

Réseaux ID (Internationalisation du droit)
Première rencontre franco-américaine : Paris, 10-11 avril 2006
Le rôle du juge national comme juge international

Note de présentation, 9 décembre 2005

L'objectif du réseau ID n'est pas de procéder à des recherches spécialisées, qui sont menées par chaque équipe dans son domaine de compétence, mais, à partir des recherches existantes, de conduire une réflexion sur les pratiques d'internationalisation du droit, le terme étant pris au sens large : soit d'exportation de la règle de droit ou des solutions juridiques, par extension hors des frontières nationales, soit d'importation, par intégration en droit interne.

Ainsi entendue, l'internationalisation du droit est un phénomène déjà ancien, mais il se renouvelle à mesure que se développent les interdépendances entre Etats, et ce renouvellement du cadre juridique général commande le programme de notre rencontre.

I. Cadre juridique général

Aux Etats Unis, la formule souvent répétée par la Cour suprême "*International law is part of our law*"¹, reflète l'engagement des pères fondateurs de la nation en faveur du droit international (the "*law of nations*") et exprime leur conception quant à l'applicabilité directe : « *no formal theory of incorporation was required for the courts to apply it* »². Comme le juge O'Connor l'a souligné, la Cour suprême s'est référée à la notion de souveraineté en droit international pour former sa jurisprudence fédérale et aux normes internationales pour traiter les conflits entre les Etats de la Fédération³, et cette conception a été récemment réaffirmée dans la décision *Sosa v. Alvarez-Machain*⁴. En outre les références à la jurisprudence anglaise sont traditionnellement admises, comme le sont plus largement les échanges entre juges de *common law*.

En France, l'exportation du droit français a d'abord accompagné la colonisation, mais une certaine exportation de codes, ou de concepts juridiques, s'est également développée en dehors des colonies⁵. En revanche l'importation de normes étrangères en droit français semble principalement liée, depuis l'après guerre, à la construction européenne. Le juge français est appelé à appliquer comme sien le droit international européen, qu'il s'agisse du droit des Communautés, puis de l'Union européenne, ou de la Convention européenne des droits de l'homme, mais il doit respecter la jurisprudence des cours européennes : si les traités européens sont d'application directe, leur interprétation par le juge national est contrôlée par la Cour de justice des communautés européennes, dont les décisions ont « le même effet direct et la même primauté que le traité lui-même »⁶. Du côté du Conseil de l'Europe, l'analyse est plus nuancée : les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ont une « autorité relative de la chose jugée » (seules les parties au litige sont liées par la décision et seulement pour le cas tranché) ; de plus, ces décisions sont dépourvues de force exécutoire. Néanmoins,

¹ *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700, 44 L. Ed. 320, 20 S. Ct. 290.

² Voir Douglas J. Sylvester, "International Law as Sword or Shield: Early American Foreign Policy and the Law of Nations", *N.Y.U. J. Intl Law and Politics*, Vol. 32 (1999), pp.9-10.

³ Keynote Address, Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Society of International Law (2002), p.351.

⁴ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S.Ct. 2739, 2764 (2004).

⁵ Voir Conseil d'Etat, *Rapport sur l'influence internationale du droit français* (2001).

⁶ Voir Guy Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : Eloge de la 'bénévolence' des juges », *Revue de Science Criminelle*, 2005 (à paraître, n°4).

le mécanisme de la Convention impose aux Etats parties, y compris les instances judiciaires, de se conformer aux décisions de la Cour européenne, leur conférant ainsi une « autorité de la chose interprétée »⁷.

Il reste à savoir si cette évolution préfigure un renouvellement des pratiques liées à l'internationalisation du droit⁸, car les échanges ne se limitent plus à l'Europe, ni aux pays de *common law*. Que le renouvellement soit lié à l'universalisme des valeurs, proclamé en 1948 par la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou à la globalisation économique, marquée notamment par la création de l'OMC en 1994, ses manifestations sont déjà observables à l'échelle mondiale.

D'une part de nombreuses cours suprêmes hors de la sphère de *common law* n'hésitent plus à prendre en considération la jurisprudence d'autres cours suprêmes, y compris celle des Etats Unis : par exemple, en France⁹, ou en Espagne¹⁰, des juges constitutionnels ont reconnu avoir consulté ou avoir fait référence expresse aux décisions constitutionnelles américaines ; de même en ce qui concerne la CEDH¹¹. Et l'on observe l'apparition d'un dialogue des juges¹² et la mise en place de réseaux judiciaires¹³.

D'autre part la jurisprudence constitutionnelle américaine s'ouvre désormais aux normes étrangères non seulement pour conforter la pratique américaine mais parfois aussi pour l'invalidier (voir *Atkins v. Virginia*¹⁴, *Lawrence v. Texas*¹⁵ et *Roper v. Simmons*¹⁶). La question se complique encore du fait qu'il ne s'agit pas seulement de normes étrangères de droit interne, mais aussi de droit international. Or l'intégration du droit international fondé sur les traités relatifs aux droits de l'homme est en principe limitée par le fait que ces traités sont fréquemment considérés comme *non self-executing* (nécessitant donc une loi d'application) et sont le plus souvent assortis de réserves limitant les engagements des Etats Unis aux dispositions existant déjà en droit américain¹⁷. Dans un tel contexte, les critiques formulées à l'encontre de cette jurisprudence d'ouverture ont même conduit à une proposition législative pour l'interdire¹⁸.

Il est vrai qu'une dissymétrie apparaît dans la marge de manœuvre des juges américains pour intégrer le droit international car cette marge, restreinte quand il s'agit de l'applicabilité du droit international des droits de l'homme aux justiciables américains, est renforcée dans le

⁷ *Ibid.*

⁸ Voir Pascal Lamy, Alain Pellet et Mireille Delmas-Marty, « Droit commun, gouvernance mondiale et laboratoire européen », Entretien à paraître in *Le Débat*, Gallimard 2006.

⁹ Voir Olivier Dutheil de Lamothe in "Constitutional court judges' roundtable", *I-Con* 3.4 (2005), p.550.

¹⁰ Voir Luis Lopez Guerra in *id.*, p.567.

¹¹ Voir Jean-François Flauss, « La présence de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », *Rev. Trim. DH*, No. 62, 2005, pp.313-331; également *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005.

¹² Julie Allard et Antoine Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, Seuil, 2005, p.29. Voir, e.g., Robert Badinter and Stephen Breyer (eds.), *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation*, New York University Press, 2004 (version française : *contemporaine*, Fayard, 2003); *Dialogue entre juges*, Rentrée solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme, 2005.

¹³ Voir, par exemple, le « Forum des juges européens pour l'environnement », G. Canivet et D. Guihal, « Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats », *D.* 2004. Chr. 2728.

¹⁴ 122 S.Ct. 2242, 2249 (2002).

¹⁵ 123 S.Ct. 2472, 2481-2483 (2003).

¹⁶ 125 S.Ct. 1183, 1198-1200 (2005).

¹⁷ Voir Frederic L. Kirgis, "Reservations to Treaties and United States Practice", *ASIL Insight* (May 2003).

¹⁸ H. Res. 568 du 17 mars 2004, une proposition de loi de la Chambre des Représentants cherchant à interdire aux juges de la Cour suprême de fonder leurs décisions sur des "*judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign [sources] inform an understanding of the original meaning of the laws of the United States*".

cas de comportements commis à l'étranger par des étrangers sur des victimes étrangères. Dans la décision précitée *Sosa v. Alvarez-Machain*, la Cour suprême, confirmant le processus d'internationalisation amorcé depuis une vingtaine d'années par les cours fédérales, admet en effet la compétence des cours fédérales, selon l'*Alien Tort Statute*¹⁹, pour recevoir les plaintes déposées par des étrangers en raison de violations du « droit des gens », l'expression visant la coutume et pouvant être comprise aujourd'hui comme incorporant une partie des instruments de protection des droits de l'homme.

C'est parce que l'internationalisation du droit tend ainsi à se développer dans un cadre juridique particulièrement complexe qu'il est nécessaire de repérer les modifications qu'elle entraîne dans le champ juridique (prolifération des instruments internationaux) et judiciaire (judiciarisation du droit international et internationalisation des juges nationaux).

II. Programme proposé

Consacrée plus particulièrement au rôle du juge national comme juge international, la rencontre des 10-11 avril 2006 devrait permettre d'abord de vérifier le constat que le juge français, comme le juge américain, est appelé non seulement à influencer des solutions étrangères, mais aussi à être influencé par elles.

Encore faut-il distinguer selon la nature de la norme « étrangère ». S'agissant de normes venues du droit interne d'autres pays, le juge français ou américain n'est jamais tenu de les intégrer. Il fait en toute liberté le choix des normes les plus pertinentes, au risque de voir se développer un nouveau type de *forum shopping*.

En revanche s'agissant de solutions inspirées par le droit international, apparaissent les questions du caractère obligatoire et de l'applicabilité directe qui conditionnent, au delà des similitudes, les différences entre la France et les Etats Unis, quant au statut du droit international et quant à l'ampleur de la marge de manœuvre du juge. Le contraste semble en effet frappant aux Etats Unis entre le large pouvoir du juge pour interpréter le droit américain et la marge étroite qui lui est reconnue pour interpréter et appliquer le droit international, notamment à propos de conventions, ou même de décisions internationales, relatives aux droits de l'homme (qu'il s'agisse des pactes²⁰ ou autres conventions²¹ de l'ONU ou d'un jugement de la Cour internationale de justice²²). En revanche en France (mais aussi ailleurs en Europe et même au Royaume Unis depuis l'adoption du *Human Rights Act*²³), l'intégration des normes internationales obligatoires semble avoir paradoxalement libéré le juge, sous réserve, comme on l'a vu, du contrôle des cours internationales.

C'est pourquoi la comparaison implique de retenir cette distinction et de prendre en considération les traditions nationales différentes²⁴, ainsi que l'arrière plan politique, afin de

¹⁹ 28 U.S.C. §1350.

²⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) et Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966). Voir Luigi Condorelli and Pasquale De Sena, "The Relevance of the Obligations Flowing from the UN Covenant on Civil and Political Rights to US Courts Dealing with Guantánamo Detainees", *J Int Criminal Justice*, Mar 2004; 2: 107-120.

²¹ Notamment la Convention CEDAW et la Convention sur les droits de l'enfant ; également le Protocole de Kyoto sur les changements climatiques, ou même le Statut de la CPI (si jamais les Etats-Unis étaient dans l'incapacité ou n'ayant pas la volonté de poursuivre l'un de leurs nationaux accusé d'un crime international, ils seraient contraints d'accepter la compétence de la Cour).

²² Notamment ses décisions récentes relatives à la peine de mort: *Breard* (Paraguay c/USA), Ord. 9 avr. 1998 ; *Lagrand* (Allemagne c/USA), Ord. 3 mars 1999, arrêt 27 juin 2001 ; et *Avena* (Mexique c/USA), Ord. 5 fév. 2003, arrêt 31 mars 2004.

²³ Voir *A(FC) v. Sec of State for Home Dep't* [2004] UKHL 56, para. 73 (jugeant contraire aux articles 5 et 14 la section 23 du Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001).

²⁴ Voir Vivian Grosswald Curran, « Re-Membering Law in the Internationalizing World », 34 *Hostra L. Rev.* (forthcoming).

repérer plus précisément la façon dont s'organise la relation entre le champ juridique et le champ politique.

La rencontre de Paris pourrait être l'occasion de tester ces hypothèses et d'amorcer une réflexion franco-américaine sur la place des processus juridiques dans la conception politique des relations internationales, reposant la question du pluralisme, à la fois comme problème et comme solution²⁵.

Nous proposons de partir de deux cas pratiques significatifs, choisis l'un dans le domaine du droit des personnes et l'autre en droit des biens.

Le Président Canivet ayant accepté de présenter un cas choisi en droit de la concurrence, il est suggéré pour la Cour suprême des Etats-Unis, sous réserve de l'accord du juge Breyer, de travailler sur un ou plusieurs cas concernant la peine de mort.

Phase préparatoire, janvier-février 2006 : proposition de cas pratiques à partir desquels la coordinatrice Naomi Norberg transmettra à chaque membre du réseau un exemplaire de chacun des cas accompagné d'un dossier comportant des documents annexes (tels que traités ou conventions, lois, jurisprudence et doctrine pertinentes, etc.).

Phase I, 10-11 avril 2006: Présentation des cas par le juge Breyer et par le président Canivet, puis discussion générale.

Phase II, mai 2006: Envoi par la coordinatrice d'une transcription de la discussion et d'un bref synopsis.

Phase III, juillet 2006: Envoi par chaque membre du réseau d'un bref commentaire (4 à 5 pages) concernant la discussion générale et/ou la question plus précise du rôle du juge national comme juge international.

Phase IV, octobre: Envoi d'un rapport établi par la coordinatrice comprenant d'une part une synthèse de la discussion et des réactions reçues dans la phase III, et d'autre part des propositions pour une deuxième rencontre et une éventuelle publication.

Ce programme pourra bien entendu être complété, ou modifié, selon les suggestions qui seraient envoyées par des membres du réseau ou formulées par eux à la suite de la rencontre des 10-12 avril 2006.

²⁵ Voir Mireille Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, Vol. I, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, Vol.2, *Un pluralisme ordonné*, à paraître Seuil 2006 ; également « Comparative Law and International Law: Methods for Ordering Pluralism », à paraître, *University of Tokyo Journal of Law and Politics* (2006); Michel Rosenfeld, « Partiality and comprehensive pluralism », in *Just Interpretations*, University of California Press, 1998, pp. 199-234; également « Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique », 59 *Revue Internationale de Philosophie* (à paraître, 2005); Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton University Press, 2004). Voir également "Constitutional court judges' roundtable", *ICoN* 3.4, 543-571(2005).