

# Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

397<sup>e</sup> année - 4 JUIN 2008 - N° 112 - 10 euros

**Numéro  
SPÉCIAL**

**lextenso** éditions

**ACTES DE COLLOQUE**

## **Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges**

[www.petites-affiches.com](http://www.petites-affiches.com)

**ÉDITION  
QUOTIDIENNE  
DES JOURNAUX  
JUDICIAIRES  
ASSOCIÉS**

**Petites  affiches**

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01  
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

**Le Quotidien Juridique**

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris  
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

**LA LOI**  
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris  
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

Directeur de la publication :  
**Bruno Vergé**  
Rédactrice en chef :  
**Emmanuelle Filiberti**  
Responsables de rédaction :  
**Valérie Boccara et Céline Slobodansky**  
Comité de rédaction :  
**Pierre Bézard**, président honoraire  
de la chambre commerciale de la Cour  
de cassation

**Éric Bonnet**, directeur de la rédaction  
de la Gazette du Palais

**Jean-Pierre Camby**, conseiller des  
services de l'Assemblée nationale

**Jean-Marie Coulon**, premier président  
honoraire de la Cour d'appel de Paris

**Alain Couret**, professeur à l'Université  
Paris I (Panthéon-Sorbonne)

**Fernand Derrida**, professeur honoraire  
à la faculté de droit de l'Université  
d'Alger

**Michel Grimaldi**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Jean-François Guillemin**, secrétaire  
général, groupe Bouygues

**Paul Le Cannu**, professeur à  
l'Université Paris I (Panthéon-  
Sorbonne)

**Jacques Massip**, conseiller doyen  
honoraire à la Cour de cassation

**Denis Mazeaud**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Nicolas Molfessis**, professeur à  
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

**Jacqueline Morand-Deville**,  
professeur à l'Université Paris I  
(Panthéon-Sorbonne)

**Bernard Reynis**, président  
du Conseil supérieur du notariat  
de Paris

**Alain Sauret**, président du conseil de  
surveillance de Capstan Avocats

**Rédaction** : 33, rue du Mail,  
75081 Paris Cedex 02

**Tél.** : 01 42 61 87 87

**Fax** : 01 42 86 09 37

**E-mail** : redaction@lextenso-editions.fr

**Merci de nous envoyer vos articles à :**

redaction@lextenso-editions.fr

**Diffusion :**

**Tél.** : 01 42 61 88 00

**Fax** : 01 42 92 03 91

**E-mail** : diffusion@petites-affiches.com

**Rédaction (p. 1 à 40)**

**Publicité légale : Annonces pour les  
départements 75, 92, 93, 94 (p. 41 à 88)**

## A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC)

Journal seul ..... 128 €

Journal + Lextenso.fr ..... 194 €

1 an Étranger (HT)

CEE ..... 330 €

Hors CEE ..... 640 €

Pour tarifs particuliers

(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique :

Groupe Poly Print/Bâton Rouge Agence

# Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges

**Cycle Attractivité économique du droit**  
**Cercle France-Amériques,**  
**le 24 octobre 2006**

## SOMMAIRE

Bertrand du MARAIS.....	3
<b>Diversité ordonnée des systèmes juridiques et dialogue des juges</b>	
Stephen BREYER.....	5
<b>Inspiration réciproque et mondialisation des flux économiques</b>	
Philippe LÉGER.....	7
<b>Le renvoi préjudiciel dans l'influence réciproque des cours suprêmes nationales et de la CJCE : l'exemple de la fiscalité directe</b>	
<b>Débats</b> .....	10
Jean-Marie COULON.....	14
<b>Inspiration réciproque et droits fondamentaux du point de vue de l'Europe</b>	
Bruno GENEVOIS.....	15
<b>L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux</b>	
Jean du BOIS de GAUDUSSON.....	22
<b>La complexité de la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges</b>	
Élisabeth ZOLLER.....	26
<b>Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des États-Unis sur les droits fondamentaux</b>	
Stephen BREYER.....	36
<b>Inspiration réciproque et droits fondamentaux du point de vue de l'Amérique</b>	
<b>Débats</b> .....	37

## DIVERSITÉ ORDONNÉE DES SYSTÈMES JURIDIQUES ET DIALOGUE DES JUGES

Je voudrais remercier tous nos orateurs qui nous ont fait l'honneur de bien vouloir participer à cette journée, qui ont déplacé qui, une audience, qui une séance, qui un cours, ou encore avancé un déplacement de Bordeaux ou du Luxembourg.

C'est un très grand honneur, et un privilège, pour les organisateurs de cette conférence de pouvoir rassembler un ensemble d'intervenants d'aussi haut niveau. Nous avons d'ailleurs eu de la peine à organiser les deux tables rondes, tant chacun de ses intervenants pouvaient aborder l'ensemble des thèmes.

Je voudrais particulièrement remercier nos invités d'outre-Atlantique, et surtout Justice Breyer.

C'est un très grand honneur, cher Justice Breyer, que d'accueillir aujourd'hui dans cette conférence, l'un des neuf membres de la Cour suprême des États-Unis. C'est un immense privilège que de pouvoir bénéficier de votre analyse sur ces questions qui vous tiennent à cœur : l'influence réciproque des cours suprêmes et le dialogue entre les systèmes juridiques.

Enfin, j'ajouterai que c'est un vrai plaisir que de travailler avec vous, de vous entendre manier aussi parfaitement notre langue et de pouvoir converser avec un intellectuel aussi stimulant, terme, qui en France, est un hommage alors qu'il a une connotation péjorative aux États-Unis. Nous vous sommes infiniment grés d'avoir accepté de modifier le programme de votre voyage en Europe pour participer à cette conférence.

Mais, sans forfanterie, je voudrais souligner combien est importante cette conférence inaugurale de l'année académique 2006-2007 de notre cycle « Attractivité économique du droit : regards croisés franco-américains ».

Jean-Luc Fournier, trésorier du Cercle France-Amériques qui nous accueille, a rappelé que le programme de recherches sur « l'attractivité économique du droit » que j'anime — le *think tank*, comme l'on dirait outre-Atlantique — est né à l'instigation des pouvoirs publics et des professions juridiques françaises après la publication par le groupe de la Banque mondiale, à l'automne 2003, du premier rapport *Doing Business*. Outre les assertions très critiques contre la *French Civil Law*, les juristes français ont particulièrement réagi à l'une des recommandations principales du rapport : « *one size can fit all* ». Il existerait un standard juridique unique. Et les rapports suivants ont décliné l'intérêt de se conformer à ce standard unique, tel qu'il est décrit par les auteurs de ces rapports, et leurs inspirateurs de la faculté d'économie de Harvard.

Notre premier temps a été celui de la réaction, en particulier en expertisant la méthode des rapports *Doing Business*. En moins d'un an, et malgré des difficultés multiples, nous avons pu publier cette expertise, disponible à la Documentation française. Ceci a été possible grâce à la collaboration, voire la mobilisation, de dizaines de

praticiens, d'universitaires, de juristes et d'économistes en France mais aussi à l'étranger, y compris dans les pays de la *common law*. À cet égard, je veux rendre hommage tout particulièrement aux membres du conseil scientifique de ce programme, dont son président Jean du Bois de Gaudusson et certains de ses membres nous font l'honneur de participer à cette conférence — et particulièrement au premier président Guy Canivet.

Mais réaction contre les rapports *Doing Business* ne veut pas dire affrontement transatlantique. J'ai tout de suite saisi l'invitation que me proposaient mes amis du Cercle France-Amériques, pour que nous ayons avec nos amis, nos partenaires, américains une discussion décomplexée sur nos pratiques juridiques et sur nos doctrines respectives.

Car l'enjeu de mobilisation est tout autre, et finalement beaucoup plus important. Il y a des éléments intéressants dans les rapports *Doing Business*. Le principal apport est d'avoir placé très haut sur l'agenda des pouvoirs publics le développement des relations entre le droit et l'économie, de l'évaluation comparée du droit, et donc d'avoir suscité la création de ce *think tank*.

Cependant, le projet ultime de *Doing Business* est la standardisation du droit, autour d'un modèle purement instrumental. C'est sur cet aspect notamment que, dans un deuxième temps, la démarche du programme « Attractivité économique du droit » se veut constructive.

L'un des enjeux du débat avec les auteurs du rapport *Doing Business* réside dans l'identification de la méthode, mais aussi de la finalité d'un mouvement que l'on voit se développer dans la sphère juridique. Ce mouvement, extrêmement difficile à qualifier, porte aujourd'hui plusieurs noms, tant il est multiforme : convergence, harmonisation, confluence, uniformisation, standardisation, ou, pour reprendre les termes de Mireille Delmas-Marty : « pluralisme ordonné ». Pour ma part, j'utiliserai les termes de « diversité ordonnée ».

Dans ce contexte, il faut faire un constat simple. Je me risquerai ensuite à formuler deux hypothèses.

Le constat : les cours suprêmes, en tant que créateur de normes, participent à ce mouvement, de façon évidemment différenciée, par le dialogue qui apparaît entre les cours nationales et les cours supranationales.

Les hypothèses que je me permettrai de formuler sont les suivantes :

1. Pour ordonner cette diversité, plutôt qu'une standardisation hâtive, dont on a vu déjà les méfaits, il faudrait trouver des clés de passage d'un système à l'autre, pour que les valeurs, les traditions de chaque système perdurent, mais aussi « que les opérateurs écono-

miques ou les acteurs sociaux puissent se comprendre et donc « commercer », comme on disait au XVIII<sup>e</sup> siècle.

2. Parmi ces clés de passage, je formule l'hypothèse que le dialogue des juges, l'influence réciproque entre les cours conduit à une méthode certes impressionniste, parfois plus lente que la législation pure, que la production de normes par le législateur. Au fil des contentieux, cette méthode s'avère plus respectueuse des réalités sociales et culturelles, en un mot plus « humaniste », notamment parce que la technique des cours suprêmes est nécessairement collégiale, et répond aux pathologies des pratiques sociales et juridiques.

Peut-être que la pratique des cours suprêmes nous donne ainsi une piste pour déterminer les méthodes à développer pour créer ces clés de passage d'un système à l'autre.

Mais nous allons discuter de ces questions en détail.

*Bertrand du MARAIS (\*)*

*Conseiller d'État et professeur associé de droit à l'Université Paris X-Nanterre  
Coordonateur scientifique du programme de recherches  
sur l'attractivité économique du droit  
(2005-2007)*

*(\*) L'auteur s'exprime à titre personnel. Il tient à remercier Clotilde Pernod, juriste d'entreprise, et Zohra Boumedhel, étudiante en M2 à l'IEP de Paris, pour leur aide précieuse pour la mise en forme des actes de cette conférence qui s'est déroulée à Paris le 14 octobre 2006 au Cercle France-Amériques.*

## Tous les numéros des **Petites Affiches** depuis **1995** sont sur **www.lextenso.fr**



- **3 380 NUMÉROS**
- **15 600 ARTICLES**
- **600 000 DÉCISIONS** de jurisprudence dans tous les domaines du droit.

**Informations au 01 42 61 88 00 et sur [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr)**

**lextenso.fr**

## INSPIRATION RÉCIPROQUE ET MONDIALISATION DES FLUX ÉCONOMIQUES

Je ferai quatre observations sur le sujet qui nous intéresse aujourd'hui.

**1** Le professeur Gustavo Zagrebelsky, ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, relevait l'existence aux États-Unis d'une « controverse sur l'utilisation et la citation par les tribunaux américains, de jurisprudences normatives étrangères ». J'ajouterais que cette controverse concerne davantage les questions de droits fondamentaux, que les questions de droits ordinaires, comme par exemple le droit commercial. Mais je n'en suis pas certain.

**2** En effet, les tribunaux américains, y compris la Cour suprême, sont de plus en plus souvent amenés à trancher des litiges ordinaires ou commerciaux dans lesquels interviennent des éléments de droits étrangers pertinents ou déterminants. Sur les quatre-vingt affaires jugées par la Cour suprême en 2004-2005, il s'agit en principe des litiges les plus difficiles et les plus importants que l'on connaisse, parmi les quelques millions d'affaires jugées chaque année aux États-Unis. On a ainsi pu retrouver les questions suivantes, que je vous donne comme exemples concrets :

— application (ou non) du droit antitrust américain lorsque le plaignant, un distributeur de vitamines d'origine équatorienne, cherche à tenter un procès contre un défendeur, producteur de vitamines et originaire de Hollande, accusé « d'entente illicite » à l'échelle internationale : cartel sur l'augmentation des prix. Pourquoi intentait-il ce procès aux États-Unis ? Ils ont augmenté le prix des vitamines : peut-être est-il trop faible pour arriver en Europe ? Ou plutôt parce qu'il voulait obtenir des « *fresh damages* », pouvant être reçues dans le droit américain ? C'est une question difficile, dont la réponse nécessite la connaissance d'un nombre important de lois appliquées dans les pays concernés ;

— application du droit de la divulgation de la preuve (« *discovery law* ») : lorsqu'une entreprise A (de Californie) cherche à obtenir des documents appartenant à une entreprise B (également en Californie), pour les présenter aux autorités européennes antitrust ;

— application d'une loi d'immunité souveraine au profit d'un musée national autrichien, poursuivi par une citoyenne américaine, Maria Altmann, qui réclame la restitution de six tableaux par l'artiste Gustav Klimt, et qui auraient été confisqués à son oncle par les Nazis. Est-ce que le musée peut opposer cette immunité ? ;

— application de l'Accord de libre-échange Nord-Américain (Aléna) à une loi environnementale américaine qui interdit aux camions mexicains de traverser la frontière ;

— application d'une loi sur la responsabilité datant de 1789, loi contre la piraterie (en anglais, « *Alien Tort Claims Act* »). Comment l'interpréter dans un contexte moderne ? Cette loi permet de récupérer des indemnités lors d'une action intentée pour violation du droit international. Qui sont les pirates d'aujourd'hui ? ;

— application du Traité de Varsovie pour juger de la responsabilité des compagnies aériennes en cas de non-respect de la réglementation anti-tabac.

Ces six questions font partie des quatre-vingt affaires citées.

**3** De manière unanime, les juges ont considéré dans ces affaires, que le droit international, ou le droit du pays étranger, était pertinent. Dans plusieurs affaires, la Cour a examiné les mémoires déposés par des pays étrangers : le Japon, l'Allemagne, l'Union européenne, etc., et s'est inspirée de la jurisprudence (ou du droit) d'autres pays pour trouver une bonne solution en droit.

Dans l'affaire Altmann, par exemple, la décision de la Cour d'appel de Paris « Christian Dior c/ l'ex-roi Faruk » apparaissait comme pertinente. Le roi avait commandé des robes pour la reine. Il n'avait pas payé la facture et le couturier l'avait poursuivie en justice. Le roi avait alors affirmé son immunité souveraine. Le Tribunal l'a rejetée en disant : « Vous êtes un ex-roi, vous n'êtes plus roi ; vous ne pouvez donc plus prétendre à votre immunité ». Cette idée, d'appliquer le principe d'immunité souveraine aux seuls souverains en exercice et non aux souverains déchus ou du passé, a éclairé notre décision quant à l'application ou non du principe d'immunité souveraine concernant le musée national autrichien. Après une transaction, M<sup>me</sup> Altmann a récupéré ces tableaux, puis les a vendus pour une somme énorme.

Dans l'affaire de la loi de 1789 sur la responsabilité, la Cour suprême a pris en compte les effets internationaux d'une interprétation de la loi qui reconnaît la mise en cause aux États-Unis de la responsabilité de celui qui viole, en dehors du pays, les principes protecteurs des libertés fondamentales appartenant au droit international. Ces principes, il faut l'admettre, ne sont pas tout à fait clairs. Les mémoires déposés par les autres pays, surtout de l'Union européenne, fournissaient des arguments valables à la Cour.

**4** L'augmentation quantitative ainsi que la complexité qualitative des affaires concernant les droits étrangers donnent lieu à deux conclusions :

— il est nécessaire que les juges américains connaissent de mieux en mieux le contenu des droits des autres pays, ou comment le trouver. Le système judiciaire américain doit être capable de trancher avec justesse des litiges commerciaux dans un contexte mondialisé, sans quoi il risque de perdre le prestige dont il jouit depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, quand les juges anglais, inspirés par les édits de Colbert, ont fondé une *common law* commerciale efficace. Aussi faut-il que les grandes facultés américaines de droit fournissent aux tribunaux, de jeunes avocats formés et familiarisés au droit des autres pays. L'idéal serait que ces jeunes avocats soient également compétents pour travailler au sein de plusieurs systèmes juridiques ;

— il est bien possible d'imaginer que les juges des systèmes juridiques différents, en recherchant une interprétation des textes dont les dispositions sont ambiguës, vont de plus en plus explorer les objectifs de la disposition et les conséquences des interprétations. Ils pourront ainsi les utiliser (ces objectifs et ses conséquences), en tant qu'instruments juridiques qui aideront le juge à trouver une meilleure interprétation du texte de base.

Je fonde cette hypothèse sur le fait qu'il est souvent plus facile pour le juge d'un pays de connaître l'objectif d'une disposition dans le

droit étranger que de connaître en détail ses règles formelles d'interprétation. Je la fonde également sur le fait que ce sont souvent les objectifs d'une disposition étrangère et les conséquences de son interprétation, plus que la connaissance de son application précise qui peuvent aider le juge d'un autre pays à interpréter une disposition comparable chez lui. C'était la discussion de l'objectif de l'immunité souveraine qui était valable dans l'opinion du tribunal français dans l'affaire Altmann.

C'était la discussion des conséquences internationales qui était valable dans les mémoires des pays étrangers dans les affaires sur les

questions de la responsabilité, de l'antitrust, et de la divulgation des preuves.

Si cette hypothèse se révèle juste, je me permettrais une autre spéculation, voire une espérance, à savoir que la mondialisation du droit conduira finalement à un système de droit qui servira mieux les intérêts de ceux qui doivent en principe en bénéficier, et qui sont justement les citoyens ordinaires de nos pays.

*Stephen BREYER*

*Juge à la Cour suprême des États-Unis*

# Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

## RECEVEZ LE JOURNAL

### ► 5 FOIS PAR SEMAINE

- la doctrine, les notes et les chroniques rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- l'actualité professionnelle et législative,
- les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés,
- les numéros spéciaux
- les dossiers de l'Europe

## CONSULTEZ LES ARCHIVES EN LIGNE sur [www.lextenso.fr](http://www.lextenso.fr)

- Menez vos recherches par mot-clé, date ou auteur directement en ligne, en bénéficiant d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.
- Accédez sans limite à l'ensemble des archives des Petites Affiches depuis 1995 et consultez les résultats de vos recherches dans nos 8 bases partenaires de référence :
  - Gazette du Palais
  - Répertoire Defrénois
  - Bulletin Joly Bourse
  - Bulletin Joly Sociétés
  - Revue Générale du Droit des Assurances
  - Revue des Contrats
  - Revue du Droit Public
  - Cahiers Sociaux du Barreau de Paris.

## RECHERCHEZ SUR LE CD-ROM ANNUEL

- Accédez instantanément à l'ensemble du rédactionnel des Petites Affiches publié depuis 1996 de chez vous, lors de vos déplacements, sans connexion internet.
- Un mode de recherche "full-text" et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.



Petites Affiches - Service Diffusion 2, rue Montesquieu 75041 Paris CEDEX 01

TÉL.: 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91

Email : [diffusion@petites-affiches.com](mailto:diffusion@petites-affiches.com)



**lextenso.fr**

## LE RENVOI PRÉJUDICIEL DANS L'INFLUENCE RÉCIPROQUE DES COURS SUPRÊMES NATIONALES ET DE LA CJCE : L'EXEMPLE DE LA FISCALITÉ DIRECTE

Avec la Communauté européenne et la Cour de justice des Communautés européennes, la problématique de notre discussion se déplace un peu. Elle se déplace un peu parce que la spécificité propre à la Communauté européenne est de constituer un ensemble d'États dans lequel il y a les droits nationaux et le droit communautaire. La problématique change un peu parce qu'il faut avoir à l'esprit la philosophie économique de la Communauté européenne fondée sur la libre concurrence et les quatre grandes libertés de circulation : capitaux, services, personnes et biens.

La problématique se déplace également un peu car la Cour de justice des Communautés européennes a certainement des compétences importantes, mais elle a surtout peu de compétences. En effet, la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas là pour juger les litiges qui surviennent dans l'Union européenne. Elle est là pour juger certains litiges, ceux qui mettent en cause le droit communautaire à proprement parler :

- elle est juge de la légalité des actes des institutions européennes ;
- elle est juge de la manière dont les États membres mettent en œuvre le droit communautaire ;
- mais surtout, elle est chargée depuis l'origine d'aider les juges nationaux à mieux comprendre et mieux appliquer le droit communautaire, à travers la technique du renvoi préjudiciel. Ce dernier signifie que tout juge de n'importe quel pays de la Communauté européenne, qu'il s'agisse du juge d'instance de Privas ou d'Abbeville, ou de la House of Lords ou du Bundesgerichtshof, peut, et dans certains cas « doit », s'il a un doute sur le sens, l'interprétation, la validité d'une norme communautaire, demander à la Cour de Luxembourg de dire pourquoi et comment la norme s'interprète.

Il y a donc dans ces phénomènes d'échanges, d'informations, d'hybridation, d'influence réciproque des cours suprêmes nationales communautaires avec la Cour de justice des Communautés européennes, des relations, phénomène nouveau.

Ce phénomène nouveau fait partie des échanges du droit, les évolutions du droit ont toujours existé. Les universitaires ont pour mission d'enseigner le droit dans leur pays. Ils ont également la mission d'aller chercher dans les États voisins ce qui se fait pour l'enseigner, et pour mettre à disposition des responsables d'un pays tous les éléments pour modifier le droit, si besoin.

Les juges s'intéressent beaucoup au droit des autres aujourd'hui. Je crois qu'il y a cinquante ans, ils s'y intéressaient fort peu : les juges de base, du fait, et même peut-être les juges des cours suprêmes.

Mais aujourd'hui, tout a changé. Il est frappant de voir comment en l'espace de 30 à 40 ans, les juges des cours suprêmes sont devenus des « voyageurs de commerce » qui vendent leur droit, ou leurs techniques du droit dans toutes les parties du monde. Et à cette occasion également, ils recueillent des informations pour nourrir leurs propres réflexions dans les démarches contentieuses.

Le recours préjudiciel est cette possibilité très simple à mettre en œuvre. L'influence de la Cour de justice des Communautés européennes sur les Cours suprêmes des États membres est évidente, puisque c'est sa fonction première. Il est normal qu'une décision de la Cour de justice des Communautés européennes, comme l'une de la Cour européenne des droits de l'homme, ait une influence directe, quasi immédiate, sur la jurisprudence des cours suprêmes. Par exemple, en matière sociale entre la Cour de justice des Communautés européennes et la chambre sociale de la Cour de cassation, ou avec le Conseil d'État, en matière de fiscalité.

La démarche inverse est difficile à analyser : dans quelle mesure la jurisprudence des cours suprêmes est prise en compte, a une influence sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ?

Cette influence certaine est difficile à quantifier. On peut lancer seulement quelques observations :

- lorsqu'une Cour suprême nationale décide de demander à la Cour de justice des Communautés européennes son avis sur l'interprétation d'une norme communautaire, il arrive qu'une Cour suprême comme the House of Lords ou le Bundesgerichtshof, dans sa décision de saisir, d'exprimer ses hésitations sur l'interprétation à prendre, expliquant qu'elle pense la comprendre *a priori* selon sa jurisprudence nationale. Cependant, comme c'est une norme communautaire elle est destinée à 25 États membres. La Cour suprême justifie ainsi sa préférence à demander à la Cour de justice des Communautés européennes la manière dont elle l'interprète, une fois pour toutes. Lorsqu'une Cour suprême exprime son sentiment dans sa décision de renvoi, elle s'efforce de donner des éléments d'information à la Cour de justice, qu'elle décidera, ou non, de prendre en compte ;

— il y a également des questions de procédure intéressantes : à l'occasion de toute question préjudicielle, même si c'est un « petit » juge qui pose une petite question de droit (celle-ci peut concerner 450-480 millions de personnes), ce « juge de base » fait connaître son avis. Et surtout, à l'occasion de n'importe quelle question, chaque État membre de l'Union européenne peut venir devant la Cour de Luxembourg qui examine la question posée et dire qu'elle pense que la solution est celle-ci parce que l'esprit du droit est comme ci, ou que la jurisprudence de la Cour suprême est comme ça. Très souvent, l'information de la Cour de Luxembourg sur la jurisprudence des cours suprêmes nationales se fait par l'intermédiaire des agents des États membres qui viennent exposer quel est leur droit, et soutenir un point de vue qui sert *a priori* plutôt les intérêts de l'État membre, que les intérêts généraux de l'Union européenne. Cette possibilité pour les juges qui saisissent la Cour de dire ce qu'ils pensent, cette possibilité d'intervenir des États membres améliore, facilite, établit un véritable échange d'informations et permet d'influencer dans le bon sens du terme la juridiction communautaire ;

- depuis peu à Luxembourg, il existe un service de documentation bien fourni qui produit une revue de jurisprudence mondiale,

destinée aux juges de la Cour de justice des Communautés européennes. On y trouve les décisions de la Cour suprême des États-Unis, du Canada, de l'Australie, des Cours suprêmes européennes sur des questions d'actualité, ainsi que celles prises à la suite des décisions rendues par la Cour de justice sur renvoi préjudiciel.

En résumé, l'échange d'informations fonctionne plutôt bien. Son résultat est certainement l'hybridation du droit : un mélange entre droits nationaux communautaires, voire des droits étrangers. Il en ressort à chaque fois un droit un peu nouveau.

Pour finir, quelques exemples dans le domaine indiqué.

Dans le cadre de décisions rendues sur renvoi préjudiciel que la Cour de justice a fixé les fondamentaux du droit communautaire : la primauté, l'effet direct, la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire, notamment à l'égard de leurs ressortissants lorsqu'une Cour suprême viole les dispositions communautaires.

Ce sont les questions préjudicielles qui représentent 50 % des décisions rendues par la Cour elle-même, qui constituent le vecteur essentiel de sa jurisprudence. En conséquence, l'inclination des juges nationaux à recourir ou non au renvoi préjudiciel a un caractère déterminant pour la définition et la portée du droit communautaire.

Les droits conférés aux travailleurs turcs, notamment en Allemagne, à travers l'accord d'association de 1964 entre la Communauté européenne et la Turquie, ont provoqué un abondant contentieux. Il y a eu au moins une vingtaine de questions préjudicielles en interprétation de cet accord, posées en grande partie par les juridictions allemandes, et qui ont progressivement défini l'étendue et les limites des droits des travailleurs turcs.

Il existe des domaines où la jurisprudence s'est récemment développée grâce à des renvois préjudiciels. Je pense en particulier à la fiscalité directe des sociétés. Depuis quelques années, la Cour se trouve saisie d'un certain nombre de renvois qui permettent d'apprécier la compatibilité de régimes fiscaux nationaux avec les règles du Traité en matière de libre circulation. Le Conseil d'État français a d'ailleurs joué un grand rôle pour alimenter la Cour de justice des Communautés européennes, dans ce domaine-là. Je pense tout d'abord à l'arrêt de Lasteyrie du Saillant, par lequel le Conseil d'État a demandé à la Cour de dire si le droit communautaire s'opposait ou pas à un régime tel que l'imposition des « plus values latentes »,

c'est-à-dire l'imposition des actifs des personnes qui transfèrent leur domicile hors de France (1).

Plus récemment, la Cour a été saisie de plusieurs affaires préjudicielles portant sur la fiscalité des relations au sein d'un même groupe de sociétés (2). L'arrêt de la Cour du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, dans lequel la Cour s'est prononcée sur le régime des sociétés étrangères contrôlées visant à lutter contre les réseaux fiscaux. Dans cet arrêt, la Cour de Luxembourg a noté que « L'existence d'un avantage résultant de la fiscalité peu élevée à laquelle est soumise une filiale établie dans un État membre autre que celui dans lequel a été conçue la société mère n'autorise pas, par elle-même, ce dernier État membre à compenser cet avantage par un traitement fiscal moins favorable de la société mère ».

Pour arriver à cela, le raisonnement de la Cour de justice des Communautés européennes a été bien sûr de revenir aux principes fondamentaux, à la philosophie des quatre grandes libertés. Mais la Cour s'est également livrée à une étude de droit comparé, fournie par le service de documentation. Alors bien sûr, vous trouverez de moins en moins une motivation de droit comparé, dans les arrêts de la Cour. Il y en a eu il y a dix ou vingt ans. Avec 27 membres, c'est désormais difficile. On ne peut pas infliger au lecteur d'un arrêt de la Cour, un résumé du droit de 27 États membres. La Cour use d'une formule : « Il résulte de l'ensemble de la plus grande partie des décisions, etc. ». En revanche, vous pourrez trouver de temps à autre dans les conclusions des avocats généraux, des exposés plus complets du droit comparé s'appliquant à telle ou telle disposition.

En définitive, il est incontestable qu'aujourd'hui, compte tenu des techniques modernes de communication qui jouent un rôle considérable : on ne peut pas nier qu'en tapotant sur un clavier, en ayant les sites enregistrés en favoris, on puisse avoir accès à la jurisprudence récente de toutes les Cours suprêmes. Cela rend très aisé matériellement, même si intellectuellement cela ne suffit pas, l'accès aux jurisprudences des cours suprêmes. Ces techniques ont donc nécessairement pour effet d'accroître les influences réciproques des jurisprudences.

*Philippe LÉGER*

*Avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes*

(1) CJCE, 11 mars 2004, de Lasteyrie du Saillant, aff. C-9/02.

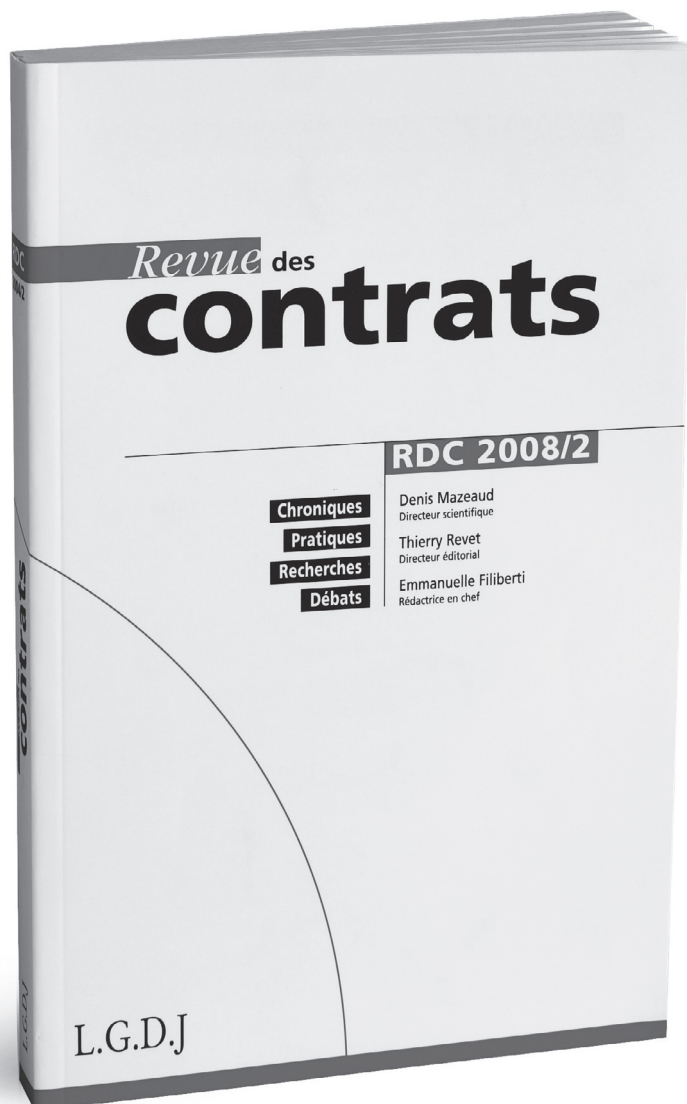
(2) CJCE, 13 décembre 2005, Marks & Spencer, aff. C-446/03.



# Revue des contrats

## Votre assurance tous risques en droit des contrats

civil • commercial • travail • sociétés • fiscal • famille • bourse • public • crédit • concurrence • consommation • médias • transports • europe • responsabilité • international



### Au sommaire

- **Chroniques** (commentaire doctrinal approfondi sur l'actualité législative et jurisprudentielle marquante)
- **Pratiques** (modèles de contrats, exemples de rédaction de stipulations contractuelles...)
- **Recherches**
- **Débats**

Un numéro spécial, publié en janvier, assure l'édition des actes du colloque annuel de la Revue.

Direction scientifique :  
Denis Mazeud  
Thierry Revet

**4 numéros/an**  
dont 1 numéro spécial  
+ 1 invitation  
au colloque annuel

## ABONNEZ-VOUS

Informations complémentaires  
au 01 42 61 93 03  
[www.lextenso-editions.fr](http://www.lextenso-editions.fr)

## L.G.D.J

**lextenso** éditions

## DÉBATS

**Bruno Genevois, président de la Section du contentieux du Conseil d'État — Est-ce que l'arrêt Cadbury Schweppes de la Cour de justice des Communautés européennes consacre la théorie de l'abus de droit en matière fiscale ? C'est comme cela que le Conseil d'État l'a interprété, mais peut-être a-t-il dépassé l'intention des auteurs ?**

**Philippe Léger, avocat général** — M. le président, vous ne doutez pas qu'interpréter une décision d'une Cour suprême est l'opération la plus périlleuse qui soit. Moi-même n'étant pas membre de la formation délibérante...

Ce que je peux dire, c'est que dans mon esprit, puisque j'ai conclu dans cette affaire-là, c'était bien cela. Je pensais bien, en concluant dans le sens d'ailleurs qui a été suivi par la Cour, qu'il fallait dégager le principe que la notion d'abus de droit doit être prise en compte en matière fiscale.

**Joël Monéger, professeur à l'Université Paris-Dauphine** — Je voudrais juste faire une observation complémentaire dans le domaine du droit anti-trust, et notamment observer que dans les analyses réciproques aux États-Unis et dans l'Union européenne, nous avons pendant longtemps un débat pour savoir si le droit américain protégeait seulement les consommateurs, et le droit communautaire, les consommateurs et les concurrents. Or on s'aperçoit au fil des dialogues, établis entre la division anti-trust du Département de la justice et la Commission européenne, qu'aujourd'hui dans l'analyse substantielle des questions de concurrence, nous sommes au point d'un rapprochement presque complet. M<sup>me</sup> Kroes a déclaré, il y a peu, que ce qui importait dans le droit de la concurrence, c'était le consommateur.

Une deuxième observation, toujours dans le même domaine : grâce à la convention qui a été signée entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique pour l'anti-trust *enforcement*, nous avons maintenant un outil commun qui permet un échange de concepts, en même temps très respectueux des deux systèmes.

Cela a conduit à des décisions extrêmement intéressantes, à des comportements très positifs. Au stade ultime, c'est la technique qui a été mise en œuvre de part et d'autre, avec les « *best practices* » en la matière. Je crois que cet exemple est intéressant parce qu'il montre que la mondialisation de l'économie impose la mondialisation et de la norme, et de sa mise en œuvre.

**Bertrand du Marais, coordinateur scientifique AED et conseiller d'État — À propos de l'articulation des cours suprêmes entre elles, je voudrais soulever la question de la relation de la Cour suprême des États-Unis, vis-à-vis des cours fédérales, et de la Cour de justice des Communautés européennes vis-à-vis des cours des États membres. Peut-on identifier certaines de ces cours fédérales ou étatiques comme exerçant plus d'influence auprès des juges ultimes que leurs semblables ? Quels seraient les critères ?**

**Philippe Léger** — J'aurai plusieurs types de réponses, si je souhaitais me faire bien voir du Conseil d'État ou de la Cour de cassation... Mais non, je ne le dirai pas.

Je crois que c'est très difficile. Les cours suprêmes sont très différentes d'un État à l'autre. En République fédérale d'Allemagne, il n'y a pas moins de cinq cours suprêmes. En Belgique, c'est un peu compliqué : il en existe un certain nombre également. Il y a des cours suprêmes uniques...

Pensons aux cours constitutionnelles, aux vraies cours constitutionnelles : est-ce que ce sont également des cours suprêmes ? *A priori*, non. Elles ne sont pas dans la typologie. Mais il y a des cours constitutionnelles qui interviennent, qui peuvent soumettre des renvois

préjudiciels à la Cour de Luxembourg. Cela ne s'est pas beaucoup produit, mais c'est théoriquement possible.

J'ai du mal à décerner des prix. Je pourrai donner des mauvaises notes, mais je ne vais pas le faire, car cela pourrait être rapporté à l'extérieur, mais des prix d'excellence, non.

**Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des États-Unis** — Cette question porte sur l'art de juger. Aux États-Unis, la situation est différente de celle de la France. Nous sommes tous identifiés car il y a des opinions dissidentes. Si je lis une opinion de quelqu'un d'une cour inférieure, il est certain que je regarderais l'excellence de sa réputation parmi les autres juges. Il aura donc une influence en tant qu'homme, mais surtout par ce qu'il écrit : l'analyse du problème qu'il donne, son raisonnement. Au contraire, il y en a d'autres...

**Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation** — Il y a deux phénomènes qui rentrent dans l'appréciation de l'autorité juridique et morale d'une décision d'une cour nationale ou internationale :

— la première, c'est la qualité des juges qui la composent. Comme l'a dit Stephen Breyer, dans les cours de *common law*, les juges s'identifient. Chaque juge a sa réputation. On sait ce qu'il écrit : il en assume la responsabilité. Par conséquent, c'est une prise de position à la fois personnelle et collective qui s'insère dans une décision de justice ;

— le deuxième élément, me semble-t-il, c'est la pédagogie de la décision. Si une cour suprême motive une prise de position sur les questions que j'évoquais tout à l'heure, à la fois en droit mais également en économie, sociologie, etc., tout ce qui peut entrer dans les considérations de motivation d'un juge deviendra bien plus universel que lorsque la Cour de cassation répond par un syllogisme brut sur l'application du droit des contrats et que personne d'autre ne comprendra qu'un professeur ou un autre juge de la Cour de cassation. Le rayonnement d'une décision tient à cela. D'abord, celui qui la rend et sa pédagogie, me semble-t-il.

**Charles Fried, professeur de droit à Harvard** — Je signale un développement qui me semble effectivement inévitable. Nos cours commencent à citer les jugements et les développements européens, et ceux d'autres pays. C'est pourquoi les groupes d'intérêts américains commencent à intervenir dans les litiges en Europe pour influencer les jugements, afin qu'ils puissent les citer plus tard aux États-Unis. C'est une tendance qui existe maintenant. Prenez garde...

**Philippe Léger** — J'ai toujours été frappé par l'intérêt très soutenu porté par les juristes américains à tout ce qui se passe non seulement à Bruxelles et à la Commission, mais également à la Cour de justice des Communautés européennes. À un point tel d'ailleurs que le gouvernement des États-Unis d'Amérique a créé depuis plusieurs années, à moins que ce ne soient les universités, un programme « Dean Acheson Legal Stage Program ». Il permet aux universités américaines d'envoyer en stage à la Cour de justice des Communautés européennes pour trois mois, des étudiants brillants, confirmés (25-30 ans) qui viennent pour se familiariser complètement avec le droit communautaire.

Je crois que ce qui se passe en Europe, c'est vrai, intéresse beaucoup les *General Counsels*, les directeurs juridique et d'autres juristes américains qui sont dans la vie des affaires.

**Guy Canivet** — Nous rencontrons dans la pratique des litiges transnationaux entre la France et les États-Unis, de véritables difficultés pour se soumettre aux décisions américaines notamment au regard du droit de la preuve.

Par rapport à la procédure de *Discovery*, dont on sait que beaucoup d'entreprises américaines l'utilisent pour obtenir des informations économiques en France ou ailleurs et qui ne

sont pas nécessairement destinées au procès, nous avons en France une réglementation économique de 1968, reprise en 1980, qui vient restreindre les informations confidentielles diffusables, plus la Convention de La Haye. Or nous le voyons régulièrement, et je l'ai encore vu tout récemment, lorsqu'on oppose à la juridiction par exemple californienne, cette règle française, la réponse a été d'abord l'ignorance de cette règle ; puis en raison de la persistance du refus, une décision de *Contempt of court* impliquant tout de même, outre des sanctions financières, une petite peine de prison de cinq jours seulement pour le chef d'entreprise qui refuse d'envoyer ses brevets et ses dessins privés aux États-Unis. Puis en raison de l'insistance à ne pas se soumettre à la requête américaine, une décision de *Strike out*, la Cour californienne peut prendre la décision d'écarter les moyens de défense et de preuve de la partie défenderesse. En conséquence de quoi, la partie française sera confrontée probablement à une décision par défaut qui fera certainement droit à la demande américaine, alors que nous faisons les plus grandes réserves sur le fond et le mérite de l'affaire.

**Un intervenant — Lorsque cette décision viendra en France, il faudra bien obtenir l'exequatur, et dans le cadre de la procédure de l'exequatur en France, peut-on imaginer que le juge français s'intéresse à la manière dont l'ordre public français a été respecté, ou du moins dont on a tenu compte des procédures internationales et du respect des règles de preuves de part et d'autre ?**

**Stephen Breyer** — « Illumination » : c'est un vrai problème. Cela arrive de temps en temps, surtout dans un système de 300 millions de personnes où il y a 10.000 juges, qui ne connaissent peut-être pas tous très bien le droit.

Que devrait faire la partie française ?

En principe, il y a des systèmes pour corriger les erreurs de tout système. Mais c'est une procédure difficile. Cela dépend, par exemple du fond du litige : est-ce une question d'obscurité du droit ? Est-ce une question d'ambiguïté ? Êtes-vous certain que vous avez raison ?

Si oui, il est possible d'aller demander au gouvernement des États-Unis, le State Department, pour le prier d'avoir l'amabilité de bien vouloir déposer un mémoire « *amicus curiae* ».

Et même, il existe la possibilité de faire un appel.

De temps en temps, il est également possible de dire au juge : « Je suis prêt à subir la peine de *Contempt*, mais je vous demande qu'elle ne soit pas trop dure, puisque je souhaite faire appel ». Si le juge a un certain bon sens, il le permettra parce qu'en principe, vous pouvez faire appel devant la Cour d'appel de Californie, devant la Cour suprême de Californie, et même devant la Cour suprême des États-Unis.

Ayant dit tout cela, je sais très bien que cela ne suffit pas, car le système ne marche pas parfaitement. Je ne peux pas et ne sais que dire, exactement !

**Philippe Léger** — C'est une question de pur droit international privé. Il y a dans la salle beaucoup de gens qui sont capables de répondre à cette question mieux que je ne saurais le faire.

Mais cela renvoie à une autre problématique, que je soulevais tout à l'heure : celle sur la circulation des décisions de justice. Ou bien on adopte un système européen avec un principe de reconnaissance mutuelle : on fait circuler les décisions de justice, à condition que les normes de fabrication de ces décisions soient les mêmes dans tous les pays européens, que cela réponde à un certain nombre de garanties essentielles sur lesquelles on va se mettre d'accord. Par conséquent, à partir de là, on ne va pas regarder si les décisions elles-mêmes répondent à ces garanties, mais on va normaliser en quelque sorte les systèmes juridiques à partir de normes communes.

Manifestement, entre la France et les États-Unis, sur la question de l'administration de la preuve, il n'y a pas de norme commune, puisqu'il y a même un fossé considérable entre la procédure de *Discovery* et les procédures d'administrations de la preuve en France.

Elles sont fondamentalement opposées : l'une faisant le pari de l'exhaustivité de l'obligation, l'autre ouvrant la place à des escarmouches de procédures interminables pour faire produire des preuves. Donc, on voit bien que les deux systèmes sont totalement opposés.

Ce que vous dites là est un des aspects de l'opposition entre deux systèmes juridiques qui ne peuvent pas communiquer entre eux, à partir du moment où ils ne respectent pas les garanties fondamentales.

Mais nous connaissons cela avec d'autres systèmes juridiques. Avec le système anglo-arabe/arabo-musulman, il y a également de grandes difficultés aussi à reconnaître les décisions de justice pour d'autres raisons. Tout cela est un problème de communication à partir de systèmes juridiques qui ne fonctionnent pas sur les mêmes normes.

# VIENT DE PARAITRE



## L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles

M.-C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel,  
V. Michel-Amsellem, J. Vialens

L.G.D.J

lextenso éditions

Disponible sur **Librairie Lgdj.fr**

## INSPIRATION RÉCIPROQUE ET DROITS FONDAMENTAUX DU POINT DE VUE DE L'EUROPE

Permettez-moi à mon tour d'exprimer ma gratitude aux intervenants prestigieux : Monsieur le juge Stephen Breyer, Monsieur le président Bruno Genevois, Monsieur le professeur Jean du Bois de Gaudusson et Madame le professeur Élisabeth Zoller de participer à cette seconde table ronde, ainsi qu'aux organisateurs Bertrand du Marais et Jean-Luc Fournier.

La mondialisation de l'économie conduit-elle à la mondialisation de la norme juridique ou des normes juridiques ? Garantit-elle les valeurs fondamentales, c'est-à-dire les libertés et les droits fondamentaux de l'homme ?

Modèle juridique unique ou modèles juridiques pluriels, le premier modèle n'est pas loin de signifier monopole. Nous sommes d'accord, me semble-t-il sans revenir sur certaines propositions tranchées, pour affirmer dans cette enceinte que la diversité des systèmes juridiques est une condition de leur efficacité, du moment que cette diversité est ordonnée, selon les mots de Bertrand du Marais, coordinateur scientifique de notre conférence.

Souligner les avantages et les inconvénients de l'un et de l'autre ne peut que conduire à leur amélioration et à la progression de la sécurité juridique, source nécessaire de la confiance légitime des citoyens, dans le droit et les institutions.

Tel est le postulat de notre colloque. L'inspiration réciproque est source d'enrichissement et d'épanouissement des normes dans leurs dimensions nationales et internationales, et par là même, source de réduction des aléas.

Notre table ronde nous engage à réfléchir sur un champ d'application presque sans limite, puisqu'il s'agit des droits fondamentaux, droits universels reconnus à la personne humaine, au citoyen, à l'acteur économique et social, et au justiciable. L'émergence de ces droits, sans doute trop relatifs, a conduit à la recherche d'une effectivité protectrice. La protection normative n'aura de valeur que si elle s'accompagne d'une protection prétorienne, à travers la ju-

risprudence des cours suprêmes régulatrices et des organes internationaux de contrôle, comme la Cour européenne des droits de l'homme.

Avant de céder la parole aux éminents orateurs, qu'il me soit permis de dire un mot sur cette question au regard de l'Union européenne.

L'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes qui siège à Vienne doit se transformer, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, en Agence européenne des droits fondamentaux. Le débat sur la compétence de l'Agence n'est pourtant pas clos à ce jour, puisque certains pays refusent que soient retenus les sujets relatifs au troisième pilier, c'est-à-dire la police et la justice au motif d'absence de base légale.

Je me suis permis de vous donner brièvement cet exemple important bien que peu mis sur le devant de la scène, pour dire que l'approche des droits fondamentaux ne peut être conduite sans réflexion concomitante sur leur mode de protection, et ce naturellement dans une démarche de réciprocité. Les juridictions suprêmes nationales et internationales sont appelées à l'évidence, je le dis à nouveau, à jouer un rôle prépondérant. Aussi parle-t-on de convergence des droits, des raisonnements, des solutions.

Merci à Bertrand du Marais et aux intervenants de nous inciter, avec ces regards croisés, à réfléchir, à dialoguer et à prendre conscience qu'il s'agit de coordonner des systèmes juridiques reposant sur des valeurs certes différentes, mais compatibles et soucieuses de promouvoir l'essor des libertés et des droits fondamentaux.

Je cède la parole à Bruno Genevois, président de la Section du contentieux du Conseil d'État.

*Jean-Marie COULON*

*Premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris  
Président de l'AFDD*

## L'INSPIRATION RÉCIPROQUE DES JURISPRUDENCES DES JURIDICTIONS SUPRÊMES NATIONALES ET INTERNATIONALES EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX

Je vais prolonger les propos des précédents orateurs en traitant de l'inspiration réciproque des jurisprudences, compte tenu de mon expérience de juge. Il ne faut pas, cela va sans dire, établir de fossé entre le juge et la doctrine. Le professeur Jean Rivero avait écrit naguère un magistral article à ce sujet (1).

La démarche normale d'un juge lorsqu'il lui faut statuer sur une requête est de se référer à sa propre jurisprudence. La jurisprudence doit normalement être le reflet des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes, normes que le juge a pour vocation d'interpréter. La jurisprudence est aussi l'expression d'une politique jurisprudentielle. Je veux dire par là qu'elle dépend de l'idée que le juge se fait de sa place dans les institutions. Le Conseil d'État français, juge de droit public, considère que sa mission est de faire en sorte que les prérogatives de puissance publique conférées à l'administration s'exercent à l'effet de promouvoir au mieux l'intérêt général, dans le respect des droits des administrés.

L'effet conjugué de ces deux facteurs, à savoir la référence d'une juridiction à sa propre jurisprudence et l'idée qu'elle se fait de sa place dans les institutions, pourrait conduire à nier toute influence externe.

Ce splendide isolement ne correspond cependant pas à la réalité. Le juge français se refuse à contrôler la constitutionnalité de la loi. Il sait aussi que son pouvoir d'interprétation des normes ne doit pas conduire à en dénaturer la portée. À ces limites traditionnelles apportées à son action, s'ajoutent des contraintes nouvelles qui pèsent sur lui en sa qualité de juge d'un État qui est, non seulement membre de la Communauté européenne mais aussi partie à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

À ce double titre, toute une réflexion pourrait être conduite sur l'incidence en droit interne des jurisprudences respectives de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme et en particulier sur le point de savoir qui a le dernier mot.

Mais ce n'est pas ce type de problématique que j'entends développer. Je voudrais essayer de montrer que l'ouverture de notre ordre juridique sur des droits venus d'ailleurs est propice à des échanges féconds, au-delà même des disciplines qui nous sont imposées par le droit communautaire et le droit européen des droits de l'homme.

De tels échanges sont significatifs, même s'il ne faut pas surestimer leur importance. On est en présence d'un phénomène qui n'en est encore qu'à ses débuts.

Pour l'heure, appréhender l'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales, spéciale-

ment en matière de droits fondamentaux, revient à mettre en évidence deux démarches très différentes.

D'une part, dans certains cas, le juge national fera le constat *a posteriori* de similitudes de solution face à un même problème soumis à différentes juridictions.

D'autre part, il peut s'agir aussi d'une démarche *a priori* consistant pour le juge national avant toute solution, à s'interroger sur les réponses apportées par la jurisprudence d'autres juridictions.

Il y a donc deux phénomènes distincts : le constat *a posteriori* de similitudes ; une recherche *a priori* d'idées nouvelles auprès d'autres juges.

### I. Le constat *a posteriori* de similitudes

Dans le constat de similitudes de jurisprudences entre un juge de droit interne et des juridictions étrangères ou internationales, il y a quelque chose de rassurant pour l'esprit. S'il y a convergence des solutions adoptées par les différentes juridictions n'y a-t-il pas là l'indice que la règle de droit répond à l'attente sociale ?

Si l'on s'efforce d'illustrer ce phénomène à partir d'exemples tirés de l'expérience, deux situations se présentent concrètement. Dans certains cas, le juge interne peut être conduit à relever que telle jurisprudence qu'il a dégalée et qu'il croyait originale a en fait été précédée par des solutions équivalentes émanant d'autres juridictions. Cela devrait le conduire à faire preuve d'humilité (A). À l'inverse, dans d'autres cas, le juge interne éprouvera le sentiment que c'est peut être lui qui a montré le chemin en jouant en quelque sorte un rôle de pionnier (B).

#### A. Le rôle créateur du juge interne n'est pas aussi original que celui-ci peut, dans l'instant, être amené à le penser

On peut en fournir deux illustrations, l'une relative au recours à la théorie des principes généraux du droit (2) en matière d'extradition, l'autre à l'interprétation des textes sur le statut de réfugié.

**1** Dans le domaine de l'extradition, le Conseil d'État a jugé qu'au nombre des principes généraux du droit figure le principe selon lequel le système judiciaire de l'État requérant doit respecter les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, par un arrêt d'assemblée du 26 septembre 1984 Lujambio Galdeano, rendu conformément à nos conclusions (3).

Cette solution a été ultérieurement consacrée par le législateur. L'article 696-4 ajouté au Code de procédure pénale par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 énonce en effet dans son 7°) que l'extradition

(1) J. Rivero, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, ECDE, 1955, p. 27.

(2) *Les principes généraux du droit sont des principes qui ne figurent pas nécessairement dans des textes, mais que la jurisprudence administrative reconnaît comme devant être respectés par les autorités administratives, leur violation constituant une illégalité* (cf. rép. Dalloz de Contentieux administratif, *Principes généraux du droit*, § 35).

(3) CE, Ass., 26 septembre 1984, Lujambio Galdeano, JCP G 1985. II. 20. 346, concl. B. Genevois, note W. Jeandidier.

n'est pas accordée « lorsque la personne réclamée serait jugée dans l'État requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense ». Le Conseil d'État a donc précédé le législateur.

Mais il n'a pas fait une œuvre aussi originale qu'il pouvait le penser. La jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, à propos de l'extradition par le Royaume-Uni d'un des auteurs présumés d'un attentat contre le roi du Maroc avait dégagé un principe analogue en procédant à l'interprétation de l'article 3 de la Convention (4). Il y a là une illustration de la « protection par ricochet » (5).

De même, dès un arrêt du 27 mars 1974, la Cour constitutionnelle allemande a posé un principe analogue à celui dégagé par le Conseil d'État français (6).

S'agissant des conditions d'obtention du statut de réfugié politique, les juridictions françaises ont procédé à une interprétation des textes protecteurs du droit d'asile.

**2** Le Conseil d'État, par des arrêts rendus en Assemblée le 13 décembre 1991, *Nkodia et préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, conformément aux conclusions de R. Abraham (7), a déduit de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et du rôle imparti à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides par la loi du 25 juillet 1952, que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié doit être autorisé à demeurer provisoirement sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande.

Le Conseil constitutionnel, en s'appuyant sur les dispositions du Préambule de la Constitution de 1946 relatives au droit d'asile et sur le principe constitutionnel des droits de la défense, a abouti à la même conclusion dans sa décision n° 93-325 DC du 13 août 1993 (8).

Les solutions dégagées par nos juridictions suprêmes sont apparues comme constructives. La vérité oblige à dire qu'elles étaient moins novatrices qu'on pouvait le penser si on se plaçait dans une perspective de droit comparé. La Cour constitutionnelle allemande, par un arrêt du 25 février 1981 (9) avait jugé que pour être effectif le droit d'asile garanti par la loi fondamentale devait se traduire par la possibilité pour le demandeur de le faire valoir et partant d'être admis provisoirement au séjour.

## B. Il y a néanmoins des hypothèses où le juge français a eu un rôle de précurseur

Deux exemples seront donnés, l'un concernant la réglementation du droit de grève dans les services publics, l'autre le recours à l'expropriation au bénéfice d'intérêts privés répondant eux-mêmes à un intérêt général.

**1** Il existe une grande parenté entre le Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 et nombre d'articles figurant dans la première partie « Droits et devoirs des citoyens » de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

C'est ainsi que le septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et l'article 40 de la Constitution italienne énoncent pareillement que « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ».

Interprétant ces dispositions, le Conseil d'État a jugé le 7 juillet 1950, par son arrêt *Dehaene* rendu en Assemblée (10), que « La reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ».

De son côté, interprétant l'article 40 de la Constitution, la Cour constitutionnelle italienne a dégagé une jurisprudence (11) où l'on retrouve pour une large part l'inspiration du Conseil d'État français.

Ainsi son arrêt n° 123 du 28 décembre 1962, la Cour énonce qu'elle « jouit d'un pouvoir plus restreint que celui qui appartient en propre au législateur. Il lui est seulement permis de faire valoir parmi les limitations possibles, celles qui se déduisent de façon nécessaire, ou bien du concept même de grève (tel qu'il dérive de la tradition accueillie par le constituant et qui se caractérise par un arrêt total du travail de la part de plusieurs travailleurs aux fins de défendre leurs intérêts économiques) ou bien de concilier les exigences d'auto-protection d'une catégorie avec celles qui trouvent leur source dans des intérêts généraux bénéficiant d'une protection directe dans les principes consacrés par la Constitution ».

Le 1<sup>er</sup> septembre 1987 à l'occasion de la réception au siège du Conseil constitutionnel, d'une délégation de juristes dirigée par Léopoldo Elia, ancien président de la Cour constitutionnelle italienne ce dernier m'a affirmé que la jurisprudence du Conseil d'État français en

(4) CEDH, octobre 1973, *Amerkane c/ Royaume-Uni*.

(5) Cf. G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1988, p. 306.

(6) Cf. à la RDP de 1976, p. 206, avec le commentaire de M. Fromont.

(7) CE, Ass., 13 décembre 1991, *Nkodia*, p. 439 ; *préfet de l'Hérault c/ Dakoury*, p. 441 ; RFDA 1992, p. 90, concl. Abraham ; AJDA 1992, 114, chron. Maugué et Schwartz.

(8) Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC, *Grandes décisions*, 13<sup>e</sup> éd., p. 743.

(9) RDP 1982, p. 1062.

(10) CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene, Lebon*, p. 426 ; RDP, 1950, 691, concl. Gazier, note M. Waline ; repris dans les éditions successives des « grands arrêts de la jurisprudence administrative ».

(11) Cf. J.-C. Escarras, *la Cour constitutionnelle italienne et le droit de grève. Étude de jurisprudence*, Economica, 1988.



matière de grève, avait effectivement été prise en considération par le juge italien.

**2** La filiation entre la solution adoptée par le Conseil d'État et des jurisprudences étrangères est beaucoup moins sûre s'agissant du recours à l'expropriation pour des intérêts privés répondant à des fins d'intérêt général.

Dans le droit de l'expropriation, en effet, le Conseil d'État français a admis qu'en certaines circonstances, la distinction des intérêts publics et des intérêts privés s'estompait et que l'intérêt général pouvait être satisfait éventuellement par l'intermédiaire de la satisfaction d'intérêts purement privés. Cela ressort en particulier de l'arrêt du 20 juillet 1971, ville de Sochaux (12) : « Si la déviation de la route en question procure à la société automobiles Peugeot un avantage direct et certain, il est conforme à l'intérêt général de satisfaire à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale ».

Un parallèle me paraît pouvoir être fait entre la position ainsi adoptée et des décisions juridictionnelles postérieures.

Ainsi la Cour constitutionnelle allemande a par un arrêt du 24 mars 1987 (13) jugé que ne méconnaissait pas la loi fondamentale l'adoption par une collectivité publique d'un plan de remembrement équivalent à une expropriation destiné à permettre l'installation d'un circuit d'essai sur plus de 600 hectares au profit de la firme privée Daimler-Benz.

Aux États-Unis, la Cour suprême, en dépit de la position contraire du Chief Justice Rehnquist, a par un arrêt du 23 juin 2005, *Kelo vs city of New London*, admis la validité d'une expropriation au profit d'une personne privée poursuivant un projet de développement économique dès lors que les autorités publiques estiment ce projet bénéfique dans l'intérêt du public, alors même que sa faisabilité n'est pas assurée.

On pourrait fournir d'autres exemples de convergences de ce type. Je reconnais bien volontiers que l'on peut éprouver parfois des difficultés à établir l'existence d'un lien de filiation entre le raisonnement suivi par une juridiction et une analyse identique faite par une autre juridiction.

Quoi qu'il en soit le constat d'une convergence des solutions a pour effet de conforter le juge national dans l'idée que sa jurisprudence va plutôt dans le bon sens. Mais il importe d'aller au-delà de cette première approche. L'apport jurisprudentiel externe n'a pas pour mission unique de conforter le juge national dans ses certitudes. Il peut aussi contribuer à lui permettre de lever des incertitudes en

s'appuyant sur les réponses données par d'autres juridictions à des interrogations nouvelles ou renouvelées.

## II. La recherche a priori d'idées nouvelles auprès d'autres pays

L'élargissement du champ habituel des perspectives du juge national ne se vérifie pas de façon générale. Seuls certains litiges lui paraissent nécessiter le recours à la jurisprudence de juridictions étrangères. On peut se livrer à cet égard à un essai de typologie (A).

Une fois admise la nécessité d'un questionnement supplémentaire, il reste à préciser les suites que le juge national donnera à ses recherches de droit comparé (B).

**A** Les hypothèses dans lesquelles le juge national se tourne vers les jurisprudences étrangères, me paraissent être de trois ordres. Tout d'abord, il peut se trouver confronté à une question inédite. Ensuite, et cela peut recouper l'hypothèse précédente, le juge doit faire face à des problèmes délicats sur un plan éthique. Enfin, abstraction faite de ces deux cas, le juge peut avoir pour dessein de faire évoluer son droit interne en se servant des enseignements du droit comparé.

Je vais m'efforcer de donner pour chacune de ces éventualités, quelques exemples concrets.

**1** Une question juridique peut être regardée comme inédite lorsque l'examen de la jurisprudence nationale à un moment déterminé ne lui apporte aucune réponse ou guère de réponse. On peut évoquer de ce chef des problématiques inhérentes au droit électoral telles qu'elles se sont posées au Conseil constitutionnel.

Ce dernier a par exemple été confronté au problème du contrôle de la délimitation des circonscriptions électorales et des écarts de représentation entre circonscriptions. En la matière, la jurisprudence du Conseil d'État relative au remodelage des circonscriptions cantonales avait seulement posé en principe que le gouvernement se devait de ne pas accroître les disparités qui existaient auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés d'un département (14). La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis avait ouvert quant à elle des perspectives plus novatrices depuis l'arrêt du 26 mars 1962, *Baker c/ Carr* (15) qui a affirmé la compétence des tribunaux pour contrôler les écarts numériques de représentation et même, les découpages partisans, avec l'arrêt du 30 juin 1986 *Davis c/ Bandemer*. En Allemagne fédérale, la Cour constitutionnelle s'est attachée, depuis un arrêt du 22 mai 1963, à assurer une égale représentation des électeurs (16).

(12) Lebon, p. 561.

(13) Cf. RDP. 1989, p. 104.

(14) CE, Ass., 18 novembre 1977, *Commune de Fontenay-sous-Bois*, p. 448 ; RDP 1978, p. 526, concl. Franc ; CE, 12 juillet 1978, *Commune de Sarcelles et a.*, p. 309.

(15) Cf. E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, p. 625 ; RDP. 1967. 712.

(16) Cf. J. Béguin, *Pouvoirs*, n° 22, p. 133.

Il n'est pas douteux que les expériences étrangères ont influé sur l'orientation donnée par le Conseil constitutionnel à sa jurisprudence en 1985 et 1986 (17).

Le juge constitutionnel français, lorsqu'il a eu à apprécier en 1988 et en 1990 la conformité à la Constitution des premiers textes législatifs réglementant le financement des partis politiques et des campagnes électorales n'a pas manqué non plus de prendre connaissance des jurisprudences dégagées en la matière tant par la Cour suprême des États-Unis (18) que par la Cour constitutionnelle allemande (19).

**2** Une deuxième éventualité est représentée par les hypothèses où le juge national doit trancher une question délicate qui appelle une réponse d'ordre tout autant éthique que juridique.

Ainsi par exemple, le Conseil d'État a dû préciser la portée des dispositions de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. Devait-il exercer un contrôle sur la possibilité d'associer ou non le mari ou le compagnon aux consultations préalables à l'interruption de la grossesse pratiquée par la femme ainsi que sur « la situation de détresse » de celle-ci ouvrant aux termes de la loi, la faculté pour elle de faire procéder à une telle interruption avant la fin de la dixième semaine. Pour répondre, le juge administratif, ou à tout le moins son commissaire du gouvernement (20), a pris en compte l'arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Roe c/ Wade* de 1973 (21), ainsi que nous le verrons plus avant.

De la même façon, avant de se prononcer sur la légalité d'une décision de refus d'agrément en vue de l'adoption motivée par les incidences possibles sur la formation de l'enfant du fait que le demandeur de l'agrément est engagé dans une relation homosexuelle, le Conseil d'État (22) s'est informé au préalable de la jurisprudence d'autres juridictions.

Ainsi n'a pas été ignorée la condamnation par la Cour suprême des États-Unis, le 20 mai 1996, dans l'affaire *Romer c/ Evans*, de discrimination dont sont victimes les homosexuels dans leur emploi.

**3** Enfin, il est des cas où le recours à la jurisprudence étrangère est utilisé par le juge national à l'effet de justifier au mieux une évolution jurisprudentielle qui lui paraît souhaitable.

Depuis une décision du 17 février 1995, *Marie* (23), le Conseil d'État a admis qu'eu égard à leur nature et à leur gravité, certaines mesures prises par l'administration pénitentiaire à l'égard des détenus pouvaient faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Ayant ainsi ouvert son prétoire aux intéressés, le Conseil d'État, spécialement dans le cadre de la procédure du référé-liberté, a été appelé à déterminer dans quelles conditions les détenus demeurent titulaires de droits fondamentaux (24).

C'est en s'appuyant sur des jurisprudences étrangères favorables au maintien de l'exercice de ces droits sous la seule réserve des contraintes inhérentes à la détention, que le juge des référés s'est prononcé. Il en a été ainsi tant pour l'exercice du droit de vote (25) que pour le respect de la liberté personnelle (26).

**B** Les résultats de l'ouverture du juge national à des jurisprudences étrangères ne sont pas univoques. Le recours au droit jurisprudentiel comparé fournit des exemples utiles. Il n'impose pas nécessairement de modèle. Au demeurant, un examen des jurisprudences nationales et internationales portant sur une même question peut faire apparaître des divergences. Ainsi le fait pour le législateur d'exiger que la durée du service civil accompli par un objeteur de conscience soit supérieure à celle du service militaire actif a été regardé comme contraire au principe d'égalité par le Comité des droits de l'homme des Nations unies (27) et la Cour constitutionnelle italienne (28) mais non par la Cour constitutionnelle allemande (29) et le Tribunal constitutionnel espagnol (30). Dans ce contexte, le Conseil d'État a estimé en référé, qu'une durée de service civil qui était, *de*

[17] Cf. *Cons. const.*, 8 août 1985, déc. n° 85-196 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 63 ; *AJJC* 1985. 425 ; 1<sup>er</sup>-2 juillet 1986, déc. n° 86-208 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 78 ; 18 novembre 1986, déc. n° 86-218 DC ; *AJJC* 1986. 449.

[18] Cf. en particulier l'arrêt *Buckley c/ Valeo* du 30 janvier 1976, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, p. 839.

[19] Cf. Y.-M. Doublet, *Le financement des partis politiques en République fédérale d'Allemagne*, *Économica*, 1991.

[20] *CE, Ass.*, 31 octobre 1980, *Lahache, Lebon*, p. 403 ; *D.* 1981, p. 38, concl. B. Genevois ; *RDP* 1981. 216, note J. Robert ; *Rev. Adm.* 1981, p. 38, note critique S. Rials.

[21] *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, p. 745.

[22] *CE*, 9 octobre 1996, *Département de Paris c/Frette, Lebon*, p. 391 ; *JCP G* 1997. II. 22. 766, concl. M<sup>me</sup> Maugué ; 5 juin 2002, M<sup>lle</sup> B., *Lebon*, p. 195 ; *AJDA* 2002. 615, concl. M<sup>lle</sup> Fombeur.

[23] *Lebon*, p. 85, concl. Frydman.

[24] *CE, ord.*, 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons*, p. 232 ; 8 septembre 2005, *garde des Sceaux, ministre de la Justice c/Bunel*, p. 388.

[25] Cf. *Cour suprême du Canada*, 31 octobre 2002, *Sauvé* ; *CEDH*, 30 mars 2004, *Hirst c/ Royaume-Uni*.

[26] Cf. *Cour constitutionnelle italienne*, 24 juin 1993, arrêt n° 349 ; 15 novembre 2000, arrêt n° 526 ; *AJJC* 2000, p. 789.

[27] Cf. les communications n° 666/1995 du 9 novembre 1999 et n° 689/1996 du 31 juillet 2000.

[28] Arrêt n° 470 de 1989 (*AJJC*, 1989. 553).

[29] Arrêt de 1985 (*AJJC* 1985. 295).

[30] Arrêt n° 160/87 (*AJJC* 1987. 538).

*facto*, de deux mois supérieure, n'était pas manifestement contraire à une liberté fondamentale (31).

Il est clair que le juge interne conserve une importante marge d'appréciation. Il peut ainsi se produire que l'exemple étranger, ait la valeur d'un contre-exemple. À l'inverse, il peut également représenter un mode de raisonnement très attractif.

**1** En matière de financement des campagnes électorales, l'arrêt de la Cour suprême rendu dans l'affaire Buckley c/ Valeo n'a pas pleinement emporté la conviction du Conseil constitutionnel. Ayant à se prononcer en 1988 sur la constitutionnalité de la loi organique relative à la transparence financière de la vie politique (32) le juge constitutionnel a certes adhéré à une partie du raisonnement de la Cour suprême et en particulier à l'idée selon laquelle la loi peut prévoir un plafonnement des contributions « pour que la corruption (réelle ou supposée) inhérente à un système permettant des contributions financières illimitées soit traitée de manière efficace ».

Mais en sens opposé, la philosophie qui sous-tend la jurisprudence de la Cour suprême a suscité l'inquiétude en ce qu'elle fait prévaloir l'exigence de la liberté d'expression sur la limitation des dépenses électorales. Selon la Cour en effet : « Dans la société libre établie par notre Constitution, ce n'est pas le gouvernement mais le peuple — individuellement, en tant que citoyens et candidats et collectivement en tant qu'associations et comités politiques — qui doit garder le contrôle sur l'ampleur et l'étendue du débat politique sur les questions d'intérêt public au cours des campagnes électorales ».

Le Conseil constitutionnel admet au contraire plus largement l'action des pouvoirs publics. Selon le 26<sup>e</sup> considérant de la décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988 : les dispositions de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que l'État accorde une aide financière aux candidats aux élections, que ceux-ci se réclament ou non de partis ou groupements politiques ; que l'aide apportée par l'État peut revêtir la forme aussi bien de la prise en charge de certaines dépenses que l'octroi d'exonérations fiscales destinées à favoriser les concours financiers de la part des contribuables ; que toutefois, l'aide allouée aux candidats doit, pour être conforme au principe d'égalité, obéir à des critères objectifs ; qu'en outre, quel que soit le mécanisme d'aide retenu, il ne doit conduire, ni à établir un lien de dépendance d'un candidat ou d'un parti politique à l'égard de quiconque contribue au financement de ses dépenses, ni à compromettre l'expression démocratique des divers courants d'idées et d'opinions, ni à enrichir une personne physique ou morale ».

Alors que la Cour suprême s'était placée dans une perspective essentiellement libérale, le Conseil constitutionnel retient une conception égalitaire.

**2** Plus nombreux sans doute sont les cas où les exemples étrangers jouent un rôle positif. À cet égard, l'exemple de la Cour suprême

des États-Unis s'est avéré particulièrement précieux en une double circonstance.

J'ai déjà évoqué les difficultés rencontrées par le Conseil d'État dans l'interprétation de la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. En vertu de ce texte, « La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse ».

Le législateur a prévu que la femme qui s'estime placée dans une telle situation doit, avant de prendre sa décision, consulter notamment un établissement d'information ou de conseil familial. La loi précise que « chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre ».

Le Conseil d'État avait été saisi d'un recours en indemnité dirigé contre un établissement hospitalier et émanant d'un conjoint qui se plaignait de ce qu'un avortement avait été pratiqué sur la personne de son épouse sans avoir été lui-même associé à la décision à prendre. On devine que la portée pratique de la loi n'est pas la même selon qu'on infère de ses dispositions une association obligatoire du mari ou du compagnon à la décision à prendre, ou, au contraire que l'on estime que la situation de détresse visée par la loi doit être appréciée par la femme et que l'association du conjoint ou du compagnon n'intervient que si la femme le souhaite. C'est cette dernière interprétation qui a prévalu. Inclinaient en ce sens, aussi bien les travaux préparatoires de la loi devant le Parlement que la position adoptée par la Cour suprême dans l'affaire Roe c/ Wade mettant l'accent sur le fait que pendant les premières semaines de la grossesse le droit à la vie privée de la femme est déterminant.

Autre exemple, le contrôle juridictionnel de la délimitation des circonscriptions électorales pour l'élection des députés a pu progresser grâce notamment à l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis.

Par une première décision (33), le Conseil constitutionnel a d'abord eu à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi qui, tout en rétablissant le scrutin uninominal majoritaire à un ou deux tours, autorisait le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales. La décision a interprété les termes de la loi afin d'encadrer par avance le contenu de l'ordonnance qui devait normalement effectuer la délimitation des circonscriptions. En particulier, la délimitation ne devrait « procéder d'aucun arbitraire ». Cela revenait à proscrire le *gerrymandering*.

Au même moment, la Cour suprême des États-Unis a rendu son arrêt du 30 juin 1986, Davis c/ Bandemer. Dans une opinion séparée le juge Powell a montré que non seulement les tribunaux sont compétents pour contrôler la délimitation mais que, de plus, ils peuvent se fonder dans leur contrôle sur un ensemble de preuves :

[31] CE, ord., 11 octobre 2001, Hauchemaille, Lebon, p. 460.

[32] Cons. const., 10 mars 1988, déc. n° 88-242 DC, Rec. Cons. const., p. 36 ; AIJC 1988, p. 409.

[33] Cons. const., 1<sup>er</sup>-2 juillet 1986, déc. n° 86-208 DC.

forme des circonscriptions ; conformité à la tradition ; intérêts communs de la population ; procédure utilisée pour élaborer le découpage.

Cette grille d'analyse a été très utile lorsque, du fait du refus du président de la République de signer le projet d'ordonnance de délimitation, le Conseil constitutionnel a statué sur la loi qui reprenait le contenu de l'ordonnance, par sa décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986 (34). Le Conseil constitutionnel a rappelé cependant qu'il n'avait pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement et qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si les circonscriptions avaient « fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible ».

\*  
\* \*

En conclusion, je formulerai deux observations complémentaires.

Une première observation a trait au degré de connaissance des jurisprudences externes.

Il demeure très inégal. On a abouti tant à la Cour de cassation, comme nous l'a dit le premier président Guy Canivet, qu'au Conseil d'État, à une connaissance satisfaisante et actualisée des jurisprudences respectives de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.

La « veille jurisprudentielle » organisée à ce double titre privilégie sans doute les décisions intéressant directement la France, en traitant

tant parfois par préférence des arrêts de la Cour de Strasbourg concernant d'autres États. Mais on dispose des comptes rendus périodiques émanant de commentateurs spécialisés (35) qui permettent d'avoir une vue d'ensemble. L'information est moins systématiquement organisée s'agissant des jurisprudences nationales, en dépit des chroniques publiées depuis 1985 par l'Annuaire international de justice constitutionnelle. En tout cas, il y a des failles. Madame le professeur Élisabeth Zoller nous a ainsi indiqué que la Cour suprême avait jugé inconstitutionnelle une peine consistant à priver une personne de sa nationalité. Or le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans un sens différent par sa décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, dans l'ignorance de la position de la Cour suprême (36). Il y a donc des progrès à accomplir pour acquérir une meilleure connaissance de la jurisprudence des juridictions étrangères.

Enfin, je tiens à souligner que le droit matériel qui est le fruit de l'interaction des jurisprudences ne doit pas être nécessairement un droit uniforme.

Il existe des diversités nationales et des traditions propres à chaque État qui sont légitimes. J'adhère sur ce point à la vision de Madame le professeur Mireille Delmas-Marty qui est favorable à un pluralisme volontairement ordonné (37).

**Bruno GENEVOIS**

*Président de Section au Conseil d'État*

[34] Cf. le 8<sup>e</sup> considérant de cette décision.

[35] Pour la Convention européenne, en se référant, entre autres, aux chroniques de jurisprudence tenues respectivement par J.-F. Flauss (à l'AJDA), J.-P. Marguenaud (à la RTD com.), F. Sudre (au JCP) et P. Tavernier (au JDJ).

[36] Révéléateur est le fait que, dans son commentaire critique de la décision n° 96-377 DC, Pierre-Éric Spitz, chargé de mission au service juridique du Conseil constitutionnel, ne mentionne pas la jurisprudence de la Cour suprême (RFDA, 1997, 538).

[37] Cf. M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, D. 2006, chron., p. 951.