécurité publique et compte tenu des moyens dont dispose, de façon générale, l'autorité publique* »¹⁵⁴.

L'exemple du contrôle de la constitutionnalité des lois visant à lutter contre le terrorisme au regard du principe de constitutionnalité en France

A partir des années 1970, la France a subi des vagues successives d'actions terroristes d'origine nationale et internationale qui se sont intensifiées dans les années 1980, ce qui explique que, dès 1986, elle se soit dotée d'un arsenal législatif spécifique en matière de lutte contre le terrorisme. L'aggravation des actions terroristes menées sur son sol ou même simplement l'intensification de la menace, ont conduit l'Etat au renforcement progressif de ce dispositif spécifique et permanent. C'est ce qui explique qu'à la suite des attentats du 11 septembre 2001, contrairement à de nombreux pays, dont les Etats-Unis et le Royaume-Uni, la France n'a pas procédé à une modification radicale de sa législation antiterroriste, ni

¹⁵² Décision 93-331 DC du 13 janvier 1994 et décision 2000-439 DC du 16 janvier 2001.

¹⁵³ Par exemple les décisions 92-316 DC, 94-341 DC, 96-377 DC, 2000-433 DC.

¹⁵⁴ V. décision 93-323 DC.

pris de mesures spectaculaires, mais a opté pour un renforcement circonscrit à des dispositions « ciblées ». La quasi-totalité des lois successivement adoptées pour lutter contre le terrorisme ont été soumises au Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle préalable à la promulgation qu'il exerce spécifiquement à la requête des autorités politiques. Ainsi, la loi du 9 septembre 1986, dans laquelle la législation antiterroriste trouve sa source, a fait l'objet d'une décision du 3 septembre 1986. Depuis lors, la législation anti-terroriste a été complétée, pour l'essentiel, par cinq textes exclusivement ou partiellement consacrés à la réalisation de cet objectif. Il s'agit des lois du 22 juillet 1996 qui faisaient suite aux attentats terroristes commis sur le sol français pendant l'été 1995, de la loi du 15 novembre 2001, de la loi du 18 mars 2003, de la loi du 9 mars 2004, enfin, de la loi du 23 janvier 2006. Seule la loi du 15 novembre 2001, bien que contenant de multiples mesures substantiellement dérogoires aux libertés individuelles, n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel. Le traumatisme causé par les attentats du 11 septembre 2001, à la suite desquels elle est intervenue, explique sans doute l'absence de recours.

Comme les autres cours exerçant une semblable fonction, à l'occasion du contrôle de la constitutionnalité des lois « anti-terroristes », le rôle de protection des droits fondamentaux assuré par le Conseil constitutionnel a été mis à l'épreuve : le terrorisme représente en effet une atteinte si violente à l'ordre public et appelle une réaction si forte de la part des pouvoirs publics, que les risques de compromettre l'exercice des libertés fondamentales s'en trouvent accrus, ce qui implique de la part du juge constitutionnel un contrôle difficile tant du point de vue de la « légalité » des incriminations que du point de vue de la « proportionnalité des règles » d'identification des auteurs, de poursuite et de jugement. Selon ce second volet du contrôle, le plus actif, il s'agit de mettre en balance, d'un côté, les objectifs de lutte contre le terrorisme, parmi lesquels « la recherche des auteurs d'infractions » et « la préservation de l'ordre public », érigés en principes à valeur constitutionnelle, et, d'un autre côté, les libertés fondatrices de la démocratie. Si la recherche des auteurs d'infraction n'appelle pas d'observations particulières, l'ordre public mérite d'être précisé puisque, depuis 1981, il constitue, selon la jurisprudence du juge constitutionnel français, l'un des premiers « objectifs de valeur constitutionnelle ». Bien que dépourvu de définition précise, il repose sur une conception qui remonte à près de deux siècles et qui englobe celles de « bon ordre, sécurité, salubrité et tranquillité publiques ». Dans le contrôle de constitutionnalité, il occupe une place de choix puisque le juge constitutionnel énonce que « la prévention des atteintes à l'ordre public est nécessaire à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle ». Ceci signifie que l'ordre public constitue le « bouclier » de libertés qui comptent parmi les plus fondamentales. La mise en balance de ces intérêts est parfaitement énoncée dans les décisions du Conseil constitutionnel¹⁵⁵ qui indiquent « *qu'il appartient au législateur d'assurer une conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties* ». Parmi ces libertés figurent évidemment la liberté individuelle au sens de l'*Habeas Corpus*, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile privé, le secret des correspondances et le respect de la vie privée, autant de libertés auxquelles la lutte contre le terrorisme impose d'apporter certaines restrictions.

En matière de terrorisme, ce mécanisme conduit le Conseil constitutionnel à exercer un contrôle de proportionnalité portant tout à la fois sur la définition des incriminations, les règles de procédure spécifiques et les moyens d'investigation donnés aux services de police.

¹⁵⁵ Décision n° 96-377 du 16 juillet 1996 et décision du n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006.

Quant à la définition des actes de terrorisme, il doit être préalablement indiqué qu'en 1986, pour ne pas conférer au terrorisme un caractère politique, le législateur a évité d'ériger l'activité terroriste en infraction spécifique. La loi s'est donc bornée à établir, dans le code de procédure pénale, des règles spécifiques de procédure relatives à la poursuite, à l'instruction et au jugement et à fixer les conditions dans lesquelles certaines infractions de droit commun, limitativement énumérées, revêtaient un caractère terroriste les rendant justiciables de ces règles particulières. L'acte terroriste pénalement punissable de sanctions largement aggravées, a ainsi été défini par la combinaison entre un crime ou un délit de droit commun, incriminé par le code pénal, par exemple l'homicide volontaire, et le lien de cet acte « avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Le Conseil constitutionnel ayant jugé que cette définition par combinaison satisfaisait aux conditions de clarté et de précision exigées de la loi pénale¹⁵⁶, le procédé d'incrimination a été repris dans le nouveau Code pénal de 1994. Pour autant, le juge constitutionnel n'a pas accepté que la liste des infractions susceptibles d'entrer dans l'incrimination du terrorisme puisse, au-delà des adaptations acceptables (terrorisme environnemental, avec utilisation d'armes chimiques, association de malfaiteurs, blanchiment, infractions financières destinées à financer des entreprises terroristes...) être étendue à l'infini. Dans sa décision de 1996, il a censuré, comme *manifestement disproportionnée* par rapport à l'objectif de lutte contre le terrorisme, une disposition légale qui classait le délit d'aide à l'entrée ou au séjour irrégulier des étrangers parmi les infractions susceptibles d'être qualifiées d'acte de terrorisme et le réprimait comme tel¹⁵⁷.

Dans la loi française, les règles procédurales applicables au terrorisme prévoient de nombreuses dérogations au droit commun, concernant par exemple les perquisitions de nuit, les opérations de surveillance et d'infiltration, le gel des avoirs des personnes suspectes, les opérations de sonorisation des lieux ou des véhicules, la garde à vue prolongée et les garanties de la défense dans la phase d'enquête. En particulier, la durée de la garde à vue en matière de terrorisme a été examinée à deux reprises par le Conseil constitutionnel. Dans un premier temps, la loi de 1986 avait prévu qu'en cette matière la garde à vue pouvait être prolongée au-delà de la durée maximale de droit commun de quarante-huit heures, pour une nouvelle période de quarante huit heures. Le Conseil a jugé qu'un tel allongement *ne portait pas une atteinte excessive à la liberté individuelle*, compte tenu, notamment, de ce que son champ d'application était limité aux infractions appelant des recherches particulières en raison de leur caractère terroriste, qu'elle était ordonnée par un juge auquel l'intéressé devait être présenté et qu'elle était subordonnée à une surveillance médicale. La spécificité de ce régime dérogatoire a été accrue par la loi la loi du 23 janvier 2006 qui a permis de porter la durée totale de la garde à vue à 144 heures, soit six jours. Le Conseil a apprécié ces nouvelles dispositions au regard des exigences constitutionnelles tenant notamment à la nécessité de la mesure et à sa proportionnalité et les a validées pour plusieurs raisons. D'abord, les nouvelles dispositions ne remettent en cause aucune des garanties existantes pour les quatre premiers jours de garde à vue, que le Conseil a déjà validées dans des décisions précédentes. Ensuite, les prolongations supplémentaires ne peuvent intervenir qu'à « titre exceptionnel » et dans deux seuls cas clairement définis : s'il « existe un risque sérieux de l'imminence d'une action terroriste en France ou à l'étranger » ou si « les nécessités de la coopération internationale le requièrent impérativement ». Enfin, ces prolongations exceptionnelles ne peuvent être accordées que par décision motivée du juge des libertés et de la détention, juge distinct du juge d'instruction qui est chargé de la conduite de l'information. A l'examen de cette dernière décision, la doctrine s'est posée la question des limites au-delà desquelles la durée de la garde à vue ne pourrait

¹⁵⁶ Décision n°86-213 DC du 3 septembre 1986.

¹⁵⁷ Décision n°96-377 DC du 16 juillet 1996.

plus être constitutionnellement admise. Beaucoup de commentateurs ont estimé qu'on approchait désormais des limites ultimes.

À propos de la procédure spécifiquement applicable en matière de terrorisme ont été débattues les restrictions au droit d'intervention de l'avocat dans la phase d'enquête. Pour le Conseil constitutionnel, le droit pour une personne de s'entretenir avec un avocat au cours de sa garde à vue constitue un droit de la défense. Toutefois, les modalités d'exercice peuvent en être modulées en fonction des différences de situation liées à la nature des infractions en cause. Ainsi, en matière de terrorisme, l'entretien avec un avocat ne peut intervenir qu'à compter de la soixante-douzième heure de garde à vue alors que ce délai est de quarante-huit heures pour les autres infractions de criminalité organisée. Le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution en estimant que les modalités d'intervention restreintes de l'avocat en garde à vue *ne portent une atteinte injustifiée ni à la liberté individuelle, ni aux droits de la défense, ni aux prérogatives de l'autorité judiciaire*¹⁵⁸.

La loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme a, enfin, renforcé les moyens dont disposent les services de police spécialisés, que ce soit dans le cadre préventif ou répressif. A titre d'exemple, la loi a autorisé le développement de la vidéo-surveillance en permettant aux services spécialisés d'accéder, dans le cadre de la police administrative, à de nombreux fichiers gérés par le ministère de l'Intérieur. Elle leur a aussi donné la possibilité de constituer des traitements automatisés à partir des données recueillies sur les déplacements de voyageurs en dehors de l'Union européenne. L'une des dispositions de ce texte permettant aux services de police d'utiliser des dispositifs automatisés de photographie des véhicules et de leurs occupants et prévoyant que ces données puissent faire l'objet de traitements automatisés, et en cas de rapprochement avec les traitements informatiques de données relatives aux véhicules volés ou signalés, être conservées notamment en vue de procédures judiciaires, n'a pas été censurée. Le Conseil a, en effet, considéré que, compte tenu des garanties dont elle était accompagnée, cette mesure était propre à « *assurer entre le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée* »¹⁵⁹.

Conclusions

De multiples autres applications du principe de proportionnalité auraient pu être mises en évidence. Elles auraient contribué à montrer qu'en définitive, il postule que tout moyen utilisé par un pouvoir étatique ou supra-étatique doit être, relativement à la gravité de ses effets sur les droits fondamentaux des particuliers, dans un rapport raisonnable avec les fins d'intérêt général qu'il sert à atteindre. De ce point de vue, c'est un principe « systématique » et « universel » selon lequel, comme l'indique, par exemple, la Constitution suisse de 1999, « *toute activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé* ». Il concerne donc tout autant l'activité législative, administrative et répressive, porte sur les autorisations, les interdictions et les sanctions de toute nature et joue dans tous les domaines, du criminel au social en passant par l'action économique. On songe ici en particulier aux sanctions pécuniaires prononcées par les autorités de marché nationales et communautaires et en particulier au nombre de décisions considérables rendues par le Tribunal de première instance et la Cour de justice des communautés européennes, d'un côté, les juridictions nationales, d'un autre côté, sur l'appréciation concrète de la proportionnalité des sanctions pécuniaires prononcées par les autorités de concurrence, nationales ou communautaires.

¹⁵⁸ Décision n° 2004-492, du 2 mars 2004, cons. 27.

¹⁵⁹ Décision n° 2005-532 DC, cons. 21.

Posant l'exigence d'un rapport raisonnable entre les fins et les moyens, le principe de proportionnalité ne peut intervenir que là où l'autorité publique jouit d'une liberté de choix dans les décisions qu'elle peut prendre. Or, on sait que la gestion efficace des politiques publiques implique une liberté suffisante pour assurer une adaptation constante aux circonstances concrètes et aux situations évolutives dans lesquelles elles interviennent. L'insuffisance des moyens de contrôle traditionnels sur la mise en œuvre de ces politiques publiques rend nécessaire le recours à des techniques de compensation parmi lesquelles s'insère le principe de proportionnalité qui, de ce fait, occupe une place importante dans le contexte général d'évolution du droit public. Ainsi compris, le principe de proportionnalité risque de conduire le juge à s'immiscer dans la gestion des affaires politiques ou administratives, ce que, dans un régime de séparation des pouvoirs, sa fonction propre lui interdit. La seule manière de régler cette antinomie est le respect de la retenue juridictionnelle qui réduit son contrôle à « l'erreur manifeste d'appréciation ». Cette retenue est évidente dans les cas où, comme en France, le juge procède à un contrôle abstrait de la constitutionnalité des normes, en dehors de tout cas d'application. Ainsi qu'il l'affirme de manière répétée, le Conseil constitutionnel « respecte les responsabilités propres du Parlement, à qui, sous réserve de règles constitutionnelles matérielles, et précisément sur le fondement de l'organisation des pouvoirs, il incombe de définir les règles des politiques publiques, particulièrement en matière de sécurité des personnes et des biens ».

Dans les limites ainsi tracées, d'une manière générale, le principe de proportionnalité se déploie dans trois directions. D'abord, celle de l'aptitude qui conduit le juge constitutionnel à vérifier que le moyen retenu par la loi est propre à réaliser l'objectif d'intérêt général qui est censé le justifier. Ensuite, celle de la nécessité qui fait que, parmi d'autres moyens qui seraient également appropriés, celui que l'Etat a retenu ne restreint pas les libertés publiques plus qu'il est nécessaire. Vient enfin le contrôle de l'intensité qui exige le constat, par le juge, d'un rapport raisonnable entre la gravité des atteintes à des principes fondamentaux et le résultat escompté quant à l'intérêt public poursuivi. Ce mécanisme donne beaucoup de souplesse au contrôle et permet au juge qui l'applique d'en moduler l'intensité en fonction de la nature des intérêts en cause. En contrepartie, il présente l'inconvénient du défaut de prévisibilité des décisions, donc de l'insécurité juridique et il ouvre la voie à des critiques de nature politique, reprochant au juge, au gré des circonstances ou des intérêts en jeu, l'intensité plus ou moins grande de l'examen de proportionnalité.

Quoi qu'il en soit, l'appréciation de proportionnalité tend à devenir un mode de raisonnement judiciaire ordinaire, qui a transité du contentieux constitutionnel de la protection des droits fondamentaux au contentieux administratif pour pénétrer le droit privé, d'abord les divers aspects du droit des entreprises puis le droit des contrats. Sous la forme d'un principe de « juste mesure », il se traduit par la mise en balance d'intérêts privés divergents pour apprécier si une disposition de pur droit privé est proportionnée au but poursuivi. Le recours à cette méthode de raisonnement judiciaire intervient en général chaque fois qu'il existe une asymétrie de pouvoir économique entre les parties en présence. On tend ainsi à substituer la logique de proportionnalité à la logique du syllogisme judiciaire chaque fois que l'application d'une règle de droit intangible à une situation de fait produit un effet jugé indésirable pour des raisons économiques, sociales ou de pure équité.

Conclusion : Le zoo du droit

par Diane Marie Amman

(traduit de l'anglais par Emmanuel Breen)

New York City, 2007

Je voudrais utiliser, pour ces remarques conclusives, la métaphore du jardin zoologique. Elle me permettra d'aborder brièvement trois aspects : je vais d'abord parler du zoo lui-même; ensuite, de ses gardiens ; et enfin, de l' « éléphant baladeur ». Cet éléphant, c'est l'animal dont chacun perçoit la présence, mais dont personne ne parle, parce que personne ne sait résoudre les problèmes qu'il pose.

Le zoo

Notre discussion a révélé l'existence d'une réalité à plusieurs dimensions, qui a des caractéristiques externes mais aussi internes. Comme un zoo, elle est très hétérogène : elle comprend beaucoup d'animaux, de couleurs et d'espèces variées. Mais, comme dans un zoo également, il est possible, si on le souhaite, de classer ces animaux en familles, de les structurer, et de structurer les relations qu'ils entretiennent entre eux : on peut distinguer les prédateurs et les proies, ou dire quels sont les animaux qui ont dans le zoo les meilleures conditions d'habitat. C'est un peu ce qu'on a fait au cours de ces sessions.

Nos discussions ont souvent tourné autour de l'articulation de l'interne et de l'externe. Du point de vue interne, la question est : comment l'entité considérée interagit-elle avec l'extérieur, sans pour autant perdre son intégrité ? C'est une question qu'on peut se poser, par exemple, à propos des juridictions françaises ou espagnoles, et des valeurs internes fondamentales de la France ou de l'Espagne dès lors qu'elles sont confrontées à un projet de traité instituant une Constitution pour l'Europe¹⁶⁰. Ou bien, dans l'affaire de l'usine MOX¹⁶¹ on a vu comment l'Etat-Nation irlandais pouvait interagir avec deux réalités extérieures, l'Union européenne et la Cour de justice des Communautés européennes. Une articulation similaire, bien qu'on ne l'ait pas discutée en tant que telle, caractérisait, dans cette affaire, les relations de l'Union européenne et de la Cour de justice des Communautés européennes en tant qu'entités internes, d'une part, et l'externalité constituée, d'autre part, par le régime international établi en 1982 par le traité sur le droit de la mer.¹⁶²

Nous avons également évoqué l'articulation de l'interne et de l'externe dans un contexte supplémentaire : celui où une entité interne, constituée par les Etats-Unis, ou plus précisément par la Cour suprême des Etats-Unis, était confrontée à toute une série d'externalités, comme en particulier les régimes résultant des différents traités internationaux. C'est dans ce contexte que les choses sont sans doute les plus problématiques et que l'idée de

¹⁶⁰ *V. p. ex.*, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, Case No. 287110 (Fr. Conseil d'Etat Feb. 8, 2007); Case No. DTC 1/2004 (Sp. Tribunal Constitucional Dec. 13, 2004); Treaty establishing a Constitution for Europe, Decision No. 2004-505 DC (Fr. Conseil constitutionnel Nov. 19, 2004).

¹⁶¹ *European Commission v. Ireland*, Case C-459/03 (E.C.J. May 30, 2006).

¹⁶² U.N. Convention on the Law of the Sea, opened for signature Dec. 10, 1982, 1833 U.N.T.S. 397 (entered into force Nov. 16, 1994). Indeed, five years before the ECJ decision, the body established to settle disputes respecting this convention, the International Tribunal for the Law of the Sea, had issued provisional measures respecting the very same controversy. The Mox Plant Case (*Ireland v. United Kingdom*), Case No. 10 (ITLOS Dec. 3, 2001), available at http://www.itlos.org/case_documents/2001/document_en_197.doc (visited June 14, 2007).

l'articulation est la moins pertinente. Les Etats-Unis sont en effet marqués par une tradition persistante de filtrage, on pourrait même dire d'amortissement, de ce qui est international, tradition qui s'exprime par de nombreux mécanismes de nature à empêcher la mise en œuvre interne du droit international.¹⁶³ Ainsi, par exemple, des deux affaires que nous avons étudiées, *Sanchez-Llamas v. Oregon*¹⁶⁴ et *Hamdan v. Rumsfeld*.¹⁶⁵ La seule raison, dans ces affaires, pour laquelle la « cour globale » - comme on a pu l'appeler - s'est intéressée au droit externe, tient à ce qu'une loi interne lui a enjoint de le faire. Il ne s'agissait donc, en l'espèce, que d'interpréter du droit international incorporé en droit interne. Il ne s'agissait pas de s'intéresser au droit externe afin d'interpréter la constitution nationale - comme cela avait pu être en cause dans l'affaire de la peine de mort pour les personnes souffrant d'un handicap mental, *Atkins v. Virginia*, dans celle des droits des homosexuels, *Lawrence v. Texas*, ou encore dans celle de la peine de mort pour les délinquants juvéniles, *Roper v. Simmons*¹⁶⁶. Dans ces deux séries d'affaires, ce ne sont pas les mêmes dynamiques qui sont à l'œuvre.

Mais bien sûr, il existe un autre type de norme internationale qui est susceptible de s'appliquer aux Etats-Unis, c'est le droit international coutumier. Par omission, rien n'est plus éclatant, dans les affaires *Sanchez-Llamas* et *Hamdan* que la réticence de la majorité à faire produire un quelconque effet interne au droit international coutumier. Dans l'affaire *Hamdan*, seuls quatre juges ont accepté d'évoquer la possibilité que le droit international coutumier produise un effet contraignant en droit interne et puisse être invoqué pour contester la validité des procédures devant les commissions militaires.¹⁶⁷ Cela est même d'ailleurs étonnant que quatre juges de la Cour suprême ait été jusqu'à simplement évoquer cette possibilité, quand on sait combien cette source de droit est contestée dans la pensée juridique américaine contemporaine.¹⁶⁸

Tous ces exemples révèlent un dissensus, ou du moins une interaction, entre différentes entités, à différents niveaux - on pourrait dire un champ d'ajustement de tensions (*a negotiation of tensions*). Nos discussions ont révélé de nouveaux - et passionnants mécanismes d'ajustement de ces tensions, autrement dit, de nouveaux filtres et tampons entre l'interne et l'international. Les mécanismes anciens, ce sont la marge nationale d'ajustement, qui a déjà fêté son trentième anniversaire¹⁶⁹ ou les réserves nationales aux traités. Ce sont là les méthodes classiques par lesquelles les Etats se réservent des espaces de liberté pour procéder à des ajustements entre le national et l'international.

Nos discussions ont révélé de nouvelles méthodes. L'une d'entre elle consiste à ne prendre en compte le droit international que s'il est incorporé par une loi nationale. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Hamdan*, du recours au droit international en raison du renvoi opéré par le Code uniforme de justice militaire des Etats-Unis (*United States' Uniform Code of*

¹⁶³ See, *V. p. ex.*, Diane Marie Amann, *Abu Ghraib*, 153 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 2085, 2112, 2117, 2125 (2005).

¹⁶⁴ 126 S. Ct. 2669 (2006).

¹⁶⁵ 126 S. Ct. 2749 (2006), discuté dans Diane Marie Amann, *Punish or Surveil*, 16 TRANSNATIONAL LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 873 (2007).

¹⁶⁶ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002). Sur ces trois décisions, V. Diane Marie Amann, *International Law and Rehnquist-Era Reversals*, 94 GEORGETOWN LAW JOURNAL 1319 (2006) [Ci-dessous cités par : Amann, *Reversals*].

¹⁶⁷ *Hamdan*, 126 S. Ct. at 2797-98 (Stevens, J., rejoint par Souter, Ginsburg, et Breyer, JJ.).

¹⁶⁸ *V. p. ex.*, Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, *Customary International Law As Federal Common Law: A Critique of the Modern Position*, 100 HARVARD LAW REVIEW 815 (1997), with Harold Hongju Koh, *Is International Law Really State Law?*, 111 HARVARD LAW REVIEW 1824 (1998).

¹⁶⁹ *V. Handyside v. United Kingdom*, 24 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) (1976).

Military Justice).¹⁷⁰ Une autre est le recours à la notion de proportionnalité.¹⁷¹ Et une troisième apparaît dans les décisions des juridictions nationales européennes relatives à l'articulation des normes constitutionnelles et européennes : ces juridictions ont développé une méthode prétorienne qui leur permet de mettre de côté le droit européen dans l'hypothèse où la Cour de justice des communautés européennes adopterait une position fondamentalement contraire aux valeurs de l'Etat-Nation.¹⁷² Dans chacun de ces cas, l'Etat-Nation, tout en faisant produire un effet au droit international, s'attache à préserver l'intégrité du droit national.

On s'est intéressé jusqu'ici à la manière dont l'interne réagit à l'externe. Mais il y a une autre dimension intéressante du problème : c'est la question de savoir comment une entité réagit aux évolutions de ses propres composants internes tout en tentant de consolider ou de préserver le caractère collectif, et solidaire, de sa structure. Ainsi par exemple, dans l'affaire de l'*Usine MOX*, c'est question de savoir comment la Cour de justice des Communautés européennes réagit à la position de l'Irlande, ou comment le Tribunal international du droit de la mer réagit à celle de la Cour de justice des Communautés européennes, et à sa décision dans l'affaire Mox. Un autre exemple peut être tiré de ce qu'aurait été le traité établissant une Constitution pour l'Europe, s'il avait été adopté. Quelle aurait été la relation entretenue par les instances habilitées à l'interpréter avec celles des Etats-membres ? Nous savons déjà comment les hautes juridictions française ou espagnole, notamment, ont pu prendre position sur cette question. Mais quelle pourrait être celle de la Cour de justice des communautés européennes ? Elle ne peut pas ne pas réagir d'une manière ou d'une autre aux nouvelles positions adoptées par les juridictions nationales. A tout le moins, c'est une nouvelle discussion qui doit s'ouvrir, un nouveau processus d'ajustement des tensions. Pour citer, enfin, un troisième exemple : quelle relation les régimes établis par les traités internationaux entretiennent-ils avec les Etats-Unis ? Il aurait fallu qu'un représentant de ces régimes ait été là pour le dire. Beaucoup d'organisations sont en cause. Par exemple, le Conseil des droits de l'homme, qui administre le Pacte international relatif aux droits civils et politiques,¹⁷³ auquel les Etats-Unis ont adhéré en 1992 ; ou le Comité contre la torture, qui veille à l'application de la convention du même nom¹⁷⁴, à laquelle les Etats-Unis sont partie depuis 1994 ; ou le système inter-américain de protection des droits de l'homme, qui a beaucoup à dire aux Etats-Unis, bien que les Etats-Unis n'y prêtent guère d'attention¹⁷⁵ ; ou encore, et pour finir, la Cour internationale de justice, qui dialogue en ce moment avec les Etats-Unis à propos du

¹⁷⁰ V. *supra* p. 29 et s.

¹⁷¹ V. *supra* p. 79 et s.

¹⁷² V. *supra* p. 48 et s.

¹⁷³ International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171 (entré en vigueur le 23 mars 1976).

¹⁷⁴ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, G.A. res. 39/46, annex, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) at 197, U.N. Doc. A/39/51 (1984) (entré en vigueur le 26 juin 1987).

¹⁷⁵ La mise en oeuvre de chacun de ces régimes dans le cadre de la campagne américaine contre le terrorisme après les attaques du 11 septembre 2001 est discutée dans Diane Marie Amann, *La Justice militaire et les Juridictions d'exception aux États-Unis*, in Elisabeth Lambert Abdelgawad ed., TRIBUNAUX MILITAIRES, JURIDICTIONS D'EXCEPTION: PERSPECTIVES COMPAREES ET INTERNATIONALES, éd. des Archives contemporaines, Agence universitaire de la francophonie, 2007. - V. aussi Diane Marie Amann, *Guantánamo*, 42 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 263, 275-276 & nn.46-49 (2004) (discutant les relations entre les Etats-Unis et le système inter-américain); Diane Marie Amann, *The Committee Against Torture Urges an End to Guantánamo Detention*, ASIL INSIGHT (June 8, 2006) <http://www.asil.org/insights/2006/06/insights060608.html>; on the Human Rights Committee.

traité sur les relations consulaires¹⁷⁶ comme on l'a dit à propos de l'affaire *Sanchez-Llamas*¹⁷⁷, et comme c'est encore le cas dans l'affaire *Medellin*.¹⁷⁸

Dans tous ces cas, on observe d'intéressantes réactions et interactions avec une entité extérieure. Ce qui est le plus perturbant pour moi, c'est la rencontre, que nous avons faite, d'une doctrine de la nature quasi-souveraine des entités extérieures. Si ce à quoi nous aboutissons, finalement, c'est à une doctrine selon laquelle l'Union européenne est assimilable à un Etat-Nation, en ce qu'elle peut fermer la porte au système juridique international – en fait à tout système multinational qui lui est extérieur – alors, le droit n'aura pas beaucoup progressé. Voici donc ce qui constitue l'un des défis pour ce zoo en voie de maturation et de structuration : comment renforcer la prééminence du droit dans les relations entre de vastes et puissantes entités qui, elles-mêmes, reconnaissent désormais le principe de la prééminence du droit.

Ce qu'il nous faut, ce sont des dialogues de toutes sortes, et à tous niveaux – et notamment à des niveaux internes à ces entités. Prenons l'exemple de la laïcité et du foulard islamique. C'est un cas où, typiquement, un Etat-nation doit engager des débats tant internes qu'externes, afin de trouver le bon équilibre entre une diversité d'intérêts et de valeurs. En un mot : l'Etat-nation n'est pas la plus petite entité à laquelle il nous faut prêter attention.

Les gardiens du zoo

La deuxième question, c'est celle des gardiens du zoo. Sous l'égide de qui le dialogue que nous venons d'évoquer s'engage-t-il ? Qui doit prendre les décisions et les mettre en œuvre ? C'est la fonction des gardiens de notre zoo. Aux Etats-Unis, la plupart du temps, on observe un dialogue assez vigoureux entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. C'est, je pense, le cas dans beaucoup d'Etats-Nation, peut-être moins dans des pays qui n'ont pas achevé leur transition vers un modèle de démocratie libérale. Le Juge Stephen Breyer a évoqué, notamment au cours des réunions du Réseau, les limites auxquelles se heurte la Cour suprême des Etats-Unis : elle ne peut agir que si une requête lui est soumise par le moyen d'un *writ of certiorari*. Et même lorsqu'elle est saisie, elle doit respecter non seulement le droit écrit, mais aussi une tradition de conformité à la chose précédemment jugée. Quoi qu'en laisse supposer la rhétorique de l'activisme judiciaire, dans l'ensemble, les juridictions américaines n'interviennent dans le dialogue interne qu'en qualité d'interprètes. Il est en effet très rare que des juges américains soient véritablement les moteurs du changement.

Les choses se passent peut-être de manière différente en Europe. Même en prenant garde à l'avertissement que le Juge William Fletcher nous a donné de ne pas trop extrapoler à partir d'une décision, l'affaire de l'Usine MOX suggère qu'en ce moment en Europe, les juges sont bien un moteur du changement. Alors que depuis l'échec du traité constitutionnel de 2005, les traités européens peinent plus que jamais à être ratifiés, la progression de

¹⁷⁶ Vienna Convention on Consular Relations, Apr. 24, 1963, 21 U.S.T. 77, 596 U.N.T.S. 261 (entré en vigueur le 19 mars 1967).

¹⁷⁷ V. supra p. 29 et s.

¹⁷⁸ *Medellín v. Texas*, 127 S. Ct. 2129 (2007), *granting certiorari to review Ex parte Medellín*, 2006 WL 3302639 (Texas Court of Criminal Appeals, Nov. 15, 2006) (refusant d'accepter une d'*habeas corpus* fondée sur un mémorandum présidentiel destiné à donner effet à l'*Affaire conrenant Avena et d'autres ressortissants mexicains (Mexico v. United States)*, 2004 I.C.J. No. 128 (Judgment du 31 mars)). Cette affaire a fait l'objet d'une présentation par le Juge Breyer et d'une discussion par Olivier Dutheillet de Lamothe et Charles Fried lors de la troisième réunion du réseau ID franco-américain qui s'est tenue à Paris les 1^{er} et 2 juillet 2008.

l'intégration régionale semble davantage portée par les juridictions que par les pouvoirs exécutif ou législatif. C'est du moins une hypothèse qu'il serait intéressant d'explorer davantage.

Quant aux juges eux-mêmes, il nous faudrait mieux connaître leurs besoins. Quels progrès devraient, en particulier, être faits pour rationaliser le processus de la globalisation judiciaire ? A l'occasion de nos discussions, nous avons souvent évoqué la nécessité d'une transparence accrue dans le processus décisionnel. Mais il faut dire, tout de même, que la candeur et la transparence d'un juge à propos de la manière, prudente et informée, par laquelle il est parvenu à sa décision est très largement conditionnée par la nature effectivement prudente et informée de ce processus. Même au niveau de la Cour suprême des Etats-Unis, il y a parfois de quoi critiquer certaines interprétations du droit international, depuis le renouveau, dans l'affaire *Atkins*¹⁷⁹, de la pratique de la consultation du droit international et étranger. Et ce, même de la part de ceux qui soutiennent l'effort de la Cour pour « regarder au-delà des frontières de l'Amérique », pour reprendre l'expression du Juge Ruth Bader Ginsburg¹⁸⁰. Et nous sommes là au niveau de la Cour suprême. Qu'en est-il à celui des juridictions fédérales de première instance ou d'appel, ou encore de l'ensemble des juridictions des cinquante Etats ? On peut y percevoir une certaine frustration de la part de juges qui, depuis peu, doivent affronter des questions de droit international. Les juges qui, les premiers, ont dû résoudre la question de l'applicabilité interne de la Convention de Vienne sur les relations consulaires admettent volontiers qu'ils n'avaient pas été formés pour cette tâche. La capacité à comprendre ce que c'est que le droit, comment il fonctionne et interagit, comment chercher et trouver une réponse rationnelle, tout ceci est assez insuffisamment développé aux Etats-Unis – et sans doute dans d'autres pays également. Ceci constitue également une piste pour de futures explorations.

L'éléphant baladeur

Venons-en, enfin, à la question de l'éléphant baladeur, celui qui se promène dans le zoo sans qu'on arrive à le faire entrer dans un enclos. Ce sont des entités puissantes, ou potentiellement telles, qui ne respectent pas le principe de la prééminence du droit et qui, pour beaucoup d'entre elles, n'ont même pas de culture de la prééminence du droit. En même temps que nos gardiens travaillent à faire effectivement respecter la règle de droit aux animaux qui en principe la respectent, ils doivent également faire attention à ceux qui ne font pas encore, à proprement parler, partie du zoo. C'est en particulier à la Chine qu'on peut penser à cet égard, ou à la Russie. Mais on pourrait aussi penser aux pays, notamment d'Asie centrale ou d'Afrique, qui doivent choisir de se rapprocher de l'une ou l'autre des grandes et puissantes entités dont le monde est constitué. L'une de leurs options est de se rapprocher de la Chine, qui est désormais l'un des principaux pourvoyeurs d'aide aux pays en développement. Et la Chine leur dit, semble-t-il : « Vous pouvez prendre notre argent sans vous engager en matière de droits de l'homme, à condition de commercer avec nous. » Si ce modèle d'aide internationale s'impose, c'est l'un des principaux instruments qu'ont utilisé les internationalistes depuis soixante ans pour promouvoir les droits de l'homme qui disparaîtra. Voilà donc encore une question qui mérite toute notre attention.

¹⁷⁹ *V. p. ex.*, Amann, *Reversals*, *op. cit.*, at 1338-1339 & n.132, 1343 & n.50.

¹⁸⁰ Ruth Bader Ginsburg, *Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, 22 YALE LAW AND POLICY REVIEW 329 (2004).