

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Spécialité : **Droit privé**

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée par

Slovia STELZIG-CARON

Thèse dirigée par **Pascale DEUMIER**

préparée au sein du **Laboratoire CDPPC**
dans l'**École Doctorale SISEO**

La Cour de cassation et le dialogue des juges

Thèse soutenue publiquement le **9 juin 2011**,
devant le jury composé de :

Madame Pascale DEUMIER,

Professeur à l'Université de Lyon III (Directrice de la recherche)

Monsieur Olivier GOUT

Professeur à l'Université de Savoie

Madame Adeline GOUTTENOIRE

Professeur à l'Université Montesquieu, Bordeaux IV (Rapporteur)

Madame Sylvaine LAULOM

Professeur à l'Université Jean Monnet de Saint Etienne (Rapporteur)

Monsieur Jean-Yves McKEE

Premier président de la Cour d'appel de Chambéry

Madame Geneviève PIGNARRE

Professeur à l'Université de Savoie



À Angèle.

Liste des principales abréviations

A.P.D	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. civ. Ass. plén.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblé plénière)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
c.	Contre
C.A	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
C.E	Conseil d'Etat
C.E.D.H	Cour européenne des droits de l'homme
Chron.	Chronique (Recueil Dalloz)
C.I.J	Cour internationale de justice
C.J.U.E	Cour de justice de l'Union européenne
Concl.	Conclusions
Civ.	Cour de cassation, chambres civiles
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Dans le même ouvrage, dans la même page
Infra	Ci-dessous
JCP	La semaine juridique, édition générale
J.O.	Journal officiel (de la République française)
Obs.	Observations
Op. cit.	<i>Opere citato</i> (dans l'ouvrage précité)
p.	Page
J.	Jurisprudence (dans le Recueil Dalloz)
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

P.U.F	Presses Universitaires de France
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Sivant
S.	Recueil Sirey
Supra	Ci-dessus
Vol.	Volume
§	Paragraphe

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : AUX SOUBASSEMENTS DE L'INFLUENCE CROISEE DES JURISPRUDENCES

Titre 1 : Les prémisses d'un dialogue des juges

Chapitre 1 :L'approche historique de l'utilisation du droit comparé par le juge

Chapitre 2 : Les vecteurs de rationalisation du dialogue des juges

Titre 2 : Les manifestations naissantes du dialogue des juges

Chapitre 1 : La mobilisation du droit étranger par la Cour de cassation

Chapitre 2 : Les rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation

DEUXIEME PARTIE : L'IMPACT DU DIALOGUE DES JUGES SUR LA COUR DE CASSATION

Titre 1 : L'influence de la Cour de cassation sur les scènes mondiale et nationale

Chapitre 1 : Le rayonnement de la Cour de cassation dans le monde

Chapitre 2 : Le renforcement du dialogue interne : l'exemple de la question prioritaire de constitutionnalité

Titre 2 : Le dialogue des juges, un nouvel instrument au service des magistrats

Chapitre 1 : Les perspectives du dialogue des juges dans la mondialisation

Chapitre 2 : La part du dialogue des juges dans l'étude de la rhétorique juridique

Introduction

« Nous n'avons conscience de nos pensées, nous n'avons des pensées déterminées et réelles que lorsque nous leur donnons la forme objective, que nous différencions de notre intérieurité, et que par la suite nous les marquons de la forme externe, mais d'une forme qui contient aussi le caractère de l'activité interne la plus haute. C'est le son articulé, le mot, qui seul nous offre une existence où l'externe et l'interne sont intimement unis ». Hegel, *Philosophie de l'esprit*, Ed. Germer Baillière, 1897, § 463.

1. Propos préliminaires – Une étude intitulée « *La Cour de cassation et le dialogue des juges* » peut sembler limitée quant à la juridiction concernée mais toute aussi vaste, au regard du phénomène qui l'accompagne. Pour se représenter le dialogue des juges, on partira des mêmes éléments qu'emploient les physiciens et les chimistes afin de schématiser la matière. Ainsi, la matière s'organise comme un jeu de construction, composée d'un atome, lui-même constitué d'un noyau autour duquel gravitent des électrons¹. Le dialogue des juges constituant la matière sur laquelle notre étude porte, on considérera qu'elle se compose notamment d'un noyau que l'on peut identifier par « *le dialogue* ». Le noyau dit « *atomique* » est lui-même composé de plusieurs éléments et l'étude de ce noyau est l'objet de la physique nucléaire. Rapporté à notre sujet d'étude, le

¹ Voir par exemple les écrits du Professeur Jacques FOOS, *L'homme et la radioactivité*, Formascience, 3^{ème} éditions, 2006.

noyau « *dialogue* » possède lui aussi certains éléments. L'élément qui retient notre attention ici est le langage car c'est autour de lui que le dialogue prend naissance.

2. Le langage, essence du dialogue – Qu'il s'agisse d'un dialogue « *à bâton rompus* », ou bien d'un dialogue de « *sourds* », le dialogue constitue une forme d'expression du langage. On le verra, le langage peut être aussi bien oral que littéraire, mais peut aussi être indépendant de toute matérialisation par la parole ou l'écriture. Ainsi, le langage corporel d'une personne ou le langage des signes relèvent de la science comportementale, pouvant permettre la communication de deux personnes sans recourir à la parole ou à l'écriture. Tout comme le langage, le dialogue peut consister dans l'absence de parole ou d'écriture. Ainsi, la rupture de tout dialogue entre deux personnes signifie qu'elles ne parviennent pas à communiquer, mais cette absence de communication est une forme de dialogue. Le langage est l'intermédiaire nécessaire de toute pensée, pouvant revêtir diverses formes. Endossant parfois certains pouvoirs, la forme de langage qui retient notre attention ici est le dialogue. Support dont l'essence est le langage, le dialogue est le support de l'étude qui suivra.

3. Le langage, véhicule de la pensée – Le langage recouvre plusieurs acceptations. Il est, selon le dictionnaire Le Robert « *fonction d'expression de la pensée et de communication entre les humains, mise en œuvre par la parole ou par l'écriture* », « *tout système de signes permettant la communication* » et enfin un « *ensemble codé de signes utilisé pour la programmation* ». C'est la première signification que nous retiendrons ici, autrement dit le langage pris comme un moyen d'expression de la pensée, par la parole ou par l'écriture. En pareille matière, le langage suscite énormément d'intérêt d'un point de vue philosophique. Bien avant l'étude la linguistique, certains se sont interrogés sur l'origine du langage et de ses fonctions. Ainsi, le langage constituerait pour l'homme une nécessité, lui permettant d'exprimer ses propres besoins². Pourtant, cette théorie n'est pas partagée de manière universelle et certains auteurs comme Jean-Jacques ROUSSEAU affirment que le langage est né des passions et a pour fonction primordiale de rendre possible une forme de

² Jacques MONOD, *Le hasard et la nécessité, essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Ed. du Seuil, 1970, pp. 142-151.

communication indispensable à sa survie³. Véhicule de la pensée humaine, le langage est donc précédé par elle, l'intérêt de comprendre pourquoi il est subordonné à l'autre s'avère passionnant. La réflexion sur le langage portera donc sur les manifestations de l'expression de la raison, permettant aux hommes de communiquer entre eux.

4. Langage, parole et écriture – Pour certains, l'extériorisation de la pensée par le langage constitue un handicap, pouvant affaiblir l'essence première de la pensée. Pour d'autres au contraire, la pensée est inextricablement liée au langage et ne saurait existée seule, indépendamment de toute extériorisation. Comme l'écrit HEGEL dans *Philosophie de l'esprit* « *vouloir penser sans les mots, c'est une tentative insensée* », le mot donnant à la pensée « *son existence la plus haute et la plus vraie* ». Les rapports entre le langage et l'écriture suscitent également une discussion identique. L'écriture peut apparaître comme fixant de manière trop rigide une pensée, mais elle peut aussi donner au langage une stabilité lui conférant une portée dans l'espace et dans le temps. Assez rapidement, le langage est perçu comme une forme immense de pouvoir.

5. Langage et pouvoir – Le langage, la manière dont il se manifeste à travers les mots prononcés et l'écriture, peut renfermer plusieurs formes de pouvoirs. En psychanalyse par exemple, certains mots peuvent révéler des pensées ou des désirs inconscients, comme c'est le cas de certains actes manqués, mais pas seulement. La parole peut amener à une certaine forme de domination, comme l'explique PLATON dans un dialogue entre Socrate et Gorgias : « *Je veux dire le pouvoir de persuader par ses [des] discours les juges au tribunal, les sénateurs dans le Conseil, les citoyens dans l'assemblée du peuple et dans toute autre réunion qui soit une réunion de citoyens. Avec ce pouvoir, tu feras ton esclave du médecin, ton esclave du pédotribu⁴ et, quant au fameux financier, on reconnaîtra que ce n'est pas pour lui qu'il amasse de l'argent mais pour autrui, pour toi qui sais parler et persuader les foules* »⁵. On peut encore citer LEVI-STRAUSS, qui voyait dans l'apparition de l'écriture la possibilité d'exploiter l'homme, car celle-ci coïncidait avec la formation de

³ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Essai sur l'origine des langues* (1781), chapitre II, collection Profil Philosophie, Ed. Hatier, 1987, p. 51.

⁴ D'après la définition proposée par *Le dictionnaire Littré*, il s'agit de « *celui qui connaissait bien les manœuvres propres à chaque exercice, de manière à pouvoir enseigner comment il fallait l'exécuter, sans savoir cependant quel effet il produisait sur la santé de celui qui s'exerçait* ».

⁵ PLATON, *Gorgias*, traduction d'E. CHAMBRY, Ed. Garnier-Flammarion, 451d-452, 1967.

ités et d’empires, impliquant une hiérarchisation des populations⁶. Finalement, le pouvoir du langage est différent selon la manière dont il prend forme et le dialogue en constitue une espèce bien particulière.

6. Langage et dialogue – Dialoguer a pour essence le langage, il en est la forme aussi bien orale, mais aussi écrite. Le dialogue semble être l’incarnation la plus courante de la pensée. Comme il ne peut y avoir de langage sans pensée, il n’y a pas non plus de dialogue sans la formation préalable d’une pensée. La pensée précède le langage et le dialogue permet de mettre en œuvre une pensée à travers un langage bien particulier. La notion de dialogue semble de prime abord facile à cerner. Pourtant, il s’agit d’une notion complexe, dont une étude plus approfondie est nécessaire avant de délimiter les contours de nos recherches. Ainsi, on verra que le dialogue constitue un lieu commun immanent à la matière juridique (I), mais que le concept de dialogue des juges quant à lui, demeure un phénomène difficile à appréhender (II). Enfin, nous glisserons progressivement vers la délimitation du sujet d’étude, dressant une sorte de tableau du dialogue des juges et de la Cour de cassation au XXIème siècle (III).

⁶ LEVI-STRAUSS, *Tristes topiques*, collections terres humaines, 1955.

I- LE DIALOGUE, LIEU COMMUN IMMANENT A LA MATIERE JURIDIQUE

7. **Plan** – Comme c'est le cas pour de nombreuses notions, celle de dialogue est généralement comprise dans l'immédiat par tout un chacun. La compréhension de ce terme n'empêche pas en revanche la difficulté de le définir à brûle pourpoint. Le dialogue est une notion commune mais complexe à définir et ceci est d'autant plus difficile qu'elle peut toucher de nombreuses matières. De là une recherche fouillée sur la présence du dialogue dans la matière juridique, de laquelle il ressort qu'elle lui est intrinsèque. Les difficultés inhérentes à la notion de dialogue (A) doivent être dissipées afin d'en saisir les contours dans le domaine juridique (B).

A. Recherches rudimentaires sur le dialogue

8. **Propos basiques sur le dialogue** – Les recherches sur le terme « *dialogue* » débutent avec l'étymologie de celui-ci. Puis il sera fait un tour d'horizon des différentes définitions

qui se rapportent à cette notion. Enfin, on verra également que le dialogue transcende plusieurs disciplines.

9. « *Dia* » et « *logos* » - Le mot « *dialogue* » provient du grec « *dialogos* » formé à partir de deux éléments : « *dia* », signifiant « *à travers, entre* », et de « *logos* », qui désigne « *la parole, le discours* ». D'après son étymologie, le dialogue constitue un discours tenu entre différentes personnes. Il serait apparu en français sous sa forme actuelle au XIème siècle. Vers 1200, il désigne l'entretien entre deux ou plusieurs personnes et se présente surtout comme étant issu de sa forme latine « *dialogus* ». Au XVIIIème siècle, la langue française intègre l'idée selon laquelle un dialogue peut prendre une forme écrite, à côté de sa forme orale, désignant le fait de converser avec un interlocuteur. Aujourd'hui, plusieurs sens lui sont attribués.
10. **Polysémie du dialogue** – Afin de rendre compte de cette polysémie, une lecture des différentes définitions proposées dans quelques dictionnaires est nécessaire. Le dictionnaire *Le Robert* propose les définitions suivantes : « *1 Entretien entre deux personnes (conversation). Contact, discussions entre deux groupes ; 2 Ensemble des paroles qu'échangent les personnages d'une pièce, d'un film...3 Ouvrage littéraire, philosophique, en forme de conversation. Les dialogues de Platon* »⁷. Cette définition est intéressante, car le dialogue ne se fait qu'entre deux personnes ou deux éléments seulement si l'on s'en tient au sens strict des termes. Pour ce qui concerne le dialogue oral, il en est tenu compte bien évidemment, mais on peut noter la présence du mot « *contact* », qui ne concerne pas nécessairement un dialogue oral ou écrit, le contact entre différentes personnes pouvant s'établir autrement.

Le dictionnaire *Larousse* est un peu plus précis en retenant cinq sens du terme « *dialogue* » : « *(1) Conversation entre deux ou plusieurs personnes sur un sujet défini ; contenu de cette conversation ; entretien, discussion : Le dialogue entre les deux chefs d'Etat a duré plusieurs heures. (2) Dans une œuvre littéraire ou théâtrale, ensemble des paroles échangées entre les personnages ; dans un scénario de film, texte dit par les personnages en action. (3) Discussion entre personnes, entre partenaires ou adversaires politiques, idéologiques, sociaux, économiques, en vue d'aboutir à un accord ; conversations, pourparlers : Le dialogue Est-Ouest. (4) Ouvrage littéraire en forme de*

⁷ *Le Robert de poche 2011, v° Dialogue.*

conversation qui permet à l'auteur d'exposer ses idées en faisant tenir le rôle de contradicteur à l'un des personnages. (5) Alternance de chants entre deux solistes, ou un soliste et un chœur, ou deux chœurs ; échange entre plusieurs instruments »⁸. Ces définitions proposées sont très riches et recouvrent relativement bien les différentes disciplines dans lesquelles on retrouve le dialogue, qu'il soit oral ou écrit.

11. Interdisciplinarité – Pris comme le support de toute conversation avec une ou plusieurs personnes, le dialogue apparaît finalement dans quasiment toutes les situations de la vie quotidienne. Par voie de conséquence, on le retrouve dans toutes les disciplines : économie, psychologie, littérature, médecine...etc. Etudié de manière plus fouillée, le dialogue revêt parfois une finalité particulière. Ainsi, à travers plusieurs disciplines, il est possible de voir dans le dialogue une méthode. Utilisé à travers l'écriture, le dialogue peut également s'incarner dans un style littéraire, ou permettre à l'auteur de confronter deux ou plusieurs thèses.

Dans certains domaines, le dialogue constitue une méthode employée à des fins particulières. C'est le cas par exemple en psychanalyse, avec le dialogue tonique. Il s'agit d'une méthode utilisée dans la psychothérapie analytique de relaxation qui « *met en évidence l'importance du dialogue [...] échange non verbal tonico-émotionnel entre le thérapeute et son patient* »⁹. Le médecin tient compte du comportement de son patient afin de déceler ce qu'il ne lui révèle pas. En psychologie, plus précisément lors d'un entretien clinique¹⁰, le dialogue tient une place caractéristique. Le dialogue révèle tout son intérêt lors d'un tel entretien, car il constitue un « *précieux outil théorique et méthodologique pour saisir les modalités* » de l'imbrication entre des « *dimensions sémiologiques et praxéologiques* »¹¹. Autrement dit, le dialogue permet au clinicien de dégager des conclusions à partir de l'étude comportementale de son patient lors de ce dialogue orienté. Sous forme écrite, le dialogue peut aussi incarner un style littéraire.

⁸ Larousse 2011, v° Dialogue.

⁹ Krystof FORTINI, *Le dialogue tonique dans la psychothérapie analytique de relaxation*, Psychothérapies, Vol. 29, 2009, N° 1, pp. 33-38. La méthode est initiée par le psychanalyste Julian de Ajuriaguerra en 1962, en étudiant les rapports entre la mère et le nourrisson.

¹⁰ L'entretien clinique est une forme particulière de communication entre un psychologue clinicien et son patient. Essentiellement basé sur l'interactivité verbale, ce type d'entretien poursuit généralement un objectif bien défini au préalable.

¹¹ Anne SALAZAR ORVIG, Michèle GROSSEN, *Le dialogisme dans l'entretien clinique*, Maison des sciences de l'homme, langage & société, 2008/1 - n° 123, pages 37 à 52.

Le dialogue désigne un courant littéraire. Ce genre littéraire est apparu lors de la Renaissance et se serait propagé en Europe jusqu'au XVIIIème siècle¹². Le genre du dialogue dans l'histoire de la littérature a connu plusieurs déclinaisons, comme le catéchisme, le dialogue sous forme de lettres, la conversation et l'entretien¹³. En tant que genre dans l'écriture, le dialogue permet à son auteur de faire véhiculer ses idées. En dehors de la littérature, le dialogue a généralement pour fonction de confronter deux ou plusieurs idées, thèses.

Là encore, le dialogue transcende les disciplines. Ainsi, en entrant le terme de « *dialogue* » dans la base de données du CAIRN, on peut trouver comme articles : « *Un dialogue gourmand* »¹⁴, « *Le dialogue social européen à la croisée des chemins* »¹⁵, « *Le dialogue avec l'invisible* »¹⁶ ou bien encore « *Parallèles ou rapports de faits ? Voltaire/Lessing ou le secret des pièces levantines* »¹⁷. Finalement, le dialogue est présent dans de très nombreuses disciplines, quelle que soit la forme qu'il prend. La matière juridique est loin d'ignorer toute notion de dialogue, à tel point qu'on peut affirmer qu'elle en est imprégnée.

¹² Claire CAZANAVE, *Le dialogue au XVIIème siècle en France : un genre français moderne ? Eléments pour une mise au point*, XVIIe siècle 2005/3, n° 228, p. 427-441.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Andreas STAÏKOS, *Un dialogue gourmand*, La pensée de midi 2003/3, N° 11, p. 55-63.

¹⁵ Philippe POCHET, *Le dialogue social européen à la croisée des chemins*, Reflets et perspectives de la vie économique 4/2003 (Tome XLII), p. 45-58.

¹⁶ Thierry FABRE, *Le dialogue avec l'invisible*, La pensée de midi 1/2005 (N° 14), p. 70-73.

¹⁷ Fiona MCINTOSH-VARJABÉDIAN, *Parallèles ou rapports de faits ? Voltaire/Lessing ou le secret des pièces levantines*, Revue de littérature comparée 2001/2, N°298, p. 250-256.

B. Le dialogue transcendant la matière juridique

12. Le dialogue est partout – Lorsque l'on prend le dialogue comme support oral ou écrit de la pensée, on se rend compte qu'il transcende la matière juridique. Pour le dire clairement, le dialogue est présent partout où il y a du droit. Seulement, le dialogue recouvre plusieurs réalités et parfois des formes de dialogues existent même si elles n'en portent pas le nom. A l'inverse, le terme dialogue peut être employé textuellement par un texte de loi ou un juriste. Aussi, il s'avère intéressant d'effectuer une recherche sur la présence du dialogue dans la matière juridique là où il se retrouve derrière d'autres termes (1), mais aussi lorsqu'il est exactement employé comme tel (2).

1) Les formes de dialogue dans le droit

13. Le dialogue juridique – Le dialogue transcende la matière juridique en ce qu'il apparaît constamment. En effet, si l'on prend le dialogue dans une acception large, c'est-à-dire comme support de la pensée écrite et orale, le dialogue prend plusieurs formes et se retrouve dans l'univers du droit. Ainsi, on verra que la matière juridique recèle de formes de dialogues écrits et oraux.

14. Le dialogue oral en droit – Le premier contact que le juriste a avec la matière juridique est le moment de ses études et de ses premiers cours magistraux. L'enseignement du droit

passee par un dialogue de l'enseignant à son auditoire. D'ailleurs, les connaissances juridiques se transmettaient d'abord de manière orale, car les premiers écrits juridiques apparaissent vers le IIème siècle avant Jésus Christ¹⁸. En restant dans le monde de l'enseignement du droit, l'Université est aussi le lieu de rencontres entre juristes, théoriciens et praticiens, qui dialoguent à travers des colloques et des séminaires ou bien encore lors de soutenances de thèses¹⁹. Dans la pratique du droit, les formes de dialogues sont omniprésentes.

Ainsi, le procès est le lieu d'un dialogue entre les parties, à travers leurs représentants. En amont du procès civil par exemple, l'avocat dialogue avec son client, l'audience de mise en état est également un moment où les conclusions entre avocats s'échangent et souvent les parties demandent au magistrat qui préside l'audience un délai pour la remise de leurs conclusions. Lors d'une audience, même civile, il y a un dialogue entre l'avocat et le juge. Le procès pénal quant à lui illustre le mieux la présence du dialogue dans le procès, avec notamment l'audition de témoins et les plaidoyers des avocats. Le droit de la procédure fait intervenir très souvent le dialogue, quelle que soit la forme qu'il prend. Le dialogue peut aussi être écrit.

15. Le dialogue écrit en droit – Les formes écrites de dialogue dans le domaine juridique n'existent pas de manière indépendante par rapport au dialogue oral. C'est le cas ainsi des conclusions qui donnent lieu, lors de l'audience de mise en état, d'un dialogue entre les parties ou entre les parties et le juge. Mais pour les affaires concernant le siège, les magistrats doivent rendre leur décision sur la base des conclusions rendues par les avocats. Et généralement au civil, tous les dossiers ne sont pas plaidés, les conclusions étant finalement le seul support permettant au juge de trancher le litige. Par ailleurs, certaines procédures sont écrites et ne nécessitent pas l'intervention orale du praticien concerné. On peut citer à titre d'exemple l'appel ou bien encore la mise en demeure. Dans la procédure, l'oral a nécessairement un support écrit mais l'écrit ne nécessite pas obligatoirement un dialogue oral.

Qu'il soit oral ou écrit, le dialogue est immanent à la matière juridique. Il peut aussi apparaître en tant que tel dans les supports de cette science.

¹⁸ Denis ALLAND, Stéphane RIALS (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, v° *Enseignement du droit*.

¹⁹ Le professeur J. ANDRIANTSIMBAZOVINA affirme que le dialogue entre la doctrine universitaire et les juges est riche et permet ainsi de faire progresser le droit. *Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur de Bruno GENEVOIS*, Dalloz, 2009, p. 12.

2) Le terme « dialogue » et le droit

16. Le dialogue dans les bases de données – Il est question ici de rechercher l'utilisation du terme « *dialogue* » dans les deux sources principales du droit : la loi et la jurisprudence. Pour se faire, une recherche sur les bases de données du site Legifrance est faite en choisissant comme entrée « *dialogue* ».

17. Le dialogue et la loi – En dehors des bases de données, l'élaboration de la loi puis son adoption font l'objet de dialogues. Sur le site internet de Legifrance²⁰, il est possible d'avoir accès à tous les Codes en vigueur. En interrogeant la base de données des 73 codes en ligne, 82 articles contiennent le mot « *dialogue* »²¹. Au total, le terme apparaît dans 14 codes, dont les plus connus sont le Code du travail, le Code de la santé publique et le Code des collectivités territoriales²². Ainsi, le Code du travail se réfère notamment au Haut Conseil du dialogue social, mis en place par Brice HORTEFEUX en 2009 afin d'organiser la représentativité des organisations syndicales. Une phase de dialogue est prévue dans certaines conditions lors de la passation de contrats en matière d'investissement immobilier des établissements publics de santé²³. Enfin, le Code des collectivités territoriales prévoit un dialogue entre la personne publique et les candidats lors de la mise en place de contrats de partenariat²⁴. Le terme de loi est ici entendu au sens large puisque les résultats montrent également la présence du mot dialogue dans des règlements et des décrets. Cette rapide recherche montre l'emploi du terme « *dialogue* » par le législateur, elle ne signifie en aucun cas que les autres textes ne prévoit aucune forme de dialogue. Une recherche

²⁰ legifrance.fr

²¹ Résultats donnés au 1^{er} janvier 2011.

²² Les Codes suivants sont concernés : Code des marchés publics, Code de la recherche, Code de l'éducation, Code de la défense, Code du sport, Code rural et de la pêche maritime, Code monétaire et financier, Code de la sécurité sociale, Code de l'action sociale des familles, Code de l'urbanisme et Code des transports.

²³ Art. L 6148-5 Code de la santé publique *in fine*.

²⁴ Art. L 1414-7 Code des collectivités territoriales.

similaire peut être effectuée dans la jurisprudence interne.

18. Le dialogue dans la jurisprudence interne – Une même recherche sur le site Legifrance a été entreprise dans les bases de données de la jurisprudence constitutionnelle, judiciaire et administrative. En ce qui concerne d'abord la jurisprudence constitutionnelle, la recherche aboutit à dix résultats. Ces résultats sont à prendre avec précaution car parmi les décisions obtenues, seules trois d'entre elles contiennent le terme de « *dialogue* ». Les trois décisions concernées font référence en réalité à deux lois, celle relative à la formation professionnelle tout au long de sa vie et au dialogue social²⁵ et celle relative au dialogue social et à la continuité du service public des transports terrestres réguliers de voyageurs²⁶. Dans la jurisprudence administrative, et uniquement pour celle du Conseil d'Etat, on trouve 249 décisions faisant référence au « *dialogue* ». Là encore, les résultats sont à manier avec précautions car certaines décisions ne mentionnent absolument pas le terme de dialogue comme c'est le cas pour la jurisprudence constitutionnelle. Sans reprendre bien évidemment tous les résultats, on peut néanmoins citer les expressions associées au terme de dialogue suivantes : « *dialogue contradictoire* »²⁷, « *dialogue social* »²⁸, « *dialogue compétitif* »²⁹ et le dialogue avec l'élève avant la mise en œuvre d'une procédure disciplinaire³⁰.

Enfin, la base de données relative à la jurisprudence judiciaire compte 420 décisions comportant le terme « *dialogue* », parmi lesquelles 241 décisions rendues par la Cour de cassation. Une fois encore, les sens donnés au mot « *dialogue* » sont employés dans des situations diverses et variées. Ainsi, il est question des dialogues d'une œuvre cinématographique³¹, du dialogue entre la direction d'une société et ses salariés³², de celui

²⁵ Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à *la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*.

²⁶ Loi n°2007-1224 du 21 août 2007 sur *le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*.

²⁷ CE 17 décembre 2010, N° 316759.

²⁸ CE 10 novembre 2010, N° 340106.

²⁹ CE 3 septembre 2009, N° 313657.

³⁰ CE 8 octobre 2004, N° 272926.

³¹ Ch. crim. 22 novembre 2006, N° de pourvoi: 05-86765.

³² Ch. soc. 16 décembre 2010, N° de pourvoi: 09-42565.

d'une agence immobilière avec le locataire et la caution³³, ou bien encore du dialogue entre cadres et éducateurs³⁴. Le terme de dialogue est donc utilisé par le juge, mais le contexte dans lequel il est employé n'est jamais le même.

Le mot dialogue est une notion qui transcende la matière juridique, il prend des sens différents selon les contextes, mais le dialogue qui constitue l'objet de notre étude est aussi difficile à cerner.

³³ *I^{ère} civ.* 10 juin 2010, N° de pourvoi: 09-67881.

³⁴ *Ch. soc.* 16 décembre 2009, N° de pourvoi: 08-43492.

II-LE DIALOGUE DES JUGES, UNE REALITE AUX MULTIPLES FACETTES

19. Plan – Si l'on se réfère aux définitions que l'on vient de voir, on pourrait résumer le dialogue des juges comme étant une conversation entre deux ou plusieurs juges. Ce dialogue entre magistrats pourrait aussi prendre la forme écrite. Mais bien évidemment, le dialogue des juges recouvre une réalité bien plus complexe. Il est par ailleurs évident que deux magistrats qui discutent ensemble sur un sujet particulier dialoguent, comme il est clair aussi qu'un courrier entre deux juges constitue une manière de dialoguer. Il serait tentant de dégager une définition globale du phénomène de dialogue des juges, mais ceci viendrait à décider que parmi les différentes explications données par les juristes, certaines seraient plus exactes que d'autres. Il reste intéressant de se pencher sur la manière dont les juristes ont appréhendé le phénomène (A), avant d'entrevoir les différentes formes de dialogue des juges qui peuvent exister (B).

A. L’appréhension du dialogue des juges par les juristes

20. Sur la piste du dialogue des juges – Si l’on se penche sur l’origine de l’expression de « *dialogue des juges* », on remarque que le phénomène s’avère assez récent. Pourtant d’après certains juristes, le dialogue des juges existerait depuis des temps plus anciens. Après un tour d’horizon des différentes définitions proposées par la doctrine (1), il est alors possible de dégager certaines caractéristiques communes au dialogue des juges (2).

1) *La recherche d’une définition du dialogue des juges*

21. Un phénomène récent – La recherche d’une définition du dialogue des juges n’est pas aisée. Il faut tenter de savoir depuis quand ce phénomène existe, mais aussi depuis quel moment l’expression « *dialogue des juges* » apparaît. On reviendra donc dans un premier temps sur l’origine du phénomène et sa conceptualisation avant de s’intéresser aux définitions proposées par la doctrine.

22. Aux origines du dialogue des juges – L’expression de « *dialogue des juges* » est attribuée à Bruno GENEVOIS, ancien Président de la section contentieux du Conseil

d'Etat³⁵. Dans ses conclusions sur l'arrêt dit *Cohn Bendit* du 22 décembre 1978, il affirme en effet qu'entre le juge communautaire³⁶ et le juge national, il ne devrait y avoir place « *ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges* »³⁷. L'idée d'un dialogue entre juridictions aurait été dégagée quatre années plus tôt par Nicole QUESTIAUX en parlant de la question préjudicelle, instaurant « *un dialogue confiant de juridictions à juridictions* »³⁸. La conceptualisation du dialogue des juges daterait alors des années 1970. Pour autant, si l'expression n'apparaît qu'à cette époque, il semblerait pour certains juristes que le phénomène de dialogue des juges existe depuis bien plus longtemps.

C'est ce que soulève en tout cas Benoît FRYDMAN lorsqu'il cite MONTAIGNE lors du colloque du 28 avril 2006 relatif au dialogue des juges³⁹. En effet, déjà à son époque, il relevait que les magistrats ne faisaient que « *s'entregloser* ». D'ailleurs, Benoît FRYDMAN rappelle que finalement le dialogisme imprègne la matière juridique. Le dialogue peut aussi être considéré comme étant « *l'essence de la fonction juridictionnelle* », comme l'explique Laurence POTVIN-SOLIS. Ainsi, le dialogue est présent dans le débat contradictoire, dans le principe de la collégialité et plus généralement dans la rhétorique judiciaire⁴⁰. Si le dialogue des juges est un phénomène encore peu théorisé par les juristes, certains ont cependant proposé des définitions.

23. Définitions – Le dialogue des juges est aujourd'hui largement appréhendé par la doctrine. Le professeur Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA a effectué une recherche de

³⁵ Bruno GENEVOIS est commissaire du Gouvernement de 1976 à 1985. Il est nommé président de la 1re sous-section du contentieux en 1995, en sera l'un des présidents adjoints de 1999 à 2002 avant de présider la section de l'intérieur (2002-2004) puis la section du contentieux (2004-2006). Des mélanges sur le thème du dialogue des juges lui sont dédiés en 2009.

³⁶ Le terme « communautaire » n'est plus employé depuis le 1^{er} décembre 2010, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Il sera néanmoins employé dans certains développements, notamment ceux qui se rapportent à la période antérieure au Traité.

³⁷ CE, *ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit* 22 décembre 1978, Rec. Lebon p. 524.

³⁸ Nicole QUESTIAUX, *La collaboration du juge administratif avec un juge international : quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État français de l'article 177 du Traité de Rome*, in: *Mélanges en honneur du Professeur Michel STASSINOPoulos* - Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. - p.387-395.

³⁹ *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant 2007.

⁴⁰ Laurence POTVIN-SOLIS, *Le concept de dialogue entre les juges en Europe*, in : *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Bruylant 2004, p. 19 et s.

l'expression « *dialogue des juges* » dans les bases de données juridiques et en conclut que le phénomène est « *dorénavant du langage des juristes* »⁴¹. Selon Julie ALLARD et Antoine GARAPON, le dialogue des juges relève d'une pratique « *où les juges prennent l'initiative de consulter des décisions étrangères, alors que rien ne les y constraint ; ou élaborent une sorte de coutume judiciaire pour pallier les silences du droit positif* »⁴². Lors d'un colloque en 2006, Julie ALLARD débute son intervention en donnant une définition plus complète du phénomène : « *Le concept de « dialogue des juges » désigne l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats. Il symbolise la relation que peuvent entretenir les juges des différentes juridictions, parfois de différentes nations, et en particulier le fait que les juges se citent entre eux dans leurs décisions (citation réciproque)* »⁴³. Plus récemment, le professeur Jean du BOIS de GAUDUSSON affirme que le dialogue des juges « *désigne une réalité faite d'échanges des jurisprudences et des droits où pour exercer leur office, les juges des pays en développement prennent en compte, librement, des normes, des jurisprudences qui leur sont extérieures ou qui ne sont pas directement applicables. Le dialogue devient une rencontre d'un juge et d'une jurisprudence et d'un droit, extranational, international ou étranger* »⁴⁴. Les différentes définitions font ressortir certains caractères récurrents du dialogue des juges.

⁴¹ Il note par exemple qu'on retrouve 48 références au dialogue des juges dans la base de données Lextenso, 74 références dans celle de Lexis Nexis et 144 références dans la base de données Dalloz.

⁴² Julie ALLARD, Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit*, Le Seuil, 2005, p. 14.

⁴³ *Le dialogue des juges*, Op. cit. p. 77.

⁴⁴ Jean du BOIS de GAUDUSSON, *La complexité de la participation des Cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges*, Petites affiches, 4 juin 2008 n°112, p. 22.

2) Les caractéristiques du dialogue des juges

24. Les marques du dialogue – Dans la manière de présenter le dialogue des juges, certains caractères reviennent sous la plume des juristes. Il apparaît ainsi de façon très récurrente que ce phénomène est spontané, pouvant de surcroit transcender les frontières.

25. La spontanéité du dialogue – La spontanéité est le caractère qui ressort le plus du dialogue des juges. Rien ne constraint un magistrat de s'inspirer d'une décision rendue par un autre juge. Le dialogue des juges est informel et donc se réalise en dehors de toute institutionnalisation. Cette liberté du dialogue des juges est claire, mais aussi très complexe à appréhender. En effet, on verra qu'il existe plusieurs formes de dialogue des juges et que selon les situations, il existe plus ou moins une nécessité pour le juge de dialoguer avec un homologue. C'est le cas de Laurence BURGORGUE-LARSEN qui distingue le « *dialogue orchestré* » et le « *dialogue débridé* »⁴⁵. Le dialogue orchestré est celui qui est intégré ou conventionnel, c'est-à-dire relatif à l'application des normes communautaires d'une part et des normes issues de l'application de conventions relatives aux droits de l'homme. On verra aussi que selon les juristes, des situations identiques relèvent ou pas d'un dialogue des juges. Les échanges entre magistrats sont donc spontanés et peuvent dépasser toutes les frontières.

26. Le dialogue multidimensionnel - Le dialogue des juges peut être de dimensions variables. En partant du plus commun au plus étonnant, on remarquera que le dialogue des juges peut dépasser toutes les frontières⁴⁶. Le dialogue des juges peut d'abord exister entre les magistrats d'une même juridiction. Il peut aussi avoir lieu entre les juges de juridictions différentes, appartenant à un même ordre. C'est le cas par exemple des rapports entre les

⁴⁵ Laurence BURGORGUE-LARSEN, *De l'internationalisation du dialogue des juges, Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois*, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 95 et s.

⁴⁶ Jean-Paul COSTA a même développé quelques lignes au sujet du dialogue du juge avec lui-même. Il s'agit d'un dialogue qu'il ne peut faire qu'avec sa conscience au moment du raisonnement et au moment de prendre une décision. J-P COSTA, « *Le dialogue du juge avec lui-même* », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 195 et s.

juges judiciaires, juges du fond, avec la Cour de cassation, juge du droit. Les échanges peuvent avoir lieu aussi entre les juges de juridictions différentes, mais n'appartenant pas au même ordre juridictionnel. On pense par exemple au dialogue entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Enfin, et c'est sans nul doute l'aspect le plus étonnant du dialogue des juges, les rapports entre des juges qui n'appartiennent pas au même ordre juridique, ou qui n'appartiennent pas au même pays. Ainsi, un juge français peut être amené à dialoguer avec son homologue allemand. Sauf le dialogue existant entre les magistrats appartenant à une même juridiction, ces différentes configurations du dialogue des juges seront étudiées. Il existe donc plusieurs formes de dialogue des juges.

B. Les diverses formes de dialogue des juges

27. Les quelques facettes du dialogue – Le dialogue des juges est un phénomène récent⁴⁷ et recouvre une réalité aux dimensions multiples⁴⁸. Au final, il s'avère très difficile de rechercher une définition unique du phénomène, ce qui est possible en revanche, c'est de tenter de comprendre tout ce qu'il peut englober. Par ailleurs, des classifications des formes de dialogue des juges ont été proposées, illustrant bien la complexité de celui-ci.

28. Expressions synonymes – Le terme de dialogue des juges recouvre diverses acceptations et la doctrine emploie parfois d'autres expressions pour désigner une même réalité. Ainsi,

⁴⁷ Le dialogue des juges est un concept récent qui a « *besoin de temps pour être acclimaté[s] par l'ensemble des acteurs des systèmes juridiques* » et qui ne constitue plus une « *fiction doctrinale* ». J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le dialogue des juges*, *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, op. cit. p. 13.

⁴⁸ *Ibid.* p. 97.

on peut lire parfois sous la plume de certains juristes les termes de « *conversation des juges* », « *dialogue entre juridictions* », « *commerce des juges* », « *forum mondial des juges* », « *pratiques judiciaires globales* », « *migration de raisonnements juridiques* », d’ « *improvisation épistolaire judiciaire* »⁴⁹ ou bien encore « *références croisées entre juridictions* ». Toutes ces expressions montrent qu’il existe en fait plusieurs configurations possibles des échanges entre les juges.

29. Les configurations du dialogue des juges – En prenant des critères différents, on peut classer différents types de dialogues. De manière générale, on a remarqué que le dialogue des juges pouvait être classé en trois grandes catégories. La première d’entre elles retient un critère géographique. Ainsi, on peut distinguer les dialogues interne, européen et international. Le dialogue des juges interne désigne donc le dialogue entre des juges appartenant à un même pays, on a vu qu’il peut s’agir du dialogue entre la Cour de cassation et le Conseil d’Etat. Le dialogue des juges européens quant à lui peut recouvrir plusieurs choses. Il peut s’agir d’un dialogue entre deux magistrats appartenant à deux pays européens différents, mais il peut s’agir aussi, et c’est plus souvent le cas, du dialogue entre un juge national et un juge de la Cour européenne des droits de l’homme, ou de la Cour de justice de l’Union européenne. Enfin, le dialogue des juges international est le plus ouvert en ce qu’il concerne tous les magistrats de la planète. Il peut également correspondre au dialogue entre un juge national et un juge siégeant dans une juridiction internationale.

Autre critère permettant de distinguer les formes de dialogue des juges, le critère d’ordre structurel. Parfois, on peut trouver la distinction entre le dialogue des juges horizontal et le dialogue des juges vertical. C’est le cas par exemple de l’ancien premier président de la Cour de cassation Guy CANIVET, qui traite des « *interactions verticales entre juridictions nationales et internationales* » et de la « *circulation horizontale des normes et modèles* »⁵⁰. Ainsi, les juridictions nationales et internationales s’influencent de manière croisée, en suivant un mouvement ascendant et descendant. Ensuite, les jurisprudences issues des juridictions internationales circulent de manière horizontale entre les juridictions

⁴⁹ *De l’internationalisation du dialogue des juges, Missive doctrinale à l’attention de Bruno Genevois, op. cit.* p. 99.

⁵⁰ Guy CANIVET, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : Éloge de la «bénévolance» des juges*, RSC 2005, no4, pp. 799-817. C’est aussi la distinction qu’opère Laurence BURORGUE-LARSEN dans son article sur *L’internationalisation du dialogue des juges* dans les *Mélanges en l’honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 99.

internationales entre elles ou entre les juridictions internationales et les juridictions nationales.

Une dernière classification des formes de dialogue des juges est donnée par François OST lors d'un colloque en 2006⁵¹. Lors d'une table ronde, il débute en rappelant l'existence d'un dialogue coopératif, dialogue qui s'opère entre la Cour de cassation et les juges du fond, expression empruntée à François RIGAUX. Vient ensuite le dialogue interne que l'on a déjà évoqué, dialogue entre magistrats appartenant à une même juridiction. François OST parle ensuite du « *dialogue à construire* », qui s'opère dans des litiges dont les enjeux sont importants et qui font intervenir des personnes autres que les magistrats comme les *amici curiae*, éclairant ainsi les juges de leur savoir. Enfin, François OST évoque l'existence d'un dialogue historique, dialogue entre les juges dans le temps, par exemple lorsqu'ils reviennent ou réaffirment une solution antérieure. Finalement, il est possible de classer de manière différente les types de dialogue des juges. En croisant les diverses classifications données, on retrouve plus ou moins les mêmes idées de fond. Nous ne retenons pas une classification en particulier et nous parlerons de dialogue des juges de manière globale, puis nous préciserons parfois s'il s'agit d'un dialogue des juges internes, un dialogue international, ou enfin si ce dialogue s'opère dans un mouvement horizontal ou vertical.

Le dialogue des juges constitue une réalité complexe, difficile à appréhender. Il faut désormais cadrer l'objet de cette étude.

⁵¹ *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, *op. cit.* p. 131.

III- LE DIALOGUE DES JUGES, LA COUR DE CASSATION ET LE XXIEME SIECLE

30. L'odyssée juridique – Le dialogue des juges recouvre on l'a vu plusieurs réalités. Il faut désormais exposer l'aspect de ce phénomène qui retient notre attention dans cette étude. Il semble que le dialogue des juges en France apparaît dans les années 2000 et plus particulièrement sous l'impulsion du nouveau premier président de la Cour de cassation Guy CANIVET. Le dialogue des juges connaît une première impulsion à partir de ce moment là et la Haute juridiction verra de nouvelles perspectives d'avenir (A), qui ne seront pas sans conséquence quant à sa place actuelle dans l'organisation juridictionnelle actuelle (B).

A. Changements de perspectives à la Cour de cassation

31. Passé, présent et futur – L'arrivée de Guy CANIVET à la présidence de la Cour de cassation a été un évènement déterminant dans l'avenir de la juridiction⁵². Lors de son

⁵² L'arrivée de Guy CANIVET à la présidence de la Cour de cassation dans un contexte de mondialisation rendant très favorable une ouverture de la juridiction sur l'extérieur retient une grande attention de notre part dans les développements qui suivent. Nous n'entendons pas pour autant réduire la Cour de cassation à cette seule personne.

audience solennelle de rentrée en 1999, le nouveau Premier président n'entend pas rompre avec les années passées de la Haute juridiction, soucieux d'entretenir un lien entre passé et avenir de celle-ci, il désire renforcer la Cour de cassation dans son rôle de Cour suprême (1), mais sa volonté d'ouvrir la Haute juridiction sur l'extérieur sera déterminante dans l'impulsion donnée au dialogue des juges (2).

1) Le renforcement de la Cour de cassation dans son rôle de cour suprême

32. « Dire le droit » - Sur fond de modernisation de la Cour de cassation entreprise par ses prédécesseurs, Guy CANIVET entend recentrer la Haute juridiction dans sa mission de cour suprême, autrement dit celle de dire le droit⁵³. Le premier président de l'époque énonce neuf propositions visant à recentrer la Cour de cassation dans cette mission. Celles-ci peuvent être classées selon qu'elles concernent la Cour de cassation même, les juges du fond ou bien encore le citoyen.

33. La Cour de cassation – Guy CANIVET énonce que la Cour de cassation doit dire le droit en intégrant dans ses décisions les règles communautaires et celles issues de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle doit également le faire avec « sagesse », en « *se donnant le temps et les moyens d'une réflexion ouverte et profonde sur les dossiers qui posent de vraies questions* »⁵⁴. La Cour de cassation doit donc continuer de respecter les règles issues de l'ordre communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme, montrant la volonté du nouveau premier président de faire de la Haute juridiction une juridiction respectueuse des normes qui s'imposent en droit interne et qui

⁵³ L'audience solennelle de rentrée est retranscrite dans le rapport annuel de la Cour de cassation, disponible notamment sur le site courdecassation.fr

⁵⁴ Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, La documentation française, 2000.

demeure ouverte sur l'Europe. Elle doit aussi dire le droit avec « *cohérence* », réduisant autant que possible les divergences internes de jurisprudence, recentrant son rôle d'unification du droit. La Cour de cassation doit également dire le droit afin de garantir le bon dialogue entre elle et les juges du fond.

34. Les juges du fond – Selon Guy CANIVET, la Haute juridiction doit montrer l'exemple aux juges du fond, en respectant une certaine méthode ainsi que les règles du procès équitable. Dans son rôle d'interprète de la loi, elle se doit de préciser « *sa signification dans les espaces d'appréciation, parfois larges, ménagés par le législateur, en la complétant si nécessaire, en l'adaptant autant que possible à l'état des mœurs et à l'évolution économique et sociale* »⁵⁵. Toujours dans le même esprit, la Cour de cassation doit veiller à lever les ambiguïtés d'application de la loi pour les juges du fond qui, au premier rang connaissent « *les contentieux vivants* ». Le premier président a aussi à cœur de développer une justice proche des citoyens.

35. Le justiciable – La Cour de cassation doit enfin dire le droit tout en assurant une certaine sécurité juridique. Ceci se comprend lorsque Guy CANIVET affirme que les juges sont tenus d'être sûrs, constants et prévisibles, sans apporter de changements ou de révolutions inexpliqués. Les décisions qu'ils rendent doivent être « *significatives, claires, explicites, compréhensibles* ». Enfin, tout justiciable doit pouvoir vérifier « *que les grandes questions de société trouvent [...] leur écho, qu'elles y sont traitées en considération des données bien comprises du temps présent* »⁵⁶.

Les objectifs du nouveau premier président sont posés, mais c'est finalement une volonté moins affichée qui va donner l'impulsion au dialogue des juges.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

2) L'ouverture de la Cour de cassation sur l'extérieur

36. La présidence de Guy CANIVET – Guy CANIVET succède à Pierre TRUCHE et devient le premier président de la Cour de cassation en juillet 1999. Son travail à la Cour de cassation a donné un véritable élan à la juridiction dans ses rapports avec l'extérieur. L'ouverture de la Haute juridiction peut s'apprécier notamment à deux égards. Elle est ainsi affichée dans les discours de rentrée solennelle par le haut magistrat et l'illustration de cette ouverture se constate dans les rapports annuels de la juridiction.

37. Une volonté affichée – La volonté du premier président d'ouvrir la Cour de cassation sur l'extérieur, d'en élargir l'influence sur le plan international se constate à travers la lecture des différents discours de rentrée solennelle. Lors de l'audience solennelle de rentrée le 11 janvier 2001⁵⁷, la compétitivité du droit français doit d'abord passer par une réorganisation de la justice en France. Ainsi, derrière l'idée de moderniser le fonctionnement de la justice se trouve le souhait de faire rayonner le droit français sur le plan international. A partir de l'année 2003⁵⁸, le terme de dialogue apparaît très clairement dans la pensée de Guy CANIVET. Le premier magistrat explique que désormais la justice dépasse les frontières pour atteindre une ampleur européenne et internationale. Une nouvelle ère s'amorce avec notamment la construction européenne et le droit français tient une place essentielle dans cette construction. Le dialogue quant à lui est primordial dans une perspective de coopération européenne et internationale entre les autorités judiciaires. En janvier 2005⁵⁹, deux événements viennent appuyer la nécessité d'ouvrir la Cour de cassation à une présence plus importante au-delà des frontières hexagonales. D'abord, l'année écoulée jusqu'alors fut celle du bicentenaire du Code civil. Elle a été l'occasion idéale et privilégiée pour déployer l'importance du droit français dans le monde.

⁵⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation 2000, La documentation française, 2001.

⁵⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation 2002, La documentation française, 2003.

⁵⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2004 : La vérité, La documentation française, 2005.

Ensuite, l'année précédente à été également celle pendant laquelle le rapport *Doing business* a pointé du doigt les éventuelles défaillances du système de droit issu de la tradition romano-germanique. L'influence passée du Code civil français est rappelée avec son anniversaire et ceci est l'occasion d'affirmer que le droit français peut encore être attractif par rapport au droit issu de la *Common law*.

Enfin en 2007⁶⁰, le cinquantième anniversaire de la signature du Traité de Rome est l'occasion de rappeler la formidable avancée des Etats qui ne sont plus cloisonnés, l'existence du régime né de l'Union européenne venu abolir la séparation entre l'ordre interne et l'ordre international. Le haut magistrat relève l'existence d'une coopération verticale entre la Cour de cassation et les juridictions européennes, complétée par une coopération horizontale entre les juges des Etats membres, faisant prendre conscience aux magistrats que leurs décisions peuvent être lues en 23 langues dans 27 pays. Pour Guy CANIVET, la construction européenne constitue un élément déclencheur de la « *circulation des juges* » et la volonté d'ouvrir la juridiction française au dialogue des juges n'est pas demeurée à l'état de paroles.

38. Une volonté concrétisée – Le support qui permet d'apprécier l'évolution de l'activité internationale de la Cour de cassation est le rapport annuel. Depuis l'arrivée de Guy CANIVET à la présidence de celle-ci, on remarque une certaine progression de la part des relations internationales.

Avant 1999, on ne trouve aucune mention de l'activité internationale de la Haute juridiction. Cela ne signifie pas qu'elle n'existe pas, mais elle ne fait pas partie des activités qui sont rendues compte dans le rapport annuel. Le rapport annuel pour l'année 1999⁶¹ ne comporte rien non plus sur cette activité internationale, on note cependant la présence plus importante d'études. Le rapport de l'année 2000⁶² est celui dans lequel un volet « *relations internationales* » apparaît pour la première fois et à partir de l'année suivante, le volet « *activité internationale* » est intégré dans une partie intitulée « *l'activité de la Cour* ». En ce qui concerne l'activité internationale à proprement parler, plusieurs aspects entrent en considération. Il s'agit d'abord des relations qu'entretient la Cour de cassation avec les autres cours suprêmes d'Europe. On retrouve ensuite les relations avec

⁶⁰ Rapport annuel de la Cour de cassation 2006 : *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, La documentation française, 2007.

⁶¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, La documentation française, 2000.

⁶² Rapport annuel de la Cour de cassation 2000, La documentation française, 2001.

les autres cours suprêmes francophones, celles existant avec les autres cours suprêmes du monde.

Enfin, sont répertoriées les conventions de jumelages, les organisations et réseaux de magistrats auxquels appartient la Cour de cassation et les diverses conférences relatives au droit international, européen et comparé. Les relations que la Haute juridiction a tissées avec les juges de toute origine sont sans précédent. Cette progression de l'ouverture des juges sur le monde est le signe d'un dialogue entre les juges. Il faut désormais tenter de déterminer ce qui fera l'objet de la présente étude.

B. La Cour de cassation au cœur du dialogue des juges

39. La délimitation du sujet – Le sujet de cette étude étant la Cour de cassation et le dialogue des juges, la délimitation de celui-ci semble apparaître d'emblée. Pourtant, certaines précisions doivent être apportées car on l'a vu, le dialogue des juges recouvre plusieurs aspects. La première frontière vient du sujet de l'étude, la Cour de cassation française. Ainsi, la thèse qui suit gravitera autour de cette Haute juridiction (1) et ne concernera que la citation de jurisprudence (2).

1) La Cour de cassation comme centre gravitationnel

- 40. Le dialogue entre quels juges ?** – La Haute juridiction de l'ordre judiciaire représente le centre autour duquel on gravitera. Il faut désormais préciser avec quels autres juges la Cour de cassation dialogue.
- 41. Les sujets d'étude** – La Cour de cassation et le dialogue des juges ne laisse guère de suspense quant au sujet de cette étude. Il s'agit donc de la Cour de cassation prise en tant qu'institution judiciaire, mais pas seulement. Il s'agit aussi des juges qui composent cette juridiction, par exemple leur méthode de travail, leurs rapports entre eux ou avec les magistrats d'une autre juridiction. Le sujet peut aussi englober la jurisprudence rendue par cette cour. En effet, il sera souvent fait référence à la jurisprudence de la Cour de cassation. De manière plus diffuse, l'étude porte également sur la personne même du magistrat et certains développements porteront sur la figure du juge dans la société française. La Cour de cassation comprendra donc tous ces sujets à la fois, mais il faut désormais déterminer les rapports qui seront pris en considération par la suite.
- 42. La Cour de cassation et les autres juridictions** – Pour imager les liens qui sont pris en compte dans cette présente étude, on pourrait prendre celle d'une carte des destinations d'un aéroport qui serait dans notre cas la Cour de cassation, et qui offrirait des destinations très variées à travers le monde entier. Ainsi, il s'agira parfois des rapports entre la Cour de cassation avec les autres juridictions françaises, Conseil constitutionnel inclus. Il sera également question des liens entre la Haute juridiction et les juridictions communautaire et européenne. Les liens avec les juridictions internationales seront aussi abordés. Enfin, le dialogue entre la Cour de cassation et ses homologues étrangers retiendront notre intérêt. À un moment avancé de cette analyse, on passera pour ainsi dire de « l'autre côté du miroir » afin de savoir si le juge européen, international ou étranger mobilise la jurisprudence française, ce qui nous amène à délimiter l'objet exact de cette étude.

2) La jurisprudence, matériau premier de l'étude

- 43. Les décisions de justice** – Le jurisprudence constitue le support indispensable de cette étude du dialogue des juges car l'aspect de ce phénomène qui apparaît le plus intéressant à étudier est la citation de jurisprudence. On verra par quel cheminement cet intérêt pour la citation de jurisprudence est apparu et ce qu'on entend à travers cette acception.
- 44. Du dialogue des juges à la citation de jurisprudence** – Débutant des travaux de recherches sur le thème du dialogue des juges, il a été nécessaire d'effectuer une sorte d'inventaire de tout ce qui peut s'apparenter à ce phénomène. Assez rapidement, la citation de jurisprudence, parfois appelée « *influence croisée de jurisprudence* » a retenu notre attention. Lorsqu'on lit des décisions de la Cour de cassation, on retrouve les mêmes sources de droit mobilisées. Avec une lecture plus approfondie grâce aux travaux préparatoires de la décision, on remarque que la jurisprudence fait partie des sources mobilisées par le magistrat. La question qui venait dans une recherche sur le dialogue des juges était celle de savoir si le juge français mobilisait une jurisprudence rendue par un juge n'appartenant pas au même système. Par exemple, arrive-t-il à la Cour de cassation de mobiliser une décision rendue par son homologue allemand ou canadien ? Si le juge français mobilise effectivement des arrêts rendus par d'autres juges, comment ceci se manifeste-t-il dans la décision qu'il rend ? D'autres questions viennent à l'esprit comme la légitimité de ce juge pour s'inspirer d'une autre décision. En tout état de cause, cette mobilisation ne peut s'apprécier qu'à travers la jurisprudence.
- 45. Le dialogue entre quelles jurisprudences ?** – La citation de jurisprudence consiste à trouver dans une décision des références expresses à une jurisprudence extérieure à l'ordre auquel appartient le juge qui a rendu la décision. Le dialogue des juges recouvre cette notion mais elle en diffère sensiblement car il peut s'agir d'une référence à une jurisprudence extérieure, à la différence que celle-ci ne s'observe pas nécessairement dans le corps de la décision. En ce qui concerne cette étude, on parlera de manière indifférente

de dialogue des juges, de citation de jurisprudence ou bien encore d'influence croisée de jurisprudence⁶³. La majeure partie de notre recherche se base donc sur la jurisprudence de la Cour de cassation et plus précisément sur la manière dont les juges de cette juridiction mobilisent d'autres jurisprudences. Mais déterminons d'abord de quelles jurisprudences il s'agit. Il ne sera pas fait une grande place à la jurisprudence rendue par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, sauf pour les rapports entre ces trois juges lors de l'étude sur la question prioritaire de constitutionnalité. Celles qui retiendront le plus d'égards sont les jurisprudences européenne, internationale et étrangère. Ainsi, il sera question des rapports entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Les liens entre la jurisprudence française et celle rendue par certaines juridictions internationales seront abordés.

Enfin, et c'est sans doute l'aspect qui retient le plus d'engouement lors de ces recherches, sont les rapports entre la Cour de cassation et ses homologues étrangers. Explorer la jurisprudence afin de déceler des signes d'inspiration d'une autre jurisprudence est une chose, mais la manière dont s'opère cette influence en est une autre.

Trouver une référence à un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans une décision n'étonne guère, ce qui peut étonner en revanche, c'est lorsque la référence à une autre jurisprudence se fait spontanément. La principale caractéristique du dialogue des juges est la spontanéité, le fait de s'inspirer librement d'une décision rendue par un juge appartenant à un autre pays. Cet aspect est le plus remarquable dans le dialogue des juges. Les magistrats sont amenés à s'inspirer d'autres décisions et les décisions que ces derniers rendent peuvent à leur tour inspirer. En s'attachant essentiellement à la Cour de cassation, les jurisprudences des autres juridictions ne sont par conséquent pas étudiées de manière aussi complète. Le choix des juridictions pouvant dialoguer avec la Cour de cassation est plutôt vaste, permettant ainsi d'observer si le dialogue des juges revêt les mêmes caractéristiques selon l'ordre concerné.

46. Plan – Partant à la recherche de références à des décisions rendues par un juge international, européen et étranger, certains moments d'enthousiasme ont laissé place à des moments de doutes. Des doutes sur l'existence même d'un dialogue des juges, car dans les décisions et les travaux préparatoires diffusés sur le site internet de la Cour de cassation, on ne fait pas de découvertes capitales.

⁶³ Précisons que le terme de jurisprudence s'entend de « *la collection concordante des solutions des arrêts des juridictions suprêmes (la jurisprudence des arrêts, usus fori), la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit* ». (*Jurisprudence, Revue critique*, Lextenso éditions, n° 1, 2010).

Il s'avère au fur et à mesure des recherches, que la citation de jurisprudence constitue un phénomène en pleine éclosion. Bien que le dialogue des juges n'en soit pour l'heure qu'à ses premiers balbutiements, certaines conditions actuelles sont favorables à son développement et à son épanouissement. Aussi, les prémisses d'un dialogue des juges sont liées notamment à l'utilisation croissante du droit comparé par le juge. La science comparative incarnant sans nul doute la genèse du dialogue des juges. Le magistrat s'intéresse d'abord au droit d'un autre Etat bien avant de mobiliser la jurisprudence de celui-ci.

Par ailleurs, le mouvement de modernisation des moyens de communication a joué un rôle primordial dans la diffusion des décisions de justice, permettant de rationaliser le dialogue des juges. Par conséquent, ce sont les quelques références à une autre jurisprudence, mais surtout les citations d'éléments de droit comparé ou des « *droits venus d'ailleurs* »⁶⁴ qui permettent de rendre compte de l'existence d'un dialogue des juges naissant. Même s'il n'est qu'un phénomène en construction, le dialogue des juges apporte quelques changements quant au statut de la Cour de cassation. En effet, si l'on se place « de l'autre côté du miroir », autrement dit du côté des autres juges (européens, international, étrangers), on remarque que la jurisprudence française est mobilisée. On ne peut que constater qu'en se développant davantage, un véritable système de référencement croisé pourrait voir le jour dans la constellation mondiale des juridictions. Par ailleurs, et sur un plan plus prospectif, le dialogue des juges pourrait devenir un nouvel instrument au service des magistrats.

La démarche entreprise consiste davantage à étudier les manifestations concrètes du dialogue des juges. Aussi, en mettant l'accent sur le fonctionnement réel du phénomène étudié, une place bien moindre est accordée à la théorie ainsi qu'aux analyses qui peuvent en découler.

Si donc le dialogue des juges ne vit que ses premiers balbutiements, il offre et ne manque pas d'offrir à l'avenir un nouveau visage de la jurisprudence française.

PARTIE 1 : Aux soubassements de l'influence croisée des jurisprudences

PARTIE 2 : L'impact du dialogue des juges sur la Cour de cassation

⁶⁴ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 44.

PARTIE 1 : AUX SOUBASSEMENTS DE L'INFLUENCE CROISEE DES JURISPRUDENCES

47. L'image de la construction – Le terme de soubassement est généralement employé dans les domaines de l'architecture et du bâtiment. Il se rapporte à la partie inférieure d'un édifice, d'une construction, massive et continue, située au dessus du niveau du sol, formée de plusieurs assises, reposant sur les fondations, et servant de base, de support aux parties supérieures⁶⁵. Les termes de soubassement et de construction ne semblent pas, à première vue, se rapprocher de la science juridique. Pourtant, le droit actuel est le fruit d'un passé assez lointain, et le droit de demain ne sera pas exactement le droit d'aujourd'hui, car il est en perpétuelle construction. L'histoire du droit est d'ailleurs la discipline qui illustre le mieux cette évolution continue. Les recherches en histoire du droit se sont développées à partir des Temps Modernes, devenue une discipline académique se fondant sur le postulat de l'historicité du droit au XIXème siècle⁶⁶. Pourtant, dès l'Antiquité, on trouve des traces d'un intérêt pour l'histoire du droit. C'est le cas notamment avec Aristote. La « *perspective historique dans l'étude du droit* » prend davantage d'ampleur avec les humanistes de la Renaissance⁶⁷. Ainsi, la construction et l'histoire sont inextricablement liés, et le dialogue des juges, objet de notre étude, n'en ai qu'à ses premiers balbutiements.

48. Le dialogue des juges en construction – Les influences croisées de jurisprudences

⁶⁵ Le terme de soubassement est encore employé en géologie. Représentant ainsi le socle profond du sous sol, sur lequel reposent les couches de terrain sédimentaire de couverture. En ébénisterie, il est le support horizontal d'un revêtement d'un sol, ou d'un meuble.

⁶⁶ ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF v° histoire du droit.

⁶⁷ *Ibid.*

représentent le dialogue des juges au sens où nous l'entendons. Gravitant autour de la Cour de cassation, nous nous intéressons au fonctionnement de cette juridiction, dans ses relations avec les juridictions étrangères et européennes. Au commencement de cette étude, l'optimisme plein l'encrier, nous étions partis du postulat selon lequel le dialogue des juges entre la Cour de cassation et les juridictions étrangères existait. En réalité, les recherches ont d'abord débuté par une inspection de l'état actuel du droit et lorsque qu'il a été remarqué des manifestations de ce qu'il semblait être un dialogue des juges, il ne s'agissait en fait, que des premiers signes d'un dialogue des juges en construction. Au fil des recherches, une théorie s'est peu à peu dégagée.

49. La naissance d'une théorie – D'un point de vue chronologique, si l'on se réfère à l'évolution des recherches que nous avons effectuées, le livre de bord ferait état de l'apparition d'une théorie relative à la naissance du dialogue des juges.

Au commencement, les recherches étaient centrées sur la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Il est apparu certaines manifestations d'un dialogue entre le juge français et les juges européens et étrangers. Ayant en tête le sentiment de son existence, nous nous sommes intéressés à la façon dont il a pris naissance. Plus tard, en étudiant un peu plus profondément les manifestations concrètes de ce dialogue des juges, l'optimisme du départ à laissé place à des moments de doute. Le dialogue des juges tel qu'on le perçoit n'existe pas encore. Ce que nous pensions être un dialogue des juges ne sont que des signes précurseurs de celui-ci. En bref, le droit actuel est en train d'assister à la naissance d'un véritable dialogue des juges, telle est la théorie qui a pris naissance au fil de nos investigations.

Cette partie retrace ainsi l'histoire de la naissance du dialogue des juges. Aujourd'hui le terrain semble propice à la naissance d'un tel dialogue, mais il a fallu se demander comment ce terrain s'est dégagé.

Ainsi, une pré-histoire du dialogue des juges a été menée, afin de savoir si dans le passé de la Cour de cassation, il existait des signes avant coureurs de dialogue avec un juge étranger. On peut ainsi dégager les prémisses du dialogue des juges (titre 1), auxquelles ont succédé les manifestations naissantes du dialogue des juges (titre2).

Titre 1 : Les prémisses d'un dialogue des juges

Titre 2 : Les manifestations naissantes du dialogue des juges

TITRE 1 : LES PREMICES D'UN DIALOGUE DES JUGES

50. Voyage dans le temps – Actuellement, il s'opère un changement dans la méthode de travail du juge français. Le terrain est propice à la naissance d'un véritable dialogue des juges. Il serait intéressant de rechercher la façon dont on est arrivé à une telle situation. Pour ce faire, un voyage dans l'histoire de la Cour de cassation est nécessaire afin de pouvoir remonter aux prémisses du dialogue des juges. Le périple débute logiquement aux débuts de la haute juridiction, c'est-à-dire à la fin du XVIIIème siècle. Il se poursuivra jusqu'à nos jours, afin de pouvoir apprécier comment les méthodes de travail des magistrats de la Cour de cassation ont évolué, et sont en passe d'évoluer vers un intérêt certain pour les décisions rendues par un homologue étranger. La méthode consistera à travailler à partir d'arrêts anciens de la Haute juridiction et des travaux préalables le cas échéant.

A travers cette étude historique, une thèse prend forme.

51. Le droit comparé, genèse du dialogue des juges – Au fil des recherches nous nous apercevons qu'avant de s'inspirer directement d'une décision de justice étrangère, le juge a d'abord exploité le droit comparé. Il s'est d'abord inspiré du droit comparé avant de mobiliser la jurisprudence étrangère. Cette évolution est difficile car il faut déterminer à partir de quand le juge français mobilise un autre droit. Il faut ensuite apprécier l'évolution qui s'est opérée dans la méthode de travail du juge.

Il s'est d'abord intéressé à la loi étrangère et peu à peu, il a commencé à pratiquer en quelque sorte le droit comparé à travers l'activité internationale de la Cour de cassation et l'utilisation de l'outil informatique dans la vie du magistrat, qui a désormais accès aux autres jurisprudences. Les deux chapitres rendent compte de cette évolution de l'utilisation

de la science comparative par le juge, d'abord en opérant une approche historique de l'utilisation du droit comparé par le juge (chapitre 1), puis en mettant l'accent sur les facteurs de rationalisation du dialogue des juges (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'approche historique de l'utilisation du droit comparé par le juge

CHAPITRE 2 : Les facteurs de rationalisation du dialogue des juges

CHAPITRE I : L'APPROCHE HISTORIQUE DE L'UTILISATION DU DROIT COMPARE PAR LE JUGE

52. La démarche entreprise – L'influence croisée des jurisprudences est le résultat d'une lente évolution. Notre démarche consiste à démontrer que le dialogue des juges a pour genèse le droit comparé. Aujourd'hui, le magistrat fait souvent appel à des éléments de droit comparé avant de trancher un litige. A côté des textes de lois, des diverses jurisprudences, de la doctrine, ce sont désormais les décisions étrangères qui intéressent le juge.

Avant d'arriver à cet état des choses, il a fallu que le droit comparé se développe en France. L'approche historique consiste ici à tenter de déterminer à partir de quand le magistrat mobilise cette science comparée. L'entreprise est difficile et il apparaît que l'ouverture du juge sur les autres droits a été plutôt tardive.

Nous avons pris le parti de diviser cette évolution en deux grandes phases. En effet, on remarque que l'intérêt pour le droit comparé prend naissance avec notamment l'application des règles de droit international privé et le développement de la science comparée. Ainsi, dans un premier temps, le droit comparé semble transcender la fonction judiciaire (section 1), avant de lui devenir intrinsèque (section 2).

Section 1 : Le droit comparé transcendant la fonction judiciaire

53. Aux balbutiements de nos recherches – La transcendance désigne ce « *qui suppose un principe extérieur et supérieur* »⁶⁸. La transcendance ici doit plutôt se comprendre comme ce qui s’élève au-dessus d’une limite, d’un niveau donnés. Nous tenterons de démontrer, arrêts et travaux préparatoires de la Cour de cassation à l’appui, que le juge judiciaire est apathique aux droits étrangers (§1). Après avoir analysé un échantillon de décisions, nous essaierons d’apporter des explications à cette « apathie » aux droits étrangers dans le travail du juge (§2).

⁶⁸ *Le Robert de poche 2011*, v° Transcendance.

§1) L' « apathie » du juge judiciaire aux droits étrangers

54. Plan – Quel que soit le sens dans lequel nous prenons le terme « *apathie* », nous retrouvons toujours l'idée d'inertie, de passivité⁶⁹. Dire du juge judiciaire qu'il est apathique aux droits étrangers peut paraître sévère. Pourtant, l'apathie face à l'utilisation d'un droit étranger est toujours mieux que l'absence totale d'une telle utilisation. Ainsi, le juge ne va pas s'inspirer spontanément d'un droit étranger pour trancher un litige (A), mais il va parfois devoir connaître ce droit étranger pour régler un conflit de lois, à travers l'application du Droit international privé (B).

A. L'absence d'utilisation spontanée du droit étranger

55. Démarche entreprise – Afin de constater l'apathie du juge judiciaire face aux droits étrangers, nous étudierons un panel de décisions prises au hasard datant du début de l'activité judiciaire de la haute cour. La recherche de ces décisions s'effectue à partir de recueils de jurisprudence de l'époque. Feront partie de cet échantillonnage des décisions antérieures à 1804, mais aussi quelques travaux préparatoires de l'époque. Les traits de notre démarche à peine dessinés, se profilent déjà certaines difficultés. Si les décisions de la Cour de cassation ne sont pas très longues, même après 1804, elles ne suffisent pas à une étude

⁶⁹ Le dictionnaire Le Robert définit le terme d'apathie en ces termes : « *Incapacité d'être ému ou de réagir (par mollesse, etc)* ».

sur les sources utilisées par le juge judiciaire. Il faut en effet aller plus loin, avec l'étude des travaux préparatoires des décisions. Ceux-ci ne sont que très difficilement accessibles. Certains ouvrages comme celui du jurisconsulte DENEVERS et de l'avocat DUPRAT se présentent comme étant un recueil des arrêts de la Cour de cassation, mais aussi comme un journal des audiences de la juridiction⁷⁰. Sans doute plus que les décisions elles mêmes, le journal des audiences sont d'une richesse qui nous aidera dans notre démarche. L'absence d'utilisation d'un droit étranger se constate tant dans les décisions de la juridiction (1), que dans les travaux préalables (2).

1) L'absence dans les décisions de la Cour de cassation

56. Premières décisions, premiers témoignages de l'apathie – Il s'agit ici de prendre un échantillon des premières décisions rendues par la Cour de cassation. Nous prendrons celles ci dans notre éprouvette en respectant l'ordre chronologique. Les décisions sélectionnées n'étant pas relativement longues, il sera parfois fait état des faits de l'espèce⁷¹.

⁷⁰ Les arrêts et travaux préparatoires ont été également cherchés dans les recueils Lois et arrêts qui sont divisés en plusieurs volumes, généralement un volume pour quelques années judiciaires. En tout, sept volumes ont été fouillés (allant de 1791 à 1850). Les arrêts ont été sélectionnés de façon aléatoire, parfois à partir des mots clés figurant dans la table des matières. Les recherches ont également eu pour support les recueils de jurisprudence Dalloz, dont le nom a évolué au fil des années : 1791-1824 : Journal des audiences de la Cour de cassation ou Recueil des principaux arrêts rendus par cette cour en matière civile et mixte. 1825-1902 : Jurisprudence générale en matière civile, commerciale, criminelle. 1903-1923 : Dalloz Jurisprudence générale. 1924-1944 : Idem, publié avec Dalloz Recueil hebdomadaire de jurisprudence en matière civile, commerciale, administrative et de droit public. 1945-1955 : Recueil Dalloz analytique et critique de doctrine, de jurisprudence et de législation. 1955-1956 : Recueil Dalloz et Recueil Sirey. 1956-1964 : Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation. 1965-1996 : Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation. 1997-1999 : Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation. 1999- : Dalloz.

⁷¹ La méthode employée peut sembler périlleuse car il serait possible d'effectuer une recherche similaire aujourd'hui et de constater le même résultat. Sur les décisions étudiées en tout cas, l'absence de référence à un droit étranger est flagrante et c'est surtout le style des décisions de l'époque qui révèlent la faible probabilité de trouver des références au droit étranger.

Dans une première espèce⁷², un juge de paix avait été poursuivi disciplinairement par le tribunal correctionnel de la Lozère, pour avoir abusé de ses fonctions en décernant des mandats contre divers individus. Ce dernier a été condamné au versement de dommages et intérêts, et forma par la suite un pourvoi en cassation. Par un arrêt du 5 octobre 1792, le tribunal de cassation censure les juges du fond, et affirme notamment que les juges saisis de la poursuite disciplinaire contre un magistrat ou un officier public ne peuvent pas connaître accessoirement d'une demande en dommages et intérêts de la part d'une partie lésée. Il s'agit ici de la procédure de prise partie, prévue par une loi des 16 et 29 septembre 1791. L'arrêt est relativement succinct, et une seule note figure en dessous de celui-ci, explicitant simplement la solution retenue eu égard à la jurisprudence existante à la date à laquelle cette note a été faite.

Dans les espèces concernant la matière pénale, on retrouve des arrêts relativement courts. Le 25 octobre 1792⁷³, le tribunal de cassation casse la décision de juges qui avaient appliqué à un vol fait dans l'écurie d'une maison habitée, la peine de quatre années de fers normalement prévue pour le vol commis dans un terrain clos et fermé qui tient à une maison habitée. Le tribunal se contente d'affirmer que les juges du fond ont appliqué un article à un cas qu'il ne prévoyait pas. Toujours dans l'infraction de vol, mais cette fois dans un arrêt du 20 janvier 1799⁷⁴. Le tribunal criminel de l'Aube avait condamné à mort Paul Vilain pour avoir commis un vol avec effraction dans l'écurie d'une maison habitée. Le tribunal casse cette décision car le texte prévoyant la peine capitale ne s'applique qu'au vol par effraction commis dans la maison habitée, et non dans un édifice dépendant de celle-ci. L'exposé des motifs est désormais plus explicite, les juges précisant même que la loi relative à cette peine est « *on ne peut plus précise* ». De l'écurie au cabaret, un arrêt du 27 mars 1801⁷⁵ relatif à la violation de domicile, affirme que la gendarmerie a le droit de s'introduire dans les cabarets, pendant les heures d'ouverture, pour y rechercher des individus, les procès verbaux dès lors établis ne pourraient être annulés sous prétexte qu'elle aurait agit illégalement et sans ordonnance de l'autorité compétente. Là encore, les juges censurent une fausse application

⁷² Cass. 5 octobre 1792, Lois et arrêts 1791- an XII, page 3. La procédure de mise à partie existe encore aujourd'hui, elle est réglementée par le nouveau code de procédure civile, et par le code de l'organisation judiciaire.

⁷³ Cass. 25 octobre 1792, Lois et arrêts 1791- an XII, page 11. La note insérée fait une comparaison entre le Code pénal de 1791 et celui de 1810.

⁷⁴ Cass. 20 janvier 1799, Lois et arrêts 1791- an XII, page 219.

⁷⁵ Cass. 27 mars 1801, Lois et arrêts 1791- an XII, page 443.

de la loi. Les notes accompagnant les arrêts sont plus nombreuses et plus riches. Celle de cette décision opère un rappel sur la règle de l'inviolabilité du domicile, et de ses exceptions⁷⁶. Si notre haute juridiction devient la Cour de cassation en 1804, son changement de statut ne se remarque pas particulièrement lorsqu'on lit les arrêts postérieurs à cette date. Prenons par exemple un arrêt rendu le 27 mars 1811 à propos du droit des successions. La section civile de la Cour a censuré les juges du fond pour contravention à la loi, et affirme que l'héritier qui a payé le montant d'une contrainte provisoire décernée contre lui n'est aucunement dispensé de passer une déclaration détaillée des forces de la succession. L'arrêt n'est pas reproduit en entier dans le recueil, car on peut lire « *CASSE, etc.* », mais la structure est sensiblement la même que les arrêts passés. La seule différence que l'on peut noter est le fait que la Cour précise qu'elle a statué sur les conclusions de tel avocat général.

A partir des années 1813, les arrêts sont presque reproduits dans leur entier. Apparaissent alors les « *considérant que* » et les « *attendu que* », et avec eux, un peu plus de facilité dans la compréhension des décisions. Qu'il s'agisse d'arrêts sur le droit de la famille, le droit commercial ou le droit pénal, on ne trouve aucune trace d'un droit étranger. Si la rédaction des décisions a évolué, elle laisse apparaître une fidélité des juges à la loi, et révèle aussi l'absence totale de référence à un droit étranger. Les traces d'une inspiration non-française sont peut être ailleurs.

2) *L'absence dans les travaux préalables*

57. La piste des travaux préparatoires – Les travaux préparatoires effectués par l'avocat

⁷⁶ Dans cette même note, on retrouve même une référence à la doctrine de l'époque.

général et par le conseiller rapporteur sont aujourd’hui beaucoup plus accessibles⁷⁷. Au XIXème siècle, dans certains recueils comme le Dalloz Sirey, les travaux préparatoires sont parfois reproduits. Par exemple, pour un arrêt du 11 novembre 1895⁷⁸ rendu par la chambre des requêtes, on trouve avant l’arrêt lui-même le rapport du conseiller rapporteur PETIT, puis les conclusions de l’avocat général CRUPPI. Avant de rechercher en détails les sources qui sont utilisées par les deux auteurs de l’époque, on peut noter la particularité de la méthode employée par les auteurs de ce recueil. En effet, avant l’arrêt et les travaux préparatoires, on peut lire l’opinion d’anciens bâtonniers sur la décision de la jeune Cour. Pour ce qui concerne le rapport du conseiller rapporteur, il est présenté de la façon suivante : « *A l’audience de la chambre des requêtes de la cour de cassation, M. le conseiller rapporteur Petit s’est exprimé dans les termes suivants :* ». Dans cette espèce, le conseil de discipline des avocats de la cour d’appel de Montpellier avait refusé l’inscription au tableau de personnes licenciées en droit et ayant prêté leur serment pour être avocat, car ils auraient exercé la profession d’agent d’affaires. Dans son rapport, le conseiller PETIT se réfère à plusieurs décrets ainsi qu’à une ordonnance ayant un lien avec la profession d’avocat. Il se réfère encore à des décisions du conseil de l’ordre des avocats de Paris, et à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation elle-même⁷⁹. Les conclusions de l’avocat général, quant à elles, se réfèrent au répertoire Dalloz, à la jurisprudence des conseils de disciplines, mais encore à celle des cours d’appel⁸⁰, ainsi qu’un arrêt du Conseil d’État. Dans certains recueils, on ne trouve que le rapport du conseiller ou les conclusions de l’avocat général. De manière générale, on remarque un style assez particulier dans les travaux préparatoires. Parfois, ils donnent l’impression d’entendre son auteur à la lecture de ses travaux car ceux-ci

⁷⁷ Les travaux préparatoires sont disponibles sur le site de la Cour de cassation, en annexe d’un arrêt rendu par l’assemblée plénière et la chambre mixte. On peut également les retrouver dans certaines revues juridiques, lorsque la Doctrine, universitaire ou savante, commente un arrêt. Mais malgré sa difficile accessibilité, c’est l’intranet du site du ministère de la justice qui permet le mieux d’avoir accès aux travaux préparatoires.

⁷⁸ Ch. Req. 11 novembre 1895, Dalloz Sirey année 1897, p. 72.

⁷⁹ Dans son rapport, le conseiller Petit se réfère à un arrêt qui avait été rendu le 8 janvier 1868 en précisant qu’il avait été rendu sous la présidence de M. Troplong, avec M. Quesnault comme rapporteur, et M. Raynal comme avocat général. Il serait intéressant de savoir comment les conseillers et avocats avaient accès à ses travaux.

⁸⁰ Parmi les arrêts de cours d’appel, M. Quesnault souligne une décision du 18 juin 1823 rendu par la cour d’appel d’Amiens, en précisant : « *Il y a dans l’ancienne jurisprudence un arrêt qui n’a point, il est vrai, l’autorité des décisions émanant de vous, mais qui cependant par sa date et sa teneur a, au point de vue de la question que vous avez à juger une importance assez considérable* ». A défaut d’y avoir déjà un dialogue des juges au sens où nous l’entendons dans l’objet de notre étude, on trouve cependant un dialogue entre les juges du fond et la Cour de cassation.

sont retranscrits tels qu'ils ont été prononcés, comme peuvent l'être les actes d'un colloque. Parfois encore, il peut s'agir d'un style très écrit, littéraire, qui se rapprochent des travaux contemporains.

Dans les deux configurations, on remarque que les sources utilisées par eux sont sensiblement les mêmes. Ainsi, la loi et les travaux préparatoires à celle-ci font régulièrement l'objet de développements⁸¹. La jurisprudence des cours d'appel et de la Cour de cassation occupent une place essentielle. Enfin, la doctrine est souvent mise en avant, à des degrés plus ou moins différents⁸². De temps à autre, les travaux préparatoires sont retranscrits de façon indirecte. C'est le cas de certaines notes d'arrêts, dans lesquelles les auteurs précisent que tel ou tel rapporteur ou conseiller avait fait telle ou telle observation. Il est en effet ainsi pour un arrêt de la chambre des requêtes du 26 mars 1878⁸³. L'auteur de la note, A. BOURGUIGNAT, précise que « *Dans les observations qui ont préparé le nouvel arrêt ici reporté et qui sont reproduites ci-dessus dans le corps de l'article, M Demangeat, conseiller-rapporteur, a fait remarquer avec justesse, d'une part, que, dans les agissements des obligataires intimés, il n'y avait rien eu de contraire à la maxime : nul, en France, ne plaide par procureur* ». Plus loin, nous pouvons lire « *En ce qui touche le premier point, la doctrine et la jurisprudence relatées par le savant magistrat (...) établissent clairement le sens et la portée du brocard sus énoncé...* ». Encore des références à la jurisprudence et la doctrine, avec cependant une appréciation apportée aux travaux préparatoires par l'auteur de la note⁸⁴.

Cette mode qui consiste à reprendre indirectement les travaux préparatoires se poursuit, et à partir de 1811, la présentation du recueil Lois et arrêts évolue. Les auteurs présentent le sujet de l'arrêt classiquement sous quelques mots, mais formulent ensuite une question de droit, à

⁸¹ Dans le rapport d'un arrêt du 20 avril 1901 (Dalloz Sirey année ? p. 370), le conseiller Accarias se reporte aux travaux législatifs d'un texte de 1863 relatif au nantissement. Dans les conclusions de M. Merillon à propos d'un arrêt du 5 août 1912, les débats sont centrés sur trois documents législatifs relatifs au droit de propriété.

⁸² Pour les trois arrêts cités, il est fait référence à Aubry et Rau, à Demolombe, Laurent, Baudry-Lancanterie et Barde, Guillouard, Lyon-Caen, Barbier, Josserand. La pensée des auteurs est retranscrite, synthétisée, mais cela ne concerne jamais un droit étranger.

⁸³ Ch. Req. 26 mars 1878, Lois et arrêts 1791 – an XII, p. 17.

⁸⁴ L'appréciation des travaux par l'auteur de la note est flatteuse, car le conseiller-rapporteur rapporte « *avec justesse* », « *fait observer avec raison* ». La note est plutôt longue, et l'auteur reprend les propos des magistrats à la manière journalistique. A. Bourguignat donne même un point de vue critique sur la décision. On peut lire à la page 19 « *Les deux questions que nous venons d'examiner, soulevées et résolues dans un sens contraire au notre, dans le rapport de M. Demangeat, sont laissées de côté par notre arrêt* ».

laquelle la décision reproduite répond⁸⁵. Il ne s'agit pas de notes à proprement parler, car leurs observations font l'objet de développements en caractère normal, et précèdent la décision elle-même⁸⁶. Nous pouvons donner l'exemple de l'arrêt rendu par la section civile de la Cour de cassation le 8 juin 1813, dans lequel il était question de la reconnaissance d'un enfant naturel par une personne mineure⁸⁷. Dans les développements précédents la décision, l'auteur de la note retrace les faits et la procédure, incluant même la motivation de la Cour d'appel, avant de débattre lui-même sur la solution ainsi retenue par les juges du fond, et celle que devrait adopter la Cour de cassation. Vers la fin du raisonnement, l'auteur reprend quelques observations faites par l'avocat général Monsieur Joubert. Ce sont ses propos qui semblent être repris, puisqu'on peut lire « *M. Joubert, avocat général, a pensé que les trois moyens présentés par les demandeurs étaient également mal fondés, et que le dernier était même le seul qui méritât un examen sérieux. Pour établir, a-t-il dit, qu'il est défendu aux mineurs de reconnaître une paternité... ».*

Les minces références aux travaux préparatoires, mais leur richesse quand ils existent, nous permettent d'exclure, pour l'échantillonnage de décisions étudiées, toute trace de droits étrangers. Les sources les plus utilisées sont la loi, et la doctrine⁸⁸.

Le droit étranger ne fait pas partie du quotidien du magistrat de l'époque et sa rencontre avec celui-ci se fait à travers le droit international privé.

⁸⁵ A partir de 1835, on remarque un retour à la présentation antérieure du recueil.

⁸⁶ Les arrêts ne sont pas reproduits en entier, et le sont dans une police bien plus petite que les développements apportés.

⁸⁷ Cass. 8 juin 1813, Lois et arrêts 1813, p. 360.

⁸⁸ Pour l'arrêt en question, c'est la définition de Pothier sur les quasi-délits qui est reprise.

B. La rencontre du droit étranger à travers le droit international privé

58. La rencontre forcée – Le juge de la Cour de cassation n'utilise pas spontanément un droit étranger et l'occasion à laquelle il peut être amené à rencontrer un autre droit est lorsqu'il fait application du droit international privé. Le droit international privé ne se confond pas avec le droit étranger ou le droit comparé mais il apparaît être une passerelle vers l'intérêt du juge à un autre droit que le sien, même s'il est contraint de s'y intéresser. Des liens existent donc entre le droit international privé, le droit étranger et le droit comparé (1) mais les exemples de rencontres avec un droit étranger demeurent rares (2).

1) *Droit international privé, droit étranger et droit comparé*

59. Des disciplines inextricablement liées – Notre théorie sur la naissance du dialogue des juges consiste à dire qu'avant de s'inspirer directement d'une jurisprudence étrangère, le juge est passé par certaines étapes. Le juge s'est d'abord essentiellement basé sur des sources internes, puis peu à peu sur des sources européennes et étrangères. La science comparative serait donc la genèse du dialogue des juges. Seulement, en remontant dans le passé, on s'aperçoit que la science comparative ne s'est pas encore développée, et que le juge se retrouve face à des litiges mettant en œuvre le droit international privé. Sans doute « *genèse de la genèse* », le droit international privé est une discipline qui est très ancienne

et constitue la forme la plus primitive de dialogue des juges⁸⁹. On peut se demander alors si l’application d’une matière comme le droit international privé implique un dialogue des juges ? Le droit international privé intervient dans certaines conditions. Lorsqu’une situation « *présente des liens avec plusieurs ordres juridiques* », la méthode dite « *conflictuelle* » permet de « *déterminer lequel de ces ordres juridiques fournira la ou les règle(s) substantielle(s) aptes à régir cette situation internationale. A cet effet, une règle de conflit est instituée pour résoudre le conflits de lois* »⁹⁰. La mise en œuvre de la méthode conflictuelle consiste à suivre trois étapes : la qualification, la sélection de la règle de conflit et l’identification de la loi applicable. Dans certaines situations, le juge devra appliquer la loi étrangère. Dans ce cas là, on ne peut pas affirmer qu’il existe un dialogue des juges. En effet, à l’époque des décisions étudiées, la loi étrangère n’avait pas le même statut qu’aujourd’hui. Considérée comme un élément de fait, il appartenait aux parties le soin d’en établir la teneur. Par conséquent le juge n’était pas encore à cette époque dans une démarche comparatiste. Finalement, hormis les cas d’application d’une convention avec un autre pays, le juge français n’est que très peu amené à s’intéresser au droit étranger.

Aujourd’hui, les liens qu’entretiennent le droit international privé et le droit comparé ne sont pas clairement définis, et il semble que la pratique du dialogue des juges apporte un nouveau regard sur leurs relations. Le droit international privé implique-t-il une démarche comparatiste ?

60. Entre rivalité et complémentarité – Le droit international privé et le droit comparé sont deux disciplines distinctes. Le droit international privé est « *la branche du droit privé dont l’objet est d’apporter un règlement approprié aux relations privées présentant un caractère international* »⁹¹. Le droit comparé quant à lui, peut se définir comme étant la

⁸⁹ Il est difficile de dater l’apparition du droit international privé. Il existe certaines études relatives à l’histoire de cette discipline comme celle d’Eduard Maurits MEIJERS, *Etudes d’histoire du droit international privé*, CNRS 1968. L’auteur a réalisé une étude sur l’histoire du droit international privé en France et aux Pays-Bas aux XIIIème et XIVème siècles. Il existe également un ouvrage de Jean BEYSSAC intitulé *Droit romain : des conflits de lois à Rome ; Droit français : des brevets d’inventions en droit international privé*, Imprimerie Cadoret 1888 ; LAINE, *Introduction au droit international privé*, 2 vol., Paris 1888 ; La Revue critique de droit international privé date de 1905 et le Journal du droit international privé date de 1874.

⁹⁰ Sandrine CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz 2^{ème} édition, 2010, p. 9.

⁹¹ Bertrand ANCEL, *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), PUF v° *Droit international privé*.

science qui consiste à comparer les grands systèmes juridiques du monde⁹². Certains auteurs se sont interrogés sur le fait de savoir si ces deux matières étaient rivales ou alliées⁹³. La réponse n'est jamais clairement tranchée, et il semblerait qu'à certains points de vue, les deux disciplines sont tantôt rivales, tantôt alliées. Par exemple pour Bénédicte FAUVARQUE-COSSON « *confronter le droit international privé et le droit comparé peut paraître surprenant* » car la connaissance du droit étranger est essentielle à la mise en œuvre du droit international privé, par exemple pour régler un conflit de lois⁹⁴. Connaître le droit étranger implique une démarche comparatiste. Pour l'auteur, les deux matières sont « *complémentaires et même interdépendantes* ». D'après Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, nos deux alliées deviennent rivales à partir du moment où le droit comparé a changé d'objectif. Avec les idées de SALEILLES et LAMBERT, le but est de parvenir à un droit universel unifié grâce au droit comparé. Mais les objectifs ont été révisés et désormais le droit comparé n'aurait plus comme fonction d'unifier le droit.

D'un point de vue chronologique, le droit international privé est apparu avant la science comparée, et en l'appliquant, les magistrats ont été amenés à connaître un droit étranger. Le dialogue des juges, une fois né, pourrait apporter un nouveau regard sur les deux disciplines.

61. L'apport du dialogue des juges – Toujours dans le même article, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ouvre implicitement la voie à un dialogue des juges. Pour ne pas que le droit international privé et le droit comparé demeurent rivales, elle propose que chacune de ces deux disciplines révisent leurs ambitions. Elle pense que le droit comparé a pour mission de révéler l'existence d'autres sources du droit « *qui ne constituent pas encore du droit positif, voire de leur conférer une fonction normative* ». Nous reprenons

⁹² Le Dictionnaire de la culture juridique définit le droit comparé comme étant « *une discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits, c'est-à-dire des systèmes juridiques et institutions juridiques des divers Etats ou groupes d'Etats* ».

⁹³ Voici quelques exemples de contributions sur le sujet : Henri BATIFFOL, *Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit*, RIDC 1970 N°4 pages 661-674 ; Arthur TAYLOR VON MEHREN, *L'apport du droit comparé à la théorie et à la pratique du droit international privé*, RIDC 1977 N°3 pages 493-500 ; George A. BERMAN, Le droit comparé et le droit international : alliées ou ennemis ? Texte de conférence accessible sur le site de la Cour de cassation à ce lien :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2003_2035/conference_version_8336.html

⁹⁴ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux*, RIDC 2000 N°4 pages 797-818. En 2003, elle a également traité de ce sujet lors d'une conférence à la Cour de cassation dont le texte est visible au lien suivant :

http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2003_2035/conference_version_8336.htm

cette idée forte pour l'objet de notre étude. En s'inspirant d'un autre droit que le droit national, le juge français participe à la naissance d'un dialogue avec des magistrats étrangers. Peu à peu, la source qu'il mobilisera est la jurisprudence, et en s'inspirant d'une décision rendue par un juge étranger, et si cette décision a été déterminante dans la résolution du litige, celle-ci va en quelque sorte devenir du droit positif dans un autre pays que le sien. En allant plus loin dans le raisonnement, si l'influence croisée des jurisprudences se développe, on peut se demander si le dialogue des juges ne va pas aboutir à une convergence des droits.

Quant à l'apport du dialogue des juges en droit international privé, on peut penser que la meilleure connaissance d'une décision étrangère pourrait faciliter la résolution des conflits soulevés en droit international privé. D'abord, eu égard à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation quant à la loi étrangère dans un conflit de lois, un débat a lieu entre les parties et le juge relativement à l'établissement de la teneur du droit étranger. On peut se réjouir de ce dialogue qui va contribuer à une bonne application de la loi étrangère. Par ailleurs, toujours dans la recherche de la teneur du droit étranger, le juge dispose de plus de moyens que les parties et peut recourir par exemple à des voies institutionnelles afin d'effectuer cette recherche⁹⁵.

Maintenant que la place du droit international privé dans l'origine lointaine du dialogue de juges est dessinée, voyons dans la jurisprudence des exemples d'application de la matière.

2) *Les exemples de rencontre d'un droit étranger*

62. Méthode employée – Toujours sur la base des mêmes recueils de jurisprudence utilisés

⁹⁵ Il existe un service de renseignement institutionnel permettant aux juges de l'Union d'effectuer ces recherches mais cette voie serait peu utilisée. Il existe encore pour le juge la possibilité de passer par le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale afin de connaître un droit étranger. *Droit international privé*, *Op. cit.* p. 133.

précédemment, nous avons cherché les arrêts correspondant à l'entrée « *Etranger* » inscrit dans la table des matières du recueil, lorsqu'il y en avait une. Une recherche a aussi été faite sur le site Gallica avec l'entrée « *droit étranger* ».

63. Le droit étranger devant le juge français – Parfois, le juge français va devoir trancher un litige en considération d'un droit étranger. C'est le cas particulier d'un jugement rendu par le tribunal civil de Naples le 5 juin 1899⁹⁶. La décision est traduite de l'italien. Il s'agit d'une affaire touchant au droit maritime, et plus particulièrement de la responsabilité d'une compagnie de navigation suite à un accident causé à un voyageur. Le tribunal affirme notamment que « *les héritiers d'une personne décédée en mer à la suite d'un abordage peuvent agir en dommages-intérêts contre le propriétaire du navire abordeur en produisant simplement des pièces justificatives de leur qualité, et sans avoir besoin, s'ils sont étrangers et que leur auteur soit mort à l'étranger, de faire une déclaration de succession* ». Dans la traduction du jugement, on peut lire que les juges se sont référés au Code civil italien, ainsi qu'au Code de commerce de l'époque, mais aussi à la loi et la jurisprudence anglaise. Ainsi, le principe selon lequel la responsabilité de l'armateur, en cas d'abordage, se règle d'après la loi du pavillon, le navire étant considéré comme une portion flottante de la nation à laquelle il appartient « *est admis par la jurisprudence française comme par la jurisprudence italienne* ». Dans les notes de bas de page concernant cette solution, l'auteur ne précise pas l'origine des décisions étrangères auxquelles se rapportent les juges, mais se réfère à des articles de doctrine concernant le droit maritime, et établi aussi une comparaison avec certaines décisions de la Cour de cassation sur la question. Nous n'avons donc pas d'indices permettant de savoir comment les juges ont eu accès à la jurisprudence et à la loi étrangère.

Avec une recherche basée sur les termes de « *droit étranger* », on trouve des décisions relatives au droit international privé. Dans le corps des décisions, on trouve des références à la législation étrangère concernée dans l'affaire. Mais ce sont les notes aux décisions, généralement écrites par des professeurs de droit, qui nous indiquent la manière dont la législation étrangère a été apportée au débat. Comme il s'agit à l'époque d'éléments de pur fait, ce sont les parties qui apportent la teneur du droit étranger qu'elles invoquent. Le

⁹⁶ *Jurisprudence générale en matière civile, commerciale et criminelle*, année 1901, 2^{ème} partie, p. 260. En l'espèce, il s'agissait d'un litige assez complexe : une barque dont le « patron et des matelots français » a coulé près des côtes anglaises. Les survivants ont notamment agit contre les propriétaires du navire italien qui a causé leur perte. Dans le jugement du Tribunal civil de Naples, il est fait référence aux lois françaises et anglaises.

commentateur cite le plus souvent des annuaires de législations étrangères⁹⁷. Parfois des décisions concernent la mise en œuvre du droit international privé mais ne sont pas commentées. On retrouve alors une référence à la loi étrangère sans savoir comment l'une des parties est parvenue à en fournir la teneur⁹⁸.

Le juge de l'époque rencontre des éléments de droit étranger lorsqu'un litige contient des éléments d'extranéité. Cependant, il n'a pas à en rechercher la teneur, mais de manière indirecte, il s'y intéresse nécessairement. Apathie plus ou moins présente chez notre jeune juge judiciaire, il convient désormais de tenter de trouver une explication à celle-ci.

⁹⁷ Voir par exemple : *Cour d'appel de Paris*, 23 janvier 1898, Jurisprudence générale, Recueil périodique et critique – 1890 – 2^{ème} partie, p. 1 et s.

⁹⁸ Voir par exemple : *Cour d'appel de Paris* 19 février 1891, Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle 1895, 1^{ère} partie, p. 10 et s. (la décision de la CA est reproduite avant celle de la Cour de cassation).

§ 2 : Les raisons de l'apathie du juge aux droits étrangers

64. Plan – En cherchant les raisons de l'apathie du juge français au droit étranger, on se rend compte que cet état de fait est loin d'être surprenant. Ceci est intimement lié à l'histoire de la France. En effet, la Cour de cassation à ses débuts, n'a pas une activité aussi développée qu'aujourd'hui. Essentiellement soucieuse du respect de l'application de la loi par les juges, elle était loin à cette époque d'avoir comme ambition le développement d'une activité internationale. Son rôle est donc de faire respecter l'application de la loi (A), source principale qui de surcroit, s'étend à un empire très vaste (B).

A. Le respect de l'application de la loi par le juge

65. La loi française avant tout – Au départ, le Tribunal de cassation, devenu la Cour de cassation, est le gardien de la loi. Comme l'explique très clairement Ernest FAYE dans son ouvrage consacré à la haute juridiction, l'Assemblée nationale désirait offrir à la France une législation uniforme, moderne, et pour ne pas aboutir à une application hétérogène de celle-ci, il fallait mettre en place une juridiction prévue à cet effet⁹⁹. Pendant quelques années, la Cour de cassation sera placée sous « l'omnipotence » du législateur (1), et la

⁹⁹ Ernest FAYE, *La Cour de cassation*, la mémoire du droit, 1999, Introduction.

place de la loi étrangère donnée par le juge reflète cette apathie (2).

1) « *L'omnipotence* » du législateur

66. Le juge judiciaire défenseur de la loi – C'est un décret du 27 novembre 1790 qui institue le Tribunal de cassation. Depuis 1790, le principe de séparation des pouvoirs gouverne l'organisation judiciaire française. Mais la particularité de notre système tient à un infléchissement du principe vers une certaine défiance à l'égard du juge. Les tribunaux donc vont être placés sous la dépendance du législateur et de l'administration. Comme l'écrivaient le doyen CORNU et Jean FOYER dans leur Manuel de procédure civile « *le législateur, en droit français, est, à peu près, omnipotent : il peut briser une jurisprudence, paralyser ou détruire les effets de décisions de justice. L'administration, qui détient la force publique, est un bras de justice souvent récalcitrant. Elle s'arroge le pouvoir de paralyser l'exécution des sentences de justice* »¹⁰⁰. Hanté par le passé, le législateur a fait de la Haute juridiction une préposée à la garde des lois. Ainsi, le décret instituant le Tribunal de cassation lui donne comme première mission de prononcer toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, d'annuler toutes procédures dans lesquelles les formes auraient été violées et tout jugement qui contiendrait une contravention expresse au texte de loi¹⁰¹. Les cas d'ouverture du pourvoi en cassation sont limités et concernent la violation de la loi et le défaut de base légale.

La violation de la loi est encourue lorsque la décision est contraire aux prescriptions du

¹⁰⁰ Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, PUF 1957, p. 84.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 190 et s.

texte, ou lorsqu'il y a contravention formelle, lorsque le juge a mal interprété le texte, ou quand il a commis une erreur dans son application. Le défaut de base légale, quant à lui, désigne une décision dont les motifs ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer le contrôle¹⁰².

Notre jeune juge doit avant tout veiller à ce que la volonté du législateur soit respectée, mais il est parvenu au fil du temps à trouver un certain équilibre qui lui a permis de faire évoluer cette juridiction.

67. La perspicacité d'une juridiction – Malgré l'omnipotence du pouvoir législatif, la Cour de cassation est parvenue à développer son autorité. Le respect de la Cour de cassation envers l'œuvre du législateur n'est pas une explication à son manque d'ouverture sur les droits étrangers. En ayant comme seul matériau la loi française, il n'était pas envisageable pour un magistrat de l'époque de s'intéresser ne serait-ce qu'à une autre source du droit. Mais il ressort que malgré ce contexte particulier, la Cour est parvenue à évoluer, jusqu'à devenir créatrice de sa propre source. La Cour de cassation, créatrice de droit, a bien sûr connu une lente évolution avant d'en arriver à cette situation. Mais assez tôt, elle a contribué à son propre développement. C'est par exemple le point de vue que partage Yves CHARTIER dans les propos introductifs de son Manuel sur la Cour de cassation¹⁰³. Il écrit en effet, que la Cour est parvenue à faire accepter le fait qu'il pouvait exister au sommet de la hiérarchie judiciaire une juridiction capable de faire évoluer le droit, sans aller à l'encontre des textes pris par le législateur¹⁰⁴. Ernest FAYE beaucoup plus tôt avait également constaté que la Cour est restée fidèle à ses origines, suppléant parfois l'œuvre du législateur, et jamais en s'y substituant¹⁰⁵.

La Cour de cassation a donc comme matériau principal la loi, on peut se demander alors si une place est faite à la loi étrangère, ou du moins si celle-ci possède un statut particulier.

¹⁰² Pour un bref aperçu de l'évolution des pouvoirs de la Cour de cassation, voir Y. CHARTIER, *la Cour de cassation*, Dalloz, 2^{ème} édition, 2001.

¹⁰³ *Ibid.* p. 5 et 6.

¹⁰⁴ Yves CHARTIER explique également que « *la pondération dont a fait preuve la Cour de cassation dans l'exercice de ses fonctions explique que le législateur les ait élargies sans crainte de la voir en abuser en lui permettant, à l'occasion de son rapport annuel, de faire des suggestions de modifications législatives* ».

¹⁰⁵ Quand il écrit en 1903, Ernest FAYE voit en la Cour de cassation une alliée du législateur, pouvant pallier aux carences de certains textes. Il écrit d'ailleurs que la Cour s'est toujours basée sur un principe puisé dans un texte écrit.

2) Le statut de la loi étrangère

68. La place de la loi étrangère – Il s'est produit toute une évolution concernant le statut de la loi étrangère¹⁰⁶. La question de la place de la loi étrangère devant le juge français se pose avec le mécanisme du conflit de lois, qui déclenche l'obligation pour le juge de mettre en œuvre le droit étranger. Au moment de la codification, le législateur ne s'intéresse pas au sort de la loi étrangère, et il reviendra au juge de définir la place de celle-ci. La loi étrangère désigne le droit en vigueur dans le pays étranger concerné et englobe donc la jurisprudence étrangère. On peut donc se demander comment le juge opère face à l'application du droit étranger. Il apparaît que pendant une certaine période, la Cour de cassation refusait de contrôler l'interprétation par les juges du fond d'une jurisprudence étrangère. La loi étrangère était considérée comme du fait et à ce titre, il revenait aux parties d'en établir le contenu. Cette position a été affirmée dans l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948¹⁰⁷. Dans l'arrêt Coucke du 13 janvier 1993, la Cour de cassation affirme que la loi étrangère est une règle de droit et non plus un simple fait¹⁰⁸. Le fait qu'à l'époque, il revenait aux parties d'établir la teneur du droit étranger pourrait en partie expliquer le fait que le juge n'était pas très ouvert sur le droit étranger. Le droit international privé peut néanmoins être considérée comme un discipline qui a poussé les magistrats à raisonner au-delà de leur propre droit.

Quoi qu'il en soit, à l'époque, l'apathie du juge français à l'égard du droit étranger peut donc s'expliquer par le statut précaire donné à la loi étrangère. Ce qui explique aussi ce manque d'intérêt du juge pour le droit étranger est sans doute aussi le fait qu'à l'époque, la loi française s'étend à un vaste empire.

¹⁰⁶ Cette évolution est notamment bien expliquée dans le manuel de droit international privé de Sandrine CLAVEL, Dalloz 2^{ème} édition, 2010.

¹⁰⁷ Cass. Civ. 25 mai 1948, Rev. Crit. 1949. 89, note Batiffol.

¹⁰⁸ 1^{ère} ch. civ. 13 janvier 1993, Rev. Crit. DIP 1994, 78, note B. Ancel.

B. L'application de la loi à un vaste Empire

69. L'apathie justifiée par l'histoire – Si les juges ne sont pas ouverts à une autre législation que la leur, cela s'explique avant tout par la présence d'un personnage incontournable dans l'histoire de France. Napoléon BONAPARTE est considéré comme le père du Code civil et aura pour ambition de le faire appliquer dans tout son Empire. Le contexte politique n'était ainsi pas favorable à une ouverture sur les autres droits et par conséquent à un dialogue des juges. Il s'agira ici de retracer l'histoire napoléonienne (1), et constater dans les arrêts de l'époque, tout indice de l'empereur (2).

1) L'histoire napoléonienne

70. Les grandes étapes – En octobre 1795 commence le Directoire. La Convention prend fin, et Napoléon BONAPARTE devient commandant en chef de l'armée de l'intérieur. Avant de devenir empereur en 1804, Napoléon Bonaparte a déjà conquis une partie de Venise¹⁰⁹, l'Egypte¹¹⁰, la Louisiane¹¹¹, le Piémont et Gênes¹¹².

¹⁰⁹ Le 18 octobre 1797 la République de Venise est partagée entre la France et l'Italie, c'est le Traité de Campoformio.

¹¹⁰ Après les batailles des pyramides, Napoléon régnera sur l'Egypte à partir de 1799 jusqu'en 1801.

En 1802, Napoléon annexe Turin¹¹³, et poursuit ses conquêtes avec Vienne¹¹⁴, Lisbonne¹¹⁵, et Madrid¹¹⁶. Il ne s'agit pas ici de retracer l'histoire de Napoléon Bonaparte, mais de montrer que, en ayant étendu son empire aussi loin, on peut comprendre qu'il n'était pas question à l'époque, de s'intéresser à la loi ou au droit étranger. Le Code civil n'a pas été perçu comme un Code national, il a bénéficié « *des accroissements territoriaux liés à la conquête et la portée universelle attachée à ses accents révolutionnaires* »¹¹⁷. Napoléon désirait faire du Code civil le droit commun à toute l'Europe. Par ailleurs, ce personnage nous laisse un monument de la culture juridique, le Code civil.

71. Une loi pour tout le Royaume – Le 2 septembre 1791, l'assemblée constituante prend la résolution suivante « *il sera fait un Code de lois civiles commun à tout le Royaume* »¹¹⁸. Sans reprendre les étapes de la codification¹¹⁹, nous insistons ici sur l'idée d'unité. Le Code civil est promulgué en 1804, et devient la source principale de notre droit. Une loi dont l'interprétation et l'application seront très contrôlées par le juge. Comme le présente très clairement Adhémar EISMAN dans le livre du centenaire du Code civil « *Bientôt, en France et à l'étranger, le Code civil apparut comme une création puissante et neuve. Le premier Empire le revendiqua comme une de ses gloires et peu s'en fallut que la légende le fit sortir tout entier du génie de Napoléon, comme Minerve du cerveau de Jupiter* »¹²⁰. Et l'auteur de rappeler que le Code civil est le fruit du passé. Mais c'est surtout à travers la politique de l'empereur que le Code civil va rayonner. Albert SOREL écrit d'ailleurs dans l'introduction du livre du centenaire que le Code civil est devenu une œuvre ayant

¹¹¹ La Louisiane devient française le 1^{er} octobre 1800 jusqu'en 1803.

¹¹² Suite au Traité de paix de Lunéville signé entre la France et l'Autriche, le Piémont et Gênes restent soumis à l'influence française.

¹¹³ Turin est annexé en 1802.

¹¹⁴ Napoléon 1^{er} entre dans Vienne le 14 novembre 1805.

¹¹⁵ Napoléon 1^{er} entre dans Lisbonne le 30 novembre 1807.

¹¹⁶ Après une certaine révolte madrilène, l'empereur finit par annexer la capitale espagnole vers 1808.

¹¹⁷ Jean-Louis HALPERIN, *Le dictionnaire de la culture juridique*, PUF, v^o Code Napoléon.

¹¹⁸ *Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Dalloz 2004.

¹¹⁹ A. VIGIE, *de la nécessité d'une édition du Code civil au point de vue historique*, dans *Le Code civil 1804-1904 livre du centenaire*, Dalloz, p. 25 et s.

¹²⁰ *Ibid.* p. 5 et suivantes.

contribué à « *l'expansion nationale, à la suprématie politique de la France dans l'Europe occidentale. Il se rattache ainsi à l'idée, toute contemporaine, des limites naturelles de la République française* »¹²¹. Le Code civil a été exporté à l'étranger, et il serait intéressant de s'arrêter un peu sur ce phénomène.

2) *L'impact des conquêtes napoléoniennes dans la jurisprudence*

72. Les juridictions étrangères dans la jurisprudence française – Nous nous intéressons ici aux références à des décisions rendues par des juridictions étrangères dans les arrêts de l'époque. Les répercussions des différentes annexions peuvent se trouver dans les recueils de jurisprudence. Il a été ainsi trouvé des décisions du tribunal civil de Naples¹²², de la Cour d'appel de Turin¹²³, ou bien encore de la Cour impériale de Bruxelles¹²⁴. En ayant annexé des pays étrangers, les juridictions ainsi conquises ont été placées sous le contrôle de la Cour de cassation. On peut alors comprendre qu'au tout début de son activité, et jusqu'à la chute de Napoléon 1^{er}, les juges n'ont pas eu à l'esprit de s'intéresser à un autre droit. Cependant, il reste remarquable de savoir comment ces territoires annexés se sont adaptés à la situation.

73. La réception du Code civil dans les territoires annexés – Il convient de faire une distinction dès à présent. En effet, à l'heure où le Code civil est promulgué, il faut faire la part entre trois situations bien particulières. A cette période, la France possédait déjà

¹²¹ *Ibid.* p. XV de l'introduction.

¹²² *Supra* ci-dessus n°17.

¹²³ Cour d'appel de Turin, 7 prair. An 13, *Lois et arrêts an XIII-1808*, p. 56.

¹²⁴ Cour impériale de Bruxelles, 8 mai 1810, *Lois et arrêts vol. 3 1809-1814*, p. 266.

certains territoires. Ensuite d'autres ont été annexés lors des conquêtes napoléoniennes, et enfin, il faut mettre de côté les pays étrangers qui ont bénéficié de l'influence du Code civil.

Nous reviendrons plus tard sur l'influence du Code civil dans certains pays étrangers, et nous nous attardons sur la deuxième situation. En ce qui concerne les territoires qui étaient déjà placés sous l'autorité française au moment de l'entrée en vigueur du Code civil, la réception n'a pas particulièrement engendré de difficultés¹²⁵. Il est difficile de trouver des témoignages de l'époque, mais pour ce qui est des territoires annexés au fil des conquêtes napoléoniennes, on peut penser que l'imposition du Code civil dans ces territoires n'a pas forcément rencontrée de gros obstacles. C'est le cas par exemple de certaines provinces hollandaises, pour lesquelles un droit civil codifié faisait défaut, et l'arrivée du Code civil français a permis de former une certaine unité de la législation de l'époque¹²⁶.

Le contexte historique et politique ne prêtait donc pas à la comparaison. D'ailleurs, c'est en quelque sorte ce que fait remarquer l'avocat canadien P-B MIGNAULT dans le Livre du centenaire. Il explique en effet que la doctrine et la jurisprudence française exercent une telle influence devant les juridictions québécoises, qu' « *un jurisconsulte français, qui assisterait à des débats judiciaires devant l'un de nos tribunaux, n'aurait pas de peine à se croire en France* ». Il poursuit même en affirmant qu' « *un arrêt de la Cour de cassation vaut très souvent gain de cause pour le plaideur qui l'invoque* »¹²⁷. Après la chute de NAPOLEON en 1815, la France connaît une succession de périodes.

74. Après NAPOLEON – Les périodes qui ont succédé dans l'histoire de la France nous contraignent à effectuer une sorte de voyage dans le temps, qui nous amènerait plus loin dans le futur. En effet, les années qui se sont écoulées après l'ère napoléonienne n'ont pas été favorables à l'ouverture du juge français sur les autres droits.

Nous pouvons prendre comme exemple les années 1870, à partir desquelles la France s'est engagée dans une politique de conquêtes coloniales. Les périodes très instables qu'a connues la France sont donc exclues de notre étude¹²⁸. Nous n'affirmons pas qu'il existait

¹²⁵ C'est le cas par exemple des pays rhénans, qui étaient français à l'époque de l'introduction du Code civil.

¹²⁶ C-D ASSER, *Le Code civil dans les Pays-Bas*, dans le *Livre du centenaire*, Dalloz. P. 815 et suivantes.

¹²⁷ P-B MIGNAULT, *Le Code civil au Canada*, dans le *Livre du centenaire*, Dalloz. P. 723 et suivantes.

¹²⁸ Se sont succédé : la Restauration, la Monarchie de juillet, la deuxième République, le second Empire, la troisième République avec les deux guerres mondiales, le Gouvernement provisoire, la quatrième République, et la cinquième République.

un désintérêt total de la loi ou du droit étranger, mais le contexte politique n'a pas été favorable à l'épanouissement de la science comparative. Certains auteurs dressent même un tableau plutôt sombre de la magistrature à l'époque coloniale¹²⁹, ce qui laisse à penser que le juge implanté dans un autre pays ne s'intéresserait pas au droit local, pas plus que le magistrat resté en terre hexagonale¹³⁰. Notre démarche historique impose de déterminer à partir de quelle période l'attrait pour la science comparative devient intrinsèque à la fonction judiciaire. Pour se faire, il convient d'effectuer une sorte de saut dans le temps, qui servira de transition.

¹²⁹ Bernard DURAND, *Le juge et l'outre-mer : les roches bleues de l'Empire colonial*. Broché, 2004.

¹³⁰ Le droit colonial prenait l'appellation de droit d'outre-mer. Dans certaines colonies, la France pratiquait une politique dite de l'assimilation, en imposant aux juges coloniaux de se conformer à la coutume de Paris, plus tard, c'est le Code civil qui sera imposé. Certaines coutumes locales étaient cependant respectées. Voir pour plus d'éléments historiques l'article d'Eric AGOSTINI, *L'aborigène en droit comparé*, RIDC 1986 volume 2, pages 315-325.

75. Fin de section – Dans les premières années qui ont suivi la création de la Cour de cassation, il est remarquable de constater que le droit comparé transcende la fonction judiciaire. On est alors très loin d'une quelconque influence croisée entre la jurisprudence française et la jurisprudence étrangère. Néanmoins, si l'apathie du juge trouve quelque explication dans le contexte historico-politique de l'époque, le droit international privé semble constituer la matrice du dialogue des juges au sens où nous l'entendons. Les liens plus ou moins étroits qu'il existe entre la matière comparée et le droit international révèlent que le magistrat est parfois amené à connaître un droit étranger. Faire application des règles de droit international privé, faire du droit comparé, et s'intéresser à un droit étranger sont trois choses, certes bien distinctes, mais aux frontières assez tangibles. L'application du droit international privé est loin d'être le quotidien du juge du XIXème siècle, et l'évolution de la science comparative va en quelque sorte prendre le relai, et permettre au juge de s'ouvrir davantage sur les autres droits.

A partir d'une certaine période, le droit comparé, genèse du dialogue des juges, devient intrinsèque à la fonction judiciaire. Avant que cette situation ne soit possible, une lente évolution a eu lieu, et elle nous permettra d'arriver prochainement à ce moment particulier. Laissé au moment du règne de NAPOLEON dans notre étude, le magistrat français connaît une succession de périodes, et il apparaît que l'ouverture sur les autres droits ne se produit pas avant la fin du XIXème siècle. Tout au long de ce siècle, comme en témoignent les décisions rendues par la Cour de cassation, aucune trace d'un droit étranger n'est décelable¹³¹.

Nous nous arrêtons à la fin du XIXème siècle, période qui selon nous marque la fin d'une magistrature hermétique aux autres droits.

¹³¹ Quelques arrêts sont par exemple annexés à l'ouvrage de Frédéric BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*. Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003. D'ailleurs dans cet ouvrage, l'auteur étudie les principaux arguments que retiennent les magistrats de l'époque. Il est question de l'argument jurisprudentiel (autrement dit les décisions déjà rendues par la Cour de cassation), des références doctrinales, de la loi des citations, de la doctrine de la haute juridiction, ainsi que des références aux maximes et principes. Aucune place n'est donc faite à un droit étranger, ou à une décision étrangère.

Section 2: Le droit comparé devenu intrinsèque à la fonction judiciaire

76. D'évolutions en évolutions – Evolution de l'histoire, évolution du droit, sont des facteurs qui permettent d'expliquer comment le droit comparé est devenu peu à peu, intrinsèque à la fonction judiciaire. Comme l'écrit Roland DRAGO dans le dictionnaire de la culture juridique « *l'histoire du droit et le droit comparé correspondent aux mêmes attitudes d'esprit* »¹³². Le droit international privé a été la matrice du dialogue des juges, jusqu'à ce que le droit comparé prenne en quelque sorte le relai. Permettant ainsi de générer le début d'une forme de dialogue indirect, en intégrant progressivement le monde judiciaire, nous nous pencherons ici sur les facteurs qui ont permis cet état de fait. Ainsi, il apparaît que la science comparée entre dans le quotidien des magistrats, d'abord de façon logique, avec l'expansion du droit comparé en France (§1), puis de manière plus indirecte, avec l'ouverture sur les autres droits lors de la construction européenne (§2).

¹³² Roland DRAGO, *Dictionnaire de la culture juridique*, voir droit comparé, sous la direction de D. Allard et S. Rials, PUF, 2003. P. 454

§1) Le développement du droit comparé en France

77. Plan – Avant que le droit comparé devienne une matière connue et utilisée par les magistrats, il s'écoule une certaine période. Cette science, lorsqu'elle se développe, n'est pas encore mobilisée par les praticiens. Ainsi, il faut bien comprendre que cette matière n'a pas été mobilisée dès son apparition. Il est intéressant de revenir sur l'évolution du droit comparé (A), pour apprécier ensuite comment il a intégré le domaine de la pratique (B).

A. L'évolution du droit comparé

78. Le droit comparé à travers le temps – Genèse du dialogue des juges, le droit comparé a permis de poser les fondations à l'édifice des influences croisées de jurisprudences. Le propos n'est pas étonnant, car l'intérêt pour l' « autre » précède toute démarche d'influence. Le juge qui souhaite s'inspirer d'une loi étrangère doit d'abord s'intéresser de plus près à celle-ci. Nous reviendrons brièvement sur l'histoire du droit comparé (1), puis sur sa fonction originelle (2).

1) L'*histoire du droit comparé*

79. La comparaison érigée en science – Apportons d'abord quelques précisions sur la science comparative elle-même. Le premier sens donné au terme « *comparaison* » par le dictionnaire Le Robert est « *le fait d'envisager ensemble (deux ou plusieurs objets de pensée) pour en rechercher les différences ou les ressemblances* »¹³³. Ici, il sera question d'envisager l'utilisation de la comparaison par la science. Le terme de science doit être compris comme « *un corps de connaissances ayant un objet déterminé et reconnu, et une méthode propre* »¹³⁴. Ainsi, la science comparative serait une science dont la finalité est d'établir une comparaison entre deux ou plusieurs objets de pensée. Seulement, la science comparative ne peut pas être une science prise de manière autonome. On ne peut en effet dire que l'on pratique la science comparative, celle-ci doit nécessairement être attachée à une discipline. Il existerait alors plusieurs sciences comparatives. En effet, il faut partir d'une science existante et rechercher si elle peut faire l'objet d'une comparaison. Les difficultés surviennent déjà car il n'est pas possible d'établir avec exactitude le nombre de sciences qui existent sous une forme « *comparative* ». Le droit mis à part, on sait qu'il existe des disciplines comme la littérature¹³⁵, la géographie¹³⁶, la théologie¹³⁷, la médecine¹³⁸ ou bien encore la science politique¹³⁹, donnant lieu à des études comparées.

¹³³ *Dictionnaire de la langue française Le Petit Robert*, v°comparaison.

¹³⁴ *Ibid.* v° science.

¹³⁵ Il existe par exemple un centre de littérature comparée, fondé en 1981, et rattaché à l'Université Paris IV-Sorbonne. Sa présentation, et sa vocation peuvent être consultées sur le site internet du centre [<http://www.crlc.paris4.sorbonne.fr/>]

¹³⁶ Ainsi, le laboratoire de géographie comparée des Suds et des Nords est un centre de recherche rattaché à l'Université Paris X Nanterre.

¹³⁷ La Faculté Ouverte de Religions et d'humanismes laïques propose, au titre de ses formations, une maîtrise en sciences comparatives des religions et humanismes laïques.

¹³⁸ Un cours de médecine comparée fut rédigé par le professeur Pierre-François-Olive RAYER, en 1863. Il fut l'un des fondateurs de l'uro-néphrologie moderne, spécialité qui touche aux pathologies rénales.

Mieux encore, le Centre National de la Recherche Scientifique a créé en 1970, la revue d'études comparatives Est/Ouest, dont les travaux couvrent de nombreux domaines¹⁴⁰. Les disciplines ayant donné lieu à des études comparées sont difficilement identifiables, mais nous nous intéresserons à celle qui est appréhendée par le juriste.

80. Une science aux lointaines origines - La science comparative appliquée à la science du droit a donné naissance au droit comparé. Selon Le dictionnaire de la culture juridique, le droit comparé est « *une discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits, c'est-à-dire des systèmes juridiques et des institutions juridiques des divers Etats ou groupes d'Etats* »¹⁴¹. Le droit comparé a fait l'objet de nombreuses études, et a connu en quelques siècles une évolution prodigieuse¹⁴². Cette matière considérée de prime abord comme du droit public est aussi l'affaire des privatistes, et montre la fragile frontière existant entre le droit public et le droit privé¹⁴³.

Selon Konrad ZWEIGERT et Hein KOTZ¹⁴⁴, les toutes premières recherches comparées dateraient de l'Antiquité grecque. D'après eux, les romains croyaient tellement en la supériorité de leur droit, qu'ils n'étaient pas intéressés par les droits étrangers. Un travail de droit comparé aurait été fait au IIIème ou au IVème siècle, appelé *Collatio legum*

¹³⁹ L'Institut d'Etudes Politiques d'Aix en Provence offre une formation doctorale en science politique comparative.

¹⁴⁰ La revue est bilingue, et est publiée aux éditions Armand Colin. Les sommaires des anciens numéros sont disponibles sur le site Internet [<http://www.ivry.cnrs.fr/receo/>] L'histoire, la sociologie, la politique et l'économie font partie des domaines étudiés.

¹⁴¹ Roland DRAGO, *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.), v° droit comparé.

¹⁴² CONSTANTINESCO L-J *Traité de droit comparé* en 3 tomes, Paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972. La vision de l'auteur paraît aujourd'hui quelque peu dépassée. On peut voir encore la définition donnée par Edmond PICARD dans les constantes du droit (ERNEST FLAMMARION, Paris 1921) « *la science qui recherche et établit les différences et les analogies entre les Droits des diverses nations ou diverses races humaines, ou des diverses époques, est dite Droit comparé* ». Cette vision ancienne de la matière peut être mise en parallèle avec celle de ZWEIGERT K. et KOTZ H. (traduit de l'allemand par WEIR Tony) dans leur ouvrage *an introduction to comparative law*, 3^{ème} édition, Oxford University Press, 1978.

¹⁴³ Par exemple, la Revue Trimestrielle de Droit Civil consacrait des chroniques de droits étrangers (droits belge, suisse, canadien, libanais, espagnol ou bien encore allemand), ainsi que des articles de doctrine sur des droits étrangers. V° par exemple DEFAULT Guy, *le rôle du juge rapporteur dans la procédure marocaine*, RTDCiv. 1968, p. 25.

¹⁴⁴ K. ZWEIGERT et H. KÖTZ (traduit de l'allemand par Tony WEIR), *introduction to comparative law*, 3^{ème} édition, Oxford University Press, 1978.

*Mosaicarum et Romanorum*¹⁴⁵, par les romanistes de l'époque. Aujourd'hui, il n'existe que très peu d'études sur la façon dont les juges utilisent le droit comparé. En France récemment, Safia BOUABDALLAH a consacré ses travaux de thèse notamment sur la mobilisation de la jurisprudence française par le juge belge¹⁴⁶. Le droit comparé est apparu vers la fin du XIXème siècle, et a très rapidement connu une expansion, qui modifiera sa fonction originelle.

2) La fonction originelle du droit comparé

81. La systématisation du droit comparé au service de la loi – Lorsque le droit comparé est apparu en France, la source étrangère d'abord étudiée fut la loi. On parlait alors d'études de législations comparée¹⁴⁷. En 1892, Léon AUCOC, alors président du comité de législation étrangère, retrace un historique des études de lois étrangères en France. Ainsi, les études de législation comparée se seraient développées depuis plus de vingt ans, soit depuis les années 1870. Il y aurait eu en premier lieu des publications isolées¹⁴⁸, puis des publications collectives, avec la création de la Société de législation comparée, et de la société de législation étrangère en 1869¹⁴⁹. D'autres publications ont vu le jour, notamment

¹⁴⁵ Dans cette œuvre, il est fait un rapprochement entre le droit romain et le droit mosaïque.

¹⁴⁶ Safia BOUABDALLAH, *la mobilisation de la jurisprudence et de la doctrine française par les juristes belges*.

¹⁴⁷ AUCOC Léon, *les études de législation comparée en France*, Paris Alphonse Picard éditeur, 1889. Il s'agit d'un extrait du compte rendu de l'Académie des Sciences morales et politiques, disponible sur le site Gallica [<http://gallica.bnf.fr/>].

¹⁴⁸ Dans *de l'usage et de l'abus en matière de législation comparé*, Léon AUCOC évoque des publications de Victor FOUCHER, M. Anthoine de SINIST-JOSEPH et de MM. FOELIX et BERGSON.

¹⁴⁹ La société de législation étrangère devient le Comité de législation étrangère en 1878.

avec les Annuaires et le Bulletin de la Société de législation comparée. Cette dernière publie d'ailleurs la Revue Internationale de droit comparé depuis 1949. A côté du travail fourni par les associations de législation comparée, des études ont été accomplies dans des domaines bien précis¹⁵⁰. D'autres associations vont apparaître plus tard comme l'Académie internationale de droit comparé en 1924, l'Institut de droit comparé en 1931, mais ces organismes vont peu à peu s'intéresser à d'autres sources étrangères que la loi. Désormais, ce sont les systèmes juridiques dans leur entier qui vont être étudiés. Prenant des formes assez diverses, les associations de droit comparé regroupent d'abord en majorité des universitaires, des enseignants, des avocats et magistrats. Peu à peu, elles se composeront essentiellement de praticiens. Les objectifs du droit comparé ne gravitent plus autour de la loi étrangère, et la matière va progressivement intégrer la pratique.

B. Le droit comparé au service des praticiens

82. La lente marche vers le dialogue – A un moment donné, le droit comparé n'est plus le fait d'étudier une législation étrangère. L'intérêt progressif de cette matière pour la pratique du droit est le vecteur essentiel à la naissance du dialogue des juges. Il est opportun de s'arrêter un instant sur les quelques études qui ont été menées à ce sujet, ce qui nous amène à nous demander si l'utilisation du droit comparé dans la pratique ne relève pas finalement d'une question de culture.

83. Le droit comparé dans les professions juridiques – Dans les manuels de droit

¹⁵⁰ Ces études sont disponibles sur le site Gallica [<http://gallica.bnf.fr/>] Voir par exemple Henri BIGUET, le logement ouvrier : *étude de législation des habitations à bon marché en France et à l'étranger*, Paris Jouve et compagnie Editeurs, 1913 ; Louis AGUILLO, *législation des mines française et étrangère*, encyclopédie des travaux publics, 1886.

comparé, on ne trouve peu, voire aucune étude sur le sujet. Il faut alors chercher dans la doctrine des éléments de réponse. Mais il ressort très peu d'études sur ce sujet, seule la Revue internationale de droit comparé a consacré en 1994 des publications relatives au droit comparé dans les professions juridiques.

Lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Paris en 1948, le conseiller Marc ANCEL fait un discours sur la fonction judiciaire et le droit comparé. Il a l'ambition, dit-il, de montrer que les rapports entre la fonction judiciaire et le droit comparé sont nombreux, étroits, et que « *l'étude comparative n'est ni une recherche de laboratoire, ni une distraction de dilettante [...] que l'enrichissement qu'elle procure ne prend en fin de compte son sens véritable qu'en présence des réalités humaines de la vie du Palais* »¹⁵¹. Il ajoute même que, si la science comparative est encore trop peu connue des praticiens, elle sera appelée à « *rendre au magistrat des services évidents* »¹⁵². Le conseiller porte une image très optimiste de la matière et affirme même que celle-ci constitue une science humaniste, permettant au juriste de garder contact avec l'universel et l'humain. Toujours selon Marc ANCEL, le droit comparé permet au juge de trouver plus facilement la solution exacte à un litige, de mieux apprécier la portée d'une nouvelle loi, voire de suggérer une nouvelle interprétation d'une loi ancienne.

Plus tard dans le temps, en 1994, Raymond LEGEAIS publie un article à la Revue internationale de droit comparé, concernant l'utilisation du droit comparé par les tribunaux français¹⁵³. Il explique que si le droit comparé a beaucoup servi le législateur depuis la seconde guerre mondiale, il n'en était pas moins utilisé dans les débats qui ont lieu dans les prétoires. Il expose que l'utilisation de la science comparative par le juge est tantôt obligatoire, tantôt libre. Cette dernière, bien que difficilement repérable, entrerait peu à peu dans les méthodes de travail de certaines juridictions. Ainsi, Raymond LEGEAIS rappelle dans un premier temps que le rayonnement du droit comparé au XXème siècle a été l'œuvre de magistrats. Il indique ensuite que le droit comparé fait partie de la formation initiale et continue des juges, qui ceux là même vont participer à des journées d'études au

¹⁵¹ Marc ANCEL, *La fonction judiciaire et le droit comparé*, RIDC 1949, p. 57-66.

¹⁵² *Ibid.* p. 58.

¹⁵³ R. LEGEAIS, *l'utilisation du droit comparé par les tribunaux*, RIDC 1994, p. 347-358. Cet article est publié à la suite d'une journée d'études organisée par le Centre français de droit comparé consacré aux professions juridiques et le droit comparé. L'auteur débute d'ailleurs son article en expliquant qu'il n'existe pas d'étude sur le rôle pratique du droit comparé dans la vie juridique en France.

sein de leur propre juridiction sur des thèmes de droit comparé. Enfin, le jumelage de juridictions françaises avec des juridictions étrangères sont autant d'indices permettant d'affirmer que le juge français est à même de se servir du droit comparé dans sa fonction¹⁵⁴.

Dans le numéro suivant de la Revue internationale de droit comparé consacré aux professions juridiques et le droit comparé, l'ancien Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Pierre BEZARD, consacre un article aux magistrats français et à la matière comparée¹⁵⁵. Il traite, entre autres, de l'influence que « *le droit comparé a ou devrait avoir sur la jurisprudence et la législation française* ». Son bilan est plutôt pessimiste, puisqu'il relève un rôle assez faible, voir « *décevant* » du droit comparé dans la pratique française. Si sa vision semble plutôt sombre, il tente de donner des explications au recours exceptionnel au droit comparé. Principalement, les juridictions n'auraient que très peu de liberté pour appliquer un autre droit. Il termine en énonçant un nombre importants de domaines dans lesquels le droit comparé pourrait jouer un rôle essentiel dans notre droit. De ces lectures, il ressort très nettement que le droit comparé n'est encore pas assez exploité par les magistrats. Cela est s'explique aussi par la très faible activité internationale de la Haute juridiction. On peut se demander aussi si le manque de présence du droit comparé pourrait avoir un lien avec notre tradition romano-germaniste.

84. La pratique du droit comparé, une question de culture ? – Cette question n'est pas étonnante, car on pourrait penser que le juge de *Common law*, qui accorde plus d'importance à la jurisprudence, a l'habitude de la comparaison¹⁵⁶. Dans le numéro consacré aux professions juridiques et le droit comparé, on retrouve des études concernant notamment l'Allemagne, l'Angleterre, les États-Unis, la Suisse. Pour le cas de l'Allemagne¹⁵⁷, l'avocat Helmut HEIDE rend compte de la rareté des enseignements de

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 355.

¹⁵⁵ P. BEZARD, *les magistrats français et le droit comparé*, RIDC 1994, p. 775 et suivantes.

¹⁵⁶ C'est ce que qu'écrit Roland DRAGO dans Le Dictionnaire de la culture juridique, à propos d'un article d'Horatia MUIR WATT : « *Cette différence proviendrait de la très grande ouverture des juges américains au comparatisme pour aboutir à la découverte de « la vérité », opposée à l'attitude des juges français dominés par le légitimisme* ». Ici, la démarche comparatiste des juristes anglo-saxons consiste à tenir compte des précédents. Voir l'entrée *Droit comparé* dans l'édition de 2003 p. 454.

¹⁵⁷ Helmut HEIDE, *Les professions juridiques et le droit comparé en Allemagne*, RIDC 1994, p. 729-733.

droit comparé à l'université. Après avoir traité de la formation des juristes au droit comparé, l'auteur affirme que c'est surtout dans les domaines politiques et législatifs que cette discipline est utilisée. Les juges quant à eux, font souvent appel à des instituts universitaires de droit comparé pour trancher un litige¹⁵⁸.

Pour le cas de la Suisse, le professeur Walter A. STOFFEL affirme que : « *nous sommes moins certains que le droit comparé soit utile aux praticiens* »¹⁵⁹. En suisse, les praticiens sont peu confrontés à s'occuper de problèmes impliquant le droit étranger, mais lorsque c'est le cas, ils font appel à des instituts de recherche spécialisés dans la science comparative. Par la suite, le professeur suisse s'interroge lui-même sur l'impact de la culture juridique sur l'utilisation du droit comparé. Ainsi, les décisions judiciaires auraient plus d'importance dans les pays de *Common law* et le juriste d'un pays de droit écrit a d'abord le reflexe de raisonner à partir d'une règle de droit.

En Angleterre, le professeur J. A. JOLOWICZ explique que le praticien est amené à utiliser le droit étranger dans le cadre d'un conflit de lois, mais encore celui des conventions internationales, du droit communautaire, et de l'arbitrage international¹⁶⁰. En ce qui concerne les conventions internationales, le professeur anglais rapporte qu'un juge de la House of Lords avait fait une référence explicite aux conclusions de l'avocat général SCHMELCK, dans une affaire tranchée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 14 janvier 1977¹⁶¹. Même si cela représente exactement ce que nous entendons par dialogue des juges, le professeur signale malgré tout que dans cette affaire, le Lord anglais avait pour beau père un conseiller à la Cour de cassation. Sans nul doute en avance sur les juristes français, le professeur JOLOWICZ consacre des développements à « *l'autorité persuasive de la jurisprudence étrangère* ». En professeur imprégné de sa propre culture juridique, il poursuit en se demandant si une jurisprudence étrangère peut influencer une juridiction anglaise sur une question de droit anglais ! Sa réponse est claire : « *L'histoire de notre droit et l'unité prétendue de la Common law partout dans le monde nous fournit une réponse affirmative* »¹⁶². L'universitaire tempère toute fois son propos. Le juge anglais ne

¹⁵⁸ *Ibid.* p. 732.

¹⁵⁹ Walter STOFFEL, *Les professions juridiques et le droit comparé : la Suisse*, RIDC 1994, p. 761-773.

¹⁶⁰ John A. JOLOWICZ, *Les professions et le droit comparé : Angleterre*, RIDC 1994, p. 747-755.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 751.

¹⁶² *Les professions et le droit comparé : Angleterre*, *Op. cit.*

peut recourir à une jurisprudence étrangère qu'en cas de lacune de la jurisprudence anglaise ; cette jurisprudence étrangère ne concerne que celle des autres pays de *Common law* et ne doit concerner que des affaires dont le coût et l'enjeu sont considérables. Il prédit cependant qu'un jour les juridictions anglaises pourraient recourir à la jurisprudence, voire à la doctrine des pays de droit codifié. Enfin, lorsque de telles références sont faites, c'est le plus souvent pour affirmer que les solutions retenues ne sont pas transposables en droit coutumier.

Enfin, Richard MOORE, membre du conseil de l'ordre, explique que le droit comparé aux États-Unis fait partie des cours classiques dispensés à l'université¹⁶³. En effet, chacun des États fédérés a sa propre jurisprudence, et celle-ci est généralement connue de tous les juristes. L'enseignement concerne aussi le droit des pays de droit écrit, mais celui-ci reste général, s'en tenant aux principales différences qui existent entre les systèmes de droit. Les praticiens sont de plus en plus confrontés au droit comparé, du fait notamment de leurs déplacements dans le monde entier.

Les juristes issus de la tradition romano-germanique seraient plus tentés de faire appel à des instituts de droit comparé, tandis que les juristes anglo-saxons prendraient part à la recherche d'un droit étranger. Ceci pourrait expliquer le fait que le dialogue des juges s'observe davantage dans les pays de *Common law*. Il ressort assez clairement que l'utilisation de droit comparé dans la pratique est plus présente dans les pays de *Common law*. La culture romano-germanique tend à développer le recours au droit étranger et cela est facilité par la construction européenne.

¹⁶³ Richard MOORE, *Le droit comparé aux Etats-Unis*, RIDC, p. 1245-1248.

§2) La construction européenne, gage d'ouverture sur les autres droits

85. Plan – Tout comme l'expansion de la science comparée, la construction européenne est un facteur d'ouverture du juge français sur les autres droits. Certes, l'ouverture se fera de manière très indirecte, mais il est indéniable que l'Union européenne va constituer un nouvel ordre, qui viendra peu à peu bouleverser le système français. Ainsi, le nouvel ordre permet au juge de la Cour de cassation de se trouver sur un terrain propice à la comparaison (A), et avec l'apparition de la juridiction communautaire le juge interne sera amené à se positionner face à une jurisprudence extérieure (B).

A. La naissance d'un ordre propice à la comparaison

86. A petits pas vers l'ouverture – La naissance du dialogue des juges a pour genèse le droit comparé, et constitue également le résultat d'une évolution de plusieurs matières juridiques. Comme il a été vu plus haut pour le droit international privé et le droit comparé, le droit communautaire amène indirectement le juge à la comparaison. Revenons sur les débuts de la construction européenne (1), ainsi que sur les premières traces du droit communautaire dans notre droit (2).

1) Les débuts de la construction européenne

87. De l'Europe à l'Union européenne – « *L'histoire de l'Europe ne commence certes pas au XXème siècle, mais c'est au XXème siècle qu'elle prend le tour décisif conduisant une mosaïque d'États-nations à s'efforcer de transformer une identité née de siècles d'histoire en une entité constituée, dont le processus de construction n'est pas achevé à l'aube du XXIème siècle* »¹⁶⁴. Comme le précisent les auteurs en guise d'avant-propos, l'histoire de l'Europe est le fruit de strates successives qui ont pris naissance sur le continent grec. Si nos deux historiens divisent leur présentation historique en onze périodes, partant de Napoléon allant jusqu'à la civilisation européenne d'aujourd'hui, nous partirons nous, de celle qui débute des années 1950-1970. Placée sous un chapitre huit intitulé « *l'Europe de l'Ouest à l'heure de la croissance* », cette période correspond en droit communautaire à la signature du Traité de Rome¹⁶⁵. Le 25 mars 1957, le traité instituant le Marché commun est signé au Capitole, et est ratifié par le Parlement français au mois de juillet. Le texte n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 1958 mais il a accéléré la construction européenne. La construction européenne avait pourtant connu des débuts difficiles¹⁶⁶, mais elle a abouti à un nouvel ordre juridique.

88. La naissance d'un ordre juridique communautaire – Le Traité de Rome institue, notamment, la Cour de Justice, qui est chargée d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité¹⁶⁷. Progressivement, la Cour de justice de l'Union

¹⁶⁴ S. BERSTEIN et P. MILZA, *Histoire de l'Europe du XIXème au début du XXIème*, initial, Hatier 2006.

¹⁶⁵ En réalité deux traités ont été signés le 25 mars 1957 : celui qui institue la communauté économique européenne, et celui qui institue la communauté européenne de l'énergie atomique (traité EURATOM).

¹⁶⁶ Dès la IVème République, des hommes comme Jean MONNET et Robert SCHUMAN avaient pensé à une entente entre les pays européens afin de parvenir à une puissance permettant de garantir une paix solide et durable. La première union économique a vu le jour en 1951 avec la communauté européenne du charbon et de l'acier. Il y eu également la communauté européenne de défense en 1952, mais celle-ci à été un échec.

¹⁶⁷ Article 220 et suivants du Traité.

européenne prend du pouvoir et les décisions qu'elle prend deviennent obligatoires pour les États membres. Dans son arrêt *Costa/ENEL* du 15 juillet 1964, la Cour affirme « *qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions* »¹⁶⁸. Le droit communautaire prime donc sur le droit national de chaque État membre. Cette primauté s'impose aux juridictions nationales, qui doivent tenir compte de la jurisprudence communautaire. A travers celle-ci, les juges nationaux s'ouvrent indirectement aux autres droits, même si cela reste de façon contraignante. Les arrêts de la Cour de justice seront en effet très suivis par les autres Etats membres afin de ne pas être dans une situation identique à eux en cas de non respect des règles issues du droit communautaire. Au-delà de cette idée, l'Union européenne oblige chaque Etat membre à se rencontrer régulièrement notamment dans les institutions comme le Parlement européen ou bien encore la Commission européenne.

La Cour de justice a pour fonction de contrôler le respect de la légalité communautaire, elle est aussi une instance de recours contre les décisions du Tribunal de première instance. L'influence de sa jurisprudence est sans doute la plus remarquable dans le cadre d'un recours à titre préjudiciel. A travers le mécanisme des questions préjudiciales, le Traité CE a instauré une véritable collaboration entre la Cour de justice et les juridictions nationales. La naissance d'un nouvel ordre juridique a bien évidemment eu un impact dans notre droit interne.

¹⁶⁸ J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes, Tome 1, 5^{ème} édition, p. 158.

2) Les premières traces du droit communautaire dans le droit français

89. Le début d'un dialogue ? – Suite à la construction européenne est né un nouvel ordre juridique. Pour un juriste d'aujourd'hui, les notions de droit communautaire et l'autre pan de la construction européenne incarnée par le Conseil de l'Europe constituent des notions familières, mais on peut imaginer qu'au début, il ne devait pas être aisément de situer la matière communautaire. Il est intéressant de savoir quelles ont été les premières traces de cette nouvelle matière dans les sources de notre droit interne. Il semble qu'un dialogue entre les sources ait été nécessaire afin de permettre au juge d'appliquer celle-ci.

90. Entrée du droit communautaire dans les recueils de jurisprudence – Avant la construction européenne, des Etats étaient liés par des conventions, montrant ainsi qu'il existait une forme de dialogue entre différentes nations. Nous prenons ici le recueil Dalloz, et plus précisément les tables de ce recueil. En commençant nos recherches à partir des tables de 1897 à 1907, nous remarquons de nombreuses entrées sous le mot « convention ». En effet, nous trouvons ainsi la convention de Berne, une convention franco-belge, franco-espagnole, franco-suisse, et enfin la convention de la Haye de 1896¹⁶⁹. De tables en tables, nous retrouvons toujours des entrées concernant des conventions internationales. Les diverses conventions qui existent entre la France et d'autres Etats sont répertoriées, on peut se demander alors comment le traité de Rome sera classé dans les recueils de jurisprudence.

A partir de 1956, on peut voir l'apparition du Traité CECA au titre des Traités internationaux dans la table alphabétique et analytique des textes législatifs et réglementaires¹⁷⁰.

Dans la table regroupant les textes législatifs et réglementaires du recueil Dalloz de 1958,

¹⁶⁹ Dalloz, jurisprudence générale, Table de 1897-1907 – A-I, p. 459.

¹⁷⁰ Dans le recueil Dalloz de l'année 1956, on ne trouve rien à l'entrée « convention » mais le Traité CECA se trouve sous l'entrée « traités internationaux ».

on voit apparaître les entrées « communauté CECA », « CEE » et « CEEA »¹⁷¹. Le tournant vient en 1962, quand on trouve enfin des références à des arrêts de la Cour de justice dans la table des décisions rendues par la jurisprudence¹⁷².

91. Premiers arrêts et notes de doctrine - Dans le recueil Dalloz de 1962, on trouve un arrêt de la Cour de justice du 6 avril 1962¹⁷³. Il est question ici de l'interprétation de l'article 177 du Traité des communautés économiques européennes, suite à un recours préjudiciel formé par une cour d'appel nationale. Trois sociétés sont en cause. La société Bosch avait donné à la société van Rijn le droit exclusif de vente pour tous ses produits sur le marché des Pays-Bas. La société Bosch généralisa cette exclusivité avec tous ses partenaires nationaux, et ainsi, toute société voulant exporter ses produits devait obtenir son autorisation expresse. Un jour, la société de Geus importe d'Allemagne aux Pays-Bas des produits Bosch, c'est alors que les sociétés Bosch et van Rijn agissent donc contre la société de Geus. Les faits sont communs, ils concernent un problème de libre concurrence, ce qui l'est moins en revanche, c'est le fait qu'ils concernent un autre pays que la France. Un premier arrêt de la Cour de justice est publié dans le recueil Dalloz, et il concerne un procès néerlandais. L'auteur de la note, Jean ROBERT, commence celle-ci par ces mots « *La publication de la décision rapportée marque à quelques égards une étape. Ce n'est certes point la première décision d'une juridiction internationale susceptible de retentir sur des intérêts français, mais celles qui l'ont fait touchaient normalement au droit public et les intérêts privés n'en étaient qu'indirectement affectés. Aujourd'hui une juridiction internationale, statuant apparemment sur des intérêts privés entièrement étrangers à la France et à ses ressortissants, rend une décision d'interprétation du texte d'un traité dont les dispositions recouvrent la loi nationale ; cette interprétation s'impose aux juridictions françaises qui auront à appliquer le même texte, avec la même force que le traité dont elle est issue. Ainsi se manifeste un nouveau visage du droit avec lequel il importe de se*

¹⁷¹ Dans le recueil Dalloz de 1957, sous l'entrée « *Convention* », le lecteur est renvoyé à l'entrée « *Traités internationaux* », sous laquelle on trouve la CEE. Dans le recueil de 1958, la communauté CECA, la CEE et la CEEA trouvent sous l'entrée « *Conventions internationales* ».

¹⁷² Dans le recueil Dalloz de 1962, on retrouve sous l'entrée « *Traités internationaux* » une référence à un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes datant du 6 avril 1962. L'arrêt se trouve reproduit dans ce même recueil à la page 357.

¹⁷³ Recueil Dalloz 1962, Jurisprudence page 357 et suivantes.

*familiariser ; dans le cadre de l'Europe nouvelle, le droit privé économique s'alimente à des sources situées hors de notre sol national, la jurisprudence s'y établit, et la sanction, s'il faut, s'y décide »*¹⁷⁴.

Dans les recueils Dalloz suivants, on dénombre plus de décisions relatives au droit communautaire. Par exemple, l'arrêt du 5 février 1963, dit *Van Gend en Loos*¹⁷⁵, et l'arrêt *Da Costa*¹⁷⁶, du 27 mars 1963. Les deux décisions sont aujourd'hui très connues en droit communautaire. Là encore, le litige dans chaque affaire ne concerne pas directement la justice française. Dans la note qui suit l'arrêt *Van Gend en Loos*, l'auteur explique que la solution commence à apporter un éclairage sur la question des rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux des États membres. Toujours dans sa note, l'auteur fait référence à d'anciens arrêts de la Cour de justice.

Dans ce recueil de 1963, nous trouvons pour la première fois dans les recueils Dalloz, une décision de la Cour de justice des communautés européennes mettant en cause la France¹⁷⁷. C'est d'abord de manière indirecte que le droit communautaire vient toucher le droit français. On l'a vu, ce sont d'abord des arrêts de la Cour de justice qui sont retranscrits, mais qui ne concernent pas directement la France. Ce sont ensuite des arrêts impliquant directement l'État français. Tout ceci est lié à la façon dont s'est intégrée la matière communautaire dans notre ordre juridique.

Voyons maintenant la manière dont le juge français a appréhendé la matière communautaire.

¹⁷⁴ Dans la note qui suit la décision. Voir page 359.

¹⁷⁵ Recueil Dalloz 1963, Jurisprudence pages 621 et suivantes.

¹⁷⁶ Recueil Dalloz 1963, Jurisprudence pages 641 et suivantes.

¹⁷⁷ Recueil Dalloz 1963, Jurisprudence pages 486 et suivantes. Il s'agit de deux décisions mettant en cause la France et la Hollande, rendues le 14 décembre 1962.

B. Le juge français face à une jurisprudence extérieure

92. L'évolution du juge interne – Avec la mise en place de l'ordre communautaire, le juge interne est devenu le juge communautaire de droit commun. Au départ, l'application de cette nouvelle matière semble avoir été difficile, mais elle est peu à peu entrée dans le quotidien des magistrats. Investie de ce nouveau rôle, il apparaît que ce praticien ait été aidé par la Doctrine, notamment à travers les notes annexées aux premières décisions relatives à l'application du traité de Rome. Par la suite, le juge s'approprie la matière et intègre le droit communautaire dans les décisions qu'il rend.

93. Le rôle joué par la Doctrine – Dans les recueils de jurisprudence, les auteurs des notes ont tenu un rôle essentiel. En tentant d'expliquer les premières décisions communautaires, ils ont permis de rationaliser la matière. Ces communautaristes naissant ont par eux mêmes conceptualisé ce droit venant de Luxembourg. Les notes des arrêts touchant le droit communautaire nous révèlent que la doctrine s'intéressait déjà à la jurisprudence communautaire. En effet, dans la note de l'arrêt du 6 avril 1962, Jean ROBERT se réfère à plusieurs sources doctrinales, dont la revue Dalloz, le Clunet. Dans celle de l'arrêt *Van Gend en Loos*, l'auteur fait référence notamment à la Revue générale de droit international public, au JCP, à la Revue de droit public.

94. L'utilisation de la jurisprudence communautaire par le juge – Aidé de la doctrine qui éclaire les juges d'un point de vue théorique, mais aussi pratique (en commentant des arrêts de la Cour de justice), le juge français intègre et utilise progressivement la jurisprudence de Luxembourg. En 1962, pour la première fois, une décision de la Cour de justice est reproduite au Recueil Dalloz. Progressivement, la Cour de cassation intègre dans sa motivation les textes communautaires¹⁷⁸, et ce n'est qu'en 1966 que l'on voit une

¹⁷⁸ Voir par exemple Ch. soc. 16 fév. 1965, D 1965, J 723 (la Cour de cassation vise un règlement communautaire)

référence directe à la jurisprudence de la CJCE. Dans son arrêt du 29 juin 1966¹⁷⁹, la Chambre criminelle va se référer à un arrêt de la Cour de justice. Dans cette décision, la Cour rappelle dans un premier temps que l'article 177 du Traité de Rome oblige sans aucune restriction les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, à soumettre à la Cour de justice toute question d'interprétation soulevées devant elles. Ce recours préjudiciel s'impose à la Cour de cassation. La Cour ajoute que lorsque la question soulevée est identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel, la juridiction nationale doit se référer à l'interprétation déjà donnée. Dans une très longue motivation, la Chambre criminelle se réfère à la jurisprudence *Da Costa*¹⁸⁰, ainsi qu'à l'arrêt *Albatros c. Sopeco*¹⁸¹. Il s'agit de la première occasion rencontrée par la Cour de cassation de statuer sur l'application de l'article 177 du Traité de Rome. Sans doute pour cette raison, le rapport du conseiller rapporteur a été reproduit avant l'arrêt lui-même.

Le conseiller Jean MAZARD explique que c'est dans la jurisprudence de la Cour de justice qu'il trouve les arguments pour éviter un sursis à statuer. Il expose ainsi que le premier principe à retenir est que « *la réponse déjà donnée par la Cour de justice sur un point de droit constitue en quelque sorte une décision de règlement qui peut être invoquée aussi bien par elle, que par les juridictions nationales, à l'occasion d'un litige soulevant un point de droit analogue* »¹⁸². Notons au passage les termes « *décision de règlement* », qui nous évoque les arrêts de règlements. De la main du conseiller il n'y a aucun sens péjoratif, c'est pour montrer la force jurisprudentielle des arrêts de la Cour de justice. D'ailleurs, celui-ci s'en explique très clairement à la fin de son rapport : « *En ce qui concerne la rédaction du projet d'arrêt j'ai cru devoir recourir à des formules inhabituelles : référence explicite aux décisions de la Cour de justice. Il vous appartient d'en juger. Ne nous dissimulons pas l'importance de celle que nous sommes appelés à rendre. Elle consacre le rang supranational de la Cour de Luxembourg. Il nous faut l'admettre sans ambiguïté ni fard* ». La Cour de cassation a suivi le conseiller, et a même repris explicitement les jurisprudences dont il avait présenté les solutions. L'arrivée de la jurisprudence de la Cour

¹⁷⁹ Cass. Crim. 29 juin 1966, D 1966, J 595.

¹⁸⁰ CJCE 27/3/1963 *Da Costa en Schaake*.

¹⁸¹ CJCE 4/2/1965 *Albatros c. Sopeco*.

¹⁸² Dalloz 1966, note de Jean MAZARD sous l'arrêt de la chambre criminelle du 29 juin 1966, page 595.

de justice dans le quotidien des magistrats français révèle leur capacité à s'adapter à ce nouvel ordre. Le style des décisions de la Cour de cassation suivra l'évolution attendue, en citant la jurisprudence de l'Union dans ses propres motifs. L'ouverture du juge français à la jurisprudence de l'Union, puis de la Cour européenne a sans doute été un préalable avant une ouverture sur les jurisprudences étrangères.

95. Conclusion de section – L'apathie du juge français aux droits étrangers ne dure qu'un temps. L'évolution de la science comparative et la construction européenne amènent à une évolution du magistrat français, qui désormais porte un intérêt aux autres cultures juridiques, et qui est amené à veiller à l'application d'un traité réunissant de plus en plus d'Etats. La naissance du Conseil de l'Europe, puis celle de la Cour européenne des droits de l'homme marqueront également une grande évolution dans le quotidien du juge français. Avec une Union européenne et une Europe des droits de l'homme, le magistrat français est tourné vers l'extérieur. Pour autant, si ces deux éléments constituent des facteurs d'ouverture du juge sur les autres droits, il faudra déterminer si les rapports entre le juge français avec les juges européens et communautaires relèvent d'un quelconque dialogue.

96. Conclusion de chapitre – Ce premier chapitre consacré à l'histoire de l'utilisation du droit comparé par le juge français nous a fait diviser nos propos autour de deux axes. En voulant démontrer que le dialogue des juges aujourd'hui a pour genèse la science comparative, il nous a fallu d'abord constater que cette science transcendait la fonction judiciaire, avant de lui devenir intrinsèque. Aux balbutiements de la fonction judiciaire, le juge français ne rencontre une loi étrangère ou un droit étranger que s'il en est contraint. A travers le droit international privé, le juge connaît l'existence d'autres droits, mais ces cas sont loin de faire partie de son quotidien. Par ailleurs, le juge de l'époque n'a pas le pouvoir créateur d'aujourd'hui et se pose en fervent défenseur de la loi. Il faudra attendre un contexte politique plus favorable à une ouverture sur les autres droits. Le contexte politique n'explique pas tout pour autant. Comment le droit français aurait-il évolué sans les conquêtes napoléoniennes ? La France serait elle restée seule avec son Code civil, et les pays voisins se seraient-ils malgré tout inspirés de notre droit, ou auraient ils opté pour un droit de Common Law ?Avant que des juges ne s'intéressent à un autre droit, nous pensons que ce sont d'abord des États qui décident de se réunir sous une forme ou une autre, avec un objectif commun. C'est pour cela que nous pensons que la construction européenne a joué un rôle primordial dans l'ouverture des juges français sur les autres droits. Même en s'ouvrant aux autres droits, il n'apparaît pas que le juge français le fasse de manière spontanée. En effet, l'ouverture aux droits étrangers peut d'abord sembler contraignante. Après l'Europe dite communautaire, celle des droits de l'homme vient s'ajouter, et s'imposer dans notre droit national. La spontanéité dans l'intérêt des jurisprudences dépassant les frontières hexagonales commence à naître. Mais reste à déterminer les facteurs qui ont permis au dialogue des juges de se rationaliser.

CHAPITRE 2 : LES VECTEURS DE RATIONALISATION DU DIALOGUE DES JUGES

« *Le dialogue s'exprime par une intensification des échanges entre juges, facilitée par les nouvelles technologies informatiques et la mise en place de réseaux judiciaires. Ces échanges, spontanés et horizontaux (c'est-à-dire facultatifs, non hiérarchisés), traditionnels entre juges de Common Law, s'étendent désormais aux pays légalistes, notamment en Europe.* » Mireille DELMAS-MARTY, *Du dialogue à la montée en puissance des juges*, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 306.

97. Une nouvelle ère s'annonce – Le dialogue des juges n'en est encore qu'à ses premiers balbutiements mais certains facteurs permettent au phénomène de se rationnaliser. Les deux facteurs qui sont développés dans pages existent déjà mais avec un environnement favorable, ceux-ci vont pouvoir se développer. On revient d'abord de manière rapide sur cette nouvelle ère qui débute, pour ensuite apprécier l'environnement qui permet au dialogue des juges de continuer son développement. Nous nous situons ici juste avant l'année 2000. Le passage à une nouvelle ère est très attendu et suscite beaucoup d'intérêt

pour la communauté scientifique¹⁸³. Nous retrouvons même de nombreux textes datant d'une trentaine d'années, et donnant certaines prévisions sur le futur de telle ou telle situation¹⁸⁴. Plus que symbolique, le passage à l'an 2000 a été marqué notamment par le succès du projet mondial de passage informatique à la nouvelle année¹⁸⁵, un record de la bulle Internet où les bourses ont atteint un niveau encore jamais atteint¹⁸⁶, mais encore l'arrivée de l'année sainte avec le jubilé de l'an 2000 pour les catholiques¹⁸⁷. L'année 2000 est aussi importante car elle représente la dernière année du XXème siècle. En 1999, Ignacio RAMONET, alors directeur du journal *Le monde diplomatique* s'interroge sur l'année qui suivra¹⁸⁸. Il fait une sorte d'état des lieux actuel de la planète et pose comme phénomène central la mondialisation, dans lequel tous les Etats sont entraînés. Une nouvelle ère débute, avec comme acteurs principaux les entrepreneurs et les industriels, en quête d'un nouveau pouvoir, plus intéressé par la prise de richesse que par la conquête de territoire. Le tableau continue et il n'en est pas moins sombre. Un an après avoir écrit cet article, l'auteur réitère avec un texte intitulé « Les peurs de l'an 2000 »¹⁸⁹, tout aussi pessimiste quant à l'avenir de notre société. Pourtant, le passage vers un nouveau siècle peut être tout aussi prometteur.

Nous nous contenterons de donner des avancées concernant le monde juridique. Le 26 juillet 2000, le secrétaire général des Nations Unies tente d'associer mondialisation et droits de l'homme avec le Global Compact¹⁹⁰. Un accord de coopération entre l'Union

¹⁸³ Regarder le nombre d'articles de doctrine sur l'an 2000. Exemple sur persée.fr, tous les domaines s'interrogent sur le passage à cette nouvelle année : économie, histoire, géographie, sociologie...

¹⁸⁴ Par exemple : Pierre-Alain AUDIRAC, *Le nombre de ménage d'ici l'an 2000*, Economie et statistique, 1978, p. 61-67 ; Pierre GEORGE, *Prospective urbaine. Les villes de l'an 2000*, Annales de géographie, 1965, p. 216-218 ; Lê THANH KHÔL, *l'éducation en l'an 2000*, Tiers-Monde, 1972, p. 7-16.

¹⁸⁵ Les informaticiens craignaient un « bogue » des ordinateurs qui devraient afficher les chiffres 2 et 0 au lieu de 1 et 9 pour l'année. Suite à de nombreux programmes, aucun dysfonctionnement n'a eu lieu.

¹⁸⁶ De l'anglais « dot-com bubble » (ou bulle technologique), il s'agit d'une bulle immatérielle, spéculative affectant certaines valeurs boursières.

¹⁸⁷ Dans l'Eglise catholique, le jubilé de l'an 2000 commémore la rédemption par la mort et la résurrection de Jésus Christ.

¹⁸⁸ Ignacio RAMONET, *L'an 2000*, *Le Monde diplomatique*, décembre 1999, page 1.

¹⁸⁹ Ignacio RAMONET, *Les peurs de l'an 2000*, *Le Monde diplomatique*, décembre 2000, page 1.

¹⁹⁰ Kofi ANNAN met en œuvre le Global Compact (le pacte mondial) afin que les dirigeants des grandes entreprises mondiales et les organisations du monde du travail respectent les valeurs et les pratiques d'importance fondamentale pour la satisfaction des besoins des peuples, pouvant ainsi tirer satisfaction de la mondialisation.

européenne et les Etats d’Afrique, les Caraïbes et le Pacifique est signé en juin¹⁹¹. Le 14 aout le Conseil de sécurité des Nations Unies adopte une résolution pour la création d’un Tribunal spécial pour la Sierra Leone¹⁹², poursuivant ainsi la création de juridictions spéciales chargées de juger les crimes commis contre l’humanité comme cela a été le cas en 1993 et 1994 avec le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie¹⁹³ et le Tribunal pénal international pour le Rwanda¹⁹⁴. Le progrès dans la majorité des branches de la science constitue une force invisible qui entraîne également un progrès de la société humaine. Les deux facteurs que l’on étudie dans ce chapitre ont en commun le progrès.

98. Le progrès, fruit de la rationalisation du dialogue des juges – Les progrès réalisés en matière de communication sont pour une très large mesure à l’origine de la rationalisation du dialogue des juges. D’un côté, les juristes s’ouvrent sans cesse vers les autres systèmes juridiques, avec en toile de fond la construction européenne¹⁹⁵. De l’autre côté, les nouvelles technologies favorisent les échanges de données et les échanges humains entre les différents acteurs du monde juridique. A partir d’un moment donné, le dialogue des juges s’organise, s’intellectualise. Nous proposons d’étudier ici deux facteurs qui nous paraissent déterminant dans le processus de rationalisation. Tous deux sont traités de façon individuelle, mais nous ne perdons pas à l’esprit qu’ils sont inextricablement liés. Ainsi, deux faits participent à rationaliser ce dialogue des juges : le premier est lié à l’activité non juridictionnelle de la Cour de cassation, l’autre est lié aux méthodes que celle-ci emploie. Le développement de l’activité internationale de la Cour de cassation est beaucoup plus mis en avant avec l’arrivée de Guy CANIVET à la présidence de la Cour de cassation. Ce dernier avait en effet annoncé que le droit français devait rayonner à travers le monde, sans

¹⁹¹ Les accords de Cotonou ont été signés le 23 juin 2000.

¹⁹² Résolution 1315 du Conseil de sécurité de l’ONU. L’accord pour le statut du tribunal a été pris le 16 janvier 2002.

¹⁹³ Résolution 827 du Conseil de sécurité de l’ONU, 25 mai 1993 : « *Le Conseil de sécurité (...) décide par la présente résolution de créer un tribunal international dans le seul but de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l’ex-Yougoslavie* ».

¹⁹⁴ Résolution 955 du Conseil de sécurité de l’ONU, 8 novembre 1994.

¹⁹⁵ Le 1^{er} janvier 1999, l’Euro devient la monnaie unique de 11 Etats membres. Le 26 février 2001, le traité de Nice est signé, entrera en vigueur au 1^{er} février 2003, année pendant laquelle l’Union européenne comptera 25 Etats membres.

complexe par rapport au droit issu de la *Common law*¹⁹⁶. L'utilisation plus moderne et présente de l'informatique dans les juridictions n'est pas annoncée par le nouveau Premier président mais il explique que le juge français doit avoir à l'esprit que les décisions qu'il rend peuvent être lues dans 27 pays¹⁹⁷. On verra donc que le dialogue des juges passe par l'activité internationale de la Cour de cassation (section 1), qui nécessite notamment l'utilisation de l'outil informatique comme instrument du dialogue (section 2).

¹⁹⁶ Voir notamment les discours des audiences solennelles de rentrées : Rapport annuel de la Cour de cassation 2002, La documentation française, 2003 ; Rapport annuel de la Cour de cassation 2004 : La vérité, La documentation française, 2005.

¹⁹⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation 2006 : La Cour de cassation et la construction juridique européenne, La documentation française, 2007.

Section 1 : l'activité internationale de la Cour de cassation

« *Le juge – s'il est et sera toujours rattaché à un territoire (pour le juge interne) comme à des procédures et in fine à un système de normes spécifiques (pour les juges internes et internationaux – est conduit à s'ouvrir à d'autres juges rattachés à d'autres univers systémiques* » Laurence BURGORGUE-LARSEN, *De l'internationalisation du dialogue des juges*, in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 97.

99. Une activité qui tend à se faire connaître – La Cour de cassation à ses débuts n'a aucune activité internationale. En effet, elle a été créée par la nécessité de placer au sommet de la hiérarchie judiciaire une Cour régulatrice, veillant à la bonne application de la loi par les tribunaux français. Ainsi, le décret du 27 novembre 1790 prévoyait en son article 2 que « *les fonctions du tribunal de cassation seront de prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort, de juger les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, les conflits de juridiction et les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier* »¹⁹⁸. De manière générale, les textes prévoyant l'organisation et les attributions de la Cour ne font aucune allusion à une quelconque activité qui sortirait des frontières hexagonales¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Ernest FAYE, *La Cour de cassation 1903*, Editions la mémoire du droit. 1999, page 601.

¹⁹⁹ Le décret du 27 novembre 1790 illustre bien ce propos.

Dans les rapports annuels de la Cour de cassation, il faut attendre celui de l'année 2000 pour voir des développements consacrés aux relations internationales de la Cour²⁰⁰, ceci ne signifiant pas que la Haute juridiction ne possédait aucun lien avec l'extérieur. L'arrivée de Guy CANIVET à la présidence de la Cour de cassation marque une volonté de développer les relations internationales de la Cour mais aussi d'exposer l'existence de celles-ci²⁰¹. Dans son rapport annuel pour l'année 2005, la Cour de cassation affiche clairement les objectifs de son activité internationale. Le premier est de situer la Cour de cassation en Europe, le deuxième est de multiplier les liens entre les cours ayant en partage le français, enfin le troisième est de situer la France « *au carrefour des grandes traditions juridiques et judiciaires* »²⁰². Jusqu'à aujourd'hui, la présentation de ces relations a évolué mais aussi la façon dont elles prennent forme. Il est intéressant de remarquer que l'activité internationale de la Haute juridiction revêt plusieurs facettes (§1) et qu'elle produit des répercussions sur la formation des magistrats (§2).

²⁰⁰ A partir du rapport de l'année 2000, on trouve dans la 5^{ème} partie, un « volet relations internationales ». Ce volet ne se retrouve pas dans les rapports antérieurs.

²⁰¹ *Supra* § 37

²⁰² Rapport annuel de la Cour de cassation 2005. *L'innovation technologique*. Paris, La documentation française. Page 503.

§1) Une activité internationale à plusieurs facettes

100. Plan – Dans son rapport annuel de l'année 2001, la Cour de cassation introduit la partie sur les relations internationales de la juridiction par une phrase marquant toute son ambition : «*Outre la continuation et l'approfondissement des relations avec les juridictions appliquant un droit voisin du nôtre, l'établissement de liens avec les cours suprêmes de pays ayant d'autres traditions juridiques, et plus particulièrement avec les grandes juridictions de Common Law ainsi qu'avec les cours suprêmes européennes est également prioritaire en raison de l'internationalisation des questions de justice et de leur solutions*»²⁰³. La Cour de cassation n'apparaît pas comme une juridiction travaillant en autarcie, elle affiche désormais une certaine ouverture sur le monde entier. On peut observer que cette activité internationale s'incarne de deux manières. D'abord à travers l'institution elle-même, de par son appartenance à des réseaux de juridictions (A), ensuite à travers les magistrats considérés dans leur individualité (B).

²⁰³ *Op. cit.*, p. 30.

A. L'appartenance de la Cour de cassation à des réseaux

101. La notion même de réseau – Le terme de réseau possède de nombreux sens²⁰⁴. Sans les reprendre tous, il se dégage de ceux-ci toujours les mêmes idées²⁰⁵. Ainsi, on retrouve celle de plusieurs voies, lignes, qui s'entremêlent sans vraiment avoir de logique particulière. Ainsi un réseau peut se former sans suivre de règle précise. Une vaste toile qu'il serait possible de schématiser, sans pour autant y trouver de constante. D'un point de vue juridique, c'est longtemps le symbole de la pyramide qui a prévalu et qui laisse place désormais à celle du réseau²⁰⁶. En effet, avec notamment la théorie de la hiérarchie des normes et une version simplifiée de celle-ci, c'est l'image de la pyramide qui est demeurée afin d'expliquer que les normes dites inférieures doivent être conformes aux normes dites supérieures. D'ailleurs, avec le dialogue des juges, l'image du réseau est tout à fait compatible car les influences croisées de jurisprudences sont le fait de relations informelles entre différentes juridictions ou différents magistrats. La Cour de cassation, autour de laquelle tourne notre étude, appartient à des réseaux. Nous allons revenir sur l'origine de ces réseaux (1), avant d'en étudier quelques uns dans le détail (2).

²⁰⁴ D'après le dictionnaire Le Robert, le réseau peut être « *un tissu à mailles très larges* », « *un ensemble de lignes, de bandes etc, entrecroisées plus ou moins régulièrement* », ou bien encore « *une répartition des éléments d'une organisation en différents points* ».

²⁰⁵ Le dictionnaire Le Littré donne onze définitions du terme.

²⁰⁶ Voir l'ouvrage de François OST et de Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002. Les auteurs affirment qu'il faut abandonner l'image de la pyramide et opter pour celle du réseau, car les systèmes juridiques ne sont pas hiérarchisés. Le réseau deviendrait le nouveau paradigme.

1) L'origine des réseaux de juridictions

102. La concrétisation d'une idée d'universalité – Le développement d'une activité internationale est un facteur indéniable de rationalisation du dialogue entre les juges. Cette activité mondiale prend notamment la forme de réseaux auxquels appartient la Cour de cassation, et il est intéressant de savoir comment celle-ci est apparue. Il semble que l'apparition de réseaux de juridictions soit la concrétisation d'une certaine idée d'universalité. En effet, à l'heure où la Haute juridiction française s'ouvre au monde, le phénomène de globalisation a déjà fait son œuvre. Le fait que des juridictions d'origines diverses veuillent nouer des liens au sein de réseaux ou de groupements illustre la volonté de mettre en commun leur travail et ouvrent celles-ci à la comparaison. Ce phénomène de mondialisation a atteint la sphère juridique et a pris forme réelle à travers ces réseaux. Revenons donc sur les origines idéologique et formelle qui entourent ceux-ci.

103. Une origine idéologique – Il convient ici de revenir sur le contexte qui a permis aux juridictions de s'ouvrir sur le monde extérieur. L'origine idéologique naît du phénomène de mondialisation. La mondialisation implique le développement de liens d'interdépendance entre hommes et femmes, d'activités humaines et de systèmes politiques à l'échelle du monde. D'après Le Larousse, c'est « *le fait de devenir mondial, de se mondialiser* » et en matière économique, c'est l' « *élargissement du champ d'activité des agents économiques (entreprises, banques, Bourse) du cadre national à la dimension mondiale* ». La globalisation, la multiplication des échanges mondiaux ont amené certains juristes à s'interroger sur une possible mondialisation du droit²⁰⁷. Certains auteurs parlent même d'internationalisation du dialogue des juges car « *la globalisation induit une*

²⁰⁷ C'est ce que constate également Philippe WECKEL lors d'une conférence qui a eu lieu le 24 juillet 2003 : « *La mondialisation du droit accompagne logiquement la globalisation de la société humaine* ». Il est possible d'écouter la conférence sur le site du journal Le Monde au lien suivant : http://www.lemonde.fr/savoirs-et-connaissances/article/2003/06/25/philippe-weckel-la-mondialisation-du-droit_325352_3328.html ; voir encore : Mireille DELMAS-MARTY, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, 2003 ; Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, 1998 ; Jean-Louis HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz-Sirey, 2009.

internationalisation des systèmes et des comportements judiciaires nationaux »²⁰⁸. De manière générale, la mondialisation du droit se rapporte à l'idée d'un droit mondial, universel. Ainsi, Mireille DELMAS-MARTY considère que « *la mondialisation du droit est déjà engagée alors que le droit mondial n'existe pas encore* »²⁰⁹. Elle relève également une contradiction possible entre un droit de la mondialisation à vocation économique et un droit universaliste, servant de fondement aux droits de l'homme. Le concept de mondialisation du droit est difficile à cerner, mais on peut comprendre aisément que le contexte de globalisation des échanges tient une large part dans l'ouverture des juridictions sur le monde. Le mouvement de mondialisation offre un contexte favorable à une ouverture toujours plus grande sur le monde entier, permettant aussi de revenir sur l'idée d'un droit commun ou universel, idée déjà présente dans le passé. En effet, certains comparatistes par exemple avaient déjà avancé l'idée d'un droit commun universel²¹⁰. Plus tard, certaines conventions internationales afficheront clairement des ambitions à caractère universel, comme la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou bien encore la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹¹. La volonté de plusieurs Etats de respecter un même texte pousse ceux-ci vers plus d'ouverture, sans pour autant avoir pour finalité la création d'un droit mondial. Ainsi dans ce contexte plus que favorable à l'ouverture, des réseaux entre des juridictions suprêmes ont vu le jour.

104. Une origine formelle – Le contexte dans lequel prennent naissances les réseaux de magistrats ou de juridictions est teinté de mondialisation et d'universalisme. Pour autant, ceux-ci prennent des formes concrètes que l'on va désormais étudier. Les réseaux de

²⁰⁸ Laurence BURGORGUE-LARSEN, *De l'internationalisation du dialogue des juges, missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois*, in *Le dialogue des juges, mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 95.

²⁰⁹ C'est ce qu'elle écrit dans un rapport relatif aux aspects de la mondialisation politique pour l'académie des sciences morales et politiques, page 60. Ce rapport n'est disponible qu'en ligne sur le site de l'Académie des sciences morales et politiques : <http://www.asmp.fr/travaux/gpw/mondialisation/Baechler1.pdf>

²¹⁰ Toujours dans ce même rapport, Mireille DELMAS-MARTY revient sur les pionniers d'un droit universel comme René DAVID, lors du Congrès international de droit comparé qui a eu lieu en 1900.

²¹¹ La Déclaration universelle des droits de l'homme est adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies. L'idée d'universalité transcende toute la convention, on peut lire par exemple à la fin du préambule que « *l'Assemblée générale proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et par toutes les nations* ».

juridictions existant prennent généralement l'appellation de réseau ou d'association²¹². Celles-ci apparaissent sur le site internet de la Cour de cassation, en suivant l'onglet « *activité internationale* », puis « *réseaux de cours suprêmes* ». Tous les réseaux de magistrats ou de juridictions sont présents sur le site de la Cour, même ceux pour lesquels la Haute juridiction n'est pas membre. Une division est opérée entre les réseaux internationaux, les réseaux européens et les réseaux de l'espace francophone. Pour toutes ces associations, un lien vers leur site internet est disponible, à partir desquels il est loisible de consulter leur actualité, leurs travaux etc. L'intention qui se cache derrière ces réseaux est à chercher dans les statuts des diverses associations.

L'idée qui revient assez fréquemment est celle de coopération²¹³. C'est le cas par exemple de l'Association des Conseils d'Etat et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, qui précise à l'article 3 de ses statuts, que « *l'Association a pour objet de favoriser, dans les limites de ses possibilités financières, les échanges d'idées et d'expériences sur les questions relatives à la jurisprudence, à l'organisation et au fonctionnement de ses membres dans l'exercice de leurs fonctions, qu'elles soient juridictionnelles ou consultatives, particulièrement au regard du droit communautaire* ». Plus loin on peut lire également que l'Association crée une banque de données rassemblant notamment les arrêts rendus par les membres²¹⁴. Les différents réseaux de juridictions existant se révèlent plutôt très organisés, existent de manière officielle, il s'agit désormais de s'intéresser aux réseaux auxquels la Cour de cassation appartient.

²¹² Il semblerait que cela ne soit pas le cas pour le réseau des cours judiciaires ibéro-américaines qui se nomme en anglais the Ibero-American judicial summit, qui signifie « sommet ».

²¹³ Il s'agit d'une coopération plus ou moins poussée selon les cas. Elle est très présente par exemple dans les statuts de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français. Ainsi, l'article 1 précise que « *l'Association a pour but de favoriser l'approfondissement de l'Etat de droit par un développement des relations entre les institutions qui, dans les pays ayant en partage l'usage du français [...] ont compétence de régler en dernier ressort avec l'autorité de la chose jugée, les litiges de conformité à la Constitution* ».

²¹⁴ Article 3 des statuts.

2) Les réseaux en question

105. Des réseaux à dimension variable – Nous nous arrêtons ici sur les réseaux dont fait partie la Cour de cassation. Pour prendre connaissance de ceux-ci, il est possible de visiter le site internet de la Haute cour²¹⁵ afin de découvrir les réseaux de cours suprêmes ou bien d'aller feuilleter les rapports annuels de la juridiction dans la partie consacrée à l'activité internationale. Une classification de ces réseaux permet d'avoir une vision plus dégagée de leur importance. Ainsi, nous verrons que deux associations sortent du lot de par leur importance, tandis que d'autres sont spécialisées dans un domaine bien précis ou parfois ne concernent qu'une zone géographiquement limitée.

106. Les réseaux d'envergure – L'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (abrégé AHJUCAF) et le Réseau des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne retiennent notre attention, étant donnée leur envergure. L'AHJUCAF est une association qui a été créée en mai 2001 et la présentation qui en est faite sur le portail du Ministère de la justice est ambitieuse : « *Avec la mondialisation, les problèmes de justice dépassent la sphère de réflexion et d'action des juridictions nationales. La création d'une association rassemblant les plus hautes institutions judiciaires répond à un besoin d'ouverture, de dialogue, de coopération entre juridictions suprêmes ayant la même mission d'harmonisation des méthodes et des solutions juridiques* »²¹⁶. Plus d'une trentaine de Cours suprêmes sont membres de l'association²¹⁷. Les statuts de l'AHJUCAF²¹⁸ prévoient que « *l'association a pour objet de*

²¹⁵ *Supra* § 104.

²¹⁶ <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10045&ssrubrique=10284&article=11967>

²¹⁷ Pour n'en citer que quelques uns : Cameroun, Canada, Hongrie, Moldavie, Sénégal, Suisse, Vietnam.

²¹⁸ <http://www.ahjucaf.org/>

favoriser l'entraide, la solidarité, la coopération, les échanges d'idées et d'expériences entre les institutions judiciaires membres sur les questions relevant de leur compétence ou intéressant leur organisation et leur fonctionnement ; promouvoir le rôle des Hautes Juridictions dans la consolidation de l'Etat de droit, le renforcement de la sécurité juridique, la régulation des décisions judiciaires et l'harmonisation du droit au sein des Etats membres »²¹⁹. L'association rend accessible publiquement des rapports de conférence et diverses publications de journées organisées dans le cadre de son activité. Par ailleurs, un portail permet d'avoir accès aux jurisprudences judiciaires de tous les pays membres. Le second réseau qui apparaît comme important est celui des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne²²⁰. Ce réseau est également une association, créée lors de l'assemblée constitutive du 10 mars 2004 à la Cour de cassation même et avec le soutien financier de la commission européenne. Le réseau offre aux instances européennes la faculté de consulter les Cours suprêmes et les membres peuvent participer à des programmes d'échanges des autorités judiciaires européennes, en lien avec le réseau européen de formation judiciaire. Tout comme l'AHJUCAF, cette association offre un portail de jurisprudence disponible en 21 langues, mais il apparaît comme bien plus élaboré que celui de l'AHJUCAF, car un moteur de recherche lui est associé. Enfin, le site Internet du réseau offre un accès à sa propre lettre d'information, ainsi qu'à la revue de l'Observatoire du droit européen. D'autres réseaux existent, mais se révèlent moins populaires²²¹.

107. Les réseaux spécialisés – Lorsque nous examinons de plus près la partie relations internationales dans les rapports de la Cour de cassation, nous remarquons que la cour est membre d'autres réseaux. Ils sont moins connus que les deux réseaux vus précédemment mais cela s'explique par le fait qu'ils soient spécialisés dans un domaine bien précis ou qu'ils regroupent des professionnels biens déterminés. Nous nous contenterons ici de les présenter sommairement. En premier lieu, on trouve le Forum des juges de l'Union

²¹⁹ Article 4 chapitre 2 des statuts.

²²⁰ <http://www.network-presidents.eu/spip.php?rubrique1&lang=fr>

²²¹ L'AHJUCAF se révèle être l'association qui regroupe le plus de juridictions, on considère donc qu'elle très connue et possède une activité assez développée.

européenne pour l'environnement²²². Il a été créé en 2004 et a pour objet de « contribuer à la mise en œuvre du droit de l'environnement national, européen et international par l'amélioration des connaissances des juges en matière de droit de l'environnement, par l'échange de données jurisprudentielles et le partage des expériences en matière de formation au droit de l'environnement »²²³.

Nous trouvons ensuite l'Association européenne des juges du travail²²⁴, le forum des juges commerciaux européens²²⁵, l'Association des juges européens de la concurrence, le Réseau européen des Conseils supérieur de la justice²²⁶ et le Groupement européen des magistrats pour la médiation²²⁷. Ces quelques exemples montrent le fait que de nombreux réseaux existent, qu'ils sont parfois limités à un domaine précis du droit, mais qu'ils font intervenir des praticiens de différents pays, leur permettant de nourrir des échanges entre véritables experts, qui ne sont pas toujours possibles lors de rencontres sur des thèmes larges.

108. Les réseaux limités géographiquement - Comme son nom l'indique très clairement, l'Association des juristes franco-britanniques²²⁸ ne concerne que les juristes français et britanniques. L'Association présente deux objets sur son site internet. Le premier étant de «faire progresser et faciliter la formation, la connaissance et la pratique des droits anglais, écossais et français en général et, en particulier, dans le cadre de l'Union européenne, et de ses traités constitutifs ». Elle vise en second lieu à «faciliter les relations et les échanges entre juristes anglais, écossais et français et contribuer ainsi à

²²² <http://www.eufje.org/FR>

²²³ Voir les statuts de l'association sur son site internet.

²²⁴ Il semble que ce Forum se réuni chaque année sous forme de conférences, traitant de problèmes actuels touchant le droit social.

²²⁵ Tout comme le Forum européen des juges du travail, les magistrats se réunissent chaque année pour traiter de thématiques communes touchant au droit des affaires.

²²⁶ Ce réseau a été créé dans le cadre de l'espace européen de liberté de sécurité et de justice. L'un de ses objectifs est l'échange d'expériences relatives au type d'organisation des différents pouvoirs judiciaires et de leur fonctionnement.

²²⁷ Ce groupement a pour but de réunir des magistrats des différents pays de l'Union européenne afin de promouvoir le traitement pacifique des conflits. Son site Internet se trouve au lien suivant : <http://www.gemme.eu/fr/>

²²⁸ <http://www.franco-british-law.org/>

l’élargissement des relations juridiques, politiques, économiques et culturelles entre le Royaume-Uni et la France ».

On retrouve ensuite l’Association Ouest-africaine des hautes juridictions. Celle-ci a été créée en 1998 puis est devenue l’Association africaine des hautes juridictions francophones en 2004, en raison de son succès²²⁹. Cette Association réunie une trentaine de juridictions suprêmes, représentant les ordres constitutionnel, administratif et judiciaire. Elle poursuit de nombreux objectifs comme de « *Favoriser la coopération, l’entraide, les échanges d’idées et d’expériences sur les questions soumises à ses juridictions ou intéressant leur organisation et leur fonctionnement* », de « *Promouvoir le rôle de ses juridictions dans l’uniformisation du Droit au sein des États membres* », ou bien encore de « *Contribuer plus efficacement au renforcement du Droit et de la Sécurité Juridique et Judiciaire en Afrique en vue de la promotion et de la consolidation de la Démocratie et de l’État de Droit* »²³⁰.

Pour finir, la Cour de cassation reste dans la mouvance des réseaux de magistrats car en 2008, Jean-Louis NADAL a proposé de constituer un réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les cours suprêmes judiciaires de l’Union européenne²³¹. Ce réseau a vu le jour avec le soutien de la Commission européenne. Le rapport présente celui-ci comme permettant de « *fédérer un réseau d’experts de haut niveau, qui favorise les échanges d’idées et d’expériences sur toutes questions relatives au rôle, à l’organisation et au fonctionnement des parquets généraux des Cours suprêmes, et renforce l’expression de la norme communautaire et européennes par les Cours suprêmes* »²³². Dans le cas des réseaux dont les membres sont proches d’un point de vue géographique, la volonté de coopération est plus forte et dépasse parfois la seule ambition juridique.

De par son appartenance ou son lien avec des réseaux, la Cour de cassation développe son

²²⁹ En effet, Monsieur Victor ADOSSOU, membre notamment de ce réseau, explique lors d’une rencontre organisée par l’AHJUCAF, que « *Très vite, le jeune réseau s’est agrandi et positionné comme un véritable outil d’intégration juridique et judiciaire à l’échelle du continent* », dépassant les frontières initialement prévues. Son discours est disponible sur le site de l’AHJUCAF à l’adresse suivante : <http://www.ahjucaf.org/L-experience-de-l-Association.html>

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2009 : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, La documentation française, 2010, p. 556.

²³² *Ibid.*

activité internationale, permettant ainsi au dialogue des juges de se mettre en place. De façon sous-jacente, les magistrats eux-mêmes sont acteurs de cette activité internationale de la cour.

B. Le rôle des magistrats

109. Des magistrats aux diverses casquettes – L'activité internationale de la Cour de cassation a la particularité, on l'a vu, de s'organiser en réseaux de juridictions. De façon individuelle, les magistrats eux-mêmes participent à cette activité internationale. Ils sont acteurs des relations internationales de la Cour de cassation. Nous verrons que cette part dans les relations extérieures est aussi bien le fait des juges du droit que ceux du fond (1) ; nous verrons aussi que leur rôle est plus actif dans le cadre de l'Union européenne, avec l'existence des magistrats de liaison (2). Dans le premier cas, il s'agit d'un dialogue direct entre les magistrats français et étrangers, tandis que le second cas relève d'avantage de la coopération.

1) Le rôle des magistrats dans l'activité internationale

110. Le dialogue direct entre les juges français et étrangers – Le dialogue ici est direct car les magistrats français et étrangers se rencontrent physiquement. On peut affirmer qu'il s'agit de la forme la plus brute de dialogue, pour autant, celui-ci ne se réalise que dans un cadre, certes officiel, mais pas judiciaire. On tiendra compte également des magistrats appartenant aux juridictions du fond. Leur participation à des échanges internationaux montre que l'ouverture vers le monde extérieur est insufflée à tous les niveaux de l'organisation juridictionnelle. En effet, si les différents magistrats se rencontrent officiellement, ils ne participent en aucun cas à l'activité judiciaire de la juridiction. Il s'agit de relations anciennes, diverses et officielles, et dans ce cadre, il est difficile de mesurer l'impact de celles-ci dans l'esprit du magistrat qui retourne dans son pays d'origine.

111. Des relations anciennes et mondiales – D'un point de vue matériel, ces échanges sont mis en place à travers les conventions de jumelage. Celles-ci existent depuis un certain nombre d'années et peuvent être conclues entre la Cour de cassation et d'autres juridictions étrangères d'une part, et entre certaines juridictions du fond avec des juridictions étrangères d'autre part²³³. Sur le site, on peut lire que la plus ancienne convention de jumelage date de 1995 et a été conclue avec le Maroc²³⁴. Pour connaître l'existence des conventions de jumelage conclues par la Cour de cassation, il est possible d'aller lire les rapports annuels de la juridiction, ou bien de visiter le site Internet de la Cour. Ainsi, sur le site de la Cour de cassation, on peut lire que la haute juridiction entretient des liens avec le

²³³ On retrouve des références à des Traités dans des recueils de jurisprudence de la fin du XIXème siècle conclus entre 2 Etats à propos par exemple de la reconnaissance de décisions judiciaires. Voir par exemple le Traité du 4 vendémiaire an 12 signé entre la France et la Suisse. Lois et arrêts 1832, p. 664.

²³⁴ Les relations entre la Cour de cassation et d'autres juridictions étrangères dateraient des années 1990, mais il existait déjà des relations entre la France et d'autres Etats, qui prenaient la forme de traités.

Maroc, le Canada, le Sénégal, l'Egypte, le Liban, l'Algérie, le Bénin, la République dominicaine et Madagascar.

En ce qui concerne les juridictions du fond, elles sont également liées par certaines conventions de jumelage. Il existe bien sûr d'autres systèmes de jumelage comme par exemple celui de la Cour d'appel de Paris avec le Tribunal de Moscou ou bien encore celui de la Cour d'appel de Versailles avec le Tribunal de Saint-Pétersbourg. Ces derniers jumelages sont le fait du Service des Affaires européennes et internationales appartenant au ministère de la justice²³⁵. Ainsi, entre ces diverses juridictions, des missions et des échanges de magistrats ont lieu, permettant ainsi de connaître en détail le droit respectif de chacun des pays concernés²³⁶.

Pour ce qui concerne la Cour de cassation, les traces de tous les échanges de magistrats qui ont lieu apparaissent dans le rapport annuel de la cour et de nombreux juges étrangers viennent en stage à Paris²³⁷. Nous sommes donc face à des échanges tout à fait officiels, mais demeurant externes à toute activité juridictionnelle, car le magistrat étranger ne participe bien évidemment pas au traitement d'un dossier.

112. Des relations officialisées, externes à toute activité juridictionnelle – Les échangent sont nécessairement externes à toute activité judiciaire car il est évident qu'un juge étranger ne possède aucun pouvoir dans un autre pays. Les échanges qui ont lieu à la Cour de cassation sont référencés dans le rapport annuel de la juridiction. En revanche, ceux qui concernent les juridictions du fond font l'objet d'une diffusion sur internet, facilitant certainement ainsi la diffusion de ceux-ci. L'ouverture des juges du fond sur le monde extérieur est formel mais les suites de ces échangent semblent demeurer officieuses.

Afin de rendre compte des échanges de magistrats du fond avec des juges étrangers, il faut

²³⁵ Le service des affaires européennes et internationales (SAIE) a été créé par un arrêté du 1^{er} octobre 1991. Il regroupe un certains nombres de bureaux du ministère de la justice comme par exemple le bureau du droit international, et de l'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale, ou bien encore le bureau des droits de l'homme. Ses attributions sont nombreuses, on retiendra celle de la prise de dispositions nécessaires pour améliorer la connaissance de la législation comparée, mais aussi celle de contribuer à l'élaboration de la politique de coopération juridique et judiciaire.

²³⁶ Pour plus de détail, voir les rapports annuels de la Cour de cassation.

²³⁷ En 2008 par exemple, un juge à la Cour fédérale allemande, un juge du Tribunal suprême d'Espagne, et un juge de la section commerciale de la Haute cour de cassation et de justice de Roumanie ont effectué un stage à la Cour.

aller visiter les sites des juridictions du 1^{er} et 2nd degré. Ainsi, le tribunal de grande instance d'Epinal est jumelé avec le tribunal départemental de Csongrad en Hongrie²³⁸. Le discours prononcé par le premier président du tribunal d'Epinal contient une phrase clé : « *Nous attendons beaucoup de vous. Vous avez depuis quinze ans adapté votre système judiciaire aux mutations très importantes qu'a connues votre pays. Les réponses que vous avez apportées aux problèmes que posent les évolutions de la société contemporaine nous intéressent* » (souligné par nous)²³⁹. Il apparaît dans les archives du site Internet du tribunal de grande instance de Mâcon qu'une délégation de magistrats polonais en 2004, et de fonctionnaire ukrainiens en 2000, étaient venus en visite au tribunal²⁴⁰. Nous pouvons encore donner l'exemple de la Cour d'appel d'Angers, qui a récemment reçu une délégation brésilienne²⁴¹. Cette visite a eu lieu en mai 2009 mais on y apprend que ces échanges ont lieu depuis 1997. A cette occasion, une conférence s'est tenue sur le thème « *Le Ministère public, directeur d'enquête : quelle place pour le juge et la défense ? Réflexions à partir de l'exemple brésilien* »²⁴². Les relations entre les différentes juridictions ne sont pas cachées mais on peut s'interroger sur les conséquences réelles de celles-ci.

Effectivement, s'il y a parfois des rapports ou des actes de ces rencontres, il n'est pas certain que ceux-ci aient une grande portée. Dans ce genre d'échanges, on peut prétendre que le magistrat étranger de retour dans son pays ne retienne que certains détails de son séjour au sein de la juridiction d'accueil. Toutefois, il est possible également que le juge en question mobilise une solution ou une règle de droit afin de trancher un litige. Cela relève du défi, car il s'agirait d'entrer dans l'esprit du magistrat. La connaissance personnelle d'un droit étranger ou d'une solution étrangère pourrait entrer dans notre champ d'étude. Il est également difficile d'appréhender l'impact de ces échanges car le juge qui se rend dans une juridiction étrangère ne participe pas à la vie juridictionnelle du palais, contrairement

²³⁸ La cérémonie de jumelage a eu lieu le 17 septembre 2004.

²³⁹ Le premier président clos son discours sur cette phrase : « *Nous sommes persuadés que ce Haut Patronage constitue un gage de succès et de prospérité pour cette coopération et ce dialogue franco-hongrois entre magistrats d'Epinal et de Szeged* ».

²⁴⁰ <http://www.tgi-macon.justice.fr/archives.htm>

²⁴¹ <http://www.ca-angers.justice.fr/index.php?rubrique=10668&article=17222>

²⁴² Le site ne donne pas accès aux archives de cette conférence.

aux magistrats de liaison.

2) Les magistrats de liaison

113. La coopération directe entre les juges français et étrangers – Avec la naissance en 1993 des premiers magistrats de liaison, une véritable coopération prend forme entre les autorités judiciaires de pays différents. Nous sommes ici dans le cadre de l’Union européenne, dans lequel certains mécanismes de coopération entre magistrats existent déjà, mais les magistrats de liaison concourent activement à la justice du pays accueillant. Nous nous arrêtons donc un instant sur leur statut particulier.

114. Les magistrats de liaison – C’est en 1993 qu’apparaît le premier magistrat de liaison. Il est français et est nommé auprès des autorités italiennes, à Rome²⁴³. En avril 1996, une action commune est venue finaliser le cadre des échanges des magistrats de liaison entre les pays de l’Union européenne²⁴⁴. Agissant dans le cadre de la coopération judiciaire en matière civile pénale et commerciale, ces magistrats d’un genre nouveau, en contribuant au rapprochement des autorités judiciaires, permettent aussi un rapprochement des cultures juridiques. Nommés par arrêté du ministre de la Justice, ces magistrats ont trois fonctions principales²⁴⁵. Ils doivent faciliter la coopération judiciaire. Ils doivent également réaliser des études de droit comparé et, enfin, établir des relations institutionnelles entre les autorités judiciaires de leur pays d’origine avec celles de leur pays d’accueil. Leur existence est un exemple de forme de dialogue des juges existant dans le cadre de l’espace de liberté de sécurité et de justice. Mais ce nouveau magistrat ne s’arrête pas aux frontières de l’Union européenne, puisque, actuellement, certains d’entre eux sont au Canada, en

²⁴³ Fabrice LHOMME, « *Magistrats sans frontières* », L’Express du 13 janvier 2000.

²⁴⁴ L’action commune 96/277/JAI du 22 avril 1996 tend à améliorer la rapidité et l’efficacité de la coopération judiciaire, ainsi qu’à faciliter la compréhension réciproque des systèmes.

²⁴⁵ Une fiche du métier de magistrats de liaison est disponible sur le site du ministère de la Justice.

Chine, aux Etats Unis, en Croatie, au Maroc et en Russie²⁴⁶. De leur côté, les magistrats étrangers accueillant des magistrats français et collaborant avec prennent connaissance de notre système judiciaire, de notre législation et de nos solutions retenues pour régler tel ou tel problème de droit. Leur rôle dans l'établissement d'études de droit comparé permet de diffuser un droit étranger, leur permettant par la suite d'expliquer la position de la jurisprudence du pays d'accueil aux autres juristes français. Il existe quelques exemples connus d'inspiration de solutions étrangères que les magistrats de liaison avaient fait connaître à leurs collègues français pour combler une lacune du droit français. C'est le cas de l'homicide involontaire sur un enfant à naître ou bien encore celui de l'indemnisation de l'enfant né handicapé suite à une faute médicale. Bernard RABATEL donne ces deux exemples pour illustrer le fait que les magistrats de liaison peuvent aider les magistrats de leur pays d'origine sur une question de droit nouvelle, en diffusant le droit du pays dans lequel ils sont implantés. Leur travail est essentiel et ils « *ne se contentent pas de donner une réponse brute, souvent difficilement utilisable telle qu'elle dans un autre pays. Ils l'accompagnent de commentaires personnels inspirés par la connaissance qu'ils ont du système judiciaire de leur pays d'accueil* »²⁴⁷.

Qu'il s'agisse de réseau ou d'actions plus ou moins directes des magistrats eux-mêmes, cet aspect de l'activité internationale de la Cour de cassation a eu des conséquences sur la formation des juges.

²⁴⁶ Les autres sont en Allemagne, en Espagne, en Italie, en Pologne et aux Pays-Bas.

²⁴⁷ Bernard RABATEL, *Les magistrats de liaison : leur rôle dans la coopération judiciaire internationale et dans le domaine du droit comparé*, texte consultable sur le lien <http://www.ambafrance-uk.org/Justice-Les-Magistrats-de-liaison.html> Décembre 2003. Bernard RABATEL est magistrat de liaison français au Royaume Uni depuis 2002, et avait été magistrat de liaison aux Etats Unis de 1996 à 2001.

§2) Une activité à répercussion sur la formation des magistrats

115. Plan – La formation des magistrats français a d’abord évolué avec la construction européenne (A), puis s’est poursuivie avec l’activité internationale grandissante, offrant aujourd’hui une formation cosmopolite (B).

A. La formation des juristes à l’aune de la construction européenne

116. De l’étudiant au magistrat – Avant que l’activité internationale de la Cour de cassation ne se développe, l’idée d’ouvrir les juristes à d’autres droits était déjà présente. L’expansion du droit comparé, et en parallèle la construction européenne, ont eu des conséquences sur la formation des juristes. Certains juristes qui n’ont pas suivi de cours de droit comparé ou de droit communautaire car cela n’était pas encore enseigné, et les rencontrent durant leur carrière professionnelle. Nous verrons que, désormais, le droit comparé et le droit communautaire sont largement présents dans les universités et que leur enseignement se poursuit à l’école de magistrature.

1) Le droit comparé et le droit communautaire à l'Université

117. Le droit comparé à l'université – Le droit comparé a connu une évolution fulgurante, appréhendée d'abord de façon théorique, puis de façon pratique dans le monde judiciaire. Il aurait été enseigné à l'Université depuis 1839 et serait devenu obligatoire tardivement. Le comparatiste René DAVID a été l'un des premiers à s'intéresser à la place de cette science dans l'enseignement universitaire. En 1950, lors d'un rapport présenté à la Conférence commune du Comité international de droit comparé et de l'*International Bar Association*, ce dernier fait un éloge au droit comparé²⁴⁸. Dans cet article, on trouve certaines informations au sujet de l'enseignement du droit comparé en France. Ainsi, les cours de droit comparé auraient été d'abord dispensés au Collège de France, puis dans les facultés de droit françaises depuis 1839. D'après le professeur, l'enseignement du droit comparé est indispensable à l'université, car il apporte aux juristes un enrichissement et une meilleure vision des problèmes qui se posent à eux. De manière générale, René DAVID insiste sur le fait que l'Université est uniquement basée sur un enseignement théorique, mais il explique également que le fait d'enseigner de grands principes de droits étrangers ne remet pas en cause la tradition juridique à laquelle on appartient. En 1963, dans un autre rapport²⁴⁹, le professeur René DAVID propose notamment de rendre obligatoire l'enseignement du droit comparé en licence ou en quatrième année de droit. Il souligne que la construction d'une communauté européenne impose aux juristes français de connaître le droit de ses partenaires. Il insiste aussi sur le fait que de nombreux magistrats ont besoin de nouveaux moyens afin de s'intéresser aux autres droits. Pour remédier à cet état, le professeur propose de créer une documentation sur tous les droits étrangers, un fonds qu'il reviendrait aux universitaires d'établir. Selon lui, le droit comparé offrirait aux étudiants la capacité d'enrichir leur future vie de praticien. Aujourd'hui, le droit comparé est, pour une large mesure, enseigné aux étudiants de droit. Certaines facultés offrent une formation très complète dans cette matière²⁵⁰. De son côté, le droit communautaire intègre les facultés de

²⁴⁸ René DAVID, *Le droit comparé enseignement de culture générale*, RIDC 1950 N°2, pages 682-685.

²⁴⁹ René DAVID, *Droit comparé, justice et université*, RIDC 1963 N°2, pages 331-350.

²⁵⁰ L'Université Jean Moulin Lyon III possède un Institut de droit comparé offrant une formation en droit anglais, américain, italien, allemand, espagnol et asiatique.

droit.

118. L'enseignement du droit communautaire – Nous ne pouvons pas facilement retracer avec précision l'évolution de l'enseignement du droit communautaire²⁵¹. Nous savons par exemple que la question de son enseignement préoccupait les hommes politiques car nous avons retrouvé une question posée par un sénateur au ministre délégué auprès du ministre de l'éducation nationale dans le Journal Officiel du Sénat du 8 octobre 1987²⁵² auquel il est demandé s'il ne serait pas indispensable de rendre obligatoire l'enseignement du droit communautaire « *dans l'enseignement supérieur et dans les universités à vocation juridique et économique* ». Dans le Journal Officiel du Sénat du 24 décembre 1987, le ministère de la recherche et de l'enseignement répond en substance que les universités délivrant un diplôme de licence en droit doivent obligatoirement dispenser des cours de droit international et communautaire. Certaines universités peuvent développer ces enseignements en année de maîtrise, voire délivrer un diplôme avec ces matières comme mention²⁵³. Il termine en expliquant qu'une commission de sciences juridiques et politiques travaille sur la place de l'enseignement du droit communautaire dans les universités françaises. Aujourd'hui le droit communautaire est également étudié largement par les étudiants en droit, notamment à partir de la licence, puis en master. Certaines facultés délivrent un diplôme spécialisé en droit communautaire²⁵⁴. L'université a bien évidemment eu un temps de retard par rapport aux réalités pratiques, puisque le droit communautaire s'est d'abord imposé aux praticiens, et ce n'est qu'ensuite qu'il a pu être théorisé et enseigné.

²⁵¹ Afin de retrouver des ouvrages anciens sur le droit communautaire, nous avons recherché sur le site du SUDOC l'entrée « droit communautaire », puis en effectuant un tri par année de publication, il apparaît que le plus ancien ouvrage daterait de 1963. Il est de la plume de Jean VERGES, intitulé *La participation du Parlement européen à l'élaboration du droit communautaire dans le cadre des traités de Rome*.

²⁵² JO du Sénat du 8 octobre 1987, page 1586.

²⁵³ En 1987, c'est le cas des universités Paris I, Paris II, Paris XI, Aix-Marseille III, Dijon, Tours et Poitiers.

²⁵⁴ L'Université Montesquieu de Bordeaux IV forme notamment au Master droit communautaire et européen.

2) Les magistrats face au droit communautaire

119. Les juges confrontés au droit communautaire – Il semblerait qu'une période ait marqué la formation des futurs magistrats à la matière communautaire. Celle-ci n'était pas enseignée à l'Ecole nationale de magistrature jusqu'à une période qu'aux années 1990. Lors du colloque organisé le 23 septembre 1994 sur la formation des juristes au droit communautaire²⁵⁵, plusieurs intervenants constatent la méconnaissance du droit communautaire chez les magistrats. André POTOCKI, alors juge au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes affirme que : « *la plupart des magistrats connaissent peu, ou ne connaissent pas le droit communautaire* »²⁵⁶. En effet, leurs études universitaires n'ont pas toujours dispensé cette discipline et l'Ecole Nationale de la Magistrature « *ne touche numériquement qu'un nombre relativement restreint de magistrats dans ce domaine* » et la pratique du droit communautaire est « *rare, voire pour beaucoup d'entre eux totalement inexiste* ». Pour sa part, Monsieur Daniel LUDET, directeur de l'Ecole Nationale de la Magistrature à l'époque, s'interroge alors sur les conditions dans lesquelles les magistrats français sont formés au droit communautaire²⁵⁷. Il explique que la formation universitaire au droit communautaire est insuffisante et qu'un auditeur de justice pouvait avoir obtenu sa maîtrise de droit sans avoir suivi un cours de droit communautaire. Le concours d'accès à l'Ecole Nationale de Magistrature ne prévoyait d'ailleurs aucune épreuve portant sur la matière. Il explique encore que des améliorations doivent être apportées à la formation initiale et continue des futurs magistrats. La formation des magistrats au droit communautaire suscite également des interrogations du côté du législateur.

En 1999, un sénateur interroge le ministre de la justice sur la place du droit

²⁵⁵ André POTOCKI, *La formation des juristes au droit communautaire*, LGDJ, 1997. Page 50 et s.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

communautaire dans la formation des magistrats²⁵⁸. Le garde des sceaux répond alors que depuis 1988, l'école nationale de magistrature a mis en place un séminaire sur « *le juge national et le droit communautaire* »²⁵⁹. Suite à la refonte de la formation initiale opérée en 1990, des ateliers et des conférences portant sur l'application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, la jurisprudence de Strasbourg, ou bien encore la pratique du droit communautaire ont été introduits à l'école. Après quelques évolutions, les magistrats connaissent des stages et des sessions en relation avec le droit communautaire²⁶⁰.

Aujourd'hui, les jeunes auditeurs de justice suivent une formation complète à l'école nationale de magistrature, devenue cosmopolite.

B. Une formation actuelle cosmopolite

120. Plan – L'Ecole Nationale de la Magistrature a connu certaines évolutions dans la formation qu'elle dispense aux auditeurs de justice. Elle propose aujourd'hui une formation riche, ouverte sur le monde extérieur, faisant d'elle une sorte de pôle international.

121. La formation riche dispensée aux futurs magistrats – Dans le programme de la formation initiale de la promotion de l'année 2008, l'Ecole se présente comme étant

²⁵⁸ Journal officiel du Sénat du 16 décembre 1999, page 4124.

²⁵⁹ Journal officiel du Sénat du 3 aout 2000, page 2739.

²⁶⁰ L'école a travaillé en relation avec le centre d'études européennes de Strasbourg. En 1999, l'école de Bordeaux étudie le droit communautaire sous différents thèmes tels que la question préjudicelle, la notion de procès équitable, ou bien encore l'entraide pénale internationale.

ouverte sur l'extérieur²⁶¹. Le terme « *extérieur* » englobe plusieurs dimensions. En premier lieu, la formation prévoit de recourir à de nombreux intervenants issus du monde judiciaire, économique, administratif ou médico-social. Ensuite, l'école prévoit des stages complémentaires auprès des divers partenaires du magistrat comme le greffe ou bien encore l'administration pénitentiaire. Enfin, la formation prévoit des échanges avec d'autres écoles de formation judiciaire européennes situées notamment en Allemagne, en Bulgarie ou bien encore en Espagne. Des activités pédagogiques communes aux élèves des écoles concernées sont aussi organisées. Le troisième thème de la formation s'intitule « *l'Europe et l'international* ». Il prévoit un module sur « *justices et droits européens* », un deuxième sur « *la coopération judiciaire internationale, civile et pénale* », un module sur « *les langues* », et enfin un module « *majeure internationale* ». Chacun de ces modules ont une importance fondamentale. Ainsi, les auditeurs de justice seront amenés à pratiquer le droit communautaire, le droit international lors de leur formation. Les modules justices et droits européens, coopération judiciaire internationale et langues représentent un volume horaire de 108 heures. Le thème Europe et international contient le volume d'heures le plus important pour un total général de 391 heures. En option, on retrouve l'approfondissement de la coopération internationale en matière civile et pénale, ainsi que le module « *majeure internationale* » pour un volume de 40 heures, que l'on retrouve pour chaque enseignement en option mais, si l'élève choisit le module « *majeure internationale* », il devra en plus effectuer 44 heures hors emploi du temps.

Dans le programme de formation initiale de la promotion de l'année 2010, les modules semblent être devenus des « *pôles* ». La formation relative à l'international existe toujours mais se présente de manière différente. Le pôle qui lui correspond s'intitule « *Dimension internationale de la justice* ».

L'Ecole Nationale de la Magistrature fait une place non négligeable aux autres droits, ce qui fait d'elle, un véritable pôle international.

122. Une école ouverte sur le monde – Dès sa création en 1958, l'Ecole Nationale de la Magistrature assure la formation de magistrats étrangers²⁶². L'école est dotée d'une sous-direction qu'est le département international et dont une présentation complète est assurée

²⁶¹Le programme est consultable sur le site internet de l'école au lien :
http://www.enm.justice.fr/_uses/lib/5762/programme_fi_2008.pdf

²⁶² L'historique du département international au lien : <http://www.enm.justice.fr/dept-international/presentation/historique.php>

sur le site de l'école. Elle est largement ouverte sur le monde entier, puisque depuis 1998, la coopération internationale avec l'ENM s'exerce dans l'Union européenne, les Balkans occidentaux, l'Afrique du nord, l'Afrique sub-saharienne, la zone EUROMED, l'Amérique du sud, l'Amérique centrale, Caraïbe et l'Asie. C'est avec l'Union européenne que l'ENM coopère le plus. Elle entretient des relations avec les institutions de formation juridique et judiciaire en Europe situés par exemple en Allemagne, en Espagne, ou bien encore au Portugal. Le réseau Européen de formation judiciaire a permis de renforcer ces contacts et, depuis 2007, la coopération de l'école a été renforcée auprès des pays baltes, des pays candidats à l'Union européenne, des pays de l'est et d'Asie centrale. Il ressort de ces divers éléments de fait que l'esprit d'ouverture et de coopération est inculqué dès la formation des futurs juges. Il apparaît en filigrane la volonté de concurrencer le droit issu de la *Common law*. En effet, la sous-direction du département international de l'ENM candidate chaque année à des appels d'offres internationaux, entretient des liens très étroits avec le ministère des affaires étrangères. Cette volonté est clairement affirmée dans la présentation des activités de la sous-direction du département international²⁶³.

L'activité internationale de la Cour de cassation est un facteur de rationalisation du dialogue des juges, mais celle-ci n'aurait pas non plus été possible sans le développement de l'informatique dans le monde judiciaire.

²⁶³ <http://www.enm.justice.fr//dept-international/presentation/activites.php>

123. Fin de section – Lorsque l'on étudie l'organisation juridictionnelle de la France en première année de droit, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire est incontournable. Son rôle, sa composition, progressivement ses arrêts, sont connus des étudiants. En revanche, rien n'est dit sur son activité internationale. Pourtant, celle-ci constitue un vecteur de rationalisation du dialogue des juges. On a vu que l'activité internationale s'incarnait de plusieurs manières, que l'on pourrait schématiser en des strates qui se superposent. Ainsi, les réseaux de juridictions formeraient une couche supérieure car touchant des zones géographiques très larges. Puis à un niveau inférieur, se trouverait l'action individuelle des magistrats, implantés dans des zones géographiquement limitées. Il a été vu également que les formes d'activité internationale des juges n'avaient pas le même degré d'intensité selon les situations. Des visites officielles de magistrats étrangers à de véritables juges auxiliaires d'un système judiciaire étranger, le dialogue des juges trouve peu à peu un terrain propice à son développement. La Cour de cassation et les magistrats de manière générale, en s'ouvrant d'avantage sur le monde, emportent avec eux leur culture juridique, mais aussi un instrument de prédilection, leur jurisprudence. L'activité internationale de la Cour de cassation est riche et très diversifiée, pouvant ainsi être officielle dans le cadre d'une procédure de coopération ou bien spontanée lors de visites de magistrats étrangers dans une juridiction. Toutes les occasions sont prolixes à la naissance d'un dialogue des juges. Cette ouverture sur le monde n'en est que renforcée avec une formation des juges prenant en considération l'aspect européen et international du droit. La jurisprudence française voyage avec le magistrat dont elle est issue, de même que le magistrat étranger emporte avec lui ce même instrument, objet du dialogue des juges. L'influence croisée des décisions de justice aura besoin de l'outil informatique, afin d'accélérer la diffusion des décisions de justice.

Section 2: La part de l'outil informatique dans la rationalisation du dialogue des juges

124. Un développement fulgurant – L'apparition de l'informatique a bouleversé le fonctionnement des juridictions et il est bien difficile aujourd'hui de s'imaginer travailler sans cet outil indispensable. Cet outil est aussi le support de l'Internet, qui a, à son tour, permis la mise en place de réseaux Intranet, qui permettent désormais aux magistrats d'accéder à la jurisprudence aussi bien nationale, européenne qu'internationale. Le magistrat de liaison Bernard RABATEL écrit en décembre 2003 que « *l'arrivée d'Internet dans les tribunaux a, également, mis le droit étranger à la portée du juge sur un simple clic* »²⁶⁴. Nous allons donc revenir sur l'apparition de l'outil informatique dans le fonctionnement des juridictions (§1) et apprécier la manière dont il est devenu un véritable support au dialogues des juges, par la circulation de la jurisprudence par internet (§2).

²⁶⁴ L'article du magistrat de liaison est mis en ligne à l'adresse suivante : <http://www.legalconnexion.com/contact/contact/magistliaison.pdf>

§1) L'apparition de l'informatique dans les juridictions

125. Plan – L'outil informatique a une histoire aussi ancienne que celle du droit²⁶⁵. Nous prenons comme point de départ la naissance de l'informatique moderne, qui est devenue en un temps très court un outil indispensable. Nous verrons comment il a été introduit dans les juridictions (A) et comment son évolution vers internet est désormais un outil incontournable pour les juristes (B).

A. L'introduction de l'informatique dans les juridictions

126. L'histoire d'une technologie au service de la science juridique – Contraction des mots « *information* » et « *automatique* », l'informatique moderne commence durant la seconde guerre mondiale, avec l'invention du transistor, puis du circuit intégré. Les appareils deviennent plus petits, plus complexes, mais aussi plus fiables. A la même époque, le mathématicien Alan TURING est le premier homme à théoriser l'ordinateur,

²⁶⁵ L'informatique est avant tout une technique pour améliorer le calcul. L'homme aurait d'abord utilisé les mains, puis des cailloux ou bien encore un boulier. Les algorithmes les plus anciens dateraient d'Hammourabi. Voir notamment : Jean-Yvon BIRRIEN, *Histoire de l'informatique*, P.U.F., Paris, 2e éd. 1992.

avec son concept de la machine de Turing. A la fin de la seconde guerre mondiale, l'informatique devient un domaine scientifique et technologique à part entière. En France, l'informatique ne commence véritablement à se développer qu'à partir des années 1960 notamment avec le plan Calcul lancé par le général De Gaulle²⁶⁶. Il serait intéressant de savoir comment les tous premiers ordinateurs ont intégré la vie des juristes.

127. L'introduction de l'ordinateur chez les juristes – Les juristes américains ont été les premiers à utiliser l'informatique dans le but d'automatiser la recherche de documents. La complexité de leur système juridique impose en effet à un juriste de devoir connaître les précédents jurisprudentiels. Dans les années 1960, il y a environ 2 300 000 décisions déjà rendues par les juridictions américaines, et on compte 22 000 nouvelles décisions rendues tous les mois²⁶⁷. En France, à cette même époque, les besoins ne sont pas les mêmes qu'aux Etats Unis. Avec le développement des besoins de documentation, il a été nécessaire d'imaginer qu'un ordinateur puisse servir à l'exploitation de fichiers documentaires. A l'université de Montpellier, les professeurs CATALA et FALGUEIRETTES ont entrepris une expérience consistant à créer une base de données des arrêts de la Cour de cassation, afin de pouvoir trouver toutes les décisions rendues sur tel ou tel point du droit²⁶⁸. L'ordinateur devient peu à peu un instrument de documentation. En 1968, Michel BIBENT affirme que le juge devrait aussi pouvoir bénéficier de cet outil, afin de pouvoir retrouver facilement et rapidement une jurisprudence précise. L'informatique devient aussi un outil indispensable aux recherches de droit comparé, étranger et international.

128. L'utilisation de l'ordinateur par les comparatistes – L'introduction de l'informatique dans les méthodes de travail des juristes n'a pas toujours été bien vue. En 1968, Lucien MEHL, alors conseiller d'Etat, publie un article à la revue internationale de droit comparé dans laquelle il préconise certes l'utilisation de l'informatique comme une « *aide technique*

²⁶⁶ En 1967, le Général De Gaulle lance le plan Calcul sous l'impulsion de Michel Debré, destiné à assurer l'indépendance de la France en matière de gros ordinateurs. Ce plan gouvernemental visait aussi à accélérer le développement de l'industrie française de circuits intégrés, et prévoyait une offre de formation informatique dans l'éducation nationale ainsi que dans divers organismes privés et publics.

²⁶⁷ Michel BIBENT, *Le traitement de la jurisprudence sur ordinateur*, RIDC 1968, n°4 page 665.

²⁶⁸ *Le traitement de l'information juridique sur ordinateur*, semaine juridique 1^{er} février 1967.

et un guide épistémologique » en droit comparé, mais s'inquiète de ce qu'un tel outil pourrait être néfaste s'il était utilisé par le juge²⁶⁹. Il pense en effet qu'un magistrat se contenterait de rechercher des jurisprudences correspondant à son affaire à traiter et reprendrait machinalement une ancienne solution ou un raisonnement déjà utilisé. L'auteur termine même son propos en affirmant que « *la machine à gouverner et le juge électronique ne seront jamais que des robots du royaume d'Uchronie* »²⁷⁰. Malgré ces mises en garde, l'outil informatique est utilisé de plus en plus par les chercheurs, notamment dans les domaines du droit international et comparé²⁷¹. En 1984, un décret du 24 octobre opère une restructuration des banques de données juridiques²⁷². Le texte vient créer le Centre national d'informatique juridique qui est « *un service à caractère industriel et commercial charger de rassembler et de mettre sous forme de bases ou de banques de données informatisées, en vue de leur consultation par voie télématique, le texte et la signalisation documentaire : des traités ; des lois et règlements ; des instructions et circulaires publiées en vertu de l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée ; des conventions collectives nationales ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension ; des décisions du Conseil constitutionnel ; des arrêtés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation et de la Cour des comptes ; d'autres textes de caractère juridique (...)* ». Les juridictions sont notamment chargées de fournir au Centre les documents concernés sur support magnétique²⁷³. Le 1^{er} janvier 1985, le Centre national de l'informatique juridique devient l'organe de production des données juridiques²⁷⁴.

En ce qui concerne les décisions de justice, elles sont rapidement devenues la source principale des banques de données informatiques. La connaissance des décisions de justice par les juges est la forme originelle de dialogue des juges et elle ne sera effective qu'avec

²⁶⁹ Lucien MEHL, *Informatique, juridique et droit comparé*, RIDC 1968, n°4 page 627.

²⁷⁰ Le terme « Uchronie » est un néologisme construit sur la base du mot « utopie », il désigne un temps qui n'existe pas.

²⁷¹ Voir notamment Guy MAZET, *Les systèmes informatisés de documentation juridique : leur utilisation dans les recherches de droit étranger, comparé et international*, RIDC 1986, n°2 pages 775-783 ; Jean BEL, *Informatique et droit comparé*, RIDC 1970, n°2 pages 269-295.

²⁷² Décret n°84-940 du 24 octobre 1984 relatif au service public des bases et banques de données juridiques, JORF du 25 octobre 1984 page 3336.

²⁷³ Art. 1^{er} *in fine*.

²⁷⁴ *Ibid.*, p.

la naissance de l'internet.

B. L'arrivée de l'internet dans les juridictions

129. Retour sur la naissance d'internet – Le mécanisme d'internet tel qu'on le connaît aujourd'hui trouve ses origines aux Etats Unis dans les années 1960. Concrétisé par le projet dit ARPA-NET, internet se développe d'abord dans les milieux universitaires américains, puis devient accessible à une plus grande échelle de la population²⁷⁵. En 1991, nous passons du système ARPA-NET à celui du World Wide Web, qui pénètre rapidement la communauté européenne²⁷⁶. Aujourd'hui, tous les pays sont connectés à internet. En quelques années, nous sommes passés de l'informatique de calcul à l'informatique de communication, et déjà se profile dans l'esprit des savants la naissance d'une véritable communauté scientifique²⁷⁷. Très vite donc, on imagine ce nouvel outil comme un réseau mondial de recherche, un « méta réseau » où n'importe quelle personne a accès au savoir. Visant plus particulièrement la communauté scientifique, il est intéressant de savoir comment ce nouvel outil a pénétré les milieux juridiques en France.

130. Internet et le monde juridique – Nous cherchons à savoir ici où l'on trouve des données juridiques sur internet aux débuts de son existence et comment les choses ont

²⁷⁵ Anne SAUVAGEOT, Stéphane BRANQUART, Céline COMPÈRE, Jean-Philippe ESTEBENET, Didier MARINESQUE, Lucien PAGANELLE, Joseph SAINT-PIERRE, Michel GROSSETTI, *L'usage d'internet par les chercheurs toulousains*, Flux, vol. 12 n°24, pages 35-49.

²⁷⁶ *Ibid.*, p.

²⁷⁷ Patrice FLICHY, *Internet ou la communauté scientifique idéale*, Réseaux, 1999, vol.17 n°97, pages 77-120.

évolué jusqu'ici. Aux premiers temps de l'internet en France, les juristes qui l'utilisent ne le font pas encore dans un but scientifique. Il est d'abord un instrument de communication. Patrice FLICHY, qui établit un historique sur l'utilisation de l'internet en 1999 dans la revue Réseaux, affirme bien qu'on est passé d'une utilisation des ordinateurs en réseau à la formation d'un réseau mondial de recherche²⁷⁸. Nous pouvons estimer que ce passage s'est déroulé de façon relativement rapide, puisque en 1998, un article consacré à l'influence de l'internet sur l'accès à la documentation juridique paraît à la Revue internationale de droit comparé²⁷⁹. Il explique que les ressources juridiques sur internet sont très rares, car celles-ci se trouvent essentiellement sur le Minitel et le videotex²⁸⁰. D'après lui, l'internet juridique en France débute avec l'expérience Adminet²⁸¹.

Un fonctionnaire du ministère de l'industrie serait le premier à avoir mis en ligne le sommaire et une partie du Journal Officiel. Par la suite, d'autres sites juridiques d'origine privée cette fois seront créés, par des étudiants, des avocats et autres professionnels du droit.

La diffusion des données juridiques s'est propagée aussi rapidement que ne l'a été cette nouvelle technologie. En témoigne la réglementation de la diffusion des données juridiques. En effet, il semblerait que les pouvoirs publics ont d'abord essayé de contrôler la diffusion de celles-ci mais qu'à un moment donné, le phénomène internet n'a plus permis à ceux-ci d'avoir un quelconque contrôle de la situation. Ainsi, un décret du 31 mai 1996 réglemente l'accès électronique aux bases de données publiques²⁸². C'est l'administration, et plus particulièrement la Direction des Journaux Officiels qui produit toutes les bases de données qui sont diffusées par un opérateur privé. En d'autres termes, ce décret interdisait à toute autre administration de diffuser électroniquement des données publiques. Mais le texte ne sera pas respecté et des services comme le ministère des finances diffuseront des données comme la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le

²⁷⁸ *Op. cit.*, p. 44.

²⁷⁹ Stéphane COTTIN, *L'influence de l'Internet sur la bibliographie juridique*, RIDC 1998, n°2, pages 719-723.

²⁸⁰ Il s'agit d'un service de télécommunications permettant l'envoi de textes sur un écran de télévision.

²⁸¹ <http://www.adminet.fr/>

²⁸² Décret no 96-481 du 31 mai 1996 relatif au service public des bases de données juridiques, JORF n°128 du 4 juin 1996 page 8216.

décret est d'ailleurs abrogé en 2002²⁸³.

En 1997, Lionel JOSPIN, alors Premier ministre, annonça que les données publiques devaient être diffusées de façon gratuite sur internet. En 1998, le site internet LEGIFRANCE voit le jour, Stéphane COTTIN pense alors qu'il s'agit d'une date clé dans le domaine de l'informatique juridique. Un effet de propagation des sites juridiques a suivi, et une donnée parmi les autres à commencé à circuler : la jurisprudence.

²⁸³ Décret n°2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet, JORF 9 août 2002.

§2) La circulation de la jurisprudence par internet

131. Plan – La jurisprudence est une donnée juridique publique que l'on retrouve sur Internet. Nous allons voir de quelle manière on peut trouver des décisions de justice en ligne (A) et qu'il existe un système interne de circulation des décisions de justice (B).

A. Les décisions de justice en ligne

132. Le magma des sites internet – L'avantage de l'internet, c'est avant tout d'accéder à des données juridiques depuis son ordinateur. Nous verrons donc quelles sont les principales sources numériques donnant accès à la jurisprudence et nous nous attarderons plus particulièrement sur la mise en ligne des décisions par les juridictions elles mêmes. Bien évidemment, on s'intéressera aussi au site internet de la Cour de cassation, qui présente un grand intérêt pour notre étude sur le dialogue des juges.

133. Les diverses sources numériques de jurisprudence – A l'aide d'un moteur de recherche, lorsqu'on entre les termes « *jurisprudence en ligne* », le premier résultat donné est celui du site LEGIFRANCE. Crée en 1998, il est le site de référence pour les juristes comme pour les non juristes. Le site legifrance.gouv.fr se présente comme le « *service*

public de la diffusion du droit »²⁸⁴. Il s'agit d'un site complet, permettant d'être informer sur l'actualité, référençant d'autres sites juridiques, permettant un accès aux sources du droit français, européen et international. Au niveau du droit national, l'internaute peut avoir accès aux jurisprudences judiciaire, administrative et constitutionnelle. Lorsque l'on sélectionne « jurisprudence judiciaire », on arrive sur un tableau permettant la recherche simple d'une décision de la Cour de cassation, ou d'une autre juridiction judiciaire. Afin d'effectuer la recherche, il faut renseigner quelques entrées comme la date de la décision, la juridiction concernée, le numéro de l'affaire, et si l'il s'agit d'un arrêt de la Haute cour, si celui-ci a été publié ou non au bulletin. Sur la même page, un onglet permet d'effectuer une recherche experte de jurisprudence. On peut ainsi renseigner directement des éléments de la procédure comme la juridiction d'appel, ou bien intégrer une recherche dite textuelle, en renseignant le, ou les termes clés de la décision, autrement dit en effectuant une recherche dite « simple ».

En deuxième position dans le résultat de recherche du moteur sur la jurisprudence en ligne, on trouve le site droitenligne.com²⁸⁵, puis juritel.com²⁸⁶. Le premier cité se contente dans une large mesure de renvoyer en lien au site de LEGIFRANCE, tandis que le second semble viser un public plus professionnel et dont l'accès n'est pas entièrement gratuit.

Une autre source numérique de jurisprudence est diffusée par les juridictions elles mêmes.

134. Les juridictions en ligne – En partant du site LEGIFRANCE et en allant dans l'onglet « *juridictions* » à partir des liens juridiques, il est référencé un certains nombre de liens menant aux sites officiels des principales juridictions. On découvre alors des liens organisés selon l'ordre juridique souhaité, avec les liens vers les principales juridictions nationales, européennes et internationales. Sans surprise, nous retrouvons parmi les juridictions nationales le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, les juridictions financières, et, de façon plus étonnante, un lien vers un site de jurisprudence traduite en anglais. Le fait de trouver des décisions françaises traduites en anglais montre une volonté de faire connaître certaines décisions à des juristes

²⁸⁴ C'est le décret 2002-1064 du 7 août 2002 qui met en place Legifrance. Le site apparaît en 1998, mais est payant jusqu'à ce décret.

²⁸⁵ Il s'agit du portail juridique pour l'Association Droit en Ligne où l'on trouve essentiellement des liens juridiques.

²⁸⁶ Il se présente comme une société d' « *infomédiation* » juridique multiservices.

anglophones. Il s'agit d'un lien vers le site de l'Institute Global Law²⁸⁷ qui met effectivement en ligne des traductions de décisions de justice. L'internaute est alors redirigé sur un autre site qui est celui de l'*Institute for Transnational Law*²⁸⁸. On observe alors que le site offre des traductions de décisions israéliennes, autrichiennes, allemandes et françaises en anglais. Ce site est une preuve de l'existence d'une diffusion mondiale des décisions de justice. En effectuant des recherches sur le site de l'institut, on découvre que celui-ci est présidé par le professeur Basil MARKESINIS, grand comparatiste de l'Université de Texas²⁸⁹. L'institut de droit comparé a été créé en autre, afin de permettre aux étudiants américains de nouer des liens avec des écoles de droit étrangères.

A partir du site du Ministère de la justice²⁹⁰, nous découvrons également des liens vers des juridictions nationales, avec les sites des juridictions du fond. Parmi les juridictions judiciaires du 1^{er} degré, nous trouvons le site du tribunal d'instance de Toulouse²⁹¹ et les sites de sept Tribunaux de grande instance²⁹². Pour ce qui est des juridictions d'appel, 19 Cours d'appel possèdent un site internet. En se rendant sur ces sites internet, nous remarquons que seulement quatre ont mis en ligne leur jurisprudence. Nous pouvons penser que plusieurs autres juridictions auront à l'avenir leur propre site internet, permettant aux justiciables une grande accessibilité au monde juridique et permettant aussi de diffuser certaines de leurs décisions, qui pourront dès lors être lues dans le monde entier. D'ailleurs, la majorité des juridictions expliquent sur leur site que l'objectif est de rapprocher le citoyen de la justice et de pouvoir lui faciliter certaines démarches en proposant un certains nombre de services, comme par exemple l'explication de leur compétence matérielle²⁹³. Une sorte de dialogue est recherché à travers cette démarche entre le justiciable et le juge. Le fait de diffuser ainsi des décisions de justice participe

²⁸⁷ http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/

²⁸⁸ Sur le site de l'*Institute of Global Law*, il faut aller sur l'onglet « *translated decisions et statutes* » et le site propose le lien vers l'*Institute for transnational law* dont le site internet se trouve à l'adresse http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/

²⁸⁹ Il est notamment l'auteur de l'ouvrage relatif aux *Juges et universitaires face au droit comparé - Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz-Sirey, 2006.

²⁹⁰ <http://www.justice.gouv.fr/>

²⁹¹ <http://www.ti-toulouse.justice.fr/>

²⁹² Les liens des adresses internet de ces tribunaux se trouvent au lien suivant : <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10059&ssrubrique=10060&article=12118>

²⁹³ C'est le cas notamment du Tribunal d'instance de Toulouse.

aussi au dialogue des juges à une échelle bien plus grande.

Sujet de notre étude, la Cour de cassation tient une place à part parmi les juridictions françaises.

135. La place singulière de la Cour de cassation – Le site internet de la Cour de cassation est à l'image de son activité internationale, moderne et ouverte sur le monde entier. Le ton est donné dès la page d'accueil du site, qui offre la possibilité de changer la langue du site, en anglais, en chinois ou en arabe. En ce qui concerne la jurisprudence, le site propose une présentation de l'institution, avec un long développement sur la jurisprudence. Il est mis l'accent sur la diffusion des arrêts de la Cour, car « *la portée pratique de la jurisprudence de la Cour de cassation ne vaut que par la connaissance que peuvent en avoir non seulement les mondes judiciaire et juridique, mais aussi les entreprises et les particuliers. C'est pourquoi une très grande importance est attachée à sa diffusion, par des voies multiples qui répondent à la diversité des publics intéressés, sous la responsabilité du service de documentation et d'études* ». Le site parle de deux instruments de diffusion de la jurisprudence, avec l'instrument traditionnel que sont les bulletins et la publication d'arrêts dans certaines revues juridiques. Il est fait ensuite référence au site LEGIFRANCE, au fait que le site de la Cour de cassation propose de son côté une sélection d'arrêts et d'avis, ainsi que l'intégralité des bulletins périodiques d'information. Il existe aussi un service en ligne pour commander des arrêts et la possibilité d'avoir accès au fonds ancien de la Cour. Nous pouvons aussi avoir accès à des arrêts traduits en anglais, arabe, espagnol, chinois, grec et japonais. Ce service semble être très récent car lorsque l'on accède par exemple aux documents traduits en anglais, nous sommes renvoyés sur une page où nous pouvons lire des documents concernant l'institution, son histoire et son architecture. Il s'agit de documents traduit dans la langue sélectionnée et pour certaines, des décisions de la juridiction sont disponibles. Le dernier lien concerne les « *english websites of french case law and international cooperation reports* », que l'on peut traduire par « *sites anglais de jurisprudence française et les rapports de coopération internationale* ». Une fois ce lien sélectionné, trois autres liens sont proposés : « *Institute of Global Law (University College London)* », puis « *Institute for Transnational Law (University of Texas at Austin)* », et enfin « *Lettre de jurisprudence du Conseil national des barreaux* ». Pour ce qui est du lien concernant les arrêts traduits en langue arabe, on trouve la traduction directe de 9 décisions. Enfin, en langue chinoise, 9 décisions ont également été traduites. Ceci pourrait

sembler paradoxalement, puisque nous pourrions penser que les traductions d'arrêts en anglais seraient les plus aisées.

La volonté de diffuser sa jurisprudence est indéniable pour ce qui concerne la Cour de cassation. L'outil informatique agrémenté d'internet permet de donner un essor au phénomène de dialogue des juges, complétant ainsi son activité internationale en plein développement. La diffusion des décisions de justice sur internet se complète d'un autre outil venant cimenter le dialogue des juges : le système de l'intranet.

B. La circulation interne des décisions de justice

136. La force du dialogue des juges – La circulation de la jurisprudence sur internet est un facteur de la rationalisation de ce phénomène. L'étape qui suit ce mouvement est la circulation interne des décisions de justice. Par « interne », nous entendons une diffusion de la jurisprudence toujours via Internet mais de façon endogène. Nous verrons que cette diffusion interne se fait par un système dit d'Intranet, qui touche les juges à la fois sur un plan national et international.

137. Le système de l'intranet – L'intranet est un réseau informatique utilisé à l'intérieur d'une entreprise ou de toute entité organisationnelle utilisant les techniques de communication d'Internet. L'une de ses particularités est que tout utilisateur doit être identifié et authentifié pour pouvoir avoir accès à un certains nombre de ressources. Il a d'abord été conçu comme un outil de communication interne et est devenu aussi un véritable système d'information. Aujourd'hui, nous retrouvons ainsi ce système un peu partout, comme les sites universitaires, sur lesquels les étudiants peuvent avoir accès à

certains services comme leur emploi du temps, les cours et les travaux dirigés mis en ligne. Dans les entreprises, il est courant désormais que les salariés aient accès à leur propre intranet. Instrument largement répandu, le monde judiciaire allait lui aussi rencontrer celui de l'intranet.

138. L'intranet à l'usage du monde judiciaire – Nous trouvons très peu de documentation sur la mise en place du réseau intranet du Ministère de la justice. Sur le site du Sénat, Emmanuel HAMMEL pose une question écrite en 1999 concernant l'application de la convention instituant le réseau privé virtuel justice²⁹⁴. Le garde des sceaux de l'époque lui répond qu'une circulaire du 6 octobre 1998 a été prise et lui fait état de l'avancement de la mise en œuvre du réseau dans les juridictions²⁹⁵.

Le seul texte trouvé est une circulaire de la DAGE datant du 20 juin 2007²⁹⁶, relative à l'accord-cadre pour la fourniture du réseau privé virtuel justice (RPVJ). D'après ce texte, le Ministère a conclu avec la société France Telecom un accord-cadre destiné à assurer la continuité des services intranet.

L'intranet de la Cour de cassation est beaucoup utilisé par les magistrats de l'ordre judiciaire, qui le consultent régulièrement à l'occasion d'un litige à trancher. Ce réseau permet de gagner du temps lors du traitement d'un dossier, permettant d'avoir connaissance d'une jurisprudence sur un point précis du droit. Il est alors possible par exemple pour un Tribunal de grande instance de savoir si un autre TGI a eu à connaître d'une affaire quasiment similaire²⁹⁷. Ainsi apparaît un dialogue entre les juges du fond d'une part et entre les juges du fond et la Cour de cassation d'autre part. Le dialogue des juges au sens où nous l'étudions est accentué grâce aux réseaux intranet qui existent au sein de certaines associations de magistrats.

139. L'intranet des réseaux de magistrats, impulsion du dialogue des juges – Il existe

²⁹⁴ Question écrite n° 17455 de M. Emmanuel Hamel (Rhône - UMP), publiée dans le JO Sénat du 24/06/1999 - page 2121.

²⁹⁵ Réponse du ministère : Justice, publiée dans le JO Sénat du 02/09/1999 - page 2950.

²⁹⁶ Bulletin officiel du ministère de la justice du 30 juin 2007, justice 20 07/3, texte 5/6.

²⁹⁷ Pour certains dossiers traités pendant mes deux années en tant qu'assistante de justice au TGI d'Albertville, des magistrats sollicitaient cette méthode de recherche.

deux réseaux importants de magistrats qui donnent force au dialogue des juges. Le premier est celui de l'association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)²⁹⁸. Cette association, dont la Cour de cassation française fait partie, propose sur son site internet, une base de données de jurisprudence francophone. A partir de la page d'accueil de cette base, il est possible d'effectuer une recherche par termes et par critères. La recherche concerne 37 pays. Cette base de données jurisprudentielles semble nécessiter une connexion privée²⁹⁹, mais certaines recherches sont possibles pour les simples visiteurs du site. Si par exemple nous effectuons une recherche par termes en entrant « *nullité* » et « *contrat* », en limitant celle-ci aux cours de cassation uniquement et pour une période allant du 1^{er} janvier 2000 au 1^{er} janvier 2008, JURICAF nous donne 220 documents. Tous les documents ne sont pas visibles, seuls les 7 premiers sont visibles et nous pouvons les lire dans leur intégralité. Le site de l'association a publié également un inventaire des décisions de justice pouvant être consultées sur le site. Les arrêts les plus nombreux sont ceux de la Cour de cassation française. Devant certaines juridictions comme le Tribunal fédéral suisse ou bien encore le Conseil d'Etat belge, un logo représentant un cadenas signifie qu'il faut s'inscrire au préalable sur le site pour y avoir accès. A la date du 1^{er} mars 2011, le site répertorie 146 546 décisions. Le réseau concerné permet au dialogue des juges d'avoir un très bon support.

Le second réseau est celui des présidents des cours suprêmes judiciaires de l'union européenne³⁰⁰. Au total, 27 cours suprêmes font partie de ce réseau. La page d'accueil renvoie à un lien qui mène au portail commun de jurisprudence nationale. Sur ce portail, aucune recherche n'est possible sans connexion de l'utilisateur au préalable. Nous pouvons penser que l'accès reste réservé à des professionnels du droit car certaines décisions sont reproduites sur le site. Cette volonté de diffuser des décisions judiciaires relève d'un objectif ambitieux que s'est fixé le réseau. Celui-ci est exprimé notamment dans la lettre d'information du mois de mars 2009 : « *l'un des objectifs de notre réseau est de renforcer entre nos cours une culture judiciaire commune. Les échanges de juges sont à l'évidence l'un des moyens privilégiés d'y parvenir [...] L'autre moyen est une meilleure*

²⁹⁸ *Supra* § 106 ou <http://www.ahjucaf.org/>

²⁹⁹ Pour avoir accès à certaines données, il faut créer un compte privé sur le site Juricaf. Il est précisé sur le site qu'il faut être un professionnel du droit.

³⁰⁰ <http://www.network-presidents.eu/?lang=fr>

*connaissance de la jurisprudence de nos cours suprêmes ce à quoi est destiné le portail commun pour lequel une réunion d'information à l'attention des responsables des départements d'études et de recherches des cours suprêmes sera bientôt organisée »*³⁰¹.

Les réseaux de juridictions seront sans doute amenés à développer davantage cette pratique de la diffusion des jurisprudences, permettant incontestablement au dialogue des juges de s'accroître.

³⁰¹ <http://www.network-presidents.eu/spip.php?article461&lang=fr>

140. Fin de section – L’outil informatique joue un rôle important dans le développement du dialogue des juges. Avant cela, son arrivée au sein des administrations et des juridictions est venue bouleverser leur fonctionnement, permettant notamment de traité de manière plus rapide les dossiers en cours. Par ailleurs, l’outil informatique a permis aux praticiens du droit et plus particulièrement aux magistrats d’avoir accès à des bases de données juridiques leur offrant ainsi la possibilité de prendre connaissance de textes, de jurisprudences nécessaires à leur situation. Avec l’informatique, la naissance d’internet a permis peu à peu aux juridictions et à certains réseaux de professionnels de diffuser des décisions de justice provenant de juridictions différentes. Enfin, le développement de l’intranet, sorte d’accès internet limité à certaines administrations ou certaines personnes favorise le développement d’un dialogue entre les différentes jurisprudences pouvant être rendues dans le monde entier. La Cour de cassation se présente une fois encore relativement en avance sur son temps. Son site internet est très développé, en diffusant par exemple certaines de ses décisions en cinq langues. Plus que jamais ouverte sur le monde, la jurisprudence qu’elle propage virtuellement sera notre base de travail essentielle par la suite.

141. Conclusion de chapitre – Le passage à l'an 2000, et surtout le travail du premier président Guy CANIVET, représentent une étape décisive dans l'évolution de la juridiction. A partir de celle-ci, les efforts d'ouverture vers les autres droits sont décuplés et l'activité internationale de la Cour de cassation en est l'illustration parfaite. Les échanges entre magistrats se multiplient, l'apparition de réseaux de juridictions et de magistrats va contribuer à mettre en avant le goût pour la comparaison mais va aussi projeter la Cour de cassation sur la scène mondiale. Bien sûr, les progrès fulgurants de l'informatique, l'apparition de l'internet, ont constitué un outil primordial au développement du dialogue des juges. L'outil informatique est donc un vecteur essentiel au dialogue entre magistrats et en permettant toujours plus de diffusion des décisions de justice, il accélère de ce fait, le phénomène de dialogue.

142. Conclusion de titre – Tout au long de ce premier titre, nous avons essayé de déterminer à partir de quel moment le dialogue des juges naît. Nous sommes partis avec comme idée en tête, que le dialogue des juges avait pour genèse la science comparative. Une approche historique de l'utilisation du droit comparé par le juge français a donc été menée et il en était ressorti que la Cour de cassation n'utilisait pas, à ses débuts, cette science. Il faut attendre que certains facteurs apparaissent, comme la construction européenne, pour que le juge français soit confronté à d'autres droits que le droit national. L'utilisation du droit comparé n'est pas encore présente mais cette étape mènera peu à peu la haute juridiction à s'ouvrir sur l'extérieur. L'application des règles issues du droit international privé ne donne pas, au départ, l'occasion au juge de s'intéresser vraiment au droit étranger. En effet, jusqu'à ce que le droit étranger ne soit plus considéré comme un élément de pur fait, il revient aux parties d'apporter la preuve et le contenu de ce droit étranger.

L'étape ultime qui selon nous marque un tournant dans la vie de la Cour de cassation est la fin des années 1990, début de l'année 2000. La marche vers la rationalisation du dialogue des juges s'effectue avec notamment le développement fulgurant de l'activité internationale de la Cour de cassation, ainsi que celui de l'outil informatique au sein des juridictions. L'activité internationale de la Cour va peu à peu aboutir à la création de réseaux de magistrats, réseaux au sein desquels le juge français va s'enrichir des autres droits. Cette activité internationale est d'autant plus efficace que la création de sites intranet permet désormais la circulation des décisions de justice.

Les éléments favorables à l'émergence du dialogue des juges sont là mais encore faut-il en apprécier les manifestations concrètes.

TITRE 2 : LES MANIFESTATIONS NAISSANTES DU DIALOGUE DES JUGES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

143. La méthode retenue – La diffusion des décisions rendues par la Cour de cassation fait l'objet d'une sélection. Nous pouvons ainsi avoir accès aux décisions par le bulletin d'information de la Cour de cassation³⁰², par les bulletins des arrêts des chambres civiles, de la chambre criminelle³⁰³, ou bien encore le bulletin du droit du travail³⁰⁴. Les rapports annuels publiés par le service de documentation et d'études sont également riches en données jurisprudentielles³⁰⁵. Nous l'avons vu également, les arrêts rendus par la haute juridiction sont diffusés par l'outil informatique sur internet, avec le site de la juridiction, avec les nombreux sites juridiques et les nombreuses revues. Pour faire le lien avec le chapitre précédent sur l'utilisation de l'outil informatique, nous avons décidé d'étudier les manifestations naissantes du dialogue des juges à partir des décisions qui sont diffusées sur le site officiel de la Cour de cassation. Il s'agit en général de décisions qui sont également publiées au bulletin d'information de la Cour ou au bulletin des arrêts de la Cour. Nous avons aussi choisi d'étudier les décisions de toutes les chambres, ainsi que les formations mixte et plénière. A la date à laquelle cette étude a lieu, les arrêts les plus anciens datent de 2002 et les derniers arrêts qui seront ajoutés au fur et à mesure feront l'objet d'une

³⁰² Ces bulletins proposent une sélection d'arrêts, avec pour certains l'avis et le rapport en intégralité.

³⁰³ Il s'agit de bulletins mensuels, dans lesquels sont publiés les arrêts sélectionnés et proposés par le président de chaque chambre. Cet instrument date de la Révolution.

³⁰⁴ Il s'agit d'un bulletin trimestriel.

³⁰⁵ C'est le Code de l'organisation judiciaire qui prévoit que la Cour de cassation doit établir un rapport annuel destiné au garde des sceaux.

réactualisation de notre part. Il reste à déterminer quelles références seront prises en considération dans notre étude.

144. La dichotomie des références – Lors de recherches approfondies sur les décisions rendues par la Cour de cassation, il apparaît que le dialogue des juges qui commence à éclore au sein de la Cour de cassation, prend deux formes bien particulières. D'abord, ce dialogue des juges n'est pas clairement perceptible dans la décision de justice elle-même. Il faut alors travailler sur les travaux préparatoires à la décision pour trouver une référence à un autre droit. Ensuite, nous pouvons classer les manifestations du dialogue des juges en deux catégories bien distinctes. Nous avons d'un côté des références à d'autres droits étrangers et de l'autre, des références aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi qu'à la Cour de justice de l'Union européenne. Cette dichotomie est fondée en ce que les droits étrangers utilisés par les magistrats n'apparaissent que dans les travaux préparatoires, tandis que les jurisprudences de Strasbourg et de Luxembourg peuvent intervenir explicitement dans l'arrêt lui-même, le droit issu de l'Union européenne et le droit issu de la Convention de sauvegarde faisant partie intégrante du droit français. Ainsi, les références aux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme et par la Cour de justice s'expliquent naturellement par l'appartenance de la France au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne. Mais comme il n'existe pas de hiérarchie institutionnelle entre la Cour de cassation et ces deux cours, il est intéressant de se demander si les références ainsi faites relèvent d'un dialogue entre les juges. L'utilisation d'autres droits que le droit français, même implicite, reste plus étonnante (chapitre 1) et peut faire l'objet d'une comparaison avec l'utilisation faite par la Cour de cassation des jurisprudences européennes (chapitre 2).

CHAPITRE I : LA MOBILISATION DU DROIT ETRANGER

PAR LA COUR DE CASSATION

« L'imagination peint, l'esprit compare, le goût choisit, le talent exécute. »

François-Gaston de
LEVIS

145. Des travaux préparatoires à la décision de justice – En suivant la méthode présentée plus haut, nous avons centré nos recherches sur les arrêts qui sont publiés sur le site de la juridiction et plus précisément les travaux préparatoires annexés aux décisions de l’Assemblée plénière et de la chambre mixte³⁰⁶. Nous avons également tenu compte des communiqués lorsqu'il y en avait. Avant d'entrer dans le détail de cette étude, nous pouvons déjà lever le suspense sur les décisions de la Cour de cassation. Celles-ci ne contiennent pas, de façon apparente, voire même sous jacente, une quelconque référence à un droit étranger. Les décisions de la Cour ne contiennent généralement pas les sources qui ont permis de rendre la décision. Il apparaît que les éléments de droit comparé sont mobilisés de deux manières. En effet, ceux ci apparaissent dans les travaux préalables car ils ont été communiqués par les parties à l'avocat général et au rapporteur, ou lorsque la Cour de cassation a demandé à un Institut universitaire d'effectuer une étude de droit comparé précise. Nous aurions pu conserver cette distinction pour structurer ce chapitre,

³⁰⁶ Seuls les travaux préparatoires de ces deux formations sont diffusés sur le site de la juridiction.

mais nous avons préféré l'utiliser comme fil directeur de nos recherches. Nous verrons ainsi comment se traduisent concrètement ces références au droit étranger (section 1) et les conséquences que celles-ci ont sur la solution de l'affaire et la façon d'appréhender une décision de justice (section 2).

Section 1 : Les manifestations concrètes des références au droit étranger

146. L'hétérogénéité des droits mobilisés – Les références à des éléments de droit comparé dans les travaux préparatoires sont très diverses. Les droits de tradition civiliste sont présents, tout aussi bien que ceux d'origine anglo-saxonne. Il est alors intéressant d'analyser la façon dont ces données étrangères sont présentées par les magistrats et leur nature exacte. Nous verrons ainsi que les droits mobilisés, en plus de venir d'horizons très variés, sont de nature diverse, provenant généralement d'études de droit comparé (§1) et que leur utilisation par la Cour de cassation tend à se faire connaître davantage (§2).

§1) Un tour d'horizon des droits étrangers mobilisés

147. Plan – En étudiant de manière approfondie les travaux préparatoires des décisions de la Cour de cassation, on s'aperçoit que le droit de nombreux pays est mobilisé. Nous allons nous intéresser dans un premier temps aux sources du droit qui sont reprises par les magistrats (A), puis aux origines de ces sources (B).

A. Les sources de droit étranger invoquées

148. Le classement des sources – A partir des références fournies par l'avocat général et le conseiller rapporteur, nous pouvons établir une sorte de classement des sources de droit étranger les plus sollicitées. Sur les décisions mises en ligne sur le site de la Cour de cassation, un total de 20 décisions contient des références à des droits étrangers ou à des jurisprudences étrangères. Il apparaît que la loi est la source la plus souvent citée. Suivent la jurisprudence puis la doctrine étrangère. Il faut noter également que dans la plupart des travaux, on trouve des références au droit de tel ou tel pays, sans connaître la source de ce droit. Il reste à déterminer enfin si nous pouvons attribuer ces références plus à une chambre qu'à une autre, autrement dit à un domaine plus qu'à un autre.

149. La loi étrangère et le droit étranger – Dans les rapports et avis étudiés, nous

retrouvons en tête du classement la loi étrangère. Elle est désignée à travers des textes législatifs, comme les articles d'un code. Par exemple, pour un arrêt de l'assemblée plénière du 10 juin 2006, le conseiller rapporteur se réfère au BGB allemand, et plus particulièrement son article 197, sur la prescription trentenaire pour l'exécution des jugements³⁰⁷. Nous pouvons encore donner l'exemple d'un rapport annexé à une décision datant du 19 décembre 2003, dans lequel il est fait référence à la loi suisse sur l'assurance accidents³⁰⁸. Ainsi, des articles précis ou des lois étrangères sont cités clairement dans certains travaux préparatoires.

La diversité des lois citées montre l'ouverture de la haute juridiction, en se référant également de façon plus générale à un droit étranger. Dans ce cas, un texte ou une source étrangère n'est pas expressément identifiée, mais il est fait référence au droit étranger dans son ensemble. Cela laisse penser que la référence générale au droit d'un pays en particulier peut englober aussi bien sa législation que sa jurisprudence. Ainsi, dans le rapport annexé à l'arrêt d'assemblée plénière du 27 février 2009, il est fait référence à un mécanisme du droit belge d'origine allemande³⁰⁹. Sur l'ensemble des décisions étudiées, nous avons rencontré des travaux préparatoires faisant référence au droit allemand³¹⁰, belge³¹¹, italien³¹², néerlandais³¹³, hongrois³¹⁴, américain³¹⁵, canadien³¹⁶, britannique³¹⁷, espagnol³¹⁸,

³⁰⁷ Cette décision est disponible sur le site de la Cour de cassation, ainsi que l'avis, le rapport et le communiqué.

³⁰⁸ Assemblée plénière 02-14. 783 du 19 décembre 2003, n°505.

³⁰⁹ Assemblée plénière du 27 février 2009 n°573 (07-19.841) avec le rapport du conseiller M. BOVAL.

³¹⁰ Voir par exemple : Assemblée plénière du 19 décembre 2003 n° 02-14.783, Rapport de M. LESUEUR de GIVRY ; Assemblée plénière du 10 juin 2005 n°03-18.922, Avis de M. GARIAZZO ; Assemblée plénière 21 décembre 2006 n° 00-20.493, Rapport de M. LACABARATS.

³¹¹ Voir par exemple : Assemblée plénière du 24 février 2006 n° 05-12.679, Avis de M. de GOUTTES ; Assemblée plénière 14 avril 2006 arrêt n° 537, Rapport de M. PETIT.

³¹² Voir par exemple : Assemblée plénière du 29 juin 2007 n° 06-18.141, Rapport de Mme. PASCAL ; Assemblée plénière du 27 février 2009 n° 07-19.841, Avis de M. de GOUTTES.

³¹³ Voir par exemple : Assemblée plénière du 9 mai 2008 n° 07-12.449, Rapport de M. FOULQUIE ; Ch. mixte du 22 avril 2005 n° 02-18.326 et n° 03-14.112, Avis de M. de GOUTTES.

³¹⁴ Voir par exemple : Assemblée plénière du 27 février 2009 n° 07-19.841, Avis de M. de GOUTTES.

³¹⁵ Voir par exemple : Assemblée plénière du 24 février 2006 n° 05-12.679, Rapport de M. BLATMAN ; Ch. mixte du 20 juin 2003 n° 00-45.629 et n° 00-45.630, Rapport de M. PLUYETTE.

³¹⁶ Voir par exemple : Assemblée plénière du 19 décembre 2003 n° 02-14.783, Rapport de M. LESUEUR de GIVRY.

³¹⁷ Voir par exemple : Assemblée plénière du 10 juin 2005 n°03-18.922, Rapport de M. MAZARS.

suisse³¹⁹, tunisien³²⁰, libanais³²¹, danois³²², et même au droit inter-africain³²³. Bien sûr, les droits des pays voisins sont cités en majorité, comme le droit allemand, belge et suisse, tandis que les références à la Common Law ou au droit d'origine anglo-saxonne restent secondaires. Enfin, la référence à des droits moins connus reste exceptionnelle. La loi se présente donc comme étant la source de droit étranger mobilisée principalement dans les travaux préparatoires, mais elle est suivie de très près par la jurisprudence.

150. Les décisions de justice étrangères – Certains travaux préparatoires contiennent aussi des données jurisprudentielles. Ainsi, nous avons rencontré des références aux jurisprudences canadienne³²⁴, allemande³²⁵, néerlandaise³²⁶, espagnole³²⁷, danoise³²⁸, américaine³²⁹, australienne³³⁰, belge³³¹, britannique³³², de Papouasie et de Nouvelle Guinée³³³. Les citations de jurisprudence étrangère se présentent sous forme variée.

³¹⁸ Voir par exemple : *Ch. mixte* du 22 avril 2005 n° 02-18.326 et n° 03-14.112, Avis de M. de GOUTTES.

³¹⁹ Voir par exemple : *Assemblée plénière* du 19 décembre 2003 n° 02-14.783, Avis de M. de GOUTTES.

³²⁰ *Assemblée plénière* du 29 juin 2007 n° 06-18.141, Rapport de Mme. PASCAL.

³²¹ *Ibid.*

³²² *Assemblée plénière* du 24 février 2006 05-12-679 dans le rapport de M. BLATMAN.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Assemblée plénière* du 19 décembre 2003 n° 02-14.783, Rapport de M. LESUEUR de GIVRY. Référence à la Cour suprême du Canada dans le corps du rapport mais la note de bas de page fait référence à une étude de droit comparé.

³²⁵ *Assemblée plénière* 21 décembre 2006 n° 00-20.493, Rapport de M. LACABARATS. On trouve ici des références à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe et de la Cour fédérale de justice.

³²⁶ *Assemblée plénière* du 24 février 2006 05-12-679 dans le rapport de M. BLATMAN. Le rapporteur cite globalement une étude menée par le Service des études juridiques du Sénat donc aucune référence précise aux décisions étrangères ne sont données.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Assemblée plénière* du 7 juillet 2006 n° 04-10.672, Rapport de M. CHARRUAULT. Il fait référence ici à une affaire traitée par la Supreme Court of New South Wales.

³³¹ *Assemblée plénière* du 27 février 2009 n° 07-19.841, Avis de M. de GOUTTES. Il est fait référence à deux décisions rendues par la Cour de cassation belge.

³³² *Ibid.* Référence à une affaire de la High Court.

³³³ *Assemblée plénière* du 6 avril 2007 arrêts 554 et 555, 05-81. 350 et 05-15. 950 dans l'avis de M. CHARPENEL. Seule la date de la décision est donnée.

Parfois il est fait référence à la jurisprudence d'une Cour suprême. D'autres fois nous avons une référence à la « *jurisprudence* » de tel Etat. Exceptionnellement, nous avons aussi trouvé la référence à l'opinion d'un Lord³³⁴. Par ailleurs, les jurisprudences citées ne sont pas toujours complètes et par exemple le conseiller ou l'avocat général ne font pas mention de la date de la décision ou de la formation qui a statué. Enfin, les travaux révèlent aussi des références à la doctrine étrangère.

151. La doctrine étrangère – Si l'utilisation de la doctrine étrangère prend la dernière place de notre « podium » des sources mobilisées, celle-ci ne fait aucun doute. Toujours dans le rapport de l'arrêt d'assemblée plénière du 24 février 2006³³⁵, une référence à la doctrine étrangère apparaît dans une note de bas de page. En l'occurrence, il est question d'un article paru à la revue camerounaise de droit des affaires. Dans le rapport de l'arrêt rendu par la chambre mixte en date du 20 juin 2003³³⁶, le conseiller M. PLUYETTE fait référence à « *la doctrine anglo-saxonne de l'Act of state* »³³⁷. La chambre mixte encore, dans le rapport de l'arrêt du 10 octobre 2008³³⁸, contient des références à la doctrine d'autres systèmes juridiques, comme celle « *des droits anglo-saxons, allemand, grec et portugais* ».

Les références à des sources de droit étranger faites dans les travaux préparatoires ne semblent pas concerner toutes les chambres de la haute juridiction, ni tous les domaines.

152. La fréquence et l'origine des références – Sur le site de la Cour de cassation, seules les Chambres mixtes et l'Assemblée plénière mettent à disposition les travaux préparatoires. En conséquence, les références à des sources étrangères ne peuvent être étudiées que pour ces deux formations. Par ailleurs, à cette étape des recherches, nous ne sommes pas en mesure de dégager des matières dans lesquelles des références à des sources étrangères se font plus facilement. Nous pouvons déjà remarquer que la mobilisation du droit étranger a lieu en matière de sécurité sociale, de prescription, de procédure civile, de responsabilité civile délictuelle, de chose jugée, de protection des

³³⁴ Assemblée plénière du 27 février 2009 n° 07-19.841, Avis de M. de GOUTTES.

³³⁵ Assemblée plénière du 24 février 2006, *préc.*

³³⁶ Ch. mixte du 20 juin 2003 n°220 rapport de M. PLUYETTE.

³³⁷ Doctrine selon laquelle une juridiction ne peut pas porter de jugement sur l'acte d'un gouvernement étranger.

³³⁸ Ch. mixte du 10 octobre 2008 n°263 rapport de Mme. RADENNE.

droits des personnes, d'accidents de circulation, de conflit de juridictions, de cautionnement, de transports terrestres, ou bien encore de mères porteuses. Il serait désormais intéressant de rechercher l'origine exacte de toutes ces références.

B. L'origine des sources invoquées

153. La mise à profit du droit comparé – Nous l'avons vu, la science comparative constitue le soubassement du dialogue des juges. Nous voulons savoir comment les références au droit étranger dans les travaux préparatoires sont obtenues. Dans la majorité des affaires, le dénominateur commun aux références de droit comparé est la science comparative. Nous remarquons que le droit comparé est mis à profit de deux manières. Ainsi, la Cour de cassation recours parfois à des études de droit comparé spécialement faites pour une affaire. Mais dans la majorité des cas, les éléments de droit comparé sont mis à la disposition des magistrats par les parties³³⁹. Ceux-ci sont alors de nature très diverse et peuvent aussi bien être un manuel de droit général contenant des éléments de droit comparé, qu'une thèse de droit comparé.

154. Les études de droit comparé – Dans son discours prononcé au *British Institute and Comparative Law* en novembre 2002, l'ancien premier président de la Cour de cassation Guy CANIVET fait état de l'utilisation du droit comparé par les magistrats³⁴⁰. Il explique que la juridiction a conclu une convention avec un institut universitaire de droit comparé

³³⁹ Julie ALLARD, Arnaud Van WAEYENBERGE, *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et la montée en puissance de la fonction de juger*, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Bruxelles, n° 61, 2008, p. 115 ; Guy CANIVET, Discours prononcé au *British Institute of International and Comparative Law* à Londres, le 18 novembre 2002, à l'occasion du *Grotius dinner*.

³⁴⁰ Ce discours est disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2002_2036/british_institute_8349.html

afin de produire, lorsque le commande un point de droit particulier, une étude de droit comparé. L'étude est ainsi communiquée aux parties et au ministère public, qui peuvent l'utiliser lors de l'instruction du dossier. A la date du discours, le magistrat affirme que déjà deux études de ce type ont été demandées à l'institut. La première fois que la Cour a fait appel à une étude de droit comparé était à propos de l'indemnisation du handicap de naissance consécutif à une erreur médicale. La seconde fois concernait la question de la condamnation pour homicide involontaire l'auteur d'un accident ayant provoqué une interruption de grossesse. Voyons désormais s'il y a eu d'autres études de droit comparé et comment celles-ci se présentent dans les travaux préparatoires.

D'après les données du site de la Cour de cassation, une étude de droit comparé avait été demandée pour une affaire qui a donné lieu à un arrêt de l'assemblée plénière datant du 7 juillet 2006. La référence à l'étude réalisée par l'institut apparaît d'emblée dans le rapport de Christian CHARRUAULT. L'avocat général pour sa part, ne fait référence à cette étude que dans une note de bas de page. L'Institut de droit comparé Edouard Lambert aurait également réalisé une étude pour une affaire concernant le mariage homosexuel³⁴¹. La tendance de cette nouvelle méthode n'a pas fait de l'ombre à l'utilisation plus classique des études doctrinales de droit comparé ainsi que celles réalisées par le Service de documentation de la Cour de cassation.

155. Les éléments doctrinaux de droit comparé – Dans les travaux préalables, nous retrouvons des références à des droits étrangers. Qu'il s'agisse de références à la loi ou à une jurisprudence étrangère, la source provient, la plupart du temps d'études de droit comparé réalisées par des chercheurs français. Nous remarquons donc parfois qu'une jurisprudence étrangère citée dans un rapport ou un avis provient d'une étude de droit comparé réalisée par tel ou tel juriste³⁴². Tandis que pour d'autres travaux, l'auteur cite un élément de droit comparé à travers un article ou un manuel de droit français, mais dans lequel des éléments de droit comparé ont été introduits³⁴³. En ce qui concerne les références aux études à proprement parler, nous les retrouvons tantôt en note de bas de page du projet de décision, tantôt intégrées dans le corps du projet. Pour ce qui est des

³⁴¹ *Le mariage entre personnes de même sexe, Etude pour la Cour de cassation*, (coord.), RIDC 2008, vol. 2, p. 375.

³⁴² Voir par exemple *Assemblée plénière* 14 avril 2006 (02-11.168), Avis de M. De GOUTTES : il fait référence ici à une étude de droit comparé sur la force majeure réalisée par Madame le professeur MUIR WATT.

³⁴³ Voir par exemple *Ch. mixte* 3 février 2006, avis de M. De GOUTTES : ici il est fait référence à un manuel de droit processuel, droit commun et droit comparé du procès.

autres références, celles-ci sont majoritairement indirectes, c'est-à-dire que l'élément de droit comparé est introduit dans les développements du magistrat et que leur source incarnée dans une note de bas de page fait référence à une œuvre doctrinale française.

L'utilisation du droit comparé dans les travaux préparatoires apparaît clairement, mais elle se révèle être indirecte. Pourtant, de nouveaux horizons semblent se profiler dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

§2) La nouvelle perspective des droits étrangers mobilisés

156. Plan – L'utilisation du droit étranger dans les décisions de la Cour de cassation est implicite et apparaît essentiellement dans les travaux préalables. Pourtant, une nouvelle tendance semble se dessiner. D'abord, la mobilisation du droit étranger dans le processus décisionnel tend à devenir transparente, en apparaissant parfois dans les communiqués (A) ; ensuite, la jurisprudence étrangère tend à éclipser la loi pour devenir la source principale et directe de droit comparé inspirant le magistrat (B).

A. La mobilisation du droit étranger à travers les communiqués

157. La communication de la Cour de cassation – La mobilisation du droit étranger devient davantage transparente en ce qu'elle apparaît désormais dans certains communiqués. Il est vrai que certains juristes vont d'abord lire la décision et le communiqué qui l'accompagne, avant d'aller lire les travaux préparatoires. Ainsi, l'influence d'un autre droit est portée plus rapidement à la connaissance du lecteur. La Cour de cassation communique et l'existence de son site internet en est une bonne illustration. Avec la diffusion de certaines de ses décisions, la Haute juridiction permet aussi d'avoir accès aux communiqués. Les communiqués ne sont pas systématiques et ne concernent donc que quelques affaires. Il est intéressant de rechercher également dans ce

support à la nature bien spéciale, si des références à un droit étranger ou à une jurisprudence étrangère sont faites. Avant de poser un regard sur d'éventuelles références à l'utilisation du droit comparé dans les communiqués (1), il faut revenir sur l'évolution de cette source à la nature particulière. Il sera alors possible d'apprécier si cette évolution du communiqué constitue une nouvelle étape dans les fonctions qui lui sont attribuées (2).

1) L'évolution des communiqués de la Cour de cassation

158. Le communiqué, une forme de dialogue – La définition du terme « *communiqué* » que l'on peut lire dans le dictionnaire Le Robert est somme toute très succincte : « *Avis au public* »³⁴⁴. Le Littré est plus explicite en ce qu'il nous explique que le communiqué est ce dont on a fait part, ce dont on a donné connaissance, que l'on a transmis et substantivement, il s'agit d'un avis, d'une information donnée par l'autorité supérieure³⁴⁵. Le communiqué a donc un rapport certain avec le dialogue, mais il faut déterminer si les communiqués de la Cour de cassation révèlent l'existence d'un dialogue des juges. Pour l'heure, il faut rechercher si des informations à leur sujet sont données par la Haute juridiction et si l'on peut définir leur fonction exacte.

159. La présentation des communiqués par la Cour de cassation – Le site de la Cour ne donne pas d'information sur la présence de ces communiqués. La seule fois où ceux-ci sont mentionnés est un document intitulé « *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu*

³⁴⁴ *Le Robert 2011*, v° *communiqué*.

³⁴⁵ *Le Littré 2008*, v° *communiqué*.

en matière civile », figurant dans l'onglet de jurisprudence du site³⁴⁶. Le président de chambre Jean-François WEBER explique notamment comment reconnaître l'importance qu'une chambre donne à un arrêt, en lui attribuant une nomenclature particulière. Ainsi, la lettre « I », signifiant internet, représente les décisions qui présentent un intérêt pour le grand public « *parce qu'il s'agit d'une question de société ou parce que la solution a des incidences pratiques évidentes pour la vie quotidienne de nos concitoyens. Ils sont parfois assortis d'un communiqué qui en précise la portée* ». Si donc tous les arrêts numérotés « I » ne sont pas toujours assortis d'un communiqué, nous ne devrions donc pas en retrouver pour d'autres décisions. Le communiqué aurait donc pour fonction de préciser la portée d'une décision, car elle aurait un intérêt certain pour le citoyen, la société. Avant d'envisager la question de la nature des communiqués de la Cour de cassation, il faut rappeler que ceux-ci n'accompagnent pas de manière systématique les décisions rendues par le Cour de cassation. Parfois, une décision est accompagnée des travaux préalables et du communiqué, d'autres fois une décision n'est accompagnée que du communiqué. D'après une étude approfondie des communiqués de la Cour de cassation, il s'avère que ceux-ci sont inégalement utilisés par les différentes formations de la Cour³⁴⁷. On s'intéressera donc aux communiqués émanant de toutes les formations solennelles. S'ils ne sont pas systématiques et s'ils ne sont pas utilisés par toutes les formations de manière égale, vient alors la question de leur fonction.

160. La fonction des communiqués – La fonction des communiqués ne semble pas évidente à cerner. Apparu sur le site de la Cour de cassation en 2001, ceux ci ont d'abord eu une fonction pédagogique et médiatique, destinés à des non-juristes, permettant d'attirer l'attention sur une décision importante rendue par la Cour de cassation³⁴⁸. Ensuite, les communiqués ont évolué vers une fonction interprétative, venant éclairer la communauté des juristes sur la portée, le sens d'une décision et d'avantage³⁴⁹. Pourtant dénués de toute porté normative, les communiqués peuvent se rapprocher de par leur nature des commentaires d'arrêt, mais de manière générale, il reste difficile de cerner exactement leur nature. On peut tenter de rechercher tout de même s'il existe dans ceux-ci des références à

³⁴⁶ Bulletin d'information de la Cour de cassation n°702 du 15 mai 2009.

³⁴⁷ Pascale DEUMIER, *Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation*, RTDCiv. 2006 p. 510.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*

des droits étrangers.

2) *Les traces d'une influence étrangère dans les communiqués*

161. Le droit comparé arborant les communiqués – On trouve des considérations de droit comparé dans quatre communiqués de la Cour de cassation. On peut observer que les données de droit comparé ne sont absolument pas présentées de la même manière à chaque fois et ne concernent pas un type de litige particulier. Le premier communiqué date du 7 juillet 2006 et est annexé à une décision de l'assemblée plénière³⁵⁰. Le service de documentation et d'études énonce ainsi que « *cette solution a été adoptée notamment en considération des réponses données sur cette même question par les grands systèmes de droit étranger* ». L'avocat général M. BENMAKHLOUF fait référence à une étude de droit comparé réalisée par l'Institut Edouard Lambert relative à l'étendue de l'autorité de la chose jugée. Ici le communiqué est plutôt clair et l'arrêt présente un intérêt pour le justiciable, car il s'agit de savoir si un justiciable peut, après une première décision dans un litige le concernant, saisir de nouveau le même juge, hors voies de recours.

Le deuxième communiqué est celui annexé à un arrêt du 15 mai 2007, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation³⁵¹. Celui-ci est, selon nous, le plus remarquable, en ce qu'il semble donner une sorte de leçon de droit comparé. Le communiqué en effet débute par une explication du mécanisme du trust en droit anglo-saxon. Il était question en l'espèce d'un français ayant résidé aux Etats Unis et ayant constitué un trust dans ce pays. Les explications quant à ce mécanisme de droit anglo-

³⁵⁰ Assemblée plénière 7 juillet 2006 n°540.

³⁵¹ Chambre commerciale 15 mai 2007 (05-18.268), n°739.

saxon n'apparaissent pas dans la décision. La complexité de l'espèce en revanche, a sans doute nécessité un exposé des faits beaucoup plus détaillé et long dans la décision. Il semblerait en tout cas que les développements consacrés au trust soient nécessaires pour un juriste prenant connaissance de la décision. On a l'impression ici que le communiqué a une fonction pédagogique envers la communauté des juristes.

Le troisième communiqué concerne un arrêt rendu le 17 décembre 2008 par la 1^{ère} chambre civile³⁵². Il s'agit d'un arrêt dans lequel il est question de retranscrire sur les actes de l'état civil français des actes de naissance établis aux Etats Unis. Le communiqué contient des éléments de droit comparé et plus particulièrement sur l'état de la législation des mères porteuses dans l'Etat de la Californie. La référence à la législation californienne n'est pas étonnante dans cette affaire, puisqu'il s'agit à la base d'un conflit de juridiction. Le communiqué dans ce cas est utile au public, car il concerne un phénomène de société. Les éléments de droit comparé sont intéressants dans ces deux exemples même si les affaires en question relevaient de l'application de règles de droit international privé. Le droit international privé demeure une matière qui ouvre le juge à la comparaison.

Enfin, le communiqué publié avec l'arrêt d'assemblée plénière en date du 27 février 2009 concerne la théorie de l'estoppel, issue du droit anglo-saxon³⁵³. Nous remarquons d'ailleurs, que dans l'arrêt, la Cour de cassation reprend les mots de la Cour d'appel qui cite le nom du mécanisme.

Des références à une influence étrangère ont été trouvées dans les communiqués de la Cour de cassation. Il s'agit d'un support de communication qui permet de rendre compte de l'existence d'un dialogue des juges naissant. On peut toutefois noter une volonté renforcée de la Cour de cassation de montrer publiquement les sources qu'elle mobilise. Mais de là à utiliser le droit étranger comme source première d'inspiration, les choses semblent chimériques.

³⁵² *1^{ère} chambre civile* du 17 décembre 2008 (07-20.468), n°1285.

³⁵³ *Assemblée plénière* du 27 février 2009 (07-19.841), n°573.

B. La jurisprudence étrangère comme source première d'inspiration

162. Vers un dialogue direct des juges ? – Nous l'avons vu, la loi étrangère est la principale source de droit comparé mobilisée par les magistrats. La jurisprudence étrangère vient en deuxième position, mais à chaque fois, elle provient d'une étude de droit comparé. Le conseiller ou l'avocat ne sont pas allés, d'eux-mêmes, consulter une base de données jurisprudentielles pour voir si une cour étrangère a déjà statué sur le litige qui est soumis à la Cour de cassation. Pourtant, un arrêt très récent laisse à penser que dans un futur proche, il sera de plus en plus question de citation directe d'une jurisprudence étrangère. Peut-être en guise de signe précurseur, il s'agit de l'arrêt du 27 février 2009 rendu par l'assemblée plénière, relatif à l'estoppel³⁵⁴. Nous avons le communiqué, l'arrêt lui-même et les travaux préparatoires contenant des références à une règle anglo-saxonne. Dans son avis, l'avocat général M. De GOUTTES semble se référer directement à la jurisprudence belge et britannique. Les notes de bas de page qui contiennent ces informations n'ont pas été prises d'une étude ou d'un manuel de droit comparé. Bien plus, la façon dont l'avocat général se réfère aux deux jurisprudences paraît familière. Nous pouvons même dire qu'il est difficile de les décoder et d'aller rechercher par nous même les arrêts cités.

Il serait imprudent et erroné de tirer de ce maigre exemple la preuve d'une inspiration directe de la part du magistrat à une décision étrangère. Il est néanmoins possible d'imaginer que dans un futur proche, les conseillers et avocats généraux fassent des références directes à des arrêts étrangers dont ils ont eu personnellement connaissance, notamment par les bases de jurisprudence existant au sein des réseaux de magistrats. Avec les quelques éléments trouvés dans les travaux préparatoires, les décisions et les communiqués, il faut désormais tenter de mesurer l'impact effectif des références au droit étranger.

³⁵⁴ Précédemment cité.

163. Fin de section – A partir des travaux préparatoires diffusés sur le site internet de la Cour de cassation et plus précisément pour l’Assemblée plénière et la Chambre mixte, une recherche de références à des droits étrangers a été réalisée. De ce tour d’horizon, il est ressorti que les sources de droit étranger invoquées sont relativement diverses. Ainsi, le juge est amené à citer aussi bien le droit allemand, le droit hongrois que le droit anglo-saxon. Les éléments ainsi mobilisés par le juge sont le plus souvent des lois étrangères, mais on a vu que la jurisprudence constituait la deuxième source de droit mobilisée. Certes, si influence étrangère il y a, celle-ci reste très indirecte. En effet, les éléments de droit comparé, même lorsqu'il s'agit d'une décision étrangère, proviennent toutes d'études de droit comparé ou de manuels de droit comparé. Par ailleurs, une nouvelle tendance se profile à travers cette étude. Les éléments de droit comparé sont apportés par les parties, mais quelques fois, le juge demande à un institut spécialisé de réaliser une étude de droit comparé sur un sujet particulier. La mobilisation du droit comparé est dans ce cas là à l'initiative du magistrat. On peut penser que dans un futur proche, le juge mobilisera directement des éléments de droit comparé dont il a connaissance personnellement et pourquoi pas un jour, mobiliser directement une jurisprudence étrangère dont il aurait eu à connaître par exemple lors d'un échange avec un magistrat étranger.

Tous ces signes constituent des éléments démontrant les manifestations d'un dialogue naissant dont il est temps d'en mesurer l'impact.

Section 2 : L'impact des références au droit étranger

164. Le relatif face au certain – Le fait pour les magistrats de mobiliser des éléments de droit comparé dans la préparation de la décision est une démarche tout à fait originale. En effet, il appartient à un système juridique, comportant des règles et des décisions de justice propres et rien ne le constraint à en chercher dans d'autres systèmes. Dans la grande majorité des affaires, le juge étudie surtout et avant tout le droit national, et à travers lui, la loi, la jurisprudence et la doctrine. Le fait de s'inspirer, même indirectement aux autres droits pour rechercher la solution à un litige revêt certainement une signification précise qui doit être appréhendée. Pour ce faire, nous proposons d'apprécier l'impact des références au droit étranger à deux niveaux. Nous verrons que l'impact des références est plutôt relatif quant à la solution retenue (§1) et qu'il amorce un débat quant à la façon d'appréhender la décision de justice (§2).

§1) L'impact relatif du droit étranger quant à la décision retenue

165. Plan – L'effectivité des éléments de droit comparé est difficilement appréciable. Il faut en effet revenir sur les travaux préparatoires et les communiqués précédemment étudiés. Par ailleurs, le secret du délibéré demeure un obstacle de taille pour pouvoir apprécier l'importance que peut avoir un argument tiré d'un élément de droit comparé. Ce faisant, nous pouvons remarquer que l'impact des éléments de droit comparé sur la décision finale dépend de la démarche suivie par les magistrats. Nous verrons en effet qu'avec les études de droit comparé, la Cour de cassation adopte une démarche volontariste, qui a une véritable utilité sur la décision, tandis qu'avec la démarche classique, c'est-à-dire lorsque les éléments de droit comparé sont issus des parties, leur impact sur la décision semble moins important. Ainsi, l'impact est effectif lorsque l'inspiration est volontaire de la part de la Cour de cassation (A), tandis que l'impact est relatif lorsque l'inspiration relève d'une démarche classique (B).

A. La démarche volontariste de la Cour de cassation

166. D'une volonté à un intérêt – Il ressort de l'étude menée sur les travaux préparatoires et les communiqués mobilisant des données de droit comparé que parfois, la haute juridiction

adopte une démarche volontariste. En effet, la Cour de cassation utilise le droit étranger lorsqu'elle demande à l'Institut de droit comparé Edouard Lambert de réaliser une étude précise. D'après Guy CANIVET « *dans le système français, la seul possibilité est de demander aux parties ou au ministère public de procéder à cette recherche [...] Il nous a toutefois semblé hasardeux d'abandonner complètement la question de la comparaison des solutions à l'initiative des parties. Pour contourner l'obstacle, la Cour de cassation a conclu une convention avec un institut universitaire spécialisé dans le droit comparé, à qui elle demande de produire une étude sur une question de droit déterminé. Cette étude est ensuite communiquée aux parties et au ministère public et peut faire l'objet d'une discussion critique dans la phase d'instruction du pourvoi* »³⁵⁵. Nous essaierons de voir quel intérêt se dégage de cette démarche.

167. Les études de droit comparé en question – D'après le discours prononcé par Guy CANIVET en 2002, la Cour de cassation a déjà demandé pour deux affaires, ce qu'il appelle une « *consultation universitaire* »³⁵⁶. Cette démarche a par exemple encore eu lieu pour un arrêt de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006³⁵⁷. Nous avions vu que la référence à l'étude réalisée sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée réalisée par l'Institut Edouard Lambert figurait en tête du rapport de M. CHARRUAULT. L'avocat général quant à lui, en avait fait référence dans une note de bas de page. Le communiqué précisait d'ailleurs très clairement que la décision a été rendue conformément aux solutions retenues dans les grands systèmes de droit étranger. Dans la décision rendue, il est fait mention de cette étude, mais ceci apparaît avant l'exposé du moyen unique. Lorsque la Cour de cassation est saisie d'une affaire importante, elle peut donc faire appel à un institut de droit comparé, afin de l'éclairer sur un point précis du droit. Nous pouvons légitimement nous demander quel intérêt se cache derrière cette démarche.

168. L'intérêt véritable de la démarche – Un début de réponse semble être apporté par Guy CANIVET. Il affirme d'abord que l'étude de droit comparée en question ne se limite pas à une simple recherche sur l'état du droit étranger, mais qu'elle a pour objectif de « *replacer*

³⁵⁵ Guy CANIVET, Discours prononcé au *British Institute of International and Comparative Law* à Londres, le 18 novembre 2002, à l'occasion du *Grotius dinner*.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ Assemblée plénière 7 juillet 2006 n°540.

les solutions dégagées dans les mêmes situations de contexte juridique, culturel, social, et économique des systèmes juridiques de comparaison »³⁵⁸. Le recours à une telle étude ne pourrait pas être réalisée par les magistrats eux-mêmes, eu égard à la difficulté scientifique que celle-ci comporte, mais aussi au regard du temps qu'une telle étude nécessite. Ensuite, l'intérêt peut aussi correspondre à la volonté d'intégrer le droit comparé dans le processus judiciaire, comme semble l'affirmer l'ancien premier président : « *Ainsi ce n'est pas seulement le droit comparé qui a été introduit dans la technique d'élaboration des décisions de la Cour de cassation mais la science comparative elle-même* »³⁵⁹.

Bien sûr, l'ancien premier président de la haute juridiction énonce dans son discours que l'utilisation d'un tel procédé permet de contourner la règle selon laquelle le juge ne peut pas procéder lui-même à une recherche de droit comparé et qu'il lui revient de demander une telle recherche aux parties et au ministère public. Mais derrière ce « contournement » se cache sans doute une volonté plus grande d'ouvrir la Haute juridiction à la comparaison. Pour en savoir davantage sur l'intérêt de cette démarche, il faudrait connaître l'impact de cette étude sur la solution finale retenue par la Cour de cassation, ce qui est loin d'être chose aisée.

169. L'impact de l'étude de droit comparée sur la solution – Si les nécessités de faire réaliser une telle étude de droit comparé s'avèrent évidentes, il est en revanche difficile d'en apprécier l'impact réel sur la décision retenue par la Cour de cassation. La lisibilité de l'arrêt se trouve amoindrie, en ce qu'il faudrait lire l'étude de droit comparée réalisée afin de savoir si la Cour s'est inspirée d'un droit plutôt qu'un autre. En outre, la règle qui impose le secret du délibéré constitue un obstacle de taille afin de connaître la part exacte de l'argument tiré du droit comparé dans la décision finale : « *Le secret du délibéré impose que ne soit laissé aucune trace des opinions exprimées et pas davantage du décompte des votes. Il n'existe pas de possibilité d'opinion dissidente. Une fois adoptée la solution est réputée celle de la chambre tout entière* ».³⁶⁰

Le communiqué permet tout de même d'informer que la solution a été « *adoptée notamment en considération des réponses données sur cette même question par les grands*

³⁵⁸ Guy CANIVET, *Op. cit.*

³⁵⁹ Guy CANIVET, *Op. cit.*

³⁶⁰ Guy CANIVET, *Le mécanisme de décision de la Cour de cassation, pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit*, in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 156 ; Art. 448 Code de procédure civile : « *Les délibérations des juges sont secrètes* ».

systèmes de droit étranger », mais là encore, il est impossible de savoir exactement quel droit étranger a eu une véritable influence. Par ailleurs, l'emploi de l'adverbe « *notamment* », signifie que le droit comparé n'a pas été le seul élément pris en compte, la décision étant le résultat de l'analyse de différentes sources. La démarche volontaire des juges de recourir à une étude de droit comparé laisse augurer une évolution de la juridiction vers plus d'ouverture. L'impact des références au droit étranger est à étudier dans ce qu'on appelle une démarche plus classique des magistrats, c'est-à-dire lorsque les éléments de droit comparé sont amenés au juge par les parties.

B. La démarche classique des magistrats

170. Une démarche en manque d'efficacité – L'utilisation du droit comparé dans les travaux préparatoires n'est pas très fréquente, mais nous pouvons remarquer que dans les cas où celle-ci relève d'une démarche classique, elle n'est pas toujours efficace. La démarche n'est pas volontaire car les éléments de droit comparé sont généralement introduits par les parties et repris par le juge : « *Le plus souvent, la jurisprudence étrangère, quand elle est citée dans la motivation d'une décision, a été introduite dans l'affaire par les avocats, et seulement ensuite reprise par les juges. En ce sens, les juges n'ont pas ou peu l'occasion d'opérer eux-mêmes l'investigation de droit comparé qui leur permettrait de dialoguer de façon autonome, au sens plein du terme* »³⁶¹. Elle est différente de la méthode étudiée précédemment, dans laquelle c'est le magistrat lui-même qui prend l'initiative de l'étude de droit comparé. Nous notons ce manque d'efficacité dans la façon dont les juges introduisent l'élément de droit comparé à leurs travaux, mais aussi lorsque la

³⁶¹ *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et la montée en puissance de la fonction de juger*, Op. cit. p. 115 et 116.

Cour ne suit pas au final, l'un ou l'autre desdits travaux.

171. L'inefficacité avouée du droit comparé – Dans certains travaux préalables, les magistrats affirment clairement lorsqu'une comparaison avec un autre droit serait inutile ou du moins inintéressante. Parfois elle peut être aussi complexe. Ainsi, dans le rapport annexé à l'arrêt rendu par l'assemblée plénière le 14 avril 2006³⁶², le conseiller M. PETIT énonce que les éléments de droit comparé sont trop complexes à synthétiser, en raison de la diversité des notions utilisées. De son côté, l'avocat général M DE GOUTTES affirme que « *l'examen du droit comparé ne nous fournit pas ici une aide déterminante* », car les critères utilisés sont variables d'un droit à un autre. Encore, à propos d'un arrêt d'assemblée plénière, nous avons pu lire dans un avis que l'examen de droit comparé « *est à ce jour peu explicite sur les solutions retenues* »³⁶³. Dans un rapport annexé à un arrêt en date du 29 juin 2007³⁶⁴, le conseiller Mme PASCAL énonce que « *les renseignements sur la manière dont les Etats étrangers traitent la question de la responsabilité civile du fait d'autrui sont peu nombreux et fragmentés, ne permettant pas d'avoir une idée globale de la matière* ». Bien évidemment, ces exemples sont contrebalancés par ceux pour lesquels les éléments de droit comparé se sont révélés être intéressants et efficaces dans la préparation de l'arrêt, mais il faut voir aussi si la Cour a suivi ou non l'avis ou le rapport.

172. L'aboutissement des travaux préalables – Il est impossible de savoir, à la lecture des arrêts, si la Cour de cassation a suivi ou non les éléments de droit comparé fournis pendant les travaux préparatoires. Seuls les communiqués peuvent parfois révéler l'inspiration des hauts magistrats à un autre système de droit. Pourtant, nous allons essayer, lorsqu'ils sont disponibles, de partir des communiqués afin de voir si l'arrêt a été rendu conformément à l'un ou l'autre des travaux. Il faut préciser d'emblée que les mentions faites dans les communiqués que la décision a été rendue sur avis conforme ou non de l'avocat général ne constituent que des indices. Cette analyse n'a pas la prétention de rapporter une réalité, mais il est vrai que parfois, les éléments de droit comparé ne se retrouvent que dans l'avis ou le rapport. C'est le cas pour un arrêt de la chambre mixte du 23 novembre 2004³⁶⁵, dont

³⁶² Assemblée plénière du 14 avril 2006 n°537.

³⁶³ Assemblée plénière 6 avril 2007 n°554 et 555, Avis de M. CHARPENEL.

³⁶⁴ Assemblée plénière du 29 juin 2007 (06-18.141), n°559.

³⁶⁵ Chambre mixte du 23 novembre 2004 n°225, 226 et 227.

le communiqué précise que les conclusions de l'avocat général ont été suivies et pour lequel l'avocat en question était seul à avoir mobilisé des données de droit comparé. Nous pouvons nous demander si ces références à la pratique de plusieurs cours constitutionnelles ont fait pencher la solution retenue par la Cour de cassation. Le communiqué de l'arrêt rendu par la chambre mixte du 22 avril 2005³⁶⁶ précise que la décision a été rendue sur les conclusions non conformes à l'avocat général, qui pourtant avait été le seul à introduire des éléments de droit comparé. Autre cas, celui d'un arrêt rendu conformément aux conclusions de l'avocat général qui n'avait pas fait référence à du droit comparé, contrairement au conseiller rapporteur³⁶⁷. Il ne s'agit là que de maigres indices qui ne peuvent en aucun cas nous en apprendre davantage sur le poids des éléments de droit comparé dans la décision finale.

La mobilisation du droit étranger n'est pas toujours efficiente, mais elle ouvre sur le fond, une autre façon d'appréhender la décision de justice.

³⁶⁶ *Chambre mixte* du 22 avril 2005 n°231 et 232.

³⁶⁷ *Chambre mixte* du 10 octobre 2008 n°263.

§2) Une amorce sur la façon d’appréhender la décision de justice

173. Plan – Avec l’utilisation d’éléments de droit comparé dans les travaux préparatoires de la décision de justice, les conséquences se produisent d’abord dans l’élaboration de la décision de justice, intégrant désormais la science comparative (A), elles ont lieu ensuite au niveau de la diffusion de la décision rendue, qui tend à toucher peu à peu, un public universel (B).

A. La science comparative dans l’élaboration de la décision

174. La part du droit comparé – Cette part du droit comparé dans l’élaboration de la décision ne peut être estimée que de manière limitée. En effet, seuls les décisions et les travaux préparatoires diffusés sur le site internet de la Cour de cassation ont été étudiés. Pour autant, un début d’analyse sur l’impact de l’utilisation du droit comparé sur la façon d’appréhender la décision de justice peut être envisagée. Ainsi, le droit comparé devient un élément intégrant le processus d’élaboration de la décision et tendrait à bouleverser les méthodes employées par les juges jusqu’alors.

175. La fonction du droit comparé – Lors de son discours au *Grotius diner*, Guy CANIVET affirme qu’avec la technique des études de droit comparé demandées aux

Instituts universitaires, la science comparative intègre la procédure d'élaboration de la décision. Il ajoute plus loin que « *c'est dans cette voie qu'il faudra procéder, une voie judiciaire qui restitue le droit comparé dans sa vocation de rapprochement et de convergence du droit* ». Les fonctions exactes du droit comparé ont toujours fait l'objet de controverses³⁶⁸. Mais pour certains juristes, les comparatistes auraient comme rêve la naissance d'un droit universel, auquel on parviendrait grâce au droit comparé qui aurait donc comme fonction d'unifier le droit³⁶⁹. Le droit comparé ainsi intégré au processus d'élaboration de la décision judiciaire serait donc, pour l'ancien premier président de la Cour de cassation, la possibilité à plus ou moins long terme, de rapprocher les différents droits. Cette idée, encore très récente ne peut pas être vérifiée avant une longue période. L'utilisation des éléments de droit comparé, nous l'avons vu, est loin d'être systématique et de surcroît, ne relève pas d'un processus direct par les juges français. En effet, la question de l'unification des droits nationaux par le droit comparé ne se posera que lorsque les conditions favorables permettront de faire jaillir un véritable dialogue des juges entre la Cour de cassation et les juges étrangers, c'est-à-dire lorsque les magistrats feront directement référence à une jurisprudence étrangère qu'ils auront recherchée³⁷⁰. Enfin, nous ne pouvons pas garantir que lorsque ce dialogue s'exprimera, il engendrera un droit unifié. D'ailleurs, l'idée d'un droit commun n'est pas forcément souhaitable ou nécessaire. En tout état de cause, la méthode d'élaboration de la décision de justice semble être bouleversée.

176. Vers une subversion des méthodes judiciaires – Eu égard à ce qui a été vu sur l'impact des références au droit étranger sur la décision finale prise par la haute juridiction, nous pouvons nous demander si la Cour de cassation n'envisage pas d'adopter d'autres méthodes. En effet, nous savons que les éléments de droit comparé sont fournis par les parties aux magistrats qui préparent le projet de décision et la Cour a trouvé un autre

³⁶⁸ Voir par exemple Mario SARFATTI, *Le droit comparé en fonction de l'unification du droit*. RIDC 1951 vol. 3 p. 69-74. Horatia MUIR-WATT, *La fonction subversive du droit comparé*. RIDC 2000 vol. 52 p. 503-527. Dans cet article, l'auteur présente une vision très intéressante de la fonction que le droit comparé pourrait tenir dans notre droit actuel. Il serait un instrument permettant au droit national de se remettre en cause afin, notamment de pouvoir évoluer dans un ordre mondial dans lequel la tradition anglo-saxonne tient une influence importante.

³⁶⁹ Si certains juristes envisagent le retour à un *jus commune*, d'autres se demandent si cela est possible. Voir Droit GLOBAL Law sous la direction de Louis VOGEL, *Unifier le droit : le rêve impossible ?* 2001 Editions Panthéon Assas.

³⁷⁰ Cette problématique sera développée plus loin dans la thèse, partant d'une vision prospective dans laquelle la citation de jurisprudence étrangère verrait le jour en droit français. Supra dernier chapitre.

moyen de pouvoir utiliser le droit comparé à travers les études universitaires. L'obstacle ayant été détourné, nous pouvons nous demander si, dans un avenir proche, la Cour de cassation officialisera cette nouvelle pratique et pourquoi pas, en dégager une nouvelle. On peut imaginer par exemple la mise en place d'une base de données de jurisprudence étrangère au service des magistrats de la Cour de cassation. Nous pensons que le droit comparé serait un moyen de faire émerger un dialogue des juges direct entre les magistrats de la Cour de cassation et les juges étrangers. Pour l'heure, les prémisses de ce dialogue direct entre les juges engendrent un autre phénomène tout aussi remarquable.

B. La tendance aux décisions à caractère universelle

177. L'auditoire des décisions de justice – Les décisions de justice en France, sont rendues « *au nom du peuple français* ». Les bases de l'institution moderne de la justice française sont issues de la Révolution de 1789. Les grands principes sur lesquels fonctionne encore aujourd'hui la justice tels que la simplification de l'organisation judiciaire, l'indépendance de la magistrature, ou bien encore la protection des intérêts privés et de la personne humaine, ont eu notamment pour conséquence d'associer au jugement des affaires criminelles le peuple français par l'intermédiaire des jurés³⁷¹. Depuis lors, toutes les juridictions françaises sont coiffées de la formule « *REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS* ». Ainsi, on pourrait rapprocher l'idée selon laquelle une décision de justice s'adresse à tout un chacun à celle d'auditoire, d'autant qu'avec la diffusion des décisions sur internet, celles-ci peuvent être portées à la connaissance monde entier.

³⁷¹ C'est le cas également des juridictions administratives.

En philosophie du droit, certains juristes se sont penchés sur cet auditoire des décisions de justice et il serait intéressant de savoir si le dialogue des juges naissant à une incidence sur la façon d'appréhender les destinataires d'une décision de justice.

178. L'auditoire universel de Chaïm PERELMAN – Considéré comme le fondateur de la nouvelle rhétorique, Chaïm PERELMAN a dégagé le concept d'auditoire universel. Il affirmait en effet que tout discours s'adresse à un auditoire et, appliqué au domaine juridique, les décisions de justice auraient un auditoire universel, la décision étant un discours adressé à « *la société rationnelle* », au « *monde rationnel* »³⁷². La notion d'auditoire universel présente notamment une importance pratique, un outil permettant d'affronter des énigmes philosophiques et juridiques³⁷³. Nous pouvons nous demander si, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il est possible d'appliquer ce concept d'auditoire universel³⁷⁴.

179. La question de l'universalité des décisions de justice – Certains éléments laissent à penser que la Cour de cassation entend s'adresser, à travers ces décisions, à un auditoire universel. En premier lieu, la mise en ligne de certains arrêts traduits en six langues montre bien que la Cour désire partager sa jurisprudence, non seulement avec les internautes français, mais également avec le monde entier. En second lieu, les communiqués accompagnant certaines décisions tendent à changer de fonction. En effet, la Cour de cassation présente explicitement le communiqué comme étant destiné au grand public, mais on peut se demander si le fait de préciser l'inspiration de la Cour à un autre système de droit présente un intérêt certain pour le justiciable qui lit ce communiqué. En réalité, on peut envisager deux hypothèses à propos de l'intérêt du justiciable pour les références au droit étranger dans le communiqué. D'abord, on peut imaginer que le fait dans le communiqué d'affirmer que la décision a été rendue conformément aux grands systèmes de droit étranger ne présente pas d'intérêt pour le justiciable. Ce dernier serait uniquement intéressé par la solution de la Cour de cassation et éventuellement le contexte dans laquelle elle a été rendue. Ne désirant donc pas connaître les motifs qui ont conduit le juge à statuer

³⁷² Chaim PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique*, PUF 1958.

³⁷³ George C. CHRISTIE (traduit de l'anglais par Guy HAARSCHER), *L'auditoire universel dans l'argumentation juridique*, Bruylant, 2005. Page 37.

³⁷⁴ La notion d'auditoire universel sera davantage développée dans le dernier chapitre de la thèse.

ainsi. Ensuite, on peut imaginer que cette inspiration aux autres grands systèmes de droit rassure quelque peu le justiciable, qui accepterait mieux la solution retenue, si les juges d'autres pays en ont fait de même.

Ainsi donc, le communiqué qui peut seul refléter une inspiration étrangère, serait destiné à un plus grand public, celui du monde entier. La décision de justice ne laisse pas apparaître cette inspiration, et ceci n'est sans doute pas préférable voire nécessaire, et même si la décision est rendue au nom du peuple français, celle-ci a vocation à être lue dans le monde entier, pouvant ainsi inspirer à son tour.

180. Fin de section – Les références aux droits étrangers trouvés dans les travaux préparatoires et les communiqués de la Cour de cassation nous amènent à nous interroger sur leur éventuel poids dans le processus décisionnel, mais aussi sur la manière d'élaborer une décision de justice.

Pour ce qui concerne leur poids dans le processus décisionnel, nous avons rencontrés certains obstacles. Le secret du délibéré d'une part, rend impossible de savoir exactement si l'influence d'un droit étranger a pesé dans la décision finale. En revanche, il a été possible de constater la part croissante du droit comparé dans l'élaboration de la décision. En effet, les éléments de droit comparé sont généralement apportés par les parties au juge, mais avec les études de droit comparé sollicitées auprès des instituts de droit comparé, c'est le juge qui est à l'initiative de l'ouverture de la juridiction sur l'extérieur. D'autre part, l'analyse est à prendre avec précaution, car dans certains travaux préparatoires, on a vu que les éléments de droit comparé ne venaient pas toujours en aide au magistrat.

A cette étape de l'étude sur les manifestations naissantes du dialogue des juges dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il est possible d'amorcer un débat sur les conséquences de la mobilisation du droit étranger dans l'élaboration de la décision de justice. A cet égard, il apparaît que la science comparative juridique tend à être omniprésente dans le processus d'élaboration des décisions de justice. En tout cas c'est ce qui peut ressortir déjà de l'analyse des travaux préparatoires de l'Assemblée plénière et des Chambres mixtes, une étude plus vaste sur les travaux préparatoires des autres formations pourraient confirmer ceci. La part du droit comparé dans les décisions de justice est importante dans le processus de dialogue entre les juges car les juges ont conscience plus que jamais que leurs décisions s'adressent à un public potentiellement universel, mondial.

181. Conclusion de chapitre – A partir des arrêts préparatoires diffusés sur le site de la haute juridiction, nous étions allés à la recherche de traces d'utilisation de droit comparé. Il est apparu que les magistrats mobilisent des éléments de droit étranger par l'intermédiaire des parties et de façon plus originale, par les études de droit comparé commandées à certains instituts. Ces quelques pépites de droit comparé mobilisées par la Cour de cassation ne sont pas nombreuses, mais elles cachent très certainement un trésor plus grand, celui du dialogue des juges. L'inspiration étrangère de la haute juridiction n'en est qu'à ses premiers balbutiements et une fois la pratique développée, avec en toile de fond une activité internationale en plein épanouissement, un véritable dialogue des juges entre la Cour de cassation et les juridictions étrangères pourrait voir le jour.

Les références au droit étranger ayant été étudiées, il convient désormais de s'attarder sur l'utilisation par la Cour de cassation, des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, et de la Cour de justice de l'Union européenne.

CHAPITRE 2 : LES RAPPORTS ENTRE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE AVEC LA COUR DE CASSATION

182. L'incantation ou la réalité? – Les prémisses d'un dialogue entre la Cour de cassation et les juridictions étrangères ont été constatées et il serait intéressant de savoir si la même analyse peut être faite concernant la Cour de cassation avec la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. La doctrine s'est très tôt intéressée aux rapports entre la Cour de cassation, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Le thème du dialogue des juges a donné lieu à certaines rencontres comme une journée d'études organisée en février 2003 à l'université de Metz était consacrée aux rapports entre les juges européens et nationaux³⁷⁵. L'objet de cette journée était de déterminer si le dialogue entre ces juges relevait de l'incantation ou de la réalité. Les débats étaient consacrés principalement aux rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et le juge administratif français³⁷⁶, mais certains aspects de ces rapports ont été abordés concernant la Cour de cassation. Ainsi, certains ont abordé la question d'un dialogue entre les juridictions judiciaires et les cours européennes. Sur le terme de dialogue, les avis sur son existence même étaient partagés. Alors que certains partaient du principe que celui-ci

³⁷⁵ François LICHERE, Laurence POTVIN-SOLIS, Arnaud RAYNOUARD (Dir.), *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Bruylant 2004.

³⁷⁶ Le dialogue du juge administratif et des juges européens fut le thème retenu lors des 50 ans des tribunaux administratifs. Henri OBERDROFF, Boleslaw LUKASZEWICZ, *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, actes du colloque du 50^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs*. Broché 2005 ; De nombreux articles de doctrine traitent également de ce sujet. Voir notamment Bernard STIRN, *Le Conseil d'Etat et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges*. Gazette du Palais, 14 février 2009, n°45, p.3.

existe³⁷⁷, d'autres comme le professeur Frédéric SUDRE s'interrogent d'abord sur son existence. Il se demande notamment si l'on peut parler de dialogue des juges dans le cadre d'une procédure préjudicelle devant la Cour de justice ou lorsque la France reprend une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, après la reconnaissance d'une violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁷⁸.

En retenant une méthode similaire à celle utilisée pour le chapitre précédent, nous allons étudier de plus près la façon dont le Cour de cassation mobilise la jurisprudence communautaire ainsi que celle rendue par la Cour de Strasbourg. Nous tenterons donc de déterminer s'il existe précisément un dialogue entre la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, et entre la haute juridiction judiciaire et la Cour européenne des droits de l'homme. Nous verrons ainsi successivement l'utilisation de la jurisprudence communautaire par la Cour de cassation (section 1) et l'utilisation de la jurisprudence européenne par la juridiction française (section 2).

³⁷⁷ C'est le cas par exemple de Laurence POTVIN-SOLIS qui considère que le concept de dialogue des juges est le corollaire de l'obligation de coopération entre les juges en Europe. L'auteur reprend d'ailleurs un article de Jean-François BURGELIN qui était paru aux annonces de la Seine, dans lequel le magistrat y affirme que c'est le « *dialogue des juges qui instaure un courant d'échanges indispensable à la confiance, confiance sans laquelle n'existerait ni coopération judiciaire efficace ni espace de liberté, de sécurité et de justice voulu, depuis 1999, comme objectif principal de l'Union* ». (Les Annonces de la Seine, lundi 13 janvier 2003, n°2 p. 3.)

³⁷⁸ François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS, Arnaud RAYNOUARD (Dir.), *Op. cit.* p. 109.

Section 1 : La Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne

183. La particularité du système juridique de l'Union – Le système contentieux de l'Union³⁷⁹ est loin d'être ordinaire. Les auteurs des traités désiraient créer un pouvoir judiciaire autonome, avec une juridiction principale et des autorités judiciaires relais, incarnées par les Etats membres. Il a souvent été dit que ce modèle souhaité se rapprochait de celui de l'Etat fédéral. Mais s'il avait été consacré, il aurait été instauré un rapport hiérarchique entre la juridiction communautaire et les juridictions nationales³⁸⁰. Au final, il n'existe pas de hiérarchie entre ces différentes cours et l'on parle plus volontiers d'un système de coopération juridictionnelle. Ainsi, la réalité de ce système réside dans le fait que la compétence juridictionnelle d'assurer le respect du droit communautaire est partagée entre le juge national et le juge communautaire. Certains parlent alors d'un système d'intégration hiérarchisée en ce qui concerne les rapports normatifs et de partage coordonné pour ce qui est de l'ordre juridictionnel. Il existe plusieurs juridictions communautaires telles la Cour de justice de l'Union européenne, le Tribunal³⁸¹, le Tribunal de la fonction publique ou bien encore la Cour des comptes. Dans notre étude, nous nous limiterons à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

184. La jurisprudence communautaire et le dialogue des juges – De manière générale, les effets des décisions rendues par la Cour de justice sont différents selon le type d'arrêt qu'elle rend. Ainsi, les effets ne seront pas les mêmes selon qu'il s'agit d'un arrêt rendu suite à un recours en annulation, un arrêt constatant la carence, le manquement ou bien encore un arrêt préjudiciel. La procédure préjudicielle est mise à part, car c'est dans ce cadre que l'on constate une coopération juridictionnelle entre le juge national et la Cour de

³⁷⁹ Avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, le droit communautaire devient le droit de l'Union. L'ancienne dénomination sera parfois utilisée dans les prochains développements.

³⁸⁰ François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS, Arnaud RAYNOUARD (Dir.), *Op. cit.* p. 23.

³⁸¹ Anciennement : le Tribunal de première instance des communautés européennes.

Luxembourg. Celle-ci sera traitée de manière individuelle dans les développements qui suivent. Il serait intéressant d'étudier les arrêts de la Cour de cassation, afin de savoir comment celle-ci mobilise la jurisprudence communautaire, ce qui nous permettra de déterminer si la juridiction française dialogue avec cette dernière (§1) ; passant de l'autre côté des frontières hexagonales, il serait également judicieux d'aller scruter la jurisprudence communautaire, pour voir si elle mobilise la jurisprudence française (§2).

§1) Les arrêts communautaires dans la jurisprudence de la Cour de cassation

185. Plan – On partira ici du postulat selon lequel la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne se place au-dessus de la jurisprudence nationale. Même s’il n’existe pas de hiérarchie entre l’ordre national et l’ordre issu de l’Union, la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne s’impose aux juridictions nationales. Comme le souligne Damian CHALMERS à propos de la portée limitée de l’autorité juridictionnelle nationale : « *Il existe un haut degré d’allégeance à l’autorité du droit communautaire et de la Cour de justice dans les « grands arrêts » des Cours suprêmes nationales* »³⁸². L’étude suivante consiste à vérifier l’existence de cette supériorité dans les arrêts de la Cour de cassation, mais aussi dans les travaux préparatoires. L’étude des références à la jurisprudence communautaire par la haute juridiction sera menée selon une méthode quasiment similaire à celle du chapitre précédent. Nous partirons des arrêts publiés sur le site de la Cour de cassation, mais nous prendrons également certains arrêts mis en ligne sur Legifrance. Il ressort de cette étude que si la mobilisation des jurisprudences des deux cours est réciproque, celle-ci ne relève en aucun cas d’un quelconque dialogue. Pour rendre compte de cette étude, nous proposons d’étudier les références à la jurisprudence communautaire dans les travaux préparatoires des arrêts de la haute juridiction (A), puis celles qui sont faites dans le corps des arrêts eux-mêmes (B).

³⁸² Loïc AZOULAI, Laurence BURGORGUE-LARSEN, *L’autorité de l’Union européenne*, Bruylant 2006, page 7.

A. Les arrêts communautaires dans les travaux préalables

186. L'absence de dialogue avec le juge communautaire – Depuis les années 1960, la Cour de cassation intègre la jurisprudence communautaire dans ses arrêts. Le phénomène de référence au juge de Luxembourg n'est donc pas nouveau, mais il convient de s'interroger sur la façon dont ces références s'opèrent. Il apparaît de manière générale, que cette mobilisation relève plus d'une application-soumission que d'un dialogue (1), ce qui s'explique par le fait que le juge national soit le juge communautaire de droit commun (2).

1) L'application-soumission des arrêts communautaires

187. Les travaux préalables teintés de communautarisme – Prenant les travaux préparatoires diffusés sur le site de la haute juridiction depuis les années 2002, nous avons recensé quinze travaux comportant des références à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Ces références prennent des formes diverses, plus ou moins importante selon l'affaire concernée, révélant un sentiment d'obligation d'application de la jurisprudence communautaire.

188. La variété des références communautaires – L'intégration de la jurisprudence communautaire dans les travaux préalables prend des formes très diverses. Ainsi, la jurisprudence de Luxembourg peut apparaître en note de bas de page dans les avis et rapports. Elle se trouve généralement dans le corps des travaux, nommée indifféremment

« la jurisprudence communautaire », « la doctrine des instances communautaires »³⁸³, ou bien encore « la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes ». Parfois, la jurisprudence communautaire fait l'objet d'une sous-partie dans le texte préalable, mais de manière générale, nous pouvons remarquer que ces références sont très minoritaires, contrairement aux autres sources invoquées, comme la jurisprudence nationale des juges du fond ou de la Cour de cassation. Sur le fond des affaires, les références à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sont faites en dehors de toute procédure préjudiciable, ce qui laisse à penser que cette mobilisation est spontanée de la part des magistrats. Par ailleurs, ces décisions touchent à des matières plutôt diverses mais qui flirtent avec le droit de l'Union comme le droit bancaire³⁸⁴, la protection des consommateurs³⁸⁵ ou bien encore les entreprises en difficulté³⁸⁶. Malgré la démarche volontaire des juges, une lecture plus approfondie des travaux divulgue un sentiment de contrainte de ces derniers de suivre la jurisprudence communautaire.

189. La soumission au juge communautaire à demi confessée – Lorsque l'avocat général ou le conseiller rapporteur se réfère à une décision communautaire, le style reste globalement neutre, objectif. Ainsi, le magistrat se contente de signaler à la Cour de cassation l'existence d'un arrêt de la Cour de justice, en rappelant par exemple sa solution ou bien en précisant le cadre dans lequel elle a été rendue. Dans certains travaux en revanche, les références au droit communautaire se veulent plus subjectives. Par exemple, dans l'avis de Monsieur DE GOUTTES, concernant un arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006³⁸⁷, ce dernier se réfère à « *la sanction retenue par la jurisprudence de la chambre sociale, comme celle youlue par la Cour de justice des communautés européennes* »³⁸⁸. Plus loin, il met en garde la haute juridiction, en énonçant que « *sanctionner par la nullité le licenciement prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique serait aussi aller au-delà de ce que prévoit la Cour de justice des*

³⁸³ Ch. mixte arrêt n° 229 du 11 mars 2005 (02-41.371), Avis de M FOERST.

³⁸⁴ Ch. mixte arrêt n° 255 du 29 juin 2007.

³⁸⁵ Assemblée plénière, 6 juin 2003 n° 502.

³⁸⁶ Ch. mixte, 7 juillet 2006 n° 242.

³⁸⁷ Ch. mixte, arrêt n° 242 du 7 juillet 2006 (04-14.788).

³⁸⁸ Souligné par nous.

communautés européennes ». Dans un autre avis, concernant un arrêt du 3 juin 2006³⁸⁹, le magistrat confesse à la Cour de cassation que la doctrine avait été très critique à son égard, suite à une décision dans laquelle cette dernière ne s'était pas alignée sur une jurisprudence communautaire. L'avocat général ajoute en bienfaiteur que « *votre pouvoir normatif se trouve néanmoins très restreint, puisque la CJCE « a dit pour droit » quelles devaient être les solutions possibles à ce problème* ». Dans une autre décision, Madame GABET rappelle dans son rapport que « *le droit communautaire s'impose au juge national* » après avoir exposé la position de la jurisprudence communautaire³⁹⁰. Dans l'avis relatif au même arrêt, l'avocat général conseille la Cour de cassation de rejeter le pourvoi, afin de rendre une décision conforme notamment « *à la volonté rejointe des normes communautaires* ». Parfois encore, un magistrat conseillera à la haute juridiction de casser plutôt que de rejeter un pourvoi afin de se rapprocher de l'interprétation qui a été donnée précédemment par le juge luxembourgeois³⁹¹. Enfin, les magistrats ne manquent pas de présenter clairement à la Cour les conséquences que telle ou telle solution apporterait, en privilégiant souvent celle qui serait le plus conforme avec la jurisprudence communautaire.

De façon plus ou moins marquée selon les travaux, on remarque une certaine soumission du juge français au juge communautaire. Même en dehors de toute procédure préjudiciale, l'utilisation spontanée de la jurisprudence communautaire ne peut pas être assimilée à un véritable dialogue, car lorsque les juges y font référence, c'est toujours pour indiquer à la Cour de ne pas rendre une solution contraire au droit communautaire. Une solution contraire entraînerait des conséquences pour la France et ceci s'explique par le particularisme du système européen.

³⁸⁹ *Ch. sociale*, arrêt n° 1602 du 3 juin 2003 (00-45.948), avis de M LYON-CAEN.

³⁹⁰ *Ass. plén.*, arrêt n° 502 du 6 juin 2003 (01-12.453).

³⁹¹ Voir par exemple : *Ass. plén.*, arrêt du 9 juillet 2004 (02-21.040), rapport de M TREDEZ.

2) Le juge français, juge communautaire de droit commun

190. La mise en œuvre du droit communautaire – La mise en œuvre du droit communautaire tient à l’application de deux principes, celui de l’effet direct et celui de la primauté du droit communautaire. Ceux-ci gouvernent les relations entre la matière communautaire et les droits nationaux. L’effet direct d’abord, est affirmé pour la première fois par la Cour de justice dans l’arrêt *Van Gend & Loos* du 5 février 1963³⁹². Ainsi, le juge de Luxembourg affirme notamment que « *le droit communautaire, indépendant des législations des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* ». Celui de la primauté ensuite, est issu de l’arrêt *Costa c/ Enel*, du 15 juillet 1964³⁹³. Cette primauté concerne toutes les sources du droit communautaire, comme la jurisprudence rendue par la Cour de justice de l’Union européenne. La répartition des compétences entre les Etats membres et l’Union européenne est prévue par les traités et répond à un principe de subsidiarité et de proportionnalité. Ainsi, tout est prévu afin que la matière communautaire soit pleinement efficace au sein de l’Union. L’application effective de ce droit reste complexe, mais il est intéressant de s’arrêter sur le rôle de la jurisprudence communautaire.

191. La jurisprudence communautaire, source essentielle de l’Union – L’application du droit communautaire doit être uniforme. A ce titre, le rôle de la Cour de justice est primordial. De façon générale, les traités communautaires affirment que la Cour de justice assure le respect du droit dans l’interprétation et l’application des traités constitutifs. Elle contrôle également le respect du droit par les institutions communautaires et veille au respect par les Etats membres de leurs obligations communautaires. Ainsi, la Cour de

³⁹² CJUE, 5 février 1963, société N.V. *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Administration fiscale néerlandaise*, affaire 26-62, Recueil de la Jurisprudence de la Cour. 1963, p. 3.

³⁹³ CJUE, 15 juillet 1964, *M. Flaminio Costa/E.N.E.L. (Ente nazionale energia elettrica, impresa già della Edison Volta)*, affaire 6-64, Recueil de la Jurisprudence de la Cour. 1964, p. 1141.

justice dispose d'un fort pouvoir juridictionnel sur les Etats membres mais aussi sur les autorités communautaires. A ce titre, « *elle peut engager la responsabilité de la Communauté et infliger des amendes aux Etats membres, déterminer les effets juridiques des actes communautaires et nationaux et contraindre ces autorités à prendre toutes mesures nécessaires pour se conformer à ses arrêts* »³⁹⁴. Pour certains juristes, il existe une hiérarchie entre l'ordre communautaire et l'ordre national, de laquelle découle logiquement la supériorité de la jurisprudence communautaire sur la jurisprudence nationale³⁹⁵. Plus qu'un rapport d'autorité, certains vont même jusqu'à employer le terme de suprématie.

192. « Le jeu du rapport d'autorité »³⁹⁶ ou la suprématie - Selon Laurence POTVIN-SOLIS, le cadre de l'Union européenne est particulièrement adapté au dialogue des juges, car « *le système des rapports de compétences entre les juridictions nationales et les juridictions européennes repose justement sur l'idée de coopération entre ces juridictions et ne comporte aucune hiérarchie au profit des juridictions européennes, ni mécanisme imposant un alignement automatique des jurisprudences nationales sur les juridictions européennes* »³⁹⁷. Il existerait un jeu de rapport d'autorité entre le juge européen et le juge français, car « *les jurisprudences obéissent à une dynamique axée à la fois sur l'autorité du droit européen et sur l'autonomie des juges* »³⁹⁸. Il n'existe certes aucune hiérarchie entre le juge national et le juge communautaire, mais les juges nationaux tiennent un rôle bien précis dans l'application du droit communautaire. Les juristes s'entendent à parler sur ce sujet d'autorité et nous sommes d'accord sur le choix du terme. En effet, le sens premier du mot autorité signifie « *le droit de commander, pouvoir (reconnu ou non) d'imposer l'obéissance* »³⁹⁹. Dans le cadre de l'Union européenne, bien sûr, nous ne sommes pas face à une entité souveraine en lien avec des Etats qui se seraient dessaisis de tout pouvoir, mais

³⁹⁴ Damian CHALMERS, *Les dynamiques de l'autorité judiciaire et le traité établissant une constitution pour l'Europe*, dans *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylants 2006, page 73.

³⁹⁵ Jean-Sylvestre BERGE, *Le droit national sous influence européenne : approche du phénomène en droit privé*, dans Actualités de droit communautaire, Justice & Cassation, Dalloz 2009, page 17 : l'auteur affirme que l'influence du droit communautaire sur le droit privé emprunte une voie verticale et horizontale. La première voie reposant sur le postulat classique de la hiérarchie entre le droit européen et le droit interne.

³⁹⁶ François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS, Arnaud RAYNOUARD (Dir.), *Op. cit.* p. 23.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ *Le Robert*, v° Autorité.

dans les faits, les arrêts rendus par la Cour de justice, peu importe la procédure qui en est à l'origine, sont scrupuleusement respectés par les Etats membres. L'essence même de la communauté européenne, fondée sur un partage de compétence entre l'Union et les Etats membres impliquent de facto le respect par les Etats des décisions prises. Certains vont même jusqu'à parler de suprématie de l'Union européenne.

D'après Damian CHALMERS, la « *suprématie judiciaire (doctrine of judicial supremacy) est aujourd'hui considérée comme indiscutable dans l'Union* »⁴⁰⁰. D'après cette théorie, le juge disposerait de l'autorité suprême pour interpréter et pour appliquer la Constitution. Cette idée est énoncée en 2004 alors que le traité instituant une constitution pour l'Europe n'est pas encore adopté, mais elle connaît selon l'auteur, une place plus importante avec le futur texte. Le terme de suprématie est sans doute un peu fort et nous préfèrerons celui d'autorité, d'autant que nous verrons plus tard que les rapports entre le juge français et le juge communautaire ne vont pas que dans un seul sens. Les rapports entre le juge national et le juge communautaire relève d'un jeu d'autorité, mais d'une autorité concédée par les Etats membres. Cette idée que nous soutenons peut également s'observer lorsque les décisions de la Cour de cassation font référence à une décision de la Cour de justice.

B. Les arrêts communautaires dans les décisions

193. Le dialogue imposé – Lorsque certains juristes privatistes parlent d'un dialogue des juges européens avec la Cour de cassation, ils prennent généralement comme exemple la procédure préjudicelle. Nous soutenons plutôt que s'il existe une particularité certaine de ce type de recours, celui-ci s'apparente sans doute à du dialogue, mais reste imposé par

⁴⁰⁰ Damian CHALMERS, *Les dynamiques de l'autorité judiciaire et le traité établissant une constitution pour l'Europe*, Op. cit. page 67.

l'un des interlocuteurs. En prenant quelques arrêts diffusés sur le site de la Cour de cassation, mais aussi sur Legifrance, nous avons étudié les références à la jurisprudence communautaire dans le corps des décisions (1), qui sont faites pour chacune des affaires, suite à une procédure préjudicielle (2).

1) Les références explicites aux arrêts communautaires

194. La multitude de références – En prenant des arrêts de la Cour de cassation sur le site de la juridiction, ainsi que sur le site Legifrance, sur une période partant des années 1990 à de nos jours, on s'aperçoit que les arrêts contenant des références aux décisions de la Cour de justice de l'Union européenne sont très nombreux⁴⁰¹. Bien sûr, les raisons peuvent être aisément dégagées. Celle qui vient en premier concerne la place grandissante de la matière communautaire dans notre droit national. Nous ne nous attarderons pas sur ces raisons, mais plus particulièrement sur la façon dont ces décisions apparaissent dans le corps des arrêts de la Haute juridiction. Ainsi, les décisions communautaires figurent dans les moyens du pourvoi et dans les motifs de la Cour de cassation, illustrant ainsi qu'un dialogue a lieu sur l'application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

195. La jurisprudence communautaire à l'appui du pourvoi – Dans les décisions étudiées, on retrouve d'abord des références à la jurisprudence de la Cour de justice dans les moyens du pourvoi. Il s'agit donc de décisions de rejet, mais celles-ci se révèlent

⁴⁰¹ En interrogeant la base de données du site de la Cour de cassation, on trouve 41 occurrences. Sur la base de données Legifrance, on trouve 170 occurrences.

intéressantes, car la Cour de cassation explique en quoi le moyen n'est pas recevable ou non fondé⁴⁰², illustrant ainsi qu'un dialogue a eu lieu entre le requérant et le juge, quant à l'application d'une jurisprudence de la Cour de justice. Ainsi parfois, il est possible d'avoir la confrontation de deux visions d'une même jurisprudence communautaire. De manière générale, la Cour de cassation qui rejette le pourvoi reprend la même décision invoquée par le pourvoi, mais c'est pour en reprendre les tenants et les aboutissants. On peut voir à titre d'illustration un arrêt de la Chambre criminelle en date du 1^{er} juin 1999, dans lequel le pourvoi invoque notamment le fait que les juges du fond aient mal interprété les dispositions d'une directive, dont l'application avait déjà fait l'objet d'une décision de la Cour de justice. La Chambre criminelle répond que les juges n'ont pas méconnu la portée de l'arrêt⁴⁰³. De façon encore plus générale, c'est la Cour de cassation qui reprend le plus les arrêts rendus par la cour de Luxembourg.

196. La jurisprudence communautaire dans la motivation des arrêts – Nombreuses sont les décisions dans lesquelles la Cour de cassation invoque une jurisprudence communautaire. D'abord dans les arrêts de rejet, où la Cour rejette le moyen en se réappropriant l'arrêt communautaire en question. Ensuite dans les arrêts de cassation, où les hauts magistrats reprennent les décisions de la Cour de justice de façon très claire. Par exemple, la Cour peut reprendre une jurisprudence communautaire de manière rapide, sans précision de la date de l'arrêt⁴⁰⁴. Parfois, la Cour invoque une décision en rappelant soigneusement la date, ainsi que les références de celle-ci⁴⁰⁵. Sur le fond, les hauts magistrats reprennent une solution en l'expliquant de façon pédagogique, souvent, si ce n'est toujours en introduisant celle-ci par la formule «*Attendu que la Cour de justice des communautés européennes a dit pour droit*»⁴⁰⁶. Quelques autres fois, la jurisprudence

⁴⁰² Voir par exemple : *Ch. comm.* 3 mai 2006 (03-14171), Bulletin 2006 IV N° 105 p. 105 ; *Ch. comm.* 8 décembre 2009 (08-15231), Bulletin 2009, IV, n° 160.

⁴⁰³ *Ch. crim.* 1^{er} juin 1999 (98-84504), Bulletin criminel 1999 N° 117 p. 312.

⁴⁰⁴ *Ch. comm.* n° 675 du 10 mai 2006 (04-17.759). «*Attendu que, pour rejeter la demande en restitution, l'arrêt retient que la volonté de la Cour de justice des Communautés européennes, lorsqu'elle se réfère à l'enrichissement sans cause, est seulement d'éviter que la taxe indue ne soit payée deux fois à l'opérateur, l'une par le client du fait de la répercussion, et l'autre par les douanes du fait de la restitution et que la preuve établie de la répercussion suffit à considérer qu'il y aurait enrichissement sans cause légitime en cas de restitution ordonnée*».

⁴⁰⁵ *Ch. comm.* 3 mai 2006 (03-14.171).

⁴⁰⁶ Voir par exemple : *Ch. comm.* 2 février 2010 (06-16.202).

communautaire est introduite par d'autres formules comme « *Attendu qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de justice des communautés européennes* »⁴⁰⁷, « *Attendu qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes* »⁴⁰⁸, ou bien encore « *Attendu que la décision de la Cour de justice des communautés européennes s'impose* »⁴⁰⁹. Ces types de références reviennent surtout dans le cadre de renvois préjudiciaux et il convient désormais de s'interroger sur la nature de cette procédure.

2) La question de la nature de la procédure préjudiciale

197. Au cœur de la névralgie – L'enjeu ici est de déterminer si le renvoi préjudiciel constitue ou pas un mécanisme de dialogue des juges au sens où on l'entend. Il s'agit d'un sujet important car le mécanisme de la procédure préjudiciale représente selon certains la preuve de l'existence d'un dialogue entre le juge interne et la Cour de justice, tandis que pour d'autres, la procédure relève d'une obligation pour le juge national qui devra suivre la décision rendue par la Cour de justice. La question n'est pas dénuée d'intérêt, car les références aux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne se trouvent dans le corps des décisions de la Cour de cassation, ce qui laisse à penser qu'il existe un dialogue entre jurisprudences. Seulement, au regard du mécanisme même du renvoi préjudiciel, la

⁴⁰⁷ 2^{ème} ch. civ. 7 mars 2006 (05-12.338).

⁴⁰⁸ Voir par exemple : Ch. comm. 7 juin 2006 (03-05.2006).

⁴⁰⁹ Ch. comm. 22 octobre 2002 (01-01.965), après avoir repris de manière précise la jurisprudence de la Cour de justice, la Cour affirme « *Attendu enfin, que la décision de la Cour de justice s'impose à la juridiction nationale sans que puisse lui être opposé un principe général du droit, tel que le principe de la confiance légitime* ».

doctrine reste partagée quant à lui conférer la nature d'instrument de dialogue entre le juge français et le juge communautaire.

198. Retour sur la procédure préjudiciale – La procédure préjudiciale fait partie de ce qu'on appelle le contentieux de l'interprétation⁴¹⁰. Le juge a pour mission d'apprécier la légalité, de déterminer le sens d'un texte, à titre préjudiciel. Le traité attribue à la Cour de justice compétence pour interpréter la législation de la Communauté. En réalité, la Cour a compétence pour interpréter de nombreux textes communautaires, ce qui a pour conséquence d'augmenter le contentieux lié à cette procédure. Elle est une procédure singulière en ce qu'elle établi une « *relation temporaire et purement procédurale entre les juridictions nationales et la Cour de justice* »⁴¹¹. Les manuels présentent généralement le renvoi préjudiciel comme permettant d'assurer une application uniforme du droit de l'Union et d'assurer aussi la formation d'une jurisprudence cohérente⁴¹².

La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de présenter cette procédure comme étant une forme de dialogue. C'est le cas par exemple dans une décision du 16 décembre 2008 dans laquelle la Cour affirme que « *le renvoi préjudiciel repose sur un dialogue de juge à juge, dont le déclenchement dépend entièrement de l'appréciation que fait la juridiction nationale de la pertinence et de la nécessité dudit renvoi* »⁴¹³. Cette procédure a également donné lieu à des réactions de la part de la doctrine qui parfois a pu considérer celle-ci comme un instrument de sanction envers les Etats membres⁴¹⁴.

Sur le site internet de la Cour de justice de l'Union européenne⁴¹⁵, une note d'information explique le mécanisme de la question préjudiciale. Ainsi, il est présenté comme étant fondamental et ayant pour objet « *de fournir aux juridictions nationales le moyen d'assurer une interprétation et une application uniformes de ce droit dans tous les Etats*

⁴¹⁰ Jean-Louis CLERGERIE, Annie GRUBER, Patrick RAMBAUD, *L'Union européenne*, 7^{ème} édition, Dalloz 2008.

⁴¹¹ *Institutions judiciaires, Organisation – juridictions- gens de justice*, Op. cit. p. 319.

⁴¹² Yves DOUTRIAUX, Christian LEQUESNE, *Les institutions de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, 8^{ème} édition, La documentation française 2010, p. 128.

⁴¹³ CJUE 18 décembre 2008, Affaire C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*

⁴¹⁴ Voir par exemple : Pierre-Yves MONJAL, *La nouvelle donne du renvoi préjudiciel : entre coopération et sanction*, Petites affiches, 05 août 1996 n° 94, P. 8. Selon cet auteur, la Cour de justice aurait développé une doctrine de l'irrecevabilité, imposant des conditions formelles strictes aux juges nationaux, qui risque d'entrainer une certaine réticence de leur part.

⁴¹⁵ curia.europa.eu

membres »⁴¹⁶. La procédure est également présentée comme reposant sur la collaboration entre la Cour et les juges nationaux. Il apparaît clairement que le juge national et la Cour de justice collaborent par le biais de cette procédure, mais il faut se demander s'il s'agit d'un dialogue entre ces deux juges. La question a déjà suscité quelques réactions de la part de la doctrine.

199. La Cour, le juge et le savant – La doctrine a déjà eu l'occasion de se pencher sur les rapports entre la Cour de justice de l'Union européenne et le juge national. En effet, le droit communautaire ne concerne pas seulement le juge judiciaire et c'est surtout avec les juges administratif et constitutionnel que la question d'un dialogue des juges communautaires et nationaux s'est posée. Colloques, articles de doctrine, bien souvent le sujet a été traité du point de vue du publiciste. Le point de vue du privatiste n'est pas néant et le sujet a donné lieu à de nombreuses rencontres et publications⁴¹⁷.

Pour ce qui concerne la position des publicistes, les avis sur l'existence d'un dialogue des juges entre la Cour de justice et les juges administratif ou constitutionnel sont très partagés. Dans les manuels tout d'abord, la question préjudiciale est généralement présentée comme étant le mécanisme illustrant le dialogue des juges⁴¹⁸. Dans d'autres manuels, le terme de dialogue n'est pas employé et présente la question préjudiciale comme permettant « *d'établir une relation temporaire et purement procédurale entre les juridictions nationales et la Cour de justice* »⁴¹⁹. Finalement, chaque manuel présente le mécanisme du pourvoi préjudiciel comme il l'entend, mais les colloques sont souvent le lieu où les juristes donnent leur avis sur la question. C'est ainsi que Christophe SOULARD explique qu'il voit dans la question préjudiciale l'instrument parfait d'un dialogue des juges : « *Ceci m'amène aux cas dans lesquels le dialogue n'est plus seulement intérieur ni un dialogue de sourd, un dialogue forcé ou un dialogue à distance, mais où il s'agit d'un dialogue direct, dont la Cour de cassation a pris l'initiative. Je veux parler des cas où elle*

⁴¹⁶ INFORMATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS ET ORGANES DE L'UNION, Cour de justice, JOUE C297/1.

⁴¹⁷ Voir par exemple : *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres - Colloque international session internationale d'études doctorales, Université de Paris X-Nanterre, 28 janvier - 1er février 2003*, Bruylant 2003 ; parmi le doctrine, on peut citer des auteurs comme Jean-Pierre MARGUENAUD et Christophe SOULARD.

⁴¹⁸ Jean-Louis CLERGERIE, Annie GRUBER, Patrick RAMBAUD, *op. cit.* p.164. (Citant d'ailleurs Renaud DEHOUSSE).

⁴¹⁹ Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, André VARINARD, *Institutions judiciaires, Organisation, juridictions, gens de justice*, Dalloz 2005 8^{ème} édition, page 319.

pose elle-même une question préjudicelle »⁴²⁰. Dans certains mélanges encore, des auteurs font part dans leurs contributions de l'existence ou non d'un dialogue entre le juge communautaire et le juge national⁴²¹. Pour synthétiser, certains juristes considèrent que la question préjudicelle constitue un instrument de dialogue des juges, tandis que d'autres ni voient rien de plus qu'une obligation incombant aux Etats membres. Enfin, de façon plus originale sans doute, certains voient dans les rapports entre le juge communautaire et le juge national un dialogue, mais un dialogue forcé.

Le mécanisme de la question préjudicelle est très particulier et il convient de voir s'il répond aux critères du dialogue des juges analysé dans cette longue étude.

200. La coopération et le dialogue des juges – Nous ne pensons pas qu'il existe un dialogue entre le juge communautaire et la Cour de cassation. Il s'agit d'un mécanisme de coopération dont le but est d'assurer l'interprétation et l'application uniforme du droit communautaire. Comme l'explique très bien Laurence POTVIN-SOLIS, le dialogue est le corollaire de l'obligation de coopération⁴²². Ainsi, la question préjudicelle constitue une forme de coopération entre les Etats membres et la Cour de justice, laquelle serait impossible sans le moindre dialogue. Mais d'un dialogue-coopération à un dialogue des juges spontané, l'écart est immense. L'obligation de poser une question préjudicelle est incompatible avec toute idée de spontanéité, critère essentiel du dialogue des juges. En dehors de toute question préjudicelle, il semble également ne pas exister de dialogue des juges car même lorsque le juge français mobilise une jurisprudence communautaire, il le fait en raison de la supériorité du droit communautaire sur le droit national. Par ailleurs, la mobilisation du droit de l'Union par le juge est devenue incontournable suite à un mouvement de communautarisation du droit privé, laissant au juge ordinaire le devoir d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice lors d'un contrôle de conventionnalité⁴²³.

⁴²⁰ Voir par exemple : Henri OBERDORFF, Boleslaw LUKASZEWCZ, *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges - Actes du colloque du 50e anniversaire des Tribunaux administratifs*, PUG 2005 ; François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS, Arnaud RAYNOUARD (Dir.), *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Bruxelles 2004.

⁴²¹ *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois* de Robert BADINTER, Jean-Marc SAUVE, Ronny ABAHAM, et Marie-Eve AUBIN, Dalloz 2009.

⁴²² François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS, Arnaud RAYNOUARD (Dir.), *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Op. cit.* page 26.

⁴²³ Voir notamment : Nicolas CHARBIT, *La réception du droit communautaire en droit privé des états membres*, Petites affiches, 05 mai 2004 n° 90, P. 8 ; Christophe SOULARD, *L'application du droit communautaire par la chambre criminelle de la Cour de cassation*, Gazette du Palais, 23 novembre 2000 n° 328, P. 28.

La question du dialogue des juges entre les juridictions nationales et le juge communautaire est souvent traitée sous un seul et même angle. Pourtant, le dialogue, impliquant un échange à double sens, mériterait d'être étudié sous un angle original, permettant de savoir si le juge communautaire de son côté, mobilise la jurisprudence nationale.

§2) La jurisprudence française dans les arrêts de la Cour de justice

201. Plan – Les rapports entre le juge de Luxembourg et le juge national sont toujours étudiés sous un même angle. Ainsi, on se pose toujours la question de savoir s'il existe un dialogue entre le juge français et communautaire, mais implicitement, c'est la question de l'autorité du juge communautaire sur le juge national qui se pose. Partant d'une étude des arrêts de la Cour de justice, nous constatons que le juge communautaire mobilise la jurisprudence française. Il ressort que l'utilisation des arrêts de la Cour de cassation s'avère éparses (A), reflétant ainsi la spécificité de la juridiction communautaire (B).

A. La mobilisation éparses des arrêts de la Cour de cassation.

202. L'influence de la France sur le droit communautaire méconnue – Si l'on s'attache aux références qui peuvent être faites dans les arrêts de la Cour de justice, on retient très vite une certaine absence de la jurisprudence française. Pourtant, il faut aller plus loin dans l'étude de l'influence de la France sur le droit communautaire pour s'apercevoir que celle-ci est présente devant les juridictions communautaires. Ainsi, à défaut de constater une large mobilisation de la jurisprudence française par le juge communautaire (1), on

découvre que la France tient une politique juridictionnelle souvent méconnue (2).

1) L'absence de la jurisprudence française dans les arrêts de la Cour de justice

203. La méthode employée – Afin de savoir si la Cour de justice de l’Union européenne mobilise la jurisprudence française, il est possible d’utiliser le moteur de recherche existant sur le site officiel de la juridiction. En allant dans l’onglet « *jurisprudence* », puis « *formulaire de recherche* » et en entrant « *Cour de cassation française* » comme entrée du moteur, il s’affiche environ une vingtaine de résultats. Parmi ceux-ci, des décisions, des ordonnances, des conclusions pour lesquelles il faut mettre un peu d’ordre. Bien sûr, les résultats pour lesquels l’Etat français est partie ou lorsqu’une juridiction nationale avait posé une question préjudicielle, ne sont pas pris en compte.

204. La jurisprudence nationale dans les arrêts – Il est apparu intéressant de chercher à savoir si les arrêts de la Cour de justice renfermaient des références à la jurisprudence française. Il existe très peu de décisions faisant une telle référence. Sur la base de données jurisprudentielle de la Cour de justice, il n’y a que deux affaires pour lesquelles on trouve ces références. La première affaire a donné lieu à trois arrêts de la Cour le 27 juillet 2005⁴²⁴ en matière de concurrence. Il était question d’un litige entre une brasserie luxembourgeoise et la Commission européenne. Les parties requérantes invoquent la jurisprudence française, relative aux contrats comportant des « *clauses de bières* ». Dans la seconde affaire, 13 arrêts ont été rendus par le Tribunal de première instance des

⁴²⁴ TPICE 27 juillet 2005, *Brasserie Battin SNC / Commission des Communautés européennes*, affaires jointes T-49/02 à T-51/02.

communautés européennes, concernant la marque de bière Budweiser⁴²⁵. Ici, ce sont les motifs d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris qui sont repris dans la motivation du tribunal. Sans grand étonnement, le juge communautaire ne mobilise pas spontanément la jurisprudence française, tout comme dans les conclusions mises en ligne.

205. La jurisprudence nationale dans les conclusions de l'avocat général – A côté des arrêts rendus par la Cour de justice, on peut avoir accès à certaines conclusions. Toujours avec les termes « *jurisprudence française* » pour recherche, sept conclusions sont données. Toutes concernent essentiellement des recours préjudiciaux, mais pour la majorité d'entre elles, il s'agissait d'une procédure venant du juge français. Deux conclusions retiennent notre attention, car elles sont relatives à des questions préjudiciales posées par les juges suédois, autrichien et allemand⁴²⁶. Les références à la jurisprudence française dans les conclusions de l'avocat général sont très succinctes. Ainsi, on retrouve des références à la théorie de l'acte clair ou bien encore à une jurisprudence du fond relative au droit des obligations. Les références à la jurisprudence judiciaire française demeurent très éparses et ceci est sans doute dû à la spécificité du juge communautaire.

⁴²⁵ TPICE 12 juin 2007, *République tchèque / Etats-Unis, affaires jointes T-53/04 à T-56/04, T-58/04 et T-59/04.*

⁴²⁶ Conclusions de l'avocat général M. DÁMASO Ruiz-Jarabo COLOMER, *Allemagne / Commission*, 10 mai 2005, affaires jointes C-465/02 et C-466/02 ; conclusions de l'avocat général M. Antonio TIZZANO, *Lyckeskog*, 21 février 2002, affaire C-99/00 ; conclusions de l'avocat général Mme. Verika TRSTENJAK, *Ilsinger*, 11 septembre 2008, affaire C-180/06.

2) La politique juridictionnelle de la France dans l'Union européenne

206. L'originalité de la démarche – Si pour certains juristes « *il ne faut sans doute pas trop chercher dans les mystères des longs arrêts de la Cour de justice les influences cachées* »⁴²⁷ du droit national sur le droit communautaire, pour d'autres, la France joue un rôle primordial auprès des instances communautaires. La démarche qui consiste à se placer du côté du juge communautaire afin de savoir s'il mobilise ou pas le droit français est originale, car elle révèle une présence française certaine devant le juge communautaire. Ainsi, il est alors possible de comprendre davantage les rapports qu'entretiennent le juge communautaire et le juge français.

207. Le contentieux communautaire – Le mécanisme de représentation de la France devant les juridictions communautaires relève du ministère des affaires étrangères. Aussi, il est intéressant de s'interroger sur l'existence d'un dialogue direct entre le juge français et le juge communautaire. D'après Gérard SAJUST DE BERGUES, la France est, depuis les années 1980, dans le « peloton de tête » des Etats membres présents devant la Cour de justice des communautés européennes⁴²⁸. En tant que sous-directeur à la Direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes, puis en tant qu'agent du gouvernement devant la Cour de justice et du Tribunal de première instance des communautés, l'auteur livre une description très intéressante de la procédure contentieuse communautaire. La représentation de la France devant les juridictions communautaires est assurée par la Sous-direction du droit international économique et du droit communautaire. C'est en collaboration avec le Secrétariat général des affaires européennes qu'est décidée la participation de la France dans les affaires contentieuses initiées devant une juridiction communautaire. De manière générale, la juridiction

⁴²⁷ *Actualités de droit communautaire, l'influence des droits nationaux sur le droit communautaire, Op. cit.* page 243.

⁴²⁸ *Actualités de droit communautaire, l'influence des droits nationaux sur le droit communautaire, Op. cit.* page 159.

communautaire communique avec le Secrétariat général en cas de procédure concernant la France ou lorsque la France participe à une procédure communautaire sans en être partie. Selon Gérard SAJUST DE BERGUES, le nombre d'affaires dans lesquelles la France est présente a doublé par rapport aux années 1990 et « *l'essentiel de la présence française devant la Cour se manifeste, de manière active, par des recours, des interventions dans des litiges opposant Etats membres et entreprises aux institutions, ou les institutions entre elles, ainsi que le dépôt d'observations écrites ou orales devant un grand nombre d'affaires préjudiciales. Il faut noter que celles-ci proviennent en majorité d'autres Etats membres dans la mesure où, en dehors des juridictions suprêmes, les juridictions françaises posent encore relativement peu de questions à la Cour* »⁴²⁹. Ainsi, la France suit une véritable politique juridictionnelle et se trouve parmi les Etats les plus présents devant les juridictions communautaires, on peut alors se demander si finalement ceci n'est pas la preuve de l'existence d'un dialogue entre le juge français et le juge communautaire. Mais très vite, les termes de « politique juridictionnelle » et de « dialogue des juges » apparaissent comme antinomiques.

208. Le dialogue politique ? – Le Secrétariat général des affaires européennes est d'origine politique et les membres qui la composent sont placés sous l'autorité directe du Premier ministre. Si l'on s'attarde sur la composition de ce secrétariat, on remarque très vite que sur tous les membres qui composent celui ci, on trouve peu de juristes. Toujours selon Gérard SAJUST DE BERGUES, les interventions de la France sont liées à la défense d'intérêts nationaux comme par exemple la mise en cause d'une législation étrangère analogue à la législation française. Même s'il relève une présence plus importante de la France devant les juridictions communautaires, il n'en reste pas moins que les enjeux sont surtout d'ordre économique et politique. Finalement, le juge français ne s'adresse pas directement au juge communautaire et il est difficile d'entrevoir dans leurs relations un véritable dialogue. La présence de l'Etat français devant les juridictions communautaires ne serait pas synonyme de dialogue des juges. Il s'agit davantage d'une coopération entre les différentes autorités communautaires et celles des Etats membres. Ces autorités dialoguent certes, mais pas de manière spontanée et pas dans le cadre de leur jurisprudence. Le dialogue des juges au sens où nous l'entendons semble être incompatible dans le cadre de l'Union européenne, il est plutôt politique, tenant aussi à la spécificité du juge communautaire.

⁴²⁹ *Actualités de droit communautaire, l'influence des droits nationaux sur le droit communautaire, Op. cit.*
page 163.

B. La spécificité du juge communautaire

- 209. L'organisation de la Cour de justice** – La Cour de justice de l'Union européenne est une institution incontournable de la communauté européenne. Sa spécificité peut s'apprécier tant au regard de sa composition que de sa fonction principale. Au final, il est difficile de savoir si les liens qui existent entre la Cour de cassation et la Cour de justice relèvent de la coopération ou d'un dialogue intégré.
- 210. La composition de la Cour⁴³⁰** – La Cour de justice est présentée comme une institution multilingue et cette particularité est unique dans le monde. Ce multilinguisme s'explique par la nécessité de communiquer avec les parties dans la langue du procès, mais aussi pour assurer la diffusion de la jurisprudence communautaire à travers tous les Etats membres. Avec une Europe à 27 Etats membres, la Cour de justice se compose de 27 juges et de huit avocats généraux. Le fait que ces juges proviennent de cultures différentes présente malgré tout un poids. C'est d'ailleurs ce que soulève Denis MAZEAUD dans la synthèse du colloque relatif à l'influence des droits nationaux sur le droit communautaire, en citant le président de la Cour de justice : « *Il faut garder à l'esprit que la démarche interprétative de la Cour est par essence le produit de l'interaction entre les divers ordres juridiques nationaux, puisque chaque juge siégeant transporte avec lui sa culture juridique nationale et s'appuie naturellement sur celle-ci lorsqu'il délibère au sein de la formation de jugement* »⁴³¹. Il nuance toutefois le propos en constatant en réalité une « *étrange alchimie* » s'opérant entre les différents juges qui s'influencent mutuellement, devenant progressivement des juges européens. Un dialogue entre les différents juges composant la Cour de justice s'opère indubitablement. En ce qui concerne le Traité des communautés européennes, celui-ci semble laisser une place importante aux droits nationaux, ce qui signifierait aussi la place pour un dialogue entre les différents droits. L'article 151 prévoit

⁴³⁰ Le Traité de Lisbonne n'apporte pas de modifications sur la composition de la Cour de justice.

⁴³¹ *Actualités de droit communautaire, l'influence des droits nationaux sur le droit communautaire, Op. cit.* page 312.

en effet que « *la communauté contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun* ». Cet échange entre les différents juges nationaux suit donc l'esprit d'ouverture qu'il existe dans l'Union européenne. Pourtant, la Cour de justice ne mobilise pas de manière spontanée la jurisprudence des Etats membres et pour cause, cela tiendrait directement à sa fonction.

211. Le contentieux communautaire, une coopération avec les Etats membres – Il n'est pas étonnant de ne pas trouver dans les arrêts de la Cour de justice des références à des jurisprudences étrangères. En effet, la Cour doit veiller à ce que les juges nationaux aient correctement appliqué la norme communautaire et non l'inverse. Même s'il existe une forme de collaboration entre le juge communautaire et national à travers la question préjudicielle, c'est au final ce juge national qui doit veiller à ne pas contredire une règle interprétée par la Cour de justice.

Le contentieux communautaire est relativement complexe, les sources que le juge communautaire mobilise ne sont pas clairement déterminées. Le plus souvent, les affaires mettent en cause une législation nationale et c'est au regard de celle-ci que le juge doit trancher. Par ailleurs, les affaires concernent des points très précis et les affaires relevant ainsi de la casuistique illustrent une difficulté de taille pour le juge communautaire de mobiliser d'autres droits ou la jurisprudence d'un autre Etat membre. A ces débuts, la Cour se serait inspirée des droits nationaux et il semblerait que l'on assiste ces derniers temps à une multiplication des sources du droit par la Cour de justice, inspirant donc à une plus large ouverture⁴³². Mais de façon générale, on constate au sein de l'Union européenne des rapports très diverses entre la Cour de justice et les Etats membres. Ces rapports ne prennent pas la forme d'un dialogue des juges spontané, mais plutôt de formes de coopération, de collaboration, nécessaire au bon fonctionnement de l'Union.

Au final, nous pouvons exclure l'idée d'un dialogue des juges au sens où nous l'entendons, car nous venons de démontrer que si le juge français applique une jurisprudence communautaire, c'est son obligation de juge communautaire de droit commun. De son côté, si le juge communautaire fait référence à une jurisprudence de l'un des Etats membres, c'est qu'il interprète le droit communautaire à la lumière des différentes traditions juridiques en vigueur. L'Union européenne se révèle être un terrain

⁴³² *Actualités de droit communautaire, l'influence des droits nationaux sur le droit communautaire*, Op. cit.

propice au dialogue, mais il s'agit d'un dialogue inhérent aux formes diverses de coopération qui existent entre les Etats membres et les institutions communautaires.

212. La Cour de cassation et la CJUE, un dialogue intégré ? - Il n'est pas possible d'apporter une réponse tranchée quant à la nature des rapports existant entre la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, ceux-ci peuvent relever du domaine de la coopération, empêchant alors de retenir la notion de dialogue des juges au sens où nous l'étudions ici. D'un autre point de vue, il existe des relations tellement étroites et singulières entre les deux juridictions qu'il est difficile d'exclure toute idée de dialogue. Cette autre vision nous conduirait à retenir la notion de dialogue intégré proposée par Laurence BURGORGUE-LARSEN⁴³³. Elle rejoindrait également l'opinion de certains juristes qui voient dans le juge communautaire un « *Sisyphe des temps modernes* »⁴³⁴. Il existerait ainsi un mouvement de communautarisation indirecte, lié à la modification incidente des droits internes par la jurisprudence de la Cour de justice. L'ordre issu de l'Union européenne serait en réalité un « *aller retour constant entre les deux ordres* »⁴³⁵, fruit d'un mélange ingénieux des différentes cultures juridiques. La Cour de justice recourrait très fréquemment au droit comparé, malgré les rares références à cette source dans ses décisions, enrichissant ainsi la motivation de ces arrêts⁴³⁶. Laurent COUTRON insiste sur l'importance de l'utilisation du droit comparé par le juge de l'Union et cite le magistrat Pierre PESCATORE qui affirmait que « *les rares références à cette méthode dans les arrêts ne sont que [...] la pointe visible de l'iceberg* »⁴³⁷. La Cour de justice utiliserait de manière systématique le droit comparé, marquant une influence réciproque entre la jurisprudence des juridictions nationales avec la juridiction européenne. L'idée d'un dialogue intégré entre la Cour de justice et la Cour de cassation pourrait alors être retenue.

⁴³³ *De l'internationalisation du dialogue des juges, missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois, Op. cit.*

⁴³⁴ Laurent COUTRON, *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, Revue trimestrielle de droit européen 2009 p. 643.

⁴³⁵ Nicolas CHARBIT, *Op. cit.*

⁴³⁶ Laurent COUTRON, *Op. cit.*

⁴³⁷ Pierre PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, RID comp. 1980. 337 reproduite in Etudes de droit communautaire européen 1962-2007, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 527, spéc. p. 550.

Il s'agit désormais de voir si cette analyse se retrouve entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme.

213. Fin de section – Après avoir constaté dans le chapitre précédent les premières manifestations d'un dialogue des juges dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il a été nécessaire de se pencher sur les rapports existant entre le juge français et le juge communautaire.

Dans un premier temps, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation qui a été étudiée afin de savoir si celle-ci mobilisait de manière spontanée la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Les références à la jurisprudence communautaire se trouvent dans les travaux préalables, mais révèlent une application-soumission de la jurisprudence communautaire. Une certaine allégeance est ainsi constatée de la part du juge français envers le juge communautaire. Assez rapidement, les termes d' « *autorité* » et de « *suprématie* » ont été retenus afin de qualifier cette soumission du juge français. Dans les décisions mêmes rendues par la Haute juridiction, les références à la Cour de justice se font le plus souvent dans le cadre d'une procédure préjudiciale. Il s'est alors posé la question de la nature de cette procédure. Présentée comme étant une forme de dialogue des juges par certains, révélatrice d'un dialogue imposé au juge national par d'autres, nous pensons qu'il s'agit d'une procédure de coopération entre les Etats membres et la Cour de justice, impliquant nécessairement un dialogue, mais d'un dialogue dénué de toute spontanéité.

Dans un second temps, c'est la jurisprudence de la Cour de justice qui a été passée au crible afin de savoir si cette juridiction particulière mobilisait la jurisprudence française. Il est apparu que cette dernière ne mobilise généralement la jurisprudence française que de manière indirecte, en citant une jurisprudence antérieure pour laquelle l'Etat français était partie. Pas de dialogue des juges entre ces deux juges, mais cela ne signifie pas pour autant que la France n'est pas présente devant les juridictions communautaires. Bien au contraire, il a été constaté une présence de plus en plus accrue de l'Etat français devant les juridictions communautaires et les autorités de l'Union européenne. Menant une véritable politique juridictionnelle au sein de l'Union, il n'en ressort pas pour autant la preuve d'un dialogue des juges au sens où nous l'entendons. En effet, le dialogue qui a lieu se déroule à travers les autorités politiques françaises, dont la participation ne semble avoir de véritable but que la préservation des intérêts économiques du pays. Avec la communautarisation de certaines branches du droit privé, le juge mobilise la jurisprudence de l'Union. Mais ce mouvement possède un double visage car en réalité, la Cour de justice mobilise énormément le droit des Etats membres, faisant de leurs rapports un véritable dialogue intégré. Il existe donc bien un dialogue entre le juge communautaire et le juge français, mais celui-ci semble intégré, ne laissant pas de place à un dialogue spontané entre les deux

juridictions.

Section 2 : La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme

214. Du côté de Strasbourg – Tout comme la section précédente, nous allons ici nous intéresser aux rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation. Ici il s'agit de déterminer s'il existe un dialogue de jurisprudence entre les deux juridictions. Pour se faire, il sera d'abord étudié la mobilisation de la jurisprudence européenne par la jurisprudence de la Cour de cassation (§1), puis la mobilisation de la jurisprudence française par la juridiction strasbourgeoise (§2).

§1) La mobilisation des arrêts européens par la Cour de cassation

215. Plan – Les rapports entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l’homme ont connu des débuts difficiles. La doctrine constate que la Cour de cassation est passée d’une application subie à une application spontanée de la jurisprudence européenne⁴³⁸. Quant aux premières applications du droit européen, la Chambre criminelle a été la première à appliquer la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales en 1990⁴³⁹. La 1^{ère} chambre civile est celle qui s’est référée en premier à une décision de la Cour européenne des droits de l’homme en 1984⁴⁴⁰. Les autres formations de la Haute juridiction ont suivi le mouvement et certaines comme la Chambre sociale a été vue comme une pionnière dans la diffusion de la Convention européenne en France⁴⁴¹.

L’étude qui suit porte sur la mobilisation actuelle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme par la Cour de cassation. A partir des arrêts diffusés sur le site internet de la haute juridiction, il sera étudié d’abord les références à la jurisprudence strasbourgeoise dans les travaux préparatoires des arrêts de la Cour de cassation (A), puis ces mêmes références dans le corps des arrêts eux-mêmes (B).

⁴³⁸ Régis De GOUTTES, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation*, Gazette du Palais, 12 juin 2007 n° 163, P. 19. Quoique certains juristes ont encore une vision plutôt négative de la juridiction européenne, comme Bernard EDELMAN, *La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?*, Recueil Dalloz 2008 p. 1946 : « Pourquoi la Cour européenne des droits de l'homme serait-elle tyrannique ? Parce qu'elle s'est affranchie de toutes normes. De la Convention, d'abord, qui ne serait plus qu'une coquille vide. De ses propres précédents qu'elle manipule. Des juridictions nationales qu'elle regarde avec suspicion. Les droits de l'homme, par le plus grand des paradoxes, sont devenus le soutien de cette « tyrannie ». Peut-être serait-il temps, au nom de ces mêmes droits de l'homme, de dénoncer un traité qui, de l'aveu de la Cour, serait devenu obsolète ».

⁴³⁹ Ch. crim. 15 mai 1990, n° 90-80.827, JCP G 1990, II, 21541.

⁴⁴⁰ 1^{ère} Ch. civ. 10 janv. 1984, n° 82-16.968, JCP G 1984, II, 20210.

⁴⁴¹ Jean MOULY, Jean-Pierre MARGUENAUD, *La chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France*, JCP n° 50, 10 Décembre 2008, I 221.

A. La jurisprudence européenne dans les travaux préparatoires

216. La mobilisation en question – Ce qui nous intéresse ici, ce n'est pas de dénombrer les références aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les travaux préparatoires, mais d'apprécier comment ceux-ci sont mobilisés par le juge. On remarque que la jurisprudence strasbourgeoise peut se retrouver dans des arrêts relatifs à l'application de la convention de sauvegarde des droits de l'homme, mais aussi en dehors de toute application de la convention. La mobilisation des arrêts européens est plus ou moins importante selon l'affaire en question. Parfois, un arrêt de la Cour européenne est sollicité pour des raisons procédurales.

217. La mobilisation de la jurisprudence strasbourgeoise par le juge français – Dans les décisions rendues par les Chambres mixtes et l'Assemblée plénière, une vingtaine d'arrêts ont donné lieu à des références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les travaux préalables. La manière dont les références sont faites est variable et connaît ainsi plusieurs degrés de mobilisation. Ainsi, il peut y avoir des références très générales à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, sans référence précisément donnée. Par exemple dans son rapport, le conseiller MARAIS écrira qu' « *A l'opportunité, qui voudrait que les dispositions nouvelles revêtent un "empire absolu" étant présumées meilleures et au souci d'égalité entre les citoyens qui incite à ne laisser subsister que les situations définitivement acquises, s'oppose le besoin de sécurité juridique, particulièrement sensible dans le domaine contractuel, dont on sait l'importance qu'il revêt aujourd'hui aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme* »⁴⁴². Dans la majeure partie des travaux préalables, les références à la jurisprudence de la Cour européenne sont précises et les dates des décisions sont mentionnées soit dans le corps du texte soit en note de bas de page⁴⁴³. Parfois même, certains magistrats consacrent dans

⁴⁴² *Ch. mixte* 22 septembre 2006 (05-13.517), rapport Mme MARAIS.

⁴⁴³ Voir par exemple : *Ch. mixte* 18 mai 2008 (05-40.803), avis de M MATHON ; *Ch. mixte* 16 décembre 2005 (arrêt n° 237), avis de M. DE GOUTTES.

leurs travaux une sous-partie consacrée à la jurisprudence européenne⁴⁴⁴. Souvent, la mobilisation de la jurisprudence strasbourgeoise est soulevée lors de l'application d'un principe protégé par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il existe parfois des références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en dehors de toute application d'une disposition de la Convention. Dans ce cas, l'avocat général ou le conseiller vont par exemple évoquer une décision de la Cour européenne pour voir si telle ou telle notion a donné lieu à une interprétation particulière. C'est le cas notamment dans une décision de la Chambre mixte du janvier 28 janvier 2005⁴⁴⁵. Mais là encore, il est difficile de voir dans ces références un dialogue des juges spontané. En effet, même si l'affaire ne porte pas sur l'application d'une disposition de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les droits fondamentaux qui en sont issus imprègnent désormais toutes les branches du droit. En cela elle n'a rien d'étonnant, pas plus que lorsque cette jurisprudence est mobilisée lors du réexamen d'une affaire.

218. Le réexamen d'une affaire après condamnation de la Cour européenne – Certains travaux préparatoires contiennent des références aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme car il s'agit d'affaires qui sont réexamines suite à une condamnation de la France par la juridiction européenne. La décision fait donc partie intégrante de la procédure et les motifs de celle-ci sont repris par les magistrats. Lorsque la Cour de cassation est saisie suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, la décision constatant la violation se retrouve généralement dans l'arrêt, dans le rappel de la procédure et en visa. On retrouve également l'arrêt de la Cour européenne dans les deux travaux préparatoires. Dans le rapport d'un conseiller relatif à un réexamen d'une décision suite à une condamnation par la Cour européenne, on peut lire que « *Ce réexamen qui, par application de l'article 626-4 du code de procédure pénale, doit être “de nature à remédier à la violation constatée par la Cour européenne des droits*

⁴⁴⁴ Voir par exemple : *Ch. mixte* 20 juin 2003 (00-45.629, 00-45.630), avis de M. DE GOUTTES dans lequel l'avocat général consacre des développements à « *l'évolution du droit international* » ; *Ch. mixte* 3 février 2006 (03-12.206), avis de M. DE GOUTTES dans lequel est consacré un paragraphe intitulé « *Au plan européen* ».

⁴⁴⁵ *Ch. mixte* 28 janvier 2005 n° 228. Avis de M. DOMINGO. Sur les notions d'excès de pouvoir et du principe du contradictoire.

de l'homme”, ne peut s’effectuer qu’à la lumière des principes dégagés par l’arrêt rendu par cette Cour- dont il convient de relever, d’une part, qu’il a été rendu à l’unanimité de ses membres et, d’autre part, qu’il apparaît être le premier à faire le grief à une décision de la Cour de cassation d’une violation de l’article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales »⁴⁴⁶. Le magistrat affirme ici que la décision de la Cour de cassation doit tenir compte de la condamnation prononcée par le juge européen, ce qui montre l’autorité des décisions de ce dernier. Dans ce cas encore, il n’est pas possible de parler de dialogue entre le juge français et le juge européen. D’ailleurs, l’un des magistrats rappelle dans un de ses travaux l’importance des décisions européennes qui sont susceptibles d’engendrer des modifications législatives et jurisprudentielles⁴⁴⁷. On trouve aussi des références à la jurisprudence européenne dans le corps des arrêts.

B. La jurisprudence européenne dans le corps des arrêts

219. Une mobilisation indéniable – Les arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme sont assez présents dans le corps des arrêts de la Haute juridiction, seulement il convient de distinguer deux situations particulières. Dans la première situation, la plus fréquente d’ailleurs, les références à une jurisprudence européenne est le fait du requérant au pourvoi. Dans la seconde, l’arrêt européen est repris dans les motifs de la Cour de cassation et plus rarement dans le visa des arrêts de cassation.

⁴⁴⁶ Ass. pl. 13 février 2009 (01-85.826), rapport de M. ANDRE.

⁴⁴⁷ Ass. pl. 8 juillet 2005 (97-83.023), rapport de M. LAURENS : « Avant la création de cette procédure, qui trouve son origine dans la loi du 15 juin 2000, une condamnation de la France par la Cour européenne était susceptible d’entraîner des modifications jurisprudentielles et législatives, mais n’avait aucune incidence sur l’affaire ayant donné lieu au constat de la violation de la Convention ».

220. La jurisprudence européenne dans les moyens du pourvoi – Dans certaines matières comme le droit pénal ou la procédure pénale, lorsque des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme sont concernées, le requérant au pourvoi mobilise souvent une jurisprudence issue de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour rendre compte de cet état de fait, une recherche sur le site Legifrance a été effectuée. Ainsi, dans la base de données de la jurisprudence judiciaire, après avoir sélectionné la Cour de cassation comme juridiction de référence⁴⁴⁸, il a été recherché l'entrée « Cour européenne des droits de l'homme » et ce sont plus de 1 400 résultats qui sont ressortis⁴⁴⁹. Les arrêts qui ont été étudiés ont été sélectionnés dans une période allant de 2000 à 2010 et une décision pour chaque année a été prise dans notre échantillonnage. Il résulte d'abord de cette fouille jurisprudentielle que les références à la juridiction strasbourgeoise concernent dans une large mesure la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Il résulte ensuite que les références à proprement parler connaissent des degrés différents. C'est ainsi que l'on trouve parfois des références très larges à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁵⁰. Dans certains cas en revanche, les moyens du pourvoi contiennent des références très précises de l'arrêt européen invoqué, par exemple avec la date et le nom de l'affaire⁴⁵¹. Enfin, on peut retenir de cette recherche que les moyens n'entrent pas dans le détail de la jurisprudence invoquée et parfois, il ne sera fait mention que du domaine concerné par la jurisprudence⁴⁵².

221. La jurisprudence européenne dans les motifs de la Cour de cassation – En suivant

⁴⁴⁸ Dans la recherche de la jurisprudence judiciaire, il est possible d'accéder aux jurisprudences de la Cour de cassation, des juridictions d'appel, des juridictions du premier degré et du Tribunal des conflits.

⁴⁴⁹ Il faut préciser cependant que toutes les décisions ne contenaient pas de référence à la Cour européenne des droits de l'homme, parfois ces quatre mots étaient séparés dans les arrêts. Sur la décennie étudiée, au moins une décision par année a été trouvée.

⁴⁵⁰ Voir par exemple : *Ch. comm.* 14 juin 2000 (N° de pourvoi: 98-14361), Bulletin 2000 IV N° 124 p. 113 ; *Ch. crim.* 13 novembre 2001 (N° de pourvoi: 01-82440), non publié au Bulletin.

⁴⁵¹ Voir par exemple : *Ch. soc.* 19 décembre 2007 (N° de pourvoi: 07-40096), non publié au Bulletin ; *Ch. crim.* 5 novembre 2003 (N° de pourvoi: 02-86061), non publié au Bulletin.

⁴⁵² C'est le cas par exemple de l'arrêt de la Chambre criminelle du 29 juin 2004, dans lequel on peut lire « *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'impossibilité pour le juge de motiver un refus de mise en liberté par la seule référence à des antécédents judiciaires, ne saurait être valablement invoquée en matière d'obligations légalement prévues dans le cadre d'un contrôle judiciaire* » (N° de pourvoi: 04-82547).

la méthode précédemment exposée, il a été recherché des références à la jurisprudence européenne mais cette fois ci dans les motifs de la Cour de cassation. Le cas le moins étonnant est celui dans lequel la Cour de cassation rend une décision suite au réexamen d'une affaire. La décision rendue par la Cour européenne est alors intégrée dans l'arrêt⁴⁵³.

Parfois, en dehors de toute procédure suite à une condamnation de la France, le juge invoque une jurisprudence européenne. Ceci se fait de manière relativement large et on pourra lire parfois que la Cour applique tel ou bien tel principe issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁵⁴. Il s'agit essentiellement d'arrêts de rejet et de ce fait les références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se trouvent dans les motifs des juges du fond repris par la Cour de cassation⁴⁵⁵. Cette mobilisation se déroule donc en dehors de toute procédure postérieure à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, mais peut-on y voir un véritable dialogue des juges ?

Plus rarement, mais aussi de façon plus étonnante, il arrive que la jurisprudence européenne soit invoquée dans un attendu de principe, ce qui porte son importance à un degré plus élevé dans la décision⁴⁵⁶.

Il arrive également que les arrêts de la Cour européenne soient cités dans le visa d'une décision.

222. Les arrêts de la CEDH au visa des arrêts de cassation – Il arrive de trouver des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des décisions de la Cour de cassation. Dans certains cas, il s'agit d'une décision rendue suite à une procédure ayant mené le requérant devant la juridiction européenne, laquelle a déclaré l'existence d'une violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme par l'Etat français. Le visa se présente toujours de la même façon, formulé ainsi « *Vu l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du [...] ayant dit qu'il y a eu violation de l'article [...] de la Convention* ».

⁴⁵³ Voir par exemple : *1^{ère} Ch. civ.* 28 mai 2008 (N° de pourvoi : 07-17202), non publié au Bulletin.

⁴⁵⁴ Voir par exemple : *2^{ème} Ch. civ.* 21 décembre 2006 (N° de pourvoi : 04-30586), Bulletin 2006 II N° 364 p. 335 ; *Ch. crim.* 30 octobre 2006 (N° de pourvoi : 06-85693), Bulletin criminel 2006 N° 258 p. 930.

⁴⁵⁵ Voir par exemple : *Ch. crim.* 1^{er} février 2011 (N° de pourvoi : 10-83523) ; *Ch. crim.* 28 avril 2009 (N° du pourvoi : 08-84161) ; *2^{ème} ch. civ.* 19 février 2009 (N° de pourvoi : 07-20668), Bulletin 2009, II, n° 53 ; *ch. crim.* 27 novembre 1996 (N° de pourvoi : 96-83935).

⁴⁵⁶ Voir par exemple : *2^{ème} Ch. civ.* 16 novembre 2004 (N° de pourvoi : 03-30170), non publié au Bulletin ; *Ch. soc.* 13 juillet 2000 (N° de pourvoi : 99-11358), non publié au Bulletin.

*européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »*⁴⁵⁷. Une autre formulation a été trouvée dans une décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 13 juin 2007, qui vise un article de la Convention européenne, mais en dehors d'une procédure qui avait donné lieu à une condamnation de la France par la Cour européenne : « *Vu l' article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par l'arrêt X... et autres c. France du 9 janvier 2007 de la Cour européenne des droits de l'homme, et les articles 29 de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 et 2 du code civil, ensemble les articles L. 212-2 et L. 212-4 du code du travail dans leur rédaction applicable au litige »*⁴⁵⁸. Cette dernière décision a suscité des réactions de la part de la doctrine⁴⁵⁹. Il est vrai que le fait de viser un arrêt européen amène à s'interroger sur l'autorité que la Cour de cassation reconnaît à la Cour européenne. Les références aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme se retrouvent également dans les motifs de la Cour de cassation.

223. Bilan de l'application de la jurisprudence européenne – Comme cela a été évoqué au début de ce paragraphe, les rapports entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme ont connus des débuts difficiles. La France est passée d'une application subie à une application spontanée de la jurisprudence de la Cour européenne⁴⁶⁰. En effet, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et la jurisprudence de la CEDH sont venue bouleverser l'ordonnancement juridique interne⁴⁶¹. La jurisprudence européenne vient influer sur les normes de fond mais aussi sur le droit procédural. Pour chacune des ces influences, l'application de la jurisprudence de la Cour européenne a été tantôt subie, tantôt spontanée. La modification de la jurisprudence puis de la législation relatives aux

⁴⁵⁷ Voir par exemple : Ass. plén. 13 février 2009 (01-85.826), Bulletin criminel 2009, Assemblée plénière, N° 1 ; Ass. plén. 14 février 2003 (96-80.088), Bulletin criminel 2003 A. P. N° 1 p. 1.

⁴⁵⁸ Ch. soc. 13 juin 2006 (n° 05-45.694 et 05-45.696).

⁴⁵⁹ Voir notamment Pascale DEUMIER, *L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation*, RTD Civ. 2007 p. 536 ; Jean MOULY, Jean-Pierre MARGUENAUD, *Op. cit.* ; Régis De GOUTTES, *Op. cit.*

⁴⁶⁰ Régis De GOUTTES, *Op. cit.*

⁴⁶¹ Comme le note parfaitement Régis De GOUTTES, la Convention européenne des droits de l'homme a modifié la place de la Cour de cassation dans l'ordonnancement judiciaire interne, plaçant la Haute cour entre la CEDH et les juges du fond (voir aussi : J-P MARGUENAUD, *De quelques observations de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation française*, RTD Civ. 2000 p. 439). De plus, la jurisprudence de la Cour européenne peut engendrer des modifications de la loi interne, remettant en cause le travail du législateur et l'interprétation que le juge en a fait.

écoutes téléphoniques est une illustration célèbre de cette influence européenne subie⁴⁶². Les exemples d'applications spontanées sont nombreux et ont déjà donné lieu à des commentaires par la doctrine⁴⁶³. Dans la période actuelle, on remarque que les rapports entre les deux juridictions sont moins tendus qu'au départ et dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, on retrouve des cas de mobilisation des arrêts de la CEDH après condamnation de celle-ci, ainsi que des cas d'application de la jurisprudence européenne spontanée. Il serait alors tenant d'affirmer qu'un dialogue des juges existe donc bien entre ces deux juges mais il faut se pencher aussi sur la manière dont la Cour européenne mobilise la jurisprudence française et voir plus précisément la nature de l'autorité qu'elle exerce sur les juridictions nationales.

⁴⁶² « l'arrêt Kruslin et Huvig de la Cour européenne du 24 avril 1990, reprochant à la France l'absence de base légale suffisamment précise et claire en la matière, avait obligé à adopter une loi sur les écoutes téléphoniques, celle du 10 juillet 1991, pour préciser les modalités de mise en œuvre de ces écoutes, tant judiciaires qu'administratives ». *Ibid.*

⁴⁶³ Régis De GOUTTES fournit de nombreux exemples dans son article sur L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation, en distinguant bien l'influence sur les normes de fond et sur le droit procédural.

§2) La mobilisation de la jurisprudence française par la Cour européenne des droits de l'homme

224. Plan – La Cour européenne des droits de l'homme mobilise la jurisprudence française.

Cette mobilisation ne fait aucun doute lorsque l'Etat français est partie au procès qui se présente devant la Cour. Il a donc été intéressant de chercher dans les affaires pour lesquelles la France n'est pas impliquée, si les juges européens se réfèrent à de la jurisprudence française. Il ressort de cette recherche que la mobilisation de la jurisprudence française est courante (A), mais que celle-ci reflète, à l'instar de la juridiction communautaire, la spécificité du juge européen (B).

A. La mobilisation courante de la jurisprudence française

225. A la recherche d'un dialogue – La Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction originale, composante d'un système juridique à part et unique dans le monde. Lorsqu'on s'attarde sur les décisions qu'elle rend, on s'aperçoit que cette dernière mobilise la jurisprudence française. L'étude de cette mobilisation de la jurisprudence française peut se diviser en deux catégories. Ainsi, il existe des décisions pour lesquelles des arrêts de la Cour de cassation sont mobilisés dans les affaires où l'Etat français est partie (1), ainsi que

des décisions dans lesquelles une jurisprudence française est mobilisée alors que la France n'est pas partie à la procédure (2).

1) Les décisions concernant l'Etat français

226. Bref retour sur les rapports entre la France et la CEDH – La France compte parmi les Etats qui se retrouvent devant la Cour européenne des droits de l'homme. Lorsqu'on effectue une recherche sur les références à la jurisprudence française dans les décisions de la Cour européenne, on découvre logiquement des décisions dans lesquelles l'Etat français est défendeur. Ces décisions ne vont pas retenir notre attention dans cette étude car il n'y a rien de surprenant à trouver des développements sur la jurisprudence française dans cette hypothèse. En revanche, on reviendra rapidement sur l'adoption de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et sur la procédure de saisine de la juridiction européenne.

227. La France et la Convention européenne des droits de l'homme – La France a adhéré au Conseil de l'Europe le 5 mai 1949, signé la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le 4 novembre 1950. Cette convention est ratifiée le 3 mai 1974 et elle devient très vite un instrument incontournable en matière de droits fondamentaux. Instituée en 1959, la Cour européenne des droits de l'homme est la juridiction internationale gardienne de la bonne application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne des droits de l'homme possède une procédure particulière.

228. La France et la Cour européenne des droits de l'homme – La Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie par une requête individuelle ou une requête interétatique

contre un ou plusieurs Etats signataires de la Convention de sauvegarde, après épuisement des voies de recours en droit interne. Le premier arrêt rendu par la Cour européenne concernant l'Etat français a été rendu le 18 décembre 1986⁴⁶⁴ et au 1^{er} janvier 2010, ce sont 773 arrêts qui ont été rendus, dont 579 arrêts de violation de la convention⁴⁶⁵. Les décisions dont la France est partie sont très nombreuses et il ne s'agit pas d'un cas relevant du dialogue des juges, car la présence de l'Etat français devant la Cour explique le fait que le juge européen s'intéresse à la jurisprudence nationale. Ce qui est intéressant est de savoir si la Cour européenne des droits de l'homme mobilise la jurisprudence française en dehors des cas dans lesquels la France est partie au litige.

2) *L'absence de la France au litige*

229. Méthode employée – Afin de rendre compte des références à la jurisprudence française dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, nous avons effectué une recherche sur la base de données jurisprudentielle de la juridiction. La recherche a été faite en entrant les mots clés suivants « *Cour de cassation française* » et « *jurisprudence française* ». Les décisions dans lesquelles l'Etat français est défendeur ont été écartées. Il ressort que la jurisprudence française est citée dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, mais elles ne semblent pas relever d'un véritable dialogue des juges. Les différentes citations permettent d'établir certains regroupements.

230. La CEDH citant sa propre jurisprudence – Dans la majorité des décisions que nous

⁴⁶⁴ CEDH *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, Requête n°9990/82, série A n°111.

⁴⁶⁵ *La Cour européenne des droits de l'homme, Fiches par pays*, disponible sur le site : <http://www.echr.coe.int>

avons trouvées, les références à la jurisprudence française se révèlent être indirectes. En effet, celles-ci ont comme source une autre décision de la Cour européenne antérieurement rendue et pour laquelle l'Etat français était partie⁴⁶⁶. Il n'est pas alors possible de parler de dialogue des juges entre la Cour européenne et le juge français car dans un tel cas, le juge européen mobilise sa propre jurisprudence. La mobilisation de sa propre jurisprudence n'est pas inédite, mais il arrive également que la Cour européenne des droits de l'homme prévoit une étude comparée pour certaines affaires.

231. Le recours au droit comparé – Dans certaines décisions, un sous paragraphe s'intitule « *Le droit et la pratique comparés et internationaux pertinents* »⁴⁶⁷ ou « *Le droit et la pratique interne et internationaux pertinents* »⁴⁶⁸. Il s'agit de développements consacrés au droit en vigueur dans d'autres Etats et nous en avons trouvé deux qui font référence à la jurisprudence française alors que la France n'est pas partie. Il s'agit généralement de points très spécifiques du droit et la rareté de ces références ne permettent pas de tirer l'existence d'un dialogue des juges. Pour pouvoir parler de dialogue des juges dans ce cas, il faudrait connaître exactement le contenu de ces études de droit comparé afin de savoir exactement quels droits ont permis d'éclairer la Cour. Les références à la jurisprudence française ont encore été trouvées dans d'autres cas.

232. Les autres cas – Dans les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme et pour lesquelles l'Etat français n'était pas impliqué, des références ont été trouvées dans les opinions des juges⁴⁶⁹, dans les éléments de procédure⁴⁷⁰ et dans les moyens invoqués par le requérant⁴⁷¹. Pour ces autres cas, il n'est pas possible non plus d'en déduire l'existence d'un dialogue entre le juge européen et le juge français. Et pour cause, la mobilisation de la jurisprudence ou du droit français par la Cour européenne des

⁴⁶⁶ Voir par exemple : *CEDH NAGLER ET NALIMMO B.V.B.A. c. BELGIQUE* 17 juillet 2007, (no 40628/04) ; *CEDH BORER c. SUISSE* 10 juin 2010, (Requête no 22493/06).

⁴⁶⁷ *CEDH M.C. c. BULGARIE* 4 décembre 2003, (Requête no 39272/98).

⁴⁶⁸ *CEDH NEULINGER ET SHURUK c. SUISSE* 6 juillet 2010, (Requête no 41615/07).

⁴⁶⁹ La présence des opinions des juges est une particularité de la Cour européenne. Voir par exemple : *CEDH LITHGOW ET AUTRES c. Royaume-Uni* 8 juillet 1986, (Requête no 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81) ; *CEDH DEMİR ET BAYKARA c. TURQUIE* 12 novembre 2008, (Requête no 34503/97) ; *CEDH ERNST ET AUTRES c. BELGIQUE* 15 juillet 2003, (Requête no 33400/96).

⁴⁷⁰ *CEDH AFFAIRE BROZICEK c. ITALIE* 19 décembre 1989, (Requête no 10964/84).

⁴⁷¹ *CEDH THOMA c. LUXEMBOURG* 29 mars 2001, (Requête no 38432/97).

droits de l'homme s'avère logique, étant donnée la spécificité de la juridiction internationale.

B. La mobilisation attendue de la jurisprudence française

233. La spécificité du système issu de la Convention – La mobilisation de la jurisprudence française par la Cour européenne des droits de l'homme est logique et tient à la spécificité du système issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La singularité faisant de cette cour une juridiction unique tient d'abord au fait qu'elle se compose de juges émanant des Etats parties à la Convention. Ensuite, cette caractéristique réside dans le fait que la Cour européenne des droits de l'homme jouit d'une autorité sur le juge national. On peut dire aussi que l'absence de véritable dialogue entre la Cour européenne et la Cour de cassation est liée indirectement à la composition de la Cour (1), mais aussi à l'autorité du juge européen sur le juge national (2).

1) La composition de la Cour européenne des droits de l'homme

234. Des juges d'horizons diverses – Il y a autant de juges à la Cour européenne des droits de l'homme que d'Etats membres du Conseil de l'Europe. En 2010 la Cour compte donc 47 juges. Avec une composition aussi hétéroclite, on peut se poser la question de l'existence d'un dialogue des juges. Autrement dit, le fait d'être composée de magistrats de plusieurs cultures juridiques est-il un facteur de dialogue ? L'existence d'un dialogue des juges se positionne à différents égards. D'abord, on peut s'interroger sur l'existence d'un dialogue entre les juges qui composent la Cour européenne des droits de l'homme. Ensuite on peut s'interroger sur l'existence d'un dialogue entre la jurisprudence de la Cour européenne et les jurisprudences nationales et plus particulièrement ici, celle de la Cour de cassation française.

235. Le dialogue entre les juges de la Cour européenne – Jean-Paul COSTA traite du dialogue des juges sur le terrain relationnel⁴⁷² et Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA parle lui d'une approche sociologique du dialogue entre les juges de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁷³. Les termes de relationnel et de sociologique peuvent être rapprochés car pour les deux magistrats, il est question des liens existant entre les juges de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour autant, leur approche est sensiblement différente. Selon Jean-Paul COSTA, le dialogue prend une dimension collective lorsque la Cour européenne participe à des échanges « *non seulement de courtoisie mais de travail, avec les jurisdictions nationales, au premier chef les cours suprêmes et constitutionnelles des Etats membres, soit à Strasbourg, soit dans ces Etats* »⁴⁷⁴. Le dialogue prend également un aspect individuel, lorsque les magistrats de la Cour européenne participent à des colloques,

⁴⁷² Jean-Paul COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges*, dans *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Bruylant, p. 159 et s.

⁴⁷³ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ?,* dans *Le dialogue des juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Bruylant, p. 169.

⁴⁷⁴ Jean-Paul COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges*, *Op. cit.* p. 159.

des séminaires, permettant ainsi de rencontrer d'autres magistrats issus d'une culture juridique différente. Cet aspect relationnel du dialogue des juges est selon lui très positif, fructueux, mais qui mériterait d'être amélioré. Aussi importante que puisse constituer cette perspective humaine, il est pourtant bien difficile, pour ne pas dire impossible, de connaître l'impact exact de ces rapports sur notre étude globale relative au dialogue des juges.

L'approche de Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA est quant à elle intéressante, car il affirme également l'existence de rapports personnels entre les différents juges de la Cour européenne des droits de l'homme, mais il l'analyse pour rendre compte de l'existence d'un dialogue des juges global, c'est-à-dire entre la Cour européenne et les juridictions nationales. Cette approche étant lacunaire pour rendre compte de ce dialogue, le magistrat propose alors une approche juridique, liée à l'autorité de la chose jugée des décisions de la Cour européenne.

236. Le dialogue entre la Cour européenne et la Cour de cassation – La composition de la Cour européenne implique que des rapports, des liens se consolident entre les juges des différentes nationalités. Pour autant, il faut déterminer la place de ce dialogue interne à la Cour dans le phénomène global d'influence croisée de jurisprudences. Il serait probable que chaque juge partage avec un autre une expérience liée à sa fonction ou à une décision qui aurait été rendue dans son pays, mais il n'est pas possible de déterminer la part exacte de ces relations. Le dialogue entre les juges de la Cour européenne s'apparente à un dialogue informel, comparable à celui qui existe lorsque la Cour de cassation exerce son activité internationale. De même qu'il n'est pas possible de savoir comment un juge a eu connaissance d'une jurisprudence étrangère à partir de la seule lecture d'une décision et des travaux qui l'accompagne, il faut voir dans ces relations inter-magistrats des vecteurs de dialogue. Cette forme de dialogue informel entre les juges n'est pas assez déterminante pour pouvoir juger de l'existence ou non d'un véritable dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation. Il faut chercher une réponse du côté de l'autorité des décisions de la Cour européenne.

2) L'autorité de la Cour européenne sur le juge national

237. L'impossible dialogue ? – Il s'agit ici de déterminer s'il existe un dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation. De notre point de vue, il est difficile de répondre à cette question par l'affirmative. La spécificité de l'ordre issu de la Convention européenne attribue une certaine autorité aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, même si en droit, aucune hiérarchie n'est établie entre cette juridiction et les cours suprêmes nationales. Comme le rappelle très bien l'ouvrage consacré à l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « *Les arrêts de la Cour EDH s'imposent aux Etats sous la menace d'une condamnation éventuelle, malgré l'absence de lien de subordination entre l'organe supranational et les jurisdictions internes* »⁴⁷⁵. Le propos est à nuancer, la réalité étant bien plus complexe qu'il n'y paraît. Ainsi, au regard de cette autorité de la juridiction européenne, il n'est pas possible de dégager l'existence d'un dialogue de jurisprudence, mais il existe cependant des formes de dialogues entre les deux juridictions.

238. L'autorité de la CEDH en question – Bien avant la question de l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme se posait celle de l'autorité de l'Union européenne⁴⁷⁶. L'Europe des droits de l'homme, c'est-à-dire celle issue du Conseil de l'Europe, se situe dans « *une constellation d'ordres juridictionnels non gouvernée par la hiérarchie* », mais où « *les risques de divergences et de conflits entre jurisdictions guettent* »⁴⁷⁷. La particularité de la protection des droits de l'homme à ce niveau tient à ce qu'elle a instauré un mécanisme de sanction nationale et internationale. A l'issue de la procédure devant la

⁴⁷⁵ Jean-Pierre MARGUENAUD, *Op. cit.* p. 105.

⁴⁷⁶ Loïc AZOULAI, Laurence BURGORGUE-LARSEN (sous la dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruylants 2006.

⁴⁷⁷ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ?, Op. cit.*

Cour européenne, celle-ci peut rendre un arrêt déclaratoire. En droit strict, l'arrêt déclarant la violation à la Convention ou à l'un de ses protocoles n'a qu'une autorité relative de la chose jugée⁴⁷⁸. En fait, les Etats exécutent les arrêts de la Cour européenne pour ne pas risquer une nouvelle condamnation. De manière générale, les juges nationaux adaptent leur jurisprudence à celle de la Cour européenne, ceci est lié à l'autorité de cette dernière, mais aussi au fait que le juge national est celui qui contrôle la conventionnalité des lois. Ceci est très bien expliqué dans un manuel relatif aux institutions judiciaires : « *En fait, la portée pratique des arrêts de la Cour européenne dépasse l'espèce de l'Etat en cause. Ils représentent en effet une interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, qui est un traité international directement applicable dans les Etats signataires. De plus, pour prévenir une future condamnation par la Cour, les Etats ont intérêts à mettre d'eux-mêmes, par avance, leur droit national en conformité avec l'interprétation qu'en donne la Cour. Ainsi se constitue, peu à peu, sous la pression conjuguée de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, un fonds commun européen des règles d'organisation et de procédure juridictionnelles* »⁴⁷⁹.

En ce qui concerne l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, les juristes s'accordent à dire que celle-ci n'est que relative : « *Il s'agit [donc] d'une autorité de coopération entre les juges* »⁴⁸⁰. Par ailleurs, Jean-Pierre MARGUENAUD présentent trois logiques principales qui inspirent la jurisprudence de la Cour européenne. Ainsi, le juge européen userait essentiellement d'une logique relative à l'effectivité des droits de l'homme, d'une « *pédagogie persuasive* » et du principe de subsidiarité. Il revient finalement par affirmer qu'il s'agit d'une « *soumission modulée* » du juge français à l'autorité des arrêts de la Cour européenne⁴⁸¹. Mais les cas dans lesquels la mobilisation de la jurisprudence européenne est spontanée, il reste difficile d'y voir un dialogue des juges au sens où nous l'entendons dans cette étude. En effet, la Convention de sauvegarde a pénétré de nombreuses branches du droit français et le juge ordinaire est tenu d'appliquer

⁴⁷⁸ Jean VINCENT, Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, André VARINARD, *Institutions judiciaires : Organisation, juridictions, gens de justice*, Dalloz 2005, p. 87 et s.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Jean-Pierre MARGUENAUD, *Op. cit.* p. 57.

⁴⁸¹ *Ibid.* p. 101.

celle-ci (et la jurisprudence qui l’interprète) lors du contrôle de conventionnalité⁴⁸².

L’autorité de la Cour européenne des droits de l’homme n’est plus à démontrer et semble exclure toute idée de dialogue spontané entre la jurisprudence européenne et les jurisprudences nationales. Pourtant, dans certains cas, il est possible de trouver certaines formes de dialogue.

239. Les hybridations de dialogue – Come l’écrit Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, la Convention de sauvegarde « *n'est daucun secours pour établir un dialogue entre la Cour et les juridictions nationales. Pour autant, on ne peut pas dire que les relations entre la Cour et les juridictions nationales soient inexistantes* »⁴⁸³. Et pour cause, s’il n’existe pas, selon nous, d’influence spontanée et réciproque entre la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour de cassation, il existe cependant des formes particulières de dialogue. En dehors des rapports qui existent entre les différents magistrats composant la Cour européenne, il est intéressant de constater qu’il existe des mécanismes de dialogue entre la Cour européenne et la Cour de cassation. Ces formes hybrides de dialogue sont analysées par Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA lorsqu’il étudie les méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme. Il se demande en effet si ces méthodes constituent des instruments de dialogue. Par « méthodes d’interprétation » il entend « *l'ensemble des moyens, des procédés et des techniques utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme qui lui permettent de discerner le véritable sens de la Convention et de ses protocoles* »⁴⁸⁴. De cette étude, il affirme que l’existence de certaines méthodes amorce un dialogue entre le juge européen et le juge national, comme par exemple le recours à l’interprétation autonome, mais dans l’ensemble, il s’agit d’instruments imparfaits et perfectibles. Pour notre part, seule la méthode d’interprétation comparative semble véritablement se rapprocher d’une forme de dialogue spontané.

L’interprétation comparative consiste pour la Cour européenne de retenir une jurisprudence nationale, mais en ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de cassation, on a vu qu’elle

⁴⁸² Certains articles traitent du rôle de la CEDH dans des domaines très variés. Voir par exemple : Jean-Pierre MARGUENAUD, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux, (à propos de CEDH 12 novembre 2008, Demir et Baykara c/ Turquie)*, Recueil Dalloz 2009 p. 739 ; du même auteur : *Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'avortement, (Cour EDH, 1re sect., 5 sept. 2002, décision sur la recevabilité Boso c/ Italie)*, RTD Civ. 2003 p. 371.

⁴⁸³ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Les méthodes d’interprétation de la Cour européenne des droits de l’homme, instrument de dialogue ?, Op. cit. p. 168.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*

était très peu mobilisée par le juge européen pour les litiges dont l'Etat français n'était pas partie. De l'autre côté, le juge français mobilise souvent la jurisprudence de la Cour européenne mais il est difficile de voir dans ces citations un véritable dialogue, eu égard au contrôle de conventionnalité des lois que doit effectuer le juge ordinaire.

Tout comme les rapports entre la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, il serait possible ici de reprendre le terme de « *dialogue intégré* » qui reflète assez bien l'idée selon laquelle il n'existe pas de dialogue des juges spontané entre les deux cours mais qu'il n'est pas non plus possible de nier totalement leur influence réciproque liée à la spécificité l'ordre issu de la Convention européenne.

240. Fin de section – Afin de déterminer l’existence d’un dialogue des juges entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l’homme, une étude de leur jurisprudence respective a été menée.

Dans un premier temps, les décisions de la Haute juridiction ont été analysées afin de voir la manière dont la jurisprudence de la Cour européenne est mobilisée. Les arrêts de la juridiction de Strasbourg se retrouvent indifféremment dans les travaux préparatoires et dans le corps des décisions, aussi bien dans les moyens du pourvoi que dans les motifs de la Cour de cassation. Pour autant, cette mobilisation ne semble pas spontanée et s’explique par l’autorité des décisions de la Cour européenne des droits de l’homme sur le droit français, mais aussi par le rôle du juge national dans l’application de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales.

Dans un second temps, ce sont les décisions de la Cour européenne qui ont été étudiées et plus précisément celles dans lesquelles l’Etat français n’était pas défendeur. Pour les quelques décisions qui ont été trouvées, il s’avère que la mobilisation de la jurisprudence française est rare, du fait notamment de la singularité attachée à la procédure devant le juge européen. En effet, lorsqu’un Etat est défendeur devant la Cour européenne, cette dernière doit apprécier si la législation de cet Etat, au sens large du terme, respecte le droit issu de la Convention des droits de l’homme. Pour ce faire, elle se concentre essentiellement sur des points très précis du droit en vigueur dans cet Etat et il lui est difficile d’aller rechercher ce que font les autres jurisprudences des Etats membres au Conseil de l’Europe. Il est là encore difficile de dégager l’existence d’un dialogue entre jurisprudence française et européenne.

241. Fin de chapitre – La question qui s'est posée dans ce chapitre est relativement importante : existe-t-il un dialogue des juges entre d'une part la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne et d'autre part, entre la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme ? Afin de donner une réponse à cette question, une étude des jurisprudences de ces trois juridictions a été entreprise afin de constater ou non une mobilisation spontanée entre elles. Finalement, il s'est avéré que la preuve d'un dialogue entre la juridiction française et les juridictions européennes est impossible à rapporter. Pour les deux axes de recherche, si la mobilisation des jurisprudences communautaire et européenne est plus importante du côté du juge français, cela révèle indéniablement l'autorité du droit européen et communautaire sur le droit interne français. Toute existence de dialogue entre ces trois juges n'est pas pour autant à rejeter. Il existe des procédures et des formes de dialogue entre ceux-ci, mais ils se rapprochent davantage d'une forme de coopération que de rapports volontaires et spontanés. C'est le cas on l'a vu de la procédure préjudicelle. Pour ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, sa mission étant d'apprécier la violation par l'Etat mis en cause de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, il est difficile d'envisager pour elle de mobiliser une jurisprudence issue d'un autre pays. Parfois, l'analyse de droit comparé est utilisée mais cela reste assez rare dans le quotidien des juges de la Cour européenne. Les rapports existant entre la Cour de cassation et les juges européen et communautaire sont liés à la particularité du système juridique issu de l'Europe et relèvent souvent d'obligations nées de celui-ci. Il n'y a donc pas d'influence croisée entre les jurisprudences française, européenne et communautaire.

242. Fin de titre – Les manifestations naissantes d'un dialogue des juges ont été étudiées d'abord dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Conformément au style des décisions rendues par la Haute juridiction, ce sont dans les travaux préparatoires qu'il faut rechercher des références à une jurisprudence étrangère. La recherche est donc limitée, puisque les travaux préparatoires diffusés sur le site de la Cour de cassation ne concernent que les arrêts de l'Assemblée plénière et de la Chambre mixte. Pour autant, ceux-ci ont révélé des traces de dialogue des juges et plus particulièrement une mobilisation du droit comparé. Ainsi, les références à une jurisprudence étrangère provenaient uniquement d'étude de droit comparé. En ce qui concerne la recherche du droit comparé, celle-ci est, pour la majorité des affaires effectuée par les parties. Assez récemment, l'initiative de rechercher des éléments de droit comparé par le juge s'est illustrée par la commande à des instituts spécialisés, d'études comparatives sur telle ou telle question du droit. Nous pensons qu'à l'avenir, le juge pourrait prendre davantage l'initiative de la recherche des éléments de droit comparé et à terme, mobiliser directement des éléments de droit étranger dont il a personnellement connaissance. On pourra alors parler d'un dialogue des juges direct, à l'initiative du magistrat et de manière spontanée.

Les rapports entre la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont été étudiés de manière séparée. Il s'agit en effet d'un contexte particulier car dans le premier cas le juge français est le juge de droit commun de l'application du droit de l'Union. Dans le second cas, le juge français doit appliquer la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lors de son contrôle de conventionnalité. Il est parfois amené à tirer les conséquences d'une décision rendue par la Cour européenne. Nous en sommes arrivés à la conclusion selon laquelle il n'existe pas de dialogue entre la Cour de cassation et les juges européens. Dans tous les cas, il s'agit d'une obligation pesant sur le juge français de respecter entre autres les décisions des deux juges. On peut cependant parler de dialogue intégré, comme le suggère notamment Laurence BURGORGUE-LARSEN.

243. Fin de partie – Dans cette première partie, essentiellement tournée vers la Cour de cassation, nous sommes partis à la recherche des origines du dialogue des juges. Pour se faire, une démarche historique a été entreprise afin de comprendre depuis quand le juge s'intéresse aux droits étrangers.

En effet, avant de mobiliser une jurisprudence étrangère ou européenne, le juge s'est d'abord intéressé au droit comparé. D'ailleurs, le dialogue des juges implique une démarche comparatiste. Les recherches dans les recueils de jurisprudence ancienne nous ont amené, sans surprise, à constater une absence totale d'utilisation du droit comparé par le juge. Les seuls cas dans lesquels on trouve la référence à une loi étrangère restent les cas de mise en œuvre des règles de droit international privé. Pourtant, dans ces cas précis, la teneur du droit étranger est à la charge des parties et il faut attendre les années 1990 afin de voir une évolution du statut de la loi étrangère devant le juge français.

L'évolution du droit comparé va très certainement permettre au juge de s'ouvrir davantage sur l'extérieur. Une période décisive que nous datons à la fin des années 1990 et au début des années 2000, marque le passage de la Cour de cassation vers une juridiction plus moderne. Le développement de son activité internationale et l'introduction de l'internet vont constituer des facteurs de rationalisation du dialogue des juges. Arrivés à une période plus contemporaine, des manifestations concrètes du dialogue des juges ont été cherchées dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Celles-ci ont permis de constater que le dialogue des juges existe mais qu'il n'en est qu'à ses premiers balbutiements. En effet, ce dialogue n'est pas encore direct car d'une part la jurisprudence étrangère n'est pas la source première mobilisée et d'autre part, les éléments de droit comparé ne sont pas recherchés par le juge lui-même.

Si on peut envisager une mobilisation plus fréquente des jurisprudences issues d'autres droits, on ne peut en revanche affirmer que le juge sera en mesure de mobiliser des éléments de droit comparé dont il aurait personnellement connaissance.

Dans tous les cas, les traces d'un dialogue des juges ne pourrait pas apparaître dans le corps de la décision, eu égard au style que pratique la Cour de cassation. De manière transparente, seuls les communiqués indiquant que telle décision a été rendue conformément au droit en vigueur dans les grands systèmes de droit peuvent prouver la mobilisation du droit comparé, à moins de n'avoir accès aux travaux préparatoires.

PARTIE 2 : L'IMPACT DU DIALOGUE DES JUGES SUR LA COUR DE CASSATION

244. La Cour de cassation à l'heure du dialogue – En 2010, le dialogue est au cœur des préoccupations de la haute juridiction. Déjà en 2008, lors de la rentrée solennelle, le premier président Vincent LAMANDA, qui s'adresse alors au Ministre de la justice du Portugal déclare que « *Nous sommes particulièrement sensibles à votre venue. L'espace judiciaire européen s'affirme désormais comme une réalité. Soyez assuré que les praticiens du monde de la justice s'emploient à le rendre chaque jour plus vivant. C'est pour moi l'occasion de saluer les présidents et les membres des juridictions internationales et des cours suprêmes de l'Union européenne qui nous accompagnent aujourd'hui. Ils nous témoignent, de la plus belle façon, leur attachement* »⁴⁸⁵. Lors de la rentrée solennelle de l'année 2010, l'idée de dialogue a été plus accentuée. D'abord, le haut magistrat se réjouit du développement du dialogue des juges français entre eux. En effet, les juges du fond peuvent désormais avoir accès à de nombreuses décisions rendues par les Cours d'appel en matière civile, ce système devant être étendu aux décisions pénales. Par ailleurs, il annonce que seront mises en ligne « *les conclusions des recherches thématiques que nous conduisons à partir de cette base, à l'aide d'un logiciel approprié. A titre d'illustration, l'une d'elles, menée actuellement en partenariat avec une université, a pour thème l'application variée que les cours d'appel font du droit international privé, en matière familiale, à l'égard des couples bi-nationaux* »⁴⁸⁶. Toujours pour ce qui concerne le dialogue entre les juges, le premier président ajoute qu'un groupe de travail réunissant

⁴⁸⁵ Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, Discours de M. Vincent Lamanda, Premier président de la Cour de cassation, Paris, le 11 janvier 2008.

⁴⁸⁶ Audience solennelle de début d'année 2010, Discours du Premier président Vincent Lamanda, le 14 janvier 2010.

des membres de la section du contentieux du Conseil d'Etat et la chambre sociale sera créé et que celui-ci sera à l'origine d'échanges prometteurs.

Ensuite, le premier président se félicite d'avoir renoué le dialogue avec l'Université, rappelant que la rencontre d'universitaires avec les représentants des six chambres avait été fructueuse.

Enfin, Vincent LAMANDA termine son discours en énonçant qu'il ne doit pas être porté atteinte à l'indépendance de l'acte juridictionnel, que celle-ci est essentielle et doit être absolue, permettant ainsi de « *rassurer les milieux internationaux sur la force attractive de nos modes de règlement des litiges et de notre système juridique* ». Un contexte favorable devrait permettre au dialogue des juges naissant de poursuivre son développement.

Avec son ouverture de plus en plus importante sur l'extérieur, la Cour de cassation voit son avenir modifié par le dialogue des juges.

245. L'avenir prometteur de la Haute juridiction – Les conséquences du dialogue des juges sur l'avenir de la Cour de cassation laissent présager de beaux jours à la Haute juridiction judiciaire. Pour l'heure, le dialogue des juges de la Cour de cassation avec les juges européens, internationaux et étrangers est en plein expansion et rien ne semble compromettre cette situation. D'ores et déjà, il est possible de commencer à observer l'impact de ce dialogue des juges naissant quant à l'avenir de la Cour de cassation. Dans cette partie, les recherches ne sont plus centrées exclusivement du côté de la juridiction française, permettant enfin de savoir si le dialogue des juges est réciproque. Autrement dit, l'impact du dialogue des juges est également analysé du point de vue des autres juridictions, ce qui fera remarquer que le rayonnement de la Cour de cassation sur la scène nationale et mondiale n'est pas égal. Par ailleurs, il est possible d'anticiper sur l'avenir de la Cour en recherchant la finalité du dialogue des juges. Dans un premier temps donc, l'impact du dialogue des juges quant à la nouvelle place de la Cour de cassation sur la scène mondiale et nationale relèveront d'une étude concrète. Tandis que dans un second temps, l'étude du dialogue des juges comme instrument au service des magistrats relèvera davantage de considérations prospectives.

Ainsi, les conséquences du dialogue des juges sur la Cour de cassation sont extraordinaires en ce qu'il offre une nouvelle place à la juridiction suprême sur la scène mondiale et nationale (titre 1), devenant aussi un nouvel instrument au service des magistrats (titre 2).

Titre 1 : La nouvelle place de la Cour de cassation sur la scène mondiale et nationale

Titre 2 : Le dialogue des juges, un nouvel instrument au service des magistrats

TITRE 1 : LA NOUVELLE PLACE DE LA COUR DE CASSATION SUR LA SCENE MONDIALE ET NATIONALE

246. L'autre côté du miroir – Jusqu'à présent, nous avons étudié la Cour de cassation dans sa façon de dialoguer avec les autres juges. En partant de l'étude de sa jurisprudence, nous avons analysé le dialogue des juges en nous plaçant du côté de la Cour de cassation, cherchant à déterminer si celle-ci dialogue avec les juridictions européennes, internationales et les juridictions appartenant à d'autres Etats. Désormais, c'est de l'autre côté du miroir que se placent nos recherches. L'étude consiste ici à s'interroger sur le rayonnement de la Cour de cassation dans le monde, puis dans l'ordre interne. Il est en effet remarquable de chercher si les autres juridictions mobilisent la jurisprudence de la Cour de cassation. Sur le plan interne, l'étude du dialogue entre les juridictions françaises n'est pas inédite mais présente un vif intérêt avec la création de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité.

Pour ce faire, une très longue démarche est amorcée, nécessitant de fouiller dans les jurisprudences étrangères, internationales et nationales des traces de décisions françaises. La démarche est complexe, mais pas impossible à réaliser. Avec l'outil informatique et plus particulièrement la mise en ligne des décisions rendues par les différentes juridictions, il est possible d'établir un plan de recherche afin d'étudier la place de la Cour de cassation dans le monde et sur la scène nationale. Deux principales difficultés sont apparues au cours des recherches. D'abord la langue, difficulté de taille quand on veut travailler sur des décisions rendues dans une langue que l'on ne comprend pas. Ensuite la quantité des documents disponibles. En effet, si l'origine et la qualité des décisions ne font aucun doute, du fait notamment qu'elles sont mises en ligne sur le site officiel des juridictions concernées, il n'est en revanche pas possible de prétendre en avoir fait le tour. Il n'en demeure pas moins que si les juridictions ne donnent pas un accès à toutes leurs décisions, on peut penser qu'il ne s'agit que des plus importantes. La finalité de l'étude menée conserve alors tout son sens et il est alors possible de rendre compte de la mobilisation de

la Cour de cassation par les autres juges.

247. Un rayonnement inégal de la Cour de cassation – Comme on peut s'y attendre, l'étude de l'influence de la Cour de cassation auprès des autres juridictions n'est pas la même selon le juge concerné. Nous partons donc de ce postulat plutôt réaliste selon lequel les arrêts de la Cour de cassation sont mobilisés plus ou moins fortement par les autres magistrats. Afin de rendre compte le mieux possible de l'influence de la Cour de cassation sur la scène internationale et nationale, il a été opéré une distinction. En premier lieu, il est logique de séparer la scène internationale de la scène nationale, pour mieux structurer le résultat des recherches. En effet, la place de la jurisprudence de la Cour de cassation est nécessairement plus importante dans l'ordre interne, dont les juridictions sont indubitablement liées. En second lieu, des sous distinction ont été opérées eu égard notamment à l'existence de plusieurs ordres juridiques. C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour internationale de justice ne peut être étudiée avec la jurisprudence de la House of Lords. On distingue donc le dialogue entre la Cour de cassation et les juridictions internationales et le dialogue entre la Cour de cassation et les Cours suprêmes des autres pays, occupant une place similaire à la Cour de cassation dans leur ordre juridique.

Le lien entre le rayonnement de la juridiction française et le dialogue des juges est complexe. Assurément, si la Cour de cassation est citée par les autres juridictions dans le monde, son rayonnement est plus ou moins important selon le degré de citation de celle-ci, le dialogue des juges pourrait alors développer davantage cette influence de la jurisprudence française dans le monde. L'étude de la mobilisation par les juges étrangers des décisions françaises donnera en même temps un éclairage sur l'existence de leur côté d'une pratique du dialogue des juges. Par ailleurs, la question prioritaire de constitutionnalité étant une forme de dialogue des juges institutionnalisé, celle-ci pourrait donner une place plus importante à la Haute juridiction de l'ordre judiciaire en France.

Il ressort de notre étude que le rayonnement de la Cour de cassation est mitigé sur la scène internationale (chapitre 1) et qu'il se trouve renforcé en droit interne, notamment avec la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le rayonnement de la Cour de cassation dans le monde.

Chapitre 2 : Le renforcement du dialogue des juges interne : l'exemple de la Question prioritaire de constitutionnalité.

CHAPITRE I : LE RAYONNEMENT DE LA COUR DE CASSATION DANS LE MONDE

248. L'influence du droit français en général – L'étude du rayonnement de la Cour de cassation dans le monde ne devrait pas révéler des choses négatives. En effet, la Haute juridiction est celle d'un pays qui a déjà une belle assise au niveau mondial. Par ailleurs, le droit français connaît déjà une certaine présence dans le monde.

L'importance du droit français sur la scène internationale a donné lieu à des études très complètes comme celle du Conseil d'Etat réalisée en 2001⁴⁸⁷. Le rapport début ainsi en affirmant que «*le droit français a longtemps rayonné au-delà de nos frontières. Il a servi de référence à de nombreux législateurs étrangers, apporté sa contribution à la construction d'un ordre juridique international, formé des générations d'étudiants et d'enseignants du monde entier à une méthode de raisonnement et une culture juridique propres à la France*»⁴⁸⁸. L'étude part du postulat selon lequel le droit français, issu de la tradition romano-germanique, n'est plus assez compétitif face à la Common Law. De ce fait, le Premier ministre de l'époque a demandé au Conseil d'Etat une telle étude afin de trouver des moyens de renforcer l'influence du droit français dans le monde.

La source qui a permis à la France d'exercer une influence dans le monde est le Code civil. Cette œuvre retient notre attention dans cette étude car on verra que les juges étrangers qui citent le droit français mobilisent avant tout ce code. D'un point de vue historique, il est vrai que le Code civil de 1804 représente un monument du droit⁴⁸⁹, un élément du

⁴⁸⁷ *L'influence internationale du droit français, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 19 juin 2001*, La documentation française, 2001.

⁴⁸⁸ *Ibid.* p. 11.

⁴⁸⁹ ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, v° Code Napoléon (préparation, rédaction et évolution) page 200.

patrimoine national⁴⁹⁰, si bien qu'il a exercé une très grande influence dans de nombreux pays étrangers⁴⁹¹. Le Code civil français continue de rayonner dans le monde mais ce qui nous intéresse dans cette étude est de constater l'influence du droit français à travers la jurisprudence. Cela est logique car une fois le Code civil adopté et lorsque sa forte influence de départ s'épanouie avec le temps, il faut s'intéresser à la manière dont les juges français l'appliquent. Ce qui nous intéresse donc ici est d'apprécier l'influence de la jurisprudence française à travers le monde, sous entendu, à travers la jurisprudence des juges étrangers et internationaux. Afin de réaliser cette étude, il a fallu déterminer une méthode particulière.

249. Le rayonnement de la jurisprudence française – Afin de pouvoir étudier l'influence de la jurisprudence française sur la scène mondiale, il a fallu choisir une méthode précise⁴⁹². D'abord, il a été décidé de distinguer l'influence de la jurisprudence de la Cour de cassation auprès des juridictions internationales, puis l'influence de la jurisprudence de la Cour de cassation auprès des autres Cours de cassation européennes et étrangères⁴⁹³. Ensuite, une très longue recherche a eu lieu à partir des sites internet des juridictions internationales et nationales, et plus précisément à travers leur jurisprudence en ligne. Lorsque la jurisprudence de la juridiction étudiée était diffusée, une recherche par mots clés a été faite par le biais du moteur de recherche. Généralement, les termes clés recherchés ont été « Cour de cassation française », « jurisprudence française », « juge français », traduits le cas échéant dans la même langue que la jurisprudence mise en ligne. Cette méthode a pour objectif de démontrer que la jurisprudence française rayonne sur la

⁴⁹⁰ Le Code civil 1804 – 1904, *Le livre du centenaire*, Dalloz 2004, v° présentation.

⁴⁹¹ C'est le cas de la Belgique, du Québec, l'Egypte, les Pays-Bas, la Suisse, la Roumanie, l'Afrique ou bien encore l'Argentine. Pour un historique de l'exportation du Code civil, voir notamment ALLAND Denis et RIALS Stéphane (Dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF 2003, v° Code Napoléon : L'exportation du Code civil page 205.

⁴⁹² L'article de Guy CANIVET intitulé *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, éloge à la « bénévole » des juges*, a fortement influencé le choix de la distinction opérée dans ce chapitre. L'ancien premier président de la Cour de cassation traite en effet des interactions verticales entre juridictions nationales et internationales, puis de la circulation horizontale des normes et modèles. (Revue de sciences criminelles et de droit comparé, 2005, n°4 pages 799-817).

⁴⁹³ L'emploi du terme « cours de cassation étrangères » n'est pas le mieux approprié car tous les pays n'ont pas nécessairement une Cour de cassation comme c'est le cas en France. Il s'agit parfois de cour suprême, ou bien encore de tribunal fédéral. Ce qu'on retient c'est qu'il s'agit avant tout de la plus haute juridiction du pays concerné. Enfin, les Cours de cassation étrangères concernent les hautes juridictions ne faisant pas partie de l'Union européenne.

scène mondiale à travers sa jurisprudence⁴⁹⁴. Elle démontrerait également l'existence d'un dialogue des juges, autrement dit celle d'une influence croisée de jurisprudences. Si les rapports verticaux entre la Cour de cassation et les juridictions internationales se révèlent être timides (section 1), les rapports horizontaux entre la Cour de cassation et les autres juridictions nationales dans le monde sont plus audacieux (section 2).

⁴⁹⁴ Nous avons conscience que cette méthode peut poser certaines difficultés, comme le souligne à juste titre le professeur Elisabeth ZOLLER dans un article dans lequel elle explique qu' « *A première vue, cette méthode est la plus sûre, la plus scientifique, celle qui, par la déduction, donne la preuve irréfutable de l'emprunt à une autre jurisprudence. La difficulté est que la méthode déductive n'est pas fiable parce qu'elle n'est pas exhaustive. Ce n'est pas, en effet, parce qu'une décision étrangère n'est pas expressément citée dans un arrêt qu'elle ne l'a pas inspiré, directement ou indirectement. Pour sérieusement et vraiment connaître l'inspiration commune des juges, il faudrait que les juges nous livrent la motivation de leur motivation. Mais ils ne le font jamais, ou fort rarement* ». *Le dialogue des juges de la Cour européennes des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis sur les droits fondamentaux*, Petites Affiches, 04 juin 2008 n° 112, P. 26.

Section 1 : Les rapports verticaux entre la Cour de cassation et le juge international

250. Le dialogue ou le monologue⁴⁹⁵ – Les rapports entre la Cour de cassation et le juge international sont qualifiés de verticaux, en raison de la place occupée par le droit international public sur le droit national. En effet, selon la hiérarchie des normes, le droit international se situe au dessus du droit interne⁴⁹⁶. Par ailleurs, selon Guy CANIVET, les interactions entre juridictions nationales et internationales sont verticales et l'influence a d'abord été celle des juridictions nationales sur les juridictions internationales, puis l'inverse, suivant ainsi un mouvement d'ascendance puis de descendance⁴⁹⁷. Nous retenons volontiers l'image de la verticalité mais nous ne sommes pas d'accord avec les mouvements internes décrits par le haut magistrat. En effet, il semble y avoir un mouvement d'ascendance et de descendance, mais nous ne les observons pas de la même manière. Les juridictions internationales qui ont retenu notre attention sont le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et la Cour internationale de justice. On observe une ascendance de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le Tribunal pénal

⁴⁹⁵ Le dialogue est, dans son sens premier est une : « *Conversation entre deux ou plusieurs personnes sur un sujet défini* », tandis que le monologue se définit comme étant un « *Discours de quelqu'un qui se parle tout haut à lui-même ou qui parle seul longuement sans laisser la parole à ses interlocuteurs* ». Le Larousse 2010 v° Dialogue et monologue.

⁴⁹⁶ La question des rapports entre le droit international et le droit interne est très complexe. Il existe deux visions qui expliquent ces rapports bien particuliers. La vision moniste d'abord, selon laquelle le droit international et le droit interne s'organisent dans un ordre juridique unique, cette vision peut s'incarner dans une domination du droit international sur le droit interne, ou bien l'inverse. Selon la vision dualiste, le droit international et le droit interne forment deux ordres juridiques distincts, sans relation de subordination de l'un envers l'autre. En France c'est la vision moniste qui est adoptée, puisque le traité international est intégré au droit interne après ratification et il a valeur supérieure à la loi. Voir : Charles LEBEN, *Hans Kelsen, Écrits français de droit international*, PUF, 2001 ; Heinrich TRIEPEL, *Droit international et droit interne*, Editions Panthéon-Assas, 2010.

⁴⁹⁷ Il explique ainsi que l'influence a d'abord été ascendante, s'exerçant des juridictions nationales sur les juridictions internationales car ces dernières se sont créées sur le modèle des premières, et aussi parce que les juridictions internationales considèrent les jurisprudences internes « *comme des éléments de connaissance objective du droit national* ». Un mouvement ascendant a eu lieu ensuite, les juridictions internationales ayant exercé une forte influence sur les juridictions nationales. (Guy CANIVET, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, éloge à la « bénévolance » des juges*, Revue de sciences criminelles et de droit comparé, 2005, n°4 pages 799-817).

international et une ascendance de la Cour internationale de justice sur la Cour de cassation, si bien que l'on en vient à se demander s'il n'est pas préférable de parler de monologue plutôt que de dialogue entre la Cour de cassation et le juge international.

251. Une influence timide – Il n'est pas possible d'écartier entièrement l'idée d'une influence réciproque entre le juge international et le juge français. En se basant sur les décisions de certaines juridictions internationales, il serait imprudent de tirer de l'absence de référence à la jurisprudence française une absence totale de dialogue. Nous ne pouvons pas non plus parler de monologue car il est impensable qu'une juridiction internationale se cloisonne totalement au point de ne pas connaître une jurisprudence interne, et inversement pour la Cour de cassation. Ainsi, il existe une influence timide entre le juge international et la Cour de cassation. Cette influence timide s'observe d'abord de façon descendante entre la Cour de cassation et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (§1) et de façon ascendante entre la Cour internationale de justice et la Cour de cassation (§2).

*§1) L'influence timide de la Cour de cassation sur le juge international :
l'exemple du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*

252. Plan – Il existe plusieurs juridictions internationales mais, pour des raisons matérielles, il n'a pas toujours été possible d'avoir accès à leur jurisprudence⁴⁹⁸. Pour celles dont l'accès a été possible, on s'aperçoit que peu de juridictions mobilisent la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁹⁹. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie est une juridiction qui mobilise la jurisprudence française. Nous avons donc effectué une étude précise des références à la jurisprudence de la Cour de cassation faites par ce juge international. Nous verrons comment se manifeste cette mobilisation (A) et tenterons de comprendre pourquoi celle-ci demeure timide (B).

A. Les cas de mobilisation de la jurisprudence française par le juge du TPIY

253. La base jurisprudentielle du TPIY – Le site internet du Tribunal pénal international offre un onglet consacré à la documentation juridique⁵⁰⁰, et notamment aux bases de

⁴⁹⁸ C'est le cas par exemple du Tribunal Militaire international.

⁴⁹⁹ Aucune référence à la jurisprudence de la Cour de cassation n'a été trouvée concernant le Tribunal pénal international pour le Rwanda, pour le Tribunal pénal international pour la Sierra Leone, et pour la Cour pénale internationale.

⁵⁰⁰ <http://www.icty.org/sections/Documentationjuridique>

données judiciaires de la juridiction. Après avoir créé un compte afin d'avoir accès à cette base de données, une recherche par mots clés est possible⁵⁰¹. A partir des résultats obtenus, revenons sur les formes diverses des références à la jurisprudence française (1), puis tentons d'expliquer ce que ces références révèlent sur le fond (2).

1) Les formes diverses des références à la jurisprudence française

254. Les sources exploitables du TPIY – La procédure devant le Tribunal pénal international est très particulière. Elle commence par une phase d'enquête et de mise en examen, qui se termine par une confirmation de l'acte d'accusation et l'émission d'un mandat d'arrêt⁵⁰². Viennent ensuite l'avant-procès, le procès et la phase d'appel. Enfin, une phase d'exécution de la peine est prévue. Cette longue procédure nécessite de nombreux actes et de nombreuses décisions et le site du tribunal donne un accès aux différents documents découlant de la procédure. Ainsi, par le biais d'une recherche dans la base de données juridiques du tribunal, les résultats révèlent une multitude de sources nous renseignant sur les références faites à la jurisprudence de la Cour de cassation. Nous verrons que ces références peuvent être aussi bien écrites qu'orales, directes ou indirectes.

255. Les références écrites et orales – Les références faites dans les documents écrits mis à disposition sur le site du tribunal pénal international sont plus courantes et c'est surtout sur elles que nous allons nous baser. Il s'agit de jugements de la Chambre de Première instance, d'arrêts de la chambre d'appel et de l'opinion individuelle d'un juge. Plus étonnant sont les comptes rendus d'audience, qui permettent de connaître ce qu'il s'est dit

⁵⁰¹ La création d'un compte afin d'accéder à la base de données jurisprudentielles est très simple, il suffit de renseigner une adresse e-mail, d'un mot de passe, du pays d'origine, d'entrer un code de sécurité puis d'accepter une charte d'utilisation du site.

⁵⁰² Les principales étapes de la procédure sont schématisées sur le site de la juridiction. Les étapes sont également expliquées dans les statuts du Tribunal.

pendant une audience. Ils sont présentés sous la forme d'un dialogue et retranscrivent exactement la parole de chacun des intervenants. Au total, il existe sept documents contenant des références à la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans ceux-ci, la mobilisation des arrêts français se fait plus ou moins directement.

256. Des références directes et indirectes – Sur les sept documents trouvés contenant des références à la jurisprudence de la Cour de cassation, cinq d'entre eux font une mobilisation directe des arrêts français⁵⁰³. Elles sont directes, car elles apparaissent dans le corps de l'arrêt, et pas dans une note de bas de page par exemple. Généralement, une décision de la Cour de cassation est citée de façon très précise par le juge, qui résume la solution qui a été retenue par la juridiction française. Les références de la décision sont ensuite annexées dans une note de bas de page. Dans une décision, un passage des conclusions de l'avocat général est repris, ce qui montre que le juge du tribunal pénal ne se contente pas d'une simple recherche des solutions françaises mais va parfois fouiller dans les travaux préalables à la décision.

Dans les deux autres documents, les références à la jurisprudence de la Cour de cassation n'apparaissent que dans une note de bas de page. Dans l'opinion individuelle du juge SHAHABUDDEEN, la jurisprudence française est citée dans une note expliquant en quoi la notion d'ordre public est controversée dans les différents systèmes de droit⁵⁰⁴. Le droit français est mobilisé quoique avec réserve puisque l'on peut lire après la citation : « *note de bas de page omise, traduction non officielle* ». La citation est renforcée par une source doctrinale qui fait état de la position du juge français quant à cette notion d'ordre public. Dans le second document, la référence à la jurisprudence française figure également dans une note de bas de page. Dans cette décision, le juge explique que l'appréciation des éléments caractérisant la contrainte ou l'état de nécessité doivent s'apprécier conformément aux législations et jurisprudences internes⁵⁰⁵. Faites plus ou moins

⁵⁰³ TPIY (La Chambre d'appel), *LE PROCUREUR c. DRAGAN NIKOLIC*, 5 juin 2003 ; TPIY (La Chambre de première instance), *LE PROCUREUR c. TIHOMIR BLAŠKIC*, 3 mars 2000, Affaire n°: IT-95-14-T ; TPIY (La Chambre de première instance), *LE PROCUREUR c. Zoran KUPRE, Mirjan KUPRE, Vlatko KUPRE, Drago JOSIPOVIĆ, Dragan PAPI et Vladimir [ANTI], alias « VLADO »*, 14 janvier 2000, affaire n°: IT-95-16-T ; TPIY (La Chambre d'appel), *LE PROCUREUR c. RADISLAV KRSTIĆ*, 19 avril 2004, affaire n°: IT-98-33-A ; Compte rendu d'audience dans l'affaire initiée contre *Vojislav SESELJ*, 30 mars 2010.

⁵⁰⁴ Opinion individuelle du juge SHAHABUDDEEN 11 décembre 2002 dans l'affaire *LE PROCUREUR DU TRIBUNAL c. RADOSLAV BRDJANIN MOMIR TALIC*, AFFAIRE n° IT-99-36-PT.

⁵⁰⁵ TPIY (La Chambre de première instance), *LE PROCUREUR c. DRAZEN ERDEMOVIC*, 29 novembre 1996.

directement par le juge pénal, les références à la jurisprudence française proviennent de sources variées.

257. La source des références – Il n'est pas possible de connaître la méthode employée par les juges du tribunal pénal international mais on peut tenter de deviner où ils tirent les références à la jurisprudence française. De façon globale, les juges semblent avoir consulté les revues classiques de jurisprudence comme le recueil Dalloz, *La gazette du palais*, ou bien encore *Le bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation*. Pour d'autres cas, la jurisprudence française est citée à travers une source doctrinale, voire même un ouvrage de droit comparé écrit par un professeur étranger⁵⁰⁶. Enfin, il arrive également que le tribunal cite des articles du Code pénal français, mais cela est suivi généralement d'un arrêt de la Cour de cassation expliquant la façon dont cette disposition est appliquée⁵⁰⁷, ou lorsqu'il est question de pointer une particularité du système français par rapport à la Common Law⁵⁰⁸. On peut imaginer aussi que se sont les parties qui apportent les références au droit français ou bien encore que l'un des juges connaît le droit français.

Sur la forme, on remarque donc que les références à la jurisprudence française sont assez rares, et il convient désormais d'apprécier ce que celles-ci apportent sur le fond.

⁵⁰⁶ Dans l'opinion individuelle du juge SHAHABUDDEEN, on trouve des références à la doctrine française et la doctrine anglaise.

⁵⁰⁷ TPIY (La Chambre d'appel), *LE PROCUREUR c. RADISLAV KRSTIĆ*, 19 avril 2004, affaire n°: IT-98-33-A.

⁵⁰⁸ *LE PROCUREUR c. RADISLAV KRSTIĆ*, 19 avril 2004.

2) L'analyse au fond des références à la jurisprudence française

258. Des références dans une procédure spécifique – Les références faites à la jurisprudence de la Cour de cassation ne sont pas nombreuses. D'abord, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ne traite que de litiges bien spécifiques, ne donnant pas lieu à un contentieux abondant. Ensuite, les litiges que cette juridiction doit traiter concernent la matière pénale. Nous verrons que les références faites à la jurisprudence française concernent toutes la matière criminelle et que le droit pénal français est, pour la majorité des cas, mis en comparaison avec les autres systèmes de droit.

259. Les références au droit pénal français – Dans les documents où sont recensées des références à la jurisprudence de la Cour de cassation, on retrouve très souvent l'affaire Barbie⁵⁰⁹. Il s'agit d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 20 décembre 1985 dans lequel la haute juridiction donne notamment une définition du crime contre l'humanité⁵¹⁰. La tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie se réfère souvent à cette affaire, et ce de façon directe dans le corps de l'arrêt, comme c'est le cas par exemple du jugement de la chambre de Première instance rendu le 3 mars 2000, dans lequel le juge se réfère à une jurisprudence de sa propre formation, puis cite l'affaire Barbie afin d'appuyer son argument : « *La chambre criminelle de la Cour de cassation française a, elle aussi, soutenu dans l'affaire « Barbie » que les résistants pouvaient se prévaloir du régime juridique afférent aux dispositions relatives aux crimes contre l'humanité. Suivant cette conception, le législateur français a récemment assimilé à ce crime les actes inhumains commis en exécution d'un plan concerté contre ceux qui combattent le système au nom duquel ils sont perpétrés* ». L'affaire Barbie semble peser du

⁵⁰⁹ Pour exemple voir les affaires : TPIY (La Chambre de première instance), LE PROCUREUR c. TIHOMIR BLAŠKIC, 3 mars 2000, Affaire n°: IT-95-14-T et TPIY (La Chambre de première instance), LE PROCUREUR c. Zoran KUPRE, Mirjan KUPRE, Vlatko KUPRE, Drago JOSIPOVI, Dragan PAPI et Vladimir [ANTI], alias «VLADO», 14 janvier 2000, affaire n°: IT-95-16-T.

⁵¹⁰ Cour de cassation, ch. crim. 20 décembre 1985, Gazette du Palais, 8 mai 1986, n° 127 128.

poids d'un point de vue persuasif devant la juridiction internationale comme l'illustre cet autre jugement de la chambre de première instance en date du 14 janvier 2000, dans lequel on peut lire que « *Dans l'affaire Barbie, la Cour de cassation (se fondant sur le droit international général) a abouti à une conclusion particulièrement pertinente en l'espèce* ». L'affaire Barbie est importante car dans celle-ci, la Cour de cassation affirme que les crimes contre l'humanité « *ne relèvent pas seulement du droit interne français mais également d'un ordre répressif international auquel la notion de frontière et les règles extraditionnelles qui en découlent sont fondamentalement étrangères* », affirmant une certaine primauté du Tribunal pénal international sur les juridictions nationales⁵¹¹.

Pour ce qui concerne les autres références à la jurisprudence française, on retrouve des références à des principes de droit pénal ou à la façon dont le juge français applique tel ou bien tel principe de droit criminel. Ainsi, il a été fait illustration de la complicité en droit pénal⁵¹², du principe d'oralité des débats devant la Cour de cassation⁵¹³, de la portée de la notion d'ordre public⁵¹⁴ et de la notion de contrainte en droit pénal⁵¹⁵. De manière récurrente, lorsque le droit pénal français est visé, c'est souvent en comparaison avec d'autres systèmes de droit.

260. Le droit français comme élément de comparaison – Le droit pénal français est souvent mis en comparaison avec d'autres systèmes de droit. En effet, le tribunal pénal international est une juridiction spécialisée créée par l'Organisation des Nations Unies et, de ce fait, sa compétence concerne tous les membres de cette organisation. Les juges qui composent chaque formation sont de nationalités différentes. La décision la plus révélatrice est celle du 19 avril 2004, dans laquelle le juge se réfère au droit de la Common Law, au droit allemand, au droit canadien, au droit issu de l'Etat de Louisiane, au droit suisse⁵¹⁶. En

⁵¹¹ Pierre-Marie MARTIN, *La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt Tadic, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 octobre 1995)*, Recueil Dalloz 1996 p. 157.

⁵¹² TPIY (La Chambre d'appel), *LE PROCUREUR c. RADISLAV KRSTIĆ*, 19 avril 2004, affaire n°: IT-98-33-A.

⁵¹³ Compte rendu d'audience dans l'affaire initiée contre *Vojislav SESELJ*, 30 mars 2010.

⁵¹⁴ Opinion individuelle du juge SHAHABUDEEN 11 décembre 2002 dans l'affaire *LE PROCUREUR DU TRIBUNAL c. RADOSLAV BRDJANIN MOMIR TALIC*, AFFAIRE n° IT-99-36-PT.

⁵¹⁵ TPIY (La Chambre de première instance), *LE PROCUREUR c. DRAZEN ERDEMOVIC*, 29 novembre 1996.

⁵¹⁶ *LE PROCUREUR c. RADISLAV KRSTIĆ*, 19 avril 2004.

ce qui concerne le droit applicable, on peut lire sur le site du Gouvernement français que le droit applicable est le droit international humanitaire, le règlement de procédure et de preuve du tribunal et les règles de droit interne.

B. La mobilisation timide de la jurisprudence française par le TPIY

261. Une juridiction ouverte sur le monde – Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie est une juridiction faisant référence à de nombreuses jurisprudences. Déjà dans les décisions étudiées dans le cadre des références à la jurisprudence de la Cour de cassation, on retrouve également des références à la jurisprudence italienne, canadienne, autrichienne, allemande, suisse, américaine, et anglaise⁵¹⁷. Pourtant, la mobilisation de la jurisprudence de la Cour de cassation demeure timide, eu égard aux nombreuses références à d'autres droits étrangers mobilisés⁵¹⁸. Par ailleurs, le tribunal se réfère à des arrêts plutôt anciens, même s'ils sont relativement célèbres. Il semble qu'un début d'explication puisse être apporté avec l'existence de la Cour européenne des droits de l'homme.

262. L'ombre de la Cour européenne des droits de l'homme – Les références à la jurisprudence de la Cour européenne sont relativement nombreuses. Ainsi, lorsqu'on effectue une recherche dans la base juridique du tribunal, on obtient 24 références. Les arrêts et jugements pour lesquels la jurisprudence de Strasbourg est mobilisée sont un peu plus récents, datant seulement de 1998 pour le plus ancien. On peut alors émettre l'hypothèse selon laquelle la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas beaucoup citée dans les décisions récentes du tribunal en raison du « *monopole* » détenu par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour de Strasbourg constitue la juridiction

⁵¹⁷ TPIY (La Chambre d'appel), *LE PROCUREUR c. DRAGAN NIKOLIC*, 5 juin 2003.

⁵¹⁸ On constate que le TPIY mobilise beaucoup le droit issu de la *Common Law*.

qui veille à l'application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au sein du Conseil de l'Europe. Elle n'est pas placée au dessus des Etats signataires d'un point de vue hiérarchique mais l'autorité de ses arrêts est telle que les pays qui ont violé une disposition de la Convention s'alignent sur ses décisions. C'est ce que rappelle Guy CANIVET dans son article sur les influences croisées entre juridictions nationales et internationales lorsqu'il écrit que « *quoique différemment d'un Etat fédéral, les deux cours européennes imposent une continuité entre les systèmes nationaux et les systèmes européens par l'harmonisation de leurs jurisprudences nationales et supranationales. En somme, leurs décisions instaurent un modèle juridique original fondé sur l'absence d'incompatibilité entre les solutions établies par les juridictions des Etats et celles des juridictions européennes* »⁵¹⁹. Il explique également que les décisions nationales sont primordiales pour la Cour européenne qui « *constituent le patrimoine juridique commun des Etats européens* »⁵²⁰.

Ainsi, il serait plus intéressant pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de se référer à la Cour européenne des droits de l'homme dans laquelle s'incarnerait les différentes jurisprudences nationales et pour laquelle son autorité n'est plus à démontrer. La juridiction internationale pourrait donc bien ombrager quelque peu le rayonnement de la jurisprudence française en matière de droits de l'homme, d'autant que les autres juridictions internationales ne semblent pas s'y référer d'avantage que le TPIY. C'est le cas de la Cour internationale de justice, pour laquelle on observe plutôt une ascendance envers la Cour de cassation.

⁵¹⁹ *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, éloge à la «bénévolance» des juges, Op. cit.*

⁵²⁰ *Ibid.*

§2) L'ascendance de la Cour internationale de justice sur la Cour de cassation

263. Plan – Le mouvement est ascendant dans le cadre des rapports entre la Cour de cassation et la Cour internationale de justice car la jurisprudence française n'est pas mobilisée par le juge international (A), alors que la Cour de cassation cite parfois la jurisprudence de la Cour internationale (B).

A. L'absence de mobilisation de la jurisprudence française

264. L'explication à cette absence – Sur toutes les recherches effectuées sur le site internet de la Cour internationale de justice⁵²¹, seule une décision fait référence à la jurisprudence française. Il s'agit d'un arrêt rendu le 14 février 2002, dans lequel la jurisprudence française est citée à trois reprises⁵²². Excepté cette décision, il ne semble pas y avoir d'autres références faites à la jurisprudence de la Cour de cassation. Il s'avère que cette absence de mobilisation ne trouve pas d'explication au regard des statuts de la Cour internationale de justice (1), mais qu'elle en trouve une dans les faits (2).

⁵²¹ <http://www.icj-cij.org/homepage/index.php?lang=fr>

⁵²² Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt C. I. J. Recueil 2002, p. 3. D'autres décisions font références à la Cour de cassation, mais elles concernent des litiges dont la France était partie, et n'intéresse pas notre étude.

1) Une absence non justifiée quant au droit

265. La compétence de la Cour internationale de justice – La Cour internationale de justice possède une compétence consultative⁵²³ et contentieuse⁵²⁴. Elle se présente comme étant un tribunal mondial, réglant, conformément aux règles de droit international, les différends juridiques qui lui sont soumis par les Etats, et donnant des avis consultatifs sur les questions d'ordre juridique que lui posent les organes de l'ONU et les institutions spécialisées dûment autorisées à le faire. En matière contentieuse, seuls les Etats membres des Nations Unies et d'autres Etats ayant adhérés au Statut de la Cour ou ayant accepté sa compétence peuvent saisir cette juridiction. La Cour internationale de justice se compose donc de juges issus de plusieurs cultures juridiques et devrait pouvoir être amenée à faire naître un dialogue entre les juges dont elle est composée. Mais encore faut-il savoir quelles sont les règles de droit applicables devant cette juridiction.

266. L'article 38 du Statut de la Cour – Le Statut de la Cour internationale de justice est annexé à la Charte des Nations Unies et a pour objet d'organiser le fonctionnement et la composition de la juridiction. L'article 38 du Statut nous renseigne sur le droit appliqué par la Cour : « *1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ; b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ; c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; sous réserve des dispositions de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* ». Le dernier alinéa permet donc aux juges de la Cour de s'inspirer de décisions rendues par un juge national. Ainsi, le Statut de la Cour

⁵²³ Chapitre IV, articles 65 à 68 du Statut de la Cour.

⁵²⁴ Chapitre II, articles 34 à 38 du Statut de la Cour.

internationale de justice permet tout à fait à la Cour de se référer à une jurisprudence rendue par un Etat ayant reconnu compétence à la Cour. D'ailleurs, c'est ce qui est dit dans l'unique décision trouvée faisant référence à la jurisprudence française : « *La Cour a examiné avec soin la pratique des Etats, y compris les législations nationales et les quelques décisions rendues par de Hautes juridictions nationales, telle la House of Lords, ou la Cour de cassation française* »⁵²⁵. Mais hormis cette décision, aucune autre référence à la Cour de cassation française n'a été trouvée. Du reste, aucune référence explicite à une autre tradition juridique n'a été trouvée. Pourtant, la lecture de l'article 38 du Statut de la Cour est claire et comme le souligne un auteur « *Et l'on ne voit pas comment la Cour internationale de justice pourrait accomplir sa tâche sans recourir à la méthode comparative, qui se présente, au contraire, comme ayant, ici encore, une grande importance pour le rapprochement des peuples* »⁵²⁶. On s'aperçoit que l'absence de référence à la jurisprudence française trouve son explication ailleurs.

2) Une absence justifiée dans les faits

267. Le contentieux à caractère international – Si la Cour internationale de justice ne mobilise pas ou quasiment pas de règles de droits issues des Etats, ceci est sans doute lié au fait que les différends qu'elle doit traités ont un caractère international. En effet, le droit international est bien distinct du droit national, et il paraît logique que les décisions internes ne soient pas la source première d'inspiration lors des affaires devant la Cour. Ce serait opter alors pour une vision dualiste des rapports entre le droit international et le droit

⁵²⁵ Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt C. I. J. Recueil 2002, p. 3.

⁵²⁶ R. H. GRAVESON, *L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples*, RIDC 1958, vol. 10 n°3, pages 501-509.

interne. Par ailleurs, les seules affaires internes qui pourraient plus ou moins directement inspirer le contentieux de la Cour internationale seraient les affaires relatives à l’application de la matière pénale. Ce sont ainsi les affaires Pinochet et Kadhafi qui sont citées dans l’arrêt de la CIJ du 14 février 2002⁵²⁷.

L’absence peut également trouver une explication dans la pratique de la Cour internationale de justice.

268. Le recours par la CIJ à sa propre jurisprudence – Ce qui peut encore expliquer le fait que la Cour internationale fasse peu de références à des jurisprudences internes est le fait qu’elle se réfère très souvent à sa propre jurisprudence⁵²⁸. Comme pour le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie, une recherche de citation des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme a été effectuée. Il semblerait que contrairement au TPIY, la Cour internationale de justice ne mobilise pas la jurisprudence de Strasbourg.

B. La mobilisation de la jurisprudence internationale par la Cour de cassation

269. Des références indirectes – A l’aide du moteur de recherche du site de la Cour de

⁵²⁷ Mandat d’arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt C. I. J. Recueil 2002, p. 3.

⁵²⁸ Pour exemple, voir notamment : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 832 ; *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 90 ; *Projet GabCikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C. I. J. Recueil 1997, p. 7. Le même constat se fait pour les avis consultatifs qu’elle rend : exemple *CONFORMITÉ AU DROIT INTERNATIONAL DE LA DÉCLARATION UNILATÉRALE D’INDÉPENDANCE RELATIVE AU KOSOVO*, 22 juillet 2010, rôle général n° 141.

cassation, il est possible d'avoir accès aux documents contenant une référence à la Cour internationale de justice. Sur les sept résultats affichés, un seul concerne une décision de la haute juridiction. Il s'agit de l'arrêt de la chambre criminelle datant du 15 novembre 2005⁵²⁹. La référence n'est pas convaincante car il s'agit d'une référence à un article du Statut de la Cour internationale de justice faite par le pourvoi, qui sera d'ailleurs rejeté. Pour les six autres documents, il s'agit de travaux préparatoires⁵³⁰ et certains se rapportent à une même décision. Le conseiller rapporteur et l'avocat général citent expressément la jurisprudence de la Cour internationale de justice mais lorsqu'on va lire les sources dont celles-ci sont issues, on s'aperçoit qu'elles émanent de la doctrine.

270. Des références issues de source doctrinale – Les auteurs des travaux préparatoires tiennent leurs références à la jurisprudence de la Cour internationale de justice de la doctrine. Seul l'avis de l'avocat général DE GOUTTES du 27 février 2009 fait référence à une sentence de la Cour internationale, puis donne comme référence le recueil des arrêts de la CIJ, suivie d'une référence à une note accompagnant cette sentence parue dans l'Annuaire français de droit international. Les références des autres sentences internationales proviennent de revues comme La Revue arbitrage ou bien encore le Journal du droit international⁵³¹.

La Cour de cassation mobiliserait donc de façon exceptionnelle et indirecte des décisions rendues par la Cour internationale de justice. Le rayonnement de la jurisprudence française en droit international est timide, et de ce fait, aucun dialogue des juges ne peut être prouvé. Le droit international public ne semble pas laisser de place aux jurisprudences nationales. Contrairement au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, nous n'observons pas de mobilisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour internationale de justice. Cette dernière utilise le plus souvent ses précédents et on peut s'interroger sur la structure du droit international public aujourd'hui.

271. Un manque d'unité du droit international ? – La question ici est de savoir s'il y a

⁵²⁹ Cour de cass. ch. crim. 15 novembre 2005, 05-80.320 Arrêt n° 5660.

⁵³⁰ Cour de cass. ch. mixte, avis de M. DE GOUTTES, rapport de M. ASSIE, 21 février 2003, 99-13.563 à 99-13.565 ; Cour de cass. Ass. pl. avis de M. DE GOUTTES, rapport de M. BOVAL, 27 février 2009, arrêt n° 573 07-19.841.

⁵³¹ Le rapport de M. BOVAL du 27 février 2009 fait référence à un auteur qui lui-même se réfère à une thèse concernant l'Estoppel en droit international public.

un manque d'unité du droit international public et dans l'affirmative, si ceci ne constitue pas un frein au dialogue des juges. C'est en tout cas ce que constate Gilbert GUILLAUME dans un article consacré à l'unité du droit international public⁵³². Il pense en effet que cette unité est menacée notamment par la prolifération des juridictions internationales, qui a entraîné entre autre une multiplication des normes internationales. L'émergence de plusieurs ordres juridiques au niveau régional engendre selon lui un chevauchement de compétence, et la possibilité de décisions juridiques contradictoires d'une juridiction à l'autre. Il reconnaît que certaines juridictions se réfèrent à la jurisprudence d'une autre, mais que cela n'est pas suffisant pour remédier aux difficultés liées au manque d'unité du droit international. L'auteur propose comme solution de mettre en place un système de question préjudicielle, qui permettrait à la Cour internationale de justice d'émettre un avis sur un point particulier du droit. C'est une vision qui est partagée par un autre auteur dans un article intitulé *Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux*⁵³³. Il explique en effet que l'affaire *Kadi*⁵³⁴ « illustre la complexité des rapports entre ordres juridiques dans le monde contemporain. La création d'un réseau d'organisations internationales a introduit des niveaux supplémentaires dans ce qui était autrefois la seule question des rapports entre droit international et droit interne ». Le dialogue des juges pourrait être une solution afin de rétablir l'unité du droit international public. Mais celui-ci ne se fera pas à travers les jurisprudences nationales, mais plutôt par celle des juridictions internationales. Le rayonnement de la Cour de cassation sur la scène mondiale ne semble pas pouvoir se réaliser par le droit international public, mais il semble prolixe à travers les autres juridictions nationales.

⁵³² Gilbert GUILLAUME, *L'unité du droit international public est-elle menacée ?*, RIDC 2003 Vol. 55 N°1. Janvier-mars. pp. 23-30.

⁵³³ J. P. JACQUE, *Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux*, RTDE 2009 p. 161.

⁵³⁴ Cour de justice des Communautés européennes, arrêt du 3 septembre 2008 (Grande chambre), *Kadi c/ Conseil et Commission* (aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P).

272. Fin de section – Le rayonnement de la Cour de cassation sur la scène mondiale a d'abord été analysé selon ses rapports avec le juge international. Les rapports entretenus avec le juge international ne sont pas clairement définis, eu égard à la complexité du droit international public. Il existe plusieurs juridictions internationales et la présence du juge français au sein de celles-ci n'est pas la même selon la juridiction concernée. Certaines ne mettent pas à disposition leurs décisions et il est difficile de rendre compte de leur capacité à mobiliser d'autres jurisprudences que la leur. Le Tribunal pénal pour l'ex-Yugoslavie et la Cour internationale de justice sont des juridictions plus ou moins ouvertes sur les autres jurisprudences, mais celle de la Cour de cassation n'est pas foncièrement mobilisée. Hormis quelques affaires pénales relativement connues, la haute juridiction française demeure dans l'ombre de la Cour européenne des droits de l'homme. Les rapports verticaux entre le juge français et le juge international ne semblent pas s'orienter vers une multiplication mais le dialogue entre les principales juridictions internationales pourrait permettre de revenir à une certaine unité du droit international. Le rayonnement de la Cour de cassation dans le monde est à chercher ailleurs.

Section 2 : Les rapports horizontaux entre la Cour de cassation et les autres juridictions nationales dans le monde

273. Des rapports audacieux – La méthode ici a consisté à rechercher sur les sites des hautes juridictions étrangères qui sont donnés en lien sur le site de la Cour de cassation française des traces de la jurisprudence de la Cour de cassation dans leur base de données jurisprudentielle. Pour la majorité des sites, la langue a présenté un obstacle certain et nous n'avons pas été dans la mesure d'effectuer des recherches⁵³⁵. Les développements qui suivent sont donc basés sur des données qu'il a été possible de traduire ou de comprendre. Il ressort de cette recherche que la jurisprudence de la Cour de cassation est mobilisée par le juge étranger. Cette mobilisation est tantôt attendue (§1), tantôt spontanée (§2).

⁵³⁵ Seuls les sites diffusant leur jurisprudence en français, anglais, italien et espagnol ont été étudiés. Parfois, les autres sites des juridictions étrangères prévoient la possibilité de traduire le contenu en anglais mais cela reste cantonné à la présentation de la juridiction et pas à la jurisprudence. Par ailleurs, certaines juridictions ne possèdent pas de site très élaboré et ne diffusent quasiment aucune information. C'est le cas par exemple de la Cour Suprême du Nigéria, ou bien encore de la Cour de cassation du Burkina Faso.

§1) La mobilisation attendue de la jurisprudence française

274. Plan – La jurisprudence française est régulièrement citée par certaines juridictions nationales étrangères. Nous nous attardons ici sur les hautes juridictions car l'accès à la jurisprudence des juridictions de fond n'est pas possible techniquement. Partant donc des données jurisprudentielles fournies par les sites officiels de ces hautes juridictions, nous verrons d'abord les cas attendus dans lesquels il est fait référence à la jurisprudence de la Cour de cassation (A), puis nous nous attarderons sur les formes diverses que prennent ces références (B).

A. Les cas attendus de mobilisation de la jurisprudence française

275. Des références sans bornes géographiques – Les diverses références qui vont être étudiées ici sont parfois étonnantes lorsqu'on regarde le pays d'origine de la juridiction qui mobilise la jurisprudence française. En effet, d'un point de vue géographique, on peut s'étonner que la Cour suprême du Canada, celle de l'Afrique du Sud, d'Inde, ou bien encore de l'Australie fassent référence à la jurisprudence de la Cour de cassation. Les références peuvent être regroupées selon que l'affaire en question concerne l'application du droit international (1) ou qu'elle concerne l'application du droit européen ou de l'Union (2).

1) Les références liées à l'application du droit international

276. L'application du droit international privé – Certaines juridictions étrangères ont été amenées à trancher un conflit de lois ou un conflit de juridictions. Parfois, un élément d'extranéité impliquant la France était présent dans l'affaire. Ainsi, dans une décision rendue par la Cour suprême du Canada datant de 2005, un arrêt de la Cour de cassation est cité dans la décision car l'une des parties au litige avait d'abord agi devant les tribunaux français⁵³⁶. La référence à une jurisprudence française se retrouve logiquement pour un litige dont l'une des parties a agit devant les juridictions françaises. C'est le cas par exemple de la décision de la Haute Cour d'Australie en date du 14 mars 2002⁵³⁷, opposant La régie nationale des usines Renault à un résident australien. Ce cas de figure arrive fréquemment lorsqu'il s'agit de deux pays frontaliers comme la France et la Suisse. Pour ce qui concerne la décision rendue par la IIème Cour civile suisse datant du 11 juillet 1968, il était question d'un divorce entre deux époux de nationalités différentes⁵³⁸. Parfois, il existe une convention qui règle les conflits de compétence ou de lois entre les deux pays. Ainsi, la Ière Cour civile suisse a, le 21 janvier 1993⁵³⁹, fait application de la convention

⁵³⁶ Cour suprême du Canada, *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik inc.*, [2005] 3 RCS (Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada) 302, 2005 CSC 65. C'est le cas également d'un arrêt écossais dans lequel une procédure française avait eu lieu (Outer House, Court of session, *Opinion of Lord Drummond Young in the petition of Mohamed Moneim Ali Fayed*, 12 mars 2004). Il est demandé ici la révision d'une décision de refus d'instruire l'affaire que la mort en France de Emad Al Fayed. Voir encore OUTER HOUSE, COURT OF SESSION, Jacobs et Turner limited c. Celsius SARL, 25 avril 2007 (La procédure avait débuté par une saisine du TGI d'Annecy).

⁵³⁷ High Court of Australia, *Régie nationale des usines Renault SA c. Zhang* [2002] HCA (High Court of Australia bulletins) 10. C'est le cas également d'un arrêt espagnol rendu le 8 septembre 2009, dans lequel était partie la Société Bouygues (Tribunal Supremo, Sala de lo Social. N° de recurso : 4006/2008)

⁵³⁸ IIème Cour civile suisse, 11 juillet 1968, *Cardo c. Cardo*, BGE (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts) 94 II pages 65 et s. Ou encore : Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit civil (suisse) dans la cause *dame X. contre X.* (recours en matière civile) 5A_220/2008 du 12 juin 2008 ; et Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile du 30 novembre 1954 dans la cause *Du Bois et consorts contre Société suisse d'électricité et de traction SA et Compagnie générale d'électricité*, BGE 80 II 390 S. 391.

⁵³⁹ Extrait de l'arrêt de la Ière Cour civile suisse du 21 janvier 1993, *J. c. société R.*, BGE 119 pages 69 et s.

franco-suisse de 1869 portant sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile.

Les références à la jurisprudence française peuvent apparaître aussi dans lorsque le juge étranger fait application du droit international public.

277. L'application du droit international public – Nous avons trouvé des décisions faisant référence à la jurisprudence de la Cour de cassation. Trois d'entre elles se portent sur l'application d'une même convention. Il s'agit de la convention de Varsovie datant du 12 octobre 1929 régissant tout transport international de personnes, de bagages ou marchandises, effectué par aéronef contre rémunération. Elle constitue un texte très important car elle a permis d'unifier les règles du droit aérien privé international. Ainsi, la Cour suprême d'Afrique du sud en fait application dans une décision du 25 janvier 2005⁵⁴⁰ opposant un particulier à la société British Airways. La décision est relativement intéressante car il est fait également un tour d'horizon de l'application de la convention de Varsovie par la Cour suprême des Etats-Unis. Par ailleurs, la décision reprend un passage de la décision rendue par la Cour d'appel qui a statué avant l'arrêt de la Cour de cassation cité. Il s'agit d'une décision de la 1^{ère} chambre civile datant du 15 juillet 1999⁵⁴¹. Cette citation des motifs de la Cour d'appel est très intéressante car lorsqu'on va lire la décision de la Cour de cassation, il n'y a pas de citation des motifs des juges du fond.

La Ière Cour civile du Tribunal fédéral suisse a également été amenée à faire application de la convention de Varsovie. Le 10 mai 1982, dans un litige opposant Mirzan et Gargini à la société Air Glaciers⁵⁴², le juge suisse revient sur la position dominante de la doctrine et de la jurisprudence relative à l'application d'une disposition de la convention, et pointe le fait que quelques tribunaux américains ainsi que la Cour de cassation française ne partagent pas l'opinion majoritaire.

Enfin, la House of Lords dans son jugement rendu le 27 février 1997⁵⁴³ fournit avec

⁵⁴⁰ High Court of South Africa, *Neil Vincent Potgieter c. British Airways PLC*, 25 janvier 2005, n° : 03/7154.

⁵⁴¹ *1^{ère} ch. civ. 15 juillet 1999* (97-10268), Bulletin 1999 I N° 242 p. 156.

⁵⁴² Ière Cour civile suisse, 10 mai 1982, *Mirzan et Gargini c. Airs Glaciers*, BGE (Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts) 108 II pages 233 et s.

⁵⁴³ House of Lords, *Fellowes or Herd c. Clyde Helicopters Ltd*, 27 février 1997.

méticulosité un panel de décisions françaises relatives à l'application de la convention internationale. La décision va même jusqu'à retranscrire une note doctrinale d'un arrêt français publié à la Revue Française de Droit Administratif.

Les autres décisions se rapportent à l'application d'une convention internationale, c'est le cas par exemple de la Cour suprême d'Australie qui mobilise la jurisprudence française dans une affaire relative notamment à l'application d'une convention sur le droit maritime⁵⁴⁴. La Cour australienne se réfère à la façon dont le juge français applique une disposition de ladite convention. Cette même Cour suprême d'Australie a également citée la jurisprudence française dans une décision relative au droit international aérien⁵⁴⁵. On retrouve dans ces décisions de nombreuses références car il s'agit de décisions rendues par des juridictions de *Common Law*. Le style des décisions de *Common Law* diffère en effet très largement du style des décisions rendues par des juridictions de droit continental. Ainsi, « *le juge cherche appui auprès des solutions retenues à l'étranger. Le recours au droit comparé est pratiquement spontané dès lors que la norme litigieuse est plus ou moins commune à plusieurs pays, tels les principes fondamentaux de la Common Law* », et « *La référence aux décisions étrangères dans la motivation de l'arrêt permet un développement accentué du droit interne. En attribuant une forte autorité morale (persuasive authority) à des décisions étrangères à l'égard du cas d'espèce qu'il a à résoudre* »⁵⁴⁶.

D'autres références à la jurisprudence française sont jugées logiques car elles sont relatives à l'application du droit européen et du droit de l'Union.

⁵⁴⁴ High Court of Australia, *Victrawl Pty Ltd c. Telstra Corporation Ltd*, HCA (High Court of Australia Bulletins) 51; (1995) 183 CLR (Commonwealth Law Reports) 595; (1995) 131 ALR (The Australian Law Reports) 465; (1995) 69 ALJR (Australian Law Journal Reports) 755 (3 October 1995). Il s'agit en l'espèce de la Convention de Bruxelles de 1957.

⁵⁴⁵ High Court of Australia, *International Air Transport Association c. Ansett Australia Holdings Limited*, HCA 3 (6 February 2008). D'autres décisions touchant à l'application d'une convention internationale ont été trouvées : Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile (suisse) du 14 mars 1984 dans la cause *Denysiana S.A. contre Jassica S.A* (Convention de New-York du 10 juin 1958 et convention franco-suisse du 15 juin 1869). Pour une application d'une convention d'arbitrage internationale : Extrait de l'arrêt de la Ire Cour civile (suisse) dans la cause *X. Ltd contre Y. BV* (recours de droit public) 4P.226/2001 du 1er février 2002.

⁵⁴⁶ Parvèz DOOKHY, *Francophonie et droit : quel devenir ?*, disponible en ligne : <http://www.politique-actu.com/debat/francophonie-parvez-dookhy/1823/>

2) Les références liées à l'application du droit européen et de l'Union

278. Des matières propices au dialogue – L’Europe des droits de l’homme d’un côté, l’Union européenne de l’autre, ces deux matières sont propices à un dialogue entre les juridictions. Nous avions pourtant démontré qu’il n’existait pas de dialogue entre la Cour de justice de l’Union européenne et la Cour européenne des droits de l’homme avec la Cour de cassation française, notamment en raison d’une supériorité de leur jurisprudence en droit interne. En revanche, entre les juridictions des Etats membres et entre les juridictions membre du Conseil de l’Europe, il semble qu’un dialogue existe. Nous traiterons d’abord des références à la jurisprudence française dans les litiges relatifs à l’application du droit de l’Union, puis les litiges relatifs à l’application du droit européen issu du Conseil de l’Europe.

279. L’application du droit de l’Union – Des références au droit de l’Union peuvent se retrouver devant des juridictions dont l’Etat n’est pas membre de l’Union européenne. Cela a été le cas par exemple pour la Cour suprême d’Inde dans un arrêt du 23 janvier 2006⁵⁴⁷. La décision traite de l’influence de la Cour de justice de l’Union européenne sur les juridictions administratives françaises et enchaîne avec l’exigence de sécurité juridique affirmée par la Cour européenne des droits de l’homme.

La Haute Cour d’Irlande, dans une décision du 19 juillet 2007⁵⁴⁸ cite une jurisprudence de la Cour de cassation relative à l’application d’une disposition communautaire et affirme que le juge irlandais devrait suivre cette position.

On retrouve également la référence à la jurisprudence française dans l’opinion d’un Lord

⁵⁴⁷ Supreme Court of India, *LIC of India c. Sushil*, 23 janvier 2006.

⁵⁴⁸ High Court of Ireland, *Nestorway limited trading as electrographic international c. Ambaflex BV*, 19 juillet 2007, High Court Record Number: 2006 1141P.

britannique, pour un jugement du 21 février 2007⁵⁴⁹ dans lequel était en cause l'application d'un règlement communautaire.

La jurisprudence française se retrouve parfois mobilisée à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

280. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – La jurisprudence de la Cour de cassation est parfois citée lors d'affaires relatives aux droits de l'homme. C'est le cas par exemple d'un jugement du Tribunal suprême d'Espagne datant du 17 septembre 2007⁵⁵⁰, dans lequel il est question de changement de sexe et de modification du sexe sur les registres civils. Le juge espagnol traite de l'indisponibilité du corps humain en droit français, ainsi que de sa réaffirmation par la jurisprudence française. Il revient également sur la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme suite à l'affaire B.C contre France⁵⁵¹.

Une autre affaire, mais cette fois ci devant le juge écossais a donné lieu à une mobilisation de la jurisprudence française. Il s'agit de l'opinion d'un Lord du 5 février 2008 dans laquelle le juge écossais revient sur la position de la France de ne pas considérer l'enfant à naître comme ayant la personnalité juridique. Plus précisément, il s'agissait d'un médecin qui suite à une erreur médicale avait causé la perte de l'enfant d'une patiente. Il n'avait pas été poursuivi pour l'infraction d'homicide involontaire sur l'enfant à naître et avait saisi la Cour de Strasbourg⁵⁵². Enfin, un autre arrêt de la House of Lords se réfère à une jurisprudence française, concernant cette fois ci l'application par les Etats membres au Conseil de l'Europe de la disposition de la Convention européenne interdisant la pratique de la torture⁵⁵³. Un dialogue des juges semble exister entre le juge étranger et le juge

⁵⁴⁹ House of Lords, opinions of Lord Nicholls of Birkenhead, Steyn, Hoffmann, Rodger of Earlsferry and Mance. *West Tankers Inc. c. RAS Riunione Adriatica di Sicurtà SpA and others*, 21 février 2007. C'est également le cas d'une décision écossaise du 16 mars 2000, mais ici à propos de l'application d'une directive communautaire (EXTRA DIVISION, INNER HOUSE, COURT OF SESSION, *Douglas King c. T. Tunnock Limited*).

⁵⁵⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, *Vincente Luis Montes Penades*, 17 septembre 2007, Centro de documentación Judicial, n° de recurso : 1506/2003.

⁵⁵¹ CEDH, *B.c contre France*, 25 mars 1992, Requête n°13343/87.

⁵⁵² CEDH, *Vo contre France*, 8 juillet 2004, Requête n°53924/00.

⁵⁵³ House of Lords, *A. and others c. Secretary of State for the Home department*, 8 décembre 2005.

français à travers l'application du droit européen et du droit de l'Union.

Les références à la jurisprudence de la Cour de cassation prennent des formes diverses selon les décisions.

B. Les formes diverses de références à la Cour de cassation

281. Des références apparentes – Ce qui peut paraître étonnant, c'est que les références à la jurisprudence française se font toujours dans le corps de l'arrêt. Cela est surprenant pour un juriste français qui est habitué à la forme et au style des arrêts de la Cour de cassation⁵⁵⁴. Dans ces décisions rendues par des juridictions étrangères, on prend connaissance d'une toute autre manière de présenter la décision. On peut citer à titre d'exemple la présence des opinions des juges, que l'on retrouve souvent dans les juridictions anglo-saxonnes. Il n'y a pas à proprement parler d'équivalent en France de ses opinions, mais on peut les rapprocher des travaux préparatoires aux décisions, même si bien évidemment, ces travaux ne dévoilent pas l'opinion des juges qui reste secrète.

Du point de vue de la forme, on note également que les décisions étrangères étudiées sont longues et contiennent de nombreux détails que l'on ne retrouve pas dans les décisions de la Cour de cassation. Dans nos recherches, nous avions également relevé la référence à la jurisprudence française dans des documents de la House of Lords appelés « *Minutes of evidence* ». Il s'agit en quelques sorte de comptes rendus de débat, mais parfois ils

⁵⁵⁴ En ce qui concerne l'arrêt de la Cour suprême australienne de 1994, l'un des juges affirment qu'il se range du côté de l'interprétation de la convention faite par les tribunaux français, ce qui implique que la décision de la Cour de cassation ait été lue et comprise de façon méticuleuse.

prennent la forme d'une interview, c'est le cas par exemple du compte rendu datant du 19 novembre 2003, dans lequel est retranscrit un échange entre le Lord CHAIRMAN et Roger ERRERA⁵⁵⁵. Le magistrat français explique d'ailleurs quels sont les rapports entre la Cour de justice des communautés européennes et le Conseil d'Etat.

La tradition juridique semble jouer un rôle important dans le dialogue des juges. Il est plus aisément en effet d'analyser l'influence d'une jurisprudence étrangère dans une décision rendue par une juridiction de *Common Law* car il est possible de connaître l'opinion des juges qui ont statué.

A l'exception de deux décisions qui ne font référence qu'à la jurisprudence française de façon large⁵⁵⁶, les autres arrêts citent la Haute juridiction de façon précise.

282. Des références précises – Les références aux décisions de la Cour de cassation sont précises en ce qu'elles apparaissent généralement avec la date et le nom des parties. Certaines sont relativement connues, tandis que d'autres ne le sont absolument pas. Quant à la source de la décision citée, il s'agit de la doctrine. Il faut opérer cependant une distinction entre les arrêts français tirés de revues juridiques françaises⁵⁵⁷, et ceux qui sont issus d'une revue étrangère ou de la doctrine étrangère⁵⁵⁸. La décision de la House of Lords du 27 février 1997 sort particulièrement de l'échantillonnage puisqu'il ne contient pas moins de cinq références à des arrêts français, pris de la Revue française de Droit Administratif⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Diffusée à cette adresse :
<http://www.publications.parliament.uk/pa/l200304/lselect/ldeucom/47/3111902.htm>

⁵⁵⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, *Vincente Luis Montes Penades*, 17 septembre 2007, Centro de documentacion Judicial, n° de recurso : 1506/2003 Le juge espagnol fait référence à la « jurisprudencia francesa » ; et High Court of Australia, *International Air Transport Association c. Ansett Australia Holdings Limited*, HCA 3 (6 February 2008) Ici le juge australien affirme seulement que « *The same would be so if the decision in question had been that of the Cour de Cassation of France or the Supreme Court of Appeal of South Africa* » que l'on peu traduire par « *La situation aurait été la même si la décision émanait de la Cour de cassation française ou de la Cour d'Appel sud-africaine* ».

⁵⁵⁷ Quelques exemples de revues ou de recueils : RFDA, Recueil Dalloz, Bulletin d'information de la Cour de cassation, Revue critique de droit international privé. Une décision anglaise semble avoir pris la référence sur le site Internet de la Cour de cassation, car c'est le numéro du pourvoi seul qui est donné en guise de référence (House of Lords, *A. and others c. Secretary of State for the Home department*, 8 décembre 2005).

⁵⁵⁸ Quelques exemples : Recueil de Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Fiches juridiques suisses.

⁵⁵⁹ House of Lords, *Fellowes or Herd c. Clyde Helicopters Ltd*, 27 février 1997.

Enfin, certaines décisions citent directement un passage de l’arrêt français, en français ou en anglais. L’arrêt de la Cour Suprême du Canada reprend en français un considérant de la décision de la Cour de cassation⁵⁶⁰. La Haute Cour d’Afrique du Sud va plus loin en traduisant en anglais un passage d’un arrêt de la Cour d’appel, puis retranscrit la solution de la Cour de cassation qui avait rejeté le pourvoi⁵⁶¹.

Les références à la jurisprudence de la Cour de cassation sont faites dans le cadre d’une application du droit international et du droit européen et de l’Union. Elles ne se révèlent donc pas étonnantes, mais au fond, elles prennent la forme d’un dialogue des juges car il s’agit de citations qui sont faites par des juridictions de même niveau que la Cour de cassation. Rien n’impose à ces juridictions étrangères de mobiliser la jurisprudence d’une autre cour. Parfois, les références à la Cour de cassation se font en dehors de tout litige relatif au droit international et européen.

⁵⁶⁰ Cour suprême du Canada, *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik inc.* La référence donnée à la décision est le Recueil Dalloz.

⁵⁶¹ High Court of South Africa, *Neil Vincent Potgieter c. British Airways PLC*, 25 janvier 2005, n° : 03/7154. Après la citation de l’extrait de l’arrêt de la Cour d’Appel de Paris, il est écrit « *typed manuscript at 8* », et « *page 5 of typed translation of the judgment* ». Nous ne pouvons pas expliquer ce que ces indications signifient, sauf à se reporter à une pièce du dossier.

§2) La mobilisation spontanée de la jurisprudence française

283. Plan – En dehors de tout litige relatif à l’application du droit européen, du droit de l’Union ou du droit international, certaines juridictions étrangères sont amenées à citer la jurisprudence de la Cour de cassation française. Nous avons trouvé une vingtaine de décisions de cours étrangères faisant référence à celle ci. Il ressort que ces références se font essentiellement à travers la doctrine. Quant à la mobilisation de la jurisprudence à proprement parler, elle intervient souvent comme élément de comparaison avec les autres systèmes de droit (A) et présente un caractère plus ou moins persuasif (B).

A. La jurisprudence française comme élément de comparaison

284. D'une tradition juridique à une autre – Dans les décisions étrangères étudiées, la référence à la jurisprudence française était quasiment systématiquement mobilisée à côté de décisions rendues par d'autres juridictions. Ainsi, les arrêts de la Cour de cassation constituent un élément de comparaison pour le juge étranger, qui va également s'intéresser aux décisions d'autres pays, qu'elles soient de tradition différente ou de même tradition que la sienne. Il ressort des décisions étudiées que le juge étranger opère une comparaison entre la Common Law et le droit issu de la tradition civiliste. L'analyse plus approfondie de la mobilisation de la jurisprudence française (1) amène à s'interroger sur les rapports

entre le droit issu de la Common Law et celui issu de la Civil Law (2).

1) Les manifestations de la mobilisation de la jurisprudence française

285. Des références toujours explicitent – On relève environ 8 décisions étrangères dans lesquelles la jurisprudence de la Cour de cassation est utilisée comme élément de comparaison avec d'autres systèmes juridiques. La présentation de la référence française est toujours explicite en ce qu'elle apparaît dans le corps de la décision. Cependant, la présentation donnée est plus ou moins structurée selon les juridictions.

286. Des références organisées – Dans les huit décisions étudiées, cinq d'entre elles insèrent la jurisprudence française à un endroit bien précis de la décision. Ainsi, un paragraphe spécial est consacré à la jurisprudence étrangère, ou à la jurisprudence issue de la tradition civiliste. Les juridictions usent de différents intitulés comme : « *In continental jurisdictions* » (Devant les juridictions continentales)⁵⁶², « *Civil law* » (Droit civil)⁵⁶³, « *The wider jurisprudence* » (La jurisprudence étrangère)⁵⁶⁴, « *Les systèmes de droit civil* »⁵⁶⁵ et pour un arrêt relatif au droit de la responsabilité : « *Loss of chance as damage* –

⁵⁶² The Supreme Court of Appeal Republic of South Africa, *ELIZABETH GEORGINA ELZONA STEWART et BRIAN STEWART c. DR M BOTHA et DR S SMAL*, 3 juin 2008, Case number: 340/07.

⁵⁶³ High Court of Australia, *Perre v Apand Pty Ltd*, 12 aout 1999, HCA (High Court of Australia Bulletins) 36; 198 CLR (Commonwealth Law Reports) 180; 64 ALR (Australian Law Reports) 606; 73 ALJR (Australian Law Journal Reports) 1190.

⁵⁶⁴ House of Lords, *Fairchild (suing on her own behalf) etc. v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others etc.*, 20 juin 2002.

⁵⁶⁵ Cour Suprême du Canada, *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, 30 avril 1992, 1 R.C.S. (Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada) 1021.

civil law countries » (La perte de chance comme dommage – pays de droit civil)⁵⁶⁶. A l'intérieur de ces développements, la jurisprudence de la Cour de cassation est rarement la seule à être citée comme exemple de droit civil. On retrouve généralement des références à la jurisprudence allemande, néerlandaise, autrichienne⁵⁶⁷. Enfin, le juge étranger semble consacrer un paragraphe sur la jurisprudence issue des pays de droit civil afin de mieux distinguer celle des pays issue de la Common Law⁵⁶⁸. Les références aux arrêts français sont le plus souvent présentées de façon structurée dans la décision, mais cela n'est pas toujours le cas.

287. Des références indirectes – Toutes les décisions sont relativement construites selon un même modèle, avec toujours une référence à la jurisprudence de la juridiction qui statue ainsi que celle d'autres juridictions, mais cela n'apparaît pas toujours à l'intérieur d'un sous-paragraphe dans la décision. C'est le cas par exemple de l'arrêt de la House of Lords du 10 avril 1997⁵⁶⁹, dans lequel un Lord introduit dans son opinion la jurisprudence française en écrivant : « *I am encouraged to find that this is also the view reflected in decisions in other jurisdictions* », que l'on peut traduire de la manière suivante : « *Je suis amené à dire que c'est également la position d'autres juridictions* ». Il cite en illustration un arrêt de la Cour de cassation puis une décision de la District Court of Massachusetts, démontrant implicitement que sa position est partagée à la fois par une juridiction de droit continental et par une juridiction de Common Law.

On peut encore citer une décision de la Supreme Court of India du 26 juillet 1963⁵⁷⁰ qui se réfère à la jurisprudence française, italienne, belge et allemande après avoir exposé la position du droit anglais et américain.

⁵⁶⁶ High Court of Australia, *Tabet v Gett*, 21 avril 2010, [2010] HCA (High Court of Australia Bulletins) 12.

⁵⁶⁷ House of Lords, *Fairchild (suing on her own behalf) etc. v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others etc.*, 20 juin 2002.

⁵⁶⁸ On ne retrouve pas de paragraphe spécialement consacrée à la jurisprudence de la Common Law, mais parfois elle est clairement distinguée de la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats Unis. Voir pour exemple : The Supreme Court of Appeal Republic of South Africa, *ELIZABETH GEORGINA ELZONA STEWART et BRIAN STEWART c. DR M BOTHA et DR S SMAL*, 3 juin 2008, Case number: 340/07.

⁵⁶⁹ House of Lords, *In re H and others (Minors)*, 10 avril 1997.

⁵⁷⁰ Supreme Court of India, *THE STATE TRADING CORPORATION OF INDIA LTD. & OTHERS c. THE COMMERCIAL TAX OFFICER, VISAKHAPATNAM AND OTHERS*, 26 juillet 1963.

Enfin, une décision irlandaise mobilise de façon très indirecte la jurisprudence française en se référant à l'opinion d'un Lord anglais à l'occasion de laquelle il avait effectué une comparaison entre la jurisprudence civiliste et anglo-saxonne⁵⁷¹. On remarque que la jurisprudence française est mise en comparaison avec celle issue de la Common Law, ce qui nous amène à nous interroger sur le rapport entre ces deux cultures juridiques.

2) La jurisprudence continentale et anglo-saxonne : concurrence ou collaboration ?

288. La marche vers un dialogue entre les cultures juridiques - Le fait que la jurisprudence de la Cour de cassation soit citée en comparaison avec le droit d'autres pays issus de la tradition anglo-saxonne nous amène à nous interroger sur les rapports que ces deux grandes cultures juridiques entretiennent. En effet, si on sait aujourd'hui qu'un système de droit ne peut rester cloisonné, il est possible d'appréhender la façon dont il cohabite avec d'autres cultures juridiques. Les deux principales cultures juridiques qui ressortent des décisions étudiées jusqu'à présent sont la Common Law et le droit de tradition civiliste. Présentées, sans doute à tort, comme des traditions en concurrence, l'étude des références à la jurisprudence française dans les décisions étrangères montre l'intérêt que ces deux traditions se portent mutuellement. Nous reviendrons sur le débat qui a eu lieu à propos de l'efficacité de la Common Law dans le domaine économique, puis nous nous attarderons sur le rôle essentiel de la doctrine comparatiste comme vecteur de rayonnement de la tradition civiliste dans le monde.

⁵⁷¹ High Court of Ireland, *BRIDGET BYRNE c. JOHN RYAN*, 20 juin 2007, High Court Record Number: 2002 15260P. "The speeches of their Lordships in McFarlane's case contain a detailed analysis of all of the previous decisions in England, Wales, Scotland, the Commonwealth countries, other Common Law jurisdiction and a number of civil jurisdictions". La Cour irlandaise se réfère à une décision de la House of Lords qui faisait référence à un arrêt de la Cour de cassation française, on a donc ici un dialogue entre 3 juridictions.

289. Retour sur la polémique des rapports *Doing Business*⁵⁷² – La question de l’efficacité d’un système juridique a été soulevée à l’occasion de la publication du rapport de la Banque mondiale publié en octobre 2003⁵⁷³. Dans ce rapport *Doing Business* 2004, la Banque mondiale effectue un classement des systèmes juridiques les plus efficaces dans le monde des affaires, et suite à une étude comparée des systèmes juridiques d’environ 130 pays, classe la France dans les dernières lignes. Suite à ce rapport, les réactions ont été nombreuses, notamment en France où la communauté des juristes a pris l’initiative de démontrer les erreurs contenues dans le rapport⁵⁷⁴. Le rapport a globalement été contesté par la communauté internationale, incluant même les pays qui étaient pourtant très bien classés dans le rapport⁵⁷⁵. Même si les données du rapport ne sont pas reprises dans les rapports suivants, la polémique née de ce rapport *Doing Business* de 2003 a été pour certains juristes l’occasion de souligner le manque d’attractivité du droit français et plus généralement d’ouvrir un débat sur la vision économique du droit⁵⁷⁶. Nous pensons que les références faites par les juges européens et étrangers démontrent qu’il n’y a pas de

⁵⁷² On peut traduire ce terme par « gestion des affaires ».

⁵⁷³ Le rapport est diffusé sur le site internet de la Banque mondiale : http://www-wds.worldbank.org/external/default/main?menuPK=2823806&pagePK=64193027&piPK=64670046&theSitePK=2721269&menuPK=64187510&searchMenuPK=2823886&theSitePK=2721269&entityID=000090341_20031104153559&searchMenuPK=2823886&theSitePK=2721269

⁵⁷⁴ Le sujet a donné lieu à de nombreuses réactions dans la littérature juridique : Marie-Anne FRISON ROCHE, *Comment créer un espace juridique européen compétitif face à la puissance anglo-saxonne ?*, Petites affiches, 13 juillet 2000 n° 139, P. 26 ; Daniel TRICOT, *Quels processus d’harmonisation ? L’harmonisation par les juges*, Gazette du Palais, 21 août 2008 n° 234, P. 19 ; Eric BONNET et Erica DUFOUR, *Le droit français expliqué aux américains*, Gazette du Palais, 06 novembre 2004 n° 311, P. 3 ; Bertrand DU MARAIS, *Diversité ordonnée des systèmes juridiques et dialogue des juges*, Petites affiches, 04 juin 2008 n° 112, P. 3 ; Emanuelle FILIBERTI, *L’Association Henri Capitant réagit aux rapports de la Banque mondiale*, Petites affiches, 23 juin 2006 n° 125, P. 3 ; *Démontrer l’attractivité économique du droit français*, Petites affiches, 28 septembre 2006 n° 194, P. 3 ; Jean-Marie BAISSUS, «Le droit français mérite d’être mis en valeur !», Petites affiches, 04 avril 2006 n° 67, P. 3 ; Jean-Marie BAISSUS, *La concurrence des systèmes juridiques est en marche !*, Petites affiches, 28 février 2008 n° 43, P. 3 ; Jean-Marie BAISSUS, *Le rapport Doing business in 2010 ravive la concurrence des systèmes juridiques*, Petites affiches, 02 octobre 2009 n° 197 ; Bertrand du MARAIS, *Diversité ordonnée des systèmes juridiques et dialogue des juges*, Petites affiches, 04 juin 2008 n° 112, P. 3 ; Jérôme ONNO, *Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?*, Petites affiches, 23 novembre 2005 n° 233, P. 8 ; Antoine GARAPON, «Nous devons bâtir une stratégie de défense de notre droit», Petites affiches, 30 avril 2004 n° 87, P. 3 ; Jean-Paul JEAN, *L’administration de la justice en Europe et l’évaluation de sa qualité*, Recueil Dalloz 2005 p. 598.

⁵⁷⁵ C’est le cas de la Chine, de l’Inde, du Brésil, de l’Australie et de la Suisse.

⁵⁷⁶ Par exemple : « Nous devons bâtir une stratégie de défense de notre droit», Petites affiches, 30 avril 2004 n° 87, P. 3 ; Denis MAZEAUD, *L’accès libre au droit grâce à internet : une nouvelle garantie de démocratie dans un nouvel espace de luttes d’influences*, Petites affiches, 29 septembre 2005 n° 194, P. 23.

concurrence entre la tradition romano-germanique et la Common Law⁵⁷⁷. Bien au contraire, ces influences croisées de jurisprudences sont la preuve d'un dialogue des juges, et non pas d'une guerre des juges.

290. La doctrine, vecteur de rayonnement de la tradition civiliste – Dans les décisions contenant des références à la jurisprudence française et au droit des pays de tradition civiliste, les origines de celles-ci sont doctrinales. En effet, les indications bibliographiques accompagnant la plupart des arrêts cités sont l'œuvre de comparatistes. Celui qui est le plus souvent exploité est Sir Basil MARKESINIS, professeur à l'université du Texas⁵⁷⁸. D'autres comparatistes sont cités comme F. H. LAWSON, S. BANAKIS, Bénédict WINEGER, Lara KHOURY, et ZWEIGERT et KOTZ⁵⁷⁹. Les revues juridiques également ont un rôle de vecteur car elles permettent la diffusion des décisions de justice⁵⁸⁰. Les comparatistes originaires des pays de Common Law semblent porter un intérêt certain envers le droit romano-germanique. Cela prouve qu'ils sont ouverts sur les autres systèmes juridiques et n'hésitent pas à mener de véritables études de fond pouvant servir aux magistrats, qui mobilisent énormément leurs travaux. Comme on l'avait observé du côté du juge français, le juge de Common Law ne mobilise pas de manière directe la jurisprudence française, mais on peut imaginer qu'avec une multiplication des réseaux et des relations internationales, ceux-ci seront amené un jour à faire référence directement à une décision

⁵⁷⁷ Dire qu'il n'y pas de concurrence entre les systèmes de droit ne revient pas à nier la nécessité d'une vision économique du droit.

⁵⁷⁸ Ses références bibliographiques se retrouvent ainsi dans des décisions de la High Court of Australia, de la Supreme Court Of South-Africa et de la House of Lords. Voici les articles et ouvrages utilisés : B. MARKESINIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1986 ; Markesinis, *The Not so Dissimilar Tort and Delict*, (1977) 93 Law Quarterly Review 78 at 88.

⁵⁷⁹ Quelques références à leurs travaux : F. H. LAWSON, *The Duty of Care in Negligence: A Comparative Study*, (1947) 22 Tulane Law Review 111 at 116-120, 123-124, 127-129 ; S. BANAKIS, *Tender is the Night: Economic Loss - The Issues* in Banakis (ed), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, (1994) 16 United Kingdom Comparative Law Series 1 at 11-21 ; B. WINEGER et al (eds), *Digest of European Tort Law*, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation, (2007) at 590-591 ; L. KHOURY (professeur à Montréal), *Causation and Risk in the Highest Courts of Canada, England, and France*, (2008) 124 Law Quarterly Review 103 at 125-126 ; ZWEIGERT et KOTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed (1998).

⁵⁸⁰ Le Recueil Dalloz par exemple, dont les références sont données dans la décision de la House of Lords du 20 juin 2002 (*Fairchild suing on her own behalf etc. v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others etc.*) ; le JCP et le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (dont la référence figure dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada du 20 avril 1992 ; La Gazette du Palais citée dans un arrêt de la Supreme Court of United Kingdom, *Application by Guardian News and Media Ltd and others in Her Majesty's Treasury c. Mohammed Jabar Ahmed and others*, 27 janvier 2010).

dont ils ont eu personnellement connaissance.

La présence de décisions françaises dans des arrêts étrangers nous amène aussi à nous poser la question de leur poids devant une juridiction étrangère.

B. La force argumentative des décisions françaises

291. Une influence relative – Dans un premier temps, les décisions étudiées rendues par des juridictions de Common Law laissaient entrevoir un intérêt pour la jurisprudence française en tant que jurisprudence reflétant la tradition continentale. Pour ce qui est des autres juridictions, et plus particulièrement celles de tradition romano-germanique, une toute autre analyse se dessine. Ainsi, on ne retrouve pas devant ces juridictions une étude systématique de la tradition anglo-saxonne. L'analyse de droit comparé est présente, mais le juge continental se réfère plus à l'un de ses homologues, plutôt qu'à un juriste de *Common Law*. Lorsqu'on étudie les références à la jurisprudence française par un juge issu de la même tradition juridique, on vient à s'interroger sur le poids argumentatif de la référence. Sur les décisions étudiées ici, deux tendances se profilent. Parfois, la référence à la jurisprudence de la Cour de cassation présente un caractère informatif (1), tandis que d'autres fois cette référence possède une force argumentative (2).

1) La jurisprudence française comme argument informatif

292. Une distinction purement subjective – La distinction entre les références à la jurisprudence française ayant un but informatif et celles qui ont un but persuasif est totalement subjective et est apparue au fil des lectures des différentes décisions étrangères. Afin d'illustrer ce type de citations, on a retenu l'exemple des décisions canadiennes, dans lesquelles il a semblé que le droit français n'avait pas eu beaucoup de poids dans l'argumentation du juge.

293. L'exemple des décisions canadiennes – D'après nos recherches effectuées sur les décisions étrangères faisant référence à la jurisprudence française, cinq d'entre elles citent la jurisprudence de la Cour de cassation à titre indicatif. Autrement dit, il ne nous est pas apparu que le juge ait mobilisé la jurisprudence française dans un but persuasif. Il ressort un particularisme des décisions canadiennes car, sur les cinq décisions, quatre ont été rendues par la juridiction nord-américaine⁵⁸¹. Nous verrons que cet état des choses est lié au système juridique canadien et qu'à l'instar des décisions précédemment étudiées, la doctrine constitue encore un vecteur primordial au rayonnement de la jurisprudence française.

294. Le particularisme du système canadien – Le système juridique canadien présente l'originalité de mêler le droit issu de la Common Law et celui issu de la tradition romano-germanique. En effet, si le pays est soumis au système de la Common Law en tant

⁵⁸¹ La décision qui ne sera pas visée dans ces développements est celle du Tribunal fédéral suisse du 30 novembre 1997 (BGE 103 à 123). Notons que l'on peut lire dans le jugement : « *Il semble d'ailleurs en être de même en droit français, où le recel est considéré comme un délit continu ou successif qui peut être poursuivi dans tous les lieux où il s'est continué, même s'il a commencé à l'étranger (voir ROBERT VOUIN, Précis de droit pénal spécial, t. I, Paris 1971, p. 113 et 115 No 100 ch. 2 et ch. 4b; voir aussi un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française du 31 août 1922, Rec. Sir. 1923.I.237)* ». Ici la référence au droit français ne présente pas de caractère persuasif.

qu'ancienne colonie britannique, la province du Québec possède un système de droit civil⁵⁸². Cette spécificité du système canadien se retrouve dans les décisions étudiées. Celle datant de 1992 opérait clairement une analyse des systèmes français, américain, anglais et allemand⁵⁸³. Les quatre décisions retenant notre attention ici restent cantonnées au système de droit civil. La première décision traite de la perte de chance⁵⁸⁴. La question était de savoir s'il fallait intégrer la théorie de la perte de chance en droit québécois. Le juge FOREST va procéder à une analyse comparée des jurisprudences française et belge à partir de la doctrine des deux pays. Il reprend également des passages précis des auteurs ayant écrit sur le sujet. Au final, le juge affirme : « *En conclusion, en toute déférence pour ceux qui ont exprimé d'autres opinions, je ne crois pas qu'il y a lieu d'incorporer dans le droit civil du Québec, en matière de responsabilité médicale, la théorie de la perte de chance, du moins de la façon dont on la comprend en France et en Belgique* »⁵⁸⁵. Le juge québécois n'a pas mobilisé le droit français dans un but de persuasion.

Dans une autre décision, la Cour Suprême canadienne analyse la jurisprudence française afin de déterminer l'interprétation d'une disposition du Code civil québécois⁵⁸⁶. Le juge prévient que l'analyse du droit français est brève et d'ailleurs, il s'avère que le problème soulevé par la disposition canadienne ne peut pas trouver de solution en droit français. En effet, la disposition litigieuse ne trouve pas d'équivalent dans le Code civil français et la jurisprudence de la Cour de cassation rejette la thèse qui est soulevée par les parties au litige⁵⁸⁷. La jurisprudence française n'est donc donnée qu'à titre d'information par le juge canadien.

C'est le cas également dans une décision de 2005, dans laquelle le juge canadien se réfère à

⁵⁸² Les deux systèmes juridiques font partie de la Constitution du Canada. Il existe dans le texte constitutionnel des dispositions spécifiques à la province du Québec.

⁵⁸³ Cour Suprême du Canada, *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, 30 avril 1992, 1 R.C.S. (Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada) 1021.

⁵⁸⁴ Cour Suprême du Canada, *Laferrière c. Lawson*, 21 mars 1991, 1 R.C.S. 541.

⁵⁸⁵ *Ibid.* p. 85 de la décision.

⁵⁸⁶ Cour Suprême du Canada, *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Éconogros » c. Collin*, 3 R.C.S. 257, 2004 CSC (Supreme court of canada decisions) 59.

⁵⁸⁷ Il s'agit ici de la question de l'extinction du cautionnement par la cessation de l'exercice des fonctions de la caution. Le juge relève une opposition entre la doctrine et la Cour de cassation, mais comme c'est la doctrine qui ne rejette pas cette théorie de l'extinction de la caution, c'est surtout elle que va invoquer le magistrat.

la jurisprudence française afin de pouvoir retracer l'origine législative d'une disposition actuelle du Code civil québécois⁵⁸⁸. La jurisprudence française n'est mobilisée que pour comprendre l'origine législative d'une disposition canadienne, mais elle n'apparaît pas comme étant déterminante dans la décision.

Enfin, l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale* du 22 novembre 1990 fait référence à la jurisprudence française concernant un problème lié à la notion de l'abus de droit. Le magistrat en retrace la naissance et l'évolution en droit français, soulignant que le droit québécois a connu une évolution similaire. Les références voire analyses de la jurisprudence française par le juge canadien sont fortement liées au passé du Québec. Les décisions françaises peuvent éclairer sur l'interprétation d'une disposition du Code civil québécois, mais ne paraissent pas constituer une force persuasive dans la décision. Comme pour les juridictions de Common Law, le rôle de la doctrine dans la connaissance des arrêts français est décisif.

295. Le rôle de la doctrine dans la connaissance de la jurisprudence – La doctrine le plus mobilisée par le magistrat canadien est la doctrine française. Ainsi, les plus grands juristes permettent la diffusion du droit français et de la jurisprudence de la Cour de cassation. La seule différence avec le juge anglo-saxon réside dans le fait qu'il y est également quelques références à des recueils de jurisprudence français, ce qui laisse à penser que le juge canadien ou les parties au litige auraient peut être accéder directement à la jurisprudence de la Cour de cassation. Le dialogue direct entre les jurisprudences française et étrangère pourrait d'abord voir le jour avec les pays qui sont le plus liés à la tradition civiliste.

Même lié par une tradition juridique commune, une juridiction étrangère peut citer la jurisprudence française comme argument de persuasion.

⁵⁸⁸ Cour Suprême du Canada, *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2 R.C.S. 564, 2005 CSC 52.

2) La jurisprudence française comme argument de persuasion

296. Le poids des références françaises – A la lecture des décisions étrangères, il est apparu que certaines références au droit français avaient eu un poids important dans l’argumentation du juge. Pour illustrer notre propos, nous avons retenus certaines décisions espagnoles, auxquelles s’ajoute une étude pertinente sur le sujet à propos des décisions belges.

297. L’influence française par le prisme des décisions espagnoles – La recherche de référence à la jurisprudence de la Cour de cassation a également été effectuée auprès du Tribunal supérieur d’Espagne, qui a donné lieu à huit décisions. L’étude des arrêts espagnols faisant référence à la Cour de cassation révèle une originalité de la juridiction ibérique. D’abord, les références ne sont absolument pas précises, ensuite elles concernent quasiment toutes la matière contractuelle et la responsabilité civile. Pourtant, la simple référence à la jurisprudence française semble apporter de la force à l’argument du magistrat espagnol.

298. Des références aux allures lacunaires – Les références faites à la jurisprudence française sont lacunaires car il y a rarement, si ce n’est jamais, de précisions quant à la formation qui a statué, ou la date de la décision. Ainsi, dans les huit décisions on peut lire la « *juriprudencia francesa* » de manière globale, sans aucune date ni référence à la source dont elles proviennent⁵⁸⁹. Le juge espagnol se contente de résigner la position de la

⁵⁸⁹ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *MARIANO MARTIN GRANIZO FERNANDEZ*, 17 mai 1982 ; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *JUAN ANTONIO XIOL RIOS*, 13 mars 2008, N° de Resolución: 159/2008 ; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *FRANCISCO JAVIER DELGADO BARRIO*, 20 décembre 1986 ; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA*, 21 mai 2008, N° de Resolución: 445/2008 ; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *VICENTE LUIS MONTES PENADES*, 23 mai 2007, N° de Resolución: 546/2007 ; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *ENCARNACION ROCA TRIAS*, mars 2007, N° de Recurso: 1470/2000 ; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *JOSE BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO*, 15 décembre 1984 ; Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER*, 29 novembre 2000, N° de Resolución: 1827/2000.

jurisprudence française sur telle ou telle question du droit. Du point de vue de leur contenu elles se révèlent imprécises mais elles semblent avoir du poids dans l'argumentation du juge espagnol. On pourrait même voir les choses d'une autre manière en pensant que la jurisprudence française possède une autorité tellement grande aux yeux des juristes espagnols qu'il n'y a pas lieu d'en préciser d'avantage l'origine. Le fait également que le Tribunal espagnol mobilise souvent la jurisprudence française pourrait expliquer le peu de détail sur les décisions françaises. C'est ce que semble avouer la juridiction espagnole dans un jugement du 20 décembre 1986⁵⁹⁰ dans lequel on peut lire : « *La doctrina y la jurisprudencia francesa, frecuentemente citadas a este respecto por nuestra Sala* », que l'on peut traduire par : « *La doctrine et la jurisprudence française, souvent cités par notre juridiction sur ce sujet* ». Quoique l'on puisse en déduire à propos du manque de précision des références à la jurisprudence française, on remarque que les affaires portent toutes sur deux domaines précis.

299. Une influence française en droit des obligations et en droit de la responsabilité – Il semblerait que la jurisprudence française rayonne devant les juridictions espagnoles à travers le droit des contrats et le droit de la responsabilité. Effectivement, les affaires en question dans les décisions étudiées traitent notamment de la notion de faute virtuelle⁵⁹¹, de la responsabilité de l'entrepreneur⁵⁹², des contrats de distributions⁵⁹³, ou bien encore de responsabilité extracontractuelle⁵⁹⁴. Cette remarque peut également se faire en ce qui concerne le juge canadien, puisque les références à la jurisprudence française sont faites en vue d'interpréter une disposition du Code civil, ou d'en retracer l'histoire. Le droit français semble avoir une certaine influence en droit des obligations et en droit de la responsabilité,

⁵⁹⁰ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *FRANCISCO JAVIER DELGADO BARRIO*, 20 décembre 1986. Si le juge espagnol « avoue » citer régulièrement la jurisprudence française en 1986, on peut imaginer qu'il a l'habitude depuis bien plus tôt de regarder ce que fait le juge français.

⁵⁹¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *VICENTE LUIS MONTES PENADES*, 23 mai 2007, N° de Resolución: 546/2007.

⁵⁹² Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *MARIANO MARTIN GRANIZO FERNANDEZ*, 17 mai 1982.

⁵⁹³ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *JUAN ANTONIO XIOL RIOS*, 13 mars 2008, N° de Resolución: 159/2008.

⁵⁹⁴ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *JOSE BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO*, 15 décembre 1984.

sans doute plus qu'il n'en est en matière pénale.

300. L'exemple belge – Une étude de la mobilisation des décisions françaises par le juge belge a été menée par Safia BOUABDALLAH dans sa thèse consacrée à *La réception du modèle français en droit civil belge*⁵⁹⁵. Des développements sont plus particulièrement dédiés à « *l'intégration des décisions françaises à la jurisprudence belge* »⁵⁹⁶, dans lesquels on apprend que les décisions de la Cour de cassation française sont mobilisées par le juge belge dans la motivation de ses arrêts, possédant une véritable force persuasive. L'auteur parle même d'intégration car les décisions françaises sont considérées comme des précédents aux côtés des décisions belges. Il est possible d'après cette étude de dater le moment à partir duquel on retrouve des citations à la jurisprudence française dans les décisions belges. Ainsi, une décision belge du 4 novembre 1965 fait référence à un arrêt de la Cour de cassation française en date du 21 décembre 1853⁵⁹⁷.

Le droit belge est sans doute à part dans notre étude sur le dialogue des juges car il y aurait eu un transfert du droit français dans le droit belge. Pour ce qui est des autres droits, les références au droit français illustrent bien l'existence d'un dialogue des juges. Finalement, quelque soit le poids de la référence française dans la jurisprudence étrangère et donc malgré des citations purement indicatives à celle-ci, le juge étranger s'intéresse au droit français.

301. La part des traditions juridiques dans le dialogue des juges – Il semblerait que le dialogue des juges ait un lien assez étroit avec la tradition juridique. En effet, dans les décisions rendues par les juridictions de *Common Law*, les références aux décisions étrangères ne sont pas secrètes et, le droit non écrit issu de ces décisions, tient une place importante dans ce système de droit. Dans les pays de droit écrit et plus précisément en droit français, il n'existe pas de règle du précédent. Le secret du délibéré par ailleurs empêche de connaître l'opinion du juge qui a statué. Par conséquent, les références aux

⁵⁹⁵ Safia BOUABDALLAH, *La réception du modèle français en droit civil belge, exemple d'un transfert de droit*.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Cour de cassation belge 4 novembre 1965, disponible sur le site de la Cour de cassation belge : www.cass.be

droits étrangers contenues éventuellement dans les travaux préparatoires ne peuvent pas nous indiquer la force persuasive de celles-ci.

On peut encore noter que les références faites par les juridictions étrangères aux arrêts français possèdent une valeur informative ou argumentative indépendamment de la tradition juridique dont est issue la juridiction étrangère.

302. Fin de section – Après avoir recherché des preuves de mobilisation de la jurisprudence française auprès du juge international, une même démarche a été entreprise concernant les autres juges nationaux. Le constat est plus optimiste en ce qui concerne ce dernier aspect de notre étude. La jurisprudence de la Cour de cassation est mobilisée par le juge étranger. Si la mobilisation des décisions françaises s'effectue dans le cadre de litiges relatifs à l'application du droit de l'Union ou européen et du droit international, d'autres décisions montrent une mobilisation spontanée de la jurisprudence française. La France rayonne donc sur la scène mondiale à travers les jurisprudences rendues par d'autres juges, et le fait que cette influence s'exerce de façon spontanée prouve l'existence d'un dialogue des juges.

303. Fin de chapitre – Après avoir constaté l'existence d'un dialogue des juges naissant à travers la jurisprudence de la Cour de cassation, une étude de l'autre côté du miroir a été réalisée afin de savoir si au-delà des frontières hexagonales, la jurisprudence française était mobilisée par le juge. Suivant la distinction entre le juge international d'un côté et les autres juges nationaux de l'autre, nous sommes arrivés à la constatation d'un dialogue des juges timide entre le juge international et le juge français. Cette situation ne tend pas à s'améliorer à l'avenir car, nous pensons que le dialogue des juges doit s'opérer entre les juridictions internationales entre elles, même si cela n'est pas sans soulever de nombreuses difficultés. Pour ce qui est des rapports entre le juge français et les autres juges nationaux, même si l'analyse menée est loin d'être exhaustive, elle révèle l'influence du droit français devant les autres juges. Ces rapports ne sont pas totalement réciproques, car de son côté, le juge français n'en est pas encore à une mobilisation directe et spontanée de la jurisprudence étrangère. Le terme d'influence croisée de jurisprudences est donc tout à fait approprié, en ce que les influences entre jurisprudences française et étrangères n'ont pas à être réciproques ou égalitaires.

Une autre particularité de ce dialogue des juges est le fait qu'il ne soit pas institutionnalisé mais au contraire spontané. On peut penser à l'avenir que les rapports entre les juges sur la scène européenne et mondiale s'intensifient, sans pour autant devenir formels. Mais parfois, un dialogue des juges peut passer d'un état informel, existant de manière primitive, à un état formel. C'est ce qu'illustre la mise en place en France de la question prioritaire de constitutionnalité.

CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT DU DIALOGUE DES JUGES INTERNES : L'EXEMPLE DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

304. Le microcosme du dialogue interne – L'étude du dialogue des juges à l'échelle mondiale relève d'une complexité évidente. Mais réduite à l'échelle nationale, cette étude révèle encore de nombreuses difficultés. D'abord, il n'existe pas de définition du dialogue des juges internes. Et pour cause, la recherche d'une définition amène à constater que même au niveau national, il existe une multitude de phénomènes juridiques se rapprochant d'un dialogue des juges.

On pourrait alors admettre l'existence d'une multitude de dialogues des juges, prenant des formes plus ou moins différentes. Ainsi, on peut affirmer qu'il y a un dialogue interne entre les juges d'une même juridiction. Ce dialogue pouvant intervenir à plusieurs niveaux comme par exemple de manière informelle lorsque deux ou plusieurs magistrats parlent ensemble. Mais aussi à un niveau plus formel dans le cadre de leur hiérarchie entre eux. Ensuite, un dialogue des juges existe entre des magistrats appartenant à des juridictions différentes. L'illustration la plus topique est l'appel. Les magistrats dans leur décision reprennent les motifs du juge qui a statué en première instance. La même remarque peut se faire pour la juridiction d'appel et la Cour de cassation. Même si la Cour de cassation ne revient pas sur les faits et ne juge que le droit, elle est amenée à s'intéresser aux motifs des juges du fond. Finalement, la procédure civile et pénale en France semble être fondée sur le dialogue. Ce dialogue n'est pas à sens unique, puisque de par son rôle notamment d'uniformisation de la jurisprudence, la Cour de cassation rend des arrêts qui seront pris en considération par les juges du fond. A l'inverse, les juges du fond peuvent être à l'origine d'un changement de position de la haute juridiction et le mécanisme du pourvoi en cassation en est la parfaite illustration. Ainsi, la Cour de cassation réunie en son assemblée plénière a parfois été amenée à opérer un revirement de jurisprudence car les juges du fond

opposaient une résistance face à ses solutions.

Le dialogue qui nous intéresse ici est celui que la Cour de cassation a avec le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. En effet, le dialogue entre ces trois juridictions méritent d'être étudiés car de prime abord, il ne semble pas évident que des juges aussi différents puissent entretenir des liens étroits.

305. La Cour de cassation comme centre de gravité – La forme de dialogue interne qui est étudiée dans ce chapitre est celle de la Cour de cassation avec le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Gravitant donc autour de la Cour de cassation, nous tenterons d'apprécier les rapports entre ces trois juridictions, notamment dans leur rapport de jurisprudence à jurisprudence. Il sera mené une étude de leur jurisprudence respective afin de déterminer si la Cour de cassation mobilise la jurisprudence administrative et constitutionnelle et si le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel mobilisent la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette étude des rapports entre les trois juridictions est d'autant plus importante que depuis le 1^{er} mars 2010, il a été mis en place un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. La particularité de la question prioritaire de constitutionnalité⁵⁹⁸ fait intervenir le Conseil d'Etat et la Cour de cassation dans ce nouveau contrôle.

Un dialogue existe déjà entre les trois juges⁵⁹⁹, mais celui-ci vient le renforcer de façon irrémédiable, bouleversant ainsi le visage du droit procédural français.

La nouvelle forme de dialogue qu'instaure la question prioritaire de constitutionnalité est étudiée en comparaison avec le dialogue interne qui existe déjà dans sa forme informelle, puis est analysée avec de la hauteur afin d'apprécier les premiers impacts qu'elle engendre sur la place de la Cour de cassation en droit interne. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité après l'entrée en vigueur des lois conforte un dialogue des juges devenu institutionnalisé (section 1), permettant à la Cour de cassation de tenir une nouvelle place sur la scène nationale (section 2).

⁵⁹⁸ La question prioritaire de constitutionnalité sera parfois abrégée QPC.

⁵⁹⁹ On peut citer par exemple la procédure d'avis.

Section 1 : Une forme de dialogue des juges institutionnalisé

306. Changement et continuité – Le dialogue entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel existe déjà mais il n'a jamais vraiment donné lieu à une étude approfondie. La question prioritaire de constitutionnalité vient bouleverser le monde judiciaire français en ce qu'elle instaure un contrôle de constitutionnalité des lois après leur entrée en vigueur mais il ne s'agit en réalité que d'une nouvelle forme de dialogue interne. La carte du dialogue des juges internes n'en devient que plus complexe, dès lors il faut d'abord s'attarder sur le dialogue interne déjà existant (§1), avant de s'attarder sur le dialogue mis en place avec la question prioritaire de constitutionnalité qui n'arrange en rien la complexité du phénomène de dialogue interne puisqu'il instaure un dialogue à deux niveaux (§2).

§1) Un dialogue des juges internes déjà existant

307. Plan – La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas la première forme de dialogue des juges interne. Il existe déjà un dialogue interne entre les juges de la Cour de cassation et ceux du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel mais celui-ci n'est pas formel, institutionnalisé. Il est intéressant de s'attarder sur cette forme de dialogue des juges pour pouvoir le comparer ensuite au dialogue instauré par la procédure de la QPC. Dans ce dialogue des juges interne, on distingue une forme spontanée de dialogue et une forme quasi-formelle de dialogue.

A. L'existence d'un dialogue interne spontané

308. Triptyque en droit interne – Un dialogue interne entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel existait déjà en dehors de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Il s'agit d'un dialogue spontané en ce que les trois cours dialoguent entre elles sans en être contrainte de quelque manière que se soit. La méthode utilisée consiste à chercher dans la jurisprudence des trois cours une mobilisation de la jurisprudence des deux autres. Les recherches ont été réalisées avec l'outil de recherche présent sur le site officiel de chaque cour. Nous verrons d'abord la mobilisation de la

jurisprudence administrative et constitutionnelle par la Cour de cassation (1), puis la mobilisation de la jurisprudence judiciaire par les juges administratif et constitutionnel (2).

1) La jurisprudence administrative et constitutionnelle mobilisée par la Cour de cassation

309. Une mobilisation fréquente – Des études ont déjà été menées sur la mobilisation de la jurisprudence dans les travaux préparatoires des arrêts de la Cour de cassation⁶⁰⁰. Ces « *motifs des motifs* » peuvent provenir de différentes sources de droit dont la jurisprudence interne. Ainsi, les « *décisions du Conseil constitutionnel [...] sont simplement mentionnées pour rappeler la valeur constitutionnelle d'un principe* »⁶⁰¹. Les travaux préparatoires montrent que le juge mobilise davantage la jurisprudence du Conseil d'Etat.

La méthode employée dans cette analyse consiste à prendre des décisions de la Cour de cassation au hasard et de chercher dans les arrêts ainsi que dans les travaux préparatoires des références à la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel⁶⁰². Sur les décisions mises en ligne sur le site de la juridiction, il a été choisi environ une décision par année au sein de la jurisprudence de l'Assemblée plénière et des chambres mixtes⁶⁰³. Il

⁶⁰⁰ Voir par exemple : Pascale DEUMIER, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, études des travaux préparatoires*, dans *Principes de justice, mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz 2008, p. 125.

⁶⁰¹ *Ibid.* p. 158.

⁶⁰² Les décisions les plus anciennes mises en ligne datent de 2003.

⁶⁰³ Pour chaque décision, avis et rapports sélectionnés, une recherche avec le terme « Conseil » a été entreprise, permettant ainsi d'englober aussi bien le Conseil d'Etat que le Conseil constitutionnel.

s'avère qu'à peu près chaque année depuis leur mise en ligne, on trouve des travaux préalables faisant référence à la jurisprudence administrative et constitutionnelle. La Cour de cassation mobilise donc fréquemment les arrêts du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel mais le degré de mobilisation n'est pas le même selon les travaux étudiés. Si certaines références constituent de simples rappels à la jurisprudence administrative ou constitutionnelle, d'autres se révèlent être de véritables preuves d'un dialogue interne entre ces trois juges.

310. Les simples rappels de jurisprudence – Les références faites aux décisions du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel se retrouvent respectivement dans les travaux préparatoires annexés aux arrêts des chambres mixtes et de l'assemblée plénière de la Cour de cassation. La référence à la jurisprudence administrative ou constitutionnelle est plus ou moins développée selon les travaux étudiés. Ainsi, le conseiller et l'avocat général vont parfois s'attarder plus longuement sur la jurisprudence citée. C'est le cas par exemple de l'avis de l'avocat général DE GOUTTES sur un arrêt du 6 juin 2003⁶⁰⁴, dans lequel ce dernier revient sur une décision du Conseil constitutionnel qui avait déclaré un texte conforme à la Constitution. Dans le même avis, l'avocat général rappelle également que l'égalité de tous devant la loi « *est d'ailleurs conforme à la valeur constitutionnelle que confère au pourvoi en cassation le Conseil constitutionnel et à valeur de principe général du droit que lui reconnaît le Conseil d'Etat* ». Parfois les références à la jurisprudence administrative et constitutionnelle sont très structurées dans les travaux préalables. Certains magistrats introduisent des sous-paragraphes relatifs à la jurisprudence administrative, la jurisprudence constitutionnelle, et cette technique s'observe par exemple lorsque la jurisprudence européenne est analysée également⁶⁰⁵. Dans d'autres travaux, les références sont très succinctes, voire indirectes.

Dans l'avis sur l'arrêt du 24 février 2006⁶⁰⁶, l'avocat général consacre des développements sur le principe de l'exécution provisoire, en commençant par affirmer que « *l'exécution provisoire, même si on ne peut lui opposer la règle du double degré de juridiction, qui n'est pas absolue, déroge néanmoins au droit d'appel* ». La référence à un arrêt du Conseil

⁶⁰⁴ Assemblée plénière 6 juin 2003, 01-87.092, 03-80.734. courdecassation.fr

⁶⁰⁵ Voir par exemple Assemblée plénière, 24 janvier 2003, 01-40.967, arrêt n°498. courdecassation.fr

⁶⁰⁶ Assemblée plénière, 24 février 2006, 05-12.679, arrêt n°533. courdecassation.fr

d'Etat et du Conseil constitutionnel se situe en note de bas de page se reportant à cette première phrase.

Enfin, la mobilisation à la jurisprudence administrative et constitutionnelle peut être indirecte, citée à travers une référence doctrinale, comme c'est le cas dans l'avis de l'avocat MOUTON, sur l'arrêt de l'Assemblée plénière du 13 février 2009⁶⁰⁷. Les travaux faisant de simples rappels à la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel montrent l'existence d'une influence croisée de jurisprudence au sein de l'ordre interne, mais d'autres références s'avèrent plus explicites en ce qu'elles constituent des preuves d'un dialogue des juges interne.

311. Des preuves de dialogue interne – Dans plusieurs travaux préparatoires, les magistrats mobilisent la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel mais cette mobilisation révèle l'existence d'une influence croisée de jurisprudence. C'est ainsi que plusieurs phrases clés illustrent notre propos. Celles formulées dans l'avis de BURGELIN montrent une influence croisée entre les trois cours : « *Chaque fois que le Conseil constitutionnel a considéré qu'une loi de validation était conforme à la Constitution, notre Cour s'est inclinée* », « *Elle [cette décision] est surtout exemplaire en ce qu'elle révèle, à quelques mois d'intervalle, une totale identité de vue entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation et clarifie les rapports entre la Constitution et les traités* »⁶⁰⁸. Pour la même affaire, le conseiller rapporteur soulignera pour sa part que « *Cette thèse va à l'encontre de la jurisprudence constante de la chambre sociale et ne semble pas correspondre à la doctrine du Conseil d'Etat* », et que « *Le Conseil d'Etat paraît s'en tenir aux critères retenus par le Conseil constitutionnel* ».

D'autres phrases tirées d'autres travaux préalables sont caractéristiques de ce dialogue interne : « *Cette "audace" jurisprudentielle de la Cour de cassation avait été précédée par la reconnaissance par le Conseil d'Etat d'un régime spécifique de responsabilité de plein droit de la personne publique* »⁶⁰⁹, « *Contre les conclusions de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a adopté la position que la Cour de cassation avait*

⁶⁰⁷ Assemblée plénière, 13 février 2009, 01-85.826, arrêt n°571. Courdecassation.fr

⁶⁰⁸ Assemblée plénière, 24 janvier 2003, 01-40.967, arrêt n°498. courdecassation.fr

⁶⁰⁹ Assemblée plénière, 29 juin 2007, 06-18.141, arrêt n°559, avis du premier avocat général Monsieur DUPLAT. courdecassa.fr

exprimée »⁶¹⁰, « Ce principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, repris depuis lors de façon constante par la jurisprudence de la Cour de cassation, a été ensuite étendu par le Conseil d'Etat au juge administratif », « Cette jurisprudence constante est conforme à celle du Conseil d'Etat »⁶¹¹.

Cette première recherche illustre le fait que la Cour de cassation dialogue avec les autres juges internes. Le dialogue apparaît ici destiné à maintenir une certaine cohérence de la jurisprudence interne. On peut se demander alors si la question prioritaire de constitutionnalité va engendrer une mobilisation plus importante des jurisprudences respectives des trois juges et la manière dont cette mobilisation se manifeste dans les arrêts et les travaux préparatoires.

La Cour de cassation mobilise donc bien la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat et il convient désormais d'envisager le dialogue interne du côté des juges administratif et constitutionnel.

2) La jurisprudence judiciaire mobilisée par le juge administratif et constitutionnel

312. Le dialogue des juges et le droit public contemporain – A propos des rapports entre le juge administratif et le juge européen, l'expression « *dialogue des juges* » a été prononcée le 22 décembre 1978 par le commissaire du gouvernement Bruno GENEVOIS

⁶¹⁰ Assemblé plénière, 9 mai 2008, 06-85.751, arrêt n°567, rapport de Monsieur TERRIER. courdecassa.fr

⁶¹¹ Chambre mixte, 10 octobre 2008, 04-16.174, arrêt n°263, avis de Monsieur DE GOUTTES et rapport de Madame RADENNE. courdecassa.fr

dans ses conclusions concernant l'affaire *Ministre de l'Intérieur c. Cohn Bendit*.⁶¹² D'après Bernard STIRN, « *l'affirmation du dialogue des juges apparaît comme l'une des évolutions caractéristiques du droit public contemporain* »⁶¹³. Le phénomène de dialogue des juges semble, dans la doctrine, avoir été d'abord appréhendé par les publicistes.

Le dialogue entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation est traditionnel et a permis une cohérence entre les jurisprudences administratives et judiciaires. Par ailleurs, « *l'unité du droit public aurait été menacée si une écoute très attentive [...] n'avait assuré une remarquable harmonie des jurisprudences* »⁶¹⁴. L'idée d'un dialogue des juges entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel n'est pas nouvelle et trouve même quelques illustrations assez connues en droit français⁶¹⁵. Suivant une méthode similaire aux recherches précédentes, la jurisprudence administrative et constitutionnelle a été fouillées afin d'y déceler des références aux décisions de la Cour de cassation. Il s'avère que la mobilisation de la jurisprudence judiciaire n'apparaît pas aussi clairement que l'on aurait imaginé.

313. Les rapports entre les jurisprudences administratives et judiciaires – Une recherche générale de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le site du Conseil d'Etat a été réalisée et on ne trouve pas de références explicites à la jurisprudence judiciaire. A partir des résultats donnés en interrogeant le moteur de recherche du site, quatre documents retiennent notre attention. D'abord, un communiqué intitulé « *Le Conseil d'Etat modifie sa jurisprudence en matière de devoir d'information des patients par les médecins et fixe des règles semblables à celles retenues récemment par la Cour de cassation* »⁶¹⁶. Il s'agit en l'occurrence de deux décisions rendues par le Conseil d'Etat dont les références sont simplement notées dans le document. Après avoir recherché et lu les décisions en

⁶¹² Conseil d'Etat, *ministre de l'intérieur c. Cohn Bendit*, 22 décembre 1978, Rec. Lebon p. 524.

⁶¹³ Bernard STIRN, *Le Conseil d'Etat et le dialogue des juges in Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* Bruylant, 2004. Pages 81 et suivantes.

⁶¹⁴ *Ibid.* page 82.

⁶¹⁵ Bernard STIRN revient notamment sur les affaires relatives à l'application de l'article 55 de la Constitution, et plus précisément sur l'arrêt du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975, de l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre* de la Cour de cassation (25 mai 1975), et de l'arrêt *Nicolo* du Conseil d'Etat (20 octobre 1989).

⁶¹⁶ Il s'agit d'un communiqué que l'on trouve dans l'onglet *Actualités* du site du Conseil d'Etat.

question⁶¹⁷, il s'avère qu'aucune référence à la jurisprudence de la Cour de cassation n'est faite. En revanche, pour ce qui concerne la seconde décision, plusieurs arrêts de la Cour de cassation sont donnés en annexe introduits par l'abréviation « Rappr » qui signifie « à rapprocher de ».

Dans le deuxième document intitulé « *Responsabilité de l'Etat – L'engagement de la responsabilité des hôpitaux publics* », une très brève allusion à la jurisprudence judiciaire est faite, même s'il n'y a pas inspiration envers la Cour de cassation puisqu'on peut lire « *Toutefois, voulant éviter une responsabilité trop large, et contrairement à la Cour de cassation, le Conseil d'Etat estime que l'hôpital n'engage pas sa responsabilité ...* ».

Enfin, la mobilisation de la jurisprudence judiciaire par le Conseil d'Etat apparaît dans deux rapports. Le premier rapport relatif à l'eau et son droit est riche en références jurisprudentielles d'origine judiciaire et une annexe est même consacrée aux décisions de la Cour de cassation. Le second est beaucoup moins riche puisqu'une seule phrase, certes révélatrice, ne traite de la jurisprudence judiciaire : « *En l'espèce, la question de savoir si l'attitude de Monsieur Petit était fautive devait être tranchée au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation applicable aux salariés "ordinaires", dont le Conseil d'Etat s'inspire en matière de licenciement des salariés "protégés"* »⁶¹⁸.

Le juge administratif prend donc bien en considération la jurisprudence judiciaire afin de s'en inspirer librement, mais la même attitude ne semble pas se retrouver du côté du juge constitutionnel.

314. Le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation – Toujours en recherchant des références à la Cour de cassation sur la base de données du site du Conseil constitutionnel, seul un document a retenu notre attention. Ainsi, dans Les cahiers du Conseil constitutionnel numéro 22 de 2007, une étude intitulée « *L'application de la Constitution par la Cour de cassation* » fait état d'un dialogue entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation⁶¹⁹. Les propos sont clairs « *A cet égard, on peut mentionner un cas récent qui s'est produit dans les années 2003-2005, où la Cour constitutionnelle et la Cour*

⁶¹⁷ *Conseil d'Etat*, du 5 janvier 2000, 198530, inédit au recueil Lebon, et *Conseil d'Etat*, Section, du 5 janvier 2000, 181899, publié au recueil Lebon.

⁶¹⁸ Les rapports sont diffusés en ligne sur le site conseil-etat.fr

⁶¹⁹ *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, 2007 n°22.

de cassation se sont répondu, à plusieurs reprises, du tac au tac à propos de la règlementation des délais maximum de la détention provisoire ».

Les juges judiciaire, administratif et constitutionnel ne vivent pas en autarcie, leurs jurisprudences respectives montrent l'existence d'un dialogue entre eux. D'ailleurs, leurs rapports sont d'autant plus intéressants à analyser que le Conseil constitutionnel ne fait pas partie de l'ordre juridictionnel français. Par ailleurs, la question de l'autorité des décisions du juge constitutionnel sur les juges judiciaire et administratif est un débat toujours existant en doctrine. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce débat car la question prioritaire de constitutionnalité relance le débat relatif à l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC sur les jurisprudences administrative et judiciaire.

L'existence d'un dialogue spontané entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel est démontrée, il s'agit d'un dialogue libre, mais nécessaire à une cohérence des jurisprudences et donc au bon fonctionnement de la justice française. Cependant, cette forme de dialogue entre les trois cours n'est pas insolite puisqu'il existe à côté de celui-ci une forme de dialogue quasi-formel en droit interne.

B. L'existence d'un dialogue quasi-formel

315. Un dialogue quasi-juridictionnel – La Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel possèdent une fonction consultative. Il s'agit d'un dialogue quasi-formel en ce qu'il est prévu par les textes mais n'instaure pas un dialogue officiel entre les trois cours. Nous pensons que le dialogue est dit officiel lorsqu'il se déroule à travers la fonction juridictionnelle de la juridiction. Il constitue également un dialogue quasi-formel en ce que les avis rendus par la juridiction concernée peuvent être mobilisés dans une décision de justice.

316. Un dialogue teinté de formalité – La Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel n'exercent pas que des fonctions juridictionnelles. Ces trois instances sont parfois consultées et rendent des avis.

Ainsi, le Code de l'organisation judiciaire prévoit un titre relatif à la procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation⁶²⁰. Cette procédure est en réalité une forme de dialogue entre les juges du fond et la Cour de cassation, car la loi prévoit qu' « *Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* »⁶²¹. Le site de la juridiction présente également cette procédure de saisine pour avis : « *Une loi du 15 mai 1991 a conféré à la Cour de cassation le pouvoir de donner des avis. La procédure d'avis a l'avantage de permettre de connaître très rapidement la position de la Cour sur l'interprétation de textes nouveaux et de donner ainsi, une grande prévisibilité à la position que la Cour adoptera à l'égard de telle ou telle norme, dont l'application suscite des difficultés. La procédure d'avis, strictement encadrée, est soumise à un certain nombre de conditions* »⁶²². Cette procédure illustre donc l'existence d'un dialogue interne entre les juges judiciaires.

Pour ce qui concerne le Conseil d'Etat, il possède une fonction consultative qui se dédouble. D'abord, il peut être coauteur de lois et décrets comme cela est prévu par le Code de l'organisation administrative⁶²³, il peut encore aussi jouer le rôle de consultant juridique, lorsqu'il est saisi d'une demande d'avis de la part du Premier ministre ou d'un ministre afin d'être éclairé sur une difficulté juridique apparue dans le cadre de l'action de

⁶²⁰ Articles L. 441-1 à L. 441-4 COJ.

⁶²¹ Art. L. 441-1.

⁶²² http://www.courdecassation.fr/institution_1/savoir_plus_institution_2845/presentation_cour_cassation_11982.html

⁶²³ L'article L. 112-1 du Code de la justice administrative dispose « *Le Conseil d'Etat participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le Gouvernement (al.1). Le Conseil d'Etat émet un avis sur les propositions de loi, déposées sur le bureau d'une assemblée parlementaire et non encore examinées en commission, dont il est saisi par le président de cette assemblée (al.2). Le Conseil d'Etat donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement (al.3). Saisi d'un projet de texte, le Conseil d'Etat donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaires. (al. 4) En outre, il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés (al.5).* ».

l'Administration⁶²⁴. Il tient également ce rôle en appelant l'attention du Gouvernement sur des réformes qui lui sembleraient nécessaires⁶²⁵. En comparaison avec la Cour de cassation, le Conseil d'Etat peut enfin être saisi pour avis sur une question de droit nouvelle. Ainsi, « *Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée* »⁶²⁶.

Enfin, le Conseil constitutionnel est également un organe de consultation qui est prévu à l'article 16 de la Constitution⁶²⁷. Les textes ne prévoient pas un dialogue entre les trois instances mais il arrive que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat soient amenés à mobiliser les avis rendus.

317. Des avis mobilisés par une juridiction – Dans l'étude des travaux préparatoires diffusés sur le site de la Cour de cassation, on trouve un avis faisant référence à un avis du Conseil d'Etat⁶²⁸ et un rapport faisant référence à un avis rendu par le Conseil constitutionnel⁶²⁹. Dans le premier document, l'avocat général présente à la Cour de cassation les risques de consacrer un critère qui serait incompatible avec le principe de laïcité de la République française, consacré par la Constitution et s'appliquant à l'ensemble des services publics. C'est l'application du principe à l'ensemble des services publics qui

⁶²⁴ Art. L. 112-2 CJA « *Le Conseil d'Etat peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ».

⁶²⁵ Art. L. 112-3 CJA « *Le Conseil d'Etat peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général* ».

⁶²⁶ Art. L. 113-1 CJA et R. 113-1 à 113-4.

⁶²⁷ L'article 16 *in fine* dispose « *Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée* ».

⁶²⁸ Ch. mixte 20 juin 2003, avis de Monsieur DE GOUTTES relatif à l'arrêt n° 220.

⁶²⁹ Ch. mixte 11 décembre 2009, rapport de Monsieur ROUZET relatif à l'arrêt n° 266.

donne lieu à la note de bas de page se référant à un avis du Conseil d'Etat⁶³⁰. Dans le second document, le conseiller rapporteur se réfère à un avis du Conseil constitutionnel à travers les moyens invoqués par le requérant, ce n'est donc qu'indirectement que la mobilisation intervient.

Il est donc possible de trouver dans les travaux préparatoires une référence à un avis rendu par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, mais il est également possible de trouver des références à la jurisprudence de la Cour de cassation dans l'un de ces avis. C'est le cas notamment de trois avis rendus par le Conseil d'Etat. Dans le premier avis datant du 11 mars 2008, le Conseil d'Etat se réfère à la jurisprudence de la Cour de cassation, mais de façon large, puisqu'aucun arrêt n'est cité en particulier⁶³¹. Dans un second avis du 29 avril 2004, la juridiction administrative mobilise la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'application de la règle *non bis in idem*. Il est question ici de rappeler une jurisprudence datant de 1862⁶³². Enfin, dans un avis de 2002, la juridiction administrative se réfère trois fois à la jurisprudence judiciaire et ne donne pas de décisions précises⁶³³. Il s'agit de revenir sur la jurisprudence Perruche et sur la loi du 4 mars 2002.

Un dialogue des juges au plan interne existe déjà avant la mise en place de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Il s'agit d'un dialogue des juges internes, que l'on qualifie de quasi-formel car l'avis n'a pas la même valeur qu'une décision de justice. Il revêt une certaine formalisation du fait d'être cité spontanément par une autre juridiction. L'avis permet donc d'instaurer un dialogue entre les juges du fond et la juridiction dont ils dépendent mais il permet aussi d'instaurer un dialogue entre des hautes juridictions. On pourrait alors imaginer la technique de l'avis comme permettant à des juridictions internationales ou étrangères de dialoguer entre elles. La question prioritaire de constitutionnalité n'est pas aux antipodes de ce que nous venons d'étudier.

⁶³⁰ Il s'agit de l'avis du 3 mai 2000 n° 217017.

⁶³¹ CE, section des finances, avis n° 381. 097 du 11 mars 2008. On peut lire ainsi que « *Lorsqu'un agent non titulaire est recruté pour faire face à des vacances d'emplois déterminées, les contrats successivement conclus pour faire face à ces vacances différentes doivent être regardés comme une succession de contrats, au sens du droit du travail et de la jurisprudence de la Cour de cassation, et non comme des contrats successifs au sens de la directive* ».

⁶³² On peut lire ainsi « *Suivant une jurisprudence bien établie qui remonte à un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 mars 1862, la règle "non bis in idem" ne s'applique en principe "qu'aux jugements émanés de la même souveraineté"* ». CE, assemblée générale, avis n° 370. 136 du 29 avril 2004.

⁶³³ CE, assemblée du contentieux, avis n° 250. 167 du 22 décembre 2002.

§2) La question prioritaire de constitutionnalité, un dialogue à deux niveaux

318. Plan – La question prioritaire de constitutionnalité est née avec la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 puis avec la loi organique du 10 décembre 2009 et est entrée en vigueur le 1^{er} mars de l'année suivante⁶³⁴. Elle permet à un justiciable de contester la constitutionnalité d'une disposition législative lors d'une instance en cours devant une juridiction. Elle est une procédure nouvelle qui bouleverse le droit français car désormais il existe un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, autrement dit après l'entrée en vigueur d'une loi⁶³⁵. Il s'agit clairement d'une procédure instaurant un dialogue entre les juges internes. D'abord entre les juges du fond et la cour suprême de l'ordre auquel ils appartiennent, puis un dialogue entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat avec le Conseil constitutionnel. La question prioritaire de constitutionnalité est une forme de dialogue institutionnalisé en ce qu'elle est encadrée par des textes, mettant ainsi en place un dialogue d'ordre procédural entre les juges (A) ; les quelques temps de son application par les juridictions françaises et par le Conseil constitutionnel laissent entrevoir l'existence d'un dialogue des juges parallèle (B).

⁶³⁴ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁶³⁵ A propos de la loi organique : Otto PFERSMANN, *Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori*, Petites affiches, 19 décembre 2008 n° 254, P. 103 ; Séverine BRONDEL, *Un deuxième projet de loi organique pour la mise en œuvre de la révision constitutionnelle de 2008*, AJDA 2008 p. 2310 ; du même auteur, *Adoption de la loi organique sur la question prioritaire de constitutionnalité*, AJDA 2009 p. 2203 ; Michèle VERPEAUX, *La question préjudicelle de constitutionnalité et le projet de loi organique*, AJDA 2009 p. 1474 ; Dominique ROUSSEAU, *La question prioritaire de constitutionnalité validée*, Gazette du Palais, 10 décembre 2009 n° 344, p. 4 ; du même auteur, *L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile, La question préjudicelle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger , 20 septembre 0501 n° 3, p. 631.

A. Le dialogue des juges d'ordre procédural

319. Un dialogue des juges encadré par la procédure – La question prioritaire de constitutionnalité est une forme de dialogue des juges qui passe avant tout par la procédure. Lorsqu'on regarde de plus près la loi organique du 7 novembre 1958 modifiée par la loi de décembre 2009 introduisant la question prioritaire de constitutionalité, on s'aperçoit que le terme de dialogue n'est employé à aucun moment, ce qui n'a rien d'étonnant. Pourtant, nous verrons que la procédure implique un échange entre les juges (1), qui au final possède les traits d'un dialogue des juges écrit (2).

1) *Une procédure d'échanges entre les juges*

320. Des termes révélateurs d'un dialogue – La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité a été présentée par l'ensemble de la doctrine comme une forme de dialogue des juges⁶³⁶. Les textes encadrant cette nouvelle procédure ne parlent à aucun

⁶³⁶ Voir notamment : Anne LEVADE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !*, D. n° 21 du 3 juin 2010, pages 1321 et s. ; Francis DONNAT, *La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu*, D. n° 26 du 8 juillet 2010, pages 1640 et s. ; Denys SIMON et Anne RIGAUX, *Solange, le mot magique du dialogue des juges....*, JCP A n° 27, 5 juillet 2010, act. 538. ; Florence CHALTIEL, *Le dialogue des juges se poursuit sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Les petites affiches, 1er juin 2010 (108), p. 8-14.

moment de dialogue, pourtant, lorsque l'on regarde de plus près ceux ci, on remarque que le vocabulaire employé révèle une forme de dialogue. Ainsi, les magistrats ne cessent d'échanger tout au long de la procédure. D'abord, l'article 61-1 de la Constitution dispose que « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi sur renvoi par le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ». La Constitution emploie donc le terme de renvoi, qui implique un échange entre le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation avec le Conseil constitutionnel. On peut également souligner qu'il s'agit d'une question prioritaire de constitutionnalité, ce qui signifie que la juridiction administrative ou judiciaire engage un dialogue avec le Conseil constitutionnel et attendent une réponse à celle-ci. Les termes de « *renvoi* » et de « *question* » sont déjà employés dans le Code de justice administrative et dans la Code de l'organisation judiciaire mais dans ce cas ils concernent les trois juridictions directement.

La loi organique du 10 décembre 2009 est venue modifier certaines dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi sur le Conseil constitutionnel⁶³⁷. La procédure de la question prioritaire de constitutionnalité est prévue au chapitre 2 bis du titre 2 relatif au fonctionnement du Conseil constitutionnel. Les termes utilisés dans les différents articles se rapportent à l'idée de dialogue, d'échanges. Ainsi peut-on lire des mots comme « *communiqué* »⁶³⁸, « *transmission* »⁶³⁹ et « *adressée* »⁶⁴⁰. La procédure implique un dialogue interne à tous les échelons puisqu'il peut débuter avec les juges du fond et se terminer également avec eux après être remonté à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat, puis au Conseil constitutionnel.

321. Les juges du fond et leur cour suprême – Le dialogue instauré par la question prioritaire de constitutionnalité débute soit devant une juridiction du fond, soit à l'occasion d'un pourvoi⁶⁴¹. L'article 23-1 alinéa 1 prévoit en effet que « *Devant les juridictions*

⁶³⁷ Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁶³⁸ Notamment dans les articles 23-1, 23-7 et 23-11.

⁶³⁹ Art. 23-2.

⁶⁴⁰ Art. 23-2 *in fine*.

⁶⁴¹ La Cour de cassation diffuse sur son site internet les statistiques relatives à la question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi, à la date du 31 décembre 2010, 192 questions ont été transmises à la Cour par les juridictions du fond, 347 ont été posées à l'occasion d'un pourvoi.

relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office »⁶⁴². Les articles 23-2 et 23-3 disposent en substance que la juridiction sursoit à statuer en attendant la décision de la juridiction suprême saisie. Les délais sont courts puisque la juridiction a 8 jours pour transmettre la question de constitutionnalité. Il est possible de connaître les juridictions qui ont transmis à la Cour de cassation et le Conseil d'Etat une question prioritaire d'inconstitutionnalité. En effet, le site de la Cour de cassation recense les questions en cours et les questions examinées. Au mois de septembre 2010, on retrouve presque une trentaine de questions en cours d'examen devant la Cour de cassation. L'origine des saisines est très diverse puisqu'on retrouve aussi bien des juridictions de première instance que des juridictions d'appel. En ce qui concerne les questions dites examinées, il en existe une cinquantaine, dont trois ont donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel. En mars 2011, on trouve plus de 200 questions examinées en matière civile par la Haute juridiction. Pour les questions en cours et déjà examinées par la haute juridiction, il est indiqué la disposition sur laquelle porte la question prioritaire de constitutionnalité.

A la date du 1^{er} septembre 2010, des statistiques sont disponibles afin de dresser un premier bilan de l'application de la nouvelle procédure⁶⁴³. En ce qui concerne le Conseil d'Etat, 507 QPC ont été posées par les juges du fond, dont 71 qui ont été transmises au Conseil d'Etat. De son côté, le Haut juge administratif a connu 107 QPC dont 33 qui ont été transmises au Conseil constitutionnel.

Pour le 1^{er} anniversaire de la nouvelle procédure, un bilan plutôt positif est dressé⁶⁴⁴. Sans reprendre toutes les statistiques, on peut noter néanmoins qu'à la date du 28 février 2011, 83 décisions relatives à la question prioritaire de constitutionnalité ont été rendues par le

⁶⁴² L'article prévoit encore que « *Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis. (al.1) Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie. (al.2) Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation. (al. 3)* ».

⁶⁴³ *Le Conseil d'État dresse un état des lieux de la procédure de QPC*, JCP G, n° 38, 20 Septembre 2010, 928.

⁶⁴⁴ *Premier anniversaire de la QPC : bilan chiffré*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 10, 7 Mars 2011, act. 187.

Conseil constitutionnel, dont 56% sont des décisions de conformité, 34% de non-conformité et 10% de non lieux.

La nouvelle procédure a donc été très vite utilisée par les juges. Si la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat saisissent le Conseil constitutionnel, il doit être sursis à statuer en attendant que le juge constitutionnel se prononce.

322. La réponse du Conseil constitutionnel et les suites du dialogue – Les dispositions applicables devant le Conseil sont notamment prévues aux articles 23-8 à 23-12 de l'ordonnance de 1958. Il a trois mois à compter de la saisine pour statuer et sa décision est notamment « *notifiée aux parties et communiquée soit au Conseil d'Etat, soit à la Cour de cassation ainsi que, le cas échéant, à la juridiction devant laquelle la question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée* »⁶⁴⁵. Le site du Conseil constitutionnel prévoit un onglet spécialement consacré au contentieux lié à la question prioritaire de constitutionnalité. Il est possible de connaître les décisions en instance et les décisions déjà rendues à l'occasion. Un tableau récapitule la ou les dispositions litigieuses mais aussi la juridiction à l'origine de la saisine. Si le Conseil constitutionnel déclare une disposition inconstitutionnelle, il peut abroger la disposition litigieuse. Celle-ci est abrogée à compter de la publication de la décision ou à la date que le Conseil aura fixé. L'instance toujours en cours lors de laquelle avait été soulevée le moyen d'inconstitutionnalité se poursuit. Les juges du fond sont tenus de tirer les conséquences de l'abrogation du texte. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel déclare l'inconstitutionnalité d'un texte comme ceci : « *Considérant qu'en s'abstenant d'indiquer le motif précis d'illégalité dont il entendait purger l'acte contesté, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; qu'il y a lieu, par suite, de déclarer l'article unique de la loi du 11 décembre 1996 susvisée contraire à la Constitution ; qu'en application de l'article 62 de la Constitution, cette disposition est abrogée à compter de la publication de la présente décision au Journal officiel de la République française* », puis décide que ledit texte est contraire à la Constitution⁶⁴⁶.

On peut s'interroger sur la façon dont le dialogue se poursuit après la décision du Conseil constitutionnel. Après avoir effectué une recherche sur la base de données jurisprudentielle

⁶⁴⁵ Article 23-11 alinéa 1^{er}.

⁶⁴⁶ Ce considérant est tiré de la décision n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, Journal officiel du 12 février 2011, p. 2758 (@ 51).

de Legifrance, on trouve certaines décisions rendues après que le Conseil constitutionnel ait statué sur une question prioritaire de constitutionnalité. C'est le cas par exemple d'une décision rendue par la Chambre criminelle le 13 octobre 2010 qui statue après que le Conseil constitutionnel ait déclaré certaines dispositions du texte litigieux contraires à la Constitution. L'arrêt cite ainsi la décision du Conseil : « *Attendu que, par décision du 2 juillet 2010, publiée au Journal officiel le 3 juillet 2010, le Conseil constitutionnel, statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité formée par M. X... à l'occasion du présent pourvoi, a déclaré l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande contraire à la Constitution, dit que cette abrogation était applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de ladite décision et qu'à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siégeraient dans la composition des juridictions pénales de droit commun* »⁶⁴⁷. La Cour de cassation annule le jugement qui avait été rendu sur la base des dispositions litigieuses et renvoie les parties pour qu'elles soient de nouveau jugées. A l'occasion de cette décision, un auteur signale qu'à la date du 5 octobre 2010, 132 décisions ont été examinées par le Conseil constitutionnel, dont 30% sont des décisions de non conformités, parmi lesquelles 9 abrogations ont été prononcées⁶⁴⁸.

Les échanges qui ont lieu lors de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité demeurent d'ordre procédural, mais ce qui est échangé au final ce sont les décisions de justice elles mêmes, ce qui laisse à penser que la question prioritaire de constitutionnalité est en réalité une forme de dialogue écrit entre les juges.

⁶⁴⁷ *Ch. crim.* 13 octobre 2010, N° de pourvoi: 09-85447, inédit.

⁶⁴⁸ Neyla GONZALEZ-GHARBI, *Abrogation pour inconstitutionnalité*, Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2010, comm. 148 ; Anne-Sophie CHAVENT-LECLERE, *La Cour de cassation prend la mesure de l'inconstitutionnalité*, Procédures n° 2, Février 2011, comm. 68.

2) Un dialogue des juges écrit

323. La décision de justice, instrument du dialogue – Comme nous l'avions remarqué pour le dialogue entre la Cour de cassation et les juridictions étrangères, la décision de justice est le vecteur du dialogue des juges. Dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, la procédure est très encadrée par les textes, mais au final, les juges n'ont que leur décision pour dialoguer avec la juridiction saisie. Ainsi, l'exigence de motivation de la décision de renvoi est présente à tous les niveaux de la procédure ce qui signifie entre autres que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne sont pas de simples filtres dans la procédure.

324. L'obligation de motiver – L'obligation pour les juges de motiver leur décision est assez ancienne, qu'elle soit exigée dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité ne semble pas de prime abord étonnant. Devant la juridiction qui relève du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative doit être présenté à peine d'irrecevabilité, dans un écrit distinct et motivé⁶⁴⁹. Cette juridiction doit statuer par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire à la juridiction dont elle relève⁶⁵⁰. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décident de transmettre la question prioritaire au Conseil constitutionnel, ils doivent le faire par une décision motivée également⁶⁵¹. Enfin, la décision du Conseil doit être motivée⁶⁵². L'obligation de motiver apparaît en première ligne dans toutes les dispositions relatives à la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, cela s'explique également par le fait que soulever l'inconstitutionnalité d'une loi déjà promulguée représente une procédure grave. L'obligation de motivation est de toute manière exigée en droit français. Des conditions de fond sont bien évidemment exigées afin de pouvoir soulever cette inconstitutionnalité, mais le caractère strict de la procédure

⁶⁴⁹ Art. 23-1 al. 1^{er} ordonnance 1958.

⁶⁵⁰ Art. 23-2 al. 1^{er}.

⁶⁵¹ Art. 23-7 al. 1^{er}.

⁶⁵² Art. 23-11 al.1^{er}.

renforce l'idée selon laquelle les juges ordinaires ne constituent pas de simples filtres à la procédure.

325. Les juges ordinaires, véritables acteurs de la procédure – Les juges administratif et judiciaire ont un rôle considérable dans la procédure. La transmission de la question prioritaire de constitutionnalité est soumise à trois conditions cumulatives prévues à l'article 23-2 de l'ordonnance de 1958 : « *La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : (al.1) 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; (al. 2) 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; (al. 3) 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. (al. 4)* ». Une fois transmise à la juridiction suprême, cette dernière saisit le Conseil constitutionnel si le moyen soulève une question nouvelle ou présente un caractère sérieux⁶⁵³. Il reviendrait au juge du fond d'analyser l'applicabilité au litige de la disposition législative attaquée et à la Cour de cassation d'analyser la question de constitutionnalité⁶⁵⁴.

La question prioritaire de constitutionnalité est une forme de dialogue des juges formel, mais une forme de dialogue s'est développée en parallèle.

⁶⁵³ Art. 23-5 al. 3.

⁶⁵⁴ Présentation détaillée du dispositif de question prioritaire de constitutionnalité prévue par l'article 61-1 de la Constitution, Service de documentation et d'études, Bureau du droit constitutionnel (disponible sur le site courdecass.fr)

B. Le dialogue des juges parallèle à la question prioritaire de constitutionnalité

326. « *Si l'on parle de dialogue des juges, rarement celui-ci a eu lieu à un tel niveau et à une telle cadence* »⁶⁵⁵ - Cette phrase écrite par Francis DONNAT dans une chronique relative à la question prioritaire de constitutionnalité est assez révélatrice du phénomène engendré suite aux premières décisions rendues en la matière. On reviendra plus particulièrement sur la décision de la Cour de cassation du 16 avril 2010, qui est à l'origine d'un échange très exceptionnel entre la Cour de cassation, la Cour de justice de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat. Cet épisode de dialogue entre ces juges a été qualifié de « *guerre des juges* » mais certains sont allés jusqu'à le comparer à un Western⁶⁵⁶ ou bien encore à une tragédie grecque. L'existence de ce dialogue des juges parallèle au contentieux de la question prioritaire a été notamment constatée par la doctrine (1) et est allé au-delà des frontières du droit interne (2).

⁶⁵⁵ Francis DONNAT, *La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu*, D. n° 26 du 8 juillet 2010, pages 1640 et s.

⁶⁵⁶ Voir par exemple : Philippe YOLKA, *Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand*, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 11, 14 Mars 2011, act. 190 ; Marie GAUTIER, *QPC et droit communautaire - Retour sur une tragédie en cinq actes*, Droit Administratif n° 10, Octobre 2010, étude 19.

1) La doctrine, témoin du dialogue des juges transcendant la question prioritaire de constitutionnalité

327. La Cour de cassation à l'origine du mouvement doctrinal – A l'origine du mouvement doctrinal lié à la question prioritaire de constitutionnalité, se trouvent les arrêts du 16 avril 2010 rendus par la Cour de cassation⁶⁵⁷. Un juge des libertés et de la détention avait transmis une question prioritaire de constitutionnalité concernant une disposition du Code de procédure pénale. La Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel afin de savoir si les dispositions relatives à la question prioritaire sont compatibles avec le droit de l'Union et si la disposition pénale mise en cause dans le litige est contraire au droit de l'Union. La décision de la Cour de cassation a créé un véritable mouvement auprès de la doctrine, qui pour une partie d'entre elle, voit dans l'attitude de la juridiction judiciaire une déclaration de guerres envers le Conseil constitutionnel. On reviendra donc sur cet épisode qui a amené d'autres questions concernant la question prioritaire de constitutionnalité et qui a surtout été inédit quant au dialogue qu'il a engendré entre les juges français et le juge européen.

328. Une guerre des juges a-t-elle eu lieu ? – Le terme de guerre a été utilisé par certains juristes pour qualifier la décision de la Cour de cassation de saisir la Cour de justice de l'Union européenne. C'est le cas par exemple de Philippe BLACHER et de Florence CHALTIEL qui débutent leur article paru dans le journal *Le Monde* du 22 juin 2010 « *La Cour de cassation a déclaré la guerre au Conseil constitutionnel* »⁶⁵⁸. C'est encore le cas de Bertrand MATHIEU dans son article paru à *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales* intitulé « *La guerre des juges n'aura pas lieu - À propos de la décision du 12 mai 2010 du Conseil constitutionnel* »⁶⁵⁹. Le dialogue des juges semble

⁶⁵⁷ Dalloz 2010 1254 note A. LEVADE.

⁶⁵⁸ *Le Monde* du 22 juin 2010.

⁶⁵⁹ JCP A, n° 22, 31 Mai 2010, 2181.

s'opposer à la guerre des juges, d'ailleurs, ce sont les propres mots de Bruno GENEVOIS en 1978 qui déclarait qu' « *A l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit pas y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges* ». Nous ne considérons pas que le dialogue des juges s'oppose à la guerre des juges. En effet, nous estimons que le dialogue des juges naît de l'influence croisée de jurisprudences, donc son opposé serait l'absence de dialogue, l'absence d'influence de juge à juge. D'ailleurs, lorsqu'il y a conflit entre deux personnes ou deux juridictions, cela n'exclut pas l'existence d'un dialogue. Par ailleurs, c'est la doctrine qui témoigne de cet éventuel conflit entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. De plus, l'autre partie de la doctrine n'y a pas vu une guerre des juges mais bel et bien un dialogue⁶⁶⁰. Enfin, la Cour de cassation a eu l'occasion depuis lors de s'expliquer sur cet épisode, ne semblant pas du tout retenir un affrontement avec le juge constitutionnel. Bien au contraire, les membres de la Cour de cassation ont insisté sur le fait qu'une véritable collaboration avec le Conseil constitutionnel existe en matière de question prioritaire de constitutionnalité⁶⁶¹.

Ce dialogue est d'autant plus intéressant qu'il dépasse les frontières du droit interne.

⁶⁶⁰ Voir notamment : Anne LEVADE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !* D. 3 juin 2010 n°21 pages 1321 et s. ; Florence CHALTIEL, *Le juge administratif se reconnaît pleinement juge de droit commun du droit européen*, (À propos de CE, Ass., 30 octobre 2009), Petites affiches, 16 juin 2010 n° 119, P. 7 ; du même auteur : *Le dialogue des juges se poursuit sur la question prioritaire de constitutionnalité*, (À propos de la décision du Conseil constitutionnel no 2610-605 DC du 12 mai 2010), Les petites affiches, 1er juin 2010 (108), p. 8-14 ; Guillaume DRAGO, *Le hasard et la nécessité* (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010), Gazette du palais, 23-27 mai 2010 (22), p. 12-16 ; Gilles LUCAZEAU, *Constitution, Convention ou Traité - La « guerre des trois » aura-t-elle lieu ?*, JCP G n° 28, 12 Juillet 2010, 778 ; Bertrand MATHIEU, *La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg*, JCP G n° 17, 26 Avril 2010, 464.

⁶⁶¹ On peut voir en ce sens : Florence CREUX-THOMAS, *La QPC : « une révolution juridique confirmée ! »*, JCP G n° 40, 4 Octobre 2010, 960.

2) Un dialogue des juges au-delà du droit interne

329. Les frontières de la question prioritaire de constitutionnalité – Le fait pour la Cour de cassation d'avoir saisi la Cour de justice de l'Union européenne peut être considéré en soi comme du dialogue des juges pour ceux qui considèrent que la question préjudicelle est une forme de dialogue. Pour les autres, qui pensent que la procédure préjudicelle n'est pas une forme de dialogue entre la juridiction nationale et la juridiction européenne, le renvoi de la Cour de cassation d'une question préjudicelle a entraîné malgré tout une suite d'échanges informels entre les juridictions nationales et la Cour de justice d'une part, et entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel d'autre part.

330. Un dialogue à quatre temps - Par deux arrêts en date du 16 avril 2010, la Cour de cassation a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicelle⁶⁶². Cette dernière a statué plutôt rapidement car elle rend sa décision le 22 juin 2010, mais entre temps le Conseil constitutionnel a répondu à la décision de la Cour de cassation dans un arrêt du 12 mai 2010⁶⁶³. Et la décision du Conseil est mobilisée par la Cour de justice qui la cite dans sa décision *Melki*⁶⁶⁴. La question prioritaire de constitutionnalité a porté le dialogue des juges au niveau européen, puisque le dialogue a eu lieu entre la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et la Cour de justice⁶⁶⁵. Mieux encore, la Cour de cassation dans une décision du 29 juin 2010 a « *tiré les enseignements combinés de la*

⁶⁶² Cass., 16 avril 2010, n° 10-40.001 (n° 12002 ND QPC), D. 2010 1254, note A. LAVADE.

⁶⁶³ Conseil constitutionnel n°2010-605 DC DU 12 MAI 2010, RFDA 2010. 458, note P. GAIA.

⁶⁶⁴ CJUE, *Melki et Abdele*, n° 10-40. 001 et n° 10-40. 002, AJDA 2010. 1231, obs. S. BONDEL.

⁶⁶⁵ Anne LEVADE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !* D. 3 juin 2010 n°21 pages 1321 et s. « *Saisissant l'occasion de la première décision rendue depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, il (le Conseil constitutionnel) procède à une véritable mise au point. Saisissant surtout la première occasion offerte depuis la décision de la Cour de cassation, il lui répond [...] Ce faisant, disons-le, il engage également le dialogue avec la Cour de justice* ».

décision du Conseil constitutionnel [...] et de larrêt Melki et Abdeli de la CJUE »⁶⁶⁶, ce qui finalement a fait dire à certains que la guerre des juges n'a pas eu lieu⁶⁶⁷. Et pour cause, au niveau interne la question prioritaire de constitutionnalité a fait naître un dialogue interne renforcé entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel.

331. Le dialogue interne renforcé – Le 29 juin 2010, la Cour de cassation rend une décision qui a été largement commentée par la doctrine. Elle a en effet été prise comme un refus de dialoguer avec le Conseil constitutionnel⁶⁶⁸. Pour revenir sur cette décision, en fait la Cour de cassation a refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil car elle « *n'est pas en mesure, pour des raisons procédurales, de mettre en œuvre les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen* » et « *qu'il lui appartient de laisser inappliquées, non pas les dispositions de fond éventuellement incompatibles avec le droit de l'Union, mais l'ordonnance organique elle-même* »⁶⁶⁹. Cette décision a été vue par l'ensemble de la doctrine comme un refus de la Cour de cassation d'appliquer la nouvelle procédure.

Par ailleurs, la Cour de cassation a été également critiquée pour son refus de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité fondées sur l'interprétation de la loi donnée par sa propre jurisprudence. Sur ce sujet également, certains auteurs ont affirmé que la Cour de cassation refuse que le Conseil constitutionnel puisse revenir sur l'interprétation d'un texte qu'elle aurait pu faire, la plaçant hiérarchiquement en dessous du juge constitutionnel, transformant ainsi le Conseil en une Cour suprême⁶⁷⁰. Cet aspect sera

⁶⁶⁶ Paul CASSIA et Emmanuelle SAULNIER-CASSIA, *La QPC peut-elle être « prioritaire » ?*, D. 8 juillet 2010 – n° 26.

⁶⁶⁷ Voir notamment : Bertrand MATHIEU, *La guerre des juges n'aura pas lieu*, JCP A n° 22, 31 Mai 2010, 2181.

⁶⁶⁸ Voir par exemple : Denys SIMON, *La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2010 p. 63 ; Bertrand MATHIEU, *La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité*, JCP G n° 27, 5 Juillet 2010, 764 ; Nicolas MOLFESSIS, *La jurisprudence supra-constitutionem*, JCP G n° 42, 18 Octobre 2010, 1039 ; Denys SIMON, *Perseverare autem diabolicum ? . - La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité...*, Europe n° 8, Août 2010, repère 8.

⁶⁶⁹ *Perseverare autem diabolicum ? . - La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité...*, Op. cit.

⁶⁷⁰ *La jurisprudence supra-constitutionem*, Op. cit. ; Philippe MALINVAUD, *Le contrôle de la loi par le juge*, Revue de droit immobilier 2011 p. 125.

davantage développé quant il sera question des rapports entre le juge et le législateur. Il y aura sans doute d'autres illustrations de ce dialogue des juges car la question prioritaire est un mécanisme nouveau et comme l'écrit très justement Dominique ROUSSEAU «*À voie de droit nouvelle, pratiques professionnelles nouvelles ! Et donc hésitantes. Car il est rare de trouver spontanément, immédiatement et directement le bon usage, la juste mesure ou l'exacte application d'un instrument* ».⁶⁷¹

⁶⁷¹ Dominique ROUSSEAU, *La QPC se cherche !*, Gazette du Palais, 18 mai 2010 n° 138, P. 13.

332. Fin de section – La Cour de cassation est en passe d'obtenir une place plus importante sur la scène internationale avec le phénomène de dialogue des juges. Sur la scène nationale, sa place se renforce avec la question prioritaire de constitutionnalité et le dialogue des juges interne que cette nouvelle procédure prévoit. Ainsi, la Cour de cassation renforce ses liens avec les juges du fond qui sont très souvent amenés à transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité et renforce également ses rapports avec le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Avec un peu de temps dans la pratique de la question prioritaire de constitutionnalité, il sera plus aisé d'apprécier réellement l'impact de cette nouvelle procédure dans les rapports entre les trois juges. La question prioritaire de constitutionnalité constitue un dialogue des juges à deux niveaux et il n'est pas sans entraîner certaines conséquences quant à la place de la Cour de cassation en droit interne.

Section 2 : Une redéfinition de la place de la Cour de cassation en droit interne

333. Le renforcement de la Cour de cassation – La question prioritaire de constitutionnalité a pour effet de redéfinir la place de la Cour de cassation dans l'ordre interne. On verra que cette nouvelle procédure prend la forme d'un dialogue des juges institutionnalisé. Cette procédure amène également à s'interroger sur les rapports entre le juge et le législateur. En effet, le juge doit désormais décider d'une éventuelle incompatibilité d'un texte par rapport à la Constitution. Cette procédure nouvelle engendre donc une évolution de la Cour de cassation dans sa fonction juridictionnelle (§1) et bouleverse quelque peu ses rapports avec le pouvoir législatif (§2).

§1) L'évolution de la Cour de cassation dans son pouvoir juridictionnel

334. Plan – La question prioritaire de constitutionnalité fait de la Cour de cassation un juge constitutionnel à part entière (A), qui de surcroit intègre le droit constitutionnel dans la pratique judiciaire (B).

A. La Cour de cassation, juge constitutionnel à part entière

335. Une nouvelle fonction – Depuis que la Cour de cassation se retrouve impliquée dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, celle-ci se voit attribuer une nouvelle fonction. En effet, la Cour de cassation, qui exerce déjà un contrôle de conventionnalité des lois, se trouve chargée, tout comme le Conseil d'Etat, de l'opportunité du contrôle constitutionnel (1). Ce nouveau rôle que la Constitution lui attribue implique la nécessité de former les magistrats (2).

1) L'opportunité du contrôle de constitutionnalité

336. Une cour en pleine métamorphose – La Cour de cassation est en pleine évolution depuis la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* et les changements opérés au sein de la juridiction ne sont pas visibles immédiatement. Pour se rendre compte des changements qui ont lieu au quai de l'horloge, il faut d'abord bien imaginer qu'une formation spéciale est née avec la question prioritaire de constitutionnalité, symbolisant ainsi le nouveau rôle de la haute juridiction dans l'opportunité du contrôle de constitutionnalité.

337. A procédure spéciale, formation spéciale – Lorsque la Cour de cassation doit statuer sur la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité, c'est une formation spécifique présidée par le premier président et composée des présidents des chambres et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée qui se réunie. C'est ce que prévoyait notamment l'article 23-6 de la loi organique du 7 novembre 1958, mais cette disposition a été abrogée par la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010. Difficile alors de trouver une disposition relative à la composition de cette formation spéciale. Il faut alors rechercher celle-ci dans les décisions rendues en la matière par la Cour de cassation afin d'avoir une information sur la composition de cette formation. De manière générale, qu'il s'agisse de décisions de renvoi devant le Conseil constitutionnel ou de non lieu à renvoi, la composition de la formation est toujours la même. On note la présence du premier président, d'un rapporteur, d'un avocat général et d'avocats.

338. La décision de renvoyer ou non – La Cour de cassation n'exerce aucunement un contrôle de constitutionnalité des dispositions attaquées, mais elle décide de renvoyer ou pas la question au Conseil constitutionnel. Elle doit renvoyer au juge constitutionnel la question si la question est nouvelle ou si elle présente un caractère sérieux. La notion de question nouvelle signifie que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent transmettre la question au Conseil s'ils sont en présence d'un moyen « obligeant à l'interprétation d'un texte ou principe constitutionnel dont le Conseil constitutionnel n'a jamais fait

*application »*⁶⁷². Le caractère sérieux peut être assimilé à un caractère pertinent, ce qui laisse aux deux cours suprêmes une certaine marge d'appréciation dans la décision de transmettre ou pas. Si la Cour de cassation n'exerce pas elle-même le contrôle de constitutionnalité du texte attaqué, c'est elle qui est maître de son renvoi devant le juge constitutionnel. Toutefois, « *Le Conseil constitutionnel reçoit une copie de la décision motivée par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation décide de ne pas le saisir d'une question prioritaire de constitutionnalité. Si le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation ne s'est pas prononcé dans les délais prévus aux articles 23-4 et 23-5, la question est transmise au Conseil constitutionnel* »⁶⁷³.

La Cour de cassation possède bien un certain pouvoir dans cette procédure de question prioritaire, ce qui nous amène à nous interroger sur la formation des magistrats à celle-ci.

2) La formation des magistrats à la question prioritaire de constitutionnalité

339. E-training, e-learning pour les magistrats⁶⁷⁴ - Le 1^{er} mars 2010, l'Ecole nationale de magistrature publie un communiqué dédié à l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité⁶⁷⁵. Dans celui-ci, il est expliqué la mise en place à partir du 11 mars d'un

⁶⁷² *Présentation détaillée du dispositif de question prioritaire de constitutionnalité prévue par l'article 61-1 de la Constitution*, Service de documentation et d'études, Bureau du droit constitutionnel (disponible sur le site courdecass.fr) ; Séverine BRONDEL, QPC : qu'est-ce qu'une question nouvelle ?, AJDA 2010 p. 1911.

⁶⁷³ Art. 23-7.

⁶⁷⁴ E-training peut se traduire par « entraînement électronique » et e-learning par « apprentissage électronique ».

⁶⁷⁵ Le communiqué est en ligne sur le site enm.justice.fr

système de formation et d'information à distance pour tous les magistrats de France. Ce programme est présentée comme « *Evolutif et réactualisé régulièrement, ce programme qui sera en ligne le 10 mars, a été conçu en étroite collaboration avec le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation, l'administration centrale du Ministère de la justice et des libertés, et avec le concours de professeurs de droit constitutionnel et d'experts. Il vise aussi bien à présenter les principes directeurs de la nouvelle procédure et ses mécanismes qu'à offrir une véritable boîte à outils à tous les magistrats français. Les magistrats trouveront ainsi, en un point unique, les outils juridiques et méthodologiques nécessaires à l'exercice de leurs nouvelles compétences (textes de principes, fiches techniques, trames de saisine, décisions rendues par le Conseil constitutionnel, analyses et commentaire ».* L'Ecole nationale de magistrature présente bien ce système comme de la formation dématérialisée. Il est précisé également que des sessions de formation matérialisée auront lieu au niveau local.

Les magistrats sont donc tenus de compléter leur formation, mais avec la question prioritaire de constitutionnalité, le droit constitutionnel se retrouvé intégré à la pratique judiciaire.

B. Le droit constitutionnel intégré à la pratique judiciaire

340. Le mouvement de constitutionnalisation du droit – Selon certains auteurs, la question prioritaire de constitutionnalité accélèrerait le mouvement de constitutionnalisation du droit qui a débuté il y a une cinquantaine d'années⁶⁷⁶. Il est clair que la nouvelle procédure

⁶⁷⁶ Voir par exemple l'article intitulé « *La question prioritaire de constitutionnalité : un nouveau champ d'activité* » mis en ligne sur le site du Conseil national des barreaux cnb.avocats.fr

introduit le droit constitutionnel dans la pratique judiciaire, ce qui n'est pas sans poser certaines conséquences. D'abord le quotidien des prétoires se trouve modifié (1), ensuite la nouvelle procédure pourrait avoir certains effets sur le dialogue des juges (2).

1) Le nouveau quotidien des prétoires

341. Le droit constitutionnel est vivant – La question prioritaire de constitutionnalité fait entrer le droit constitutionnel dans les prétoires⁶⁷⁷. Il avait déjà une timide place devant les juridictions judiciaires, puisque nous avons trouvé des traces de la jurisprudence constitutionnelle dans certains travaux préparatoires. Désormais, nul doute que la matière constitutionnelle fasse partie du quotidien de la pratique judiciaire. Il s'agit d'une procédure dans laquelle le rôle des parties est essentiel, et fait évoluer également la profession d'avocat.

342. Le rôle des parties – Les parties possèdent une nouvelle arme devant le juge ordinaire. Elles peuvent soulever l'inconstitutionnalité. Il s'agit d'un moyen qui ne peut pas être relevé d'office par le juge, d'où leur vigilance à avoir si elles veulent voir leurs prétentions aboutir. C'est l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 qui règle l'hypothèse d'une demande de question prioritaire devant les juges du fond. Ainsi, « *Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés* »

⁶⁷⁷ Olivia DUFOUR, *Le droit constitutionnel entre dans les prétoires*, Droit et patrimoine 2010 n° 188.

garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office. (al. 1) Devant une juridiction relevant de la Cour de cassation, lorsque le ministère public n'est pas partie à l'instance, l'affaire lui est communiquée dès que le moyen est soulevé afin qu'il puisse faire connaître son avis. (al. 2) Si le moyen est soulevé au cours de l'instruction pénale, la juridiction d'instruction du second degré en est saisie. (al. 3) Le moyen ne peut être soulevé devant la cour d'assises. En cas d'appel d'un arrêt rendu par la cour d'assises en premier ressort, il peut être soulevé dans un écrit accompagnant la déclaration d'appel. Cet écrit est immédiatement transmis à la Cour de cassation. (al. 4) »⁶⁷⁸. Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être présenté dans un mémoire distinct et motivé, et ce même lorsque l'inconstitutionnalité est soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation⁶⁷⁹. On peut comprendre que la loi du 10 décembre 2009 instaure cette condition, étant donné qu'il s'agit de remettre en cause une disposition déjà entrée en vigueur.

La question prioritaire offre une nouvelle arme aux justiciables, mais c'est avant tout à l'avocat que revient de convaincre le juge du bien fondé de la demande.

343. L'évolution de la profession d'avocat – Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité a été bien accueilli auprès de la profession, qui voit en lui la possibilité de garantir au mieux les droits et libertés protégés par la Constitution. Le Conseil national des barreaux affirme en effet que « *Ce nouveau champ d'activité essentiel pour notre profession, représente un complément indispensable de notre Etat de droit et de la protection des droits et libertés des citoyens* »⁶⁸⁰. De même, il est dit que la réforme introduisant ce contrôle de constitutionnalité a fait l'unanimité de la plupart des professions juridiques⁶⁸¹. Afin de préparer au mieux les avocats à cette nouvelle procédure, des formations ont été mises en place. Par exemple, une formation a été mise en place le 19

⁶⁷⁸ Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁶⁷⁹ Art. 23-5 al. 1^{er}.

⁶⁸⁰ Document mis en ligne sur le site cnb.avocat.fr

⁶⁸¹ Olivia DUFOUR, *Le droit constitutionnel entre dans les prétoires*, Droit et patrimoine 2010 n° 188. L'auteur écrit ainsi que « *Jamais sans doute on n'avait vu une réforme plus consensuelle que celle-ci. La question prioritaire de constitutionnalité est en effet unanimement saluée par les avocats, les magistrats et les parlementaires* ».

juin 2009 au Conseil constitutionnel, une autre courant 2010. Certains ateliers ont également vu le jour et le Conseil national des barreaux a mis en place un module de formation à la question prioritaire de constitutionnalité destiné aux écoles d'avocats et aux barreaux. De son côté le Conseil constitutionnel a présenté à la profession ses Tables d'analyse de sa jurisprudence pour la période 1959-2008, devenant ainsi un outil indispensable aux avocats. Justiciables, magistrats, avocats sont tous amenés à s'adapter à une pratique judiciaire nouvelle et on peut s'interroger sur les conséquences qu'elle pourrait avoir sur le dialogue des juges.

2) Les conséquences de la question prioritaire sur le dialogue des juges

344. Deux scénarios envisagés – L'introduction du droit constitutionnel dans la pratique judiciaire va certainement avoir des conséquences sur le dialogue des juges. D'abord sur le dialogue des juges internes, qui révélait jusqu'alors une timide mobilisation de la jurisprudence constitutionnelle par la Cour de cassation. Ensuite sur le dialogue entre la Cour de cassation avec les juges européens, international et étrangers, qui risque de s'essouffler quelque peu.

345. Un renforcement du dialogue interne – Le dialogue entre la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel existait déjà avant la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. Avec elle, une nouvelle forme de dialogue des juges interne voit le jour et n'en est qu'à ses premiers balbutiements. La nouvelle procédure ne va faire qu'accélérer et amplifier les rapports entre la Cour de cassation avec ses homologues administratif et constitutionnel. On ne peut pas encore pour l'heure

analyser de manière précise les changements occasionnés au sein de l'organisation juridictionnelle française, même si certains voient dans la question prioritaire de constitutionnalité une future fusion de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. C'est ce qu'envisage l'avocate Corinne LEPAGE dans un article publié aux Petites Affiches en septembre 2009⁶⁸². Elle affirme en effet que « *Progressivement, la France s'oriente vers un système qui se rapprocherait de celui d'une cour suprême à l'allemande ce qui pose en réalité la question de la transformation éventuelle du Conseil constitutionnel en cour suprême et qui pose donc la question du maintien sous la forme actuelle de la Cour de cassation et du Conseil d'État* ». La fusion entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat n'est pas encore à l'ordre du jour, on peut en attendant envisager une évolution dans la façon de rédiger une décision de justice.

En effet, il serait intéressant dans quelques temps d'étudier le style des décisions rendues par la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel en matière de question prioritaire afin de voir si le dialogue des juges interne, en plus d'être institutionnalisé, ressortirait dans les décisions de justice, on pense surtout à une citation directe des arrêts dans le visa de leurs décisions. Si le dialogue des juges se renforce au plan interne, on peut se demander ce qu'il adviendra du dialogue entre la Cour de cassation et les autres juridictions.

346. La question prioritaire, un frein au dialogue des juges internationaux ? – La question peut paraître paradoxale puisqu'on a vu que le contentieux de la QPC a entraîné des échanges entre les juges internes et le juge de l'Union⁶⁸³.

La Cour de cassation est actuellement dans une phase d'ouverture sur la scène internationale. L'étude des travaux préparatoires révèle une mobilisation plus importante des décisions de justice rendues par un juge étranger et une plus grande utilisation du droit comparé dans le processus décisionnel. La question est de savoir si ce dialogue ne va pas s'essouffler avant l'heure à cause de l'arrivée du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Pour le moment, nous ne disposons pas assez de recul afin de répondre à cette question. Il

⁶⁸² Corinne LEPAGE, *L'exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir*, Petites affiches, 19 septembre 2008 n° 189, P. 3.

⁶⁸³ La question prioritaire de constitutionnalité amène aussi à se questionner sur la possibilité de considérer cette procédure comme une voie de recours interne afin de pouvoir saisir la Cour européenne des droits de l'homme : Véronique TELLIER-CAYROLE, *La question prioritaire de constitutionnalité, voie de recours interne ?*, AJ Pénal 2011 p. 25. Elle pourrait donc être considérée comme un obstacle au justiciable qui désirerait saisir la Cour de Strasbourg, en ajoutant une procédure supplémentaire et donc un délai supplémentaire.

est vrai que le contentieux de la question prioritaire de constitutionnalité se développe très vite autant devant les juridictions judiciaires que devant les juridictions administratives. En revanche, les délais relativement courts prévus par la loi organique imposant aux juges de rendre leur décision rapidement laissent à penser que le dialogue des juges aura le temps de s'épanouir d'avantage. Enfin, on peut imaginer aussi qu'indirectement, la question prioritaire entraîne un développement du dialogue des juges en ce que les juges constitutionnel et administratif dialoguent déjà énormément avec les juridictions européennes et étrangères.

L'instauration d'un contrôle *a posteriori* des lois entraîne une évolution du pouvoir juridictionnel de la Cour de cassation, mais il bouleverse également les rapports que le juge entretient avec le pouvoir législatif.

§2) La Cour de cassation dans ses nouveaux rapports avec le législateur

347. Plan – La question des rapports entre le législateur et le juge a toujours suscité de l'intérêt. Il s'agit d'un sujet intarissable et pour cause, les rapports entre les deux pouvoirs ne cessent d'évoluer. La question prioritaire de constitutionnalité constitue une révolution dans le domaine du droit et amène à nous interroger sur la place du juge face au législateur. Partant, nous nous intéresserons d'abord à la redéfinition des rapports entre le juge et le pouvoir législatif (A), puis nous nous pencherons sur les conséquences engendrées par ces nouveaux rapports (B).

A. La redéfinition des rapports entre le juge et le pouvoir législatif

348. Suite attendue d'une évolution déjà amorcée – La question prioritaire de constitutionnalité nous amène nécessairement à reconsidérer les rapports entre le juge et le pouvoir législatif. Nous verrons que la nouvelle figure du juge n'est que la suite attendue d'une évolution déjà amorcée depuis longtemps (1), mais que sur fond de mondialisation et de dialogue des juges, le phénomène de « montée en puissance des juges » ne fait plus aucun doute (2).

1) Les suites de l'évolution du statut du juge sur le législateur

349. Retour sur un passé tumultueux – La question des rapports entre le juge et le législateur se posait déjà avant même l'entrée en vigueur du Code civil de 1804⁶⁸⁴. Il est intéressant de revenir sur les différentes étapes ayant marqué les rapports agités entre le juge et le pouvoir législatif afin de déterminer si une nouvelle étape a été franchie.

350. Retour sur des rapports en trois actes – De manière classique, la doctrine qui s'intéresse au sujet des rapports entre le juge et le législateur retiennent une évolution en trois étapes. Par exemple, Jean HAUSER retient une subdivision tripartite que le juge d'aujourd'hui combinerait. Ainsi, la première étape est appelée « *Le juge et les mots de la loi : le "dit"* », puis « *Le juge et le sens de la loi : le non-dit* » et enfin « *Les lacunes de la loi : le devoir dire* »⁶⁸⁵. Philippe REMY quant à lui, présente trois figures du juge civil, apparues à trois âges successifs⁶⁸⁶. Il opère une distinction fameuse entre « *Le juge sous la loi* », « *Le juge à côté de la loi* » et « *le juge au-dessus de la loi* ». C'est sur cette distinction que nous allons retenir pour notre analyse. La première figure du juge sous la loi désigne la période durant laquelle le pouvoir judiciaire se limitait à l'application de la loi et à son interprétation. Peu à peu, le juge s'installe aux côtés de la loi, la jurisprudence devenant une source concurrente à la loi. Cette période se caractérise par de véritables constructions prétoriennes entamées par la Cour de cassation. Récemment, le juge est devenu censeur de la loi. Selon Philippe REMY, cette position d'un juge au dessus des lois n'est que l'aboutissement d'un remaniement des sources du droit depuis une trentaine d'années. C'est à partir de cette troisième période que notre analyse prend appui.

⁶⁸⁴ Dans son article sur *Le juge et la loi*, Jean HAUSER rappelle que les discussions ayant conduit à la création du Code civil ont été très agitées en ce qui concerne les rapports entre la loi et le juge. Pouvoirs n° 114, *La loi*, septembre 2005, pages 139-153.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

⁶⁸⁶ Philippe REMY, *La part faite au juge*, Pouvoirs n°107 - *Le Code civil* - septembre 2003 - p.22-36.

Le juge actuel serait donc, selon Philippe REMY un juge au dessus de la loi. Cette situation serait le résultat d'une perte de souveraineté du pouvoir législatif, notamment avec la naissance d'ordres juridiques supérieurs à l'ordre national, comme l'ordre communautaire et l'ordre issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La question est de savoir si avec la question prioritaire de constitutionnalité, le juge a changé de position par rapport à la loi.

351. Le « triomphe des juges »⁶⁸⁷ - C'est sur cette expression que se termine l'article de Philippe REMY. En effet, le passage d'un juge au dessus de la loi à un juge triomphant n'est pas loin. Selon l'auteur, le juge judiciaire exercerait l'équivalent d'un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois lorsqu'il est amené à exercer son contrôle de conventionnalité. Il affirme que la Cour de cassation et le Conseil d'Etat refusent de contrôler la conventionnalité de dispositions de valeur constitutionnelle, mais qu' « *on ne sait combien de temps la Cour de cassation parviendra à maintenir le couvercle sur la marmite des droits de l'homme et l'activisme des juges du fond* ». Nous pensons que la question prioritaire de constitutionnalité conforte le juge dans sa position de censeur des lois. Ainsi, le juge se situerait toujours dans cette troisième étape décrite par Philippe REMY, mais il aurait franchi un niveau supérieur, sans aller jusqu'à atteindre un niveau de triomphe. Pour ce qui concerne le juge constitutionnel, le triomphe n'est plus qu'à quelques millimètres car il peut désormais censurer le législateur après la promulgation d'un texte.

Pas de triomphe annoncé pour le juge qui renforce sa position de supériorité par rapport au législateur, car il n'exerce pas de contrôle de constitutionnalité à proprement parler. Ce qui renforce sa position par rapport à la loi est le fait qu'il devienne acteur du contrôle de constitutionnalité en décidant de son opportunité.

Cette position du juge par rapport au législateur s'inscrit pus largement dans un mouvement de « *montée en puissance des juges* ».

⁶⁸⁷ *Ibid.* p. 35.

2) La « montée en puissance des juges »

352. « La mode est au temps des juges »⁶⁸⁸ – L'expression « *montée en puissance des juges* »⁶⁸⁹ signifie qu'il faut aborder le rôle du juge en termes de pouvoir. Désormais, le juge est un acteur faisant partie d'une forme de gouvernance, lui permettant ainsi de devenir puissant⁶⁹⁰. Le dialogue des juges est un aspect de cette montée en puissance des juges, du moins pour certains auteurs, qui tentent de déterminer si cela est favorable au bon fonctionnement de notre Etat de droit. Nous reviendrons un peu plus en détail sur ce phénomène de montée en puissance des juges, puis nous tenterons de démontrer que le dialogue des juges est favorable au bon fonctionnement d'une démocratie.

353. L'origine de la puissance des juges – Selon Julie ALLARD et Arnaud VAN WAEYENBERGE, la montée en puissance des juges découlerait d'un triple phénomène. Elle serait d'abord liée à une juridisation des relations sociales, amorcée depuis la seconde guerre mondiale. La matière juridique s'est retrouvée ainsi de plus en plus présente dans des domaines très divers. Ensuite vient une judiciarisation des rapports sociaux, signifiant que le recours au juge a été de plus en plus accru. Enfin, l'autonomisation des juges a conduit ceux-ci à gagner en puissance, notamment en s'émancipant vis-à-vis de l'Etat et des deux autres pouvoirs⁶⁹¹. Sur ce sujet, Mireille DELAMS-MARTY affirme que la montée en puissance des juges commence avec une internationalisation des juges

⁶⁸⁸ Jean BARTHELEMY, *La Cour de cassation dans ses rapports avec le Conseil d'Etat : rapprochements et quant-à-soi*, dans *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas MOLFESSIS, Economica 2004, pages 203-216.

⁶⁸⁹ Mireille DELMAS-MARTY, *La mondialisation et montée en puissance des juges*, dans *Le Dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylants 2007, p.95-114. « *Du dialogue à la montée en puissance, le changement de terminologie n'est pas neutre. Il introduit la question des pouvoirs* » (page 95).

⁶⁹⁰ C'est la théorie présentée par Julie ALLARD et Arnaud VAN WAEYENBERGE, *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, R.I.E.J, 2009, p. 109 et s.

⁶⁹¹ *Ibid.* p. 112.

nationaux, liée à une «juridictionnalisation» du droit international, nécessitant un rééquilibrage des pouvoirs. La montée en puissance des juges aurait donc comme conséquence inévitable la remise en cause des rapports entre les trois pouvoirs. Sur fond de mondialisation, ils confrontent la puissance des juges au dialogue des juges, qui engendre au final le déclin de l'Etat nation.

354. Quel rôle pour le dialogue des juges ? – Julie ALLARD et Arnaud VAN WAEYENBERGE cherchent à confronter montée en puissance des juges et dialogue des juges. Au final, il s'agit de savoir si le dialogue des juges est un instrument à redouter ou à promouvoir. Leur thèse est de voir dans le dialogue des juges un instrument permettant de limiter le pouvoir croissant des magistrats, les engageant ainsi à mesurer le poids de leur décision avant de les rendre. En d'autres termes, les juges qui auraient décidé de confronter leurs arguments à ceux d'un juge étranger par exemple, auraient à l'esprit que leur décision peut être reprise et servir d'exemple à un autre juge, ce qui leur ferait porter une certaine responsabilité dans leur fonction de juger. Par ailleurs, ils affirment à juste titre que «*La montée en puissance des juges et leur dialogue croissant ont le mérite de sortir leur travail de l'ombre pour l'exposer aux contraintes de la lumière*»⁶⁹². Pour ce qui concerne l'impact du dialogue des juges et de leur puissance grandissante sur le fonctionnement de la démocratie, ces derniers pensent qu'il faudrait repenser en quelque sorte l'idée même de démocratie et plus particulièrement la prise en compte de la dimension politique de la fonction de juger. Pour notre part, nous soutenons que le dialogue des juges, et plus précisément dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, accentue la supériorité du juge sur le législateur, mais ne fait pas du magistrat un juge tout puissant. Bien plus, cette procédure entraînerait des conséquences favorables au bon fonctionnement de l'Etat de droit.

355. Premier bilan de la QPC et du Dialogue des juges - La question prioritaire de constitutionnalité a amené à redéfinir les rapports entre les juges constitutionnel, administratif et judiciaire. A ce propos, la Cour de cassation refuse pour l'heure de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité fondée sur une critique de

⁶⁹² *Ibid.* p. 128. La question prioritaire de constitutionnalité est d'ailleurs une très bonne illustration de cette «sortie de l'ombre» des magistrats puisque le Conseil constitutionnel diffuse sur son site internet des vidéos d'audiences publiques.

l’interprétation d’un texte qu’elle aurait donnée. Certains ont d’ailleurs affirmé que face au refus persistant de la Cour de cassation, la question prioritaire deviendrait une procédure menacée. Pourtant, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ont, en parallèle à cet épisode, dialogué sur la possibilité de remédier à la situation. Ainsi, le Conseil constitutionnel a proposé de s’inspirer de la théorie du droit vivant issue du droit italien⁶⁹³. Le juge constitutionnel ne reviendrait pas remettre en cause l’interprétation du texte litigieux faite par le juge ordinaire mais se baserait sur cette interprétation afin de statuer sur la conformité du texte par rapport à la Constitution. La Cour de cassation a eu l’occasion de s’expliquer sur ce refus et a insisté sur le fait que les rapports entre le Conseil et la Haute juridiction étaient pacifiques, que le filtrage se faisait dans une collaboration et un « *dialogue loyal* » avec le Conseil constitutionnel⁶⁹⁴. Une solution est recherchée par le juge constitutionnel afin de remédier à cette situation.

Le juge constitutionnel use également du dialogue des juges afin de communiquer avec le juge européen. En effet, le 7 février 2011, a eu lieu une rencontre « *historique* » entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l’Union européenne⁶⁹⁵. Un document résumant cette rencontre est disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel, indiquant notamment que le dialogue des juges noué entre le Conseil et la Cour de justice pourrait être finalisé, par exemple en décidant pour le Conseil d’attendre la décision du juge européen lorsqu’une question prioritaire de constitutionnalité et une question préjudicielle sont posées en même temps.

La question prioritaire de constitutionnalité renforce donc les liens entre les juges internes, les juges internes et le juge de l’Union, s’incarnant dans une forme de dialogue des juges procédural, en parallèle duquel un dialogue des juges spontané s’opère également.

⁶⁹³ François BOUCARD, *La question prioritaire de constitutionnalité et les cours suprêmes - Une partie de billard à trois bandes ?*, JCP G n° 30, 26 Juillet 2010, 804 ; Bertrand MATHIEU, *La question de l’interprétation de la loi au cœur de la QPC*, JCP G n° 44, 1er Novembre 2010, 1071.

⁶⁹⁴ *La QPC : « une révolution juridique confirmée ! », Op. cit.*

⁶⁹⁵ Denys SIMON, *Les « sommets juridictionnels » : un moment fort du « dialogue des juges » ?*, Europe n° 3, Mars 2011, repère 3.

B. Les conséquences des nouveaux rapports entre le juge et le législateur

356. La question prioritaire de constitutionnalité favorable à l'Etat de droit – Le fait que les juges judiciaire et administratif puissent décider de l'opportunité du contrôle de constitutionnalité les placent au dessus du législateur, la Constitution étant déjà la norme placée au dessus de celui ci. La question prioritaire et les nouveaux rapports qu'elle établit entraîne selon nous une meilleur qualité de la justice (1), mais n'engendre pas un déclin de l'Etat de droit car le juge est placé sous une certaine autorité du pouvoir exécutif (2).

1) Une meilleure qualité de la justice

357. Conséquences positives pour l'Etat de droit – La mise en place d'un contrôle *a posteriori* des lois est bénéfique à l'évolution de l'Etat de droit en ce qu'il offre de nouvelles garanties aux justiciables, et en ce qu'elle peut engendrer une amélioration de la qualité de la loi.

358. Des garanties aux justiciables – Avant l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, il n'était pas possible pour un justiciable de soulever l'inconstitutionnalité d'une disposition applicable à son procès. Un contrôle de constitutionnalité *a priori* existait, mais il n'était pas systématique. En effet, si certaines

catégories de textes étaient obligatoirement soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, d'autres pouvaient passer au travers du contrôle et intégrer l'ordonnancement juridique, le juge ordinaire ne pouvant pas l'écartier du litige malgré un risque de contrariété avec la Constitution. Avec la nouvelle procédure, un texte qui ne respecterait pas un principe protégé par la Constitution peut désormais subir le procès de son inconstitutionnalité après son entrée en vigueur. Avec le développement du contentieux né de cette procédure, il apparaît que les justiciables possèdent une nouvelle arme devant le juge et ceci leur offre une garantie supplémentaire à leurs droits et libertés. La question prioritaire de constitutionnalité pourrait entraîner un autre effet, tout aussi désirable que celui que nous venons de voir.

359. Une meilleure qualité de la loi – Le manque de qualité des lois est un sujet récurrent depuis quelques décennies. Les lois jugées mal écrites, trop nombreuses, dénuées de portée normative ont été dénoncées, mais aucun remède n'a été trouvé jusqu'alors. La question prioritaire de constitutionnalité peut être perçue comme un exemple supplémentaire de cette baisse de qualité de la loi. En effet, lorsque le juge ordinaire considère que les dispositions d'un texte semblent être contraires à la Constitution et que le juge constitutionnel confirme ses doutes en censurant les dispositions litigieuses, on peut voir en cela un nouvel exemple de carence dans le travail du législateur. On pourrait envisager que le législateur, afin de ne pas voir son texte se faire censurer même après son entrée en vigueur, prenne soin de ne pas établir une loi contraire aux principes et valeurs protégés par la Constitution. Le contrôle a posteriori des lois viendrait ainsi compléter la protection qui existe par le contrôle de conventionnalité des textes, ce qui à terme améliorera la qualité de la justice et le bon fonctionnement de l'Etat de droit. Le Conseil constitutionnel a par exemple été amené à sanctionner le législateur de sa propre méconnaissance, en se fondant sur l'article 34 de la Constitution⁶⁹⁶.

Le juge réaffirmant sa place de supériorité face au législateur n'en est pas devenu pour autant tout puissant. La question prioritaire de constitutionnalité semble le placer sous l'autorité indirecte du pouvoir exécutif.

⁶⁹⁶ *Abrogation pour inconstitutionnalité*, Op. cit.

2) L'autorité indirecte du pouvoir exécutif

360. Autorité du pouvoir exécutif ou seconde chance pour le législateur ? – Le juge semble subir l'autorité indirecte du pouvoir exécutif lors de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Cette présence du pouvoir exécutif prend la forme d'une autorité et on peut se demander si bien plus que d'encadrer un pouvoir du juge grandissant, son intervention ne peut aussi être vue comme une seconde chance pour le législateur. On connaît le rôle essentiel du pouvoir exécutif dans l'élaboration des lois et on peut voir dans sa présence à la procédure une sorte d'allié du législateur qui risque de voir son texte écarté par le juge. Quoi qu'il en soit, la présence du pouvoir exécutif se retrouve de façon formelle dans l'ordonnance de 1958, mais aussi de façon tacite.

361. La présence formelle du pouvoir exécutif – Cette présence de l'exécutif n'est pas spécifique à la question prioritaire de constitutionnalité⁶⁹⁷. L'intervention du pouvoir exécutif dans la question prioritaire de constitutionnalité se retrouve aux articles 23-8 et 23-11 de l'ordonnance de 1958. Ainsi, le premier article dispose que « *Le Conseil constitutionnel, saisi en application des dispositions du présent chapitre, avise immédiatement le Président de la République, le Premier ministre et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ceux-ci peuvent adresser au Conseil constitutionnel leurs observations sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui est soumise* »⁶⁹⁸. Le second dispose que « *Le Conseil constitutionnel communique également sa décision au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que, dans le cas prévu au dernier alinéa de l'article 23-8, aux autorités qui y sont mentionnées* »⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ On la retrouve à plusieurs égards dans la Constitution. L'article 54 est assez connu : « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ».

⁶⁹⁸ Art. 23-8 al. 1^{er}.

⁶⁹⁹ Art. 23-11 al. 2.

Il est encore difficile d'apprécier leur part d'intervention dans la procédure, puisque dans les décisions rendues par le Conseil constitutionnel, on ne trouve que très peu de décisions dans lesquelles il y a des références expresses à d'éventuelles observations de l'exécutif⁷⁰⁰.

362. La présence tacite du pouvoir exécutif – Dans certaines décisions du Conseil constitutionnel, on peut lire par exemple que le juge vise les observations de tel ministre demandées par le Conseil constitutionnel pour les besoins de l'instruction⁷⁰¹. La présence du pouvoir exécutif dans la question prioritaire de constitutionnalité se fait également ressentir comme une forme d'autorité car le ministre de la Justice et des libertés Michèle ALLIOT-MARIE a mis en place un comité de suivi de la question prioritaire de constitutionnalité en juin 2010. En effet, dans un communiqué du ministère, il est annoncé que « *Composé de membres de l'association française de droit constitutionnel (AFDC), du directeur des affaires civiles et du sceau et de la directrice des affaires criminelles et des grâces, il est présidé par François Molins, directeur du cabinet du ministre d'Etat. Ce comité comprend, au titre de l'AFDC, les professeurs Bertrand Mathieu, président de l'association, Anne Levade, Ferdinand Mélin Soucramanien, Xavier Philippe, Didier Ribes et Dominique Rousseau. Il a pour mission d'analyser, en particulier, l'évolution des modalités du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel et l'impact de la nouvelle procédure sur l'ordre juridique. Un rapport d'étape devra être adressé au Garde des Sceaux fin 2011, le rapport final devant être rendu en mars 2013* »⁷⁰². Le pouvoir exécutif intervient ici en amont de la procédure et attend que des comptes soient rendus sur cette nouvelle procédure. On peut imaginer que si un rapport est demandé c'est qu'il y aura des conséquences qui seront tirées de celui-ci. On peut encore imaginer que l'existence de la question prioritaire de constitutionnalité dépendra des analyses de ces futurs rapports.

363. La QPC ou l'équilibre des pouvoirs ? – La question prioritaire de constitutionnalité nous a amené à s'interroger sur les nouveaux rapports entre le juge ordinaire et les pouvoirs législatif et exécutif. Les juges judiciaire et administratif ont un certain pourvoir

⁷⁰⁰ Décision DC Décision N° 2010-52, Journal officiel du 15 octobre 2010, p. 18540. Il est fait référence dans le visa aux différentes observations produites par le Premier ministre.

⁷⁰¹ Voir par exemple : Décision n° 2010-14/22 QCP du 30 juillet 2010, JO du 21 juillet 2010, p. 14198.

⁷⁰² Gazette du Palais du 4 juin 2010.

sur la loi car s'ils refusent de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, ils délivreraient « *un brevet de constitutionnalité* » au texte⁷⁰³. Par ailleurs, la Cour de cassation refuse encore de transmettre une question qui serait fondée sur la critique de l'interprétation d'un texte par sa jurisprudence. Les rapports entre les trois juges sont de nouveaux étudiés notamment avec la question de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel sur la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Avant la question prioritaire de constitutionnalité et en dehors de son contentieux, la doctrine s'accorde à affirmer que la jurisprudence du Conseil constitutionnel possède l'autorité relative de la chose jugée. Ainsi, cette autorité s'explique notamment par le fait que le Conseil n'est pas au dessus des autres juges mais que pour pallier à cette absence de hiérarchie, il faut recourir à cette autorité relative de la chose jugée⁷⁰⁴. Avec la question prioritaire de constitutionnalité, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel n'est pas réglée mais on peut voir en elle la possibilité d'établir un certain équilibre entre les pouvoirs. Le juge ordinaire conserve la possibilité de ne pas transmettre une question au Conseil mais hormis le cas de la critique de l'interprétation du texte litigieux, le mécanisme fonctionne plutôt bien. Le juge constitutionnel demeure le juge de la constitutionnalité des lois⁷⁰⁵. Le nombre très faible d'abrogations de textes suite à une déclaration de non-conformité montrent que le juge constitutionnel n'est pas devenu un censeur tout puissant. La question prioritaire de constitutionnalité et les formes de dialogues qu'elle développe en parallèle permettent d'établir un certain équilibre entre les juges et le législateur.

⁷⁰³ *Le contrôle de la loi par le juge*, Op. cit.

⁷⁰⁴ Olivier DESAULNAY, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 31 ; Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 23 ; Marc GUILLAUME, *L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 49.

⁷⁰⁵ Michèle VERPEAUX, *Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 13.

364. Fin de section – La question prioritaire de constitutionnalité est considérée comme un bouleversement majeur de notre système juridique. En instaurant un contrôle de constitutionnalité des lois après leur entrée en vigueur, le législateur se retrouve face à un juge encore plus puissant. Même si la Cour de cassation et le Conseil d'Etat ne sont maîtres que de l'opportunité de transmettre ou pas une question prioritaire au Conseil constitutionnel, c'est un véritable dialogue des juges qui a lieu entre les trois jurisdictions. La Cour de cassation se voit attribuer une nouvelle fonction et doit par là même se familiariser avec la matière constitutionnelle qui n'était jusqu'alors que très peu mobilisée. D'un point de vue des sources et des rapports entre les pouvoirs, la question prioritaire de constitutionnalité termine de parachever l'évolution grandissante que le juge acquière depuis longtemps par rapport au législateur. Enfin, la présence de l'exécutif dans la procédure permet de poser des limites à ce pouvoir judiciaire, garde fou indispensable qui permet à l'Etat de droit de perdurer et de s'adapter à l'évolution du statut du juge.

365. Fin de chapitre – Dans ce chapitre, il a été question de rendre compte de l'existence d'un dialogue interne entre les juges de la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Avant l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, les trois juridictions dialoguaient déjà, de façon spontanée, mais aussi de façon disproportionnée. Ainsi, si l'on avait érigé un podium de la Cour mobilisant le plus la jurisprudence des deux autres, la Cour de cassation aurait tenu la première place, le Conseil d'Etat la deuxième et le Conseil constitutionnel la troisième seulement. Avec la mise en place du contrôle de constitutionnalité des lois après leur entrée en vigueur, le dialogue interne entre ces trois juges n'a jamais été aussi intense. Le phénomène avait provoqué de vives réactions dans les milieux juridiques avec l'affaire *Melki* et la question préjudicelle posée par la Cour de cassation à la Cour de justice de l'Union européenne, instaurant ainsi un dialogue à quatre entre les juges nationaux et européens. La question prioritaire de constitutionnalité va très certainement encore faire parler d'elle, car d'autres difficultés seront soulevées avec sa pratique.

Il a été vu également que la question prioritaire avait pour conséquence majeure de reconstruire la place du juge par rapport au pouvoir législatif, mais que sa position de supériorité est tempérée par la présence dans la procédure du pouvoir exécutif. Après quelques mois de mise en œuvre, la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas fini de soulever des difficultés et il sera aussi plus judicieux à ce moment là d'apprécier plus concrètement la place que cette procédure fait à la Cour de cassation.

366. Conclusion de titre – L'ouverture de la Cour de cassation sur le monde, son intérêt croissant pour la science comparée dans son processus décisionnel sont des éléments propices au développement du dialogue des juges. Le présent titre voulait déterminer la place de la Cour de cassation sur la scène internationale et la scène mondiale. Les temps sont pleinement favorables à l'expansion des influences croisées de jurisprudences et il est difficile d'imaginer que ce mouvement ne s'éteigne ou prenne fin dans les prochaines années. La haute juridiction judiciaire vit des moments clés tant d'un point de vue interne qu'international. Le dialogue des juges ne semble pas se développer dans tous les domaines du droit. Nous avions vu qu'en matière de droits fondamentaux, l'internationalisation de la matière avait engendré une sorte de monopole des juridictions internationales et par conséquent, une monopolisation du dialogue des juges. Dans une telle situation, il est difficile pour la Cour de cassation de s'imposer devant les juridictions internationales. Le dialogue vertical de la Cour de cassation avec le juge international n'est pas apparu convaincant et il est fort à parier qu'il ne se développe guère à l'avenir. Le dialogue horizontal, en revanche, offre de meilleurs espoirs à la Cour de cassation. De par son charisme, notamment dans des matières comme le droit des obligations et du droit de la responsabilité, les arrêts français sont mobilisés et cités par d'autres magistrats en Europe et dans le monde. Ce sont ces rapports horizontaux entre juges de nations différentes qui font que le dialogue des juges est à ce point intéressant. Au nom de quoi un magistrat italien ou canadien cite une décision de la Cour de cassation ? Absolument aucun principe ni aucune règle juridique ne permet au juge de s'inspirer d'une décision rendue dans un autre Etat. Cet aspect du dialogue des juges contribue à la complexité du phénomène. Difficile à appréhender, il est pourtant nécessaire de l'étudier afin de savoir ce qu'il apporte et apportera au droit français.

Aussi délicate que soit cette tâche, il apparaît comme une évidence que le dialogue des juges est un nouvel instrument entre les mains du magistrat.

TITRE 2 : LE DIALOGUE DES JUGES, UN NOUVEL INSTRUMENT AU SERVICE DES MAGISTRATS

367. Le dialogue des juges, un fonds jurisprudentiel – Au sens propre du terme, l'instrument est un « *objet fabriqué servant à exécuter quelque chose* »⁷⁰⁶. Le terme d'instrument est ici employé au sens figuré. Il s'agit d'une chose servant à obtenir un résultat. Jusqu'à maintenant, le dialogue des juges a été étudié à travers ses différentes manifestations, notamment dans la jurisprudence de la Cour de cassation et celle des autres juges. Désormais, ce phénomène est analysé de manière originale, en voyant en lui un instrument qui peut servir au magistrat, principal acteur de ce dialogue. A première vue, le fait qu'un juge puisse s'inspirer d'une jurisprudence étrangère, comme un juge étranger peut s'inspirer d'une décision de la Cour de cassation, nous fait considérer que le dialogue des juges ressemble à une boîte à outils dans laquelle il peut rechercher des éléments pour son travail de magistrat. Seulement, le terme de boîte à outils laisse penser que le juge a besoin d'un instrument afin de réparer ou de construire quelque chose. Le terme de boîte à idées serait plus approprié, laissant penser que cette boîte s'imagine comme un fonds dans lequel toutes les décisions de justice tomberaient une fois rendues. Pour autant, il faut encore déterminer à quoi sert exactement ce fonds de jurisprudences mondial. Sur cette interrogation, deux axes ont été dégagés.

⁷⁰⁶ *Le Robert de poche 2011*, v° instrument.

368. Une étude à deux échelles – Le dialogue des juges est analysé sur deux échelles différentes. D'abord, il peut être étudié de manière globale, sur fond de mondialisation, car l'influence croisée des jurisprudences amène à se poser la question de la convergence des systèmes de droit par la jurisprudence. Par ailleurs, le dialogue des juges doit être étudié à une échelle plus petite, comme la décision de justice, car c'est elle qui est le support concret de ce dialogue. Il faut donc s'interroger sur le rôle du dialogue des juges dans une perspective de mondialisation du droit (chapitre 1), mais aussi le rôle qu'il joue au niveau de la décision de justice elle-même, ce qui est l'objet de la rhétorique juridique (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les perspectives du dialogue des juges dans la mondialisation

Chapitre 2 : La part du dialogue des juges dans l'étude de la rhétorique juridique

CHAPITRE I : LES PERSPECTIVES DU DIALOGUE DES JUGES DANS LA MONDIALISATION

369. Prise de hauteur sur la Cour de cassation – Jusqu'à présent, les études menées dans les chapitres précédents gravitaient autour de la Haute juridiction judiciaire. Le temps d'un chapitre, il sera pris un peu de hauteur afin de s'attarder sur le dialogue des juges. La prise de hauteur sur le phénomène de dialogue des juges nous amène à nous interroger sur le phénomène pris en tant que tel, les finalités qu'il pourrait atteindre. Finalement, notre approche sera prospective et tentera d'analyser le dialogue des juges de manière plus théorique, en tentant de rester basé sur des éléments concrets.

Les premières constatations de ce phénomène révèlent que le dialogue des juges est informel, loin de tout processus d'institutionnalisation. Il est également spontané, ne permettant pas clairement d'analyser les causes de son existence. Pourtant, le dialogue des juges poursuit nécessairement une logique, une finalité. Etant donné que le personnage principal de ce dialogue est le magistrat, il est naturel de centrer les recherches d'une finalité du dialogue sur lui. Autrement dit, le dialogue des juges serait en toute logique un instrument au service des magistrats. Pour autant, le raccourci serait dangereux, car le dialogue des juges constitue une richesse intellectuelle et pratique. Les comparatistes avaient permis au législateur de pouvoir connaître l'état d'une législation étrangère avant de se pencher sur leurs travaux.

Par ailleurs, la mondialisation a accéléré le processus d'ouverture du juge national sur les autres cultures juridiques.

370. Le dialogue des juges et les suites de la mondialisation – L'ouverture de la Cour de cassation sur le monde a fortement été accélérée par le phénomène de mondialisation. Le mouvement n'a pas échappé aux autres juridictions et il est intéressant d'envisager les

suites du dialogue des juges dans le contexte de globalisation des échanges. Ainsi, on peut se demander si le dialogue de juge à juge pourrait entraîner une mondialisation du droit, étant donné que les grandes juridictions s'inspirent les unes des autres. On peut aussi voir dans le dialogue entre juridictions une alternative à la globalisation du droit, cet instrument permettant en effet aux droits internes de passer par une harmonisation législative.

Quoi qu'il en soit, le dialogue des juges, né de l'expansion du droit comparé, entretient des rapports particuliers avec le travail du législateur. Finalement, le dialogue des juges pourrait aussi être envisagé comme un instrument entre les mains du législateur, par exemple dans le cadre de l'harmonisation d'une matière, le dialogue entre juges s'avèrerait alors utile afin de permettre l'application uniforme de celle-ci.

371. L'œuvre du législateur et le dialogue des juges – Qu'il soit national ou communautaire, le législateur peut parfois être amené à entretenir des rapports particuliers avec le juge. C'est sur cette idée que les recherches se basent dans ce nouveau chapitre. Il s'agit ici de prendre le législateur au sens large du terme et d'envisager le dialogue des juges dans le contexte actuel de la mondialisation. On pourrait d'abord penser à analyser leurs rapports sous un angle conflictuel, le juge national s'inspirant d'une décision étrangère, pourrait remettre ainsi en cause le droit national sur lequel il est tenu de se baser pour trancher un litige.

Mais c'est sous un autre angle que leurs rapports seront étudiés. En effet, la mondialisation du droit, le développement du dialogue des juges pourraient faire craindre chez certains un pouvoir des juges et un affaiblissement du pouvoir législatif. Pourtant, dans un contexte tel, le juge peut devenir un allié précieux pour le législateur. La situation visée ici est celle de l'unification du droit, issue d'un législateur qui pourrait voir appliquer son texte de façon dénaturée par rapport à ses premières intentions. Ainsi, si on imagine l'harmonisation de certaines règles ou de certaines matières, le dialogue des juges permettrait une application uniforme de celles-ci, évitant de mettre en échec son travail.

S'il y a unification de certaines règles dans un contexte de mondialisation, il y aura également la participation de différents juges. De là l'idée d'une collaboration entre le juge et le législateur. De plus, la collaboration entre les deux pouvoirs peut se voir sous un autre angle, faisant du dialogue entre les juges la possibilité d'apporter un socle de règles qui sera utile dans l'œuvre législative.

Ainsi, il sera étudié le rôle du dialogue des juges dans la mondialisation au regard des

rapports entre le juge et le législateur (section 1), puis la possibilité de voir dans le dialogue des juges un instrument de pérennisation d'un droit harmonisé (section 2).

Section 1 : Le rôle du dialogue des juges dans la mondialisation du droit

372. Le dialogue des juges, un instrument en devenir – Le dialogue des juges est incontestablement né du mouvement de globalisation. En effet, la mondialisation a été un environnement très favorable à sa naissance et désormais à son développement. Nous considérons que le dialogue des juges et plus particulièrement les échanges croisés de jurisprudences, constituent un nouvel instrument entre les mains du magistrat. Pour l'heure, il est encore difficile d'apprécier l'apport de ce phénomène de façon concrète, mais il est possible d'anticiper et de voir ce qu'il peut apporter dans le travail des juges. Le phénomène de mondialisation est assez complexe et de définir exactement comment le dialogue des juges peut agir à ce niveau nous amène à considérer plusieurs hypothèses. Il est tout à fait possible de concevoir le dialogue des juges comme un instrument de mondialisation du droit (§1), tout comme il est possible au contraire, de voir en lui un substitut à l'unification du droit (§2).

§1) Le dialogue des juges, instrument d'unification du droit

373. Plan – L'hypothèse qui est envisagée ici consiste à dire que le dialogue des juges pourrait amener à l'unification du droit, autrement dit à un droit universel, mondial. Cette théorie est sans doute la moins réaliste, car s'il est envisageable d'imaginer un droit global (A), ceci reste du domaine de l'utopie et il convient alors d'envisager le dialogue des juges comme un moyen d'unifier certains droits (B).

A. Vers un droit global ?

374. La quête d'universalité – « *Un droit mondial émerge* »⁷⁰⁷, « *il devient mondial dans certains secteurs et par à-coups* »⁷⁰⁸. Il s'agit ici de savoir si la pratique du dialogue des juges peut servir à atteindre un droit global, un droit uniifié, universel. Pour ce faire, il est question de revenir précisément sur ces notions de droit global, droit universel (1), afin d'apprécier la part du dialogue des juges dans cette quête d'universalité (2).

⁷⁰⁷ Dominique SCHMIDT, *Vers l'émergence d'un droit mondial ?*, Petites affiches, 13 juillet 2000 n° 139, P. 10.

⁷⁰⁸ Mireille DELMAS-MARTY, *La mondialisation du droit : chances et risques*, Dalloz 1999, p. 43.

1) Retour sur les notions de droit global, droit universel et droit unifié

375. Tentative de définition – Les termes de droit global, droit unifié et droit universel sont particulièrement difficiles à appréhender⁷⁰⁹. De prime abord, ces trois termes semblent être synonymes⁷¹⁰, mais nous verrons qu'il n'en est rien. En effet, s'ils recouvrent tous la même idée d'universalité, ils ne peuvent être totalement assimilés et des nuances les distinguent.

376. Droit global et droit universel – Des trois notions dont il est question ici, le droit global et le droit universel sont celles qui se rapprochent le plus l'une de l'autre. En effet, le droit global serait un droit qui s'appliquerait aux sujets de droit quel que soit leur Etat d'appartenance, donc un droit mondial. L'idée d'un droit global sous entend également qu'un ordre mondial existe. Le sport est par exemple considéré comme « *l'activité mondialisée la plus aboutie* »⁷¹¹.

Un droit universel serait un droit applicable aux citoyens du monde entier également, mais le terme d'universel se rapporte parfois aux droits de l'homme, aux droits fondamentaux⁷¹², mais pas seulement. Certains ont qualifié le droit romain comme étant un droit universel, en décrivant l'évolution du travail des glossateurs successifs, faisant du droit romain un droit susceptible de conceptualisation⁷¹³. Pour d'autres, le droit universel recouvre plusieurs formes. Frédéric ZENATI considère ainsi que le droit pénal international et le droit du commerce international sont des illustrations d'un « *droit universel en marche* ». Il semble assimiler l'unification du droit de certaines nations au

⁷⁰⁹ D'autant que certains auteurs parlent « *des mondialisations du droit* » : Jean-Louis HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz 2009 ; Anne-Marie FRISON-ROCHE, *Les deux mondialisations*, dans *La mondialisation entre illusion et utopie*, Dalloz, 2003, p. 17.

⁷¹⁰ Le Dictionnaire *Le Robert* donne comme synonyme au terme « uniformiser », unifier, unification.

⁷¹¹ Frédéric BUY, *Droit du sport et mondialisation*, Revue Lamy Droit Civil – 2008, p. 47.

⁷¹² Voir par exemple : Christian BYC, *BIOÉTHIQUE, UNIVERSALISME ET MONDIALISATION La dynamique des contradictions*, JCP G n° 7, 16 Février 2005, I 113.

⁷¹³ François-Xavier TESTU, *Les glossateurs, regards d'un civiliste*, RTD Civ. 1993 p. 279.

phénomène d'internationalisation et de régionalisation⁷¹⁴. On retrouve cette même assimilation chez Michel MASSE qui affirme que l'internationalisation du droit se réalise à travers plusieurs procédés comme la coopération, l'harmonisation, l'universalisation ou bien encore la régionalisation⁷¹⁵.

Parfois, le terme de « *droit universel* » n'est employé que pour désigner un droit en particulier comme le « *droit universel à la compensation personnalisée pour l'autonomie* »⁷¹⁶, « *le droit universel à la protection des données* »⁷¹⁷. On peut encore trouver la notion « *d'ayant droit universel* » mais dans ces derniers cas, on s'éloigne de l'idée d'un droit mondial.

Dans la littérature juridique, on retrouve généralement les termes de droit universel et mondial employés comme des synonymes. On parlera donc indistinctement de droit global, droit universel ou bien encore de droit mondial.

Dans une recherche sur la mondialisation du droit, on retrouve encore le terme de droit unifié.

377. Droit unifié – Un droit unifié serait également un droit applicable à un ensemble de sujets de droit, mais ici l'idée d'une codification est sous-jacente. Le droit aurait été unifié soit par un Code, soit au moyen d'une convention. A l'inverse, « *la codification produit un droit unifié* »⁷¹⁸. Certains auteurs comme Mireille DELMAS-MARTY font une distinction entre l'unification et l'uniformisation. L'unification se réalisera par le droit international, impliquant généralement une convention qui intègre dans les droits nationaux un ensemble de règles communes, tandis que l'uniformisation passerait aussi par une convention, mais les règles intégrées au droit national permettraient aux droits nationaux de conserver leur identité⁷¹⁹. Ainsi, « *L'unification étant rarement spontanée, c'est par le droit international* »

⁷¹⁴ Frédéric ZENATI, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, Dalloz 2002, p. 15.

⁷¹⁵ Michèle MASSE, *Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal*, RSC 2006 p. 755.

⁷¹⁶ Catherine FAIVRE, *Vers un droit universel à une compensation personnalisée pour l'autonomie ?*, AJDA 2007, p. 2008.

⁷¹⁷ Marc-Antoine LEDIEU, *CNIL - Un droit universel à la protection des données ?*, Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2005, alerte 296.

⁷¹⁸ Vincent FORRAY, *La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes*, RTD Civ. 2009 p. 463.

⁷¹⁹ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit global*, Editions le Seuil, 1998, p. 117.

qu'elle se réalise le plus souvent. Elle repose alors sur des conventions internationales qui substituent à des règles nationales différentes un ensemble unique de règles désormais communes. L'objectif est de traiter de façon identique des opérations elles mêmes internationales : soit à l'échelle mondiale, comme par exemple la vente internationale de marchandises [...], soit à l'échelle européenne, comme en droit de la concurrence où s'appliquent les règles uniques du droit communautaire à l'intérieur des quinze états membres de la Communauté »⁷²⁰. L'uniformisation quant à elle, consiste en une uniformisation de règles à minima, permettant de s'adapter aux différents droits nationaux.

Cette distinction est encore très bien expliquée par Antoine JAMMEAUD lors d'un colloque sur un code européen de la consommation en 1997. L'unification « *s'entend de la substitution, à des droits fondamentalement distincts (relevant ou non de différents souverains) ou à des corps de règles de droits distincts, d'un droit unique ou d'un corps unique de dispositions* »⁷²¹. Tandis que l'uniformisation consiste en « *l'insertion, dans des droits nationaux qui demeurent distincts sur la matière concernée et dont la compétence ne subit aucun retranchement, de règles identiques et non uniques puisqu'elles sont incorporées à chacun de ces droits* »⁷²². Il schématise même les deux procédés de cette manière : « *Unification = règles uniques* », « *Uniformisation = règles distinctes mais identiques* »⁷²³.

Finalement, les notions de droit global, universel et mondial correspondent à des procédés bien déterminés.

378. Uniformisation, unification et harmonisation – L'harmonisation consiste en la « *réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des règles nationales, ou plus précisément d'une équivalence des coûts et avantages socio-économiques ou des situations juridiques (équivalence des droits et des obligations, des facultés et des contraintes) résultant de leur application* »⁷²⁴. Ce procédé est utilisé dans l'Union européenne afin d'opérer à un rapprochement des législations des Etats membres.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ Antoine JAMMEAUD, *Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?*, dans *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant 1998, p. 39.

⁷²² *Ibid.* p. 41.

⁷²³ *Ibid.* p. 47.

⁷²⁴ *Ibid.* p. 43-44.

On reviendra plus particulièrement sur elle lors des développements consacrés au droit européen des contrats.

Afin d'apprécier la part du dialogue des juges dans la possible uniformisation ou unification du droit, on assimilera donc volontairement les deux notions, voyant dans les deux procédés l'idée de parvenir à un droit global.

2) *La part du dialogue des juges dans l'existence d'un droit global*

379. Du rêve à la réalité juridique – Nous sommes partis du constat suivant lequel le dialogue des juges est né de l'intérêt grandissant pour la science comparée. Or il est légitime de se demander si le dialogue des juges peut jouer un rôle dans la mondialisation du droit, étant donné que l'érection d'un droit global était le rêve de certains comparatistes.

380. Le rêve de certains comparatistes⁷²⁵ – En 1968 déjà, René DAVID avait affirmé que « *Le problème n'est pas de savoir si l'unification du droit se fera, mais c'est de savoir comment elle se fera* »⁷²⁶. Il s'agit d'une ambition largement remise au goût du jour par les juristes contemporains⁷²⁷.

⁷²⁵ Certains auteurs parlent même de prophétie. Voir notamment Frédéric ZENATI, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, Op. cit. « *Les prophéties des grands comparatistes sur l'unification du droit des nations et, au-delà, du droit des peuples, sont en passe de se réaliser, voire d'être dépassées. Le marché, vecteur structurel et sève nourricière du droit, aspire plus que jamais les ordres juridiques vers le décloisonnement, suscitant autant d'inquiétude que d'espoir. Le droit universel est en marche, dépassant l'utopie jusnaturaliste de la phase de l'enfance pour accéder à la positivité* ».

⁷²⁶ Nicolas CHARBIT, *L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats (À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats)* (suite et fin), Petites affiches, 27 novembre 2001 n° 236, P. 4.

⁷²⁷ Mireille DELMAS-MARTY, *Réinventer le droit commun*, Dalloz 1995, p. 1. « « Réinventer », car l'idée de droit commun n'est certes pas nouvelle. Mais le paysage juridique a changé et peut-être existe-t-il pour la première fois dans l'histoire la possibilité de concevoir un droit commun de façon opératoire » ; Olivia DUFOUR, « *L'élaboration d'un système comptable globalement unifié aboutira à la création d'un standard juridique mondial* », entretien avec Anne-Marie FRISON-ROCHE, Petites affiches, 10 décembre 1999 n° 246, P. 4.

Selon Mireille DELMAS-MARTY, les codifications nationales du XIXème siècle ont fait naître le droit comparé, qui a relancé le rêve universaliste. Lors du congrès international organisé à l'occasion de l'exposition universelle en 1900, les juristes réunis rêvent d'un droit commun de l'humanité⁷²⁸. Selon certains comparatistes comme Konrad ZWEIGERT, le droit comparé doit servir à unifier le droit⁷²⁹. C'est également ce que pense Mario SARFATTI dans son article relatif au droit comparé et l'unification du droit⁷³⁰. Selon lui, les évènements liés à la Seconde guerre mondiale ont poussé les juristes à accorder une fonction spéciale au droit comparé. Le droit comparé serait ainsi amené à reconnaître un ensemble de principes communs destinés à devenir universels. Il décrit plusieurs étapes afin de parvenir à l'avènement d'un droit global, notamment par le rapprochement des législations différentes. L'idée d'un droit global unifié peut trouver son origine dans la théorie du droit naturel. ZWEIGERT parlait de « *méthode universelle d'interprétation* »⁷³¹. Si l'on considère que la mobilisation d'une jurisprudence étrangère constitue une démarche de droit comparé, on peut se demander si le dialogue des juges peut alors contribuer à la naissance d'un droit global.

381. Le relai du dialogue des juges – Le dialogue des juges peut-il constituer un relai au droit comparé dans sa fonction d'unification du droit ? La question est légitime lorsque l'on sait que le dialogue des juges est né de la science comparative et que le fait pour un magistrat de s'inspirer d'une décision étrangère a nécessité une démarche de comparatiste. Ainsi, « faire du droit comparé » n'implique pas nécessairement un dialogue des juges car la personne qui est dans une démarche comparatiste n'est pas obligatoirement un juge et celle-ci peut seulement s'intéresser à la législation étrangère. A l'inverse, le dialogue des juges implique nécessairement une démarche comparatiste car le juge s'intéresse à la

⁷²⁸ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour le droit mondial*, Editions du Seuil, 1998, p. 7 et s. Dans son chapitre sur l'illusion mondialiste, l'auteur confesse qu'elle aurait imaginé que la mondialisation viendrait des droits de l'homme, mais que plusieurs événements dans l'histoire ont empêché celle-ci.

⁷²⁹ C'est ce que Mireille DELMAS-MARTY résume dans cette phrase « *Les comparatistes-comme on appelle ceux qui se consacrent à comparer les systèmes de droit entre eux-ont longtemps cru que l'unification viendrait par elle-même du droit comparé et se dégagerait sans effort de la comparaison des systèmes, pour autant qu'on se limite bien sûr aux seuls systèmes valables, ceux de l'humanité civilisée* ».

Trois défis pour un droit mondial, page 107.

⁷³⁰ Mario SARFATTI, *Le droit comparé en fonction de l'unification du droit*, RIDC 1951 vol. 3 n° 1 pages 69-74.

⁷³¹ Konrad ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in ZaiPR 1949-1950 p. 5 et s.

jurisprudence étrangère. Enfin, le dialogue des juges demeure pour le moment un instrument imparfait car il est difficile d'imaginer que le juge qui s'intéresse à une jurisprudence étrangère connaisse exactement le contexte dans lequel la décision a été rendue dans le pays en question.

Il n'y a pas de doute quant à la capacité du dialogue des juges à diffuser la connaissance de décisions étrangères à travers les différents magistrats du monde entier, seulement, il reste toutefois peu probable que cet instrument parvienne à l'édification d'un droit global, si tant est que cela soit sa finalité. Alors, ce qui est remis en cause ici ce n'est pas la méthode qui pourrait être employée, mais l'objectif qui se trouve à la base.

Que l'on soit partisan d'un droit global ou non, l'organisation juridique actuelle nous ramène à la réalité, nous menant alors à la conclusion selon laquelle le droit global est impossible à édifier et relève de l'utopie. A ce sujet, Mario SARFATTI cite Carl WIELAND qui a écrit « *Le futur droit mondial uniforme reste une utopie, c'est un rêve, et ce n'est même pas un beau rêve* »⁷³². Le dialogue des juges peut tout à fait être un instrument permettant de parvenir à un droit unifié, il serait plus réaliste d'affirmer que cet instrument permette l'unification de certaines matières. Le dialogue des juges ne peut donc pas servir à l'édification d'un droit global, il faut donc chercher à savoir s'il peut être un instrument capable d'unifier certaines matières.

Ainsi, l'idée d'universalité du droit ne doit pas être rejetée dans tous ses aspects. En effet, si l'édification d'un droit global est impossible, ce n'est pas le cas pour certains domaines du droit, nous amenant donc à troquer l'idée de droit global contre celle de plusieurs droits unifiés.

⁷³² Carl WIELAND, *Rechtsquellen und Weltrecht*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY*, III p. 473.

B. Le dialogue des juges dans l'unification de certains droits

382. Une alternative au droit global – La mondialisation est un phénomène qui amène la communauté des juristes à s'interroger sur une éventuelle mondialisation du droit. Seulement, il ne faut pas voir en cette mondialisation la possible quête d'un droit global, uniforme. C'est ce que résument très bien May CHARTOUNI-DUBARRY et Loulouwa AL RACHID en affirmant que la mondialisation ne peut pas nécessairement aller de pair avec une uniformisation des normes⁷³³. Au contraire, on peut voir dans la mondialisation la naissance en parallèle d'une volonté d'affirmer ses propres différences.

Mireille DELMAS-MARTY qui avait imaginé un droit global grâce aux droits de l'homme parlera quelques années plus tard d'utopie, lançant l'idée d'un pluralisme ordonné, qui permettrait de construire un ordre juridique mondial sans imposer la fusion⁷³⁴. D'ailleurs, il n'est pas possible d'envisager concrètement un droit complètement global, certaines matières ne pouvant pas faire l'objet d'une uniformisation, en raison notamment des fortes divergences de cultures qu'il peut exister⁷³⁵. D'un point de vue plus général, on peut également rejeter l'idée d'une possible uniformisation du droit lorsqu'on s'attarde sur l'existence déjà complexe à saisir de plusieurs ordres juridiques. Il existe ainsi des cultures juridiques différentes et à l'intérieur d'une même culture, on peut trouver des droits assez différents. Il apparaît alors vite illusoire d'imaginer un même ensemble de règles pouvant tout régir. Mais alors que proposer comme alternative à un droit global ? L'idée qui peut être avancée est celle de l'existence de plusieurs droits unifiés.

⁷³³ May CHARTOUNI-DUBARRY, Loulouwa AL RACHID, *Droit et mondialisation*, Politique étrangère n° 4, 1999 pages 941-946. Les deux auteurs vont plus loin en soutenant que la mondialisation aurait pour effet de mettre l'accent sur les revendications identitaires et les « *particularismes de tout ordre* », ce qui est à l'opposé de toute idée d'uniformisation du droit (p. 942).

⁷³⁴ Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Editions du Seuil, 2005, p. 26 : « *Maintenir une séparation, sans imposer la fusion, et pourtant construire quelque chose comme un ordre, ou un espace ordonné : telle pourrait être la réponse à la complexité juridique du monde* ».

⁷³⁵ Mario SARFATTI, *Le droit comparé en fonction de l'unification du droit*, p. 717.

383. La coexistence de droits unifiés – Si la naissance d'un droit global est inenvisageable, celle de plusieurs droits unifiés l'est un peu moins. Mireille DELMAS-MARTY, qui pensait que la mondialisation du droit se réaliseraient avec les droits de l'homme s'interroge sur la possibilité de parvenir à un droit commun : « *La faisabilité d'un droit commun semble attestée par l'observation qui révèle des traces ou des fragments d'un droit qui devient mondial, dans certains secteurs et par à-coups, sous la double pression de l'économie et des droits de l'homme* »⁷³⁶. On peut en effet envisager deux cas de figures. Dans un premier cas de figure, l'unification ne concernerait que des matières bien particulières⁷³⁷. Dans le second cas de figure, l'unification ne concernerait qu'une zone limitée géographiquement, on parlerait alors d'unification à l'échelle locale ou régionale. Ces hypothèses de droits unifiés font partie de la réalité car il existe des exemples de droits unifiés. C'est le cas par exemple du droit relatif au transport aérien, au transport maritime, à l'arbitrage international, ou bien encore à la vente internationale d'objets mobiliers corporels. D'après Mario MATTEUCCI, le transport aérien est le droit qui a permis de réaliser une unification à portée vraiment universelle⁷³⁸. A l'avenir, d'autres matières pourraient faire l'objet d'une unification, mais il faut se demander si le dialogue des juges peut jouer un rôle à ce sujet.

384. Le dialogue des juges dans l'unification de certaines matières – Il s'agit de savoir si le dialogue des juges pourrait être utile à l'unification de certaines matières. Il est très difficile d'imaginer, pour l'heure, la possibilité d'unifier une matière juridique grâce au dialogue des juges. La particularité même du dialogue des juges, qui est d'être occasionnel, spontané et informel ne permet pas d'envisager encore une base solide pour unifier un droit. Comme il a été vu précédemment, il n'existe pas de dialogue récurrent entre deux magistrats, il s'agit toujours d'emprunts de jurisprudences informels, et jamais réciproques. A moins d'imaginer un développement fulgurant de la technique du dialogue des juges, ce qui reste improbable, il ne s'agit pas d'un moyen d'unifier certaines matières du droit. La possibilité d'unifier un droit semble passer par le moyen d'une convention, autrement dit

⁷³⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Editions du Seuil, 1994.

⁷³⁷ On parle à ce sujet de l'internationalisation de certaines matières. C'est le cas par exemple du droit pénal. On parle également de régionalisation du droit. Alejandro E. ALVAREZ, *L'internationalisation du droit pénal : l'exemple du MERCOSUR*, RSC 1999 p. 741 ; Jean-Sylvestre BERGE, *L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit*, Petites affiches, 05 octobre 2004 n° 199, P. 32.

⁷³⁸ Mario MATTEUCCI, *L'évolution en matière d'unification du droit*, RIDC 1952, vol. 13, n° 2, p. 285-291.

d'une norme qui peut prétendre être appliquée par plusieurs juges. Le dialogue des juges quant à lui, n'est pas une technique d'uniformisation, qu'elle soit globale, locale ou limitée matériellement.

Réfutant l'idée selon laquelle le dialogue des juges peut être un instrument d'uniformisation du droit (ou des droits), il est judicieux de se demander s'il ne constitue pas au contraire, un substitut à toute uniformisation.

§2) Le dialogue des juges, substitut à l'uniformisation du droit

385. Plan – L'idée avancée ici est d'affirmer que le dialogue des juges ne doit pas être vu comme un instrument ayant pour but d'unifier le droit, mais serait au contraire la possibilité d'éviter le recours à l'unification, permettant ainsi à certaines nations de partager des principes tout en conservant le particularisme lié à leurs différentes cultures juridiques.

Finalement, voir dans le dialogue des juges un instrument qui permet de se substituer à l'unification du droit ou de certaines matières revient à laisser le phénomène tel, de laisser les choses en l'état. Autrement dit, cela revient implicitement à se prononcer sur le dialogue des juges en tant que tel. Il faut alors apprécier les inconvénients (A) et les avantages du dialogue des juges (B).

A. Les inconvénients liés au dialogue des juges

386. L'utilité du dialogue des juges – Affirmer que le dialogue des juges peut éviter la lourde tâche de l'unification revient à le laisser tel quel. Si aucune utilité n'est attribuée au

dialogue des juges, alors la situation resterait en l'état et cela ne permettrait pas d'envisager sereinement l'avenir du dialogue des juges. En effet, il est difficile de savoir de façon certaine que le dialogue des juges va continuer de se développer dans les années qui viennent. Même si le contexte de mondialisation est largement favorable à la poursuite voire à l'amplification du phénomène, on peut aussi craindre une stagnation du dialogue des juges. A côté de l'incertitude sur l'avenir du dialogue des juges, d'autres inconvénients sont à relever.

387. Le « Cherry picking » - Le terme désigne le fait de choisir sur une pâtisserie les cerises qui nous intéresse le plus⁷³⁹. C'est un des reproches soulevés face au dialogue des juges. Certains estiment que le fait de choisir de mobiliser certaines jurisprudences plutôt que d'autres revient à faire une espèce de « shopping » de la part du juge, autrement dit le dialogue des juges s'apparente à un marché des juges. Julie ALLARD le résume très bien en ces termes « *Il est vrai que les juges citent seulement certains arguments de leurs homologues étrangers. Ils n'empruntent des parties des systèmes juridiques étrangers, mais n'embrassent pas tous ces systèmes, dont ils peuvent par ailleurs reconnaître les défauts. Pire encore : ils ne se tournent vers l'étranger que quand leur décision semble difficile à justifier au sein de leur propre système, mais ignorent totalement ces mêmes références étrangères quand elles les amènent à conclure, dans une autre affaire, dans un sens qui ne leur convient pas* »⁷⁴⁰. Un an auparavant, l'auteur avait déjà employé cette expression, mais cette fois là accolée à celle d'un « *juge-pirate* », pour pointer du doigt le fait que les décisions étrangères font l'objet d'une instrumentalisation de la part des magistrats et des avocats « *pour faire reconnaître des droits jugés par eux fondamentaux* »⁷⁴¹. Ce marché que les juges feraient en s'inspirant de décisions plutôt que d'autres soulèverait un réel problème de sécurité juridique. Il est vrai qu'en s'inspirant de

⁷³⁹ C'est le terme qu'utilise Julie ALLARD dans son article relatif au dialogue des juges dans la mondialisation, qu'elle traduit par « *le fait de choisir sur un gâteau les cerises les plus appétissantes et de laisser de côté celles qui nous paraissent avariées* ». *Le dialogue des juges dans la mondialisation*, in *Le dialogue des juges*, Bruylant 2007 p. 80.

⁷⁴⁰ *Idem.*

⁷⁴¹ Julie ALLARD, Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, Editions du Seuil et La République des Idées, 2005, p. 77.

façon libre et spontanée de décisions rendues par un homologue étranger, le justiciable peut être amené à craindre la solution qui sera rendue pour le litige auquel il est partie. Cet aspect du dialogue des juges est lié également à la légitimité du juge.

388. La légitimité du juge en question – Avec le dialogue des juges, certains peuvent craindre pour la démocratie. C'est une idée qui a été étudiée avec la question prioritaire de constitutionnalité et il se pose tout à fait dans le cadre du dialogue des juges au niveau global. Le fait qu'un magistrat s'inspire d'une décision étrangère ou simplement d'un droit étranger amène à s'interroger sur sa légitimité. Julie ALLARD et Antoine GARAPON emploient l'expression de « *fissure dans le pacte démocratique* », car « *A partir du moment où la valeur du droit n'est plus associée à une norme positive clairement énoncée par le législateur mais appréciée par des juges de manière autonome, la séparation des pouvoirs atteint bien un point de rupture* »⁷⁴². Il est vrai que le juge applique une règle normalement fruit de la volonté générale, la décision étrangère ou l'élément de droit comparé n'est en rien voulu par cette même volonté générale.

Par ailleurs, ce qui est pris de la décision étrangère ou du droit étranger ne représente qu'un argument ou une règle qui est prise dans un contexte différent que dans celui pour lequel celle a été édictée. Ainsi, le juge mobilisera une solution ou une règle étrangère sans connaître exactement le contexte dans lequel celle-ci a été adoptée, ni les circonstances exactes dans lesquelles elle est appliquée.

Les difficultés que soulève la pratique du dialogue des juges sont tout à fait fondées, mais il semble qu'elle offre bien plus d'avantages que d'inconvénients.

⁷⁴² *Ibid.* p. 76.

B. Les avantages liés au dialogue des juges

- 389. Un instrument en accord avec la mondialisation** – Né de la mondialisation et propulsé par elle, le dialogue des juges vu comme un instrument de substitution à l'unification ne constitue pas un obstacle à la mondialisation du droit. Bien au contraire, le dialogue des juges est favorable à ce mouvement d'internationalisation du droit en ce qu'il peut faire émerger des jurisprudences globales, permettant ainsi de pallier les difficultés que l'uniformisation du droit aurait provoqué.
- 390. L'émergence de jurisprudences globales** – Le terme de jurisprudence globale est utilisé par Ludovic HENNEBEL dans son article relatif aux références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme⁷⁴³. Il affirme en effet que le dialogue des juges fait émerger une jurisprudence globale convergente dans le domaine des droits de l'homme, terrain propice au dialogue. Aucune codification n'est alors nécessaire, même si la convergence des jurisprudences concerne un domaine bien particulier. De plus, l'émergence d'une jurisprudence d'ordre global permet de s'établir conformément aux particularismes liés aux différentes cultures juridiques. Enfin, la convergence des jurisprudences peut donner naissance à un patrimoine commun dans des domaines où le consensus est primordial comme celui des droits fondamentaux. L'absence d'unification du droit ou de certaines matières grâce au dialogue des juges présente d'autres avantages.
- 391. Les difficultés liées à l'uniformisation** – Les possibilités d'uniformiser certaines matières du droit ont été envisagées et il existe des matières unifiées. Deux difficultés naissant de l'unification sont évitées grâce au dialogue des juges.
- D'abord, lorsqu'une matière est unifiée, rien ne permet d'assurer que celle-ci sera

⁷⁴³ Ludovic HENNEBEL, *Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme*, in *Le dialogue des juges*, Bruylant 2007, p. 31-76.

appliquée de façon uniforme par les juges concernés. Ainsi, l'uniformisation s'avèrerait être un échec si des règles uniformes étaient appliquées de manière différente, ce qui reviendrait à un retour en arrière c'est-à-dire avant qu'il n'y ait d'uniformisation.

Ensuite, lorsqu'une matière est unifiée, certains ont soulevé que la mise en place d'une juridiction supranationale afin de veiller à la bonne application de la matière unifiée serait indispensable afin d'éviter les divergences d'application⁷⁴⁴. Seulement, il est difficile de concevoir une énième juridiction dans l'ordre mondial aujourd'hui, où coexiste déjà plusieurs ordres dont les rapports ne sont pas clairement établis. D'ailleurs, dans son ouvrage *Vers un droit commun de l'humanité*, Mireille DELMAS-MARTY affirme que « *le droit commun ne se situera pas dans un seul système, mais au croisement de plusieurs systèmes* »⁷⁴⁵, permettant ainsi de concevoir un futur droit commun, reflet d'un ajustement entre « *le relatif, le global et l'universel* »⁷⁴⁶.

Le dialogue des juges peut être vu comme un substitut à toute idée d'uniformisation, mais un aspect n'a pas encore été abordé, celui de son rôle de pérennisation d'un droit harmonisé.

⁷⁴⁴ Otto RIESE, *Une juridiction internationale pour l'interprétation du droit unifié*, RIDC 1961, vol. 13, n° 4 p. 717-735.

⁷⁴⁵ Mireille DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, p. 13.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

392. Fin de section - La mondialisation a créé un terrain propice au développement du dialogue des juges et corrélativement, le dialogue des juges a un rôle à jouer dans la suite du phénomène. En effet, la mobilisation par le juge d'une jurisprudence étrangère constitue un instrument nouveau dans le travail du magistrat et il est nécessaire de déterminer son utilité.

D'abord, il a été vu que le dialogue des juges ne peut pas sérieusement aider à l'édification d'un droit global. En effet, le dialogue des juges reste un phénomène spontané, n'obéissant à aucune règle et la possibilité d'un droit global n'existe plus.

Il a été envisagé ensuite le rôle du dialogue des juges comme substitut à l'unification du droit. Les avantages que pourraient apporter celui-ci s'avèrent plus nombreux que ses inconvénients, de sorte qu'on peut voir dans le dialogue des juges la possibilité d'aboutir à certains droits unifiés sans passer par une codification.

Une autre hypothèse pourrait être envisagée dès à présent. Elle serait une sorte de compromis entre les deux hypothèses précédemment étudiées. Il serait possible en effet d'envisager le dialogue des juges comme un instrument servant la pérennisation d'un droit harmonisé.

Section 2 : Le dialogue des juges, outil de pérennisation d'un droit harmonisé : l'exemple du droit européen des contrats

393. Le rôle du dialogue dans l'harmonisation européenne – L'harmonisation est un procédé qui consiste à rapprocher des législations différentes⁷⁴⁷, elle s'observe très aisément au niveau de l'Union européenne. Elle est donc étudiée séparément de l'unification et de l'universalisation du droit, même si certains auteurs estiment que les trois procédés peuvent entraîner les mêmes difficultés d'application⁷⁴⁸.

Le dialogue des juges ne peut pas être envisagé comme un instrument de globalisation du droit, ni comme un substitut à l'unification du droit. En revanche, il peut s'avérer être nécessaire à la pérennisation d'un droit déjà unifié, permettant ainsi à celui-ci de pouvoir être appliqué de façon uniforme par tous les juges concernés. Afin de vérifier cette hypothèse, nous avons pris comme exemple un droit en pleine harmonisation : le droit européen des contrats. Il s'agit d'une matière intéressante, d'autant que depuis quelques années, il est question d'une harmonisation de la matière contractuelle par les autorités communautaires. Il faut d'abord revenir sur l'état actuel de l'harmonisation européenne en matière de droit des contrats (§1), afin de pouvoir envisager la place du dialogue des juges dans l'application de ce droit harmonisé (§2).

⁷⁴⁷ Daniel TRICOT, Quels processus d'harmonisation ? L'harmonisation par les juges, Gazette du Palais, 21 août 2008 n° 234, P. 19 : « *Harmoniser ce n'est pas coordonner les institutions. Ce n'est pas unifier les règles de droit. L'harmonisation respecte le principe de subsidiarité* ». Il existe l'harmonisation par les juges et l'harmonisation par les procédures ; l'harmonisation se rapproche de la théorie de convergence des droits : « *la thèse de la convergence se fonde sur la constitution d'un droit commun issu des systèmes juridiques qui pénètre à son tour lesdits systèmes en vue non pas de leur unification, mais de leur rapprochement* », Marie-Claire PONTHOREAU, *Trois interprétations de la globalisation juridique, approche critique des mutations du droit public*, AJDA 2006 p. 20.

⁷⁴⁸ C'est le cas par exemple de Claude WITZ, *La quête de l'universalisme dans l'interprétation*, Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, P. 54.

§1) Etat des lieux de l'harmonisation de la matière contractuelle en Europe

394. Plan – Le droit européen des contrats est à l'honneur car «*La technique de l'harmonisation des droits est celle utilisée actuellement pour rapprocher les législations nationales afin de développer et fluidifier le marché intérieur. Elle consiste, pour les États membres, à modifier leur droit interne de manière à le faire converger vers des objectifs communs. Cette harmonisation s'est réalisée par petites touches, de manière verticale par le biais de directives sectorielles d'harmonisation minimale. Depuis quelques années, le degré d'harmonisation s'est durci et l'harmonisation totale est privilégiée* »⁷⁴⁹.

L'harmonisation de la matière contractuelle au niveau européen a une histoire de plus d'un siècle.

L'objectif ici est de revenir sur ce projet européen afin d'être en mesure de mieux comprendre comment le dialogue des juges pourrait servir ce projet d'harmonisation. On retracera ici cette histoire, qui au départ affichait un projet très ambitieux d'un Code civil européen, qui était loin de faire l'unanimité auprès de la communauté des juristes. Il s'agit avant tout d'un projet de la Commission européenne, qui a d'ailleurs évolué dans son projet. Les ambitions des autorités communautaires n'ont cessé d'évoluer, il est possible cependant de distinguer deux moments forts dans l'évolution de l'harmonisation du droit européen des contrats. On peut en effet remarquer qu'au départ, la Commission avait en tête l'élaboration d'un Code européen des contrats (A), mais que cette idée a laissé place à celle d'un Cadre commun de référence (B).

⁷⁴⁹ Carole AUBERT DE VINCELLES, *Nouvelles orientations : directive-cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats*, Revue des contrats, 01 octobre 2010 n° 4, P. 1284.

A. Un Code européen des contrats, projet d'hier

395. La codification européenne, une idée ancienne – Nous verrons que la volonté de codifier le droit à l'échelle européenne est ancienne. On peut distinguer les rêveurs d'un Code civil européen d'une part, et les partisans d'un Code européen des contrats de l'autre. Mais pour chaque ambition, la communauté des juristes est partagée.

396. Un Code civil européen – L'idée de la formation d'un droit privé européen naît dans les années 1980⁷⁵⁰. Les partisans d'un Code civil européen citent généralement des hommes politiques de l'histoire de France, ou bien encore de grands auteurs pour défendre l'idée d'un Code européen⁷⁵¹. La question de l'élaboration d'un Code civil européen s'est posée en 1989 avec le Parlement européen qui a invité la communauté des juristes et la Commission européenne à se pencher sur la création d'un tel code. Mais d'après Juliette GEST, l'entreprise d'harmonisation européenne a débuté au début des années 1980 notamment avec le projet de code des obligations et des contrats franco-italien et la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980⁷⁵². La magistrate fait mention d'autres textes comme les Principes UNIDROIT de 1994, ou bien encore des Principes européens du droit du contrat de la *Commission on European Contract Law*, dits principes Lando. On peut considérer que l'idée même d'un Code civil européen est née avec la résolution du Parlement européen de 1989⁷⁵³. Cette même volonté

⁷⁵⁰ Horst EIDENMULLER, Florian FAUST, Hans Christoph GRIGOLEIT, Nils JANSEN, Gerhard WAGNER, Reinhard ZIMMERMANN, *Le cadre commun de référence pour le droit privé européen, Les questions de son évaluation et les problèmes de codification*, RTDE 2008, p. 761.

⁷⁵¹ Dans son article *Vers un Code civil européen ?* Yves LEQUETTE soulève que les partisans d'un Code civil européen reprennent des citations de grands hommes comme l'a fait Monsieur von BAR en citant Charlemagne. Y. LEQUETTE, *Vers un Code civil européen ? Pouvoirs*, 107, 2003, p. 121.

⁷⁵² Juliette GEST, *Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la Présidence française du Conseil de l'Union européenne*, Dalloz 2009 p. 1431.

⁷⁵³ Résolution du Parlement, du 26 mai 1989, sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, JOCE C 158/400.

a été réitérée en 1994⁷⁵⁴, en 1999 puis en 2000⁷⁵⁵, elle a donné lieu à la naissance du groupe d'études sur le Code civil européen, dirigé par Christian von Bar. De même, la commission Lando a également travaillé sur la confection d'un Code civil européen. L'idée d'un Code civil européen n'a pas été acceptée par tous les membres de la doctrine, l'article de Gérard CORNU publié en 2002 au Recueil Dalloz l'illustre parfaitement par les propos sévères qu'il tient. Il affirme en effet que le Code civil n'est pas un instrument communautaire, qu' « *Un code civil européen qui viendrait se substituer aux codes civils des Etats serait, sur la tête des citoyens, comme un acte de spoliation, un empiètement, en chaque Etat, sur le domaine de la société civile, en violation du pacte de non-ingérence qui, dans la construction de l'Europe, garantit à chaque cité la jouissance de sa constitution civile* »⁷⁵⁶. De manière générale, la doctrine s'est longtemps interrogée sur la nécessité d'un Code civil européen⁷⁵⁷ et les ambitions des autorités communautaires au sujet de sa confection ont évolué, passant d'un projet de Code civil européen à un Code européen des contrats.

397. Un Code européen des contrats – Les ambitions des autorités européennes et plus particulièrement le projet d'un Code civil européen semblent évoluer à partir de l'année 2001. Le 11 juillet 2001, la Commission des communautés européennes adresse une communication au Conseil européen et au Parlement européen relative au droit européen des contrats⁷⁵⁸. En novembre de la même année, le Parlement européen prend une résolution exigeant l'élaboration d'un *corpus* de règles sur la matière et propose plusieurs options dont celle d'un Code européen des contrats⁷⁵⁹. La volonté d'élaborer un Code européen des contrats ne fait aucun doute, comme l'écrit Hans Jürgen SONNENBERGER « *Il s'agit d'un thème qui culmine avec l'élaboration d'un vrai Code des contrats et la*

⁷⁵⁴ Résolution du Parlement européen du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, JOCE, 1994, C 205/518.

⁷⁵⁵ En novembre 2000, le Parlement européen organise une séance d'information qui a pour thème « Un Code civil pour l'Europe ».

⁷⁵⁶ Gérard CORNU, *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, Dalloz 2002 p. 351.

⁷⁵⁷ Voir par exemple : Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Faut-il un Code civil européen ?* RTD Civ. 2002 p. 463 ; Yves LEQUETTE, *Vers un Code civil européen ?* Pouvoirs, 107, 2003, p. 121 ; Philippe GLAUDET, *Le Code civil européen : une utopie ?,* Droit et Patrimoine, n° 125, 01/04/2004, pp. 32-38.

⁷⁵⁸ JO C 255 du 13.9.2001.

⁷⁵⁹ JO C 140 E du 13.6.2002, p. 538.

Résolution du Parlement européen ainsi que la discussion générale montrent qu'il s'agit précisément de cela, même si la Communication de la Commission est ici beaucoup plus réservée »⁷⁶⁰. La lecture de la résolution prise par le Parlement européen ne laisse en effet pas de doute quant à son intention de voir naître un jour un Code européen des contrats. Après avoir prévu un plan de plusieurs étapes et sur plusieurs années, le Parlement décide qu'à partir de 2010 l'élaboration et l'adoption d'un « *corpus de règles sur le droit des contrats de l'Union européenne, qui tienne compte des notions et solutions juridiques communes telles qu'établies dans les initiatives précédentes* »⁷⁶¹ peut constituer l'aboutissement du plan d'action.

Le débat sur l'harmonisation du droit européen des contrats a suscité de nombreuses réactions, mais, en 2003, les autorités européennes semblent encore avoir évolué dans leur volonté de codifier le droit des contrats à l'échelle européenne.

B. Le projet de Cadre Commun de Référence

398. D'un Code européen des contrats à un Cadre Commun de Référence – En 2003, soit deux années seulement après avoir affiché son intention d'aboutir à un Code européen des contrats, la Commission des communautés européennes lance un plan d'action⁷⁶² afin d'établir un cadre commun de référence et indique la marche à suivre dans une autre

⁷⁶⁰ Hans Jürgen SONNENBERGER, *L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ?* Revue critique de droit international privé 2002 p. 405.

⁷⁶¹ JO C 140 E du 13.6.2002, p. 542 point J.

⁷⁶² Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : *Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action*, COM (2003) 68 final, 12 fevr. 2003.

communication de 2004⁷⁶³. Ainsi, dans sa communication du 11 octobre 2004, la Commission indique de « quelle façon le Cadre Commun de Référence (CCR) sera développé pour renforcer la cohérence de l’acquis existant et futur et dresse des plans spécifiques pour les éléments de l’acquis relevant de la protection des consommateurs, conformément à la stratégie pour la politique des consommateurs (2002-2006). Elle décrit aussi les activités programmées pour la promotion de clauses contractuelles types à l’échelle de l’Union européenne et entend poursuivre la réflexion sur l’opportunité d’un instrument optionnel »⁷⁶⁴. Ce plan d’action prévoit trois mesures.

La première mesure consiste en l’amélioration de l’acquis existant et futur.

La deuxième mesure est d’améliorer l’emploi de clauses et de conditions contractuelles types à l’échelle de l’Union européenne.

Enfin, la dernière mesure vise à élaborer un instrument optionnel dans le droit européen des contrats. La communication indique également les différents rôles que pourrait avoir le futur Cadre Commun de Référence. Ce Cadre Commun de Référence est décrit par la doctrine comme une sorte de « boîte à outils à trois tiroirs » comprenant une terminologie, des principes et l’élaboration de règles nouvelles. La voie à suivre serait l’élaboration d’un Cadre Commun de Référence éventuellement complété d’un instrument optionnel, et non plus de « de proposer un code civil européen qui harmoniseraient les droits des contrats des Etats membres »⁷⁶⁵. Des groupes de travaux ont donc réfléchi à l’élaboration d’un projet de Cadre Commun de Référence et deux rapports ont été rendus sur l’état d’avancement de ceux-ci, marquant également une nouvelle évolution dans l’harmonisation du droit européen des contrats.

399. Les vicissitudes du projet d’harmonisation – Suite aux deux communications de la Commission des communautés de 2003 et de 2004, deux rapports d’avancements ont été rendus. Le premier rapport du 23 septembre 2005⁷⁶⁶ « résume les progrès qui ont été accomplis dans le projet consacré au droit européen des contrats (DEC) et dans la révision de l’acquis depuis la parution de la communication de la Commission européenne

⁷⁶³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil : *Droit européen et révision de l’acquis : la voie à suivre*, COM (2004) 651 final, 11 oct. 2004.

⁷⁶⁴ COM (2004) 651 final, 11 oct. 2004, introduction.

⁷⁶⁵ *Ibid.* p. 8.

⁷⁶⁶ COM (2005) 456 final du 23 septembre 2005 (non publié au Journal Officiel).

sur ces sujets en 2004, et expose des questions d'orientation générale. Depuis mars 2005, des ateliers ont été consacrés aux thèmes suivants: contrats de service, franchise, représentation, distribution, sécurité personnelle, intervention bénévole, enrichissement sans cause, notion et fonctions du contrat et notions de consommateur et de professionnel. Le développement de clauses types, comme envisagé dans la précédente communication, a été abandonné par la Commission suite à une intense réflexion »⁷⁶⁷.

Un deuxième rapport datant du 25 juillet 2007⁷⁶⁸ semble montrer un certain essoufflement des autorités européennes dans le projet d'établir un droit européen des contrats. En effet, selon le magistrat Dominique BLANC, la conclusion laisse entrevoir que l'élaboration d'un Cadre Commun de Référence n'est plus la priorité, que désormais, la priorité serait de réviser l'acquis communautaire, et plus particulièrement le droit communautaire de la consommation⁷⁶⁹. De leur côté, les autorités européennes présentent le rapport comme suit « *Le cadre commun de référence (CCR) constitue selon la Commission européenne un instrument adéquat pour améliorer la réglementation, sans harmoniser à grande échelle le droit privé des États membres⁷⁷⁰. Le CCR devrait être utilisé pour définir les termes juridiques, les principes et règles modernes du droit des contrats dans le cadre de la révision de la législation sectorielle existants et pour élaborer de nouveaux textes, le cas échéant* »⁷⁷¹. Certains évènements viennent bouleverser l'avenir du droit européen des contrats.

Les évènements dont il est question sont en autres, la présidence française de l'Union européenne et la publication de deux importants projets académiques de Cadre Commun de Référence. La France a joué un rôle très important dans la progression du projet d'harmonisation, notamment en mettant en place des groupes de réflexions, des rencontres avec les autorités communautaires, qui ont abouti en novembre 2008 à un projet de rapport remis au Conseil européen⁷⁷². Par ailleurs, la mise en place récente du Programme de Stockholm semble replacer le projet d'harmonisation de façon plus concrète.

⁷⁶⁷ Le résumé de ce rapport est disponible sur le site europa.eu

⁷⁶⁸ Rapport de la Commission du 25 juillet 2007: Deuxième rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence, COM(2007) 447 (Non publié au Journal officiel).

⁷⁶⁹ Dominique BLANC, *Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ?* D 2008 p. 564.

⁷⁷⁰ Souligné par nous.

⁷⁷¹ Le résumé de ce rapport est disponible sur le site europa.eu

⁷⁷² *Projet de rapport au Conseil sur la mise en place d'un CCR pour le droit européen des contrats*, 15306/08. JUSTCIV 236 CONSOM 167.

Une nouvelle impulsion au projet d'harmonisation - Le programme de Stockholm a été adopté en décembre 2009 par le Conseil européen et afin de le mettre en œuvre, la Commission a pris un plan d'action en avril 2010⁷⁷³. Parmi les mesures prévues par le plan d'action, la Commission prévoit une communication pour l'année 2010 sur « *le droit européen des contrats et la méthode vers l'adoption du cadre commun de référence* » et annonce pour 2011 une proposition législative sur le Cadre Commun de Référence⁷⁷⁴. Il s'agit d'un projet de Cadre Commun de Référence politique, ne prévoyant plus d'instrument optionnel, mais il a été réaffirmé que « *le Cadre commun de référence pour le droit des contrats devrait être un ensemble non contraignant de principes fondamentaux, de définitions et de règles types qui pourrait être utilisé par les législateurs au niveau communautaire afin de garantir, lors du processus législatif, une plus grande cohérence et une meilleure qualité* »⁷⁷⁵. Le 1^{er} juillet 2010, la Commission européenne publie un Livret vert dans lequel elle dégage des solutions dans le domaine du droit des contrats pour rendre le marché unique plus accessible aux consommateurs et aux entreprises⁷⁷⁶. Les solutions proposées sont optimistes quant au projet d'harmonisation du droit européen des contrats. Elle propose par exemple la publication sur l'internet de règles types (non contraignantes) de droit des contrats dont on pourrait faire usage au sein du marché unique européen, une « *boîte à outils* » (contraignante destinée ou non) aux législateurs de l'Union lorsqu'ils adoptent une nouvelle législation pour améliorer la qualité et la cohérence des règles, ou bien encore l'harmonisation des droits nationaux des contrats au moyen d'une directive de l'Union ou par un règlement communautaire⁷⁷⁷.

Le projet d'harmonisation du droit européen des contrats est en bonne voie, il convient alors désormais d'envisager sa future application par les juges et si le dialogue des juges

⁷⁷³ COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS, *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens, Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*. 20 avril 2010 COM(2010) 171 final.

⁷⁷⁴ *Ibid.* p. 26.

⁷⁷⁵ JO C (2010/C 115/01) p. 16.

⁷⁷⁶ COM(2010)348 final, *Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*.

⁷⁷⁷ *Droit européen des contrats : publication d'un Livre vert*, Dalloz actualité 2 juillet 2010 ; *Nouvelles orientations : directive-cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats*, *Op. cit.* ; Jean-Sylvestre BERGE, *L'hypothèse d'un 28e droit européen des contrats*, Revue des contrats, 01 octobre 2010 n° 4, P. 1401 ; Soraya AMRANI-MEKKI, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Droit des contrats, octobre 2009 - novembre 2010*, Dalloz 2011 p. 472.

pourrait jouer un rôle dans cette entreprise.

§2) L'apport du dialogue des juges dans l'application du droit européen des contrats

400. Plan – Dans son livre vert du 1^{er} juillet 2010, la Commission européenne lance une consultation publique après avoir exposé les différentes solutions envisageables pour la suite du chantier d'harmonisation du droit européen des contrats. Même si cette matière relève encore du droit prospectif, il est possible d'envisager le rôle du dialogue des juges en fonction des différentes options envisagées par la Commission. Celle-ci présente les formes diverses que pourrait revêtir le Cadre commun de référence. Au total, sept options sont envisagées et celles-ci peuvent être classées en fonction de la force contraignante que revêt l'instrument de droit européen des contrats. Le rôle du dialogue des juges sera envisagé d'abord dans l'hypothèse d'un instrument peu contraignant, puis dans l'hypothèse de l'adoption d'un instrument contraignant (A). La part du dialogue des juges dans l'application d'un droit harmonisé connaît des exemples concrets comme celui de la vente internationale de marchandises (B).

A. Le dialogue des juges en fonction de la contrainte imposée par l'instrument

401. Le choix de l'instrument - Le rôle du dialogue des juges sera envisagé d'abord dans l'hypothèse d'un instrument peu contraignant (1), puis dans l'hypothèse de l'adoption d'un instrument contraignant (2).

1) *Le dialogue des juges et l'instrument européen peu contraignant*

402. Les quatre premières options – Les différentes options envisagées dans le Livre vert sont relatives à la nature juridique de l'instrument de droit européen des contrats. La Commission souhaite un instrument « *exhaustif et autonome en ce sens que les renvois aux droits nationaux ou aux instruments internationaux devraient être limités autant que possible* »⁷⁷⁸. Les quatre options seront envisagées ici de manière individuelle, cherchant pour chacune d'elles la place que le dialogue des juges pourrait avoir.

⁷⁷⁸ COM(2010)348 final, *Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*, p. 7.

403. La diffusion des travaux de réflexion – La première option envisagée par la Commission est dénuée de force contraignante car elle consiste en la diffusion des travaux de réflexions menés par les groupes d'expert. Ainsi, « *si le groupe d'experts élabore un texte pratique et facile à consulter, les législateurs européens et nationaux de même que les parties contractantes pourraient s'en inspirer lors de la rédaction, respectivement, des textes normatifs et des clauses et conditions types* »⁷⁷⁹. Il est également envisagé d'utiliser ces travaux dans le cadre de l'enseignement supérieur ou la formation professionnelle. A terme, selon la Commission, cela pourrait aboutir à une convergence « *volontaire* » des droits nationaux des contrats. Cette solution n'est pas écartée par l'instance européenne, mais elle pointe tout de même deux inconvénients. Ainsi, le fait de ne pas avoir de force contraignante n'empêcherait pas les obstacles liés au marché intérieur et n'entrainerait pas une réduction des divergences existant en droit des contrats. Il est justement difficile d'imaginer qu'une diffusion de ce type puisse aboutir à une convergence des droits des contrats. Le dialogue des juges pourrait très probablement être un vecteur de diffusion des principes et règles publiés, mais il faudrait d'abord que leur utilisation se répande assez fortement et que les juges, une fois familiarisés avec ceux-ci, les diffusent à leur tour. On peut aussi imaginer que le juge français se retrouve face à un contrat dans lequel les parties invoquent une règle contenue dans ce Cadre commun de référence et qu'il soit amené à chercher dans les jurisprudences étrangères, si un autre juge a déjà eu à trancher tel ou tel point du droit. La deuxième option consiste en l'élaboration d'une boîte à outils destinée au législateur.

404. Une boîte à outils pour le législateur – La deuxième option envisagée consiste à élaborer une boîte à outils destinée au législateur, provenant soit d'un acte de la Commission, soit d'un accord institutionnel conclu entre la Commission, le Parlement et le Conseil. Dans le premier cas, la Commission pourrait recourir à cette boîte à outils lors de la rédaction de propositions de textes normatifs par exemple, entrant en vigueur sans l'approbation du Parlement et le Conseil. Dans le second cas, la boîte à outils interviendrait dans l'élaboration d'un texte, mais devrait passer par des négociations entre les trois organes. Selon la Commission, cette option ne permet pas d'effacer les divergences juridiques en matière de droit des contrats et quand bien même le texte serait adopté, il

⁷⁷⁹ *Ibid.* p. 8.

existe un risque de divergence dans l’application de celui-ci devant le juge national. Dans cette hypothèse, le dialogue des juges pourrait être mobilisé afin d’éviter les divergences d’application, mais le fonctionnement du marché intérieur nécessite une certaine célérité et le dialogue des juges pourrait freiner ce dernier. La troisième option quant à elle, prendrait la forme d’une recommandation.

405. Les recommandations de la Commission – L’instrument de droit européen des contrats pourrait se voir annexé à une recommandation de la Commission adressée aux Etats-membres. Ces derniers adopteraient de façon progressive et volontaire l’instrument en question. Le Livre vert prévoit en outre la possibilité de confier à la Cour de justice de l’Union européenne le pouvoir d’interpréter les dispositions concernées. Deux hypothèses sont envisagées. D’abord celle consistant à inciter les Etats membres à substituer l’instrument européen à leur droit national des contrats. Ensuite une seconde hypothèse consiste à inciter les Etats membres à intégrer l’instrument mais à titre facultatif, permettant aux contractants de choisir entre celui-ci et le droit interne. L’option envisagée ici est sans doute celle qui est le moins adaptée, car les Etats membres risqueraient de ne pas tous choisir l’intégration de l’instrument, ou bien ceux-ci risqueraient de ne pas le faire au même moment, ce qui laisserait place à des législations trop divergentes au sein de l’Union européenne. Pour ce qui concerne cette option, la question du dialogue des juges ne se pose pas puisqu’il ne pourrait pas intervenir à la place du législateur. La voie du choix n’est pas complètement exclue et la quatrième option nous le montre.

406. La voie du règlement – Il s’agirait d’un instrument facultatif, constituant un second régime dans chaque Etat membre « *offrant ainsi aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats* »⁷⁸⁰. La Commission ajoute que cet instrument devrait dispenser les juges d’effectuer des recherches sur des législations étrangères et permettrait d’éviter une harmonisation complète des législations. En revanche, l’instauration d’un régime parallèle pourrait complexifier le droit, aussi bien pour les justiciables que pour les magistrats. Pour cette option, le dialogue des juges ne semble pas avoir de place. Les juges n’auraient qu’à faire application du régime choisi par les contractants, ne nécessitant donc pas d’aller chercher une inspiration ailleurs que dans le

⁷⁸⁰ *Ibid.* p. 9.

droit national.

Le droit communautaire possède des instruments plus contraignants et ceux-ci sont envisagés dans le cadre de l'harmonisation du droit européen des contrats.

2) Le dialogue des juges et l'instrument européen peu contraignant

407. L'harmonisation par le biais d'une directive – Le Livre dévoile ensuite une cinquième option relative à l'harmonisation du droit européen des contrats par une directive européenne. Il s'agirait d'une harmonisation sur le fondement de normes *a minima*, permettant ainsi de gommer certaines divergences juridiques au sein des législations nationales. Cependant, la Commission craint que la voie d'une harmonisation *a minima* n'aboutisse pas à une application et à une interprétation uniformes des règles. D'ailleurs, la Commission fait référence au rapport Monti qui pointe notamment cet obstacle. Dans cette hypothèse, il est possible d'envisager le dialogue des juges comme un instrument permettant aux juges de se référer à leurs jurisprudences respectives afin d'éviter toute divergence d'application ou d'interprétation. Cependant, la directive est un instrument communautaire qui n'est pas adopté au même moment par tous les Etats membres, qui parfois tardent à transposer le texte dans leur ordre juridique, si ce n'est jamais. Le Livre envisage alors l'harmonisation par le règlement communautaire.

408. Le règlement communautaire – Cette sixième option envisage un droit européen des contrats venant se substituer aux différentes législations nationales, prenant la forme d'un corps de règles européennes uniformes. Ainsi, ces règles « *s'appliqueraient aux contrats* »

*non parce que les parties les auraient choisies, mais parce qu'elles constituerait le droit interne »*⁷⁸¹. D'après la Commission, cette solution conduirait à une application et à une interprétation uniformes des dispositions du règlement. Dans ce cas, le dialogue des juges semble trouver une place car, comme il a été vu précédemment, la Cour de cassation s'intéresse à la décision rendue par le juge d'un autre Etat membre afin de voir comment il a appliqué ou interprété le texte communautaire. Enfin, le Livre envisage la forme la plus contraignante de l'instrument qui viendra harmoniser le droit européen des contrats.

409. Un Code civil européen – Ici la force contraignante serait indéniable puisqu'il s'agirait d'harmoniser le droit des contrats, si bien que le recours aux dispositions nationales serait extrêmement limité. Le Livre vert ne développe pas d'avantage sur cette option, sans doute que celle-ci paraît peu probable. La Commission aurait voulu présenter un éventail de possibilités, montrant ainsi que l'harmonisation du droit européen des contrats est toujours d'actualité et qu'elle est en passe de se concrétiser. Le Livre vert consiste d'ailleurs à lancer des contributions publiques, la communauté des juristes d'horizon les plus variés ainsi que les groupes ayant déjà travaillé sur le Cadre commun de référence vont très prochainement réagir et apporter leur avis sur les options envisagées par la Commission européenne.

Le rôle du dialogue des juges dans l'entreprise d'harmonisation du droit européen des contrats ne peut pas encore clairement défini, la matière elle-même n'étant pas encore harmonisée. Cependant, l'influence des jurisprudences des Etats membres entre elles serait vivement nécessaire afin d'assurer une application et une interprétation uniforme des règles, auquel cas l'harmonisation serait un échec. En matière d'application d'un droit harmonisé, la pratique dispose d'un bon exemple de dialogue des juges qui a fonctionné.

⁷⁸¹ *Ibid.* p. 11.

B. La CIVM : un exemple de dialogue des juges réussi

410. Un exemple à suivre ? - La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) a été adoptée par une conférence diplomatique le 11 avril 1980. « *La Convention institue un corpus détaillé de règles juridiques régissant la formation des contrats de vente internationale de marchandises, les obligations de l'acheteur et du vendeur, les recours en cas de rupture du contrat et d'autres aspects du contrat. La Convention est entrée en vigueur le 1er janvier 1988* »⁷⁸². Cette convention est entrée en vigueur dans 76 Etats. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) cherche notamment à encourager l'harmonisation et l'uniformisation du droit du commerce international⁷⁸³ et l'application de ce *corpus* semble être un exemple de dialogue des juges qui pourrait être suivi lorsque le droit européen des contrats verra le jour.

411. Des débuts difficiles – La CIVM a très vite gagné de l'importance dans la pratique du commerce internationale : En 2008, « *L'importance de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises comme instrument de régulation du principal contrat du commerce international se renforce d'année en année [...] Le flux jurisprudentiel ne se tarit pas. Une centaine de décisions judiciaires européennes et américaines a pu être recensée pour établir le présent panorama* »⁷⁸⁴.

Si la Convention donne lieu à une jurisprudence conséquente, il est possible pour les juristes d'apprécier l'application uniforme ou non de celle-ci. D'après les études très complètes de Claude WITZ en la matière, il semble que l'application de la convention a

⁷⁸² Informations disponibles sur le site de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

⁷⁸³ Monique LUBY, *La CNUDCI et l'intégration régionale*, Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, P. 28.

⁷⁸⁴ Claude WITZ, *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises*, juillet 2006 - décembre 2007, Dalloz 2008, p. 2620.

connu des débuts mais semble connaître une nette amélioration grâce au dialogue des juges. En effet, pour l'année 2006-2007, les juges américains ont largement été fidèles à leur tradition de raisonnement et, de manière générale, la difficulté pour un juge nationale d'appliquer la convention sans regarder son propre droit constitue la principale difficulté⁷⁸⁵. Le même constat a été fait concernant le juge français, mais peu à peu, on remarque «une remise en ordre» de la part de la Cour de cassation, qui censure notamment les juges du fond qui ont interprété la convention conformément à leur droit national⁷⁸⁶.

Pour l'année 2008-2009, Claude WITZ dénote une amélioration considérable de l'application uniforme de la CIVM : «*Alors que dans les premières années d'application de la Convention, les références aux décisions étrangères au sein des jurisprudences nationales étaient clairsemées, elles sont aujourd'hui légion. L'image d'un corpus authentiquement uniforme, et non pas de versions renationalisées d'un même texte, se renforce d'année en année. On assiste à l'émergence de solutions convergentes sur des questions controversées, comme l'applicabilité de la Convention de Vienne par le biais de clauses de choix de lois en faveur d'un pays partie à la Convention*»⁷⁸⁷.

Le dialogue des juges permet d'aboutir à une application uniforme de la CVIM et cet instrument semble demeurer un instrument capital pour l'avenir. En effet, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON lance en quelque sorte un «*appel au dialogue des juges*» à propos d'une décision de la Cour de cassation belge qui aurait interprété de manière audacieuse la convention⁷⁸⁸. L'exemple de la CVIM peut tout à fait se retrouver dans le

⁷⁸⁵ *Ibid.*

⁷⁸⁶ Voir par exemple : Claude WITZ, *Un double éclairage sur le délai butoir de deux ans consacré par la Convention de Vienne*, Dalloz 2009 p. 2907 : « Ce faisant, la cour d'appel d'Agen a transposé, ni plus ni moins, les solutions applicables en droit interne français de la vente qui fait courir le délai de l'action en garantie contre les vices cachés à compter de la découverte des vices. A l'évidence, les solutions de droit interne étaient radicalement inapplicables lors de la mise en œuvre de l'article 39, alinéa 2, CVIM. Les juges du fond ont interprété la Convention de Vienne à la lumière de la loi du *for*, malmenant ainsi gravement le texte de droit uniforme » ; du même auteur : *Le redoutable délai-butoir de deux ans consacré par la Convention de Vienne*, Dalloz 2009 p. 1568.

⁷⁸⁷ Claude WITZ, *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, janvier 2008-novembre 2009*, Recueil Dalloz 2010 p. 921.

⁷⁸⁸ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge, *Revue des contrats*, 01 octobre 2010 n° 4, P. 1405 : « Il est permis d'espérer que la Cour de cassation française y puisera l'inspiration si le problème se pose dans le contexte de la CVIM, voire qu'elle s'en inspirera pour revoir sa position rigoureuse en droit interne ».

cadre du droit européen des contrats.

412. Le dialogue des juges, une chance pour le droit européen des contrats – Lorsque le droit européen des contrats sera entré en vigueur, il est tout à fait possible d'envisager le dialogue des juges comme un instrument complémentaire permettant d'assurer une application uniforme des règles qui seront applicable à plusieurs Etats. On peut envisager la création d'une base de données jurisprudentielles regroupant les différents cas d'application et l'interprétation qui auront été donnés par tel ou tel juge. Ainsi, la CNUDCI a mis en place un tel instrument afin de promouvoir une application uniforme de la Convention internationale de vente de marchandises : « *à savoir un système de collecte et de diffusion d'informations sur les décisions judiciaires et sentences arbitrales concernant les conventions et lois types émanant de la C.N.U.D.C.I. Ce système est surtout connu sous ses abréviations « C.L.O.U.T. » (Case law on uniform texts). Ce système s'appuie sur un réseau de correspondants nationaux, qui sont au nombre d'un à deux par État étant partie à une convention ou ayant adopté un texte législatif fondé sur une loi type. La mission de ces correspondants est de collecter dans leur pays les décisions judiciaires et si possible les sentences arbitrales, d'envoyer ces décisions au secrétariat général, puis d'établir des sommaires dans l'une des langues officielles de l'O.N.U* »⁷⁸⁹.

Un second instrument a été mis en place par la CNUDCI : « *Lors de sa trente-quatrième session, celle de 2001, la C.N.U.D.C.I. a décidé, sur l'initiative du secrétariat général, d'établir un recueil analytique de la jurisprudence relative à la Convention de Vienne. Ce Digest a pour but de présenter, article par article, la jurisprudence existante, afin qu'apparaissent les orientations de la jurisprudence. La confection de ce Digest a été confiée à un groupe d'experts, des universitaires en l'occurrence, et le travail est en voie d'achèvement. Consacré exclusivement à la jurisprudence, le Digest ne peut pas contenir d'observations critiques, puisqu'il émane de la C.N.U.D.C.I. qui doit s'abstenir de critiquer des décisions de justice émanant de ses États membres* »⁷⁹⁰.

Le dialogue des juges semble être un instrument incontournable en matière d'application d'un droit harmonisé. Dans ce cadre bien précis, il perd quelque peu son caractère

⁷⁸⁹ Claude WITZ, *La quête de l'universalisme dans l'interprétation*, Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, P. 54.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

spontané, les juges des Etats membres devront faire l'effort de la comparaison afin de trancher un litige. Il s'agirait d'une forme de dialogue régionalisé, qui pourrait connaître aussi des débuts périlleux mais aussi un avenir serein. Au-delà du développement hypothétique d'un tel dialogue, on peut imaginer l'instauration d'un « *réflexe de comparaison* » chez le juge français.

413. Fin de section – Le dialogue des juges peut sans doute devenir un instrument au service des magistrats. On l'a vu, il pourrait apporter quelque chose d'important dans une œuvre d'unification d'une matière, en ce sens qu'il pourrait permettre à celle-ci d'être appliquée de façon uniforme. Et pour cause, il ne suffit pas d'avoir un même corps de règles, aussi claires soit il, pour avoir une application homogène de celui-ci. D'ailleurs en France, les juges du fond sont tous amenés à appliquer le Code civil et pourtant, il existe des interprétations divergentes entre eux, qui se retrouvent également au sein même de la Cour de cassation. Alors à l'échelle plus étendue qu'un Etat, la même difficulté subsiste et c'est là que le dialogue des juges pourrait intervenir. En matière de droit européen des contrats, l'harmonisation n'est pas encore achevée, mais l'état d'avancement des travaux permet d'ores et déjà d'imaginer la place du dialogue des juges lorsque l'entreprise d'harmonisation sera achevée. Tout dépendra de la nature de l'instrument qui sera choisi afin de mettre en œuvre le droit européen des contrats, mais aussi le champ d'application qui lui sera conféré. Cependant, on peut parfaitement imaginer la nécessité d'un dialogue entre les juges des Etats membres afin d'appliquer uniformément le nouveau droit des contrats. Par ailleurs, il est possible d'aller plus loin et de proposer un système de consultation, une base de données jurisprudentielles regroupant les jurisprudences des Etats membres, ce qui éviterait de confier la tâche de l'interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne ou bien à une nouvelle juridiction, car au final, les juges nationaux sont les juges communautaires de droit commun et c'est devant eux que les contractants se rendront en cas de litige.

414. Fin de chapitre – Le dialogue des juges n'est pas encore très développé, mais il est possible de s'arrêter le temps d'un chapitre afin de s'interroger sur sa finalité. Il a pour genèse la science comparative, science qui a d'ailleurs fait naître des comparatistes qui assignaient au droit comparé une fonction d'universalisation du droit. C'est donc tout naturellement que la question du rôle du dialogue des juges dans la mondialisation s'est posée. Si certains grands juristes avaient un jour imaginé un droit global, applicable à tous les Etats, l'idée aujourd'hui relève plus de l'utopie. Ce qu'il est plus probable d'imaginer, c'est l'existence de plusieurs droits unifiés, soit parce qu'ils sont délimités géographiquement, soit parce qu'ils n'englobent que certaines matières. Le dialogue des juges ne peut donc pas faire naître un droit universel, il pourrait en revanche contribuer à l'harmonisation de certaines matières comme les droits de l'homme, mais le chemin est encore semés d'obstacles. Il pourrait également permettre de pérenniser un droit harmonisé comme le droit européen des contrats, en évitant que la matière enfin unifiée ne soit appliquée de façon disparate dans les Etats membres. Dans cette hypothèse d'application et d'interprétation uniforme d'un droit harmonisé, le dialogue des juges devrait impérativement perdre son caractère volontaire et spontané. En effet, dans le cadre du droit européen des contrats par exemple, l'objectif est d'améliorer le fonctionnement du marché unique, le dialogue des juges devrait alors être institutionnalisé.

De la hauteur a été prise avec l'étude du dialogue des juges dans la mondialisation, il faut désormais redescendre pour revenir à une échelle plus petite, celle des décisions de justice.

CHAPITRE 2 : LA PART DU DIALOGUE DES JUGES DANS L'ETUDE DE LA RHETORIQUE JURIDIQUE

415. Le discours et le dialogue – Les termes de discours et de dialogue sont difficiles à apprêhender. Rapprochés de la matière juridique, les difficultés n'en disparaissent pas moins. Selon Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, le discours peut porter sur un autre discours⁷⁹¹. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation, on trouve le discours des juges du fond, le discours des parties et celui de la Cour de cassation. D'autres discours viendront s'ajouter comme celui de l'interprète et du commentateur. Le dialogue des juges peut s'analyser en une forme de discours supplémentaire, qui viendrait s'intégrer au discours de la Cour de cassation et celui des parties, car les parties sont celles qui invoquent la décision étrangère et le juge la reprend. Il s'agirait d'un discours caché, sous-jacent. Une fois la décision rendue, la décision peut être diffusée et un autre juge pourra s'en inspirer, créant alors un autre niveau de discours, qui viendrait finalement s'adoindre à l'interprète et au commentateur, qu'il s'agirait de comprendre au sens large. La rhétorique juridique a pour objet d'étudier le discours judiciaire et plus précisément le raisonnement judiciaire. Les citations de jurisprudence étrangère viennent bouleverser la façon dont on appréhende une décision de justice et il faut tenter de savoir quelle est sa place dans l'étude de la rhétorique juridique, ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés, surtout lorsqu'on s'aperçoit que la théorie et la pratique ne sont pas en adéquation.

416. La rhétorique entre théorie et pratique – Le dialogue des juges vient bouleverser la manière d'étudier le raisonnement judiciaire, mais s'il vient poser des questions théoriques,

⁷⁹¹ Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001 p. 131.

les questions en pratique ne peuvent pas avoir toutes les réponses. C'est surtout le cas pour ce qui concerne la Cour de cassation française. En effet, il faut d'abord procéder à une étude consistant à déterminer l'apport du dialogue des juges dans la théorie de la rhétorique juridique (section 1), avant de vérifier si l'apport du dialogue des juges se constate dans la pratique (section 2).

Section 1 : L'apport théorique du dialogue des juges à la rhétorique juridique

417. Repenser la fonction de juger – D'un point de vue purement théorique, le dialogue des juges, ou la citation d'une jurisprudence étrangère nous amène à reconsidérer l'acte de juger (§1). Cela nous amène également à étudier la place de ce nouvel argument dans la typologie des arguments existants (§2).

§1) La reconsideration de la raison judiciaire

418. Plan – La pratique du dialogue des juges nous amène à reconsiderer la raison judiciaire.

D'abord parce que le fait de mobiliser une jurisprudence étrangère entraîne une rationalisation des décisions de justice (A), ensuite parce qu'elle permet la réalisation d'un auditoire universel (B).

A. La rationalisation des décisions de justice

419. Repenser la décision de justice – Le fait de mobiliser une jurisprudence étrangère amène le juriste à repenser la rationalité des décisions de justice, notamment la séparation entre la *jurisdictio* et l'*imperium* (1), qui a pour effet inattendu d'améliorer la qualité des décisions de justice (2).

*1) La séparation de la *jurisdictio* et de l'*imperium**

420. Le dialogue des juges basé sur la *jurisdictio* – Le phénomène de dialogue des juges n'est pas sans conséquence sur ce qu'on appelle la raison judiciaire. En effet, l'*imperium* et la *jurisdictio* sont des traits essentiels à notre ordre juridique et le dialogue des juges opère une séparation de ces deux notions pourtant jugées jusqu'alors indissociables. Il faut revenir d'abord de manière plus précise sur ces deux aspects de la raison judiciaire, puis apprécier la façon dont le dialogue des juges fait prévaloir l'un plus que l'autre.

421. Retour sur les notions d'*imperium* et de *jurisdictio* – L'*imperium* est le pouvoir de donner des ordres, de disposer de la force publique. La *jurisdictio* est le pouvoir de rendre des jugements pour résoudre des conflits⁷⁹². Pour reprendre les définitions données par Julie ALLARD et Antoine GARAPON « *si un ordre juridique se définit par l'impérial qu'il confère aux juges, c'est-à-dire par la force exécutoire qu'il donne à leurs décisions, la fonction de la justice consiste également à interpréter le droit dans des cas particuliers, à l'appliquer de manière convaincante et rationnelle. C'est l'autre aspect de sa mission : la jurisdictio* »⁷⁹³.

Les notions d'*imperium* et de *jurisdictio* se retrouvent étudiées dans certaines matières comme le droit international, le droit des obligations ou bien encore le droit de l'Union. Ainsi, en droit international, l'*imperium* recouvre le caractère obligatoire de la décision juridictionnelle et son caractère exécutoire⁷⁹⁴. En matière contractuelle, certains spécialistes affirment que lorsqu'il applique le contrat, le juge développe la même activité

⁷⁹² Il s'agit également de donner à la règle le sens approprié à l'espèce : Christian ATIAS, *La « simple affirmation » du juge*, Dalloz 2010, p. 221.

⁷⁹³ Julie ALLARD, Antoine GARAPON, *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Les éditions le Seuil, 2005, p. 57.

⁷⁹⁴ Aurore LAGET-ANNAMAYER, *Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité*, RTDE 2006 p. 249.

de *jurisdictio* que lorsqu'il applique la loi⁷⁹⁵. Enfin, en droit de l'Union, il a été constaté une évolution de la *jurisdictio* de la Cour de justice de l'Union européenne grâce notamment à l'utilisation des droits des Etats membres dans sa manière de motiver ses décisions, modifiant ainsi son « *discours jurisdictionnel* »⁷⁹⁶.

Ces deux aspects ne sont jamais dissociés⁷⁹⁷, sauf par exemple pour l'arbitrage, dans lequel l'arbitre est doté de la *jurisdictio*, mais pas de l'*imperium*, car l'arbitre tient son pouvoir des parties et non de l'Etat. Pourtant, des débats sur leur éventuelle dissociation ont eu cours dans la doctrine. Ainsi, en droit international, le fait que l'Organe de règlement des différends de l'OMC puisse rendre des décisions ayant une certaine force exécutoire semble opérer une rupture entre l'*imperium* et la *jurisdictio*, l'organe en question étant d'origine gouvernementale⁷⁹⁸. Par ailleurs, certains ont noté une atteinte à la *jurisdictio* du juge avec l'importance croissante de l'expertise, le juge pouvant parfois simplement entériner les conclusions des rapports d'expertises⁷⁹⁹. Enfin, le pouvoir de *jurisdictio* a été soupçonné chez la Cour de cassation qui ne peut pas juger le fond d'une affaire. C'est le cas de la cassation sans renvoi dont Stéphane-Laurent TEXIER consacre quelques développements très récemment⁸⁰⁰.

Représentant le pouvoir et l'autorité du jugement, ces deux aspects sont normalement indissociables, mais avec le dialogue des juges, il faut reconstruire leur rapport.

422. L'évolution de la *jurisdictio* – D'après Julie ALLARD et Antoine GARAPON, le fait de mobiliser une jurisprudence étrangère invite à penser l'*imperium* à l'écart de la *jurisdictio* car il s'agit d'un phénomène qui se développe en marge des mécanismes

⁷⁹⁵ Pascal ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999 p. 771.

⁷⁹⁶ Laurent COUTRON, *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, RTDE 2009 p. 643.

⁷⁹⁷ En droit processuel, certains éléments ne peuvent pas être soumis à l'examen de la Cour de cassation car ils relèvent de l'*imperium* du juge : Répertoire de procédure civile, Action d'état - janvier 2010, Laura WEILLER, chapitre 5-section 2-article1, § 195.

⁷⁹⁸ *Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité*, Op. cit.

⁷⁹⁹ Jacques MOURY, *Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et jurisdiction*, RTD Civ. 2009 p. 665.

⁸⁰⁰ Stéphane-Laurent TEXIER, *De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil*, Dalloz 2011, p. 116.

institutionnels, bouleversant ainsi les modes de production du droit⁸⁰¹. La norme qui est produite par le juge en faisant notamment appel à une jurisprudence étrangère efface le lien qui existe normalement entre le droit et le législateur national. Ainsi basé davantage sur la *jurisdictio* que l'*imperium*, le dialogue des juges va même jusqu'à faire évoluer la notion de *jurisdictio*. En effet, la *jurisdictio* consiste à « étayer la rationalité de décisions singulières. En participant au commerce judiciaire, le juge cherche à donner à son opinion personnelle une assise plus générale et par là même plus acceptable. Parce qu'il prétend à un degré supérieur de rationalité, il donne à sa décision un caractère plus universalisable »⁸⁰².

On comprend alors pourquoi l'*imperium* se détache ici de la *jurisdictio*. Si le juge transcende les normes traditionnellement issues du législateur national on ne pourrait pas imaginer une force exécutoire attribuée aux règles qu'il veut rendre universalisable, car son *imperium* se limite au territoire national. Ainsi, le fait de rendre une décision en ayant mobilisé notamment une règle issue d'une jurisprudence étrangère ne lui permet pas de l'imposer au-delà de ses propres frontières. C'est ainsi que les deux auteurs attribuent à ces citations de jurisprudences étrangères une autorité persuasive et non contraignante.

On peut voir encore les choses d'un autre point de vue. En effet, le dialogue des juges vient intensifier la *jurisdictio* du juge car ce dernier peut appliquer une règle de droit mise en comparaison avec un droit étranger, à l'espèce qui lui ait soumise. Ainsi, le juge peut dire le droit applicable à la lumière d'éléments de droit comparé.

En mobilisant une jurisprudence issue d'un autre Etat, le juge prétend s'adresser à un auditoire plus large, renforçant la rationalité de sa décision, il atteint un degré de responsabilité plus élevé, ce qui engendrerait une amélioration de la qualité des décisions de justice.

⁸⁰¹ *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Op. cit.

⁸⁰² *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Op. cit.

2) L'amélioration de la qualité des décisions de justice

423. Un dialogue entre juges responsables – L'utilisation de décisions rendues par des juges étrangers rationnalise les décisions de justice et en améliore de ce fait leur qualité. D'abord, nous verrons que le dialogue des juges renforce les vertus de distance que possède le juge, contribuant également à sa responsabilisation.

424. Les vertus de distance du juge – Dans un ouvrage relatif aux vertus du juge, Antoine GARAPON, Julie ALLARD et Frédéric GROS distinguent plusieurs catégories de vertus du juge⁸⁰³. Ils distinguent ainsi les vertus de distance, les vertus de proximité, les vertus d'intégrité et les vertus de mesure. Celles qui nous intéressent ici sont les vertus de distance. Celles-ci sont encore classées en trois sous catégories, représentant la distance entre la fonction de juge et la personne qui l'incarne (la vertu de dignité), la distance entre le jugement et ses influences (les vertus d'indépendance, d'impartialité et de désintéressement) et enfin la distance entre soi et soi-même (le retour sur soi et l'esprit critique). Selon la distance entre la fonction de juge et la personne qui l'incarne, autrement dit la vertu de dignité, elle signifie que le juge doit être capable de jouer un rôle et de ne pas s'identifier à la justice qu'il représente⁸⁰⁴. Le fait de mobiliser une jurisprudence étrangère, ou de rendre une décision en sachant qu'elle pourrait être lue et mobilisée par un autre juge renforce très certainement cette vertu de dignité décrite par les trois auteurs. Ceci est intimement lié à la fonction du juge et dont il doit être digne.

Selon la distance entre le jugement et ses influences, incarnée par les vertus d'indépendance, d'impartialité et de désintéressement, le dialogue des juges apporte une évolution dans la manière de les appréhender.

D'abord, l'indépendance du juge par rapport aux autres pouvoirs est renforcée en ce que le magistrat se libère quelque peu de l'obligation de rendre une décision conformément au

⁸⁰³ Antoine GARAPON, Julie ALLARD, Frédéric GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz 2008.

⁸⁰⁴ *Ibid.* p. 34.

droit en vigueur. Ensuite, l'impartialité du juge signifie qu'il ne doit pas prendre parti pour l'une ou l'autre des parties au procès. Le fait de s'inspirer d'une décision étrangère ici ne porte pas atteinte à l'impartialité du juge⁸⁰⁵.

Enfin le désintéressement du juge demande à ce dernier que sa décision ne soit pas déterminée par des intérêts personnels. C'est notamment sur cet aspect que les auteurs reviennent car le juge ne peut pas être totalement pur et désintéressé. Quoi qu'il en soit, il faut déterminer si la citation de jurisprudence étrangère constitue un argument qui a pesé dans la décision finale du juge, auquel cas on pourrait se demander si le juge n'a pas choisi cette décision pour appuyer la décision à laquelle il voulait aboutir⁸⁰⁶. Dans le cas où la citation étrangère n'a pas été déterminante dans la solution du litige et n'aurait permis au juge que d'avoir un éclairage sur l'état du droit, l'exigence de désintéressement n'est nullement atteinte.

Sur la distance entre soi et soi-même, les auteurs parlent de retour sur soi et d'esprit critique⁸⁰⁷. Ici « *le juge doit établir une distance non seulement par rapport aux influences extérieures, mais également par rapport à sa propre pensée* »⁸⁰⁸. La mise à distance avec soi-même inclus également une distance avec sa propre culture et comme le dialogue des juges nécessite de sortir de son système de droit pour s'inspirer d'un autre système, cette vertu de distance n'en est que renforcée.

Ainsi, comme l'affirment les trois auteurs, le bon jugement est celui qui est le plus critique possible et le fait de s'intéresser aux décisions étrangères implique un regard critique sur notre propre droit. Cette idée rejoint aussi celle de mise en évaluation et de concurrence des droits, impliquant une responsabilisation du magistrat.

425. La responsabilisation de la fonction de juger – La responsabilisation de la fonction de juger entraîne une meilleure qualité des décisions de justice en ce que les juges prennent conscience que les décisions qu'ils rendent peuvent désormais inspirer d'autres magistrats. Par ailleurs, le dialogue repose sur un principe de comparaison et d'évaluation, dans le sens

⁸⁰⁵ D'ailleurs, il est communément admis que certains éléments extérieurs à l'espèce sont pris en compte par le juge, comme l'équité : Jean LECLERCQ, *Le Juriste Confronté aux «Réflexes» Interprétatifs du juge*, Petites affiches, 19 décembre 2001 n° 252, P. 19.

⁸⁰⁶ La notion d'intérêt personnel est ici entendue très largement. Elle engloberait ainsi la volonté du juge de choisir un argument qui l'aiderait à aboutir à la solution souhaitée.

⁸⁰⁷ *Ibid.* p. 42.

⁸⁰⁸ *Ibid.* p. 43.

où les décisions diverses qui seront rendues par les juges issus de pays différents vont être amenés à comparer et évaluer ces décisions⁸⁰⁹.

Julie ALLARD et Antoine GARAPON estiment que la citation de jurisprudence étrangère témoigne d'une capacité de recul du juge, qui devient juge de sa propre pensée et en acceptant d'être évalué par d'autres juges, le magistrat met en jeu sa légitimité⁸¹⁰. Ainsi, l'argument qui consiste à affirmer que le dialogue des juges serait illégitime en ce que le magistrat se libère de l'autorité de la loi peut être contre balancé par le fait que sa légitimité est mise à nue sur la scène mondiale des juges.

D'ailleurs, l'idée d'un forum mondial des juges, d'un auditoire devant lequel chaque juge est amené à s'adresser lorsqu'il rend une décision se rapproche de l'auditoire universel conceptualisé par PERELMAN.

B. La réalisation de l'auditoire universel

426. La rhétorique et le dialogue des juges – La rhétorique peut se définir comme l'art de persuader par le discours⁸¹¹. Elle « *n'est pas un artifice. C'est le chemin d'une conviction raisonnée et justifiée. C'est la méthode pour rendre vraisemblable le vrai* »⁸¹². Selon

⁸⁰⁹ C'est notamment une des idées présentées par Julie ALLARD et Arnaud VAN WAEYENBERGE dans leur article *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, RIEJ 2009, p. 109 et s.

⁸¹⁰ Julie ALLARD, Antoine GARAPON, *Op. cit.* p. 62.

⁸¹¹ Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001 p. 351.

⁸¹² Jean-Marc VARAUT, *Ce que plaider veut dire*, Gazette du Palais, 09 mars 2000 n° 69, P. 10.

Charles PERELMAN, la nouvelle rhétorique est « *l'étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion à des thèses présentées à un certain auditoire* »⁸¹³.

La notion d'auditoire est essentielle en rhétorique car le discours ne peut être efficace que s'il est adapté à l'auditoire qu'il s'agit de persuader. C'est dans son ouvrage dédié à la Nouvelle rhétorique que Charles PERELMAN développe l'idée d'un auditoire universel. Nous reviendrons plus en détail sur cette notion, avant de s'intéresser à l'apport du dialogue des juges quant à la réalisation de cet auditoire universel.

427. L'auditoire universel et la raison – Charles PERELMAN estime qu'il existe plusieurs types d'auditoires⁸¹⁴. Ces différents auditoires ne se définissent pas en fonction des personnes qui écoutent le discours, mais concernent les personnes que vise l'effort de persuasion⁸¹⁵. De cette pluralité d'auditoires naît la nécessité de penser un auditoire unique, universel. Afin de remédier à cette difficulté, Charles PERELMAN affirme que le philosophe et le juriste ont trouvé des solutions différentes : « *Le philosophe s'adresse à la raison, c'est-à-dire à l'auditoire universel, à l'ensemble de ceux qui sont considérés comme des hommes raisonnables et compétents en la matière* »⁸¹⁶. Selon l'auteur, les philosophes peuvent présenter des idées différentes et débattre à leur sujet de façon interminable mais en droit, la nécessité de résoudre rapidement un litige ne permet pas d'engager des discussions à propos d'un sens commun. C'est alors que les juristes se sont mis d'accord pour fixer des règles de compétences, encadrant la procédure, insérant le débat judiciaire dans un cadre approprié. Il n'est alors pas possible d'imaginer un auditoire universel, car la décision de justice s'adresse à plusieurs auditoires. La décision doit d'abord satisfaire les parties au litige, les professionnels du droit et enfin l'opinion publique⁸¹⁷. Citant Jean-Denis BREDIN, PERELMAN rappelle que la logique judiciaire est centrée sur l'idée d'adhésion et non sur celle de vérité.

C'est alors que l'on peut se demander si le dialogue des juges, dans la mesure où il rationalise la fonction de juger, peut permettre la réalisation d'un auditoire universel.

⁸¹³ Charles PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz 1979 p. 114.

⁸¹⁴ Certains articles reprennent assez bien ce ci : Guy BOUCHARD, *Le recours à l'auditoire universel implique-t-il une pétition de principe?*, Philosophiques, vol. 7, n° 2, 1980, p. 161-188.

⁸¹⁵ *Ibid.* p. 122.

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ *Ibid.* p. 173.

428. Le discours universel des décisions de justice – En partant de la conception de l’auditoire universel de Chaïm PERELMAN et en modifiant sensiblement son sens, on peut se demander si la citation de jurisprudence étrangère peut contribuer à la réalisation d’un auditoire universel ? L’idée d’auditoire universel semble inhérente à toute décision de justice⁸¹⁸.

Julie ALLARD et Antoine GARAPON en sont convaincus : « *Le juge, dans sa discussion avec ses homologues étrangers, s'adresse à un auditoire universel [...] Dans son raisonnement, le juge imagine qu'il s'adresse à tel auditoire pour garantir à son jugement un degré plus élevé de généralité* »⁸¹⁹. Ils vont même jusqu’à rapprocher cette idée de l’impératif catégorique de KANT⁸²⁰. Ainsi, selon cet impératif, l’homme devrait agir de façon à ce que son action devienne une loi universelle. Rapproché à l’étude du dialogue des juges, la décision de justice prend la forme d’une règle qui peut servir d’exemple pour d’autres juges. Les auteurs insistent bien sur le fait que la décision ne servira pas d’exemple afin d’aboutir à une règle universelle, mais permettrait à d’autres juges d’avoir des illustrations de règles appliquées à des cas particuliers. Ils expliquent également que cet échange entre magistrats implique des conséquences concrètes, se distinguant ainsi d’un dialogue purement savant. L’idée selon laquelle une décision de justice s’adresse à un auditoire universel peut aussi être critiquée.

429. L’universalité des décisions de justice, une utopie ? – Il est possible d’envisager des arguments venant remettre en cause l’idée d’une universalité des décisions de justice. D’abord, pour des raisons matérielles, si les décisions de justice s’adressaient en réalité à tous, il faudrait que celles-ci soient diffusées mondialement, ce qui n’est pas possible. D’ailleurs, ce qui caractérise notamment le dialogue des juges, c’est le fait que ce sont les décisions les plus importantes qui sont diffusées.

Ensuite, la langue constitue un obstacle de taille dans la diffusion d’une jurisprudence.

⁸¹⁸ *Ce que c'est de plaider*, Op. cit. : « C'est [la rhétorique] le contraire de la violence de la séduction puisqu'elle s'adresse à «l'auditoire universel» qui est en chacun de nous ; ce référent commun qui est la condition de toute communication [...] C'est pourquoi, s'il y a des procédés éloquents, il n'y pas d'éloquence judiciaire. L'éloquence va de haut en bas, de la chaire, de la tribune, de l'estrade vers l'auditoire ».

⁸¹⁹ Julie ALLARD, Antoine GARAPON, Op. cit. p. 63.

⁸²⁰ Emmanuel KANT, *Fondation de la métaphysique des mœurs in Métaphysique des mœurs*, I, Fondation, Introduction, trad. Alain RENAUT, p. 97.

Déjà pour l'étude de la mobilisation de la jurisprudence française par le juge étranger, il a bien évidemment été impossible d'effectuer des recherches dans les jurisprudences dont nous ne maîtrisons pas la langue. Pour les cas dans lesquels une traduction est possible, d'autres obstacles peuvent intervenir⁸²¹.

Enfin, la loi française et plus particulièrement l'article 5 du Code civil interdit au juge de rendre des arrêts de règlements⁸²². Si les décisions s'adressaient à un auditoire aussi large, on pourrait considérer que les solutions rendues par le juge valent pour l'avenir, ce qui reviendrait à rendre des arrêts de règlement. Le propos peut sembler excessif mais il existe des exemples dans la jurisprudence française qui montrent que les précédents peuvent jouer un rôle important⁸²³.

Les décisions rendues par les juges sont susceptibles d'être mobilisées mais, afin de mieux comprendre dans quelle mesure le dialogue des juges transforme la raison judiciaire, il faut voir en détail la place de la citation de jurisprudence étrangère dans la typologie des arguments.

⁸²¹ Aurore CHAIGNEAU, *La traduction et les sources écrites des droit*, Petites affiches, 06 juillet 2010 n° 133, P. 4. L'auteur explique que la place dévolue aux règles issues d'un droit étranger dans un ordre juridique interne relève d'une hospitalité plus ou moins grande. Elle donne l'exemple de certaines notions du droit soviétique qui n'ont pas été accueillies pour des raisons politiques.

⁸²² Art. 5 Code civil : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

⁸²³ Maryse DEGUERGUE, *Des influences sur les jugements des juges*, dans *L'office du juge, colloque des 29 et 30 septembre 2006*, Sénat 2007, p. 375 et s.

§2) La place de la jurisprudence étrangère dans l'argumentation juridique

430. Plan – La logique juridique est la matière qui étudie l'argumentation juridique. Ancêtre de la dialectique légale ou de la topique juridique, elle a pour objet l'étude des raisonnements juridiques⁸²⁴. A l'aide de cette discipline, nous tenterons de déterminer la nature de l'argument de citation de jurisprudence étrangère (A), puis nous essaierons dégager les fonctions de cette citation de jurisprudence étrangère (B).

A. La nature de la citation de jurisprudence étrangère

431. Un choix dans la typologie des arguments – Tous les auteurs ne présentent pas de la même manière les différents types d'arguments. Pour notre étude, nous retiendrons surtout la classification proposée par Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE dans son ouvrage consacré au raisonnement juridique⁸²⁵. L'auteur considère ainsi que le discours judiciaire suit deux étapes, à l'intérieur desquelles plusieurs arguments peuvent intervenir. La

⁸²⁴ Georges KALINOWSKI, *La logique juridique et son histoire*, Archives philosophiques du droit vol. 27 1982, p. 332.

⁸²⁵ Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF 2001.

première étape dans l'argumentation est le cadrage et le recadrage du réel, permettant d'obtenir l'accord préalable avec l'auditoire, la seconde consiste à faire le lien entre l'accord obtenu et l'opinion proposée. En reprenant ces deux phases, nous verrons que la citation de jurisprudence étrangère constitue un argument de recadrage du réel (1), puis nous verrons de quelle façon cet argument opère le lien entre l'accord obtenu et l'opinion proposée (2).

1) La citation de jurisprudence étrangère, argument de recadrage du réel

432. Entre domaine rationnel et rhétorique – Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE propose une échelle de valeur allant du domaine rationnel au domaine de la rhétorique. Le premier domaine se limiterait du démonstratif à l'argumentatif, le second de l'argumentatif à l'oratoire⁸²⁶. Ces deux aspects du discours persuasif représentent bien une échelle de valeur et celui-ci peut être le résultat d'un certain dosage entre les deux aspects.

Pour ce qui concerne le dialogue des juges et plus particulièrement la citation de jurisprudence étrangère, le positionnement sur cette échelle de valeur reste difficile. Le dialogue des juges ne peut en aucun cas se situer à l'une ou l'autre de l'extrémité, autrement dit le dialogue des juges ne peut pas être purement rationnel (ou démonstratif), ou uniquement rhétorique (ou oratoire) car il ne consiste pas en une démonstration et même s'il se nomme « dialogue », n'est pas oratoire. Il se situerait au milieu de cette échelle, teinté de rationalité et de rhétorique.

⁸²⁶ *Ibid.* p. 352.

Dans la première phase de l’argumentation, l’auteur, s’inspirant des analyses de Philippe BRETON, affirme qu’il faut cadre le réel, ce qui implique l’existence d’autres arguments.

433. Le recadrage du réel – Afin que l’orateur puisse dans la mesure du possible être compris par son auditoire, ce dernier doit délimiter l’univers dans lequel il va dialoguer. Il s’agit « *d’insérer le discours argumentatif dans un univers de référence partagé par l’orateur et l’auditoire, tant dans ses contours que dans sa structuration* »⁸²⁷. Il existe deux types d’arguments afin de réaliser cette première étape. Les arguments de cadrage et les arguments de recadrage.

Les premiers ne nous intéressent pas ici car, ils consistent à mobiliser des éléments dont l’auditoire a déjà connaissance comme l’argument d’autorité ou le recours au sens commun. Hors le dialogue des juges est inédit en ce qu’il tend à mobiliser une jurisprudence qui ne fait pas partie du système de droit de l’auditoire.

C’est alors que sa place repose dans les arguments de recadrage du réel. Ainsi « *le recadrage du réel suppose qu’il n’existe pas d’accord préalable sur les univers de référence de l’orateur et de l’auditoire* »⁸²⁸. La citation de jurisprudence étrangère consiste bien à proposer un univers nouveau auquel l’auditoire n’est pas habitué. A l’intérieur des arguments de recadrage, il existe quatre familles dont l’une nous intéresse plus particulièrement⁸²⁹.

434. Le recadrage par l’association – L’association permet d’opérer un recadrage du réel en regroupant des éléments inédits. De cette façon, cela s’apparente en fait à un classement, mais celui-ci fait intervenir la volonté, faisant souligner certaines ressemblances en effaçant volontairement les différences⁸³⁰. Le dialogue des juges utilise cette technique d’association. Lorsqu’une jurisprudence étrangère est mobilisée, il est très probable que le magistrat se sert des arguments de la décision étrangère qui l’intéressent pour sa démonstration. C’est cette idée qu’expriment indirectement Julie ALLARD et

⁸²⁷ *Ibid.* p. 356.

⁸²⁸ *Ibid.* p. 377.

⁸²⁹ Les trois autres sont la présentation, la définition et la dissociation.

⁸³⁰ *Le raisonnement juridique*, *Op. cit.* p. 383.

Antoine GARAPON quand ils affirment que « *lorsqu'elles sont consultées par des juges étrangers, les décisions sont dès lors appréciées moins au regard de leur pureté doctrinale – que le juge pirate*⁸³¹ connaît souvent mal – qu'au regard, d'une part, de l'argumentation directement compréhensible et, d'autre part, de l'originalité ou de l'efficacité de la solution envisagée »⁸³².

Une fois cet univers délimité par l'orateur, autrement dit quand celui-ci a prévenu son auditoire qu'il veut mobiliser une règle ou une solution dégagée par la jurisprudence d'un juge étranger, il faut passer à la seconde étape du discours.

2) Le lien entre l'accord obtenu et l'opinion proposée

435. Seconde étape du discours argumentatif – Une fois l'univers du discours délimité par l'orateur, il faut établir un lien entre l'accord obtenu à propos de cet univers et l'opinion proposée, c'est-à-dire la thèse à laquelle l'orateur veut faire adhérer. Ces arguments de lien se séparent en deux sous familles. On trouve d'abord les arguments de type déductif, puis les arguments de type analogique⁸³³.

Les arguments déductifs sont très divers et l'on distingue en général les arguments logiques et les arguments quasi-logiques. Ce sont ces derniers qui ont retenu notre

⁸³¹ Souligné par eux.

⁸³² Julie ALLARD, Antoine GARAPON, *Op. cit.* p. 68.

⁸³³ Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, *Op. cit.* p. 386.

attention.

La citation de jurisprudence étrangère apparaît se placer dans le tiroir des arguments quasi-logiques et plus précisément dans celui de l'argument du précédent.

436. L'argument quasi-logique – Les arguments logiques sont utilisés dans un but persuasif et empruntent la forme d'un raisonnement contraignant, tandis que les arguments quasi-logiques ne sont pas contraignants et reposent sur une déduction vraisemblable mais non certaine, d'un fait à un autre⁸³⁴. La citation de jurisprudence étrangère ne peut pas être un argument de type logique car on voit mal comment elle pourrait être contraignante alors que le juge dépasse les limites du droit interne de façon spontanée et délibérée. Parmi les arguments quasi-logiques, on trouve l'argument du précédent.

437. L'argument du précédent – Selon Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, « *si la situation x a donné lieu à une décision d(x), et si la situation y est identique ou très proche, alors la décision d(y) doit être la même* »⁸³⁵. Ce type d'argument pourrait être rapproché de la citation de jurisprudence étrangère puisque si un magistrat mobilise une telle décision, c'est certainement que le litige à l'origine de la solution se rapproche de son affaire, ou que la solution dégagée par le juge étranger l'intéresse dans le cas qu'il doit juger. Finalement, il est assez difficile de déterminer la nature exacte de la citation de jurisprudence étrangère, mais pour la cerner un peu mieux, il faut également s'intéresser à sa fonction dans la décision de justice.

⁸³⁴ *Ibid.* p. 388 : « *La division entre arguments « logiques » et arguments « quasi-logiques » est d'ailleurs assez délicate ; les premiers empruntent la forme d'un raisonnement contraignant (donc font partie, à ce titre, de la logique), mais sont utilisés dans un but persuasif, et à ce titre font partie, pour certains auteurs, de l'argumentation. Les arguments quasi logiques, quant à eux, ne sont pas contraignants, ils ne font que ressembler à des raisonnements rigoureux : ce sont de véritables arguments* ».

⁸³⁵ *Ibid.* p. 402.

B. La fonction de la citation de jurisprudence étrangère

438. La finalité de la citation – Il s'agit désormais de s'interroger sur les finalités de l'utilisation d'une décision étrangère. Autrement dit, c'est déterminer le but poursuivi par le juge lorsqu'il décide de mobiliser un arrêt étranger. Les réponses à cette interrogation peuvent être variées. Il apparaît que les décisions étrangères, à la condition d'être diffusées de façon globale, peuvent servir de boîte à idées aux magistrats qui pourront s'appuyer dessus afin de donner du poids à leur argumentation. Mais de façon indirecte, cette volonté de mobiliser d'autres jurisprudences peut aussi révéler une lutte d'influence, notamment entre les juges issus de la Common law et ceux issus de la tradition de droit écrit.

439. Le poids dans l'argumentation – Les jurisprudences étrangères constituent une sorte de boîte à idées qui pourrait être utilisée par les magistrats. La principale raison pour laquelle un magistrat mobilise une décision étrangère est d'abord de donner du poids à sa décision. Pour Julie ALLARD et Antoine GARAPON « *les juges sont tout d'abord à la recherche de solutions ou d'arguments logiques, les jurisprudences étrangères offrant une sorte de boîte à idées. Mais pour trancher ces cas indécidables, les juges sont aussi en quête de réassurance juridique* »⁸³⁶. On peut alors envisager plusieurs hypothèses. D'abord, le magistrat mobilisera une décision étrangère car la solution ou les règles qu'elle dégage lui permettent d'appuyer sa décision, auquel cas la citation vient renforcer le raisonnement du juge.

Ensuite, le magistrat mobilisera une décision étrangère car elle lui permettrait de trouver une base à la décision qu'il veut rendre, si tant est que le droit interne ne lui offre pas celle-ci. Enfin, le juge mobilisera une jurisprudence étrangère à titre de contre exemple, afin d'écartier un argument ou une décision à laquelle il ne veut pas aboutir. Ce qui revient dans ce dernier cas à renforcer alors son raisonnement de départ. Dans toutes les hypothèses, la citation de jurisprudence étrangère donnerait du poids au raisonnement du juge.

⁸³⁶ Julie ALLARD, Antoine GARAPON, *Op. cit.* p. 18.

Mais on peut aussi voir en elle l'incarnation d'une lutte d'influence entre les différents juges, et plus particulièrement entre les juges issus du droit continental et ceux qui sont issus de la Common law.

440. Une lutte d'influence entre les juges – L'idée d'une lutte d'influence entre les juges de traditions juridiques différentes est développée notamment par Julie ALLARD et Antoine GARAPON qui affirment que « *le commerce des juges ne peut être exclusivement envisagé sous l'angle doux d'une conversation entre esprits éclairés et ouverts : il prend aussi des formes plus concurrentielles et plus conflictuelles* »⁸³⁷. Les deux auteurs n'utilisent d'ailleurs quasiment pas le terme de « *dialogue des juges* » et préfèrent employer celui de « *commerce des juges* ». Cet emploi n'est pas dénué de sens. Plus loin, ils affirment que le commerce des juges est le lieu d'une compétition acharnée entre les deux grandes traditions juridiques. Ils emploient un autre terme assez explicite pour désigner cet état des choses qui est le « *soft power* »⁸³⁸. Cette idée est importante car les deux juristes estiment que ce commerce des juges entraîne des conséquences concrètes d'un point de vue notamment politique et économique. L'idée de commerce entre les juges n'est pas entièrement recevable. En effet, il est encore trop tôt pour déterminer si la citation de jurisprudence étrangère entraîne véritablement des conséquences quant à l'influence plus ou moins marquée d'une tradition juridique. Cependant, le phénomène de dialogue des juges ne se manifeste pas de la même manière selon la tradition juridique concernée. Il est difficile de placer la référence à la jurisprudence étrangère dans une typologie bien précise, ce qui nous amène à en imaginer une toute autre.

441. La citation de jurisprudence étrangère, une typologie nouvelle ? - La citation de jurisprudence étrangère peut être perçue de manière différente selon le point de vue que l'on adopte. D'abord, la décision de justice peut être considérée en tant que telle comme un argument de jurisprudence étrangère. C'est le cas par exemple d'une décision française qui serait reprise par un juge étranger. La décision dans son entier sera mobilisée par le juge en question et la valeur de cette mobilisation dépendra de la place de l'argument tiré du droit

⁸³⁷ *Ibid.* p. 35.

⁸³⁸ Terme que l'on peut traduire par « pouvoir en douceur ».

étranger que laisse la tradition juridique dont il est issu.

Ensuite, et c'est cet aspect qui nous intéresse le plus, lorsque c'est devant le juge français que la décision étrangère est mobilisée. Autrement dit on se place avant que la décision n'ait été rendue. On peut considérer que la jurisprudence étrangère qui est mobilisée par l'une des parties constitue un argument fondé sur l'expérience d'un autre système de droit. Cette typologie des arguments fondés sur l'expérience a déjà été proposée par certains auteurs⁸³⁹. Dans notre sujet, il s'agirait de considérer la citation de jurisprudence étrangère comme un argument empirique, car il se fonde sur l'expérience jurisprudentielle d'un autre système de droit. La citation de jurisprudence étrangère ne pourrait donc pas être considérée comme un argument logique, car celui-ci ne peut pas s'appuyer sur l'expérience, ni un argument quasi-logique car il s'agit d'argument que l'on peut réfuter, or, il ne semble pas possible de réfuter l'argument qui viendrait d'une décision étrangère. Ce serait en effet remettre en cause le raisonnement d'un autre juge. Faire entrer la citation de jurisprudence étrangère dans le domaine de la rhétorique semble ne pas convenir non plus car si l'on parle d'arguments logiques et quasi-logiques, on parle en revanche de procédés rhétoriques. La citation de jurisprudence étrangère constitue un argument teinté de rhétorique et serait alors un argument quasi-rhétorique.

A défaut de pouvoir placer la citation de jurisprudence étrangère dans une catégorie précise d'arguments, on pourrait l'envisager de manière autonome et la désigner sous le nom d'argument de précédent étranger.

Il faut désormais revenir à la juridiction autour de laquelle gravite toutes nos recherches, afin d'apprécier l'apport du dialogue des juges à la rhétorique juridique.

⁸³⁹ Olivier REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, Paris, PUF 1994.

442. Fin de section – D'un point de vue théorique, le dialogue des juges semble bouleverser certaines matières du droit comme la logique et la rhétorique juridique. D'ailleurs, Julie ALLARD et Antoine GARAPON parlent de révolution pour qualifier la nouvelle place du juge dans l'espace interne et mondial. La citation de jurisprudence étrangère apporte un nouveau regard sur la fonction de juger et sur la manière dont on appréhende une décision de justice.

De manière générale, le dialogue des juges à travers les décisions qu'ils rendent rationalise les décisions de justice car la *jurisdictio* du juge transcende désormais les frontières nationales. Si un juge peut avoir accès à une décision rendue par un homologue étranger, cela signifie que la décision de justice qu'il rend est susceptible d'être lue par n'importe quel juge dans le monde, qui pourra éventuellement mobiliser cette décision.

Il a été vu aussi que la citation de jurisprudence étrangère devait trouver sa place dans la typologie des arguments juridiques déjà existante. En ce qui concerne sa nature, il n'est pas encore à l'heure actuelle possible de la définir avec exactitude, mais on peut néanmoins établir quelques rapprochements avec des arguments déjà identifiés comme les arguments de recadrage du réel, les arguments d'association ou bien encore les arguments quasi-logiques.

La fonction exacte de la citation de jurisprudence étrangère ne semble pas être la même selon la tradition juridique concernée, c'est alors qu'il faut regarder plus précisément si les apports du dialogue des juges en théorie se vérifient dans la pratique.

Section 2 : L'apport effectif du dialogue des juges en France

443. Un dialogue des juges en devenir – Les remarques faites lors des développements précédents doivent être nuancées. En effet, si le dialogue des juges permet d'envisager dès à présent les conséquences d'un point de vue théorique, il est encore difficile de connaître déjà les conséquences pratiques de cette démarche. Ceci est d'autant plus vrai que le phénomène de dialogue ne s'apprécie pas de la même manière selon que l'on se place dans un système de Common law ou un système de droit continental. Revenant sur la Cour de cassation française, il est à constater que le dialogue des juges est encore à l'état savant (§1), mais qu'il s'agit d'une étape transitoire avant le développement d'un dialogue des juges effectif (§2).

§1) Le dialogue des juges encore à l'état savant

444. Plan – En France, le dialogue des juges est en train de naître, mais il y a déjà des signes, des attitudes d'ouverture du juge judiciaire aux jurisprudences étrangères. Ceux-ci restent encore à l'état savant, pour reprendre le terme employé par Julie ALLARD et Antoine GARAPON, car les références à des décisions étrangères n'entraînent pas encore de conséquences réelles. Ceci s'apprécie à certains niveaux, comme par exemple celui de la citation de jurisprudence étrangère (A) ou le fait que le dialogue savant n'apparaît qu'en marge de la décision (B).

A. La citation de jurisprudence étrangère

445. Des citations encore indirectes – Les références à des décisions étrangères sont encore indirectes et ce à plusieurs niveaux. Seulement, pour affirmer l'existence d'un dialogue des juges, il faut que ces références soient directes. C'est notamment pour cette raison que le dialogue des juges en France demeure savant. Actuellement, les références à des décisions étrangères sont faites à travers des éléments de droit comparé et le fait qu'elles proviennent des parties amène un doute quant à leur capacité à être des arguments juridiques.

446. La part du droit comparé – Quand les références à des jurisprudences étrangères ont été recherchées dans la jurisprudence de la Cour de cassation, il s'est avéré que celles-ci provenaient d'éléments de droit comparé. Autrement dit, si une référence était faite à la jurisprudence anglo-saxonne ou autrichienne, la source de cette référence était soit un ouvrage de droit comparé, soit un article portant sur l'étude comparé de tel ou tel point du droit. La référence à un élément de droit comparé ayant comme support une étude de droit comparé n'est pas en soi surprenante, car la doctrine se révèle être une source énormément mobilisée dans le travail juridictionnel. Par ailleurs, même lorsque ce sont les juges qui ont commandé une étude de droit comparé à un institut spécialisé, c'est encore la doctrine qui est à l'origine des références puisque ce sont des chercheurs en droit qui effectuent cette étude. Le droit comparé constitue la genèse du dialogue des juges et il est encore très présent dans le travail de la Cour de cassation.

Un autre facteur explique l'état encore savant de ce dialogue, c'est le fait que les éléments de droit comparé sont apportés essentiellement par les parties, ce qui amène à nous interroger sur la qualité d'argument juridique de la citation de jurisprudence étrangère.

447. La citation de jurisprudence étrangère, un argument juridique ? – Hormis les cas, encore rares d'ailleurs, dans lesquels la Cour de cassation commande une étude de droit comparé, les références à des jurisprudences étrangères sont apportées par les parties au litige. Ainsi, le juge ne mobilise pas de manière spontanée une règle issue d'un droit étranger. Cette situation n'est pas étonnante au regard notamment des règles en matière de preuves. L'article 9 du Code de procédure civile dispose en effet qu' « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Les éléments de droit comparé sont donc généralement apportés par les parties, ce qui fait dire à Julie ALLARD et Arnaud VAN WAEYENBERGE que « *les juges n'ont pas ou peu l'occasion d'opérer eux-mêmes l'investigation du droit comparé qui leur permettrait de dialoguer de façon autonome, au sens plein du terme* »⁸⁴⁰.

On pourrait établir un parallèle entre cette hypothèse et celle de l'application du droit international privé. En effet, il y a eu une longue évolution relative à la recherche et à

⁸⁴⁰ Julie ALLARD, Arnaud VAN WAEYENBERGE, *De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger*, RIEJ 2009, p. 15-16.

l’interprétation de la loi étrangère⁸⁴¹. Depuis 2005 « *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d’en rechercher, soit d’office soit à la demande d’une partie qui l’invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s’il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger* »⁸⁴². Le juge aurait acquis plus de prérogatives quant à la recherche personnelle d’éléments du droit étranger invoqué, s’étendant au droit positif de ce droit et donc à la jurisprudence. De cette manière, le juge s’ouvre davantage sur une démarche comparatiste. On peut envisager à l’avenir qu’une telle évolution puisse avoir lieu en dehors de l’application des règles du droit international privé. Ainsi, le juge procèderait lui-même à une recherche des solutions étrangères en vigueur et pourrait ainsi les mobiliser sans passer par l’intermédiaire des parties ou bien par des études de droit comparé.

Le dialogue des juges ne sera effectif que si la référence à la jurisprudence étrangère est un argument juridique qui intègre le raisonnement du juge. La particularité des décisions de la Cour de cassation rend plus difficile la recherche d’une réponse en ce que les éléments de droit comparé sont en marge de la décision finale. Finalement, le style des décisions de la Cour de cassation fait qu’il est difficile d’envisager les références à des jurisprudences étrangères dans le corps de la décision.

⁸⁴¹ Pour une présentation complète de cette évolution, voir : Sandrine CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz 2^{ème} édition, 2010, p. 129 et s.

⁸⁴² Civ. I^{ère}, 28 juin 2005, Revue critique DIP 2005, 646, note B, Ancel et Muir-WATT ; Ch. comm. 28 juin 2005, GADIP, n° 83 ; Jean-Grégoire MAHINGA, *L’office du juge français en présence du droit étranger*, Petites affiches, 28 décembre 2005 n° 258, P. 16 ; plus récemment : Eva MOUIAL-BASSILANA, *Contrôle de la motivation des juges du fond dans l’application de la loi étrangère*, L’ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 septembre 2010 n° 8, P. 6.

B. Le dialogue des juges en marge de la décision

- 448. La difficile évaluation du dialogue** – Le dialogue des juges en France est encore à l'état savant car il est aussi difficile d'évaluer sa présence dans le travail judiciaire. D'abord, si dialogue des juges il y a, c'est dans les travaux préparatoires qu'il faut en apprécier la portée. Ensuite, la Cour de cassation semble être dans une optique de diffusion de ses décisions, plus que dans celle de faire transparaître un éventuel dialogue.
- 449. Un dialogue cantonné aux travaux préalables** – Les références à des jurisprudences étrangères doivent être recherchées dans les travaux préparatoires aux décisions. Il est possible on l'a vu, d'accéder aux travaux préalables pour les décisions rendues par l'Assemblée plénière et les chambres mixtes sur le site de la Cour de cassation. Contrairement au style des décisions rendues dans les pays de Common law, le dialogue des juges, s'il existe, apparaît en marge des décisions, ce qui ne rend pas très aisée la recherche. Même si la Haute juridiction semble faire un effort dans la diffusion des travaux préalables, il est difficile d'apprécier la part du dialogue des juges dans chaque décision. En effet, le juge français ne donne pas son opinion sur les solutions à rendre, contrairement au système de Common law dans lequel les opinions des juges apparaissent dans des documents annexés à la décision. Le rapport du conseiller et l'avis de l'avocat général ne peuvent pas s'apparenter à des opinions telles qu'elles existent en Common law, car il existe le principe du secret du délibéré. Mais pour ce qui concerne les références aux jurisprudences étrangères, elles viennent d'abord des parties et ne sont que reprises par le juge. Seule une étude de la façon dont les juges reprennent ces références peut révéler la valeur exacte de celles-ci, ce qui pour l'heure reste encore difficile à établir.
- Par ailleurs, les arguments juridiques mobilisés par le magistrat sont étudiés dans le corps de la décision et non pas dans les travaux préalables, ce qui laisse penser que l'argument tiré d'une jurisprudence étrangère ne fait pas pour le moment partie du raisonnement judiciaire, surtout lorsqu'il a été avancé par les parties. Il s'agirait donc d'un problème lié

au style des décisions de la Cour de cassation, qui révèle une motivation très succincte⁸⁴³. D'ailleurs, il n'est pas pensable que d'ici quelques temps, les références aux décisions étrangères figurent dans le corps de la décision. Il faudrait déjà que l'argument de jurisprudence étrangère ait été déterminant dans la solution de la juridiction. Qui plus est, si un nouvel élément avait la probabilité d'intégrer le corps de la décision, ce serait l'argument de droit étranger, avant la décision étrangère en elle-même. Tout ceci relève finalement du style de rédaction des décisions de justice en France.

Le dialogue des juges demeure en marge de la décision et la Cour de cassation semble être plus orientée vers une optique de diffusion de sa jurisprudence.

450. Le paradoxe de la transparence – Le paradoxe réside dans le fait que la Cour de cassation diffuse plus largement ses décisions, alors que les travaux préparatoires ne sont que très partiellement diffusés.

Ainsi, on peut penser que la Cour désire montrer au « *forum mondial des juges* » son activité juridictionnelle, ce qui montre une volonté d'influencer peut-être le droit d'autres nations. Mais les travaux préparatoires, qui sont une source essentielle à la compréhension des décisions, devraient eux aussi être diffusés. Si certains souhaitent que la Cour de cassation modifie le style de ses décisions, pour ce qui est de notre approche du dialogue des juges, il serait possible non pas d'envisager un changement de style, mais une évolution dans la façon de présenter les décisions. Par exemple, il serait d'abord souhaitable que soient diffusés les travaux préparatoires de chaque décision rendue. Il serait aussi envisageable de traduire en anglais les travaux annexés aux décisions les plus importantes.

Ensuite, on pourrait envisager une évolution dans le style des travaux préparatoires. Même si les avis et rapports présentent de nombreux points communs dans leur rédaction et leur présentation, il serait envisageable d'imposer une structuration différente, en prévoyant par exemple une sous-partie consacrée aux éléments de droits étrangers et aux décisions étrangères. D'ailleurs, certaines juridictions comme la Cour suprême du Canada, ou bien encore certaines juridictions internationales mettent en annexe la liste des décisions mobilisées dans l'arrêt. Enfin, il serait aussi possible d'envisager la possibilité de recourir plus souvent au droit comparé mais à l'initiative du juge, comme la commande d'études de

⁸⁴³ Frédéric BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003. La motivation est beaucoup moins explicite que dans le passé.

droit comparé. Le procédé existe déjà mais on pourrait envisager la création d'un service spécial de droit comparé au sein de la Cour de cassation. Celui-ci pourrait être divisé en sous-services qui seraient spécialisés dans des matières précises. Pour aller plus loin, on pourrait aussi envisager la mise en ligne sur le site intranet de la Cour de cassation de certaines grandes décisions rendues par les autres Cours suprêmes. On peut aussi objecter à cette idée le manque de temps et la masse de travail des magistrats qui n'auraient pas nécessairement les moyens d'effectuer ces recherches.

A l'heure actuelle, le dialogue des juges en France est savant, mais ceci est sans doute une étape transitoire avant qu'il ne devienne véritablement effectif.

§2) L'étape transitoire avant le dialogue des juges effectif

451. Plan – Il n'est pas possible d'avoir des certitudes quant à l'avenir du dialogue des juges en France. Pour autant, rien ne semble venir ralentir son développement. S'il est difficile de savoir exactement comment celui-ci se manifestera quand il sera effectif, on peut tout de même imaginer ce que peuvent être les vecteurs de son développement. Ainsi, deux éléments nous paraissent important afin de rendre effectif le dialogue des juges, l'un nécessite un renforcement du dialogue entre les sources du droit (A), l'autre consiste à donner un rôle plus actif aux systèmes de veille juridique (B).

A. Le dialogue des juges passant par le dialogue des sources

452. L'omniprésence du droit comparé – Si le dialogue des juges peut se développer davantage, cela nécessite une plus grande présence et surtout une plus grande utilisation du droit comparé. Il est difficile d'imaginer le juge faire lui-même ces études de droit comparé, alors il faut envisager deux hypothèses.

Dans tous les cas, l'étude du droit comparé doit être plus poussée qu'elle ne l'est actuellement, c'est-à-dire qu'elle doit inclure la jurisprudence comme source essentielle de

l'étude comparée. Ainsi, on peut envisager un dialogue des juges passant par la doctrine, ou bien passant par le législateur.

453. Le rôle de la doctrine – Lorsqu'on regarde les publications de l'Assemblée nationale, du Sénat et du Ministère de la justice, on constate que les études de droit comparé sont très présentes dans leur travail. Le Sénat est sans doute la chambre qui s'intéresse le plus au droit comparé⁸⁴⁴. Pour ce qui est du Ministère de la justice et des libertés, on trouve 13 études de droit comparé datant de 2002 à 2011⁸⁴⁵. Pris au sens large du terme, le législateur en France est habitué à mobiliser la science comparative.

La doctrine tient également un rôle primordial et comme il a été vu plus haut, les références à la jurisprudence étrangère faites par les juges proviennent essentiellement d'études doctrinales. On peut alors imaginer un dialogue des juges passant par la doctrine, en multipliant par exemple le recours à des études de droit comparé. Mais si l'on veut que le dialogue devienne effectif, il faudrait que les juges mobilisent de manière spontanée ces éléments de droit comparé. On peut alors penser à un fond de droit comparé rattaché à la Cour de cassation, fonds entretenu régulièrement par les chercheurs en droit et surtout fournissant des études poussées jusqu'à la jurisprudence applicable dans tel ou tel pays. Cette possibilité nécessiterait des mises à jour fréquentes et les magistrats qui désireraient connaître le droit appliqué par un juge étranger viendraient consulter volontairement cette base de données. On peut encore envisager un travail plus poussé du législateur.

454. Le rôle du législateur – Il s'agit ici d'envisager un rôle plus important du législateur lorsqu'il veut faire une nouvelle loi ou alors quand il est question de la faire évoluer. En effet, il serait possible pour le législateur de demander plus fréquemment des rapports de droit comparé sur l'application de la loi dans un certain nombre de pays, afin de s'en inspirer pour éviter les mêmes écueils que dans les pays concernés, ou pour anticiper les difficultés que ces pays auraient rencontrés dans l'application de cette loi. C'est en réalité un retour aux origines du droit comparé car au départ, les comparatistes établissaient des recueils de lois étrangères afin d'éclairer entre autres le législateur français. Mais dans

⁸⁴⁴ Lorsqu'on effectue une recherche sur le site du Sénat, on trouve 10 dossiers législatifs, 2 rapports d'information, 2 comptes rendus de débats et 11 autres documents faisant référence au droit comparé pour l'année 2010.

⁸⁴⁵ <http://www.justice.gouv.fr/europe-et-international-10045/etudes-de-droit-compare-10285/>

cette hypothèse, les études de droit comparé incluraient l'application des lois étrangères par le juge concerné, devenant de véritables études de législations et de jurisprudences étrangères.

Une fois le texte élaboré puis entré en vigueur, le juge qui rencontrerait la nécessité de consulter les travaux législatifs aurait accès à ces études, lui permettant ainsi de mobiliser la jurisprudence étrangère par ce biais. Il s'agirait d'un dialogue des juges passant par le législateur, qui présenterait certes des inconvénients, puisque les études de droit comparé ne sont pas nécessaires à chaque nouveau texte pris.

Quoi qu'il en soit, le dialogue des juges nécessite une collaboration entre les différentes sources du droit. Une autre possibilité eut être envisagée.

B. Un rôle plus actif des veilles juridiques

455. Le rôle des veilles juridiques – La veille juridique consiste notamment à identifier les nouvelles données juridiques et à les diffuser au public. Il en existe plusieurs formes, mais celle qui retient notre attention est celle qui est rattachée à la Cour de cassation. Il s'agit de l'Observatoire du droit européen, dont les publications sont diffusées sur le site de la Haute juridiction.

456. L'observatoire de droit européen – Cet observatoire est créé en 2002, il est composé d'un magistrat, d'un greffier en chef et de deux assistants de justice. Il a pour objet d'apporter aux magistrats une assistance juridique leur permettant d'appliquer au mieux la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que le

droit de l'Union. Depuis l'année 2004, il est diffusé sur le site de la Cour de cassation les publications bimestrielles de l'Observatoire. Pour chacune d'elle, il est possible de prendre connaissance de l'actualité, de la jurisprudence, de la doctrine et parfois de certains dossiers. La partie qui nous intéresse est la rubrique jurisprudence, dans laquelle on trouve des résumés de décisions rendues par des juges étrangers. Par exemple, la revue datant de mars et avril 2010 présente une décision de la House of lords relative à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, depuis l'accès aux archives diffusées sur le site de la Cour, on observe notamment que des décisions anglaise, allemande, américaine, espagnole, néerlandaise... ont été résumées dans ces diverses publications.

Même si l'Observatoire ne traite que les jurisprudences étrangères relatives à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et du droit communautaire, on peut imaginer la mise en place d'un autre observatoire qui aurait la mission de rendre compte des décisions étrangères relatives à des points de droit divers et variés, pouvant intéresser de près le juge français. D'ailleurs, la revue de l'Observatoire de droit européen est destinée à tous les juges judiciaires et si un tel observatoire existait en droit comparé, la diffusion dans les juridictions du fond ne poserait pas de difficulté, car le système existe déjà au niveau du droit européen.

Ainsi, le dialogue des juges pourrait devenir effectif grâce au travail de ces documentalistes, d'ailleurs peuvent faire partie de la doctrine.

457. Fin de section – Après avoir étudié ce qu’apporte le dialogue des juges dans l’étude de la rhétorique juridique, il fallait analyser ce que cette démarche apporte effectivement dans la pratique judiciaire en France. En effet, les citations de jurisprudences étrangères sont fréquentes chez le juge issu de Common law, mais pour un juge continental, la référence à une décision étrangère est nouvelle. Pour autant, il est possible d’analyser les premières manifestations de ce dialogue des juges qui reste à l’état savant, mais qui est en passe de devenir effectif. Ainsi, il a été vu que le dialogue des juges en France et plus particulièrement pour le juge judiciaire reste indirect car il s’avère que la citation de jurisprudence étrangère provient des parties et est prise d’une étude doctrinale. Par ailleurs, la référence à la jurisprudence étrangère demeure en marge de la décision et il semble très peu probable de la voir un jour dans le corps des décisions de la Cour de cassation.

Cet état des choses ne semble pas figé et il est possible d’affirmer qu’il ne s’agit là que d’une étape transitoire avant la naissance d’un dialogue des juges effectif. Pour ce faire, il faudra certainement compter sur un dialogue accru entre la loi, la jurisprudence et la doctrine, avec comme vecteur un droit comparé à usage pratique, étudiant les lois étrangères mais surtout la façon dont celles-ci sont appliquées par les juges.

Enfin, il est possible d’accélérer le dialogue des juges en attribuant un rôle plus actif aux observatoires de droit qui ont pour mission actuelle d’effectuer une veille juridique.

458. Conclusion de chapitre – Le dialogue des juges vient bouleverser la pratique du droit car il n'est pas institutionnalisé et les magistrats qui en font usage n'affichent pas clairement leurs intentions. Mais le dialogue des juges vient avant tout bouleverser la théorie du droit.

D'abord, le dialogue des juges amène le théoricien du droit à reconsiderer la raison judiciaire, notamment en rationalisant les décisions de justice, mais aussi en réalisant une forme d'auditoire universel imaginé par Charles PERELMAN, grand spécialiste de la rhétorique. Ainsi, le dialogue des juges entraîne une séparation virtuelle de l'*imperium* et de la *jurisdictio* en ce que le juge rend une décision conformément au pouvoir que lui confère l'Etat, mais qui peut s'adresser à un auditoire des juges mondiaux, détachant ainsi la *jurisdictio* de l'*imperium*. Cette capacité du juge à pouvoir rendre une décision en sachant qu'elle peut être lue et mobilisée à son tour par un autre juge responsabilise le magistrat et renforce la vertu de distance dont il doit faire preuve.

Le dialogue des juges vient également bouleverser la rhétorique juridique en ce qu'il constitue un argument juridique qu'il faut replacer dans la typologie des arguments juridiques. Selon les classifications existant en logique juridique, il est possible de voir dans la citation de jurisprudence étrangère un argument de recadrage du réel, incitant l'auditoire à se référer à une règle issue d'un droit étranger. Cette citation peut également être considérée comme un argument quasi-logique et un argument du précédent, car la référence à la jurisprudence étrangère ne peut pas s'imposer à l'auditoire, mais tient sa force du fait qu'elle rappelle une règle déjà énoncée par un juge, même s'il s'agit d'un juge étranger.

Quant à la fonction exacte de la citation de jurisprudence étrangère, celle-ci est particulièrement difficile à appréhender. En effet, pour déterminer sa fonction, il faut d'abord savoir comment elle se manifeste en pratique et ceci varie en fonction de la tradition juridique concernée. Le juge de tradition anglo-saxonne semble utiliser cet argument dans le but de persuader son auditoire mais le juge issu de la tradition romano-germanique ne fait pas apparaître ses opinions. L'étude de l'apport théorique du dialogue des juges en rhétorique juridique nous a amené à constater qu'en France, le dialogue des juges est savant.

Si rien ne semble venir contrarier le développement effectif du dialogue des juges, il faudra encore attendre que certaines choses se mettent en place dans la pratique. Une fois le

terrain plus propice à l'utilisation du droit comparé en tant que science de la jurisprudence étrangère, le dialogue des juges deviendra effectif.

459. Conclusion de titre – Le dialogue des juges n'est pas institutionnalisé, il ne suit pas vraiment de logique particulière, mais il est très certainement le nouvel instrument des magistrats. Il est intéressant de pouvoir apprécier les perspectives du dialogue des juges dans la mondialisation, puis à une échelle moins grande, l'apport de ce nouvel instrument quant à l'étude de la rhétorique juridique, donc à la décision de justice.

Les perspectives du dialogue des juges dans la mondialisation du droit nous a amené à envisager ce nouvel instrument comme la possibilité de parvenir à un droit global. Très vite, il a été énoncé que cette volonté de parvenir à un droit global était devenue utopique et il a ensuite été envisagé de voir dans le dialogue des juges un substitut à toute idée d'unification. Enfin, la réalité juridique et notamment l'existence de systèmes comme l'Union européenne nous a alors amené à reconsidérer les moyens offerts par le dialogue des juges dans la volonté d'unification de certaines matières. Ainsi, le dialogue des juges a été étudié dans le cadre du projet d'harmonisation du droit européen des contrats. Pour cette entreprise, certes pas encore aboutie, le dialogue des juges aura très certainement un rôle à jouer, notamment lorsque les juges des Etats membres seront amenés à appliquer de manière uniforme les règles communes.

Pour ce qui concerne l'apport du dialogue des juges dans l'étude de la théorie juridique et plus précisément la rhétorique juridique. Le fait de se référer à une décision rendue par un juge étranger pose des questions en matière de légitimité du juge, mais aussi sur la façon d'appréhender les décisions de justice. Il faut savoir pourquoi le juge fait référence à une jurisprudence non française, mais ceci relève de l'impossible car il n'existe pas de lignes directrices dans son comportement pour tenter de déterminer pourquoi. Du reste, il est possible de rapprocher les références aux jurisprudences étrangères à des arguments juridiques qui ont tous pour objectif de convaincre un auditoire. Force persuasive ou non, il n'est pas encore possible de connaître la valeur de la citation de jurisprudence étrangère.

Pour l'heure, le dialogue des juges est savant et n'entraîne pas de conséquence sur la solution finale donnée au litige, ni sur la façon dont cette décision sera accueillie et éventuellement reprise par les juges appartenant au forum mondial.

460. Conclusion de partie – Dans cette seconde partie, il a été décidé d’analyser l’impact du dialogue des juges sur la Cour de cassation. Afin d’établir cette étude, les recherches ont été faites suivant deux principaux axes. D’abord, l’impact du dialogue des juges a été mesuré par l’influence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la scène mondiale, puis sur la scène nationale. Ensuite, l’impact du dialogue des juges a été étudié sous l’angle de la mondialisation et de son apport à la théorie juridique et plus particulièrement la rhétorique juridique. En ce qui concerne la place de la Cour de cassation sur la scène internationale, celle-ci s’observe peu dans ses relations verticales avec le juge international, mais s’observe étonnamment dans ses relations horizontales avec les autres Cours de cassation.

Globalement, on peut affirmer que l’influence de la Cour de cassation française est dépassée par l’importance grandissante de la Cour européenne des droits de l’homme, qui est désormais très citée par les juges internationaux. Du côté des homologues étrangers, l’influence de la juridiction française se réalise à travers certaines matières comme le droit des obligations et de la responsabilité.

Pour ce qui concerne l’influence de la Cour de cassation sur la scène nationale, celle-ci a toujours existé, que ce soit dans ses rapports avec le Conseil d’Etat ou que ce soit dans ses rapports avec le Conseil constitutionnel. Mais depuis l’instauration de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, une forme de dialogue entre les trois juges est institutionnalisée. La procédure est encore trop récente pour pouvoir en tirer des conséquences quant à l’avenir de la Cour de cassation, mais cette forme de dialogue inédite tend à bouleverser le quotidien des magistrats français.

Le dialogue des juges constitue également un nouvel instrument entre les mains des magistrats. Les perspectives de ce phénomène sont nombreuses, notamment dans un contexte de mondialisation. Il est ressorti de cette étude que le dialogue des juges peut jouer un rôle non négligeable dans l’harmonisation de certaines matières, ou dans l’application uniforme de règles unifiées. Enfin, si l’on se cantonne aux conséquences de l’influence croisée des jurisprudences sur la théorie du droit, on s’aperçoit que la façon d’appréhender une décision de justice s’en trouve bouleverser. Même si le dialogue des juges demeure à l’état savant, rien ne permet d’affirmer qu’il ne deviendra pas effectif d’ici quelques années.

CONCLUSION

461. Epilogue – Le dialogue des juges n'est pas un phénomène en voie d'extinction, ni même d'essoufflement. Bien au contraire, il est amené à se développer davantage dans les prochaines années. La Cour de cassation, que nous avions placée sur la dernière marche du podium des juridictions les plus ouvertes au dialogue, se retrouve finalement à une bien meilleure place.

En juridiction moderne, une partie de sa jurisprudence est diffusée dans le monde entier. Le dialogue des juges étant encore un phénomène assez récent, il est difficile de se projeter complètement dans l'avenir, cependant, il est possible d'envisager deux projets de recherche qui pourrait compléter une étude des influences croisées de jurisprudences. Le premier concernerait les juges judiciaires des 1^{er} et second degrés, le second aurait une envergure internationale.

462. Le dialogue des juges du fond – Il serait intéressant de rechercher dans le fonctionnement des juridictions du fond si le droit comparé occupe une place particulière. Cela n'a pas été développé dans cette étude mais les juridictions du fond possèdent elles aussi une activité internationale, des échanges entre magistrats français et étrangers ont lieu. Certaines ont un site internet et diffusent quelques unes de leurs décisions⁸⁴⁶. Le site du Ministère de la justice diffuse le lien d'accès aux juridictions qui possèdent un site internet⁸⁴⁷.

Il existe déjà un dialogue entre les juges du fond, par exemple avec l'utilisation de

⁸⁴⁶ Certaines juridictions comme la Cour d'appel d'Agen se sont dotées d'un nouvel instrument : le Contact Visio Justice, permettant à un justiciable d'entrer « *directement en contact avec le greffe du tribunal du ressort. L'usager se voit ainsi proposer des services de consultation, de transaction, de communication, de type dématérialisé* » (site Ministère de la justice et des libertés). La modernisation de la justice va dans le sens d'un dialogue entre le juge et le citoyen.

⁸⁴⁷ <http://www.justice.gouv.fr/sites-justice-10059/#jf>

l'intranet du Ministère de la justice, des recherches peuvent être effectuées afin de connaître la jurisprudence des autres tribunaux et cours en France. Il serait pertinent de savoir aussi dans quelle mesure leur expérience au sein de juridictions étrangères ou internationales peut influencer leur méthode de travail. Ces investigations pourraient par exemple se réaliser en partenariat avec des universitaires ou être effectuées par des auditeurs de justice. Le dialogue des juges implique une influence croisée entre les décisions de justice, une étude de plus grande envergure pourrait être envisagée.

463. Pour une recherche d'envergure – Le dialogue des juges se caractérise notamment par des échanges croisés entre différentes jurisprudences. Dans la seconde partie de notre étude, nous avons essayé de trouver dans les décisions rendues par les juges internationaux et étrangers des références à la jurisprudence française.

Il s'est avéré que le droit français et sa jurisprudence étaient présents dans les autres droits, seulement, il a été difficile de mesurer l'influence exacte de ceux-ci. Par ailleurs, la langue a constitué un obstacle majeur, contraignant à éluder de notre recherche les juridictions appartenant à des pays dont nous ne connaissons pas la langue. Il serait possible d'envisager une étude plus approfondie de la place du droit comparé dans les autres juridictions. Ainsi, pour certains pays déterminés à l'avance, des juristes étrangers effectueraient une même recherche relative à la place du droit comparé dans les juridictions de leur pays et le poids de l'argument tirée d'une citation de jurisprudence étrangère devant leurs juges respectifs. Les divers résultats de ces recherches pourraient faire l'objet d'un croisement, permettant ainsi de connaître la cartographie du dialogue des juges.

De ces résultats pourraient aussi découler des indications quant à l'influence plus ou moins marquée d'une tradition juridique en particulier. On pourrait encore imaginer la mise en place de projets d'harmonisation de certaines matières dont les recherches révèleraient des difficultés d'application à l'échelle internationale, mais « *l'idée de l'expérience ne remplace nullement l'expérience* » (Alain, Propos).

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES COLLECTIFS, RECUEILS DE TEXTES ET DICTIONNAIRES

ALLAND (D), RIALS (S) (sous la dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF 2003.

ANDERSEN (R), DELPEREE (F), FAVOREU (L), GAUDEMEL (Y), LENOBLE (J), PERROT (R), TERRE (F), Van COMPERNOLLE (J), Le crise du juge, La pensée juridique modern, Story-Scientia/LGDJ, 1990.

Dictionnaire Le Larousse 2001.

Dictionnaire Le Robert, édition de poche 2011.

GARAPON (A), ALLARD (J), GROS (F), Les vertus du juge, Dalloz 2008.

Le dialogue des juges, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2007.

Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Dalloz, 2009.

LICHERE (F), POTVIN-SOLIS (L), RAYNOUARD (A) (Dir.), Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?, Droit et justice, Bruylant, 2004.

L'office du juge, Colloque des 29 et 30 septembre 2006, Les colloques du Sénat, 2007.

OBERDROFF (H), LUKASZEWCZ (B), Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges, actes du colloque du 50^{ème} anniversaire des tribunaux administratifs, Broché, 2005.

VOGEL (L) (sous la dir.), Droit global law, unifier le droit : un rêve impossible ? Editions Panthéon Assas, 2001.

II. TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX ET COURS

BERSTEIN (S), MILZA (P), Histoire de l'Europe du XIXème au début du XXIème, initial, Hatier 2006.

BEYSSAC (J), Droit romain : des conflits de lois à Rome, Droit français : des brevets d'inventions en droit international privé, Imprimerie Cadoret 1888.

BOULOUIS (J), CHEVALLIER (R-M), Grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes, Tome 1, 5^{ème} édition, 1993.

CAPELLER (W)/KITAMURA (T) (Sous la dir.), Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, autour de Masaji Chiba, Bruylant, 1998.

CLAVEL (S), Droit international privé, Dalloz 2^{ème} édition, 2010.

CLERGERIE (J.L), GRUBER (A), RAMBAUD (P), L'Union européenne, Dalloz 7ème édition, 2008.

CONSTANTINESCO (L. J), Traité de droit comparé, Tome 1, introduction au droit comparé, LGDJ, 1972.

CORNU (G), FOYER (J), Procédure civile, PUF 1957.

DOUTRIAUX (Y), LEQUESNE (C), Les institutions de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, La documentation française, 2010.

DURAND (B), Le juge et l'outre-mer : les roches bleues de l'Empire colonial, Broché, 2004.

FAYE (E), La Cour de cassation, Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile, La mémoire du droit, 1999 (réimpression de l'édition de 1903).

FOOS (J), L'homme et la radioactivité, Formascience, 3^{ème} édition 2006.

FROMONT (M), Grands systèmes de droit étrangers, Dalloz, 2009.

HERON (J), LE BARS (T), Droit judiciaire privé, 4^{ème} édition, Monchrétien-Lextenso éditions, 2010.

KANT (E), Fondation de la métaphysique des mœurs in Métaphysique des mœurs, I, Fondation, introduction, trad. Alain Renault.

MEIJERS (E. M.), Etudes d'histoire du droit international privé, CNRS éditions 1968.

PERELMAN (C), OLBRECHTS-TYTECA (L), Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique, PUF, 1958.

SERVIDIO-DELABRE (E), Common law, *introduction to the english and american legal systems*, Dalloz, 2004.

TRIEPEL (H), Droit international et droit interne, Editions Pantheon-Assas, 2010.

VINCENT (J), GUINCHARD (S), MONTAGNIER (G), VARINARD (A), Institutions judiciaires, Organisation – juridictions- gens de justice, Dalloz 8^{ème} édition, 2005.

ZWEIGERT (K), KÖTZ (H), An introduction to comparative law, traduit de l'allemand par Tony Weir, Oxford University Press, 1978.

III. OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES ET THESES

Actualités de droit communautaire, Justice & cassation, Dalloz, 2009.

ALLARD (J), GARAPON (A), Les juges dans la mondialisation – la nouvelle révolution du droit, Le Seuil, 2005.

AUCOC (L), Les études de législation comparée en France, Paris Alphonse Picart éditeur, 1889.

AZOUALAI (L), BURGORGUE-LARSEN (L), L'autorité de l'Union européenne, Bruylant, 2006.

BIRRIEN (J-Y), Histoire de l'informatique, P.U.F., Paris, 2e éd. 1992.

C CHRISTIE (G), L'auditoire universel dans l'argumentation juridique (traduit de l'anglais par Guy Haarscher), Bruylant, 2005.

CARBONNIER (J), Droit et passion du droit sous la Vème République, Flammarion, 1996.

CHARTIER (Y), La Cour de cassation, Dalloz 2ème édition, 2001.

DELMAS-MARTY (M), Pour un droit commun, Paris, Editions du Seuil, 1994.

DELMAS-MARTY (M), Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit, Fayard, 2003.

DELMAS-MARTY (M), Trois défis pour un droit mondial, Le Seuil, 1998.

DELMAS-MARTY (M), Critique de l'intégration normative, PUF 2004.

DELMAS-MARTY (M), Le pluralisme ordonné, Editions du Seuil, 2005.

DELMAS-MARTY (M), Vers un droit commun de l'humanité, entretien avec Philippe Petit, Broché, 2005.

HALPERIN (J-L), Profils des mondialisations du droit, Dalloz-Sirey, 2009.

HEGEL, Philosophie de l'esprit, Ed. Germer Baillière, 1897.

La mondialisation entre illusion et utopie, tome 47, Archives de philosophie du droit, Dalloz 2003.

L'influence internationale du droit français, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 19 juin 2001, La documentation française, 2001.

LEBEN (C), Hans Kelsen, écrits français de droit international, PUF, 2001.

Le Code civil 1804 – 1904, Le livre du centenaire, Dalloz 2004.

LEVI-STRAUSS, Tristes topiques, collections terres humaines, 1955.

MARGUENAUD (J-P), CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, La documentation française, 2001.

MATHIEU-IZORCHE (M), Le raisonnement juridique, PUF 2001.

MOLFESSIS (N) (Dir.), La Cour de cassation et l'élaboration du droit, Economica, 2004.

OST (F), van de KERCHOVE (M), De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002.

PERELMAN (C), Logique juridique, nouvelle rhétorique, Dalloz 1979.

PLATON, Gorgias, Traduction d'E. Chambry, Ed. Garnier-Flammarion, 451d-452, 1967.

Rapport annuel de la Cour de cassation 1999, La documentation française, 2000.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2000, La documentation française, 2001.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, La documentation française, 2002.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2002, La documentation française, 2003.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2003 : L'égalité, La documentation française, 2004.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2004 : La vérité, La documentation française, 2005.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2005 : L'innovation technologique, La documentation française, 2006.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2006 : La Cour de cassation et la construction juridique européenne, La documentation française, 2007.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2007 : La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, La documentation française, 2008.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2009 : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, La documentation française, 2010.

ROUSSEAU (J.J), Essai sur l'origine des langues (1781) chapitre II, collection Profil Philosophie, Ed. Hatier, 1987.

SNYDER (F), MAHER (I) (Dir.), The evolution of the european courts : Institutional change and continuity – L'évolution des juridictions européennes : changements et continuité, Bruylant, 2009.

Vers un code européen de la consommation, Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne, Bruylant 1998.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES ET ETUDES

AGOSTINI (E), L'aborigène en droit comparé, RIDC 1986, vol. 2, p. 315-325.

ALLARD (J), Van WAEYENBERGE (A), De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger, Revue interdisciplinaire d'études juridiques (Bruxelles), n° 61, 2008.

ALVAREZ (A. E), L'internationalisation du droit pénal : l'exemple du MERCOSUR, RSC 1999, p. 741.

AMRANI-MEKKI (S), FAUVARQUE-COSSON (B), Droit des contrats, octobre 2009 - novembre 2010, Dalloz 2011 p. 472.

ANCEL (M), La fonction judiciaire et le droit comparé, RIDC 1949, vol. 1-2, p. 57-66.

ANCEL (P), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD Civ. 1999 p. 771.

ARRIGHI DE CASANOVA (G), L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue du Conseil d'État, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 23.

ATIAS (C), La « simple affirmation » du juge, Dalloz 2010 p. 221.

AUBERT DE VINCELLES (C), Nouvelles orientations : directive-cadre sur les droits des consommateurs et Livre vert sur la création d'un droit européen des contrats, Revue des contrats, 01 octobre 2010 n° 4, P. 1284.

AUBY (J-B), Question prioritaire de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : l'état du débat.

AUDIRAC (P-A), Le nombre de ménage d'ici l'an 2000, Economie et statistique, 1978, p. 61-67.

AZOUALAI (L), Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence, RTDE 2008, p. 29.

BAISSUS (J-M), «Le droit français mérite d'être mis en valeur !», Petites affiches, 04 avril 2006 n° 67, P. 3.

BAISSUS (J-M), La concurrence des systèmes juridiques est en marche !, Petites affiches, 28 février 2008 n° 43, P. 3.

BAISSUS (J-M), Le rapport Doing business in 2010 ravive la concurrence des systèmes juridiques, Petites affiches, 02 octobre 2009 n° 197.

BAR Von (C), Le groupe d'études sur le Code civil européen, RIDC Vol. 53, N°1, p. 127-139.

BARTHELEMY (J), La Cour de cassation dans ses propres rapports avec le Conseil d'Etat : rapprochements et quant-à-soi, dans La Cour de cassation et l'élaboration du droit, sous la direction de Nicolas MOLFESSIS, Economica 2004, p. 203-216.

BATIFFOL (H), Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit, RIDC 1970, vol. 4, p. 661-674.

BAYNAST (de) (O), Les magistrats français et la coopération internationale, RIDC 1994, N° 3, p. 785 et s.

BEL (J), Informatique et droit comparé, RIDC 1970, n°2 pages 269-295.

BERGE (J-S), L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du phénomène de régionalisation des droit, Petites affiches, 05 octobre 2004 n° 199, P. 32.

BERGE (J-S), L'hypothèse d'un 28e droit européen des contrats, Revue des contrats, 01 octobre 2010 n° 4, P. 1401.

BERMANN (G. A), FAUVARQUE-COSSON (B), Le droit comparé et le droit international : Alliés ou ennemis ? La conférence, RIDC 2003, vol. 55, no3, pp. 519-537.

BEZARD (P), Les magistrats français et le droit comparé, RIDC 1994, vol. 3, p. 775-783.

BIBENT (B), Le traitement de la jurisprudence sur ordinateur, RIDC 1968, n°4 page 665.

BITTI (G), Chronique de jurisprudence de la Cour pénale internationale, Revue de science criminelle 2010 p. 959.

BLAGOJEVIC (B T), Le droit comparé. Méthode ou science, Revue internationale de droit comparé. Vol. 5 N°4, p. 649-657.

BLANC (D), DEROULEZ (J), La longue marche vers un droit européen des contrats, Dalloz 2007 p. 1615.

BLANC (D), Droit européen des contrats : un processus en voie de dilution ?, Dalloz 2008, p. 564.

BOCKEL (J-M), La mise en concurrence des systèmes juridictionnels, Recueil Dalloz 2009 p. 2848.

BOIS de GAUDUSSON (J), La complexité de la participation des Cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges, Petites affiches, 4 juin 2008 n° 112, p. 22.

BONNET (E), DUFOUR (E), Le droit français expliqué aux américains, Gazette du Palais, 6 novembre 2004 n° 311, p.3.

BOUCARD (F), La question prioritaire de constitutionnalité et les cours suprêmes - Une partie de billard à trois bandes ?, JCP G n° 30, 26 Juillet 2010, 804.

BOUCARD (F), Premières décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC : l'instauration d'un nouveau dialogue entre les Cours suprêmes, Procédures n° 8, Août 2010, étude 6.

BOUCHARD (G), Le recours à l'auditoire universel implique-t-il une pétition de principe ?, Philosophiques, vol. 7, n° 2, 1980, p. 161-188.

BRONDEL (S), Un deuxième projet de loi organique pour la mise en œuvre de la révision constitutionnelle de 2008, AJDA 2008 p. 2310.

BRONDEL (S), Adoption de la loi organique sur la question prioritaire de constitutionnalité, AJDA 2009 p. 2203.

BRONDEL (S), QPC : qu'est ce qu'une question nouvelle ?, AJDA 2010 p. 1911.

BULLIER (J) (A), Les Etats face à la justice pénale internationale : coopération ou contrainte ?, Petites affiches, 16 septembre 1999 n° 185, P. 6.

BUY (F), Droit du sport et mondialisation, Revue Lamy droit civil 2008, p. 47.

BYC (C), BIOÉTHIQUE, UNIVERSALISME ET MONDIALISATION, La dynamique des contradictions, JCP G n° 7, 16 Février 2005, I 113.

CANIVET (G), Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales : Eloge de la « bénévolence » des juges, RSC 2005, n°4, pp. 799-817.

CASSIA (P), SAULNIER-CASSIA (E), La QPC peut-elle être « prioritaire » ?, Dalloz, 8 juillet 2010, n° 26.

CAZANAVE (C), Le dialogue au XVIIème siècle en France : un genre français

moderne ? Eléments pour une mise au point, XVIIe siècle 2005/3, n° 228, p. 427-441.

CHAIGNEAU (A), La traduction et les sources des droit, Petites affiches, 06 juillet 2010 n° 133, P. 4.

CHALTIEL (F), Le dialogue des juges se poursuit sur la question prioritaire de constitutionnalité (A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2610-605 DC du 12 mai 2010), Les Petites affiches, 1^{er} juin 2010, p. 8-14.

CHALTIEL (F), Le juge administratif se reconnaît pleinement juge de droit commun du droit européen (A propos de CE, Ass. 30 octobre 2009), Petites affiches, 16 juin 2010, p. 7.

CHARBIT (N), L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats (À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats) (Suite et fin), Petites affiches, 27 novembre 2001 n° 236, P. 4.

CHARBIT (N), La réception du droit communautaire en droit privé des états membres, Petites affiches, 05 mai 2004 n° 90, P. 8.

CHARTOUNI-DUBARRY (M), AL RACHID (L), Droit et mondialisation, Politique étrangère n° 4, 199, p. 941-946.

CHAVENT-LECLERE (A-S), La Cour de cassation prend la mesure de l'inconstitutionnalité, Procédures n° 2, Février 2011, comm. 68.

COHEN (D), Contentieux d'affaires et abus de forum shopping, Dalloz 2010, p. 975.

COLOMER (D. R-J), La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne, Gazette du Palais, 19 juin 2008 n° 171, P. 23.

CORNU (G), Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, Dalloz 2002, p. 351.

COTTIN (S), L'influence de l'Internet sur la bibliographie juridique, RIDC 1998, n°2, pages 719-723.

COUTRON (L), Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire, RTDE 2009, p. 643.

CREUX-THOMAS (F), La QPC : « une révolution juridique confirmée ! », JCP G n° 40, 4 Octobre 2010, 960.

DAVID (R), Le droit comparé enseignement de culture générale, RIDC 1950 N°2, pages 682-685.

DAVID (R), Droit comparé, justice et université, RIDC 1963 N°2, pages 331-350.

DEFAULT (G), Le rôle du juge rapporteur dans la procédure marocaine, RTD Civ. 1968, p. 25.

DELMAS-MARTY (M), Réinventer le droit commun, Dalloz 1995, p. 1.

DELMAS-MARTY (M), La mondialisation du droit : chances et risques, Dalloz 1999, p. 43.

DELMAS-MARTY (M), La mondialisation et la montée en puissance des juges, dans Le dialogue des juges, Bruxelles, Bruylant 2007, p. 95-114.

DESAULNAY (O), L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 31.

DEUMIER (P), Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation, RTDCiv. 2006, p. 510.

DEUMIER (P), L'avènement des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme au visa des arrêts de la Cour de cassation, RTDCiv. 2007, p. 536.

DEUMIER (P), Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation, études des travaux préparatoires, dans Principes de justice, mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin, Dalloz, 2008, p. 125.

DEUMIER (P), L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale, Dalloz 2008, p. 494.

DONNAT (F), La Cour de justice et la QPC : chronique d'un arrêt prévisible et imprévu, Dalloz, 8 juillet 2010, p. 1640.

DRAGO (G), Le hasard et la nécessité (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 12 mai 2010), Gazette du palais, 23-27 mai 2010, p. 12-16.

DUFOUR (O), « L'élaboration d'un système comptable globalement unifié aboutira à la création d'un standard juridique mondial », entretien avec Anne-Marie Frison-Roche, Petites affiches, 10 décembre 1999 n° 246, P. 4.

DUFOUR (O), Le droit constitutionnel entre dans les prétoires, Droit et patrimoine 2010 n° 188.

DUFOUR (O), Une brochure pour vanter les mérites du droit continental, Petites affiches, 23 février 2011 n° 38, P. 4.

EEDLMAN (B), La Cour européenne des droits de l'homme : une juridiction tyrannique ?, Recueil Dalloz 2008 p. 1946.

EIDENMULLER (H), FAUST (F), GRIGOLEIT (H. C), JANSEN (N), WAGNER (G), ZIMMERMANN (R), Le cadre commun de référence pour le droit privé européen, Les questions de son évaluation et les problèmes de codification, RTDE 2008, p. 761.

FABRE (T), La dialogue avec l'invisible, La pensée du midi 1/2005 (N°14), p. 70-73.

FAIVRE (C), Vers un droit universel à une compensation personnalisée pour l'autonomie ?, AJDA 2007 p. 2008.

FAUVARQUE-COSSON (B), Droit comparé et droit international privé : la confrontation des deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux, RIDC 2000, vol. 4, p. 797-818.

FAUVARQUE-COSSON (B), Faut-il un Code civil européen ?, RTD Civ. 2002, p. 463.

FAUVARQUE-COSSON (B), Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales, Recueil Dalloz 2007 p. 96.

FAUVARQUE-COSSON (B), Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés, Dalloz 2008, p. 556.

FAUVARQUE-COSSON (B), Terminologie, principes, élaboration de règles modèles, les trois volets du Cadre commun de référence, RTDE 2008 p. 695.

FAUVARQUE-COSSON (B), Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie, Revue des contrats, 01 janvier 2010 n° 1, P. 316.

FAUVARQUE-COSSON (B), Un nouvel élan pour le cadre commun de référence en droit européen des contrats, Recueil Dalloz 2010 p. 1362.

FAUVARQUE-COSSON (B), Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge, Revue des contrats, 01 octobre 2010 n° 4, P. 1405.

FAUVARQUE-COSSON (B), Projet de cadres commun de référence : la Chambre des lords ne cache pas son manque d'enthousiasme, Revue des contrats, 01 avril 2010 n° 2, P. 731.

FERRARI (F), Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties, art. 4 du règlement Rome I, Revue critique de droit international privé 2009 p. 459.

FILIBERTI (E), L'Association Henri Capitant réagit aux rapports de la Banque mondiale, Petites Affiches, 28 septembre 2006 n° 194, p. 3.

FLICHY (P), Internet ou la communauté scientifique idéale, Réseaux, 1999, vol.17 n°97, pages 77-120.

FORRAY (V), La jurisprudence, entre crise des sources du droit et crise du savoir des juristes, RTD Civ. 2009 p. 463.

FORTINI (K), Le dialogue tonique dans la psychothérapie analytique de relaxation, Psychothérapies, Vol. 29, 2009, N° 1, pp. 33-38.

FRANCESCAKIS (Ph.), Perspectives du droit international privé français actuel, RIDC 1955, vol. 2, p. 349-360.

FRISON ROCHE (M-A), Comment créer un espace juridique européen compétitif face à la puissance anglo-saxonne ?, Petites affiches, 13 juillet 2000 n° 139, P. 26.

- GANDOLFI (G)**, Pour un code européen des contrats, RTD Civ. 1992 p. 707.
- GARAPON (A)**, « Nous devons bâtir une stratégie de défense de notre droit», Petites affiches, 30 avril 2004 n° 87, P. 3.
- GEORGE (P)**, Prospective urbaine. Les villes de l'an 2000, Annales de géographie, 1965, p. 216-218.
- GEST (J)**, Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la présidence française du Conseil de l'Union européenne, Dalloz 2009, p. 1431.
- GHESTIN (J)**, Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui, Revue des contrats, 01 octobre 2004 n° 4, P. 1152.
- GLAUDET (P), MONTAZEAUD (J-M)**, « Le XIXe siècle s'inscrira comme l'âge d'or du Code civil », Petites affiches, 07 mai 2004 n° 92, P. 14.
- GONZALEZ-GHARBI (N)**, Abrogation pour inconstitutionnalité, Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2010, comm. 148.
- GRAVESON (R. H)**, L'influence du droit comparé sur le rapprochement des peuples, RIDC 1958, n° 3, p. 501-509.
- GRIMALDI (M)**, L'Association Henri Capitant réagit aux rapports de la Banque mondiale, Petites affiches, 23 juin 2006 n° 125, p. 3.
- GAUTIER (M)**, QPC et droit communautaire - Retour sur une tragédie en cinq actes, Droit Administratif n° 10, Octobre 2010, étude 19.
- GLAUDET (P)**, Le Code civil européen : une utopie ?, Droit et Patrimoine, n° 125, p. 32-38.
- GUILLAUME (M)**, L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 49.
- GUILLAUME (G)**, L'unité du droit international public est-elle menacée ?, RIDC 2003 n° 1, p. 23-30.
- GOUTTE (de) (R)**, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation, Gazette du Palais, 12 juin 2007 n° 163, P. 19.
- HEIDE (H)**, Les professions juridiques et le droit comparé en Allemagne, RIDC 1994, vol. 3, p. 729-733.
- HENNEBEL (L)**, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, in Le dialogue des juges, Bruylant 2007, p. 31-76.
- IDOT (L)**, Jurisprudence de la Cour de Justice. Procédures quasi-répressives, RSC 2010, p. 709.
- IZORCHE (M-L)**, Propositions méthodologiques pour la comparaison, RIDC 2001, vol. 2, p. 289-325.

JACQUE (J. P.), Primaute du droit international versus protection des droits fondamentaux, RTDE 2009, p. 161.

JAMIN (C), Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris, RIDC 2000, vol. 4, p. 733-751.

JEAMMAUD (A), Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?, dans Vers un code européen de la consommation, Bruylant 1998, p. 35.

JEAN (J-P), PAULIAT (H), L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité, Recueil Dalloz 2005 p. 598.

JOBARD-BACHELLIER (M-N), La répartition des tâches entre juge et parties dans l'établissement du contenu de la loi étrangère, Bilan de la jurisprudence de la Cour de cassation (2002/1er trimestre 2003), Gazette du Palais, 26 juin 2003 n° 177, P. 3.

JOLOWICZ (J. A), Les professions juridiques et le droit comparé : Angleterre, RIDC 1994, vol. 3, p. 747-755.

KALINOWSKI (G), La logique juridique et son histoire, Archives philosophiques du droit vol. 27, 1982, p. 331-350.

LAGET-ANNAMAYER (A), Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité, RTDE 2006 p. 249.

LANDO (O), L'avenir du droit des contrats, Dalloz 2008, p. 904.

LECLERCQ (J), Le juriste confronté aux « réflexes » interprétatifs du juge, Petites affiches, 19 décembre 2001 n° 252, P. 19.

LEDIEU (M-A), CNIL - Un droit universel à la protection des données ?, Communication Commerce électronique n° 12, Décembre 2005, alerte 296.

LEGEAIS (R), L'utilisation du droit comparé par les tribunaux, RIDC 1994, vol. 2, p. 347-358.

Le Conseil d'État dresse un état des lieux de la procédure de QPC, JCP G n° 38, 20 Septembre 2010, 928.

Le mariage entre personnes de même sexe, Etude pour la Cour de cassation, (coord.), RIDC 2008, vol. 2, p. 375.

LEPAGE (C), L'exception d'inconstitutionnalité au regard de la pratique judiciaire et des rapports de pouvoir, Petites affiches, 19 septembre 2008, n° 189, p. 3.

LEQUETTE (Y), Vers un Code civil européen ?, Pouvoirs, 107, 2003, p.121.

LEVADE (A), Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !, Dalloz 3 juin 2010, p. 1321.

LIENHARD (A), Droit européen des contrats : publication d'un Livre vert, Dalloz

actualité 2 juillet 2010.

LUBY (M), La C.N.U.D.C.I. et l'intégration régionale, Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, P. 28.

LUCAZEAU (G), Constitution, Convention ou Traité - La « guerre des trois » aura-t-elle lieu ?, La Semaine Juridique Edition Générale n° 28, 12 Juillet 2010, 778.

MAHINGA (J-G), L'office du juge français en présence du droit étranger, Petites affiches, 28 décembre 2005 n° 258, P. 16.

MALINVAUD (P), Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, Dalloz 2002 p. 2542.

MALINVAUD (P), Le contrôle de la loi par le juge, Revue de droit immobilier 2011 p. 125.

MARAIS (A), Le Code européen des contrats : le Parlement n'a pas dit son dernier mot, Revue des contrats, 01 janvier 2009 n° 1, P. 229.

MARAIS (du) (B), Démontrer l'attractivité économique du droit français, Petites affiches, 28 septembre 2006 n° 194, P. 3.

MARAIS (du) (B), Diversité ordonnée des systèmes juridiques et dialogue des juges, Petites Affiches, 4 juin 2008 n° 112, p. 3.

MARGUENAUD (J-P), De quelques observations de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de cassation française, RTD Civ. 2000 p. 439.

MARGUENAUD (J-P), Quand la Cour de Strasbourg joue le rôle d'une Cour européenne des droits de la Femme : la question de l'avortement, RTD Civ. 2003 p. 371.

MARGUENAUD (J-P), L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux, (à propos de CEDH 12 novembre 2008, Demir et Baykara c/ Turquie), Recueil Dalloz 2009 p. 739.

MARKESINIS (B), Deux cents ans dans la vie d'un code célèbre, Réflexions historiques et comparatives à propos des projets européens, RTD Civ. 2004 p. 45.

MARON (A), HAAS (M), La Cour de cassation et le Conseil d'Etat sous tutelle ?, Droit pénal n° 11, Novembre 2010, comm. 127.

MARTIN (P-M), La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt Tadic, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 octobre 1995), Recueil Dalloz 1996 p. 157.

MASSE (M), Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal, RSC 2006 p. 755.

MATHIEU (B), La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg, JCP G n° 17, 26 Avril 2010, 464.

MATHIEU (B), La guerre des juges n'aura pas lieu, JCP A n° 22, 31 mai 2010, 2181.

MATHIEU (B), La Cour de cassation persiste dans son refus d'appliquer le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité, JCP G n° 27, 5 Juillet 2010, 764.

MATHIEU (B), La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC, JCP G n° 44, 1er Novembre 2010, 1071.

MATTEUCCI (M), L'évolution en matière d'unification du droit, RIDC 1952, vol. 13, n° 2, p. 285-291.

MAZEAUD (D), L'accès libre au droit grâce à internet : une nouvelle garantie de démocratie dans un nouvel espace de luttes d'influences, Petites Affiches, 29 septembre 2006 n° 194, p. 23.

MAZEAUD (D), Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet !, Recueil Dalloz 2008 p. 2675.

MAZEAUD (D), Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen..., RTDE 2008 p. 723.

MAZET (G), Les systèmes informatisés de documentation juridique : leur utilisation dans les recherches de droit étranger, comparé et international, RIDC 1986, n°2 pages 775-783

MCINTOSH-VARJABÉDIAN (F), Parallèles ou rapports de faits ? Voltaire/Lessing ou le secret des pièces levantines, Revue de littérature comparée 2001/2, N°298, p. 250-256.

MEHL (L), Informatique, juridique et droit comparé, RIDC 1968, n°4 page 627.

MEHREN (Von) (A. T), L'apport du droit comparé à la théorie et à la pratique de droit international privé, RIDC 1977, vol. 3, p. 493-500.

MOLFESSIS (N), La jurisprudence supra-constitutionem, JCP G n° 42, 18 Octobre 2010, 1039.

MONJAL (P-Y), La nouvelle donne du renvoi préjudiciel : entre coopération et sanction, Petites affiches, 05 août 1996 n° 94, P. 8.

MONOD (J), Le hasard et la nécessité, essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne, Ed. du Seuil, 1970, pp. 142-151.

MOORE (R), Le droit comparé aux Etats-Unis, RIDC 1994, vol. 3, p. 757-759.

MOUIAL-BASSILANA (E), Contrôle de la motivation des juges du fond dans l'application de la loi étrangère, L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 septembre 2010 n° 8, P. 6.

MOULY (J), MARGUENAUD (J-P), La chambre sociale de la Cour de cassation, pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France, JCP n° 50, 10 Décembre 2008, I 221.

MOURY (J), Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et jurisdiction,

RTD Civ. 2009 p. 665.

MUIR-WATT (H), La fonction subversive du droit comparé, RIDC 2000 Vol. 52, p. 503-527.

NOURISSAT (C), Question préjudicelle et question prioritaire de constitutionnalité : monologue de la Cour de cassation et de la Cour de justice, Procédures n° 10, Octobre 2010, comm. 345.

ONNO (J), Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?, Petites affiches, 23 novembre 2005 n° 233, P. 8.

PERDRIAU (A), La loi étrangère au regard du juge de cassation, Petites affiches, 06 juin 2002 n° 113, P. 7.

PFERSMANN (O), Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit, RIDC 2001, vol. 2, p. 275-288.

PFERSMANN (O), Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori, Petites affiches, 19 décembre 2008 n° 254, P. 103.

POCHET (P), Le dialogue social européen à la croisée des chemins, Reflets et perspectives de la vie économique 4/2003 (Tome XLII), p. 45-58.

PONTHOREAU (M-C), Trois interprétations de la globalisation juridique, approche critique des mutations du droit public, AJDA 2006 p. 20.

POTOCKI (A), La formation des juristes au droit communautaire, LGDJ, 1997. Page 50.

POTVIN-SOLIS (L), Le concept de dialogue entre les juges en Europe, in : Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Bruylant 2004, p. 19 et s.

Premier anniversaire de la QPC : bilan chiffré, JCP A n° 10, 7 Mars 2011, act. 187.

QUESTIAUX (N), La collaboration du juge administratif avec un juge international : quelques remarques sur l'application par le Conseil d'État français de l'article 177 du Traité de Rome, in: Mélanges en honneur du Professeur Michel STASSINOPoulos - Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. - p.387-395.

RAMONET (I), L'an 2000, Le Monde diplomatique, décembre 1999, page 1.

RAMONET (I), Les peurs de l'an 2000, Le Monde diplomatique, décembre 2000, page 1.

REMY (P), La part faite au juge, Pouvoirs n° 107 – Le Code civil – septembre 2003, p. 22-36.

RIESE (O), Une juridiction internationale pour l'interprétation du droit unifié, RIDC 1961, vol. 13, n° 4, p. 717-735.

ROUSSEAU (D), L'exception d'inconstitutionnalité : un chantier difficile, La question préjudiciale de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 20 septembre 0501 n° 3, P. 631.

ROUSSEAU (D), La question prioritaire de constitutionnalité validée, Gazette du Palais, 10 décembre 2009 n° 344, P. 4.

ROUSSEAU (D), La QPC se cherche !, Gazette du palais, 18 mai 2010 n° 138, p. 13.

SALAZAR ORVIG (A), GROSSEN (M), Le dialogisme dans l'entretien clinique, Maison des sciences de l'homme, langage & société, 2008/1 - n° 123, pages 37 à 52.

SARFATTI (M), Le droit comparé en fonction de l'unification du droit, RIDC 1951 vol. 3, p. 69-74.

SAUVAGEOT (A), BRANQUART (S), COMPERE (C), ESTEBENET (J-P), MARINESQUE (D), PAGANELLE (L), SAINT-PIERRE (J), GROSSETTI (M), L'usage d'internet par les chercheurs toulousains, Flux, vol. 12 n°24, pages 35-49.

SCHMIDT (D), Vers l'émergence d'un droit mondial ?, Petites affiches, 13 juillet 2000 n° 139, P. 10.

SIMON (D), Les « sommets juridictionnels » : un moment fort du « dialogue des juges » ?, Europe n° 3, Mars 2011, repère 3.

SIMON (D), RIGAUX (A), Solange, le mot magique du dialogue des juges..., JCP A n° 27, 5 juillet 2010, act. 538.

SIMON (D), RIGAUX (A), La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2010 p. 63.

SIMON (D), RIGAUX (A), *Perseverare autem diabolicum ?* - La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité..., Europe n° 8, Août 2010, repère 8.

S. O. L'E LASSEUR (de) (M), *Judicial discourse in the french legal system*, The Yale law journal, 1995, vol. 104, p. 1325-1410.

SONNENBERGER (H J), L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont elles nécessaires ?, Revue droit international privé 2002, p. 405.

SOULARD (C), L'application du droit communautaire par la chambre criminelle de la Cour de cassation, Gazette du Palais, 23 novembre 2000 n° 328, P. 28.

STAIKOS (A), Un dialogue gourmand, La pensée du midi, N° 11, p. 55-63.

STAUDENMAYER (D), Un instrument optionnel en droit européen des contrats ?, RTD Civ. 2003 p. 629.

STIRN (B), QPC - Six mois et déjà un nom, JCP G n° 38, 20 Septembre 2010, 933.

STOFFEL (W. A), Les professions juridiques et le droit comparé en Suisse, RIDC 1994, vol. 3, p. 761-773.

TALLON (D), Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ?, Répertoire du notariat Defrénois, 15 juin 2000 n° 11, P. 683.

TAYLOR Von MEHREN (A), L'apport du droit comparé à la théorie et à la pratique du droit international privé, RIDC 1977, n° 3 p. 493-500.

TELLIER-CAYROL (V), La question prioritaire de constitutionnalité, une voie de recours interne ?, AJ Pénal 2011 p. 25.

TESTU (F-X), Les glossateurs, regards d'un civiliste, RTD Civ. 1993 p. 279.

TEXIER (S-L), De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil, 2011 p. 116.

THANH KHÖL (L), l'éducation en l'an 2000, Tiers-Monde, 1972, p. 7-16.

TRICOT (D), Quels processus d'harmonisation ? L'harmonisation par les juges, Gazette du Palais, 21 août 2008 n° 234, P. 19.

VARAUT (J-M), Ce que plaider veut dire, Gazette du Palais, 09 mars 2000 n° 69, P. 10.

VERPEAUX (M), La question préjudiciale de constitutionnalité et le projet de loi organique, AJDA 2009 p. 1474.

VERPEAUX (M), Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2011 p. 13.

WIELAND (C), *Rechtsquellen und weltrecht*, in Recueil sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, III, p. 473.

WITZ (C), La quête de l'universalisme dans l'interprétation, Petites affiches, 18 décembre 2003 n° 252, P. 54.

WITZ (C), Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, juillet 2006 - décembre 2007, Dalloz 2008, p. 2620.

WITZ (C), Le redoutable délai-butoir de deux ans consacré par la Convention de Vienne, Dalloz 2009, p. 1568.

WITZ (C), Un double éclairage sur le délai butoir de deux ans consacré par la Convention de Vienne, Dalloz 2009, p. 2907.

WITZ (C), Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, janvier 2008 - novembre 2009, Dalloz 2010 p. 921.

YOLKA (P), Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand, JCP A n° 11, 14 Mars 2011, act. 190.

ZAMPINI (F), La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits

fondamentaux « dans le cadre du droit communautaire », RTDE 1999, p. 659.

ZENATI (F), La saisine pour avis de la Cour de cassation, Dalloz 1992, p. 247.

ZENATI (F), L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, Dalloz 2002, p. 15.

ZOLLER (E), Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats Unis sur les droits fondamentaux, Petites Affiches, 4 juin 2004 n° 112, p. 26.

ZWEIGERT (K), *Rechtsvergleichung als universale interpretationsmethode*, in ZaiPR 1949-1950, p. 5 et s.

INDEX DES MATIERES

A

AHJUCAF, 95, 96, 98, 127
auditoire universel, 162, 374, 380, 381, 382, 405,
414, 418

C

Cherry picking, 345
citation de jurisprudence, 27, 29, 30, 31, 160, 379,
380, 382, 383, 384, 385, 386, 388, 389, 390, 391,
392, 394, 395, 404, 405, 407
Code civil, 25, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 83, 227, 228,
265, 266, 268, 313, 351, 352, 353, 364, 369, 383,
415, 417, 419, 421, 422, 423, 426
commerce des juges, 20, 390
Common law, 26, 70, 71, 72, 87, 112, 389, 390, 393,
397, 404, 413
communiqués, 135, 145, 146, 147, 148, 149, 150,
153, 157, 162, 164, 420
conflit de lois, 39, 48, 49, 55, 71, 249
Conseil constitutionnel, 28, 30, 117, 119, 122, 274,
275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284,
285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294, 295,
296, 297, 298, 299, 301, 304, 306, 308, 309, 310,
316, 317, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 408, 416,
418, 419, 420, 422, 423, 427, 428
Conseil d'Etat, 2, 12, 16, 19, 20, 30, 117, 122, 127,
166, 222, 227, 255, 274, 275, 276, 277, 278, 279,
280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290,
291, 293, 295, 298, 299, 301, 303, 304, 309, 310,
314, 315, 322, 323, 324, 408, 415, 417, 424
Constitution, 94, 176, 265, 278, 279, 281, 282, 285,
287, 289, 290, 291, 292, 294, 297, 302, 303, 305,

308, 317, 318, 319, 320, 424

construction européenne, 25, 63, 72, 73, 74, 76, 82,
83, 86, 106, 131
conversation, 6, 7, 8, 14, 20, 390
coopération, 25, 85, 94, 95, 98, 99, 101, 102, 104,
105, 111, 112, 113, 124, 167, 168, 175, 180, 182,
188, 189, 190, 191, 193, 212, 216, 336, 417, 418,
425

D

discours, 3, 6, 25, 69, 87, 98, 102, 142, 154, 155, 159,
162, 222, 371, 376, 380, 381, 382, 384, 385, 386,
387

E

Etat de droit, 94, 96, 308, 315, 316, 318, 319, 323
Europe, 8, 16, 24, 26, 57, 58, 74, 76, 78, 82, 83, 84,
89, 111, 112, 134, 166, 167, 175, 176, 182, 189,
205, 209, 211, 215, 216, 239, 252, 253, 261, 299,
317, 325, 351, 353, 412, 413, 423, 426, 427

F

frontières, 18, 25, 61, 83, 88, 98, 104, 169, 227, 272,
295, 297, 298, 377, 392

I

imperium, 374, 375, 376, 377, 405
informatique, 35, 85, 87, 112, 113, 114, 115, 116,
118, 120, 125, 129, 130, 131, 133, 224, 414
intranet, 43, 125, 126, 129, 399

J

juges du fond, 19, 21, 23, 24, 41, 43, 45, 55, 101, 126, 172, 178, 201, 202, 221, 250, 273, 284, 286, 287, 289, 290, 291, 301, 307, 314, 366, 369, 371, 396, 425
jurisdictio, 374, 375, 376, 377, 392, 405, 425

L

langage, 2, 3, 4, 7, 17, 427
loi étrangère, 35, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 64, 68, 83, 138, 150, 396, 423, 425, 426

M

Ministère de la justice, 95, 123, 126, 306, 401, 409, 410
mondialisation, 5, 17, 85, 92, 93, 95, 312, 315, 316, 328, 329, 330, 333, 334, 335, 336, 338, 339, 341,

342, 345, 347, 349, 370, 375, 377, 407, 408, 414, 415, 418, 419, 420

monologue, 230, 231, 426

R

réseaux, 27, 84, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 113, 114, 126, 128, 129, 130, 150, 262

S

science comparative, 31, 36, 46, 60, 61, 65, 66, 69, 71, 82, 83, 131, 142, 155, 159, 160, 164, 339, 370, 401

sécurité juridique, 24, 96, 197, 252, 345

V

veille juridique, 400, 402, 404

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations	1
SOMMAIRE.....	7
Introduction	1
I-LE DIALOGUE, LIEU COMMUN IMMANENT A LA MATIERE JURIDIQUE.....	5
A. Recherches rudimentaires sur le dialogue	5
B. Le dialogue transcendant la matière juridique	9
1) Les formes de dialogue dans le droit	9
2) Le terme « dialogue » et le droit	11
II-LE DIALOGUE DES JUGES, UNE REALITE AUX MULTIPLES FACETTES	14
A. L'appréhension du dialogue des juges par les juristes	15
1) La recherche d'une définition du dialogue des juges.....	15
2) Les caractéristiques du dialogue des juges.....	18
B. Les diverses formes de dialogue des juges	19
III-LE DIALOGUE DES JUGES, LA COUR DE CASSATION ET LE XXIEME SIECLE	22
A. Changements de perspectives à la Cour de cassation.....	22
1) Le renforcement de la Cour de cassation dans son rôle de cour suprême.....	23
2) L'ouverture de la Cour de cassation sur l'extérieur	25
B. La Cour de cassation au cœur du dialogue des juges	27
1) La Cour de cassation comme centre gravitationnel	28
2) La jurisprudence, matériau premier de l'étude	29
PARTIE 1 : AUX SOUBASSEMENTS DE L'INFLUENCE CROISEE DES JURISPRUDENCES.....	33
TITRE 1 : LES PREMICES D'UN DIALOGUE DES JUGES.....	35
<i>Chapitre 1 : L'approche historique de l'utilisation du droit comparé par le juge</i>	<i>37</i>
Section 1 : Le droit comparé transcendant la fonction judiciaire	38
§1) L' « apathie » du juge judiciaire aux droits étrangers.....	39
A. L'absence d'utilisation spontanée du droit étranger	39
1) L'absence dans les décisions de la Cour de cassation.....	40

2)	L'absence dans les travaux préalables.....	42
B.	La rencontre du droit étranger à travers le droit international privé	46
1)	Droit international privé, droit étranger et droit comparé.....	46
2)	Les exemples de rencontre d'un droit étranger	49
	§ 2 : Les raisons de l'apathie du juge aux droits étrangers.....	52
A.	Le respect de l'application de la loi par le juge.....	52
1)	« L'omnipotence » du législateur.....	53
2)	Le statut de la loi étrangère	55
B.	L'application de la loi à un vaste Empire.....	56
1)	L'histoire napoléonienne.....	56
2)	L'impact des conquêtes napoléoniennes dans la jurisprudence	58
	Section 2: Le droit comparé devenu intrinsèque à la fonction judiciaire	63
§1) Le développement du droit comparé en France	64	
A.	L'évolution du droit comparé	64
1)	L'histoire du droit comparé.....	65
2)	La fonction originelle du droit comparé	67
B.	Le droit comparé au service des praticiens.....	68
§2) La construction européenne, gage d'ouverture sur les autres droits.....	73	
A.	La naissance d'un ordre propice à la comparaison.....	73
1)	Les débuts de la construction européenne	74
2)	Les premières traces du droit communautaire dans le droit français.....	76
B.	Le juge français face à une jurisprudence extérieure	79
	<i>Chapitre 2 : Les vecteurs de rationalisation du dialogue des juges</i>	84
	Section 1 : l'activité internationale de la Cour de cassation	88
§1) Une activité internationale à plusieurs facettes	90	
A.	L'appartenance de la Cour de cassation à des réseaux.....	91
1)	L'origine des réseaux de juridictions.....	92
2)	Les réseaux en question	95
B.	Le rôle des magistrats	99
1)	Le rôle des magistrats dans l'activité internationale	100
2)	Les magistrats de liaison.....	104
§2) Une activité à répercussion sur la formation des magistrats.....	106	
A.	La formation des juristes à l'aune de la construction européenne	106
1)	Le droit comparé et le droit communautaire à l'Université	107
2)	Les magistrats face au droit communautaire	109
B.	Une formation actuelle cosmopolite.....	110
	Section 2: La part de l'outil informatique dans la rationalisation du dialogue des juges	114
§1) L'apparition de l'informatique dans les juridictions	115	
A.	L'introduction de l'informatique dans les juridictions.....	115
B.	L'arrivée de l'Internet dans les juridictions.....	118

§2) La circulation de la jurisprudence par internet.....	121
A. Les décisions de justice en ligne	121
B. La circulation interne des décisions de justice.....	125
TITRE 2 : LES MANIFESTATIONS NAISSANTES DU DIALOGUE DES JUGES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION	133
<i>Chapitre 1 : La mobilisation du droit étranger par la Cour de cassation</i>	135
Section 1 : Les manifestations concrètes des références au droit étranger	137
§1) Un tour d'horizon des droits étrangers mobilisés	138
A. Les sources de droit étranger invoquées	138
B. L'origine des sources invoquées.....	142
§2) La nouvelle perspective des droits étrangers mobilisés.....	145
A. La mobilisation du droit étranger à travers les communiqués	145
1) L'évolution des communiqués de la Cour de cassation	146
2) Les traces d'une influence étrangère dans les communiqués.....	148
B. La jurisprudence étrangère comme source première d'inspiration	150
Section 2 : L'impact des références au droit étranger	152
§1) L'impact relatif du droit étranger quant à la décision retenue	153
A. La démarche volontariste de la Cour de cassation.....	153
B. La démarche classique des magistrats.....	156
§2) Une amorce sur la façon d'appréhender la décision de justice	159
A. La science comparative dans l'élaboration de la décision	159
B. La tendance aux décisions à caractère universelle.....	161
<i>Chapitre 2 : Les rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne avec la Cour de cassation</i>	166
Section 1 : La Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne.....	168
§1) Les arrêts communautaires dans la jurisprudence de la Cour de cassation.....	170
A. Les arrêts communautaires dans les travaux préalables	171
1) L'application-soumission des arrêts communautaires	171
2) Le juge français, juge communautaire de droit commun	174
B. Les arrêts communautaires dans les décisions.....	176
1) Les références explicites aux arrêts communautaires	177
2) La question de la nature de la procédure préjudiciale	179
§2) La jurisprudence française dans les arrêts de la Cour de justice	184
A. La mobilisation éparses des arrêts de la Cour de cassation.	184
1) L'absence de la jurisprudence française dans les arrêts de la Cour de justice	185
2) La politique juridictionnelle de la France dans l'Union européenne.....	187
B. La spécificité du juge communautaire	189
Section 2 : La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme	195
§1) La mobilisation des arrêts européens par la Cour de cassation.....	196
A. La jurisprudence européenne dans les travaux préparatoires	197

B.	La jurisprudence européenne dans le corps des arrêts.....	199
§2)	La mobilisation de la jurisprudence française par la Cour européenne des droits de l'homme	204
A.	La mobilisation courante de la jurisprudence française.....	204
1)	Les décisions concernant l'Etat français	205
2)	L'absence de la France au litige	206
B.	La mobilisation attendue de la jurisprudence française	208
1)	La composition de la Cour européenne des droits de l'homme.....	209
2)	L'autorité de la Cour européenne sur le juge national	211
PARTIE 2 : L'IMPACT DU DIALOGUE DES JUGES SUR LA COUR DE CASSATION	221	
TITRE 1 : LA NOUVELLE PLACE DE LA COUR DE CASSATION SUR LA SCENE MONDIALE ET NATIONALE.....	224	
<i>Chapitre 1 : Le rayonnement de la Cour de cassation dans le monde</i>	227	
Section 1 : Les rapports verticaux entre la Cour de cassation et le juge international	230	
§1) L'influence timide de la Cour de cassation sur le juge international : l'exemple du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.....	232	
A.	Les cas de mobilisation de la jurisprudence française par le juge du TPIY	232
1)	Les formes diverses des références à la jurisprudence française.....	233
2)	L'analyse au fond des références à la jurisprudence française	236
B.	La mobilisation timide de la jurisprudence française par le TPIY.....	238
§2) L'ascendance de la Cour internationale de justice sur la Cour de cassation	240	
A.	L'absence de mobilisation de la jurisprudence française.....	240
1)	Une absence non justifiée quant au droit	241
2)	Une absence justifiée dans les faits	242
B.	La mobilisation de la jurisprudence internationale par la Cour de cassation	243
Section 2 : Les rapports horizontaux entre la Cour de cassation et les autres juridictions nationales dans le monde	247	
§1) La mobilisation attendue de la jurisprudence française	248	
A.	Les cas attendus de mobilisation de la jurisprudence française	248
1)	Les références liées à l'application du droit international.....	249
2)	Les références liées à l'application du droit européen et de l'Union	252
B.	Les formes diverses de références à la Cour de cassation	254
§2) La mobilisation spontanée de la jurisprudence française	257	
A.	La jurisprudence française comme élément de comparaison	257
1)	Les manifestations de la mobilisation de la jurisprudence française.....	258
2)	La jurisprudence continentale et anglo-saxonne : concurrence ou collaboration ?	260
B.	La force argumentative des décisions françaises	263
1)	La jurisprudence française comme argument informatif	264
2)	La jurisprudence française comme argument de persuasion.....	267

<i>Chapitre 2 : Le renforcement du dialogue des juges internes : l'exemple de la question prioritaire de constitutionnalité</i>	273
Section 1 : Une forme de dialogue des juges institutionnalisé	275
§1) Un dialogue des juges internes déjà existant	276
A. L'existence d'un dialogue interne spontané	276
1) La jurisprudence administrative et constitutionnelle mobilisée par la Cour de cassation	
277	
2) La jurisprudence judiciaire mobilisée par le juge administratif et constitutionnel	280
B. L'existence d'un dialogue quasi-formel	283
§2) La question prioritaire de constitutionnalité, un dialogue à deux niveaux	287
A. Le dialogue des juges d'ordre procédural.....	288
1) Une procédure d'échanges entre les juges	288
2) Un dialogue des juges écrit	293
B. Le dialogue des juges parallèle à la question prioritaire de constitutionnalité.....	295
1) La doctrine, témoin du dialogue des juges transcendant la question prioritaire de constitutionnalité	296
2) Un dialogue des juges au-delà du droit interne	298
Section 2 : Une redéfinition de la place de la Cour de cassation en droit interne	302
§1) L'évolution de la Cour de cassation dans son pouvoir juridictionnel	303
A. La Cour de cassation, juge constitutionnel à part entière.....	303
1) L'opportunité du contrôle de constitutionnalité.....	304
2) La formation des magistrats à la question prioritaire de constitutionnalité	305
B. Le droit constitutionnel intégré à la pratique judiciaire.....	306
1) Le nouveau quotidien des prétoires	307
2) Les conséquences de la question prioritaire sur le dialogue des juges.....	309
§2) La Cour de cassation dans ses nouveaux rapports avec le législateur	312
A. La redéfinition des rapports entre le juge et le pouvoir législatif	312
1) Les suites de l'évolution du statut du juge sur le législateur	313
2) La « montée en puissance des juges ».....	315
B. Les conséquences des nouveaux rapports entre le juge et le législateur	318
1) Une meilleure qualité de la justice	318
2) L'autorité indirecte du pouvoir exécutif	320
TITRE 2 : LE DIALOGUE DES JUGES, UN NOUVEL INSTRUMENT AU SERVICE DES MAGISTRATS.....	327
<i>Chapitre 1 : Les perspectives du dialogue des juges dans la mondialisation</i>	329
Section 1 : Le rôle du dialogue des juges dans la mondialisation du droit	333
§1) Le dialogue des juges, instrument d'unification du droit.....	334
A. Vers un droit global ?	334
1) Retour sur les notions de droit global, droit universel et droit unifié	335
2) La part du dialogue des juges dans l'existence d'un droit global	338
B. Le dialogue des juges dans l'unification de certains droits	341

§2) Le dialogue des juges, substitut à l'uniformisation du droit	344
A. Les inconvénients liés au dialogue des juges	344
B. Les avantages liés au dialogue des juges	347
Section 2 : Le dialogue des juges, outil de pérennisation d'un droit harmonisé : l'exemple du droit européen des contrats.....	350
§1) Etat des lieux de l'harmonisation de la matière contractuelle en Europe	351
A. Un Code européen des contrats, projet d'hier	352
B. Le projet de Cadre Commun de Référence	354
§2) L'apport du dialogue des juges dans l'application du droit européen des contrats	359
A. Le dialogue des juges en fonction de la contrainte imposée par l'instrument	360
1) Le dialogue des juges et l'instrument européen peu contraignant.....	360
2) Le dialogue des juges et l'instrument européen peu contraignant	363
B. La CIVM : un exemple de dialogue des juges réussi	365
<i>Chapitre 2 : La part du dialogue des juges dans l'étude de la rhétorique juridique</i>	371
Section 1 : L'apport théorique du dialogue des juges à la rhétorique juridique.....	373
§1) La reconsideration de la raison judiciaire	374
A. La rationalisation des décisions de justice	374
1) La séparation de la <i>jurisdictio</i> et de l' <i>imperium</i>	375
2) L'amélioration de la qualité des décisions de justice	378
B. La réalisation de l' <i>auditoire universel</i>	380
§2) La place de la jurisprudence étrangère dans l'argumentation juridique.....	384
A. La nature de la citation de jurisprudence étrangère	384
1) La citation de jurisprudence étrangère, argument de recadrage du réel	385
2) Le lien entre l'accord obtenu et l'opinion proposée	387
B. La fonction de la citation de jurisprudence étrangère	389
Section 2 : L'apport effectif du dialogue des juges en France	393
§1) Le dialogue des juges encore à l'état savant.....	394
A. La citation de jurisprudence étrangère	394
B. Le dialogue des juges en marge de la décision	397
§2) L'étape transitoire avant le dialogue des juges effectif.....	400
A. Le dialogue des juges passant par le dialogue des sources.....	400
B. Un rôle plus actif des veilles juridiques	402
<i>Conclusion</i>	409
<i>BIBLIOGRAPHIE.....</i>	412
<i>INDEX DES MATIERES</i>	431
<i>TABLE DES MATIERES</i>	433

