

CONFÉRENCE MONDIALE DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Le Cap, 22-24 Janvier 2009

4^e session
24 janvier 2009

LE RECOURS AUX PRÉCÉDENTS ÉTRANGERS ET LE DIALOGUE DES COURS CONSTITUTIONNELLES

Didier MAUS

*Conseiller d'État (France),
membre et ancien président du Tribunal constitutionnel d'Andorre,
président de l'Association internationale de droit constitutionnel
codirecteur de la Revue française de droit constitutionnel*

Document révisé
Mai 2009

Plus le nombre des cours constitutionnelles (ou des cours ayant des compétences en matière constitutionnelle) augmente, plus le thème du dialogue entre les cours et/ou de l'utilisation par certaines des précédents des autres devient d'actualité. Entre ceux qui estiment que chaque cour doit ignorer les décisions rendues par les autres et ceux qui préconisent une coopération renforcée, la distance est grande. L'objet de ce rapport est de tenter, à partir de sources très diverses¹, de présenter un panorama des positions et des réalités².

REMARQUES INTRODUCTIVES

1) *La courte histoire des cours constitutionnelles*

Si, d'une manière générale, tous les systèmes juridiques ont mis en place, en fonction de leur propre histoire et de leur propre culture, des cours et tribunaux ayant compétence, d'une part, en matière civile, d'autre part, en matière criminelle, voire en matière administrative, l'existence de cours ayant une compétence en matière constitutionnelle, c'est-à-dire chargée de faire respecter la Constitution comme la norme suprême de l'ordre juridique interne, s'inscrit dans une histoire relativement courte, au moins au regard de l'histoire juridique.

Même si l'on peut considérer que dans le droit européen traditionnel il existait, aussi bien au Royaume-Uni (Bonham Case de 1610)³ que sur le continent, la possibilité pour les cours souveraines, notamment les cours dénommées « Parlement » en France avant 1789, d'apprécier la régularité d'une norme juridique ou d'une décision juridictionnelle par rapport à des normes supérieures ou à des règles de droit naturel,

¹ Voir *Bibliographie* en annexe.

² Par définition, il ne s'agit pas de présenter une étude exhaustive. Celle-ci est d'ailleurs impossible à réaliser en raison tant du nombre des cours concernées que de la variété des situations.

³ Même si la portée de cette décision et des commentaires de Sir Edward Coke ont été très discutées, son existence témoigne d'une possibilité dans le cadre de la *common law* de contrôler des actes du Parlement. Curieusement, il est tentant de citer en comparaison la décision de la Cour suprême d'Inde de 1967 (*Golak Nath v. Sate of Punjab*) dans laquelle la cour a jugé que « le pouvoir du Parlement d'amender la Constitution ne l'autorise pas à amender l'un quelconque des droits fondamentaux y figurant », AIR 1967 S.C. 1643, (1967) 2 SCJ (486).

l'expression « cour constitutionnelle » (qui est considérée comme équivalente à « cour à compétence constitutionnelle ») trouve son origine dans l'application de la Constitution des États-Unis de 1787 et dans l'arrêt *Marbury c/Madison* de 1803⁴. Cet arrêt, le plus célèbre de tout le droit constitutionnel, contient, sous la plume du Chief Justice Marshall, cette phrase qui orne le fronton de toutes les cours constitutionnelles : « Il est certain que ceux qui élaborent les constitutions écrites les conçoivent comme devant former le droit fondamental et suprême de la nation, et que, par conséquent, le principe d'un tel gouvernement est qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul ». La Cour suprême des États-Unis est désormais considérée comme la doyenne des cours constitutionnelles. Elle bénéficie à ce titre, non seulement d'une reconnaissance d'antériorité, mais d'une notoriété qui conduit aisément les regards à converger vers elle⁵.

Si le XIX^e siècle est marqué par le développement des constitutions écrites, aussi bien en Europe qu'en Amérique latine, celles-ci ne comprennent pas systématiquement, loin de là, une cour constitutionnelle. Au fil des décennies, il convient notamment de relever l'arrêt de la Cour suprême de Norvège du 1^{er} novembre 1866 considéré comme l'arrêt *Marbury/Madison* du droit norvégien⁶. En 1867, le Tribunal d'Empire créé en Autriche-Hongrie a explicitement pour fonction de garantir les droits inscrits dans la loi fondamentale relative aux droits généraux des citoyens dans les royaumes et pays représentés au Conseil de l'Empire du 21 décembre 1867. En 1912, la Cour de cassation de Roumanie adopta également le raisonnement *Marbury/Madison* en acceptant de se prononcer sur la constitutionnalité des lois nécessaires à la solution d'un procès⁷.

Au cours du XX^e siècle, deux périodes sont à distinguer : la première couvre la première moitié du siècle passé. Dans la suite des travaux de Hans Kelsen et de l'adoption de la Constitution autrichienne de 1920, le modèle austro-kelsenien de juridiction constitutionnelle autonome se développe en Europe (Tchécoslovaquie, Autriche, Liechtenstein, ...). Son efficacité en matière de protection de la démocratie et des droits fondamentaux débouchera avec la seconde Guerre mondiale sur un constat d'échec, mais

⁴ *Marbury v. Madison*, 24 février 1803, 5 US (S. Ct.) 137 (1803).

⁵ Dans son arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, la Cour suprême du Canada fait expressément référence à *Marbury/Madison*, (1984) 1, RCS, 357.

⁶ Eirik HOLMØYVIK, « Why did the Norwegian Constitution of 1814 Become a Part of Positive Law in the Nineteenth Century ? », blogit.helsinki.fi/reuna/Holmoyvik-paper-Tartu.doc ; Karim M. BRUZELIUS, « Judicial Review within a Unified Country », www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/.

⁷ Cour de Cassation de Roumanie, 16 mars 1912, n° 261 ; v. Gérard CONAC, « Une antériorité roumaine : le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », *Mélanges Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruylant, Belgique, 2007.

l'idée de considérer la Constitution comme une norme non seulement politique, mais juridiquement sanctionnable, est de moins en moins remise en cause.

La seconde période commence après 1945 et peut être véritablement qualifiée de période d'expansion des cours constitutionnelles. Dans quelque partie du monde que l'on se situe, l'établissement d'une constitution démocratique fondée sur la souveraineté des électeurs, l'équilibre des pouvoirs et le respect de l'État de droit, comprend la création d'une cour constitutionnelle. L'Allemagne (1949), l'Italie (1947), L'inde (1949) à travers sa Cour suprême, la France (1958), le Portugal (1976), l'Espagne (1978), la quasi-totalité des pays d'Europe centrale et orientale (à l'exception de l'Estonie où la Cour d'État exerce une fonction de contrôle constitutionnel) dans les années 1990, le Canada (1982), le Botswana (1965), le Brésil (1988), la Russie (1993), l'Afrique du Sud (1994), le Chili (1980 avec les modifications ultérieures), la Bosnie-Herzégovine (1995), Andorre (1993), la Namibie (1998), connaissent soit la création d'une juridiction constitutionnelle, soit l'extension des compétences d'une juridiction antérieure (en général une cour suprême) dans le domaine constitutionnel des droits fondamentaux.

Certes, ces cours ne bénéficient pas partout du même statut, des mêmes compétences, de la même dénomination, voire d'une indépendance parfaitement garantie, mais la création de réseaux régionaux ou linguistiques de cours constitutionnelles suffit à valider ce développement⁸. Il en résulte une conséquence essentielle au regard du thème central de ce rapport : les cours les plus jeunes ont naturellement tendance à regarder vers les cours plus anciennes et à établir un dialogue avec elles. Celui-ci concerne tout à la fois l'institution juridictionnelle elle-même (son organisation, ses compétences, ses procédures...), mais également, lorsque cela paraît utile, la connaissance de sa jurisprudence.

2) Les différents types de juridictions à compétence constitutionnelle

Il est désormais classique de considérer que les cours à compétence constitutionnelle ne répondent pas à un modèle unique. Le modèle américain se définit comme celui d'une cour suprême. Celle-ci se situe au sommet de l'ensemble des juridictions du pays concerné et n'exerce une compétence constitutionnelle que lorsque le

⁸ Voir les réseaux présents lors de la Conférence (réseaux des cours d'Asie, de la francophonie, du Commonwealth, des jeunes démocraties, d'Europe, des pays ibérico-américains, de langue portugaise et du monde arabe).

litige qui lui est soumis, quelles que soient les règles de procédure concernées, implique une appréciation, soit de la mise en œuvre de la Constitution, soit du respect par les organes politiques ou juridictionnels des règles et principes inscrits dans la Constitution. Ce modèle *mutatis mutandis* existe notamment en Inde, au Japon, en Israël, en Australie, au Canada, en Irlande, en Norvège ou en Suède. Les règles internes de fonctionnement de ces juridictions peuvent prévoir des procédures particulières lorsque le litige présente un enjeu constitutionnel, mais ceci est secondaire au regard de leurs compétences générales.

Le modèle européen, issu de la tradition austro-kelsénienne, se caractérise par l'existence d'une cour située hors de l'ensemble des juridictions ordinaires et dotée d'une compétence spécifique pour apprécier la validité au regard de la Constitution, soit de normes juridiques, soit de décisions juridictionnelles⁹.

Dans tous ces cas, il existe, à côté de la juridiction constitutionnelle, un réseau traditionnel de juridictions spécialisées, soit selon la division « juridiction civile/juridiction criminelle », soit selon une répartition plus ou moins raffinée avec une juridiction civile, une juridiction criminelle, une juridiction administrative, une juridiction financière et une juridiction sociale¹⁰.

D'un point de vue statistique, le modèle constitué autour de la juridiction constitutionnelle spécifique, est le plus représenté. Il existe par exemple, sans que cela bien évidemment soit exhaustif, au Chili, au Brésil, en Afrique du Sud, au Maroc, en Allemagne, en Italie, en Espagne, au Portugal, en Belgique, en France¹¹, au Sénégal, au Bénin, en Corée, en Russie, en Roumanie, en Bulgarie, au Sénégal, en Andorre, en Bosnie-Herzégovine et, plus généralement, dans les pays où la tradition juridique romano-germanique est présente de manière naturelle ou indirecte. Dans ce cas également, les règles de compétences et de procédures peuvent être très différentes d'un pays à l'autre, mais, au final, la fonction demeure la même : il s'agit d'apprécier la constitutionnalité d'une norme ou de la mise en œuvre de cette norme faite par les juridictions de droit commun.

⁹ Voir les analyses de mon regretté ami et collègue, le président Louis FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, PUF, France, 1986.

¹⁰ Pour les pays de l'Union européenne, voir le très utile ouvrage *Les juridictions des États membres de l'Union européenne* publié par la Cour de justice des Communautés européennes, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2008.

¹¹ Pour la France, il convient de tenir compte de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Elle permettra désormais au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle a posteriori sur la constitutionnalité des normes de valeur législative.

Un troisième modèle, moins évident, concerne les pays qui ne disposent pas d'une constitution écrite complète¹² et, au premier rang bien évidemment, le Royaume-Uni. Dans ce cas, il n'existe ni cour suprême ayant une compétence constitutionnelle, ni, a fortiori, une cour constitutionnelle, même si, dans le cas du Royaume-Uni, le *Constitutional Reform Act* de 2005 et la création d'une cour suprême modifient quelque peu le paysage¹³. Dans ces pays, au demeurant assez peu nombreux, la question est posée de savoir si sur un plan strictement interne, les plus hautes juridictions compétentes, quelle que soit leur dénomination, peuvent écarter une règle établie par le Parlement ou par la *common law* pour contradiction avec des valeurs supérieures, que celles-ci soient issues de l'histoire, de déclarations ou de chartes au contenu classique et à la portée indéterminée voire même d'engagements internationaux¹⁴. Ces cas, statistiquement très minoritaires, présentent en général un avantage considérable, celui de la souplesse¹⁵.

En fin de compte, la répartition des cours constitutionnelles en différentes catégories, incontestablement utile pour l'analyse, n'est pas automatiquement opérationnelle au regard du sujet traité. Le fait que la Cour suprême américaine, prototype des cours à compétences multiples, soit véritablement au centre d'une controverse sur le recours aux précédents étrangers et le dialogue des juges¹⁶, la situe sur le même plan que d'autres cours constitutionnelles, spécialisées ou non, anciennes ou plus récentes.

¹² En réalité tous les pays concernés possèdent des éléments constitutionnels écrits, mais il ne s'agit pas d'un ensemble complet. Dans le cas de la Grande-Bretagne, il existe au minimum les *Parliament Acts* de 1911 et 1949 et les *Acts* sur la dévolution de compétences à l'Écosse (1998), à l'Irlande du Nord (1998) et au Pays de Galles (1998) (v. *Erskine May's Treatise on the Law, privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 23rd edition, LexisNexis UK, p. 3, note 1). En Australie, la Constitution écrite comprend les dispositions relatives au système fédéral et au système institutionnel, mais rien sur les droits fondamentaux. Au Canada, il existe des dispositions écrites sur le système fédéral et les droits et libertés, mais rien sur le fonctionnement du système parlementaire fédéral.

¹³ Jeffrey JOWELL & Dawn OLIVER, *The Changing Constitution*, 6th edition, Oxford University Press, 2007.

¹⁴ Suer ce point, et bien d'autres, voir Lech GARLICKI, « La légitimité du contrôle de constitutionnalité : problèmes anciens c/développements récents », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 78, 2009.

¹⁵ Le cas de l'Île Maurice constitue un très bon exemple des systèmes mixtes. Même après être devenue une République en 1992, Maurice a conservé comme juridiction suprême le Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine. L'article 81 de la Constitution permet, dans certains cas, de faire appel des décisions de la cour suprême devant le Comité judiciaire.

¹⁶ Voir la célèbre dispute entre les juges Scalia et Breyer (v. *Bibliographie*). La controverse est née avec l'arrêt *Stanford v. Kentucky* de 1989 (492, US 361, 1989) et s'est notamment développée avec l'arrêt *Printz v. United States* de 1997 (521 US 898, 1997).

3) *L'existence des juridictions transnationales*

Il va de soi que les cours constitutionnelles constituent l'objet central de cette étude et s'inscrivent avant tout dans un contexte national. Aucune des cours nationales n'a compétence, et ne peut avoir compétence, pour juger en fonction des règles constitutionnelles d'un autre pays ou se substituer aux organes juridictionnels nationalement compétents.

Cette situation relativement simple, tant du point de vue de la description que du dialogue, s'est enrichie depuis une cinquantaine d'années par la création, puis la montée en puissance, de juridictions transnationales ayant reçu d'un traité international, à la fois la compétence pour régler des litiges et apprécier la portée de normes juridiques dont elles sont l'interprète ultime.

Le continent européen est, chacun le sait, l'espace géographique privilégié puisque la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a seule qualité pour interpréter de manière définitive la signification et la portée des droits de l'homme définis dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950). Progressivement sa jurisprudence s'impose aux 47 pays signataires de la convention. Pour leur part, les 27 pays de l'Union européenne (à travers ses étapes successives depuis 1951) ont accepté la création et le développement d'un ordre juridique unique, intégré à leurs propres ordres juridiques nationaux et dont l'interprétation finale appartient à la Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg¹⁷.

Sur le continent américain, certes, tous les pays signataires de la Charte de l'organisation des États américains n'ont pas reconnu la compétence de la Cour inter américaine des droits de l'homme, mais celle-ci, depuis 1978, a également développé une jurisprudence que l'on peut qualifier de transnationale.

En Afrique, la montée en puissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, installée à Banjul (Gambie) le 3 juillet 2006, devrait avoir progressivement une influence sur les jurisprudences nationales.

Ces juridictions sont nettement à distinguer des véritables juridictions internationales dont l'exemple demeure la Cour internationale de justice de La Haye et,

¹⁷ CJCE, *Van Gend en Loos*, CJCE, 5 février 1963., affaire 26/62 ; *Costa c. Enel*, CJCE, 15 juillet 1964, *Handelsgesellschaft*, CJCE, 17 décembre 1970, affaire 11/70 ; affaire 6/64 ; *Simmenthal*, CJCE, 9 mars 1978, affaire 70/77.

dans un domaine très spécifique, la Cour pénale internationale siégeant également à La Haye.

Il suffit de lire l'intitulé des textes dont la Cour de Strasbourg, la Cour de San José du Costa Rica et la Cour africaine ont à faire respecter le contenu pour être convaincu de l'intérêt constitutionnel des jurisprudences de ces différentes cours.

Pour sa part, la Cour de Luxembourg a développé une jurisprudence sur les droits fondamentaux dans l'Union européenne avant même que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne soit proclamée à Nice en 2000, insérée dans le traité constitutionnel européen de 2004, puis reprise, en raison de l'échec du traité de 2004, dans le traité de Lisbonne de 2007¹⁸.

Lorsqu'il s'agit d'apprécier des libertés aussi fondamentales que le respect de la dignité de la personne humaine, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, la liberté d'aller et venir, la liberté d'expression ou la liberté religieuse, un mouvement naturel pousse, en raison de la grande proximité des textes en cause, à s'intéresser à l'activité du juge transnational¹⁹.

4) *La signification du dialogue*

D'un point de vue strictement conceptuel, la notion de dialogue des juges fait l'objet de critiques sérieuses. Par nature, une juridiction se prononce en fonction de sa propre délibération, des normes juridiques qu'elle doit appliquer et des éléments du dossier qui lui sont soumis. Il ne s'agit en aucun cas d'une négociation entre différents points de vue susceptible de conduire, à travers un dialogue public, à un consensus ou à un compromis. Cela n'empêche pas les membres de la juridiction d'échanger leurs points de vue, de réduire – autant que faire se peut – leurs désaccords pour tenter de parvenir à une solution consensuelle, voire unanime. Lorsque les règles de la cour le permettent, les opinions individuelles²⁰, qui accompagnent la décision elle-même, rendent compte du dialogue interne et constituent fréquemment une source essentielle pour l'analyse du recours aux précédents étrangers.

¹⁸ A la date de révision de ce rapport (avril 2009), le traité de Lisbonne n'est pas encore entré en vigueur.

¹⁹ Voir la conférence réunie par la Cour européenne des droits de l'homme les 8 et 9 décembre 2008 à Strasbourg à l'occasion du 60^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme (www.echr.coe.int).

²⁰ Cette expression est très préférable à celle d'« opinion dissidente » dans la mesure où souvent des juges de la majorité s'expriment avec autant de vigueur et d'intérêt que ceux de la minorité. Ces opinions sont, selon de nombreux auteurs, une source privilégiée pour mieux comprendre le dialogue des juges.

L'expression « dialogue des juges » est néanmoins utilisée de manière commune pour décrire le phénomène qui conduit certaines juridictions à prendre en considération, selon des modalités à examiner, les précédents de juridictions non nationales, que ceux-ci émanent d'un État étranger ou d'une juridiction transnationale. Il s'agit, à travers les décisions jurisprudentielles nationales, de confirmer, nuancer, ou rejeter des solutions adoptées ailleurs.

Certes, il existe également un véritable dialogue physique entre les membres des juridictions à travers d'innombrables rencontres bilatérales ou multilatérales²¹ ou entre les juridictions et les autres partenaires du monde juridique, mais il est logiquement impossible d'assimiler le dialogue individuel des juges entre eux à un véritable dialogue entre les juridictions.

De manière classique, il importe donc de distinguer un dialogue horizontal, qui concerne les juridictions de même niveau, c'est-à-dire les juridictions nationales, et un dialogue vertical qui implique les juridictions transnationales et qui d'une certaine manière s'apparente aux relations entre une cour fédérale et les cours des composantes de la fédération.

Si plus aucune cour nationale n'échappe, d'une manière ou d'une autre, au dialogue horizontal, seules les cours de pays faisant partie d'une structure transnationale active sont concernées par le dialogue vertical.

Il peut également y avoir une sorte de dialogue mixte lorsque, par exemple, la cour nationale d'un pays ne faisant pas partie d'un ensemble transnational s'intéresse néanmoins à la jurisprudence de cette dernière pour s'informer de ses raisonnements et solutions. C'est par exemple le cas lorsque la Cour suprême du Canada ou la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, juridictions très sensibles au dialogue des juges et aux précédents des autres cours, ont recours, au moins à titre documentaire, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il pourrait être tentant de ne retenir que le dialogue horizontal. Si celui-ci est le plus important, les deux autres formes n'ont aucune raison d'être négligées.

²¹ La Conférence du Cap et les conférences des réseaux régionaux et linguistiques en sont les meilleurs exemples.

I - UN DIALOGUE RÉGULIER

Les cours constitutionnelles, quel que soit leur statut, quelles que soient leurs modalités d'intervention, entretiennent entre elles et entre leurs jurisprudences un véritable dialogue. De nombreux indices en témoignent, qu'il s'agisse de la citation de précédents dans des décisions de certaines cours ou les opinions individuelles, lorsqu'elles existent, de certains membres des cours, dans les documents qui entourent les décisions et bien évidemment dans les commentaires doctrinaux. Il existe donc une véritable légitimité du dialogue ; il convient d'en examiner ses modalités.

A) LA LÉGITIMITÉ DU DIALOGUE

Rares sont les constitutions qui, comme celle d'Afrique du Sud, prévoient que les juridictions, et a fortiori la juridiction constitutionnelle, peuvent s'inspirer des droits étrangers ou des jurisprudences étrangères pour former leur propre décision²². Le nationalisme constitutionnel l'emporte encore, et sans doute l'emportera encore longtemps, sur l'incitation textuelle à faire appel à des précédents étrangers²³. Néanmoins, la légitimité de telles recherches, quel qu'en soit l'usage qui en est fait ultérieurement, n'est plus guère contestée.

La plupart des juridictions ou de leurs membres justifient la recherche et l'étude des précédents étrangers, qu'ils soient nationaux ou transnationaux par des arguments qui, en fin de compte, se ressemblent. Lorsqu'une cour est confrontée à une difficulté juridique sérieuse, qu'elle ne dispose pas dans sa propre jurisprudence de précédents et que les normes constitutionnelles qu'il convient d'interpréter sont relativement ambiguës, il est intellectuellement et juridiquement intéressant de regarder ce que d'autres cours, dans des situations analogues, ont pu adopter comme raisonnement et, le cas échéant, comme

²² Article 39, § 1 de la Constitution d'Afrique du Sud :

« Interpretation of Bill of Rights :

1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum
 a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
 b. must consider international law; and
 c. may consider foreign law. »

²³ Selon une formule moins incitative que celle de la Constitution sud-africaine, la Constitution espagnole (1978) comporte un article 10, § 2, qui établit un lien entre le droit national et l'étranger : « On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne. ». Cette rédaction se retrouve dans d'autres constitutions contemporaines.

solution. L'élément de curiosité intellectuelle s'ajoute très rapidement à l'intérêt strictement documentaire.

Cette légitimité de recherche des précédents significatifs, qu'ils soient dans un sens ou dans un autre, dépend évidemment de différents facteurs. Le comportement est par exemple différent pour les juridictions appartenant à des pays de *common law* où la recherche et la citation des précédents font partie de la culture de base, et les pays de tradition de droit continental, ou, à l'inverse, les identités nationales ont toujours été considérées comme plus fortes. Il est fréquemment souligné que la communauté linguistique, en particulier pour les pays de langue anglaise, constitue un très fort facteur d'influence jurisprudentielle. D'une manière générale, la légitimité de la recherche des précédents est justifiée soit par la proximité culturelle, soit par la proximité des textes dont il convient d'assurer l'application, soit tout simplement par l'antériorité de telle cour par rapport à telle autre²⁴.

A l'exception du juge Scalia, qui d'une manière générale estime qu'il convient d'interpréter la Constitution des États-Unis en fonction des paramètres existant à l'époque de son adoption (1787) et donc que les seuls précédents utilisables sont ceux de la *common law* antérieure, peu de juges à titre individuel récusent la démarche qui, pour le collègue du juge Scalia, le juge Breyer, paraît tout à fait naturelle²⁵. Certes, tous ceux qui s'expriment sur le sujet ou qui étudient la recherche des précédents insistent sur le caractère personnel de la démarche et les précautions qu'il convient de prendre lorsqu'une juridiction envisage de faire mention d'un précédent étranger, mais tous en même temps s'accordent à considérer qu'il existe une sorte de plus-value juridique à rechercher comment, dans une situation et un contexte analogues, des juridictions de même nature, dont l'autorité est reconnue, ont été amenées à raisonner et à conclure. Ces justifications du dialogue horizontal sont encore renforcées lorsqu'il existe un dialogue vertical et que des cours, qu'elles soient d'ailleurs constitutionnelles ou non, savent qu'elles doivent, autant que faire se peut, ne pas être en contradiction avec la jurisprudence de la cour transnationale compétente.

Pour prendre l'exemple le plus achevé, qui est celui des pays signataires de la Convention européenne des droits de l'homme, la légitimité d'une prise en compte, voire d'une anticipation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par les cours nationales, résulte tout simplement de la bonne application de la règle *Pacta sunt servanda* à laquelle il

²⁴ Voir, par exemple, le rôle de la jurisprudence allemande dans la formation de la jurisprudence hongroise.

²⁵ Voir *Bibliographie*.

convient d'ajouter le risque, en cas de forte divergence de jurisprudence, d'être censuré par la Cour européenne.

Pour les pays membres de l'Union européenne, la légitimité de la recherche des précédents n'est même plus une question discutable. Elle s'impose à eux en raison de l'intégration de l'ordre juridique communautaire et des ordres juridiques nationaux. C'est d'ailleurs dans ce cadre qu'un des membres les plus éminents du Conseil d'État français a utilisé, il y a trente ans, l'expression de « dialogue des juges » pour l'opposer, d'un côté au « gouvernement des juges », de l'autre, à la « guerre des juges »²⁶.

B) LES ÉLÉMENTS DU DIALOGUE

Par nature, il n'existe aucun mécanisme automatique qui couvre la recherche des précédents étrangers et fonde le dialogue des juges. Chaque juridiction, ou chaque membre de la juridiction, organise ses propres méthodes de travail en fonction de ses règles internes ou des souhaits des personnalités concernées. Chacun s'accorde d'ailleurs à constater qu'il est évidemment impossible d'être certain de recueillir l'ensemble des précédents significatifs, ne serait-ce que pour des raisons d'accès documentaire ou de barrière linguistique. Néanmoins, un certain nombre de caractéristiques méritent d'être soulignées.

Il existe d'abord une incontestable primauté en faveur, soit des juridictions les plus anciennes, soit des juridictions de pays géographiquement et culturellement proches²⁷. C'est ainsi que nul ne sera étonné que dans les éléments ou statistiques disponibles sur l'utilisation des précédents, la Cour suprême américaine soit très présente. Elle bénéficie d'une antériorité absolue ; elle a développé une jurisprudence abondante ; elle est considérée comme libérale et ses nombreuses opinions individuelles permettent de mieux comprendre les raisonnements qu'elle a adoptés²⁸.

Dans son intervention au Congrès mondial de Santiago du Chili (2004) le juge Wolfgang Hoffman-Riem, membre du Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne,

²⁶ Conclusions Bruno Genevois, Conseil d'État, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, France, 2007, 16^e édition, p. 644 ; *Recueil Dalloz*, 1979.155.

²⁷ Il est, par exemple souligné à propos de la Namibie que sa Cour suprême utilise non seulement la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, mais également les décisions des cours du Zimbabwe, de la Rhodésie et de la Zambie, ces « pays n'étant pas uniquement proches selon des critères géographiques, mais aussi pour des raisons culturelles, historiques, politiques et constitutionnelles ». (Voir le rapport d'Irene SPIGNO, *Bibliographie*).

²⁸ Il serait passionnant de disposer d'une étude aussi complète que possible sur « L'influence de la jurisprudence de la Cour suprême américaine sur les autres cours ».

indique explicitement que l'interprétation de la constitution relève des seules prérogatives de la cour nationale, mais qu'il peut être fait appel à des réflexions étrangères, notamment celles de la Cour suprême des États-Unis²⁹.

Les membres de la Cour suprême canadienne justifient ainsi de manière très simple leur recours à la jurisprudence américaine par une proximité non seulement géographique, mais également, depuis la Charte canadienne des droits et libertés de 1982, une proximité juridique³⁰.

De même, le Tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne bénéficie d'une incontestable prime de notoriété et d'antériorité vis-à-vis des juridictions européennes de la deuxième partie du XX^e siècle. Même si sa création ne découle que de la Loi fondamentale de 1949, la richesse de sa jurisprudence, le sérieux de ses raisonnements et l'image globalement très positive de la République fédérale ont contribué à cette attraction.

Parmi les cours les plus récentes, il convient de signaler que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, en particulier à propos de la peine de mort, a été très souvent utilisée ou commentée par d'autres cours³¹.

Lorsque les cours constitutionnelles des pays membres de l'Union européenne ont à se prononcer sur la compatibilité d'un nouveau traité avec leur constitution nationale ou, autre exemple, sur la constitutionnalité de la décision cadre sur le mandat d'arrêt européen, il est naturel que chacune de ces cours recherche systématiquement ce qui a pu être analysé et jugé antérieurement par les autres cours. Dans le cas espagnol, le juge Luis Lopez Guerra n'hésite pas à écrire : « Des références à des jurisprudences des cours constitutionnelles d'autres pays ou de la Cour européenne des droits de l'homme sont fréquentes dans les décisions du Tribunal constitutionnel espagnol »³². On constate d'ailleurs une forte analogie entre les décisions adoptées.

Une autre caractéristique découle des langues utilisées, d'une part, par la juridiction, et d'autre part, par les juges. Il est parfois signalé que des juges formés aux États-Unis ont naturellement tendance à utiliser la jurisprudence de la Cour suprême, tandis

²⁹ « Il n'y pas beaucoup d'exemples de citations explicites de décisions constitutionnelles étrangères dans la collection des décisions de la Cour constitutionnelle allemande, mais il est néanmoins possible d'identifier certaines influences. Ceci est particulièrement le cas avec la Cour suprême des États-Unis... »

(« *There are not many examples of explicit citations to foreign constitutional decisions in the collected decisions of the German Constitutional Court, but one can identify the influence of other courts nonetheless. This is especially true of the United States Supreme Court...* »)

(V. *Bibliographie*).

³⁰ Claire L'Heureux-Dubé, v. *Bibliographie*.

³¹ S. v. Makwanyane, 6 juin 1995, affaire n° CCT/3/94 (www.constitutionalcourt.org.za/).

³² Voir *Bibliographie*.

que ceux formés en Allemagne se tournent naturellement vers la jurisprudence du Tribunal de Karlsruhe³³. Dans le cas du Botswana, il est souligné qu'il y a une prédisposition naturelle pour les juges formés selon le droit romano-germanique à rechercher des précédents dans les jurisprudences des pays concernés et pour les juges formés dans les pays de *common law* à plus regarder vers la Grande-Bretagne et les pays ayant des traditions juridiques partagées³⁴.

Pour reprendre l'exemple du juge américain Stephen Breyer, sa parfaite connaissance de la langue française facilite certainement pour lui la prise en compte des spécificités de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français.

Compte tenu de la difficulté, que chacun connaît, de traduire de manière efficace et significative les décisions rendues par les juridictions nationales, il importe de saluer les efforts de celles de ces cours qui publient, soit rapidement, soit après un certain délai, leurs arrêts les plus importants ou les plus significatifs dans une des principales langues internationales³⁵. Le lecteur doit néanmoins être attentif au fait que la traduction juridique se heurte à d'innombrables pièges et qu'une décision n'est aisément compréhensible que par référence, non seulement à la langue d'origine, mais surtout au contexte juridique national. De graves erreurs d'interprétation, donc ultérieurement d'utilisation, pourraient découler du non-respect de ces précautions.

Un dernier élément repose sur le rôle de la doctrine universitaire. Il est certain que les grandes revues juridiques, notamment celles qui sont rédigées dans des langues de grande diffusion, jouent un rôle considérable dans la recherche des précédents et le dialogue des juges. Les commentateurs cherchent, avec les précautions nécessaires, à comparer les solutions adoptées et à mettre en valeur les ressemblances ou les différences.

Enfin, l'existence de bases de données de jurisprudences constitutionnelles, notamment celle établie et gérée par la Commission de Venise, constituée, sous la réserve des précautions déjà énoncées, une source de documentation considérable, probablement encore trop peu utilisée³⁶.

³³ Voir le rapport de Akiko JIMA sur le Japon (*Bibliographie*).

³⁴ Voir le rapport de Charles Manga FOMBAD (*Bibliographie*).

³⁵ Le Tribunal constitutionnel fédéral allemand fait figurer sur son site internet beaucoup de ses décisions en anglais et en français (<http://www.bundesverfassungsgericht.de>).

Le Conseil constitutionnel français en fait de même en allemand et en anglais et, dans une moindre importance, en espagnol (www.conseil-constitutionnel.fr/).

À l'inverse, la Cour suprême des États-Unis ne dispose que d'un site en anglais (www.supremecourtus.gov/).

³⁶ Voir, en français et en anglais, le *Bulletin de jurisprudence constitutionnelle* et la banque de données CODICES (www.venice.coe.int/).

II - UN DIALOGUE ENCADRÉ

L'aspect le plus passionnant du recours aux précédents étrangers vise à savoir comment les membres des juridictions et les juridictions elles-mêmes les l'utilisent dans le processus d'élaboration de leurs propres décisions. Il convient donc d'examiner à la fois la pertinence des précédents et leur autorité.

A) LA PERTINENCE DES PRÉCÉDENTS

Toutes les analyses disponibles soulignent qu'il n'est pas possible de considérer les précédents de n'importe quelle cour lors du processus de réflexion d'une autre cour. Il convient donc de préciser les critères de pertinence susceptibles d'être retenus.

Dans le cas des cours constitutionnelles faisant partie d'un ensemble soumis à la juridiction d'une cour transnationale, la pertinence est relativement facile à déterminer. L'appartenance même à une communauté juridique résultant d'un traité, directement applicable et sanctionnable, fournit ipso facto les conditions raisonnables de pertinence. Les membres de l'Union européenne et, au-delà, les signataires de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, acceptent par définition un certain nombre de valeurs politiques et juridiques communes. C'est ainsi que le préambule du Traité sur l'Union européenne (1992) confirme « l'attachement (des pays membres) aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit », que celui de la Convention européenne rappelle que les États (européens) signataires sont « animés d'un même esprit et possèdent un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit,... » et que celui de la Convention américaine relative aux droits de l'homme précise que « les États américains signataires de la présente Convention réaffirment leur propos de consolider sur ce continent, dans le cadre des institutions démocratiques, un régime de liberté individuelle et de justice sociale, fondé sur le respect des droits fondamentaux de l'homme ». Il n'y a donc aucun doute sur la communauté des valeurs constitutionnelles dont les cours respectives auront à assurer le respect.

Lorsque, soit la cour transnationale compétente, soit une des cours constitutionnelles nationales, interprète une disposition de l'accord international, ou par référence à celui-ci de la constitution nationale, la pertinence s'impose d'elle-même. Cela

ne signifie nullement qu'elle acquiert une force obligatoire, mais nul ne peut à ce moment refuser de prendre en considération les motifs de fait et de droit qui ont conduit à la décision de référence.

Lorsque certaines constitutions nationales font explicitement référence à l'interprétation en fonction du droit international généralement admis, la pertinence ne peut plus être rejetée. La simple confrontation des catalogues nationaux de droits fondamentaux et de ces textes internationaux montre que, pour les catalogues nationaux les plus récents, une tentation de mimétisme à l'égard des textes internationaux a été observée. Il peut même y avoir, comme pour la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - même si elle n'a pas, pour l'instant, une valeur de droit positif - un renvoi vers une autre convention internationale (la Convention européenne des droits de l'homme) et donc une pertinence confirmée à utiliser les précédents de l'une des cours pour interpréter l'autre texte³⁷.

Dans le dialogue horizontal, les critères de pertinence doivent être appréciés en fonction non seulement du contexte d'ensemble, mais d'éléments précis relatifs aux cas à traiter. Il convient bien évidemment de s'interroger sur la rédaction des textes applicables et la part des spécificités nationales qu'ils contiennent. Il importe également d'examiner si les précédents étrangers retenus concernent des cas d'espèce ou des situations de principe. Cela ne signifie nullement qu'il convient de rejeter l'une ou l'autre des branches de l'alternative, mais simplement de ne pas accorder la même valeur doctrinale à une solution pragmatique ou à un raisonnement abstrait. Il arrive fréquemment, notamment en matière de droits fondamentaux touchant à la personne humaine, qu'à partir de textes relativement proches, les solutions données par les cours nationales concernées soient suffisamment divergentes pour qu'une sorte de droit commun ne puisse pas être défini³⁸. Cela n'enlève rien à l'intérêt de l'analyse ; au contraire, cela permet de mieux comprendre pourquoi des dispositions proches peuvent donner lieu à des solutions opposées et donc de faciliter le propre raisonnement de la cour concernée.

³⁷ Dans sa rédaction issue du traité de Lisbonne, approuvée par le Parlement européen le 29 novembre 2007, la Charte des droits fondamentaux précise (art. 52, § 3 et 4) d'une part que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue. » ; d'autre part que « dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions. ».

³⁸ Voir *Constitution et éthique biomédicale*, (Noëlle LENOIR, Bertrand MATHIEU et Didier MAUS, dir.), La Documentation française, France, 1998.

Un aspect particulier de cette thématique doit être évoqué à propos de « La complexité de la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », pour reprendre une expression du professeur Jean de Gaudusson³⁹. Il s'agit à côté du dialogue « Nord/Sud » de l'adéquation ou de l'inadéquation du dialogue « Sud/Sud » et de l'influence du patrimoine juridique commun, dans beaucoup de cas, hérité « d'un même modèle historique de référence ».

S'il est relativement aisé de définir les critères de pertinence lorsqu'il s'agit des droits fondamentaux, il en va évidemment autrement lorsque les cours doivent statuer à propos du fonctionnement des institutions constitutionnelles nationales. Quand il s'agit par exemple de se prononcer sur la répartition des compétences entre le niveau fédéral et les entités fédérées, il peut être tentant d'avoir recours à la jurisprudence de la Cour suprême américaine ou du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, à condition de bien prendre en considération les règles constitutionnelles nationales de répartition des compétences entre les deux niveaux concernés et de ne pas commettre de contresens en ce qui concerne l'autonomie ou le contrôle des entités fédérées. De manière quelque peu paradoxale la Cour suprême du Canada a largement fait appel à la jurisprudence britannique pour interpréter ultérieurement les dispositions fédérales de la Loi constitutionnelle de 1867⁴⁰

Il est également possible, par exemple en matière de respect de la séparation des pouvoirs ou des immunités parlementaires, de rechercher ce qui a été jugé dans des pays de situation constitutionnelle comparable, ces principes étant suffisamment reconnus dans les différents pays pour que le recours aux précédents soit significatif. À l'inverse, il est extraordinairement difficile d'utiliser des précédents étrangers pour mieux comprendre le détail de la répartition des compétences et des pouvoirs à l'intérieur de l'exécutif ou les particularités de la procédure législative, si différentes d'un pays à l'autre.

En fin de compte, chaque précédent, identifié d'une manière ou d'une autre comme intéressant la question à trancher, doit faire l'objet d'un examen de pertinence très approfondi, lequel suppose une bonne connaissance, au moins par certains des intervenants, des caractéristiques des pays étrangers pris en compte.

³⁹ Voir *Bibliographie*.

⁴⁰ « Specifically, the Privy Council established the principles of interpretation of Canada's federal structure as a principle of strict literal interpretation, favoring the power of the provinces over those of the federal government. », Voir rapport de Gianluca GENTILI (*Bibliographie*).

B) L'AUTORITÉ DES PRÉCÉDENTS

C'est évidemment autour de l'autorité qu'il convient d'accorder au précédent pertinent que le débat s'est le plus généralement focalisé.

D'un côté, les partisans de la thèse la plus nationaliste, par exemple le juge Scalia, considèrent que le fait qu'une cour constitutionnelle ou transnationale, reconnue comme ayant une expérience raisonnable, ait adopté telle ou telle solution ne doit jamais intervenir dans le raisonnement de la cour constitutionnelle concernée. À l'inverse, la plupart de ceux qui s'expriment à ce sujet estiment tout à la fois que le recours aux précédents étrangers est un moyen de forger sa propre opinion, mais que bien évidemment une cour constitutionnelle nationale doit d'abord fonder son raisonnement sur les dispositions applicables en droit national, qu'il s'agisse de la constitution ou de celles qui, en vertu de dispositions constitutionnelles, ont reçu une force équivalente. De ce fait, il existe un triple niveau d'autorité pour les précédents étrangers.

Un premier niveau peut être qualifié d'« autorité documentaire ». Il n'y a en réalité aucune raison logique pour qu'une cour nationale s'interdise, dans l'approche d'une question nouvelle et délicate, de rassembler les éléments documentaires qui, au regard des critères de pertinence déjà évoqués, permettent de mieux analyser le contentieux.

Dans le cas, par exemple, du Conseil constitutionnel français, juridiction particulièrement réservée sur la prise en compte explicite de précédents étrangers, il y a systématiquement, lorsque la question le justifie, rassemblement dans un dossier documentaire des jurisprudences accessibles, nationales et transnationales, ce dossier étant d'ailleurs mis à la disposition du public sur le site Internet, après le prononcé de la décision⁴¹. Il est bien évident que lorsque les cours doivent statuer sur des problèmes relevant par exemple des différents aspects de la bioéthique, de la liberté religieuse ou de l'interprétation des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le rassemblement de la documentation constitue une simple exigence de bon sens.

La célèbre décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 6 juin 1995⁴² à propos de la peine de mort constitue, au-delà même de son contenu emblématique, un bon exemple de cette pratique. Dans l'opinion unanime, rédigée par le président Chaskalson, il est fait référence, d'une manière ou d'autre, aux précédents du Canada, de

⁴¹ Voir Olivier Dutheillet de Lamothe, *Bibliographie*.

⁴² Voir note 31.

l'Angleterre, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, des États-Unis, de l'Inde, de la Tanzanie et de la Hongrie ainsi qu'aux normes internationales et aux décisions issues de la convention de Vienne sur le droit des traités, de la Convention européenne des droits de l'homme (Commission et Cour), du Pacte international sur les droits civils et politiques (et du Comité des droits de l'homme de l'ONU), de la Convention interaméricaine des droits de l'homme (et de la Cour) ainsi que de l'Organisation internationale du travail. Même si une place importante est accordée aux jurisprudences américaine, canadienne et allemande, des références aux autres situations sont explicites. Sur un total de 146 paragraphes, 76 (de 33 à 109) sont consacrés à des analyses de droit international et de droit comparé. Ce n'est, pourtant, qu'après un raisonnement précis fondé exclusivement sur la question « Is Capital Punishment for Murder Justifiable under the South African Constitution ? » que les paragraphes 144 à 146 aboutissent à la conclusion décidant que « Les dispositions de la section 277(1)(a) du code de procédure criminelle doivent être considérées comme contraire à la section 11(2) de la Constitution »⁴³. À ce stade les précédents étrangers ont pu aider les juges à se déterminer⁴⁴, voir à se persuader, mais aucun d'entre eux n'est cité.

Le deuxième stade peut-être défini par l'expression « autorité de persuasion ». Elle est d'ailleurs souvent reprise, soit dans les communications des membres des cours, soit dans les articles de doctrine. Il s'agit en réalité de savoir en quoi des précédents parfaitement pertinents peuvent aider, par leur juxtaposition ou leur confrontation, à former la décision nationale conséquente. Lorsque, par exemple, plusieurs cours nationales ont statué dans le même sens à propos de tel ou tel droit fondamental, ou déterminé les mêmes conditions dans lesquelles des restrictions peuvent être apportées et que bien évidemment les dispositions constitutionnelles applicables ne sont pas en contradiction, suffit-il d'être persuadé de la valeur de ces précédents pour déterminer la nouvelle solution ou faut-il simplement les considérer comme éléments d'un raisonnement autonome ?

La réponse à cette question varie considérablement selon la tradition juridique nationale, la valeur des précédents utilisés et la volonté de la cour concernée. Les traditions de communication entre les cours de *common law* font que celles-ci, comme par exemple la

⁴³ Il s'agit de la Constitution provisoire de 1993.

⁴⁴ La phrase suivante, extraite du paragraphe 110 est particulièrement significative : « ...the interpretation of section 1 of the Canadian Charter of Rights may be of assistance to our Court, but that there are differences between our Constitution and the Canadian Charter which have a bearing on the way in which section 33 should be dealt with. »

Cour suprême du Canada ou la Cour suprême d'Inde, accordent une valeur persuasive plus grande à des solutions dégagées de précédents étrangers⁴⁵.

À propos du Canada Gianluca Gentili fait référence au concept de « cosmopolitisme juridique » développé par le juge La Forest, mais insiste également sur la prudence, voire la réserve, du juge Wilson⁴⁶. Ce dernier précise en particulier : « La Cour a toujours énoncé que même si elle peut incontestablement bénéficier pour ses décisions de nature constitutionnelle de l'expérience des États-Unis et des autres pays, elle n'est d'aucune manière liée par leurs expériences ou leurs jurisprudences. »⁴⁷. Cette déclaration pourrait sans difficulté être formulée par beaucoup d'autres membres de juridictions constitutionnelles.

À l'inverse, une cour comme la cour hongroise, qui pourtant utilise beaucoup les précédents du tribunal allemand, préfère pour la validité de son raisonnement les réinsérer dans une logique et une cohérence nationales⁴⁸. De ce fait, la persuasion recouvre deux situations différentes : la première que l'on pourrait qualifier de « persuasion logique », la seconde de « persuasion jurisprudentielle ». Une bonne illustration de « l'autorité de persuasion » des précédents est exprimée par une récente décision du Tribunal constitutionnel d'Andorre. À propos de la définition de la durée raisonnable d'un procès (ou de la méconnaissance du droit à un procès dans un délai raisonnable), le Tribunal écrit : « Ce Tribunal a souvent déclaré, en suivant la jurisprudence consolidée de la Cour européenne des droits de l'homme, que pour apprécier la méconnaissance de ce droit il faut pondérer, entre autres faits, la complexité de l'affaire, l'activité développée par les organes judiciaires et l'attitude procédurale des parties »⁴⁹. La formule « en suivant la jurisprudence consolidée de la CEDH » souligne l'importance donnée à cette jurisprudence, mais, en même temps, la possibilité pour le tribunal, s'il l'estime préférable, d'adopter un autre raisonnement ou d'autres contraires.

⁴⁵ Dans son rapport sur la Cour suprême d'Inde, Valentina Rita SCOTTI écrit : « The Court uses foreign legal doctrine to affirm the definition of some legal institution not well defined after the independence, but also in those cases it quote the doctrine but tries to internalize it putting it together with Indian legal tradition » (*Bibliographie*)

⁴⁶ Voir *Bibliographie*.

⁴⁷ « This Court has consistently stated that even although it may undoubtedly benefit from the experience of American and other courts in adjudicating constitutional issues, it is by no means bound by that experience or the jurisprudence it has generated. », *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 SCR 211.

⁴⁸ Voir le rapport de Zoltán SZENTE (*Bibliographie*)

⁴⁹ Tribunal constitutionnel d'Andorre, 12 janvier 2009, affaire 2008-26-RE.

Une troisième hypothèse est celle où les précédents étrangers auraient une véritable « autorité de décision ». Cela signifie que les cours constitutionnelles ne peuvent s'en écarter ou que, si elles s'en écartent, elles assument le risque d'être censurées. Cette hypothèse n'existe bien évidemment que lorsque la cour constitutionnelle nationale, à l'instar par exemple d'une cour constitutionnelle ou d'une cour suprême d'une entité fédérée, n'est pas véritablement souveraine et qu'elle est soumise à l'éventuelle censure, soit, en Europe, de la Cour européenne des droits de l'homme ou de la Cour de justice des Communautés européennes⁵⁰, soit, pour certains pays du Commonwealth, au Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine⁵¹.

La cour constitutionnelle se retrouve en quelque sorte subordonnée à l'interprétation donnée par une cour supérieure. S'en écarter peut conduire ladite cour supérieure à réfléchir à nouveau et, le cas échéant, modifier sa jurisprudence, mais il est nécessaire, dans ce cas, que le raisonnement qui contredit l'autorité de décision des précédents significatifs soit particulièrement argumenté et dépasse la simple réaction de mauvaise humeur. Il a fréquemment été relevé que dans les pays subordonnés à la Cour européenne des droits de l'homme, les cours constitutionnelles nationales tiennent de plus en plus compte de la jurisprudence de Strasbourg, qu'il s'agisse, par exemple en France, des validations législatives ou, en République tchèque, de l'interprétation du droit de propriété.

CONCLUSION

Le développement du recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles constituent le meilleur indice, non seulement de la généralisation des cours constitutionnelles, mais également d'une extension, non encore universelle, de valeurs constitutionnelles communes. Chacun sent bien que, même pour les cours les plus anciennes ou les plus intégrées dans une très forte identité constitutionnelle nationale, le mouvement en faveur de la communication en faveur des échanges de jurisprudence est largement ouvert. Sa limite naturelle découle, au final, de valeurs dont l'appréciation relève

⁵⁰ Pour l'Italie, Cour constitutionnelle, 24 octobre 2007, affaire 349/2007 ; Conseil constitutionnel (France), 1^{er} juillet 2004, affaire 2004-497 DC ; Voir P. BON et D. MAUS, *bibliographie*, n° 92 à 101.

⁵¹ Sauf erreur le Comité juridique (*Judicial Committee*) est compétent à l'égard des États indépendants suivants : Trinidad et Tobago, La Dominique, Kiribati et l'Ile Maurice.

d'une décision politique. Le dialogue et le recours aux précédents n'existent qu'à l'intérieur d'une même communauté.

Ceci, bien évidemment, n'empêche pas que la discussion, première étape du dialogue, s'engage entre tous ceux qui partagent une même aspiration à mieux se connaître et se comprendre.

BIBLIOGRAPHIE⁵²

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT CONSTITUTIONNEL, Groupe de travail « Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges » (direction, Tania GROPPi, Professeur à l'université de Sienne⁵³, Marie-Claire PONTTHOREAU, professeur à l'université Bordeaux IV Montesquieu⁵⁴)

Bibliographie thématique

- GROPPi Tania (dir.), *Bibliography*.
Cette remarquable bibliographie commentée, établie par des chercheurs du Research Center for European and Comparative Public Law (DIPEC, université de Sienne), comprend plus de 300 références en anglais, français, italien et allemand ; les analyses sont en général rédigées en anglais.

Rapports intérimaires présentés à la réunion de Londres du 15 novembre 2008

- EJIMA Akiko, Enigmatic Attitude of the Supreme Court of Japan towards Foreign Precedents.
- FOMBAD Charles Manga, A Study on the Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in Botsawana.
- FORNARO Stefania, Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of South Africa.
- Gentili Gianluca, Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges - Canada
- NAVOT Suzie, Israeli Report (draft).
- PINTO BASTOS Luiz Magnon & BUNN Alini, Constitutional Dialogue ad extra: the Discursive Practice of the Federal Supreme Court (Brasil) of the Use of "Argument of Comparative Law".
- SCOTTI Valentina Rita, The Use of Foreign Court's Decisions by the Supreme Court of India.
- SPIGNO Irene, Use of Foreign Precedents in the Namibian Supreme Court Jurisprudence.
- SZENTE Zoltán, The Impacts of Foreign Precedents on the Jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court.
- WEN-CHEN Chang & JIUNN-RONG Yeh, The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court in Taiwan.⁵⁵

BOIS DE GAUDUSSON (du) Jean, « La complexité de la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », *Les Petites Affiches* (France), 4 juin 2008.

BON Pierre & MAUS Didier (dir.), *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, France, 2008.

⁵² Les références ne peuvent être exhaustives.

⁵³ groppi@unisi.it.

⁵⁴ marie-claire.ponthoreau@wanadoo.fr.

⁵⁵ Voir des mêmes auteurs, « The emergence of transnational constitutionalism : its features, challenges and solutions », http://works.bepress.com/wen_chen_chang/1.

BURGORGUE-LARSEN Laurence & UBEDA DE TORRES Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Belgique, 2008.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Jurisprudence européenne comparée (2007) », *Revue du droit public*, 2008, n° 5.

Cette chronique est publiée régulièrement à la RDP depuis 2000.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence, « De l'internationalisation du dialogue des juges », *Mélanges en l'honneur du président Genevois*, Dalloz, France, 2008.

CARPENTIER Élise, « La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels. Principaux apports d'une étude comparée », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n° 4.

CHOUDRY Sujit, « The *Lochner* Erea and Comparative Constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 1.

DORSEN Noman, SCALIA Antonin & BREYER Stephen, « A Conversation between US Supreme Court Justice. The relevance of Foreign Legal Materials in US Constitutional Cases », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier, « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel », 16 janvier 2004, Conseil constitutionnel⁵⁶.

ILIOPOULOS-STRANGAS Julia (dir.), *Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ?* (in memoriam Louis Favoreu), Ant. N. Sakkoulas (Grèce), Bruylant (Belgique), 2007.

IRVINE DE LAIRG (Lord), « Le législateur, la liberté et le droit : le système britannique et le système français », *Recueil Dalloz*, 2003, n° 31.

JACQUELOT Fanny, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *Les Petites Affiches* (France), 16 janvier 2007.

L'HEUREUX-DUBÉ Claire, « Realizing Equality in the Twentieth Century : the Role of the Supreme Court of Canada in Comparative Perspective », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n 1.

MALAURIE Philippe, « Les précédents et le droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2006, n° 2.

NEUBORNE Burt « Annals of Constitutional Courts. The Supreme Court of India », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, n° 3.

PEZANT Jean-Louis, « Les rapports entre le Conseil constitutionnel et les autres institutions juridictionnelles », 20 septembre 2005, Conseil constitutionnel⁵⁷.

PONTHOREAU Marie-Claire, « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », *L'interprétation constitutionnelle*, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand (dir.), Dalloz, France, 2005.

⁵⁶ www.conseil-constitutionnel.fr.

⁵⁷ Site internet www.conseil-constitutionnel.fr.

ROSENFELD Michel, « Constitutional Adjudication in Europe and the United States : Paradoxes and Contrasts », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 4.

SCOFONI Guy, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, n° 2.

VARI AUCTORES

- « Comparative Constitutionalism in Practice », Table ronde du VI^e Congrès mondial de droit constitutionnel, 2004, avec Juan Colombo CAMPPELL (Chili), Olivier DUTHEILLET DE LAMOTHE (France), Wolfgang HOFFMANN-RIEM (Allemagne), N. Santosh HEGDE (India), Luis Lopez GUERRA (Espagne), *International Journal of Constitutional Law*, vol . 3, n° 4.

- *Liber Amicorum Antonio La Pergola*, Commission de Venise, 2008.

- *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, N.P. Engel, Publisher, Allemagne, 2007.

- *Mélanges en l'honneur du président Genevois – Le dialogue des juges*, Dalloz, France, 2008.