



Chapitre de livre

2012

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen

Hertig Randall, Maya

How to cite

HERTIG RANDALL, Maya. Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen. In: Genève au confluent du droit interne et du droit international : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012. François Bellanger ; Jacques de Werra (Ed.). Zürich : Schulthess, 2012. p. 19–59. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23324>

Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen

MAYA HERTIG RANDALL

*Professeure au département de droit public de l'Université de Genève,
avocate, LL.M. (Cambridge)**

« [...] il ne doit y avoir ni gouvernement des juges ni guerre des juges.
Il doit y avoir place pour le dialogue des juges »¹.

I. Introduction

En tant que science argumentative, le droit est par essence dialogique. Le discours imprègne dans une démocratie libérale tant la production que l'application des normes : comme le soulignent les adhérents de la démocratie délibérative, le débat public est une condition indispensable pour la légitimité du processus législatif. Dans les procédures judiciaires, les diverses composantes du droit d'être entendu, et la publicité des débats, visent à garantir un espace à l'argumentation entre les parties et les juges, d'une part, et au sein des différents membres de l'instance judiciaire, d'autre part². Par la motivation des jugements, les juridictions de recours n'entament-elles pas de plus un dialogue avec les juridictions inférieures ? Pourquoi donc cette passion récente³ pour le dialogue des juges ? En effet, le nombre d'études consacrées à ce sujet dans le monde anglo-saxon⁴ ainsi qu'en France et Belgique⁵ est impressionnant.

* L'auteure remercie chaleureusement TRISTAN ZIMMERMANN, doctorant et assistant au département de droit public de l'Université de Genève, de sa précieuse relecture et des corrections stylistiques et grammaticales.

¹ GENEVOIS BRUNO, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn Bendit*, D. 1979, 155.

² Dans ce sens aussi GRABARCZYK KATARZYNA, « Dialogue des juges : éléments d'analyse. Propos introductifs », in : SUDRE FRÉDÉRIC (dir.), *Le dialogue des juges*, Cahiers de l'IDEDH n° 11, 2007, p. 10 ss, 14, qui relève que « tout jugement [...] relève de l'argumentation » ; dans ce sens aussi FRYDMAN BENOÎT, « Conclusion : Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in : *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice n° 9, Bruxelles, 2007, p. 147 ss, 148.

³ La nature récente du concept du dialogue des juges est soulignée par ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et pratique un couple juridiquement inséparable », in : *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, 2009, p. 11 ss, p. 13.

⁴ SLAUGHTER ANNE-MARIE, *A New World Order*, Princeton, 2004, p. 65 ss ; *Id.*, « A Global Community of Courts », 44(1) *Harvard International Law Journal* 2003, p. 191 ss ; MCCRUDDEN CHRISTOPHER, « A Common Law of Human Rights ? : Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », 20(4) *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, p. 499 ss ; JACKSON VICKY, « Comparative Constitutional

Selon les adeptes de cette métaphore, le dialogue des juges exprime quelque chose de nouveau : il est appréhendé non simplement « comme un sujet de sociologie judiciaire », mais « véritablement comme une manière de dire le droit, de le découvrir ou de le fabriquer »⁶. Dans le même ordre d'idée, François OST propose un nouveau modèle de la fonction judiciaire, qu'il dénomme le « juge Hermès », le juge communicateur⁷. Cette description du rôle du juge est selon OST plus adéquate que deux autres modèles concurrents : celui du « juge jupitérien » et celui du « juge Hercule ».

Selon la vision jupitérienne, appelée par OST aussi le modèle de la pyramide ou du code, la légitimité du juge dérive essentiellement de celle du législateur. Employant principalement un raisonnement déductif, le juge est le garant de la légalité. Sa fonction consiste à appliquer les lois aux cas particuliers et à contrôler la conformité des normes à celles qui leur sont supérieures dans l'ordonnement pyramidal de l'ordre juridique.

Inspiré par la critique du réalisme américain, le modèle herculéen souligne l'inadéquation d'une vision du juge « comme bouche de la loi », et lui

Federalism and Transnational Judicial Discourse », 2(1) *International Journal of Constitutional Law* 2004, p. 91 ss ; BAHDY REEM, « Globalization of Judgment : Transjudicialism and the Five Faces of International Law in Domestic Courts », 34 *George Washington International Law Review* 2002, p. 555 ss ; LITTLEPAGE KELLEY, « Transnational Judicial Dialogue and Evolving Jurisprudence in the Process of European Legal Integration », 2011 *EUSA Papers*, http://euce.org/eusa/2011/papers/9b_littlepage.pdf (état au 13 octobre 2011) ; PAUNIO ELINA, « Conflict, power, and understanding – judicial dialogue between the ECJ and national courts », 7 *NoFo* 2010, p. 5 ss <http://www.helsinki.fi/nof/NoFo7Paunio.pdf> (état au 13 octobre 2011) ; ROSAS ALLAN, « The European Court of Justice in Context : Forms and Patterns of Judicial Dialogue », 1(2) *European Journal of Legal Studies* 2007, p. 1 ss ; KURBY MICHAEL, « Transnational Judicial Dialogue, Internationalisation of Law and Australian Judges », 9(1) *Melbourne Journal of International Law* 2008, p. 171 ss. Pour un point de vue critique, cf. LAW DAVID S., CHANG WEN-CHEN, « The Limits of Global Judicial Dialogue », 86 *Washington Law Review* 2011, p. 523 ss, aussi disponible à <http://www.ssrn.com/abstract=1798345> (état au 20 mars 2012).

⁵ LICHÈRE FRANÇOIS, POTVIN-SOLIS LAURENCE, RAYNOUARD ARNAUD (éd.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ? Actes de la journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de droit, économie et administration de l'Université de Metz*, Bruxelles, 2004 ; SUDRE FRÉDÉRIC (dir.), *Le dialogue des juges*, et GONZALEZ GÉRARD (dir.) *Les sources internationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Cahiers de l'IDEDH no 11, 2007, http://www.idedh.fr/IMG/pdf_pdf_Cahiers_IDEDH_11.pdf (état au 20 mars 2012) ; *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, 2009 ; *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice no. 9, Bruxelles, 2007 ; DE GOUTTES RÉGIS, « Le dialogue des juges », Colloque du Cinquantenaire du Conseil Constitutionnel, 3 novembre 2008, disponible à http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Colloques/de_gouttes_031108.pdf (état au 20 mars 2012). ALLARD JULIE, GARAPON ANTOINE, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, 2005 ; voir aussi les actes des séminaires annuels intitulés « Dialogue entre juges » qui marquent l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme ; les titres spécifiques des séminaires des années 2006 à 2011 sont disponibles à <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Seminar+documents/Dialogue+between+Judges/> (état au 20 mars 2012).

⁶ FRYDMAN (n. 2) p. 149.

⁷ OST FRANÇOIS, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in : BOURETZ PIERRE (dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Paris, 1991, p. 241 ss.

substitue une « position opposée, toute aussi réductrice »⁸. A la différence du modèle jupitérien, la place centrale revient aux faits, non à la loi. Reléguant l'importance des règles de droit au second plan, le modèle herculéen remplace la pyramide des normes, centrale pour le modèle jupitérien, avec l'entonnoir. Celui-ci exprime, de façon imagée, que la décision judiciaire est « le foyer exclusif de toute juridicité »⁹, la méthode du juge étant essentiellement inductive, axée sur le dossier. A l'inverse du modèle jupitérien, la mission première du juge herculéen n'est pas de veiller à la bonne application de la loi et d'assurer la cohérence de l'ordonnancement juridique, mais l'épuisante tâche de « proposer le plus judicieux règlement d'intérêts rivaux »¹⁰ au cas par cas. A la « transcendance de la loi »¹¹ se substitue une vision de la loi comme instrument souple et « variable de mesure »¹², qui permet de répondre à « la mouvance des intérêts en conflits »¹³. Hercule, l'infatigable ingénieur social, « s'astreint à d'épuisants travaux de justicier et finit par porter le monde sur ses bras tendus, reproduisant ainsi fidèlement l'image de l'entonnoir »¹⁴.

Aux deux modèles opposés du juge « jupitérien » et du brave Hercule surmené, OST propose de substituer la figure du « juge Hermès ». Ni ingénieur social, ni bouche fidèle de la loi, Hermès est essentiellement un médiateur, un messenger, qui agit comme intermédiaire dans un ordonnancement juridique qui prend la forme du réseau. Sans nier l'existence de toutes hiérarchies institutionnelles, ce modèle met en exergue l'enchevêtrement croissant des différents systèmes normatifs, dû à la prolifération de régimes internationaux, munis de leurs propres organes (quasi-)juridictionnels de contrôle¹⁵. A la différence des modèles jupitérien et herculéen, il ne place pas un seul acteur (juge ou législateur) au centre, mais part de l'idée que le sens des normes est déterminé par une pluralité d'interprètes. Reflet de ce pluralisme, de l'internationalisation et de la fragmentation du droit, la métaphore du dialogue des juges a été développée dans le contexte transnational¹⁶. Elle est utilisée pour décrire l'interaction et les rapports entre des tribunaux appartenant à des ordres juridiques différents.

⁸ OST (n. 7) p. 249.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ OST (n. 7) p. 254.

¹¹ *Id.* p. 243.

¹² *Id.* p. 253.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ OST (n. 7) p. 243.

¹⁵ *Id.* p. 257.

¹⁶ Ceci reflète parfaitement l'étymologie du mot dialogue, qui comprend l'idée d'un espace qui sépare les interlocuteurs : *dia* (à travers), *logos* (parole, discours) ; cf. POTVIN SOLIS (n. 5) p. 26, note de bas de page 12.

Certaines études consacrées au dialogue des juges se concentrent sur le dialogue volontaire ou spontané¹⁷, désignant le « chassé-croisé des références à des décisions de justice "externes" »¹⁸. En d'autres termes, elles analysent dans quelle mesure des juridictions internationales ou nationales citent la jurisprudence de tribunaux en dehors de toute relation institutionnelle et sans que le recours au droit comparé soit fondé sur une obligation juridique. Tel est le cas, par exemple, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH)¹⁹ se réfère, comme dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*²⁰, à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle canadienne²¹, ou lorsque la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud examine la jurisprudence de la Cour EDH, ainsi que les arrêts de plusieurs cours suprêmes (y compris celles de l'Inde, du Zimbabwe, de Hongrie, et des Etats-Unis) avant de conclure que la peine de mort est inconstitutionnelle²².

Notre contribution ne sera pas consacrée au dialogue spontané. Vouée à l'étude des rapports entre le juge suisse et la Cour européenne des droits de l'homme, elle portera sur une forme de dialogue institutionnalisé, qui « arbore l'allure de la verticalité »²³. En effet, dans la mesure où la juridiction de la Cour est obligatoire, les règles conventionnelles déterminent le cadre de la discussion²⁴. Avant d'examiner les différentes manifestations du dialogue entre le juge helvétique et le juge européen (IV), notre étude précisera la notion (II) et les fonctions (III) du dialogue des juges.

II. La notion du dialogue des juges

Aux fins de la présente contribution, nous entendrons par dialogue des juges le « procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition

¹⁷ BURGORGUE-LARSEN LAURENCE, « De l'internationalisation du dialogue des juges. Missive doctrinale à l'attention de Bruno Genevois », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 94 ss, 99.

¹⁸ BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 99.

¹⁹ Egalement « la Cour » ou « le juge européen ».

²⁰ ACEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, 29 avril 2002, Rec. 2002-III.

²¹ *Pretty c. Royaume-Uni* (n. 20), par. 49 et 57.

²² *The State v. T. Makwanyane an M. Mchunu*, 6 juin 1995, 1995 (3) SA 391 (CC).

²³ BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 98.

²⁴ Une troisième forme de dialogue des juges, celui entre le juge helvétique et la Cour de Justice de l'Union européenne, ne sera pas traitée dans le cadre de cette étude. En effet, l'Accord de libre circulation des personnes conclu entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP) prévoit à son article 16 par. 2 que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne antérieure à la date de signature de l'Accord doit être prise en compte lors de l'interprétation des notions de droit communautaire contenu dans l'ALCP. Comme l'alignement sur la jurisprudence européenne pertinente est obligatoire, le dialogue entre le juge helvétique et la Cour de Luxembourg n'est pas spontané ou volontaire. Etant donné que ni les justiciables, ni les tribunaux helvétiques ne peuvent saisir la Cour de Justice de l'Union européenne, le dialogue n'est pas non plus institutionnalisé, ce qui le distingue du dialogue entre le juge helvétique et la Cour de Strasbourg, d'une part, et de celui entre les juridictions des Etats membres de l'Union européenne et la Cour de Luxembourg, d'autre part.

conventionnelle »²⁵ avec son homologue européen. Cette définition exprime une vision du dialogue qui est à la fois plus étroite et plus large que d'autres conceptions avancées par la doctrine.

D'une part, le terme discussion suppose un échange d'arguments²⁶. Contrairement à la conception de WACHSMANN, selon lequel le monologue fait également partie du dialogue²⁷, nous considérons que ces deux termes décrivent deux formes différentes, voir opposées, de discours. Pour qu'on puisse parler de dialogue, il faut que le discours ne soit pas à sens unique. Tant le juge européen que le juge national doit pouvoir avancer des arguments au sujet de la signification d'une disposition conventionnelle. Pour qu'on ne soit pas en présence de deux monologues parallèles, il faut de plus que chacun des interlocuteurs prenne en compte et réagisse aux arguments de l'autre. Il découle de cette vision du dialogue que tant la discorde que la concorde en font partie.

D'autre part, notre conception du dialogue est plus large que celle retenue par d'autres auteurs, par le fait qu'elle n'est pas limitée à une discussion qui satisfait aux conditions découlant d'une « situation de discours idéale » dans le sens de HABERMAS²⁸. Utilisé d'une façon descriptive, et non normative, le concept de dialogue ne se réfère pas uniquement à un échange « sincère, ouvert, équilibré, dépassionné, et dépourvu de visées hégémoniques »²⁹. Il englobe aussi des luttes de pouvoir³⁰, le recours à l'émotion, et à des stratégies de manipulation. Alors que le dialogue exclut un lien de subordination totale entre les interlocuteurs – « on ne discute et négocie qu'avec qui on reconnaît comme partenaire possible »³¹ – une parfaite égalité n'est pas non plus requise. Cette condition rendrait toute idée de dialogue entre le juge national et le juge européen *a priori* illusoire. Le cadre institutionnel du débat ainsi que la mission du juge européen exclut à notre sens une relation de parfaite égalité des interlocuteurs. Ayant pour mission de veiller au respect des garanties conventionnelles par les autorités des Etats parties (y compris les organes judiciaires) ainsi que de contribuer à la réalisation d'une « union plus

²⁵ GRABARCZYK (n. 2) p. 21.

²⁶ POTVIN-SOLIS LAURENCE, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYMOUARD (n. 5) p. 18 ss, 19.

²⁷ Voir le commentaire de WACHSMANN PATRICK, in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYMOUARD (n. 5) p. 17.

²⁸ Cf. HABERMAS JÜRGEN, *Droit et démocratie : entre faits et normes* (trad. ROCHLITZ RAINER, BOUCHINDHOMME CHRISTIAN), Paris, 2006.

²⁹ BONICHET JEAN-CLAUDE, « Le juge administratif et l'Europe », *Justice & cassation* 2006, p. 124, cité dans GRABARCZYK (n. 2) p. 21-22 ; pour une vision normative semblable du dialogue, voir aussi GARDIES JEAN-LOUIS, « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », 29 *Archives de philosophie du droit* 1984, p. 169 ss, 169.

³⁰ Cf. PAUNIO (n. 4).

³¹ WACHSMANN PATRICK, « Le dialogue au lieu de la guerre », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 1121 ss, 1122.

étroite »³² entre les membres du Conseil de l'Europe, fondée sur une « conception commune [...] des droits de l'homme »³³, la Cour EDH est l'interprète privilégié de la Convention³⁴. Entre la subordination totale du juge national au juge européen, qui exclut le dialogue, et la parfaite égalité entre les interlocuteurs, qui est un idéal inadapté pour le dialogue institutionnalisé, le dialogue entre le juge européen et le juge national s'inscrit dans une « semi-verticalité »³⁵ ; contrairement aux décisions de la plupart des juridictions suprêmes nationales, les arrêts de la Cour EDH sont, bien qu'également obligatoires³⁶, dépourvus d'effet cassatoire et de force exécutoire³⁷. La nature déclaratoire des jugements européens a comme corollaire le principe de la liberté du choix des moyens ; il appartient aux autorités nationales de tirer la conséquence d'un constat de violation prononcé au niveau européen et de choisir les mesures appropriées pour établir un état conforme à la Convention. Par contre, la nature obligatoire tant de la juridiction de la Cour que de ses arrêts, la qualité conférée aux particuliers de saisir directement les juges de Strasbourg³⁸, ainsi que la grande autorité des arrêts européens ont eu pour conséquence que la Cour remplit une fonction très proche d'une juridiction constitutionnelle, agissant *de facto* « comme un quatrième niveau de jurisprudence »³⁹ dont les décisions s'imposent au juge national. Ceci distingue le contentieux européen des droits de l'homme des mécanismes classiques des règlements de différends connus en droit international, et lui confère une forte effectivité. Selon que l'on prend comme référence la « verticalité » de l'ordre juridique national, ou la nature « horizontale » du droit international classique, la « semi-verticalité » qui caractérise les rapports entre le juge européen et le juge national est perçu comme reflétant une effectivité soit excessive, soit insuffisante, du juge européen par rapport à son homologue national. Ces

³² Préambule CEDH.

³³ *Ibid.*

³⁴ Dans ce sens, cf. JACQUEMOT FLORENCE, « La clôture du dialogue des juges », in : SUDRE (n. 5) p. 248 ss, 248-251 ; voir les conclusions de BRUNO GENEVOIS dans l'affaire *Cohn-Bendit* (n. 1) p. 166 : « Ce serait manquer singulièrement de déférence à l'égard du juge communautaire qui, de par le traité de Rome, a pour mission de veiller à une application uniforme du droit communautaire sur le territoire des pays membres de la Communauté que d'interpréter le traité dans un sens qui va directement à l'encontre d'une jurisprudence bien établie de la CJCE ».

³⁵ Ce terme est emprunté à ROSAS (n. 4) p. 8.

³⁶ Art. 46, par. 1 CEDH.

³⁷ Pour des études concernant les effets des arrêts de la Cour européenne et leur exécution, voir p.ex. LAMBERT ABDELGAWAD ELISABETH, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Strasbourg, 2008 ; RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bâle/Paris/Bruxelles, 2009 ; BESSON SAMANTHA, « Les effets de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse », in : BREITENMOSER/EHRENZELLER (éd.), *La CEDH et la Suisse*, St.-Gall, 2010, p. 125 ss.

³⁸ Art. 34 CEDH.

³⁹ BELDA BÉATRICE, « Les faux-semblants du dialogue des juges », in : SUDRE (n. 5) p. 223 ss, 239.

préoccupations diverses sont reflétées dans les fonctions que le dialogue des juges est censé remplir.

III. Les fonctions du dialogue des juges

La métaphore du dialogue des juges est utilisée à des fins tant normatives (A) que descriptives (B)⁴⁰.

A. Les fonctions normatives

Employé dans un sens normatif, le dialogue entre juges répond avant tout à un souci de trouver un juste équilibre entre le pouvoir du juge européen et celui des juges nationaux, entre l'aspiration universelle des droits de l'homme et le respect des particularités nationales. Dans cet ordre d'idées, le dialogue a été décrit comme une voie médiane entre la guerre des juges et le gouvernement des juges⁴¹.

En tant qu'alternative à la guerre des juges, la métaphore du dialogue vise à dépasser « le verrouillage identitaire »⁴², le « nombrilisme national »⁴³ ou le « nationalisme méthodologique »⁴⁴. Elle répond à la préoccupation de sécurité juridique, visant à établir la cohérence entre le droit national et le droit européen des droits de l'homme⁴⁵. L'exhortation d'entamer un dialogue avec son interlocuteur s'adresse selon cette conception essentiellement au juge national. Elle l'incite à adopter une nouvelle vision de son rôle et de se concevoir non seulement comme gardien du droit national mais également comme « juge conventionnel de droit commun »⁴⁶. Les juridictions internes sont invitées à suivre, voire à anticiper, la jurisprudence européenne pour pleinement respecter le principe de subsidiarité. Dans un contexte où le

⁴⁰ La double fonction – tant normative que descriptive – du dialogue des juges est mise en exergue par BRUNET PIERRE, « Les juges européens au pays des valeurs », 2009, p. 12, disponible à http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20090608_brunet.pdf (état au 20 mars 2012).

⁴¹ POTVIN-SOLIS (n. 26) p. 42 se référant aux conclusions de Genevois (n. 1) p. 165; dans le même sens, cf. BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 113 ; FRYDMAN (n. 2) p. 149.

⁴² DUBOUT EDOUARD, TOUZÉ SÉBASTIEN, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in : *Id.* (ed.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, 2009, p. 11 ss, 34.

⁴³ VERDUSSEN MARC, « Un procès constitutionnel légitime », in : *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Paris, 2007, p. 473 ss, 485.

⁴⁴ BECK ULRICH, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, 2003, p. 105-106, cité dans FRYDMAN (n. 2) p. 149.

⁴⁵ Le souci de cohérence qui sous-tend la métaphore du dialogue des juges est mis en exergue par ROSAS (n. 4) p. 15 ; DELPÉRÉE FRANCIS, « La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional », in : *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, 2005, p. 59 ss, 62 et 70.

⁴⁶ BURGORGUE-LARSEN (n. 17) p. 100.

prétoire européen est engorgé par plus de 150'000 requêtes⁴⁷, il est insuffisant que le juge national tire les conséquences d'un constat de violation concernant son propre ordre juridique. Il est censé éviter des « condamnations » par la Cour de Strasbourg en faisant sienne toute interprétation de la Convention avancée par le juge européen, donc même celle qui découle d'arrêts rendus à l'encontre d'autres Etats. En d'autres termes, les adeptes du dialogue attendent du juge national qu'il coopère avec le juge européen en reconnaissant l'autorité de la chose interprétée des jugements de Strasbourg (ou leur effet *erga omnes*)⁴⁸.

Comprise comme alternative au gouvernement des juges, la métaphore du dialogue s'adresse en premier lieu au juge européen, l'enjoignant de prendre au sérieux les arguments avancés par les juridictions internes, voire même de modifier une jurisprudence qui se heurte à la critique au plan national. Selon cette conception, l'interprétation consensuelle, et la théorie de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, sont essentielles à la légitimité de la Cour EDH⁴⁹. Ces deux techniques visent, en effet, à assurer que la jurisprudence de Strasbourg tienne suffisamment compte de la diversité des pratiques au sein des Etats parties et évolue en fonction du consensus qui se dégage au niveau national. L'interprétation dynamique de la Convention ne doit pas conduire le juge européen à s'éloigner excessivement des convictions morales et juridiques dominantes dans les 47 Etats membres du Conseil de

⁴⁷ Voir les statistiques disponibles à <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/> (état au 20 mars 2012).

⁴⁸ Vu la charge de travail de la Cour, il n'est pas étonnant que la Déclaration d'Interlaken insiste sur l'effet *erga omnes* des arrêts européens ; cf. point B.4., let. c. de la *Déclaration d'Interlaken et Plan d'Action* du 19 février 2010, disponible à http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0132.File.tmp/final_fr.pdf (état au 20 mars 2012).

Pour une analyse des concepts « effet *erga omnes* » et de « l'autorité de la chose interprétée », voir BESSON SAMANTHA, « The erga omnes Effect of Judgments of the European Court of Human Rights - What's in a Name? », in : BESSON (éd.), *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 - Premier bilan et perspectives / The European Court of Human Rights after Protocol 14 - First Assessment and Perspectives*, Zurich, 2011.

⁴⁹ Le succès du contentieux européen, et l'influence de plus en plus marquée de la jurisprudence de la Cour EDH, a suscité une préoccupation croissante de la légitimité du juge européen. Pour des études doctrinales récentes à ce sujet, voir p. ex. COSTA JEAN-PAUL, « On the legitimacy of the European Court of Human Rights' judgments », 7(2) *European Constitutional Law Review* 2011, p. 173 ss ; FØLLESDAL ANDREAS, « Why the European Court on Human Rights Might Be Democratically Legitimate : A Modest Defense », 27(2) *Nordic Journal of International Law* 2009, p. 289 ss ; *Id.*, « The legitimacy of international human rights review : The case of the European Court of Human Rights », 40(4) *Journal of Social Philosophy* 2009, p. 595 ss ; DZEHTSIAROU KONSTANTIN, GREENE ALAN, « Legitimacy and the Future of the European Court of Human Rights : Critical Perspectives from Academia and Practitioners », 12(10) *German Law Journal* 2011, p. 1707 ss. Pour une étude empirique, voir ÇALI BAŞAK, KOCH ANNE, BRUCH NICOLA, « The Legitimacy of the European Court of Human Rights : The View from the Ground », disponible à <http://ecthrproject.files.wordpress.com/2011/04/ecthrlegitimacyreport.pdf> (état au 20 mars 2012).

Pour une étude insistant sur le dialogue des juges comme source de légitimité d'une juridiction supranationale, voir TORRES PÉREZ AIDA, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford/New York, 2009, p. 97 ss.

l'Europe⁵⁰. En insistant sur la nécessité du dialogue, les juridictions nationales tentent de préserver, voire reconquérir, une marge de manœuvre face au juge européen, et de légitimer la menace de recourir à la guerre, pour s'opposer au gouvernement du juge européen⁵¹.

En résumé, d'un point de vue normatif, le dialogue des juges vise à instaurer un équilibre entre l'unité et la diversité, et entre le pouvoir du juge européen et les juridictions nationales. Comme le juste milieu entre ces aspirations opposées est difficile à trouver, la métaphore du dialogue est malléable. Ce fait explique qu'elle est invoquée pour légitimer à la fois « la bonne application » de la Convention par le juge national et l'opposition ou la critique⁵². Dans les deux cas, l'insistance sur le dialogue exprime l'idée qu'un espace européen des droits fondamentaux ne peut être créé ni par le juge national, ni par le juge européen seul, mais nécessite le concours d'une communauté d'interprètes transnationaux. Bien que l'échange entre les diverses juridictions implique tant le discours concordant que discordant, l'entendement est la finalité ultime du dialogue, ce qui suppose, dans les termes de FRYDMAN, que la communication soit fondée sur « l'idée régulatrice d'une justice universelle »⁵³.

Le constat selon lequel le dialogue implique le concours de plusieurs acteurs conduit à une fonction normative supplémentaire du dialogue des juges : la métaphore de la communication inter-juridictionnelle vise à renforcer la légitimité du pouvoir judiciaire face aux autres organes de l'Etat, préoccupés par la montée spectaculaire en puissance du troisième pouvoir⁵⁴ depuis la fin de la deuxième guerre mondiale, due à la généralisation de la juridiction constitutionnelle et à l'internationalisation du droit. La concurrence et l'influence réciproque entre les diverses instances de contrôle, nationales, européennes et internationales, sont considérées comme étant propices à « une autolimitation du pouvoir juridictionnel : par cette disposition des choses, les risques d'abus de pouvoir d'un juge sont tempérés par les pouvoirs accordés aux autres juges »⁵⁵. Selon cette vision, le dialogue des juges n'est pas uniquement l'antidote du gouvernement du juge européen vis-à-vis des juges nationaux, mais également celui du gouvernement des juges face aux autres pouvoirs.

⁵⁰ Pour le rapport entre l'interprétation consensuelle et l'interprétation dynamique ou évolutive, cf. DZEHTSIAROU KONSTANTIN, « European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights », 12(10) *German Law Journal* 2011, p. 1730 ss.

⁵¹ WACHSMANN (n. 31) p. 1136.

⁵² Pour une critique de l'imprécision de la notion de dialogue de juge, voir BRUNET (n. 40) p. 12.

⁵³ FRYDMAN (n. 2) p. 165.

⁵⁴ Voir p.ex. DELMAS-MARTY MIREILLE, « Du Dialogue à la montée en puissance des juges », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 304 ss, 312 ss.

⁵⁵ DE ARANJO CHRISTOPHE, *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme - étude comparée : France-Allemagne*, Bruxelles, 2009, p. 364.

B. La fonction descriptive

En plus de ses fonctions normatives, la métaphore du dialogue des juges vise à décrire l'interaction entre le juge national et le juge européen. Cette analyse comprend l'examen des réactions de chaque juridiction aux arguments de son homologue, et des différentes stratégies de communication adoptées pour convaincre son interlocuteur. Une vision dialogique a le mérite d'appréhender les rapports entre les juridictions d'une façon plus dynamique que les études doctrinales classiques. Celles-ci sont essentiellement consacrées à la résolution des conflits entre le droit international et le droit national, portant par exemple sur l'applicabilité directe des normes internationales dans l'ordre juridique interne ainsi que sur leur place dans la pyramide nationale des normes. Dans cet ordre d'idées, le bien-fondé de la jurisprudence *Schubert*⁵⁶ fait couler beaucoup d'encre en Suisse depuis des décennies⁵⁷. Comme la section suivante le montrera, la primauté accordée à la loi par rapport à la norme conventionnelle n'est, dans une perspective dialogique, qu'une stratégie parmi d'autres par laquelle le juge national exprime son opposition au juge européen. En effet, une mauvaise interprétation de la disposition conventionnelle est plus fréquente que le refus ouvert d'appliquer celle-ci. Comme le relève LITTLEPAGE, même dans un système « semi-vertical », le juge européen ne peut pas assurer de façon organique que les juridictions nationales adoptent une interprétation uniforme de la Convention⁵⁸.

IV. La matérialisation du dialogue entre le juge suisse et le juge européen

En tant que processus bilatéral⁵⁹, le dialogue entre le juge helvétique et le juge européen implique la circulation d'arguments « du bas vers le haut », ainsi que « du haut vers le bas ». Dans cet ordre d'idées, le discours émanant du juge national peut être qualifié d'ascendant (A), celui provenant du juge européen de descendant (B)⁶⁰. Dans les deux cas, le discours peut se matérialiser soit par la quête de la concordance avec l'homologue national ou européen, soit par le but d'exprimer la discordance. En d'autres termes, il peut être soit coopératif (A2 et B2), soit compétitif (A2 et B2)⁶¹.

⁵⁶ ATF 99/1973 Ib 39 *Schubert*. Pour un résumé de cette jurisprudence, voir *infra*, IV.A.1.a.

⁵⁷ Pour une étude récente, voir la contribution de MARCO SASSÖLI dans le présent volume.

⁵⁸ LITTLEPAGE (n. 4) p. 4.

⁵⁹ Voir *supra*, II.

⁶⁰ Cette terminologie est inspirée de GREWE CONSTANCE, « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 505 ss, 512 ss.

⁶¹ Cette terminologie est empruntée à STONE SWEET ALEC, « A Cosmopolitan Legal Order : Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe », Janvier 2011, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=alec_stone_sweet (état au 20 mars 2012). Les différentes

A. Le discours ascendant

1. Le discours coopératif

Le discours coopératif ascendant reflète la « semi-verticalité » entre les juridictions suprêmes nationales et la Cour EDH, ainsi que la finalité de la Convention, consistant à assurer une protection minimale des droits fondamentaux dans l'espace européen. Il se matérialise, d'une part, dans le souci du Tribunal fédéral d'aligner sa jurisprudence sur celle de la Cour EDH pour éviter une « condamnation » ultérieure (a.), et, d'autre part, dans l'anticipation de l'évolution dynamique de la jurisprudence européenne (b.).

a. L'alignement

Les différentes techniques auxquelles recourt le juge helvétique pour harmoniser le droit suisse avec la CEDH sont bien connues : il s'agit d'une part de l'interprétation conforme à la Convention⁶², et d'autre part du contrôle de conventionalité du droit national, y compris des lois fédérales. Rappelons à cet égard que le Tribunal fédéral a progressivement limité la portée de la fameuse clause d'immunité en estimant tout d'abord que l'article 190 Cst.⁶³ n'empêchait ni d'interpréter les lois fédérales conformément à la Constitution et au droit international, ni d'examiner la compatibilité des lois avec la Constitution (la clause d'immunité étant un simple « *Anwendungsgebot* » et non un « *Prüfungsverbot* »)⁶⁴. Ensuite, dans le fameux arrêt *PKK*⁶⁵, les juges fédéraux ont affirmé leur compétence de refuser d'appliquer une loi fédérale contraire à la Convention, introduisant par ce biais de façon indirecte le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales dans l'ordre juridique helvétique. Insistant sur la primauté du droit international et l'importance particulière des traités en matière des droits de l'homme, l'arrêt *PKK* exprime de plus la volonté du Tribunal fédéral d'accorder la prééminence aux dispositions conventionnelles même dans l'hypothèse où le législateur avait consciemment et volontairement opté pour une solution contraire aux droits de l'homme. En d'autres termes, la

formes par lesquelles se manifeste le dialogue des juges sont inspirées de GRABARCZYK (n. 2) p. 41, et des contributions subséquentes parues dans SUDRE (n. 5), p. 43-156, qui analysent le discours ascendant des juridictions françaises en distinguant la contradiction, la neutralisation, la conformité et l'anticipation.

⁶² L'interprétation conforme à la Convention découle de l'interprétation conforme au droit international, cf. ATF 94/1968 I 669, 678, *Frigerio*. Pour un exemple récent d'interprétation conforme à la Convention, cf. ATF 137 I 351 dans lequel les juges fédéraux appliquent le nouvel article 98 al. 4 du Code civil conformément au droit au mariage, consacré à l'article 12 CEDH.

⁶³ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁶⁴ Pour un exposé plus détaillé et des références jurisprudentielles, voir AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELLIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, 2^{ème} éd., vol. I « L'Etat », Berne, 2006, n° 1875 ss.

⁶⁵ ATF 125/1999 II 417, *A*.

jurisprudence *Schubert*⁶⁶, qui accorde dans ce cas de figure la primauté à la volonté du législateur, ne semble pour le moins pas s'appliquer dans le domaine des droits de l'homme⁶⁷.

Relevons que la relativisation de la prééminence du législateur par le biais du contrôle de conventionalité n'est pas une particularité helvétique⁶⁸. La jurisprudence a évolué dans le même sens dans d'autres ordres juridiques attachés traditionnellement à la souveraineté du parlement. Dans les pays du Bénélux et en France, par exemple, le contrôle de conventionalité s'est imposé, remplissant d'un point de vue fonctionnel le même rôle que le contrôle de constitutionnalité proscrit par une vision stricte de la séparation des pouvoirs⁶⁹.

Comparée à d'autres pays européens, la jurisprudence du Tribunal fédéral a fait preuve d'ouverture et de pragmatisme : malgré l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée des arrêts européens, les juges fédéraux acceptent de tenir compte de la jurisprudence de la Cour EDH concernant des Etats autres que la Suisse⁷⁰. Les discussions animées de la doctrine française sur l'effet *erga omnes* ou l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour sont quasiment absentes en Suisse⁷¹. L'approche pragmatique du Tribunal fédéral⁷², cherchant à éviter le désaveu ultérieur par le juge européen, a rendu superflu d'insister sur la nécessité d'un dialogue des juges. L'alignement sur la jurisprudence de la Cour, souhaité par une partie des adeptes français d'un dialogue entre juges, s'est fait de façon spontanée, et sans recours à de grands développements théoriques.

b. L'anticipation

A l'instar d'autres juridictions suprêmes⁷³, le Tribunal fédéral ne se contente pas de suivre la jurisprudence européenne bien établie mais tente également

⁶⁶ ATF 99/1973 Ib 39, *Schubert*.

⁶⁷ Cette interprétation de l'arrêt *PKK* ne fait pas l'unanimité ; pour un aperçu des différentes interprétations, cf. HERTIG RANDALL MAYA, « L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives », *RDS* 2010 II, p. 221 ss, 250-251.

⁶⁸ Pour une étude comparative, cf. HERTIG RANDALL (n. 67) p. 276 ss.

⁶⁹ Cf. HERTIG RANDALL (n. 67) p. 276 ss.

⁷⁰ Cf. HOTTÉLIER MICHEL, « Genève – Strasbourg, via Lausanne – Retour. Réflexions sur le dialogue des juges cantonaux, fédéraux et européens », in : *Mélanges Genevois* (n. 5) p. 563 ss, 575 avec des exemples jurisprudentiels.

⁷¹ Pour un aperçu du débat en France, cf. GRABARCZYK (n. 2) p. 34 ss ; cet auteur relève que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont jusqu'à présent refusé de reconnaître l'autorité de la chose interprétée des arrêts européens (p. 36).

⁷² Pour une appréciation positive de l'approche du Tribunal fédéral par un auteur français, voir COHEN-JONATHAN GÉRARD, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, 1995, p. 39 ss, p. 53 s.

⁷³ Pour une étude comparative analysant la jurisprudence française, allemande et du Royaume-Uni, cf. BJORGE ERIK, « National supreme courts and the development of ECHR rights », 9(1) *International Journal of Constitutional Law* 2011, p. 5 ss.

d'anticiper des développements jurisprudentiels futurs. Il se peut, en effet, que le juge helvétique soit appelé à statuer sur une question qui n'a pas encore été soumise au juge européen. Un arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} avril 2011 illustre ce cas de figure⁷⁴. Les juges de Mon Repos y sont appelés à se prononcer sur le problème de regroupement familial partiel. A la différence du regroupement complet, la demande d'un regroupement partiel vise à réunir un enfant seulement avec l'un, et non les deux parents vivant à l'étranger. Le Tribunal fédéral commence par rappeler sa jurisprudence selon laquelle le regroupement partiel est soumis à des conditions beaucoup plus sévères que le regroupement complet. Il s'interroge par la suite sur la compatibilité de cette approche avec l'article 13 Cst. et l'article 8 CEDH et relève à ce sujet que

« [I]a Convention doit en principe être interprétée de façon autonome, c'est-à-dire de façon indépendante du droit national. Les garanties conventionnelles sont cependant ancrées dans la société européenne, avec ses composantes actuelles, politiques, culturelles, et sociales. Celles-ci sont à prendre en compte lors de l'interprétation de la CEDH, étant précisé qu'elles peuvent subir une certaine évolution. Le changement de la réalité juridique européenne peut par conséquent avoir une influence sur l'interprétation de la Convention »⁷⁵.

Le Tribunal fédéral souligne par la suite que tant la législation suisse en matière des étrangers, que le droit de l'Union européenne ont évolué dans un sens plus favorable au regroupement familial partiel, ce qui reflète la tendance de la société contemporaine vers l'augmentation des familles monoparentales ou recomposées. A la lumière de ce constat, il estime qu'il convient d'abandonner la distinction schématique entre les deux formes de regroupement familial et d'interpréter la CEDH comme un instrument vivant, à la lumière de l'évolution juridique dans les Etats parties⁷⁶.

Comme l'arrêt sur le regroupement partiel le montre, l'anticipation est une stratégie qui permet de conforter une interprétation extensive des droits fondamentaux et d'assurer leur évolution à la lumière des changements de la société. Comme l'alignement, la stratégie d'anticipation peut de surcroît s'expliquer par le pragmatisme des juges de Mon Repos. Accoutumé à la tendance du juge européen d'interpréter la Convention de façon dynamique et évolutive⁷⁷, le Tribunal fédéral préfère intervenir en amont afin de réduire le

⁷⁴ ATF 137/2011 I 284, X, traduit par l'auteur.

⁷⁵ ATF 137/2011 I 284, 288, X, consid. 2.1., traduit par l'auteur.

⁷⁶ ATF 137/2011 I 284, 293, X, consid. 2.6.

⁷⁷ Dans les paroles du Président de la Cour suprême du Royaume-Uni, LORD PHILIPS OF WORT MATRAVERS, « [...] Strasbourg jurisprudence does not stand still. The duty [...] to keep pace with that jurisprudence [...] is not an easy one, particularly where our legislation creates novel areas in which human rights implications have to be considered [...] Then, of necessity, we have to lead. » (LORD PHILIPS OF WORTH MATRAVERS, *Foreword*, in : LESTER/PANNICK/HERBERG [éd.], *Human Rights Law And Practice*, p. iii, Londres, 2009, cité dans BJORGE [n. 73] p. 30).

risque d'une « condamnation » ultérieure par la Cour⁷⁸. Comme d'autres juridictions suprêmes, les juges fédéraux refusent « de fermer les yeux en attendant qu'on les ouvre pour [eux] à Strasbourg »⁷⁹. Cette approche est conforme à l'esprit de la Convention. En effet, ayant vocation à garantir seulement un niveau de protection minimale, la CEDH permet aux États en vertu du principe de faveur⁸⁰ d'adopter des solutions plus généreuses. Le corollaire de ce principe est que (abstraction faite des requêtes interétatiques)⁸¹ seuls les particuliers ou entités qui se prétendent victimes d'une violation d'un droit conventionnel peuvent porter une affaire à Strasbourg. Par contre, la voie conventionnelle n'est pas ouverte à un gouvernement d'un État partie pour se plaindre que la juridiction suprême nationale ait adopté une interprétation excessivement généreuse de la Convention⁸². En d'autres termes, le juge interne a véritablement le dernier mot lorsqu'il va au-delà du minimum requis par la jurisprudence européenne et confère aux justiciables une protection plus étendue des droits fondamentaux.

2. *Le discours compétitif*

Le discours du juge helvétique n'est pas toujours orienté vers la concordance et une interprétation « maximaliste » des droits conventionnels. Parfois, la jurisprudence fédérale exprime la discordance avec le juge européen : dans certains cas, les juges de Mon Repos se montrent critiques de la jurisprudence de la Cour EDH, sans cependant refuser de s'y conformer (a.), dans d'autres, la désapprobation prend la forme d'opposition, ouverte ou tacite, à la réception des arrêts européens (b.).

a. La critique

Il est rare qu'un juge national critique ouvertement la jurisprudence de son homologue européen. Les vagues suscitées par la réaction de la Cour

⁷⁸ Dans ce sens au sujet d'autres cours suprêmes, BJORGE (n. 73) p. 8-9.

⁷⁹ Cf. GUYOMAR MATTIAS, Conclusions sur Conseil d'Etat. Assemblée, 14 décembre 2007, *M. Planchenault (1^{ère} espèce)*, et *Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussouar (2^{ème} espèce)* *Revue française de droit administratif* 2008, p. 87, cité dans BJORGE (n. 73) p. 24-25.

⁸⁰ Art. 53 CEDH ; pour une analyse, cf. HOTTELIER MICHEL, « Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme », in : AUER/FLÜCKIGER/HOTTELIER (éd.), *Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni. Les droits de l'homme et la constitution*, Genève/Zurich/Bâle, 2007, p. 171 ss.

⁸¹ Art. 33 CEDH.

⁸² Pour des réflexions à ce sujet, cf. LAWSON RICK, « Beyond the Call of Duty? Domestic Courts and the Standards of the European Court of Human Rights », in : SNIDDERS/VOGENAUER (éd.), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law*, Munich 2009, p. 21 ss. Relevons que la juridiction nationale n'a pas le dernier mot lorsque l'arrêt ne porte pas sur la restriction d'un droit fondamental pour des motifs d'intérêts publics mais concerne un conflit de droits fondamentaux, étant donné que la partie qui succombe a qualité de victime et peut faire valoir que l'interprétation excessivement généreuse du droit fondamental de l'autre partie a conduit à une violation de ses droits. Pour un exemple d'un tel conflit, voir l'affaire *von Hannover c. Allemagne, infra*, IV.A.2.a., et note 83.

constitutionnelle allemande à l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*⁸³ confirme le caractère inhabituel d'une telle démarche. En effet, un membre de la Cour de Karlsruhe a exprimé dans les médias son désaccord avec la conclusion de la Cour selon laquelle la jurisprudence allemande accorde un poids excessif à la liberté de la presse au détriment de la protection de la sphère privée des personnages publics⁸⁴, qui (comme la princesse Caroline), n'exercent aucune charge officielle. A cette critique est venue s'ajouter celle du Président de la Cour constitutionnelle allemande. Celui-ci a plaidé en faveur d'un pouvoir de cognition plus restreint de la Cour EDH et a mis en exergue l'autorité limitée des arrêts européens, relevant que la Loi fondamentale allemande « ne renonce pas au dernier mot en tant qu'expression de la souveraineté nationale »⁸⁵. Cette position souverainiste avait été affirmée peu avant par la Cour de Karlsruhe dans l'arrêt *Görgülü*⁸⁶, décrit comme « la riposte »⁸⁷ à l'arrêt *Von Hannover*. Ledit arrêt n'a pas manqué de susciter des réactions à Strasbourg ; LUZIUS WILDHABER, à l'époque Président de la Cour européenne, l'a critiqué comme mettant en cause le caractère obligatoire des arrêts de la Cour EDH⁸⁸. La Cour constitutionnelle s'est en effet contentée, dans l'arrêt *Görgülü*, d'un simple devoir des autorités allemandes de « prendre en compte » les jugements européens⁸⁹. Cette obligation est de surcroît assortie de limites : la Cour a relevé que les autorités nationales doivent s'assurer que l'arrêt européen s'inscrit harmonieusement dans l'ordre juridique interne et ne pose pas problème à la lumière des droits fondamentaux nationaux. Selon les juges de Karlsruhe, cette limite est particulièrement pertinente lorsque l'arrêt européen touche à un « système partiel équilibré du droit interne »⁹⁰. A titre d'exemple d'un tel système, ils indiquent le droit privé de la protection de la personnalité, le domaine concerné par l'arrêt *Von Hannover*.

Un arrêt du Tribunal fédéral rendu le 15 septembre 2010 montre que la critique explicite d'un arrêt européen par une cour suprême nationale n'est pas

⁸³ ACEDH, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 59320/00, 24 juin 2004, Rec. 2004-VI.

⁸⁴ Voir HIPP DIETMAR, « Zwischen Gartenlokal und Freibad », *Spiegel*, 24 Octobre 2004, disponible à <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,322644,00.html> (état au 20 mars 2012), concernant la réaction du juge WOLFGANG HOFFMANN-RIEM.

⁸⁵ Traduit par l'auteur ; cf. « Ein Gespräch mit dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts (HANS-JÜRGEN PAPIER), "Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht" », *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, 9 décembre 2004, n° 288, p. 5 : « Aber sie [die Verfassung] verzichtet nicht auf das letzte Wort als Ausdruck der staatlichen Souveränität ».

⁸⁶ BVerfGE 111, 307 (rendu le 14 octobre 2004).

⁸⁷ PETERS ANNE, « Die Causa Caroline : Kampf der Gerichte ? », *Justiz* n° 83, September 2005, p. 160 ss, 165.

⁸⁸ Voir l'interview paru dans la revue *Der Spiegel*, le 15 novembre 2004.

⁸⁹ Pour une analyse de l'arrêt *Görgülü*, cf. GERKRATH JÖRG, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme vu à travers le prisme de la Cour Constitutionnelle allemande », *RTDH* 2006, p. 713 ss.

⁹⁰ « ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts », traduction française selon <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-3-page-639.htm> (état du 20 mars 2012).

une particularité allemande⁹¹. Statuant sur une demande de révision faisant suite au constat de violation des articles 6, paragraphe 1 et 8 CEDH dans l'arrêt *Schlumpf c. Suisse*⁹², les juges fédéraux ont saisi l'occasion d'exprimer leur désaccord avec l'arrêt de la Cour EDH⁹³. Il convient de préciser que l'absence d'effet cassatoire des arrêts européens a pour conséquence que les juges de Strasbourg n'ont pas véritablement le dernier mot. En Suisse, il appartient au Tribunal fédéral de tirer les conséquences d'un constat de violation et de réviser son arrêt désapprouvé par la Cour EDH en application de l'article 122 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)⁹⁴. En introduisant cette disposition⁹⁵ dans l'ordre juridique helvétique, l'Assemblée fédérale a prévu un mécanisme permettant à la Suisse de se conformer aux arrêts européens. Ce faisant, elle a prolongé le dialogue entre le juge suisse et le juge européen, donnant aux magistrats helvétiques la parole suite à un désaveu de la Cour.

Dans l'affaire *Schlumpf c. Suisse*, la prolongation du dialogue s'est matérialisée par une critique de l'arrêt européen qui s'étale sur plusieurs pages. Le Tribunal fédéral s'est efforcé à réfuter les arguments principaux à l'appui du constat de violation, tout en relevant qu'il est obligé, en vertu des articles 46 CEDH et 122 LTF, de se conformer aux arrêts européens « même s'il n'est pas convaincu par l'argumentation de la Cour »⁹⁶.

Dans son jugement, la Cour EDH avait critiqué « l'application mécanique »⁹⁷ au cas de la requérante d'une règle jurisprudentielle concernant la prise en charge des frais d'opération de conversion sexuelle par les caisses maladies. Le Tribunal fédéral des assurances avait, en effet, soumis le droit au remboursement des transsexuels à la condition que l'intervention chirurgicale n'ait pas lieu avant l'écoulement d'un délai de deux ans à partir du début de la thérapie hormonale et psychologique. Selon la Cour, l'application rigide de ce délai d'attente était disproportionnée dans le cas d'espèce. L'approche du Tribunal fédéral des assurances a eu pour conséquence de priver la requérante de la possibilité de démontrer par le biais d'expertises médicales que la

⁹¹ ATF 137/2010 I 86, *Schlumpf*.

⁹² ACEDH, *Schlumpf c. Suisse*, n° 29002/06, 18 janvier 2009.

⁹³ Pour une critique de l'arrêt européen par un juge du Tribunal fédéral, voir SEILER HANSJÖRG, « Menschenrechte – Das trojanische Pferd des demokratischen Rechtsstaats », in : ZUFFEREY/DUBEY/PRÉVITALI (éd.), *L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich, 2011, p. 511 ss, 515 ss.

⁹⁴ RS 173.110.

⁹⁵ La procédure de révision a été introduite en 1991 par l'article 139, let. a de l'ancienne loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, repris par l'article 122 LTF. Des dispositions analogues sont contenues dans d'autres lois fédérales, cf. art. 66, al. 2, let. d de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021), art. 410, al. 2 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0), art. 200, al. 1, let. f de la loi fédérale sur la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM ; RS 322.1), art. 45 de la loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF ; RS 173.32).

⁹⁶ ATF 137/2010 I 86, 101, *Schlumpf*, traduit par l'auteur.

⁹⁷ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 115.

conversion sexuelle était justifiée indépendamment du respect du délai de deux ans. Par son refus d'admettre des opinions d'experts, la juridiction nationale « s'est substitué[e] aux médecins et aux psychiatriques, alors que la Cour avait déjà précisé par le passé que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique »⁹⁸. De plus, le juge européen a reproché au Tribunal fédéral des assurances de ne pas avoir pris en compte la situation particulière de la requérante, notamment son âge avancé (67 ans) et les raisons familiales qui expliquent que les démarches en vue d'un changement de sexe n'ont pas été entreprises plus tôt. Sans trancher définitivement la question de savoir si le délai d'attente de deux ans « correspond aux courants actuels dans la pratique et la doctrine en matière de conversion sexuelle [...] » la Cour exprime sa conviction que « la médecine a fait des progrès dans l'établissement de la "véracité" du transsexualisme » depuis que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances a introduit le délai d'attente en 1988⁹⁹.

Le Tribunal fédéral ne s'est pas montré convaincu par cette argumentation. Se référant à divers standards et études médicaux, il s'attelle à démontrer qu'une période d'attente de deux ans correspond à l'état actuel de la science médicale. A la critique de son approche « mécanique », il rétorque que le délai d'attente constitue une mise en balance appropriée des intérêts divergents et se justifie par le souci d'égalité de traitement et de sécurité juridique¹⁰⁰. Les juges fédéraux soulèvent de plus la question de savoir si la Cour EDH n'a pas outrepassé ses compétences en ce prononçant sur le bien-fondé d'une demande de prestation sociale à laquelle la CEDH ne confère aucun droit¹⁰¹. Qui plus est, le Tribunal fédéral circonscrit de façon étroite la portée de l'arrêt *Schlumpf*. Il souligne que le jugement européen n'implique aucunement que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances qui a posé la règle du délai d'attente de deux ans serait devenue caduque. Selon les juges fédéraux, l'exigence de la période d'observation doit être maintenue dans son principe. L'arrêt *Schlumpf* requiert cependant exceptionnellement un assouplissement de la règle dans le cas d'espèce¹⁰². Bien que le Tribunal fédéral ait admis la demande de révision intentée suite à l'arrêt *Schlumpf*, l'interprétation étroite de l'arrêt européen est, comme nous le verrons, le moyen principal par lequel les juges de Mon Repos s'opposent à se conformer à la jurisprudence européenne.

⁹⁸ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 57.

⁹⁹ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 113.

¹⁰⁰ ATF 137/2010 I 86, 100, *Schlumpf*.

¹⁰¹ ATF 137/2010 I 86, 100, *Schlumpf*.

¹⁰² ATF 137/2010 I 86, 104 ss, *Schlumpf*.

b. L'opposition

Comparée à la critique ouverte, comme celle articulée dans l'arrêt du Tribunal fédéral rendu dans le sillage de l'arrêt *Schlumpf*, des cas de figure d'opposition sont plus difficiles à identifier. L'opposition est en effet rarement articulée ouvertement¹⁰³ mais a tendance à prendre des formes plus subtiles. Elle englobe des manœuvres de contournement ou d'évitement. La doctrine française qualifie ces stratégies de neutralisation : celle-ci consiste « sous couvert de souscrire à la jurisprudence du juge de Strasbourg » à « modifier le contenu pour conclure à la conformité du droit national avec la Convention »¹⁰⁴. En d'autres termes, « l'interprétation neutralisante joue sur une apparente soumission du juge national aux fins de préserver le droit national contraire au droit européen »¹⁰⁵. Comme l'identification de cette stratégie dépend de la qualification de l'intention de la juridiction nationale (qui peut par ailleurs diverger d'un juge à l'autre), elle est difficile à distinguer d'une mauvaise application, de bonne foi, des garanties conventionnelles¹⁰⁶. Qui plus est, les juges peuvent être plus ou moins conscients de leur désir de préserver le droit national lorsqu'ils optent pour une interprétation déterminée de la Convention. En dernier lieu, relevons qu'une jurisprudence nationale critiquée par la doctrine comme étant incompatible avec l'esprit de la Convention peut par la suite recevoir le sceau de conformité de la part du juge européen¹⁰⁷. Comme le relève DUBOIS, l'identification de la neutralisation (et il en va de même de l'opposition) ne saurait donc être que relative¹⁰⁸, étant donné qu'elle dépend fortement de l'interprétation de la jurisprudence européenne et nationale et de l'intention attribuée au juge national.

Sous cette réserve, notre interprétation des arrêts helvétiques et européens nous conduit à identifier quatre types d'opposition, dont les deux premiers interviennent en amont à une « condamnation » par la Cour européenne (ba) et les autres en aval (bb). Tombent dans la première catégorie l'application superficielle de la CEDH, d'une part, et l'omission (consciente) de

¹⁰³ Pour un rare exemple d'opposition ouverte émanant d'une juridiction suprême autre que le Tribunal fédéral, cf. la position de la Cour suprême du Royaume-Uni dans *R v Horncastle and others* [2009] UKSC 14 concernant le droit de contre-interrogatoire des témoins en matière pénale.

¹⁰⁴ DUBOIS JULIEN, « La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante », in : SUDRE (n. 5) p. 72 ss, 72.

¹⁰⁵ DUBOIS (n. 104) p. 73.

¹⁰⁶ DUBOIS (n. 104) p. 75.

¹⁰⁷ L'affaire *Hertel c. Suisse* illustre ces propos : suite à un constat de violation de l'article 10 CEDH (ACEDH, *Hertel c. Suisse*, n° 25181/94, 25 août 1998, Rec. 1998-VI), le Tribunal fédéral, statuant sur révision, s'est contenté d'atténuer la prohibition faite au requérant d'exprimer certains propos, au lieu de la lever intégralement (ATF 125/1999 III 185, H.). Cette mesure a été jugée insuffisante par la doctrine (voir p.ex. HOTTÉLIER MICHEL, MOCK HANSPETER, PUÉCHAVY MICHEL, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 346). La Cour a cependant déclaré une nouvelle requête critiquant l'interdiction atténuée irrecevable car manifestement mal fondée (cf. DCEDH, *Hertel c. Suisse*, n° 53440/99, 17 janvier 2002).

¹⁰⁸ DUBOIS (n. 104) p. 75.

tirer les conséquences d'une jurisprudence claire concernant un Etat autre que la Suisse, d'autre part. Le refus de réviser un arrêt suite à un constat de violation prononcé par le juge européen, et, l'interprétation étroite de la portée d'un constat de violation font partie de la deuxième catégorie.

ba. L'opposition en amont

Un exemple d'une application superficielle (consciente ou non) de la jurisprudence européenne est l'arrêt de la deuxième Cour de droit civil du Tribunal fédéral¹⁰⁹ sanctionné ultérieurement par la Cour dans l'arrêt *Emonet c. Suisse*¹¹⁰. Le Tribunal fédéral y consacre de longues considérations à l'interprétation des dispositions du CC¹¹¹ sur l'adoption¹¹². Il conclut que le CC ne prévoit pas la possibilité d'adopter l'enfant d'un concubin (en l'espèce une fille majeure handicapée qui avait depuis longtemps bénéficié du soutien du partenaire de sa mère) sans qu'il n'en résulte la suppression du lien de filiation avec le parent biologique. La question de savoir si cette solution est compatible avec la garantie du respect de la vie privée et familiale prévue à l'article 8 CEDH n'est guère examinée¹¹³. A ce sujet, le Tribunal fédéral se contente essentiellement de relever que la garantie de la vie privée et familiale « ne confère [...] pas le droit d'exiger une forme d'adoption non prévue par la loi [...] »¹¹⁴. Ce raisonnement (ultérieurement désavoué par la Cour EDH)¹¹⁵ part implicitement de la prémisse que la loi nationale est supérieure à la Convention et nie la nature autonome des garanties conventionnelles, dont la portée serait définie unilatéralement par le droit interne de chaque Etat. Il reflète à notre sens le souci du juge civil de ménager une des lois les plus vénérées dans l'ordre juridique suisse, sans doute renforcé par l'absence d'un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.)¹¹⁶.

L'impact de la clause d'immunité est encore plus net dans un arrêt rendu le 25 janvier 2010¹¹⁷. Ledit jugement illustre le deuxième type d'opposition, le refus de respecter l'autorité de la chose interprétée des arrêts européens. Le Tribunal fédéral y a constaté que les dispositions nationales sur le droit du nom n'étaient pas conformes au principe d'égalité entre les sexes, tel

¹⁰⁹ ATF 129/2003 III 656, 663, *Office fédéral de la justice*.

¹¹⁰ ACEDH, *Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, 13 décembre 2007 ; pour un commentaire, voir HOTTELIER MICHEL, « Couples de concubins et adoption : une avancée jurisprudentielle originale », *Jusletter* 6 octobre 2008 ; pour le raisonnement de la Cour, cf. *infra*, IV.B.2.a.

¹¹¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

¹¹² Art. 264 ss CC.

¹¹³ Cf. HOTTELIER (n. 110) n° 15.

¹¹⁴ ATF 129/2003 III 656, 663, *Office fédéral de la justice*.

¹¹⁵ *Infra*, IV.B.2.a.

¹¹⁶ Cf. HERTIG RANDALL (n. 67) p. 251-253.

¹¹⁷ ATF 136/2010 III 168, *Ma*.

qu'interprété par la Cour EDH dans l'arrêt *Tekeli c. Turquie*¹¹⁸. Il a cependant relevé que l'Assemblée fédérale était consciente de ce problème mais avait décidé en connaissance de cause de privilégier le principe de l'unité du nom de famille au détriment du principe de l'égalité entre les sexes. En effet, l'Assemblée fédérale avait décidé, à l'époque, de procéder uniquement à une révision minimale du droit du nom, ayant pour but de rendre le droit suisse conforme à l'arrêt *Burghartz c. Suisse*¹¹⁹. Dans ces circonstances, les juges fédéraux ont considéré que la solution appropriée leur semblait l'application de la jurisprudence *Schubert*¹²⁰. La question de savoir si cette approche est compatible avec la jurisprudence *PKK*¹²¹ du Tribunal fédéral a été laissée ouverte au motif que le recours est mal fondé pour d'autres raisons. Notons que l'arrêt du 25 janvier 2010 ne marque pas la dernière étape dans le dialogue entre le juge helvétique et le juge européen au sujet du droit du nom. Dans l'arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*¹²², rendu 9 mois après l'arrêt des juges fédéraux, la Cour a retenu une violation de la Convention, confirmant sa jurisprudence *Tekeli c. Turquie*¹²³.

bb. L'opposition en aval

Comme nous l'avons vu dans l'affaire *Schlumpf*¹²⁴, la procédure de révision prévue à l'article 122 LTF permet aux requérants qui ont eu gain de cause à Strasbourg de demander au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt jugé contraire à la Convention et de statuer à nouveau pour établir un état conforme à la CEDH. Le législateur suisse a cependant conçu la voie de la révision consécutive à un arrêt de la Cour comme un moyen exceptionnel et subsidiaire. Elle n'est ouverte que si la réouverture de la procédure nationale est nécessaire pour remédier aux effets de la violation et que l'indemnisation n'est pas de nature à atteindre cet objectif¹²⁵. Dans plusieurs affaires, le Tribunal fédéral a fait part de son désaccord avec la jurisprudence européenne à travers la troisième forme d'opposition que nous avons identifiée,

¹¹⁸ ACEDH, *Ünal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, 16 novembre 2004, Rec. 2004-X.

¹¹⁹ ACEDH, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, 22 février 1994, Série A280-B.

¹²⁰ ATF 99/1973 Ib 39, *Schubert*, voir *infra*, IV.A.1.a.

¹²¹ ATF 125/1999 II 417, *A*, voir *supra*, IV.A.1.a.

¹²² ACEDH, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, n° 664/06, 9 novembre 2010 ; dans l'arrêt qui avait donné lieu au constat de violation, le Tribunal fédéral s'était également fondé sur l'article 190 Cst. et sur la volonté du législateur pour rejeter le recours. Comme les juges fédéraux ont statué avant l'arrêt *Tekeli c. Turquie*, ils ont cependant estimé, à la différence de leur raisonnement dans l'ATF 136 III 168, *Ma*, que la contrariété du droit du nom suisse à la CEDH n'était pas clairement établie. En d'autres termes, le Tribunal fédéral a refusé d'opter pour une application anticipée de la Convention (pour l'anticipation, cf. *supra*, IV.A.1.a.).

¹²³ *Tekeli c. Turquie* (n. 118). Le dialogue des juges au sujet du nom de famille deviendra très probablement sans objet grâce à l'intervention de l'Assemblée fédérale, laquelle a adopté en date du 30 septembre 2011 une modification du Code civil alignant le droit suisse sur la jurisprudence *Tekeli c. Turquie* (voir FF 2011, p. 6811).

¹²⁴ *Supra*, IV.A.2.a.

¹²⁵ Art. 122, let. b et c LTF.

l'interprétation fort restrictive des conditions de recevabilité de la révision. Les affaires *Verein g. Tierfabriken c. Suisse* et *Neulinger et Shuruk c. Suisse* permettent d'illustrer ces propos.

Dans la première affaire, la Cour EDH avait retenu par arrêt du 18 juin 2001¹²⁶ (ci-après « *VGT I* ») que le refus de diffuser un spot à la télévision nationale exhortant le public à consommer moins de viande était contraire à la liberté d'expression (article 10 CEDH). Elle a estimé que l'interdiction de la publicité politique, prévue dans la législation suisse telle qu'en vigueur à l'époque, ne saurait légitimer l'interdiction de diffuser un message télévisé portant sur un sujet d'intérêt général, ceci d'autant plus que le spot émanait d'une association vouée à la protection des animaux et non d'un groupe financier puissant. Dans ces conditions, les arguments avancés par le Tribunal fédéral pour justifier le refus opposé à la requérante n'étaient, selon la Cour, pas pertinents. En effet, les juges fédéraux avaient relevé que l'interdiction de la publicité politique avait pour objectif de protéger l'opinion publique contre des influences indues et d'assurer l'égalité des chances entre les différents groupes de la société¹²⁷. La Cour avait de surcroît clarifié que l'ingérence dans la liberté d'expression était imputable à la Suisse malgré le fait que la décision négative émanait non d'un organe de l'Etat mais d'une société de droit privé qui était chargée de la publicité à la télévision helvétique. Elle a relevé qu'aux obligations négatives découlant des droits conventionnels peuvent s'ajouter des obligations positives, qui conduisent à la responsabilité d'un Etat pour ne pas avoir satisfait à son obligation d'édicter une législation interne¹²⁸. Dans le cas d'espèce, le juge européen a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer une théorie générale sur l'applicabilité de la Convention entre des personnes privées. A ses yeux, il était suffisant de constater que la législation interne légitimait le refus de la société privée de diffuser le spot publicitaire¹²⁹. Par voie de conséquence, l'arrêt européen ne précisait pas l'étendue des obligations positives découlant de la liberté d'expression. En particulier l'existence et les conditions d'un droit à l'antenne n'ont pas été clairement énoncées.

Après avoir tenté une nouvelle fois en vain d'obtenir la diffusion du spot suite à l'arrêt de la Cour, l'association requérante a saisi le Tribunal fédéral d'une demande en révision. Celle-ci a été rejetée pour une série de motifs par arrêt rendu le 29 avril 2002¹³⁰ : selon les juges fédéraux, le spot était dépassé suite à l'écoulement du temps de sorte que l'association n'avait plus un intérêt à le faire diffuser. De plus, les conclusions de la requérante n'étaient pas

¹²⁶ ACEDH, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, n° 24699/94, 28 juin 2001, Rec. 2001-VI.

¹²⁷ ATF 123/1997 II 402, 414, *VgT Verein gegen Tierfabriken*.

¹²⁸ *VGT I* (n. 126) par. 45.

¹²⁹ *VGT I* (n. 126) par. 47.

¹³⁰ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002.

suffisamment claires, et la révision pas strictement nécessaire, étant donné que la requérante pourrait obtenir la diffusion du spot par la société privée en intentant des actions civiles.

Le Tribunal fédéral a également rejeté une demande de révision en renvoyant les demandeurs à une autre voie de droit suite au constat de violation dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*¹³¹. La Grande Chambre avait estimé que la décision de renvoyer un enfant (âgé de sept ans au moment où la Cour a statué) chez son père en Israël en application de la Convention de la Haye sur l'enlèvement des enfants ne tenait pas suffisamment compte des effets négatifs sur le garçon : celui-ci était bien intégré en Suisse, étant donné qu'il y vivait avec sa mère depuis cinq ans au moment où l'arrêt de Grande Chambre a été rendu. Le Tribunal fédéral a cependant refusé de réviser son arrêt confirmant le retour forcé pour le motif que la révision n'était pas nécessaire pour remédier aux effets de la violation constatée : les arguments retenus dans l'arrêt européen pourraient être invoqués dans le cadre d'une demande de modification de la décision prévue dans la législation fédérale régissant l'enlèvement international d'enfants.

A l'appui de leurs conclusions, les juges fédéraux ont de surcroît fait valoir, en se fondant sur le libellé du dispositif de l'arrêt européen¹³², que la Cour « n'a pas remis en cause le bien-fondé de l'arrêt du Tribunal fédéral [...] au moment où il a été prononcé, mais a considéré que l'exécution de cette décision constituerait une violation de l'article 8 CEDH »¹³³. A leur avis, on pourrait dès lors se demander si la première condition de révision, l'existence d'une violation de la Convention (art. 122 let. a LTF), était réalisée. Cette argumentation peut être comprise comme une critique reprochant à la Cour EDH d'avoir pris en compte des faits qui se sont produits postérieurement à l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral (consistant en particulier dans la prolongation de la durée de résidence en Suisse)¹³⁴. En d'autres termes, les juges fédéraux semblent considérer que leur arrêt est exempt de critique et le constat de violation injustifié. Il n'en demeure pas moins que la distinction entre le prononcé de l'arrêt et son exécution paraît artificielle. Dans un Etat de droit, les jugements entrés en force ne sont-ils pas exécutoires ? L'esprit d'opposition des juges fédéraux ne l'a-t-il pas emporté sur les intérêts des requérants et la sécurité juridique ?

¹³¹ ACEDH, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (GC), n° 41615/07, 6 juillet 2010.

¹³² Cf. *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (n. 131) chiffre 1 du dispositif, selon lequel la Cour : « Dit, par seize voix contre une, que, dans l'éventualité de la mise à exécution de l'arrêt du Tribunal fédéral du 16 août 2007, il y aurait violation de l'article 8 de la Convention dans le chef des deux requérants ».

¹³³ Arrêt du TF 5F_8/2010, 26 mai 2011, italiques ajoutées par l'auteur.

¹³⁴ Pour une critique dans ce sens émanant d'une juge et d'une greffière du Tribunal fédéral, cf. PFIFFNER BRIGITTE, BOLLINGER SUSANNE, « Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung », *Jusletter* 21 novembre 2011, n° 42.

Pour établir un état conforme à la Convention, il n'est pas suffisant que le Tribunal fédéral admette une demande de révision et annule son arrêt statuant sur rescindant. Encore faut-il qu'il rende, statuant sur le rescisoire, un nouvel arrêt qui respecte l'esprit du jugement européen. Cette condition n'est cependant pas toujours remplie : dans certaines affaires, les juges fédéraux optent pour une interprétation restrictive de l'arrêt européen. L'arrêt *Emre c. Suisse* permet d'illustrer ce point. L'affaire concernait le renvoi d'un ressortissant turc délinquant qui avait vécu depuis l'âge de six ans en Suisse. Alors que les tribunaux helvétiques avaient mis l'accent sur les nombreuses infractions commises par le requérant, son incapacité de s'intégrer en Suisse et le fait que les liens avec son pays d'origine n'avaient pas été complètement rompus, la Cour EDH a considéré dans un arrêt rendu le 22 mai 2008 (ci-après arrêt « *Emre I* ») que l'expulsion était une ingérence disproportionnée dans la vie privée et familiale, compte tenu, entre autres, « de la gravité relative des condamnations prononcées contre le requérant, de la faiblesse des liens qu'il entretient avec son pays d'origine et du caractère définitif de la mesure d'éloignement »¹³⁵. En plus, la Cour avait également pris en considération dans la mise en balance des intérêts qu'une partie des infractions commises relevaient de la délinquance juvénile et que le requérant souffrait de troubles psychiques qui rendraient le retour dans son pays d'origine encore plus difficile.

Statuant sur révision, le Tribunal fédéral a fait une lecture restrictive de l'arrêt européen¹³⁶. Alors qu'une interprétation favorable au requérant aurait conduit à l'annulation de la mesure de renvoi, les juges fédéraux ont ramené la durée de l'expulsion à dix ans, estimant que la nature disproportionnée de l'éloignement était due principalement, voir exclusivement, à son caractère définitif.

Un autre exemple d'une interprétation peu généreuse d'un jugement européen est l'affaire *VGT Verein g. Tierfabriken*. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral a refusé, par arrêt rendu le 29 avril 2002¹³⁷, d'admettre la demande de révision suite au constat de violation par la Cour dans l'arrêt *VGT I*¹³⁸. Les considérants de l'arrêt suisse reflètent de plus une vision très étroite de la portée de l'arrêt européen. Selon le Tribunal fédéral, l'arrêt de la Cour implique uniquement que l'interdiction de la publicité politique ne peut pas justifier la diffusion du spot, sans pourtant se prononcer sur la question de savoir si d'autres motifs (reposant par exemple sur la loi sur la concurrence déloyale) entrent en ligne de compte¹³⁹. Plus fondamentalement, le Tribunal

¹³⁵ ACEDH, *Emre c. Suisse*, n° 2034/04, 22 mai 2008.

¹³⁶ Arrêt du TF 2F_11/2008, 6 juillet 2009.

¹³⁷ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002.

¹³⁸ *Supra*, IV.A.2.bb.

¹³⁹ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002, consid. 4.3.

fédéral estime que l'arrêt européen ne consacre pas un droit à l'antenne. La législation suisse en matière du droit des cartels serait en tout état de cause suffisante pour satisfaire d'éventuelles obligations positives de la Suisse en matière de liberté d'expression¹⁴⁰.

B. Le discours descendant

1. *Le discours coopératif*

Le discours coopératif ascendant (qui émane des juridictions nationales et est destiné à la Cour EDH) est indispensable à la réalisation d'un ordre public européen¹⁴¹, fondé sur un socle de valeurs communes. Cette forme de discours se matérialise, nous l'avons vu, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Qu'en est-il cependant du discours coopératif « descendant » ? La mission de la Cour n'implique-t-elle pas que les voix des juges nationaux aient de la peine à se faire entendre ? Nous verrons que la Cour s'efforce de contrer cette image en exprimant explicitement sa reconnaissance au discours coopératif ascendant (a.) Autre est la question de savoir si la Cour de Strasbourg est parfois disposée à s'aligner sur la jurisprudence nationale (b.) ou à anticiper la critique des juges nationaux (c.).

a. La reconnaissance

Deux arrêts rendus le 9 juin 2011 ont retenu l'attention des adeptes du dialogue des juges¹⁴² : dans *Schmitz c. Allemagne*¹⁴³, et *Mork c. Allemagne*¹⁴⁴, la Cour s'est référée à un arrêt de la Cour constitutionnelle allemande rendu le 4 mai 2011, donc environ un mois avant le jugement européen, relevant que

¹⁴⁰ Arrêt du TF 2A.526/2001, 29 avril 2002, consid. 4.2. et 4.3.

¹⁴¹ La Cour a décrit la Convention en ces termes pour la première fois dans ACEDH, *Loizidou c. Turquie*, n° 15318/89, 23 mars 1995, Série A310.

¹⁴² Voir les commentaires par LEDTEN INGRID, « Schmitz v. Germany and Mork v. Germany : Applause for the German Constitutional Court – Does 'Dialogue' Solve it All ? », 22 juin 2011, disponible à <http://strasbourgobservers.com/2011/06/22/schmitz-v-germany-and-mork-v-germany-applause-for-the-german-constitutional-court—does-'dialogue'-solve-it-all/> (état au 20 septembre 2011) ; STEINBEIS MAX, « Dialog der Verfassungsgerichte: Ich bin okay, du bist okay », 9 juin 2011, disponible à <http://verfassungsblog.de/dialog-der-verfassungsgerichte-ich-bin-du-bist/> (état au 20 septembre 2011) ; GARCÍA OLIVER, « Phantomschmerzen im Verhältnis zwischen EGMR und BVerfG », 10 juin 2011, disponible à <http://blog.delegibus.com/2011/06/10/phantomschmerzen-im-verhaltnis-zwischen-egmr-und-bverfg/> (état au 20 septembre 2011) ; HERVIEU NICOLAS, « Rétenion de sûreté et droit transitoire : la leçon de droit allemande et européenne (Cour EDH, 5e Sect. 9 juin 2011, Mork c. Allemagne et Schmitz c. Allemagne). Un retentissant satisfecit strasbourgeois à destination de la jurisprudence constitutionnelle allemande sur la rétenion de sûreté », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 10 juin 2011, disponible sur le site <http://www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 septembre 2011).

¹⁴³ ACEDH, *Schmitz c. Allemagne*, n° 30493/04, 9 juin 2011.

¹⁴⁴ ACEDH, *Mork c. Allemagne*, n° 31047/04 et 43386/08, 9 juin 2011.

« [I]a Cour prend note, dans ce contexte, du revirement de jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande concernant la détention de sûreté [...]. Elle se félicite de l'approche de la Cour constitutionnelle allemande consistant à interpréter les dispositions de la Loi fondamentale également à la lumière de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, ce qui montre l'attachement constant de la Cour [constitutionnelle allemande] à la protection des droits fondamentaux non seulement à l'échelon national, mais aussi au niveau européen »¹⁴⁵.

Il sied de relever que la référence au jugement de la Cour constitutionnelle n'était pas nécessaire pour l'issue des deux arrêts. Dans une perspective dialogique, elle s'explique plutôt par la volonté de la Cour européenne de reconnaître explicitement l'attitude coopérative que la Cour de Karlsruhe a exprimée dans son arrêt du 4 mai. Venant d'une juridiction qui n'a pas ménagé le juge européen de critiques suite à l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*¹⁴⁶, et qui est connue pour ses réflexes souverainistes¹⁴⁷, « l'offre d'amitié »¹⁴⁸ des juges constitutionnels allemands exprimée dans l'arrêt du 4 mai¹⁴⁹ ne pouvait que rassurer la Cour de Strasbourg. Dans ledit arrêt, la Cour constitutionnelle prône, en effet, le dialogue au lieu de la guerre des juges :

« L'attitude favorable de la Loi fondamentale est [...] l'expression d'une conception de souveraineté qui ne fait pas obstacle à une intégration dans des contextes inter- et supranationaux et leurs approfondissements. Tout au contraire, elle suppose et attend de tels développements. Sur cette toile de fond, le « dernier mot » de la Constitution allemande ne s'oppose pas à un dialogue international et européen des juges mais en est la base normative »¹⁵⁰.

Finalement, une nouvelle requête de la princesse monégasque a donné à la Cour l'occasion de mettre un terme aux controverses déclenchées par l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*¹⁵¹. Elle portait également sur un conflit entre les droits de la personnalité, d'une part, et la liberté des médias, d'autre part. A la différence de l'arrêt précité, le juge européen conclut cette fois-ci à l'absence d'une violation de l'article 8 CEDH¹⁵², faisant primer la liberté des médias sur la protection de la sphère privée. Dans les considérants de l'arrêt *Von Hannover*

¹⁴⁵ *Schmitz* (n. 143) par. 41, *Mork* (n. 144) par. 54, notre traduction.

¹⁴⁶ *Supra*, IV.A.2.a.

¹⁴⁷ Voir aussi le fameux arrêt de la Cour constitutionnelle allemande au sujet du traité de Maastricht, BVerfGE 89, 155, qui se situe dans le sillage de la jurisprudence dite « Solange » (BVerfGE 37, 271, *Solange I* ; BVerfGE 73, 339, *Solange II*) et trouve son prolongement dans l'arrêt au sujet du Traité de Lisbonne, BVerfGE 123, 267.

¹⁴⁸ Cf. LEIJTEN (n. 142), se référant à un « *Freundschaftsgebot* ».

¹⁴⁹ BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10 et 2 BvR 571/10.

¹⁵⁰ BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10 et 2 BvR 571/10, par. 89, résumé par la Cour EDH dans *Schmitz c. Allemagne* (n. 143) par. 28, *Mork c. Allemagne* (n. 144) par. 31.

¹⁵¹ *Supra*, IV.A.2.a.

¹⁵² ACEDH, *Von Hannover (n° 2) c. Allemagne*, n° 40660/08 et 60641/08, 7 février 2012.

(n° 2) c. *Allemagne*, la Cour ne manque pas de mettre en exergue l'attitude coopérative des juridictions allemandes. Elle relève que

« les juridictions nationales ont explicitement pris en compte la jurisprudence de la Cour en la matière. Alors que la Cour fédérale de justice a modifié sa jurisprudence à la suite de l'arrêt *Von Hannover*, la Cour constitutionnelle fédérale a pour sa part non seulement confirmé cette jurisprudence, mais également procédé à une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour en réponse aux griefs des requérants d'après lesquels l'arrêt de la Cour fédérale de justice avait méconnu la Convention et la jurisprudence de la Cour »¹⁵³.

L'arrêt ne se limite pas à porter une appréciation positive sur la réception de la jurisprudence européenne dans l'ordre juridique allemand. La Cour s'efforce en plus de montrer qu'elle n'est pas restée insensible aux critiques de l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*¹⁵⁴. Pour contrer le reproche d'un manque de déférence face aux juridictions suprêmes nationales, la Cour souligne que celles-ci disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'elles statuent sur des conflits entre droits fondamentaux¹⁵⁵. Soucieuse de ne pas substituer sa propre appréciation à celle des juridictions nationales, le juge européen se contente en l'espèce d'examiner que les tribunaux allemands ont « procédé à une mise en balance circonstanciée du droit [...] à la liberté d'expression avec le droit des requérants au respect de leur vie privée »¹⁵⁶.

b. L'alignement

La Cour européenne est-elle disposée à aligner sa jurisprudence sur celle d'une juridiction nationale, jugée plus convaincante ? Cette forme de discours est rare, et à notre connaissance inexistante dans les arrêts concernant la Suisse. Quant aux arrêts portant sur d'autres Etats, la doctrine indique à titre d'exemple l'arrêt *Stafford c. Royaume-Uni*¹⁵⁷. Le juge européen y suit l'évolution de la jurisprudence britannique, selon laquelle une nouvelle incarcération d'une personne libérée de façon anticipée ne peut (contrairement à ce qu'admettait la jurisprudence antérieure) plus se fonder sur le jugement initial de condamnation à une peine perpétuelle obligatoire. Ceci amène la Cour EDH à abandonner sa jurisprudence et à conclure que la peine perpétuelle obligatoire prévue dans l'ordre juridique britannique n'est pas une sanction à perpétuité de sorte qu'une nouvelle incarcération requiert un nouveau

¹⁵³ *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* (n. 152) par. 125.

¹⁵⁴ *Supra*, IV.A.2.a.

¹⁵⁵ Cf. *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* (n. 152) par. 126.

¹⁵⁶ *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* (n. 152) par. 124.

¹⁵⁷ ACEDH, *Stafford c. Royaume-Uni* (GC), n° 46295/99, 28 mai 2002, Rec. 2002-IV ; cet exemple est cité par ANDRIANTSIMBAZOVINA JOËL, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYNOUARD (n. 5) p. 167 ss et 185.

contrôle judiciaire. Dans l'arrêt *Stafford c. Royaume-Uni*, l'alignement a donc conduit au renforcement des droits conventionnels.

L'arrêt de la Grande Chambre *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*¹⁵⁸, concernant le droit de contre-interrogatoire, montre cependant que l'hypothèse d'un alignement sur une jurisprudence nationale qui conduit à un niveau de protection moins élevé n'est pas purement théorique. Le jugement européen est rendu dans un contexte marqué par des fortes tensions entre la Cour de Strasbourg et le Royaume-Uni en raison des controverses au sujet du droit de vote des détenus¹⁵⁹. La Cour y discute de façon approfondie la critique avancée par la Cour suprême du Royaume-Uni à l'encontre de l'arrêt de chambre, répondant ainsi à l'invitation des juges de la Cour suprême de « reconsidérer l'aspect controversé de l'arrêt »¹⁶⁰ en vue de permettre un « dialogue précieux entre cette Cour et la Cour de Strasbourg »¹⁶¹. Ayant recours au « dialogue spontané »¹⁶², la Cour s'efforce de contrer la critique selon laquelle l'arrêt de chambre n'a pas suffisamment tenu compte des pays de la *common law*, passant en revue la jurisprudence et la législation dans une série d'Etats, y compris l'Irlande, l'Australie, la Nouvelle Zélande, l'Afrique du

¹⁵⁸ ACEDH, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, n° 26766/05 and 22228/06, 15 décembre 2011. Pour un résumé et une discussion, cf. HERVIEU NICOLAS, « Droit à un procès équitable (Art. 6 CEDH) : Admissibilité des preuves par oui-dire et droit de contre-interrogatoire en matière pénale, Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 18 décembre 2011, disponible sur le site <http://www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 mars 2012).

¹⁵⁹ La controverse a été déclenchée par l'ACEDH, *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2) (GC)*, n° 74025/01, 6 octobre 2005. Suite au refus des autorités britanniques de mettre en œuvre ledit arrêt, la Cour a réaffirmé sa position dans l'ACEDH, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, n° 60041/08 et 60054/08, 23 novembre 2010. Dans le dispositif dudit jugement, la Cour fait injonction au Royaume-Uni de procéder à la révision de la législation nationale prévoyant la déchéance automatique du droit de vote des détenus. A cet effet, un délai de six mois a été imparti aux autorités pour soumettre des projets législatifs au parlement, ce qui a suscité une vive opposition outre-Manche. Le collège de cinq juges a rejeté la demande de renvoi à la Grande Chambre cf. Communiqué de presse n° 328 du Greffier de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 avril 2011. Pour plus d'informations également sur les réactions affichées au Royaume-Uni, cf. HERVIEU NICOLAS, « Droit de vote des détenus (Art. 3 du Protocole n° 1 CEDH) : Poursuite du bras de fer entre le Royaume-Uni et la Cour européenne des droits de l'homme », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 10 septembre 2011, disponible sur le site <http://www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 mars 2012).

¹⁶⁰ *R. v. Horncastle* (n. 103), par. 11 (traduit par l'auteur).

¹⁶¹ *R. v. Horncastle* (n. 103), par. 11 (traduit par l'auteur). La citation intégrale a la teneur suivante : « The requirement to "take into account" the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case. »

L'importance et la légitimité du dialogue entre le juge européen et le juge national sont mises en exergue, dans l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* (n. 158), dans l'opinion partiellement dissidente et partiellement concordante des juges KARAKAS and SAJÓ ainsi que dans l'opinion concordante du juge BRATZA.

¹⁶² Pour le concept de dialogue spontané, cf. *supra*, I.

Sud, Hong Kong et les Etats-Unis. Suite à une discussion approfondie des arguments avancés par la Cour suprême du Royaume-Uni, elle opte pour un « alignement partiel ». Sans approuver l'intégralité des arguments avancés par les juges britanniques, elle infirme partiellement l'arrêt de chambre et confirme la violation de la Convention seulement en ce qui concerne le second requérant. Quant au premier requérant, elle estime que la condamnation pénale, fondée sur des preuves par oui-dire, est conforme à la Convention. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour infléchit sa jurisprudence selon laquelle le droit de contre-interroger des témoins ne souffre aucune exception en matière pénale. Cette règle, jugée trop inflexible, est assouplie dans le sens qu'il convient de tenir compte de l'équité de la procédure dans son ensemble. La question de savoir si l'impossibilité d'interroger des témoins viole l'article 6, paragraphe 1 CEDH appelle cependant un examen extrêmement rigoureux¹⁶³. Citant un arrêt de la Chambre des Lords, la Cour estime que l'admission des preuves par oui-dire, en raison des risques qu'elle comporte, est un facteur qui fait pencher la balance fortement en faveur du requérant¹⁶⁴.

Comparé à l'alignement (partiel) vers le bas, l'alignement vers le haut est plus fréquent. De façon analogue à *Stafford c. Royaume-Uni*, la démarche de la Cour peut également être qualifiée de telle dans le cas de figure où le juge européen reprend une solution adoptée par le juge national sur une question nouvelle, que la Cour n'a pas encore eu l'occasion de trancher¹⁶⁵. En d'autres termes, cette forme d'alignement est la réaction du juge européen à l'anticipation par les juridictions nationales, c'est-à-dire au troisième type de discours coopératif ascendant que nous avons identifié. A titre d'exemple, il sied de mentionner l'arrêt *M. c. Allemagne*¹⁶⁶. La Cour s'y est référée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de rétention de sûreté¹⁶⁷, laquelle justifie de détenir des personnes en raison de leur dangerosité après l'exécution de leur peine d'emprisonnement. Le juge constitutionnel français avait annulé les dispositions d'une loi prévoyant l'application de cette mesure à des personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi. La Cour EDH s'est fondée entre autres sur cette jurisprudence pour désavouer la Cour constitutionnelle allemande (qui avait jugé que le principe de non-rétroactivité des lois pénales ne s'appliquait pas aux mesures telles que la détention de sûreté). C'est par ailleurs l'alignement ultérieur des juges constitutionnels allemands sur la jurisprudence européenne et française qui a donné lieu à la

¹⁶³ *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* (n. 158) par. 147.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Cette forme d'alignement est mise en exergue par le Président de la Cour européenne. Cf. COSTA JEAN-PAUL, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in : LICHÈRE/POTVIN-SOLIS/RAYNOUARD (n. 5) p. 152 ss et 157.

¹⁶⁶ ACEDH, *M. c. Allemagne*, no 19359/04, 17 décembre 2009.

¹⁶⁷ Décision du 21 février 2008 (no 2008-562 DC), Journal officiel du 26 février 2008, p. 3272. La Cour se réfère à cette décision dans les paragraphes 75 et 126, *M. c. Allemagne* (n. 166).

reconnaissance par la Cour EDH à travers les arrêts *Schmitz c. Allemagne* et *Mork c. Allemagne*, décrite dans la section précédente¹⁶⁸.

La méthode comparative, employée par la Cour EDH dans l'arrêt *M. c. Allemagne*, est une approche par laquelle le juge européen justifie fréquemment une interprétation évolutive de la Convention. La doctrine relève, par exemple, que la jurisprudence de la Cour concernant l'effet horizontal des droits conventionnels est inspirée de la théorie allemande de la *Drittwirkung*¹⁶⁹, également connue en droit constitutionnel suisse. Tenant compte de la diversité des pratiques nationales, la Cour a tendance à appliquer l'effet horizontal avec prudence, et au cas par cas. Dans cet ordre d'idées, elle s'est abstenue, dans l'arrêt *VGT I*, d'élaborer une théorie générale sur l'application de la Convention entre des particuliers et s'est contentée de trancher le cas d'espèce¹⁷⁰. Ce faisant, le juge européen adopte la méthode préconisée par les adhérents du minimalisme judiciaire¹⁷¹, consistant à trancher « une affaire à la fois »¹⁷², sans recours à des grands principes ou théories. Les décisions judiciaires minimalistes, qui reflètent des « accords imparfaitement théorisés »¹⁷³, sont selon les défenseurs de cette théorie plus légitimes que des jugements qui visent à établir des règles générales motivées par des principes philosophiques¹⁷⁴ : dans une société marquée par une grande diversité, les prémisses ou les conclusions théoriques risquent, en effet, de ne pas être partagées par une bonne partie de la population. Nous verrons dans la section suivante que le souci du juge européen de tenir compte de la diversité parmi les 47 Etats parties joue aussi un rôle dans le discours anticipatif.

¹⁶⁸ *Supra*, IV.B.1.a.

¹⁶⁹ Cf. ANDRIANTSIMBAZOVINA (n. 157) p. 181.

¹⁷⁰ *Supra*, IV.A.2.bb.

¹⁷¹ Pour cette théorie, voir SUNSTEIN CASS. R., *One Case at a Time. Judicial Minimalism at the Supreme Court*, Cambridge/Londres, 1999 ; *Id.* « Burkean Minimalism », *Michigan Law Review* 2006-2007, p. 353 ss ; *Id.*, « Foreword. Leaving Things Undecided. The Supreme Court Term 1995 », 101 *Harvard Law Review* 1996, p. 6 ss.

¹⁷² Cf. le titre de l'ouvrage de SUNSTEIN 1999 (n. 171).

¹⁷³ Cf. SUNSTEIN CASS. R., « Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law », *University of Chicago, Public Law Working Paper No. 147*, 2007, disponible à http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369, état au 17 novembre 2011. Selon cet auteur, les « accords imparfaitement théorisés » désignent des cas de figures où il existe un entendement sur une pratique constitutionnelle sans qu'il y ait un accord sur la théorie constitutionnelle. L'accord est imparfait, dans le sens qu'il porte soit sur la solution d'un problème particulier, sans qu'il y ait un consensus sur le principe ou la règle qui justifie la solution, soit sur la règle ou le principe, sans qu'il y ait un accord sur la solution qui en découle dans un cas d'espèce. Pour une théorie semblable, voir la théorie du « consensus par recoupement » (*overlapping consensus*) développée par RAWLS JOHN, *Political Liberalism*, New York/Chichester, 2005.

¹⁷⁴ Pour une critique de la théorie du minimalisme judiciaire, cf. DWORKIN RONALD, « Looking for Cass Sunstein », *The New York Review of Books*, avril 2009.

c. L'anticipation

Parlant du discours ascendant, nous avons qualifié d'anticipation la tendance du juge national d'interpréter de façon généreuse la Convention en anticipant les développements futurs de la jurisprudence européenne. Le souci d'éviter un constat de violation prononcé au niveau européen favorise le recours par le juge national à cette stratégie. Cette incitation fait défaut pour le juge européen, qui n'est soumis à aucune juridiction supérieure. D'un point de vue juridique, la révision de la Convention ou de ses protocoles est la seule possibilité ouverte pour remettre en cause un jugement européen. La volonté unanime des 47 Etats membres du Conseil de l'Europe de « corriger » un jugement européen relève cependant plus de la théorie que de la pratique. La faculté de réviser la Convention n'est donc pas un contrepois effectif au pouvoir de la Cour.

La jurisprudence européenne a néanmoins développé sa propre stratégie, soucieuse d'assurer l'acceptabilité de ses jugements. Il s'agit de la fameuse théorie de la marge d'appréciation¹⁷⁵. Visant à concilier l'universalisme des droits de l'homme avec les particularités nationales, cette théorie permet à la Cour de moduler son pouvoir de cognition selon une série de facteurs, y compris l'absence ou l'existence d'un consensus parmi les Etats membres. Le fait d'accorder aux Etats parties une grande marge d'appréciation revient, dans les termes de Mireille DELMAS-MARTY, à inverser la hiérarchie des normes, étant donné qu' « à l'intérieur de la marge d'appréciation admise le législateur a un pouvoir autonome ou discrétionnaire de détermination de la norme, ce qui revient à le placer au sommet de la hiérarchie normative, pour ce qui relève de cette appréciation discrétionnaire »¹⁷⁶.

Cette forme de discours descendant ne vise pas à anticiper la réaction d'un seul Etat et ne peut donc pas s'adresser spécifiquement au juge helvétique. Elle permet cependant au juge européen d'anticiper, et d'éviter, par une attitude déférente, des solutions qui ne trouveront pas de soutien dans un nombre considérable d'Etats membres du Conseil de l'Europe. Conjointement à

¹⁷⁵ Pour des études portant sur la marge d'appréciation, voir p.ex. ARAI-TAKAHASHI YUTAKA, *The margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anvers/Oxford/New York, 2001 ; GREER STEVEN, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoirs discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Dossiers Droits de l'Homme n°17, Strasbourg, 2000 ; CALLEWAERT JOHAN, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in : MAHONEY et al. (éd.), *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, 2000, p. 147 ss ; YOUROW HOWARD CHARLES, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, 1996 ; BREMS EVA « The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights », 56 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, p. 240 ss ; PREBENSEN SOREN C. « The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention », 19 *Human Rights Law Journal* 1998, p. 13 ss ; SCHOKKENBROEK JEROEN « The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law on the European Court of Human Rights », 19 *Human Rights Law Journal* 1998, p. 30 ss.

¹⁷⁶ DELMAS-MARTY MIREILLE, *Pour un droit commun*, Paris, 1994, p. 110.

d'autres voix, la position du juge helvétique est susceptible d'avoir une influence sur le juge européen¹⁷⁷. Parmi les institutions nationales, ce sont cependant les voix des gouvernements, et non celles des juges, qui ont un accès privilégié à Strasbourg. Ils peuvent, en effet, exprimer leur position en tant que tiers intervenants, à l'instar des institutions du Conseil de l'Europe et des acteurs de la société civile¹⁷⁸.

Dans l'affaire *Lautsi c. Italie* concernant l'affichage du crucifix dans les salles de classe¹⁷⁹, dix gouvernements, le même nombre d'organisations non-gouvernementales, et trente-trois membres du Parlement européen ont pris position devant la Cour sur cette question symbolique et hautement médiatisée. Dans l'affaire *A., B., et C. c. Irlande*¹⁸⁰ portant sur un domaine non moins sensible, l'avortement, les tiers intervenants ont également été nombreux. Dans les deux affaires, la Grande Chambre n'est pas restée insensible à la forte mobilisation des représentants étatiques et de la société civile. Soulignant l'absence d'un consensus européen, elle a accordé aux Etats membres une grande marge d'appréciation. En conséquence, dans *A., B., et C. c. Irlande*, la politique restrictive en matière d'avortement a pour l'essentiel échappé à une sanction des juges strasbourgeois. Dans *Lautsi c. Italie*, les opposants à une stricte neutralité confessionnelle dans le domaine scolaire, qui ont également insisté sur la diversité des pratiques nationales, ont fini par emporter la conviction de la Cour. Opérant un renversement spectaculaire de l'arrêt de chambre, rendu à l'unanimité, les juges de la Grande Chambre ont conclu, par quinze voix contre deux, à l'absence d'une violation de la Convention.

La Grande Chambre a également désavoué les juges de chambre dans un autre arrêt récent, rendu le 3 novembre 2011 dans l'affaire *S.H. et autres c. Autriche*¹⁸¹, et portant sur la législation autrichienne en matière de fécondation *in vitro*. Selon l'opinion de 13 juges, critiquée par quatre juges dissidents, l'affaire soulevait « des questions morales ou éthiques délicates »¹⁸², ce qui justifiait d'accorder aux Etats une grande marge d'appréciation¹⁸³.

¹⁷⁷ Pour le recours à la marge nationale d'appréciation comme un facteur favorisant le dialogue, voir ANDRIANTSIMBAZOVINA (n. 157) p. 179.

¹⁷⁸ Cf. l'article 36 par. 2 CEDH et l'article 44 du Règlement de la Cour, selon lesquels le président de la Cour peut inviter ou autoriser des Etats qui ne sont pas partie à l'instance ou des tiers à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences.

¹⁷⁹ ACEDH, *Lautsi et autres c. Italie* (GC), n° 30814/06, 18 mars 2011.

¹⁸⁰ ACEDH, *A., B. et C. c. Irlande* (GC), n° 25579/05, 16 décembre 2010.

¹⁸¹ ACEDH, *S.H. et autres c. Autriche* (GC), no 57813/00, 3 novembre 2011.

¹⁸² *S.H. et autres c. Autriche* (n. 181) par. 94.

¹⁸³ La Cour parvient à cette conclusion malgré son constat qu'il existe en droit comparé et en droit international une tendance vers une approche plus libérale que celle adoptée par le législateur autrichien. Elle relève que « le consensus qui semble se dessiner correspond davantage à un stade de l'évolution d'une branche du droit particulièrement dynamique qu'à des principes établis de longue date dans les ordres juridiques des Etats membres, raison pour laquelle il ne peut

Le dialogue entre les détracteurs des arrêts *Lautsi c. Italie*¹⁸⁴, et *S.H. c. Autriche*¹⁸⁵ et de leurs adhérents est vif : la Grande Chambre s'est-elle réfugiée pour des motifs politiques derrière la théorie de la marge d'appréciation, abdiquant de son rôle de garant des droits fondamentaux au niveau européen, ou a-t-elle à juste titre entendu les voix critiques et diverses parmi les Etats parties ? Le dialogue entre les détracteurs et les défenseurs des deux arrêts n'est pas moins animé que celui entre les juges de chambre et les magistrats de la Grande Chambre. En effet, la création d'une « voie de recours » au sein de la Cour EDH a pour conséquence que le dialogue se prolonge au sein de l'instance alsacienne même. Le fait que la Cour ne parle plus d'une seule voix mais peut désavouer ses propres arrêts favorise à son tour le dialogue pour deux raisons. Tout d'abord, en déférant un arrêt à la Grande Chambre, la partie qui succombe prolonge le débat avec le juge européen. Ensuite, les renversements jurisprudentiels par la Grande Chambre conduisent à une perception relativiste des droits de l'homme. Face au désaccord sur la portée ou le sens d'un droit fondamental au sein d'une seule institution, les juridictions nationales ne seront-elles pas tentées d'exprimer leurs propres interprétations des droits de l'homme de façon plus ferme et insistante ? Si tel devait être le cas, le discours compétitif ascendant ne manquerait à l'avenir pas à gagner du terrain.

2. *Le discours compétitif*

a. La critique

Chaque jugement par lequel le juge européen constate une violation d'un droit conventionnel implique une critique, plus ou moins ouverte, du raisonnement du juge national. A cet égard, soulignons qu'un constat de violation est d'autant plus probable que la position d'une juridiction ou d'une législation nationale est isolée au niveau européen. Dans l'arrêt *Tekeli c. Turquie*¹⁸⁶, par exemple, la Cour EDH a relevé que tant le droit international des droits de l'homme que le droit comparé montrent une évolution vers l'égalité des sexes dans le domaine du nom de famille, et que la Turquie est parmi les seuls Etats européens à imposer à la femme d'inclure, dans son nom de famille, celui de

restreindre de manière décisive la marge d'appréciation de l'Etat. » (ACEDH, *S.H. et autres c. Autriche* [n. 181] para. 96).

¹⁸⁴ Pour une analyse de l'arrêt *Lautsi c. Italie* (n. 179), cf. ZIMMERMANN TRISTAN, « Le crucifix dans la salle de classe : l'arrêt *Comune di Cadro* revisité à la lumière de l'affaire *Lautsi* », *PJA* 2011, p. 1485 ss.

¹⁸⁵ Cf. TIMMER ALEXANDRA, « S.H. and others v Austria and the Margin of Appreciation and IVF », 9 novembre 2011, disponible à le site <http://www.strasbourgobservers.com> (état au 20 mars 2012) ; HERVIEU NICOLAS, « Procréation médicalement assistée : sous pression, la Grande Chambre préfère la pusillanimité à l'audace (CEDH, G.C. 3 novembre 2011, *S. H. et autres c. Autriche*) », 7 novembre 2011, disponible sur le site <http://www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr> (état au 20 mars 2012).

¹⁸⁶ *Tekeli c. Turquie* (n. 118).

son époux¹⁸⁷. A la lecture de ce constat, la « condamnation » de la Turquie était prévisible. Tel était *a fortiori* le cas pour le désaveu ultérieur de la législation helvétique, exprimé dans l'arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*¹⁸⁸. Rappelons que l'arrêt mentionné a été rendu quelques mois après que le Tribunal fédéral a fait preuve de réticence à reconnaître l'autorité de la chose interprétée à la jurisprudence européenne dans le domaine du droit du nom et de la faire primer sur les dispositions contraires du Code civil¹⁸⁹.

Parmi les arrêts constatant une violation de la Convention, il existe des cas où la Cour exprime sa désapprobation en des termes particulièrement forts. Parmi les arrêts récents concernant la Suisse, *Emonet*¹⁹⁰ est l'exemple le plus frappant. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral avait essentiellement analysé l'affaire sous l'angle du Code civil pour conclure que la loi suisse ne permettait pas l'adoption d'un enfant par le concubin sans qu'il en résulte de rupture du lien de filiation avec le parent biologique¹⁹¹. L'approche interprétative des juges fédéraux, axée sur la loi nationale, n'a pas convaincu le juge européen :

« Par ailleurs, la Cour note que le Gouvernement se fonde pour une bonne part sur des motifs tirés des travaux préparatoires du code civil afin de justifier la différence de traitement entre les couples mariés et les concubins [...]. A cet égard, elle rappelle qu'il convient d'interpréter les droits découlant de la Convention non pas exclusivement par rapport au droit interne d'un Etat partie, mais de manière autonome [...]. Par ailleurs, elle a à maintes occasions souligné l'importance d'une approche évolutive dans l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui, écartant ainsi la prise en compte excessive de l'interprétation historique [...] »¹⁹².

A la vision « jupitérienne » du juge helvétique, soucieux de mettre en œuvre fidèlement la volonté du législateur, la Cour oppose une vision plutôt « herculéenne »¹⁹³, préoccupée d'une mise en balance adéquate de tous les intérêts concernés dans le cas d'espèce. Elle rétorque que

¹⁸⁷ *Tekeli c. Turquie* (n. 118) par. 59 ss.

¹⁸⁸ Voir *supra* (n. 122).

¹⁸⁹ Voir *supra*, IV.A.2.ba.

¹⁹⁰ *Emonet c. Suisse* (n. 110).

¹⁹¹ *Supra*, IV.A.2.ba.

¹⁹² *Emonet c. Suisse* (n. 110) par. 83.

¹⁹³ Pour le modèle jupitérien et le modèle herculéen du juge, cf. *supra* I. Pour une affaire récente dans laquelle l'approche « herculéenne » de la Cour EDH contraste avec l'approche « jupitérienne » des juges fédéraux, cf. ACEDH, *Association Rhino c. Suisse*, n° 48848/07, 11 octobre 2011 (non définitif), désavouant le raisonnement du Tribunal fédéral dans l'ATF 133/2007 III 593, *Association Rhino*. Alors que la Cour a retenu une violation de la liberté d'association, la dissolution de la requérante n'étant à son sens pas nécessaire pour atteindre les buts poursuivis, le Tribunal fédéral a fait peu de développements au sujet de la garantie conventionnelle et n'a guère examiné la proportionnalité de la restriction. Il a considéré que la dissolution était conforme à l'article 78 CC, qui lie les juges de Mon Repos en vertu de l'article 190 Cst.

« le « respect » de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues. L'absence de cette prise en compte a heurté de front les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne »¹⁹⁴.

Cette critique particulièrement explicite contraste avec des stratégies discursives par lesquelles le juge européen exprime son désaveu de façon moins péremptoire. L'on trouve ainsi dans la jurisprudence européenne impliquant des Etats autres que la Suisse des exemples où la critique est formulée sous forme d'avertissement, et se combine avec la reconnaissance du progrès accompli par l'Etat défendeur. Dans l'affaire *Simaldone c. Italie*¹⁹⁵, par exemple, la Cour a fait des remarques plus générales sur l'effectivité du nouveau remède dit « Pinto », introduit par le législateur italien pour se conformer à l'arrêt *Kudla c. Pologne*¹⁹⁶ en assurant que des victimes de procédures excessivement longues puissent obtenir un redressement approprié au niveau interne. La Cour commence par rappeler que

« [L]orsqu'un Etat a fait un pas significatif en instituant un recours indemnitaire, la Cour se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays »¹⁹⁷.

Elle conclut néanmoins à une violation de l'article 6 CEDH dans le cas d'espèce pour le motif que la durée de la procédure « Pinto » a été déraisonnable et l'indemnité de surcroît versée tardivement. La Cour ne va cependant pas jusqu'à nier le caractère effectif de la procédure « Pinto ». Le nouveau remède reste donc une voie de droit que les particuliers devront épuiser avant de saisir le juge européen. La Cour de Strasbourg signale cependant qu'elle a été saisie d'un grand nombre de requêtes critiquant des retards dans le paiement des indemnités « Pinto ». Compte tenu de l'ensemble du nombre beaucoup plus élevé des décisions rendues en application de ladite loi, elle constate toutefois qu'elle « ne décèle pas, pour l'instant, une inefficacité structurelle du remède « Pinto »¹⁹⁸. Elle estime néanmoins

« devoir attirer l'attention du Gouvernement sur le problème des retards apportés au paiement des indemnités « Pinto » et sur la nécessité, pour les autorités nationales, de se doter de tous les moyens adéquats et suffisants en vue [...] d'éviter l'introduction devant la Cour d'un grand nombre d'affaires répétitives [...] qui engorgeraient son rôle, ce qui

¹⁹⁴ *Emonet c. Suisse* (n. 110) par. 86.

¹⁹⁵ ACEDH, *Simaldone c. Italie*, n° 22644/03, 31 mars 2009.

¹⁹⁶ ACEDH, *Kudla c. Pologne* (GC), n° 30210/96, 26 octobre 2000, Rec. 2000-XI.

¹⁹⁷ *Simaldone c. Italie* (n.195) par. 78.

¹⁹⁸ *Simaldone c. Italie* (n.195) par. 83.

constituerait une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif mis en place par la Convention. »

Au lieu de s'engager dans une voie de confrontation pure et dure, la Cour cherche donc, en associant l'éloge à l'avertissement, à inciter l'Etat défendeur à la coopération. Dans le domaine des requêtes portant sur l'article 13 CEDH et concernant des problèmes structurels, cette approche n'est pas étonnante. En effet, la stratégie d'affrontement n'est pas sans risque pour les deux parties au dialogue : par la négation du caractère effectif d'un remède national, le juge européen prive le juge national de son statut d'interlocuteur incontournable, étant donné que des particuliers ne seront pas tenus d'épuiser des voies de droit internes jugées ineffectives. En contrepartie, il doit se passer du filtrage effectué par la juridiction nationale compétente et court le danger d'être à nouveau submergé par un flot de requêtes répétitives, qui ne pourront pas être déclarées irrecevables pour non-épuisement des voies de recours internes¹⁹⁹. Lorsqu'il n'y a pas de risque d'engorgement par des requêtes répétitives, le juge européen n'hésite pas à inciter les autorités nationales, y compris la juridiction suprême, à renforcer la protection judiciaire au niveau interne en niant l'existence d'une voie de recours effective à l'échelon national. Les instances de Strasbourg ont ainsi déclaré recevables des requêtes suisses lorsque la violation alléguée de la Convention avait sa source dans une loi fédérale pour le motif que l'absence du contrôle de conventionalité privait le recours au Tribunal fédéral d'effectivité. La jurisprudence *PKK*²⁰⁰ du Tribunal fédéral peut ainsi être comprise comme exprimant le désir des juges fédéraux de pouvoir entamer le dialogue avec le juge européen aussi au sujet de la conventionalité des lois fédérales²⁰¹.

b. La réplique

Rappelons qu'un constat de violation de la Cour ne met pas forcément un terme au dialogue entre le juge suisse et le juge européen. Comme nous l'avons vu, le Tribunal fédéral fait dans certaines affaires usage de la procédure de révision pour exprimer son opposition à un jugement européen, soit en refusant de procéder à la réouverture de la procédure nationale, soit en conférant à l'arrêt de la Cour une portée très étroite²⁰². Cette jurisprudence récalcitrante a à son tour appelé une réaction de la part du juge européen, désireux de donner une « réponse à la réponse » du juge national.

En effet, dans l'affaire *VGT Verein g. Tierfabriken*, la Cour a déclaré recevable une nouvelle requête de l'association vouée à la protection des animaux et a essentiellement retenu sur le fond que le refus de procéder à la

¹⁹⁹ Art. 35, par. 1 CEDH.

²⁰⁰ *Supra*, IV.A.1.a.

²⁰¹ HERTIG RANDALL (n. 67) p. 248.

²⁰² *Supra*, IV.A.2.b.

révision de l'arrêt qui avait fait l'objet de l'arrêt *VGT I* de la Cour était constitutif d'une nouvelle violation de la Convention. L'arrêt européen, confirmé par la Grande Chambre en date du 30 juin 2009²⁰³ (ci-après « *VGT II* »), est remarquable tant sur la question de la recevabilité que sur le fond²⁰⁴.

Concernant la recevabilité, il sied de souligner que les auteurs de la Convention n'ont pas conféré la compétence de surveiller l'exécution des arrêts européens à la Cour, mais au Comité des Ministres. En effet, l'article 46, paragraphe 2 CEDH prévoit que l'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. Relevons que le Protocole n° 14 n'a pas fondamentalement changé cette situation. Dans le but de renforcer la mise en œuvre des arrêts européens, ledit Protocole introduit un recours en manquement²⁰⁵ et un recours en interprétation²⁰⁶ auprès de la Cour européenne. Cependant, seul le Comité des Ministres, à l'exclusion des particuliers, a qualité pour agir. Des requêtes mettant en cause l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un arrêt européen sont donc en principe irrecevables *ratione materiae*. Elles se heurtent au critère de recevabilité selon lequel la Cour ne peut pas statuer sur une requête qui « est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour [...] » sauf si elle contient des faits nouveaux²⁰⁷.

Selon la jurisprudence antérieure à l'arrêt *VGT II*, le refus des autorités nationales de rouvrir la procédure interne après un arrêt européen constatant une violation de la Convention n'est pas considéré comme un fait nouveau justifiant la compétence de la Cour, même si le requérant continue de subir les effets négatifs d'une décision nationale²⁰⁸. Par une interprétation fort extensive de la notion de « faits nouveaux », le juge européen a cependant déclaré la requête de l'association recevable arguant que le Tribunal fédéral s'était fondé sur des « motifs nouveaux »²⁰⁹. Alors que le premier arrêt des juges fédéraux avaient justifié le rejet du recours par l'interdiction légale de la publicité

²⁰³ ACEDH, *Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (N° 2) (GC), n° 32772/02, 30 juin 2009.

²⁰⁴ Pour une analyse de ces questions, cf. HERTIG RANDALL MAYA, RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, « "Judicial Activism" et exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme : arrêt de la Grande Chambre *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (no 2) du 30 juin 2009 », *RTDH* 2010 p. 421 ss ; *Id.*, « Exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Grande Chambre) *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (no 2) du 30 juin 2009, *PJA* 2010 p. 116 ss ; *Id.*, L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* du 4 octobre 2007, *PJA* 2008 p. 651 ss.

²⁰⁵ Art. 46, par. 3 CEDH.

²⁰⁶ Art. 46, par. 4 CEDH.

²⁰⁷ Art. 35, par. 1, let. b CEDH.

²⁰⁸ Cf. HERTIG RANDALL/RUEDIN, « Judicial Activism » (n. 204) p. 425 ; *Id.*, « Exécution », *PJA* 2008 (n. 204) p. 654-655.

²⁰⁹ A part ce motif nouveau, la Cour a retenu comme autre élément nouveau le fait que le Comité des Ministres avait clos la procédure de surveillance de façon prématurée, sans avoir attendu l'issue de la procédure de révision entamée par la requérante devant le Tribunal fédéral (cf. *VGT II* [n. 203], par. 67).

politique, la demande de révision a été rejetée, dans le second arrêt du Tribunal fédéral, pour le motif que la requérante aurait perdu tout intérêt à la diffusion du spot en raison du temps écoulé²¹⁰. Autrement dit, alors que le refus de réviser en tant que tel n'est pas constitutif d'un fait nouveau, le motif invoqué pour ne pas procéder à la réouverture de la procédure nationale peut être qualifié comme tel. Cette argumentation paradoxale a permis à la Cour de répliquer à un argument du Tribunal fédéral qui n'a visiblement pas emporté la conviction du juge européen. Il est en effet difficilement soutenable qu'un spot portant sur un sujet d'intérêt général (les conditions d'élevage des animaux) soit dépassé.

Dans son raisonnement sur le fond, la Cour fait également preuve d'audace et réplique aux autres arguments avancés par le Tribunal fédéral pour justifier le rejet de la demande de révision. Malgré le fait que les Etats parties ne soient en principe pas obligés de permettre la réouverture d'une procédure interne suite à un constat de violation²¹¹, la Cour souligne, en particulier, que si un Etat introduit dans son ordre juridique une procédure de révision, celle-ci doit pouvoir déployer son plein effet utile. Elle en déduit que le Tribunal fédéral a fait preuve de formalisme excessif dans l'application des conditions de recevabilité. Ayant établi que les juges de Mon Repos ont refusé à tort de procéder à la révision de leur arrêt qui a donné lieu à l'arrêt *VGT I*, la Cour prend le soin de clarifier la portée de son premier arrêt. Alors qu'elle ne s'est pas clairement prononcée sur l'étendue des obligations positives découlant de la liberté d'expression dans *VGT I*, elle exprime sans équivoque que la Suisse est tenue d'assurer la diffusion du spot. Ce faisant, elle infirme l'interprétation restrictive du Tribunal fédéral selon lequel l'arrêt *VGT I* n'implique pas un droit à l'antenne²¹². Après le second constat de violation prononcé au niveau européen, l'affaire *VGT Verein g. Tierfabriken* a trouvé son épilogue dans un troisième arrêt du Tribunal fédéral²¹³. La Cour suprême helvétique a clos le dialogue avec son homologue européen en déclarant bien fondée une nouvelle demande de révision de l'association requérante. Après une procédure qui a duré 15 ans, le spot a été diffusé à la télévision nationale en janvier 2010.

Se fondant sur l'arrêt *VGT II*, la Cour EDH a également opté pour une extension du dialogue dans l'affaire *Emre c. Suisse*²¹⁴. En effet, la Cour est entrée en matière sur une seconde requête mettant en cause l'interprétation restrictive de son arrêt *Emre I*. Elle a conclu par arrêt rendu le 11 octobre 2011

²¹⁰ Cf. IV.A.2.bb.

²¹¹ Pour plus de détails, cf. HERTIG RANDALL/RUEDIN, « Judicial Activism » (n. 204) p. 432 ss ; *Id.*, « Exécution », *PJA* 2008 (n. 204), p. 660-661.

²¹² IV.A.2.bb.

²¹³ ATF 136/2009 I 158, *Verein gegen Tierfabriken*.

²¹⁴ Pour cette affaire, voir *supra*, IV.A.2.bb.

(ci-après « *Emre II* »)²¹⁵ que la décision du Tribunal fédéral de ramener à dix ans la durée de l'éloignement du requérant était constitutive d'une nouvelle violation de l'article 8 CEDH. Les considérants de l'arrêt ne manquent pas de critiquer l'interprétation neutralisante de l'arrêt *Emre I*. Tout en relevant que le Tribunal fédéral « disposait d'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation de l'arrêt de la Cour »²¹⁶, le juge européen reproche au Tribunal fédéral d'avoir « substitué l'interprétation faite par la Cour par sa propre interprétation »²¹⁷ et d'avoir méconnu les « conclusions et l'esprit »²¹⁸ de l'arrêt. Leur respect aurait commandé « un examen plus complet des considérations du premier arrêt de la Cour »²¹⁹. Quant aux faits de la cause, le juge européen estime qu'une interdiction du territoire de 10 ans est « un laps de temps important et disproportionné au regard des infractions commises »²²⁰ et que l'annulation pure et simple de l'interdiction du territoire aurait été « l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour »²²¹. Le Tribunal fédéral a fini par se rallier à cette opinion. Suite à l'arrêt *Emre N° 2*, il a intégralement admis une nouvelle demande de révision du requérant et décidé de lever avec effet immédiat l'interdiction d'entrer sur le territoire suisse²²².

V. Conclusion

Riche et varié, le dialogue entre le juge européen et le juge suisse comprend de multiples facettes : il est susceptible de conforter, ou à l'inverse, d'inquiéter à la fois ceux qui appréhendent une guerre des juges, due à l'insubordination des juridictions nationales, que ceux qui craignent un gouvernement de la Cour EDH. L'échange entre Lausanne et Strasbourg est marqué tant par la concorde que par la discorde, déclarées plus ou moins ouvertement. On y trouve également des luttes de pouvoir, les deux interlocuteurs cherchant à prolonger le dialogue pour s'arroger le dernier mot.

Les diverses manifestations du discours transjuridictionnel expérimentelles, dans l'ensemble, une voie moyenne entre la guerre des juges, d'une part, et le gouvernement des juges, d'autre part ? Nous espérons que notre étude fournira au lecteur les éléments pour se forger sa propre opinion sur cette question. Les réponses données varieront, en effet, selon la vision plutôt universaliste ou particulariste, des droits de l'homme. Elles dépendront sans

²¹⁵ ACEDH, *Emre c. Suisse (N°2)*, n° 5056/10, 11 octobre 2011.

²¹⁶ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 71.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 75.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 73.

²²¹ *Emre c. Suisse (N°2)* (n. 215) par. 75.

²²² Arrêt du TF 2F_1 2012 du 8 mars 2012.

doute également des idées divergentes du rôle de la Cour EDH, vue comme juge (quasi)constitutionnel par les uns, et comme un tribunal international classique, par les autres.

Relevons néanmoins que le dialogue entre le juge européen et le juge suisse n'est pas un euphémisme visant à masquer, plus mal que bien, un « monologue prescriptif »²²³ de la Cour EDH. Le juge national participe, d'une part, à l'évolution de la jurisprudence européenne en adoptant une interprétation dynamique des dispositions conventionnelles (comme le Tribunal fédéral l'a fait au sujet du regroupement familial partiel)²²⁴. Qui plus est, lorsqu'il opte pour une construction généreuse de la Convention, susceptible d'être reprise ultérieurement au niveau européen, le juge national a véritablement le dernier mot. D'autre part, bien qu'il soit vrai que le discours émanant d'une seule juridiction n'a qu'exceptionnellement un impact direct sur la jurisprudence européenne, il peut avoir une influence indirecte. Par le biais de l'interprétation consensuelle, et le recours à la théorie de la marge d'appréciation, le juge européen s'efforce de tenir compte des propos ascendants pour anticiper, ou réagir, à l'opposition des Etats parties. En particulier la jurisprudence récente de la Grande Chambre dénote une tendance vers une attitude déférente vis-à-vis des Etats parties dans des affaires portant sur des questions morales ou éthiques délicates. Il ressort en outre de l'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, la Cour de Strasbourg est disposée à donner une suite favorable à l'invitation au dialogue et à prendre en compte les critiques émanant du juge national pour infléchir sa jurisprudence. L'échange entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour EDH suite à l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne* montre également que le juge européen n'est pas imperméable à la critique par ses homologues nationaux.

A l'issue de notre étude portant sur le dialogue entre le juge suisse et le juge européen, quelques réflexions sur les raisons de mésentente s'imposent. Les causes de mécompréhensions sont en effet multiples. Tout d'abord, des divergences de jurisprudence sont parfois dues entre autres à un facteur temporel : comme l'affaire *Neulinger et Shuruck* le montre²²⁵, le juge européen a tendance à statuer en évaluant la situation du requérant telle qu'elle existe au moment où il rend son arrêt, ce qui implique que des évolutions qui se sont produites après le prononcé du jugement national sont prises en compte²²⁶.

²²³ PAUNINO (n. 4) p. 21, traduit par l'auteur.

²²⁴ *Supra*, IV.A.1.b.

²²⁵ *Supra*, IV.A.2.bb.

²²⁶ La Cour adopte cette démarche aussi lorsqu'elle statue sur des requêtes alléguant qu'une mesure d'éloignement viole l'article 8 CEDH ; pour une critique émanant de membres du Tribunal fédéral, cf. AEMISEGGER HEINZ, « Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz », *Jusletter* 20 juillet 2009, n° 50 ; PFIFFNER/BOLLINGER (n. 134) n° 42.

Ensuite, le cadre institutionnel du dialogue favorise certains malentendus. L'effet purement déclaratoire des arrêts européens a comme corollaire le principe de la liberté du choix des moyens : il revient aux Etats de tirer les conclusions d'un constat de violation et de déterminer les mesures qui s'imposent pour établir un état conforme à la Convention. Soucieuse de ces principes et de la souveraineté des Etats, la Cour EDH s'abstient en général de prescrire aux Etats les mesures à prendre pour se conformer à ses arrêts. Comme le montrent les affaires *Emre* et *VGT Verein g. Tierfabriken*²²⁷, le manque de dirigisme de la Cour incite parfois le juge helvétique à conférer aux arrêts européens une portée extrêmement étroite qui ne correspond, selon la Cour, pas à leur esprit. L'inclinaison du juge européen à favoriser la technique dite du « minimalisme judiciaire », exacerbe ce problème. L'approche minimaliste a l'avantage d'être respectueuse de la souveraineté des Etats. Il y a cependant un revers à la médaille. Comme l'arrêt *VGT I* l'a montré, le fait de laisser ouvertes des questions qui ne sont pas absolument nécessaires pour la solution du cas d'espèce, rend parfois difficile de déterminer la portée exacte du jugement, et les principes qui le sous-tendent. Dans l'arrêt précité, par exemple, des indications au sujet de l'existence, et les conditions d'un droit à l'antenne, auraient facilité la compréhension entre le juge suisse et le juge européen²²⁸.

Des dissensions sont de surcroît également dues à des visions parfois différentes du rôle du juge. A titre d'illustration, dans l'affaire *Emonet* la vision « jupitérienne » des juges fédéraux contraste avec l'approche « herculéenne » de la Cour EDH²²⁹ : alors que l'application fidèle et uniforme de la loi est la préoccupation principale du Tribunal fédéral, le juge européen se montre soucieux de trouver un juste équilibre entre les intérêts divergents dans le cas d'espèce. L'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales (art. 190 Cst.), et le respect qu'inspire aux membres des Cours civiles du Tribunal fédéral une des lois les plus anciennes et les plus vénérées dans l'ordre juridique suisse – le Code civil – renforcent sans doutes la vision « jupitérienne » reflétée dans *Emonet*.

Dans l'affaire *Schlumpf* également, le Tribunal fédéral a été plus attaché à l'uniformité et à la prévisibilité que son homologue européen, préoccupé par trouver une solution juste dans le cas d'espèce. A notre sens, un autre facteur a également contribué à la discorde entre Strasbourg et Mon Repos : il s'agit du champ de vision plus large du juge européen comparée à celle du juge

²²⁷ *Supra*, IV.A.2.bb.

²²⁸ Dans ce sens aussi ANDRIANTSIMBAZOVINA (n. 157) p. 191, lequel se réfère à l'arrêt *VGT I* pour relever d'une façon plus générale « [qu'] il serait souhaitable également qu'elle [la Cour] ne se réfugie pas systématiquement derrière l'interprétation *in concreto* pour éviter de donner quelques directives générales d'interprétation de la CEDH. Parfois, il serait bénéfique à l'interprétation uniforme de la CEDH et au dialogue de la Cour avec les juridictions nationales que la Cour franchise le pas de l'interprétation *in abstracto* ».

²²⁹ Sur ces deux visions du rôle du juge, voir *supra* I.

national. Située au-dessus des ordres juridiques nationaux, et recevant des requêtes provenant de 47 Etats, la Cour de Strasbourg est en mesure d'identifier des problèmes récurrents, y compris des tendances discriminatoires dirigées envers des groupes vulnérables, comme les transsexuels. En tant que juridiction supranationale, la Cour EDH a fait face, à plusieurs reprises, aux doutes persistants des juridictions nationales quant aux causes et à la réalité même du transsexualisme²³⁰. Suite au refus réitéré de reconnaître le changement de sexe au niveau juridique ou de confirmer la nécessité de cette intervention chirurgicale, la Cour a franchi le pas vers une protection effective des transsexuels en soulignant qu'il s'agit d'une problématique médicale et non juridique, et que la détermination d'aligner les caractéristiques biologiques à l'identité sexuelle ne reflète pas simplement un choix personnel et passer : « l'on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société »²³¹. La vision plus large du juge européen, due à son détachement des ordres juridiques nationaux, n'est-elle pas le facteur principal qui légitime le rôle privilégié du juge européen dans le processus de concrétisation transjuridictionnelle des droits fondamentaux ?

²³⁰ Pour un aperçu de la jurisprudence européenne en matière de transsexualisme, voir la fiche thématique de la Cour consacrée à ce sujet, disponible à http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/447D6585-B498-4D7A-95C8-9393AA8C6CB6/0/FICHES_Droits_Transsexuels_FR.pdf (état au 20 mars 2012).

²³¹ *Schlumpf c. Suisse* (n. 92) par. 110, citant ACEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (GC), n° 28957/95, 11 juillet 2002, Rec. 1996-II, par. 81.