



**HAL**  
open science

# Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé

Josselin Rio

► **To cite this version:**

Josselin Rio. Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé. Revue juridique de l'Océan Indien, 2015, 21, pp.1-98. hal-02547869

**HAL Id: hal-02547869**

**<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02547869>**

Submitted on 20 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## DROIT CONSTITUTIONNEL - DROIT COMPARÉ

# Le Conseil constitutionnel et l'argument de droit comparé

Josselin RIO<sup>1</sup>

Doctorant en droit public, Université de La Réunion

Résumé :

*L'évolution des technologies et la mondialisation de tout type d'échange ont permis l'émergence d'un dialogue des juges, d'une communicabilité ou d'une circulation des solutions jurisprudentielles selon les différentes expressions employées par différents auteurs. Le Conseil constitutionnel, en achevant lentement mais sûrement sa transformation en Cour constitutionnelle, devient un acteur susceptible d'entrer en communication avec l'ensemble des autres juridictions ayant en charge le contentieux constitutionnel en dernier ressort.*

*La question de sa participation aux échanges avec ses homologues obtient aujourd'hui une réponse nuancée. Les juges de la rue Montpensier n'observent aucune méthodologie particulière en ce qui concerne la citation d'une jurisprudence étrangère. L'étude de l'influence de l'argument de droit comparé sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel doit alors s'éloigner des seules décisions juridictionnelles pour observer une multitude de documents. Au-delà des décisions du Conseil, des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère peuvent être localisées dans les documents connexes aux décisions (pièces contentieuses, dossier documentaire et commentaire de la décision). De plus, un ensemble de documents non publics tel que les mémoires dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité, les portes étroites, les expertises ou encore les différentes notes de service et la note du Secrétaire général, viennent en réalité agrémenter le raisonnement du juge constitutionnel d'éléments de droit comparé.*

*La recherche ou le besoin de solutions étrangères se fait principalement sentir en ce qui concerne les problèmes d'une particulière difficulté. Ces questions touchent généralement à des problèmes d'envergure internationale, des problèmes inédits et actuels ou à la frontière de l'éthique, de l'économie et du politique. Le regard que porte alors le Conseil constitutionnel sur l'expérience de ses homologues peut avoir plusieurs types d'influence. Il peut s'agir d'une simple nuance comme de la confortation de son raisonnement ou au contraire sa réfutation.*

*Si le Conseil constitutionnel ne porte qu'un regard aléatoire sur les arguments de droit comparé c'est en raison d'une faiblesse des moyens humains et matériels dont il dispose. Faiblesses qu'il compense grâce au confort que lui apportent les interlocuteurs privilégiés que sont les Cours de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe.*

<sup>1</sup> L'auteur a été le lauréat (1<sup>er</sup> Prix) du « Concours de mémoires » 2014 organisé par la LexOI, en partenariat avec le Centre de recherche juridique (CRJ) de l'université de La Réunion, à l'issue du Master II Territoires, Risques et Action publique.

*La jurisprudence constitutionnelle étrangère n'influence donc le Conseil constitutionnel que de manière indirecte et très aléatoire. Cependant, le développement d'instruments de dialogues des juridictions constitutionnelles permet de constater une évolution vers un dialogue plus direct et plus systématique. Ainsi, la régularité et la réciprocité des rencontres et séances de travail organisées entre les 9 sages et leurs homologues étrangers permet de témoigner d'un véritable dialogue. Cette collaboration tend à s'étendre aux universitaires et plus largement à la doctrine. Dans le même sens, le dialogue tend à s'institutionnaliser autour d'acteurs européens, avec la Conférence des cours constitutionnelles européennes et la Commission de Venise, et d'acteurs internationaux, avec l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français et la Conférence mondiale de justice constitutionnelle.*

*Le recours plus rigoureux à l'argument de droit comparé ne doit cependant pas tomber dans les travers d'un tourisme jurisprudentiel. Si la critique d'un « cherry picking » trouve une réponse satisfaisante, d'importantes questions viendront alors se poser quant au rapport de force institutionnel national comme international et quant à la légitimité de ces juridictions. L'outil comparatiste devra alors être manié avec précaution pour éviter de perdre son apport subversif et introspectif.*

#### Summary :

*The evolution of technologies and the globalization of exchanges have given rise to a dialogue between judges : judges sometimes adopt similar jurisprudential solutions. The Constitutional Council, all the while slowly turning into a Constitutional Court, is more and more likely to communicate with similar courts around the world.*

*As of today, it is a bit difficult to assess the knowledge-sharing inclination of the Court. The judges sitting at the Montpensier Street do not show any methodology when quoting foreign jurisprudence. Noticing the influence of foreign jurisprudence in these cases requires lots of work. One can refer to the documents associated with the decision of the Constitutional Council to get more information. One can also delve into some non-publicized documents, such as the memoirs during the Consitutionality of the law rulings, the narrow doors, the expert assessments or the memoranda of the Secretary general: all these documents show the extent to which the constitutional judge practices comparative law.*

*Foreign jurisprudence can particularly be of help when the legal issue at stake is quite technical and tricky. This is often the case on questions of international reach, or regarding ethics, economy, politics or novel questions. In those cases, the Constitutional Council can resort to comparative law so as to comfort or confront its opinion.*

*The limited influence of comparative law in the Consitutional Council's decisions is due to the limited financial and human resources of the court. To bypass those limitations, the court can rely on the courts of the European Union and on the Council of Europe.*

*The influence of foreign constitutional jurisprudence is thus very limited, but this is slowly changing. The regularity of meetings between the Nine Wise Ones and their foreign counterparts is a proof of this increasing dialogue. The Court is also opening up to the doctrine. This dialogue between courts is being institutionalized through the Conference of European Constitutional Courts and the Venice Commission in Europe, and globally with the French-speaking Association of Constitutional Courts and the World Conference of Constitutional Justice.*

*However, the Constitutional Council needs to differentiate comparative law and jurisprudential tourism. To avoid "cherry picking", the relationship between national and extra-national law will need to be reasserted; and so will the legitimacy of those foreign courts.*

*Comparative law must be handled with care for it not to lose its subversive and introspective value.*

La Constitution de la V<sup>e</sup> République est la première à avoir mis en place, en France, un contrôle de constitutionnalité de la loi efficace. Les fonctions du Conseil constitutionnel en 1958 se limitent à celles d'arbitre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Il s'agit à l'époque de redonner au pouvoir exécutif une place prépondérante au sein des institutions françaises. Le prétoire du Conseil constitutionnel dispose alors d'une accessibilité limitée qui correspond à ses fonctions limitées. Celui-ci ne peut être saisi que par les présidents de la République, du Sénat ou de l'Assemblée nationale ainsi que par le Premier ministre. Ces quatre autorités de saisine ne défèrent devant le Conseil que des contentieux de répartition des compétences ou de respect de la lettre de la Constitution qui à l'époque se limitait aux articles du texte de 1958 (le préambule n'ayant pas valeur constitutionnelle).

Le préambule de la Constitution de 1958 va se voir conférer une valeur constitutionnelle dans la célèbre décision « Liberté d'association » du Conseil constitutionnel de 1971<sup>2</sup>. Cette décision va modifier les contours de la « Constitution » française puisqu'elle va ajouter aux articles traditionnels du texte de 1958 son préambule qui renvoie lui-même au préambule de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République ainsi qu'à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel devient le gardien d'un bloc de constitutionnalité qui ne garantit plus seulement la répartition des compétences et les différentes attributions des pouvoirs exécutifs et législatifs ainsi que de « l'autorité judiciaire », mais également les droits et libertés contenus dans ces nouveaux documents à valeur constitutionnelle que la doctrine qualifiera de droits et libertés fondamentaux.

Cette revalorisation des attributions du Conseil va nécessairement conduire à un élargissement de l'accessibilité de son prétoire. Ainsi, la saisine du Conseil va s'ouvrir à soixante députés ou soixante sénateurs en 1974<sup>3</sup> avant de s'ouvrir plus largement à l'ensemble des justiciables, par l'intermédiaire des filtres des cours suprêmes des deux ordres, en 2008 via l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>4</sup>. Cette évolution jurisprudentielle et institutionnelle va transformer le Conseil constitutionnel. Le passage d'un rôle d'arbitre institutionnel, de régulateur des compétences (à l'image d'un tribunal des conflits entre l'exécutif et le législatif) à un rôle de protecteur des libertés fondamentales (à l'image d'une cour suprême des droits à valeur constitutionnelle) va transformer les conseillers en juges constitutionnels. Cette évolution, qu'elle soit le fruit d'une volonté politique de récupérer le contentieux des droits fondamentaux (que la Cour

---

<sup>2</sup> Cons. Const., Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association*.

<sup>3</sup> Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974.

<sup>4</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République.

de justice des Communautés européennes de l'époque et la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme commençaient à exercer de manière influente), ou le résultat d'une lente évolution en faveur d'une rupture avec la tradition française de légicentrisme, elle va avoir pour conséquence de faire entrer le Conseil constitutionnel dans un nouveau monde. Ce nouveau rôle, ces nouvelles attributions rendent le Conseil constitutionnel français apte à participer à un double mouvement qui se combine pour influencer le droit et le travail des juristes (et plus précisément des juges) : la mondialisation et le dialogue des juges.

Avant d'étudier le dialogue des juges, il convient de voir ce qu'on entend par mondialisation. La mondialisation ne doit pas s'appréhender comme un phénomène exclusivement économique de libéralisation des échanges. Cette dernière a entraîné l'émergence de nouvelles problématiques ou revitalisé d'anciens problèmes<sup>5</sup>. Partout où la société humaine interagit, le droit vient poser des règles et instaurer une certaine sécurité juridique de manière à pacifier ces interactions. L'émergence de nouvelles interactions comme la mondialisation a ainsi nécessairement « entraîné une interaction des différents systèmes juridiques nationaux »<sup>6</sup>.

La mondialisation des échanges économiques et des interactions humaines combinée au dialogue des juges a fait émerger une dynamique mondiale de droit comparé. Ces deux facteurs ont donné au droit comparé une place d'une importance considérable, cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne le droit constitutionnel. Marc Verdussen parle ainsi de « *dynamique d'homogénéisation des corpus constitutionnels* » qui aboutit à « *la formation d'un droit constitutionnel de plus en plus mondialisé* » dont les acteurs de premier plan sont les juges<sup>7</sup> qui utilisent le droit comparé dans leurs décisions.

L'ensemble des auteurs doctrinaux s'accorde sur les facteurs ayant favorisé cette mondialisation du droit, des rapports juridiques. De manière unanime il est admis que l'évolution des technologies de l'informatique, des transports et de la communication a nécessairement révolutionné le monde du droit. Mireille

---

<sup>5</sup> T. DI MANNO, « Les figures du juge comparatiste », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 11 : « *Le phénomène de mondialisation ne concerne pas que l'économie et les échanges. Le droit n'échappe pas non plus à son emprise, car des sujets cruciaux, comme la protection de l'environnement, la santé, la bioéthique, la lutte contre le terrorisme, les droits de l'homme, ne peuvent plus être régis, d'une manière efficace, par des normes exclusivement d'origine nationale* ». V. également J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles paru dans Les cahiers de l'institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 77 : « *Ce dialogue des juges croît sensiblement dans un contexte mondialisé, où les litiges eux-mêmes s'internationalisent en même temps que les sources du droit se dénationalisent. De plus en plus, les juges sont confrontés à des problèmes communs (comme le terrorisme, l'Internet, la pollution) qui ne peuvent être résolus qu'à l'échelle globale* ».

<sup>6</sup> T. DI MANNO, *op. cit.*, p. 11.

<sup>7</sup> M. VERDUSSEN, « Le droit constitutionnel sera comparé ou ne sera plus » in *Itinéraires d'un constitutionnaliste, Mélanges en hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1648-1649.

Delmas-Marty parle de « *technologies qui abolissent les distances et se jouent des frontières* ». Ces technologies permettent à tout juriste d'être en contact avec ses homologues facilitant ainsi la création de réseaux, d'associations de juges au sein desquelles vont circuler des informations, des raisonnements, des solutions et argumentations juridiques diverses.

La disparition de frontières politiques ou économiques suite à la fin de la guerre froide puis suite à la chute du bloc soviétique en Europe de l'Est va permettre le développement « *de stratégies transnationales [...] qui affectent l'ensemble des échanges, qu'il s'agisse des flux économiques et financiers, mais aussi scientifiques et culturels ainsi que les flux migratoires* »<sup>8</sup>.

Ces modifications de régimes politiques en Europe centrale et orientale vont entraîner un véritable « *renouveau démocratique* » qui va s'accompagner d'une « *imprégnation croissante du droit international au sein des ordres juridiques internes* »<sup>9</sup>. Imprégnations notamment des droits de l'homme permettant une « *uniformisation des standards de protection* » selon Tania Groppi, qui ajoute à ces facteurs « *le rôle de la médiation culturelle jouée par la doctrine du droit comparé ; la formation intellectuelle de plus en plus cosmopolite des juristes ; les rencontres des juges, souvent organisées ou aidées par des organisations régionales* »<sup>10</sup>.

La mondialisation et le dialogue des juges sont également facilités par la compréhension et la pratique de plus en plus courante et systématique de l'ensemble des juristes de l'anglais<sup>11</sup>.

Cette prédisposition des différents systèmes juridiques aux échanges extérieurs provient de « *la porosité grandissante des différents ensembles juridiques, particulièrement en matière de protection des droits fondamentaux* »<sup>12</sup>.

Cette mondialisation a permis un dialogue des juges qui se caractérise de multiples façons, mais notamment par un recours au droit comparé dans leurs décisions. Ce « *phénomène du recours au droit comparé dans les décisions de justice touche, aujourd'hui, tous les juges* », car les problèmes « *ne peuvent plus être appréhendés de manière autre que globale, c'est-à-dire à une échelle*

---

<sup>8</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le relatif et l'universel », in *Leçon inaugurale au Collège de France : études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, Fayard, 2003, p. 634.

<sup>9</sup> M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 1648-1649.

<sup>10</sup> T. GROPPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », in F. HOURQUEBIE et M.-CL. PONTTHOREAU (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 56 ; A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 21.

<sup>11</sup> J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et la montée en puissance de la fonction de juger », *FUSL*, 2008, p. 124-125.

<sup>12</sup> E. DUBOUT et S. TOUZÉ, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, p. 11.

*mondiale* »<sup>13</sup>. Les juges étant confrontés aux mêmes problèmes, le fait de dialoguer entre eux permet d'apporter un éclairage nouveau, une expertise objective sur un problème complexe.

Au préalable à toute considération sur le recours au droit comparé par le juge, il convient d'abord de définir ce que l'on entend par dialogue des juges, notion à l'origine de cette pratique.

Le dialogue des juges est une notion apparue sous la plume de Bruno Genevois pour inciter les juges à ne pas s'ignorer et à rendre des jurisprudences cohérentes, dans le respect des jurisprudences de ses collaborateurs (qui en l'espèce étaient les juges européens). Cette notion avait originellement pour but d'éviter une « guerre des juges » (entre nationaux et internationaux) par la considération voire la collaboration réciproque. Cette idée a suscité l'adhésion de nombreux praticiens et théoriciens du droit et s'est ainsi rapidement exportée dans tous les types de dialogues (horizontal ou vertical) et entre toutes les juridictions (internes, externes). Didier Mauss définit le dialogue comme le fait pour une juridiction de prendre en considération « *les précédents de juridictions non nationales* » afin « *de confirmer, nuancer ou rejeter des solutions adoptées ailleurs* »<sup>14</sup>.

Cette définition convient parfaitement pour l'objet d'étude des développements futurs qui ne s'attachent qu'au dialogue entre juridictions constitutionnelles (donc nécessairement non nationales). Cependant, le dialogue des juges est bien plus large que les seuls échanges entre juridictions non nationales, il peut englober des rapports entre juridictions nationales, mais appartenant à des ordres juridiques distincts. Ainsi en France on peut imaginer un dialogue entre juges constitutionnels, administratifs et judiciaires.

Les juges ont différentes façons de dialoguer, cela passe par des relations « *de plus en plus étroites entre eux, et par-delà les frontières. Ces relations peuvent prendre des formes très variées : citations de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, échanges d'arguments, formations communes, dialogues entre juridictions, créations d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats des juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc* ». Ces relations contribuent à l'émergence d'un dialogue entre ces juges. Ce dialogue « *multidimensionnel* » peut désigner « *l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques (...) à travers la jurisprudence ou par le biais de la coopération entre juridictions* »<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> T. DI MANNO, *op. cit.*, p. 10-11.

<sup>14</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », in *Conférence mondiale de justice constitutionnelle intitulée La justice constitutionnelle influente : son influence sur la société et sur le développement d'une jurisprudence mondiale des droits de l'homme*, tenue au Cap les 22-24 janvier 2009, organisée par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud et la Commission de Venise, p. 8.

<sup>15</sup> J. ALLARD et A. VAN WAËYENBERGE, *op. cit.*, p. 110 et 115.

L'analyse distincte du phénomène de mondialisation et de dialogue des juges n'est effectuée que dans un but pédagogique. En réalité ces deux mouvements sont entremêlés et difficilement dissociables, ils s'auto influencent de manière à générer leurs propres évolutions. Ces deux phénomènes se nourrissent l'un de l'autre.

En ce sens, Didier Mauss considère que « *dans l'optique mondialisatrice (...) ces cours constitutionnelles ne travaillent pas en vase clos. Elles dialoguent entre elles (...). Ce "dialogue des juges" (...) est très développé dans le dialogue des cours constitutionnelles, pas toujours de façon évidente, mais toujours de façon sous-jacente. Par la force des choses, il y a un esprit commun qui se développe* »<sup>16</sup>. De même, Julie Allard constate que le dialogue des juges fait naître un principe comparatif qui tend à se démocratiser dans les contentieux tant pour les juges que pour les parties, « *ce principe comparatif peut donc être considéré comme l'un des moteurs de la mondialisation du droit et de la justice, tout comme, en retour, le dialogue est influencé par la mondialisation* »<sup>17</sup>. Cet esprit commun, ce principe comparatif sont alors de nouvelles sources de mondialisation. La mondialisation génère un dialogue des juges lui-même générateur d'une nouvelle mondialisation si bien qu'on finit par avoir du mal à savoir quel facteur est l'élément déclencheur de ce vaste processus.

La décision de 1971 du Conseil constitutionnel et les évolutions institutionnelles qui vont suivre vont octroyer à celui-ci de nouvelles attributions (la protection des droits fondamentaux). Attributions qui font l'objet d'une uniformisation mondiale et appellent des problématiques nouvelles et complexes auxquelles le Conseil n'avait, avant la décision de 1971, jamais été confronté. Par conséquent le dialogue des juges a constitué pour lui un moyen d'assurer pleinement ses attributions, mais également de trouver sa place ou de la conquérir au niveau national et au niveau international. « *Ainsi, le Conseil constitutionnel français doit-il son existence et son extraordinaire développement pour une grande partie au droit comparé dont il s'est inspiré pour s'émanciper et qui a joué un rôle de standard démocratique, de modèle indispensable* »<sup>18</sup>.

Le dialogue des juges renvoie à une idée d'échange simultané entre plusieurs juges. Cependant le recours à une jurisprudence constitutionnelle étrangère dans une décision ne fait généralement pas l'objet d'un dialogue entre la juridiction importatrice et la juridiction exportatrice. Ainsi, Thierry Di Manno préfère utiliser l'expression de « *communicabilité* »<sup>19</sup> des solutions juridiques alors

---

<sup>16</sup> D. MAUSS, « Sur la mondialisation du droit constitutionnel », in *Les institutions du droit constitutionnel à l'heure de l'intégration européenne, Mélanges en l'honneur de Maria KRUK-JAROSZ*, Varşovia, 2009, p. 88.

<sup>17</sup> J. ALLARD, *op. cit.*, p. 78.

<sup>18</sup> B. RAVAZ, « Le recours au droit comparé comme moyen pour le juge de suggérer une évolution législative ? », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, *op. cit.*, 2014, p. 225.

<sup>19</sup> T. DI MANNO, *op. cit.*, 2014, p.12.



qu'Alexis Le Quinio parle de « *circulation des solutions juridiques* »<sup>20</sup>. Les deux notions sont préférables à celle de dialogue.

Cependant cette circulation, cette communicabilité, ce dialogue ne sont pas d'ampleur équivalente au sein de l'ensemble des Cours constitutionnelles. Il existe une « *profonde asymétrie dans le dialogue puisque certaines juridictions sont très ouvertes au droit étranger, comme la Cour constitutionnelle sud-africaine, tandis que d'autres se montrent plus frileuses, comme le Conseil constitutionnel français. N'a-t-on pas à faire alors à un dialogue de sourds, sans reconnaissance réciproque, et sans échange ?* »<sup>21</sup>.

Ainsi, s'il est presque rhétorique de poser la question de savoir si le Conseil constitutionnel a recours à l'argument jurisprudentiel comparé, il apparaît plus complexe de se demander si malgré cette frilosité apparente le Conseil constitutionnel est correctement intégré dans le jeu de la circulation, de la communicabilité des solutions jurisprudentielles au niveau constitutionnel ?

Contrairement à d'autres Cours constitutionnelles<sup>22</sup>, le juge constitutionnel français ne dispose pas d'une habilitation constitutionnelle pour recourir à l'argument jurisprudentiel comparé si bien qu'il est totalement libre d'y recourir ou pas. Si le Conseil a nécessairement un regard sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère de manière assumée ou non, on ne peut déduire de celui-ci une parfaite intégration à la mondialisation et au dialogue des juges. Loin de la circulation ou de la communicabilité, le Conseil constitutionnel ne porte qu'un regard aléatoire sur cette jurisprudence constitutionnelle étrangère (I). Ce caractère aléatoire se combine à une mise en valeur de l'argument jurisprudentiel comparé pour le moins décevante. Cependant, un ensemble d'éléments sont aujourd'hui réunis pour favoriser une systématisation du dialogue des juges et abandonner la technique du regard hasardeux (II).

Si l'expression Cour constitutionnelle sera fréquemment employée, il convient de préciser que ce dialogue des juges constitutionnels concerne l'ensemble des juridictions de plus haut niveau ayant en charge le contentieux constitutionnel. Ainsi, les juridictions constitutionnelles se composent aussi bien des Cours constitutionnelles que des Cours suprêmes. Lorsque l'on sera amené à parler d'un dialogue des Cours ou d'un dialogue des juridictions constitutionnelles, il faut garder à l'esprit que l'on vise à la fois les Cours proprement constitutionnelles et les Cours suprêmes.

---

<sup>20</sup> A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne-LGDJ, 2011.

<sup>21</sup> J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 124-125.

<sup>22</sup> Voir en ce sens l'analyse des dispositions d'habilitations constitutionnelles des cours espagnole, portugaise et d'Afrique du Sud effectuée par F. JACQUELOT dans sa contribution « L'ambivalence du recours au droit comparé par le juge constitutionnel », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, *op.cit.*, p. 157.

## **I.- Le regard aléatoire du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère**

Le recours au droit comparé peut prendre des formes diverses, mais celle qui va intéresser nos développements est la citation de jurisprudence étrangère dans les décisions du Conseil constitutionnel. Il ne s'agit pas de faire du droit comparé et encore moins de décrire l'ensemble des décisions du Conseil à la manière d'un long commentaire d'arrêt. Plus modestement, on s'attachera à étudier, d'un regard purement interne, si le Conseil constitutionnel a recours à ce type de « dialogue des juges » que constitue le recours à l'argument de droit comparé dans sa jurisprudence.

Il convient de préciser avant tout développement sur une telle pratique ce que l'on entend par « argument de droit comparé ». Il s'agira de désigner au travers de cette expression la référence par le juge constitutionnel à une décision d'un juge constitutionnel extérieur à son système juridique. Cette référence va pouvoir prendre de nombreuses formes et l'on désignera au travers d'argument de droit comparé aussi bien les renvois explicites que les renvois implicites. L'étude d'une telle pratique contentieuse ne pourra prétendre à l'exhaustivité en raison de la difficulté d'accès à certaines sources qui fondent le manque de preuves pour appuyer la véracité de certains indices qui permettent de supposer l'existence d'une prise en compte d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sans que celle-ci ne soit clairement mentionnée. Par exemple, l'analyse par le juge constitutionnel de certaines législations comparées permet de supposer qu'il a observé les décisions de ses homologues étrangers sur les législations en questions. Au travers de la notion d'argument de droit (constitutionnel) comparé, il s'agit d'étudier une pratique jurisprudentielle interne. Cette pratique jurisprudentielle est étudiée d'un point de vue interne c'est-à-dire par rapport à la seule pratique du Conseil constitutionnel. Mais le terme interne permet également de renvoyer à un phénomène bien plus large que la simple citation dans le corps d'une jurisprudence. Il s'agit d'englober en plus d'une citation éventuelle, l'existence d'une utilisation parfois non assumée par le Conseil constitutionnel d'un tel argument de droit comparé. Cette utilisation aura notamment lieu dans l'ensemble du processus d'élaboration de la décision, de maturation du raisonnement juridique.

Au regard de la dynamique mondialisatrice, le but des considérations qui vont suivre est d'observer l'implication du Conseil constitutionnel dans le jeu de « circulation », de « communicabilité » des décisions de justice.

La pratique du Conseil constitutionnel dans l'emploi de l'argument jurisprudentiel comparé relève plus du regard unilatéral imprévisible que d'une réelle démarche d'analyse systématisée. Le choix du juge constitutionnel français

d'utiliser une telle référence est purement aléatoire. Aussi il est difficile de dégager des critères permettant de prévoir et de systématiser un tel recours

Si la pratique comparatiste du Conseil constitutionnel peut être considérée comme aléatoire, ce caractère s'explique en raison de l'existence d'obstacles à une utilisation systématique (B), mais également par l'absence de formalisme harmonisé, de systématisation d'un modèle pour la citation de référence comparée. L'argument de droit comparé constitutionnel peut prendre des mises en forme multiples et sa localisation n'est pas prédéfinie, mais bien au contraire hasardeuse, car dispersée dans d'innombrables sources. La pratique aléatoire de l'argument comparatiste résulte alors également d'une localisation hasardeuse de la référence à cet argument que l'on tentera de baliser (A).

### **A.- Le caractère hasardeux du recours à l'argument de droit constitutionnel comparé**

L'argument jurisprudentiel comparé sera ici envisagé uniquement en ce qui concerne les décisions des cours étrangères ayant une compétence en matière constitutionnelle. Il s'agit d'étudier les références que peut effectuer le Conseil à ses « homologues » étrangers. Les raisonnements qui vont suivre ne vont donc concerner que le regard horizontal du Conseil constitutionnel sur des institutions qui lui ressemblent, mais qui ne font en aucun cas partie du même système juridique.

Cette distinction de système juridique recouvre l'argument de droit constitutionnel comparé d'une portée non normative, non obligatoire. La jurisprudence étrangère n'a donc aucun poids juridique et son évocation n'a qu'un caractère informel pour le juge qui porte un regard sur celle-ci.

Le caractère facultatif, informel de cet argument conduit le Conseil constitutionnel à ne jamais y faire référence dans ses décisions (1). Cependant, l'existence de ce regard aléatoire du Conseil sur les travaux de ses homologues peut se déceler au travers de la présence de telles références comparées dans les « documents connexes » aux décisions du Conseil constitutionnel (2). Cette pratique irrégulière permet d'interroger la consistance d'une référence au droit constitutionnel comparé pour le Conseil (3).

#### **1/ L'absence catégorique de référence au droit constitutionnel comparé dans les décisions du Conseil constitutionnel**

Il est difficile d'affirmer catégoriquement quelque chose en droit constitutionnel comparé, car « *en droit constitutionnel comparé, l'exhaustivité est inaccessible* »<sup>23</sup>. Aussi, il faut garder à l'esprit que les propos qui seront

---

<sup>23</sup> M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 1647.

développés n'ont pas pour prétention la révélation d'une vérité intangible. Il s'agit simplement de tirer les conséquences des recherches effectuées sur le sujet à un instant précis de l'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Après une telle mise en garde, on peut prendre le risque d'affirmer que le Conseil constitutionnel, à ce jour, ne fait pas de référence explicite à l'argument jurisprudentiel comparé dans ses décisions en ce qui concerne les juges constitutionnels étrangers. Didier Mauss qualifie le Conseil constitutionnel français de « *juridiction particulièrement réservée sur la prise en compte explicite de précédents étrangers* »<sup>24</sup>. Marie-Claire Ponthoreau confirme plus directement notre affirmation : « *Dans ses décisions, le Conseil constitutionnel ne fait jamais référence de manière explicite au droit étranger* »<sup>25</sup>. Cela s'explique par la tradition française de motivation des décisions de justice (b). Cependant, certaines références implicites à la jurisprudence constitutionnelle étrangère peuvent être décelées (a).

#### **a/ L'existence de références implicites à la jurisprudence constitutionnelle étrangère dans les décisions du Conseil constitutionnel**

Les droits fondamentaux s'appliquent à tous les sujets de droit, mais surtout à toutes les situations juridiques. Les droits fondamentaux ne connaissent pas de cloisonnement académique ou institutionnel des problèmes juridiques. Ainsi l'ensemble des matières juridiques aussi diverses soient-elles se trouve influencé par ces nouveaux droits. Le Conseil constitutionnel étant le gardien de ces droits fondamentaux il est saisi de problèmes concernant des matières juridiques multiples et variées qui obéissent à des logiques différentes.

L'absence de spécialisation dans un domaine spécifique du droit et sur une question pointue ne permet pas de percevoir les influences implicites, sous-entendues par le Conseil constitutionnel, d'une jurisprudence étrangère sur ses décisions. Une telle référence implicite à une jurisprudence étrangère ne peut alors interpeller qu'un public averti. Ainsi, ces références implicites sont majoritairement mises en lumière par la doctrine familière à la particularité du problème en cause.

Il ne s'agit pas de lister l'ensemble des influences implicites qui peuvent exister, mais simplement de relever les plus connues et les plus emblématiques.

Ainsi une des plus grandes décisions du Conseil constitutionnel a connu une telle influence non assumée par le Conseil constitutionnel : la décision n° 74-54 DC relative à l'interruption volontaire de grossesse (IVG). Fanny Jacquolot

---

<sup>24</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*

<sup>25</sup> M-CL. PONTHEUREAU, « Le recours à "l'argument de droit comparé" par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », in F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 167.

affirme ainsi qu'« en matière d'interruption volontaire de grossesse, par exemple, le Conseil constitutionnel s'est inspiré, en 1975, de la position libérale adoptée par la Cour suprême des États-Unis en 1973 »<sup>26</sup>. Cette influence de la Cour suprême américaine se retrouvera pour la décision n° 2001-446 DC relative à l'interruption volontaire de grossesse ainsi qu'à la contraception, c'est ce que souligne Olivier Dutheillet de Lamothe<sup>27</sup>.

D'autres décisions du Conseil constitutionnel seraient influencées par des jurisprudences constitutionnelles étrangères selon Olivier Dutheillet de Lamothe. Ainsi, le Conseil constitutionnel se serait directement inspiré de la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 24 mai 1973 qui pose un principe de liberté de l'enseignement supérieur, pour dégager le principe d'indépendance des professeurs d'université dans sa décision n° 83-165 DC<sup>28</sup>. De même lorsque le Conseil constitutionnel a tranché pour la première fois la question de savoir ce qu'implique le principe d'égalité en cas de situations différentes, il a pris connaissance des jurisprudences constitutionnelles allemandes, espagnoles (qui imposent un traitement différent), américaines et italiennes (qui admettent un traitement différent sans toutefois l'imposer)<sup>29</sup>. Enfin, en ce qui concerne la décision relative à la maîtrise de l'immigration et au séjour des étrangers en France, le Conseil constitutionnel aurait été amené à prendre en considération la législation des autres États membres de l'Union européenne<sup>30</sup> si bien qu'on peut supposer qu'il a regardé les éventuelles jurisprudences administratives ou constitutionnelles des Cours constitutionnelles européennes en la matière.

L'influence de référence implicite d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sur le raisonnement du juge constitutionnel français est également rapportée par Bruno Genevois en ce qui concerne la décision IVG de 1975 précitée, mais aussi en ce qui concerne d'autres décisions. Le problème de délimitation des circonscriptions électorales auquel s'est ajouté le problème de représentativité de ces différentes circonscriptions a donné lieu à une suite de décisions du Conseil influencées par plusieurs jurisprudences de la Cour suprême américaine ainsi que par la Cour constitutionnelle allemande<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> F. JACQUELOT, *op. cit.*, 2014, p. 157.

<sup>27</sup> O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel ». V. plus précisément l'annexe relative aux décisions n°s 74-54 DC et 2001-446 DC.

<sup>28</sup> O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 83-165 DC.

<sup>29</sup> O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2003-489 DC.

<sup>30</sup> O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, préc. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2003-484 DC.

<sup>31</sup> B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », in *Diversité des systèmes juridiques et inspiration réciproque des juges*, LPA, n° 112, 4 juin 2008, p. 15-21. V. plus précisément l'annexe relative aux décisions n°s 85-196 DC, 86-208 DC et 86-218 DC.

En ce qui concerne le financement des campagnes électorales le Conseil constitutionnel aurait rendu sa décision 88-242 DC à la lumière d'une décision de la Cour suprême américaine<sup>32</sup>.

Au-delà de l'affirmation par la doctrine, le Conseil constitutionnel de manière indirecte affirme l'influence de jurisprudences constitutionnelles européennes en ce qui concerne la technique du contrôle d'une directive par le biais d'une loi de transposition dont les dispositions sont inconditionnelles et précises. Le Conseil se serait inspiré de jurisprudences constitutionnelles italiennes et allemandes pour forger la notion d'identité constitutionnelle de la France<sup>33</sup>.

Il est impossible de retrouver dans les décisions précitées une quelconque référence à l'argument jurisprudentiel comparé. Toutes ces influences ne peuvent être décelées que par des auteurs avertis qui arrivent à faire le rapprochement entre plusieurs décisions techniques dans différents ordres juridiques.

Au-delà de l'affirmation de certains auteurs de doctrine, d'autres indices permettent de supposer une influence implicite de la jurisprudence constitutionnelle étrangère sur les décisions du Conseil : la littérature doctrinale concomitante à un problème juridique dont le Conseil a très probablement dû prendre connaissance.

Lorsque le Conseil a dû se prononcer sur le statut du Conseil Supérieur de la Magistrature il est fort probable qu'il ait mené une étude de législation comparée qui induit nécessairement une recherche des solutions jurisprudentielles constitutionnelles des pays disposant d'une institution similaire. Le Conseil a certainement pris en considération les rapports disponibles sur le site du Conseil de l'Europe détaillant la situation des États membres ayant mis en œuvre une institution similaire à celle du Conseil Supérieur de la Magistrature<sup>34</sup>.

De la même manière, pour la décision relative à la garde à vue en matière de terrorisme tout porte à croire que l'inspiration espagnole du texte législatif a poussé le juge constitutionnel à étudier cette législation étrangère et la jurisprudence constitutionnelle en ce domaine. D'autres documents ont pu éclairer le Conseil : les études de droit comparé disponibles sur le site *Carta Europea* en ce qui concerne l'Italie, la Pologne et la Roumanie, le rapport du Sénat d'étude de législation comparée sur la garde à vue de décembre 2009, des notes de doctrine

---

<sup>32</sup> B. GENEVOIS, « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », *ibid.* V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 88-242.

<sup>33</sup> Rapport national de la France au XVI<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes tenu à Vienne du 12 au 14 mai 2014. V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2006-540.

<sup>34</sup> V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2001-445 DC.

faisant état de législation comparée comme celle d'André Giudicelli paru dans la Revue de science criminelle de 2011<sup>35</sup>.

Le caractère confiscatoire de l'impôt est une notion qui a fait l'objet d'une vaste littérature comprenant des commentaires de législations et de solutions jurisprudentielles constitutionnelles comparées. Lorsque le Conseil constitutionnel a eu à travailler sur la loi de finances pour 2013, il est fort probable qu'il ait pris connaissance de ces éléments de droit comparé<sup>36</sup>.

Enfin, le vaste débat politique et médiatique autour de l'exploitation du gaz de schiste a probablement amené le Conseil à se renseigner sur l'origine de cette exploitation et les pays y ayant eu recours. On peut penser que le Conseil a étudié la législation américaine avant de se prononcer sur la question dans sa décision 2013-346 QPC<sup>37</sup>.

L'ensemble de ces développements revêt un caractère très hypothétique, car les éléments présentés ne proviennent pas de la source originelle de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, mais toujours de l'affirmation ou de la supposition par l'intermédiaire de la doctrine d'une influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sur les juges constitutionnels français. Cette absence de citation explicite résulte directement de la tradition française de motivation des décisions de justice.

#### **b/ Le respect par le Conseil constitutionnel de la tradition de motivation à la française des décisions de justice**

La traditionnelle opposition entre systèmes juridiques anglo-saxon et romano-germanique se retrouve dans la motivation des décisions de justice. Il existe une divergence dans les modèles de motivation des décisions de justice entre les juges de *common law* et les juges de *civil law*.

Les juges de *common law* sont réputés pour être plus enclins à une motivation détaillée exposant l'ensemble des éléments qui sont entrés en ligne de compte dans la construction du raisonnement juridique des juges et particulièrement le droit comparé. Certaines Cours sont ainsi plus enclines à recourir au droit comparé<sup>38</sup>.

La motivation des décisions des juges de *common law* laisse une place pour les opinions divergentes, l'explication de chaque argument et le développement

---

<sup>35</sup> V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2011-223 QPC.

<sup>36</sup> V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2012-662 DC.

<sup>37</sup> V. plus précisément l'annexe relative à la décision n° 2013-346 QPC.

<sup>38</sup> D. MAUSS, « Sur la mondialisation du droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 88 : « Dans certains cas, cela ira jusqu'à les citer. Par exemple, la Cour suprême du Canada cite facilement des jurisprudences d'autres cours constitutionnelles ou cours suprêmes. Elle juge selon la technique anglaise d'un raisonnement long avec beaucoup de développements, donc de références et des précédents ».

par chaque juge de son point de vue<sup>39</sup>. Ainsi les juges de *common law* « [...] en présentant le détail de leurs raisonnements [...] facilitent le développement du droit, non seulement à l'intérieur, mais également à l'extérieur des frontières nationales »<sup>40</sup>. Le modèle de motivation de ces décisions se prête donc plus naturellement à l'exportation et à la compréhension par les homologues étrangers de ces juges de *common law*. En plus de cette « culture de base » des juges de *common law* dans la citation des précédents, l'utilisation de la langue anglaise favorise généralement la circulation d'une décision de justice<sup>41</sup>.

La motivation des juges de *civil law* et particulièrement des juges français est au contraire très brève et va à l'essentiel sans exposer tout le cheminement du raisonnement des juges.

Cette brièveté est due à la manière de construire la décision : là où les Anglo-saxons y voient une réunion des différentes opinions, les juges français ne présentent que l'opinion majoritaire, celle ayant emporté le plus de convictions<sup>42</sup>.

Le juge de *common law* est également plus attaché à l'importance des faits alors « [qu'] en France, les décisions qui font jurisprudence sont rendues par des cours (de cassation) qui jugent en droit, laissant les faits dans l'ombre, pour l'essentiel. [...] Ainsi « le style "autoritaire" du jugement français se prête mal à son exploitation hors du système »<sup>43</sup>. Le juge de *common law* a une logique dite inductive, il part des faits pour en déduire le droit alors que le juge de *civil law* part de la norme pour déduire le droit applicable.

Cette capacité réduite du juge français, juge de *civil law*, à exporter ses décisions et à faciliter leurs exportations s'accompagne d'une absence de citation explicite des précédents étrangers dans le corps de ses décisions. « C'est

---

<sup>39</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *La référence (non imposée) à d'autres droits par les juges des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 150 : « lorsque les juges font voir les développements de leurs raisonnements, il est plus facile de les comprendre et de s'en inspirer que lorsque la décision est sibylline en raison de sa forme épurée, sinon aride. [...] Les décisions les plus aisément exportables sont celles qui reposent sur un style judiciaire discursif, sur des opinions qui laissent voir les différents arguments susceptibles d'être déployés sur la question et sur le cas soumis au juge ».

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « juridictions appartenant à des pays de *common law* où la recherche et la citation des précédents font partie de la culture de base, et les pays de tradition de droit continental, ou, à l'inverse, les identités nationales ont toujours été considérées comme plus fortes. Il est fréquemment souligné que la communauté linguistique, en particulier pour les pays de langue anglaise, constitue un très fort facteur d'influence jurisprudentielle ». V. également : A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 26-27 : « Pour les juges de *common law*, c'est la règle du précédent qui prédomine ; ils sont donc prédisposés à chercher leur référence dans la jurisprudence. Ce constat est particulièrement saisissant pour les États du Commonwealth ».

<sup>42</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 151 : « Quant aux arrêts français, leur brièveté est caractéristique. Ils ne sont pas formés de la réunion des opinions des juges, mais présentent le résultat de la délibération de ces juges ».

<sup>43</sup> *Ibid.*



*particulièrement le cas en France, où les juges, constitutionnels, administratifs et judiciaires, se refusent à avouer que leurs décisions ont été influencées par le droit comparé* »<sup>44</sup>.

Si le juge constitutionnel français ne fait pas figurer le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée, cela ne signifie pas qu'il ne l'utilise pas. Le Conseil constitutionnel appartient à la catégorie des juges qui y recourt, mais qui ne l'affiche pas, il faut alors chercher des références « *tacites et souvent cachées* »<sup>45</sup> à l'image des développements menés dans le précédent paragraphe. Ces références tacites et cachées sont parfois rassemblées dans un dossier documentaire, ou émanent du Commentaire de la décision ou d'un ensemble d'autres documents que l'on regroupe sous le générique de documents « connexes » aux décisions du Conseil constitutionnel.

## **2/ La présence non systématique de référence au droit constitutionnel comparé dans les documents connexes aux décisions du Conseil constitutionnel**

Les documents connexes aux décisions du Conseil constitutionnel regroupent une multitude de documents qui interviennent tout au long de la procédure contentieuse devant le Conseil constitutionnel qu'il s'agisse d'un recours *a priori* ou *a posteriori*. Ces documents connexes comprennent tout ce qui gravite autour de la décision que rendent les neuf sages de la rue Montpensier qui constitue la seule production intellectuelle dont ils assument la responsabilité. Ils sont disponibles sur le site du Conseil constitutionnel.

Ces documents connexes comprennent le produit des travaux des services du Conseil constitutionnel, documents ayant permis l'instruction du dossier, mais que le juge constitutionnel ne s'approprié pas (b). On trouve à côté de ces documents « d'instruction » les documents du contradictoire (a). Enfin, sous l'appellation de document connexe est répertorié un ensemble d'autres documents que l'on qualifie de non publics (c).

L'imprégnation de l'ensemble des documents connexes permet de détailler toutes les informations dont ont disposé le rapporteur et les membres du Conseil dans la construction du raisonnement juridique ayant abouti à la jurisprudence constitutionnelle.

### **a/ Les documents du contradictoire**

Les documents du contradictoire ne sont pas tous accessibles en fonction du type de contentieux. Les pièces contentieuses lors d'une procédure « QPC » sont confidentielles et par conséquent ne sont pas disponibles sur le site du Conseil

---

<sup>44</sup> T. DI MANNO, « Les figures du juge comparatiste », *op. cit.*, p. 16.

<sup>45</sup> T. GROPPi, *op. cit.*, p. 51.

constitutionnel. Il n'est pas impossible que ces documents renferment des références au droit comparé et plus précisément à une jurisprudence constitutionnelle étrangère, au contraire c'est une pratique qui tend à prendre de l'importance<sup>46</sup>. Les échanges de conclusions des différentes parties vont donc avoir un impact sur le juge constitutionnel qui ne pourra plus ignorer l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle comparée<sup>47</sup>.

Les exemples qui vont être donnés ci-après ne concerneront que des contentieux *a priori*, mais les raisonnements qui seront développés valent pour l'ensemble des pièces contentieuses issues du dialogue contradictoire des parties (*a priori* comme *a posteriori*).

Ces documents connexes et plus précisément ces documents issus du contradictoire vont être étudiés dans un ordre chronologique similaire à celui de la procédure contentieuse. Ainsi, on étudiera dans un premier temps les saisines du Conseil constitutionnel (i) avant de voir dans un second temps les observations du Gouvernement (ii).

### **i/ Les saisines du Conseil constitutionnel**

Il conviendrait de parler des saisines parlementaires. Cependant les documents du contradictoire ne s'arrêtent pas aux saisines d'un groupe de soixante députés ou de soixante sénateurs, ils comprennent également les répliques que ces derniers peuvent produire en réponse aux observations du gouvernement. De même on pourrait imaginer que la saisine ne provienne pas des parlementaires, mais d'une des quatre autorités originelles (Présidents de la République, du Sénat, de l'Assemblée Nationale et Premier ministre). Aucun exemple ne permet d'illustrer un recours à l'argument de droit comparé dans les saisines par ces quatre autorités. Ces saisines sont généralement très brèves et tendent à se raréfier, la saisine étant ouverte aux parlementaires elle est devenue un droit de l'opposition.

Dans les saisines de soixante députés et soixante sénateurs confondus, les exemples d'une référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée ne sont pas très nombreux. On peut citer plusieurs références à la Cour constitutionnelle allemande dans les saisines à l'origine des décisions n<sup>os</sup> 93-324 DC, 2007-555 DC et 2009-580 DC qui concernaient respectivement le statut de la banque de France, le caractère confiscatoire de l'impôt et la protection des données en ligne.

---

<sup>46</sup> J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 80 : « [...] les parties, ou même parfois des tiers, intègrent de façon croissante à leur argumentation des éléments étrangers, obligeant ainsi les juges à un exercice comparatif ».

<sup>47</sup> *Ibid* : « Ceux-ci ne sont pas contraints de prendre en considération la jurisprudence étrangère, mais ils ne peuvent plus faire comme s'ils ne savaient pas qu'elle existait ». V. également, p. 83 : « Parfois même, des juges qui n'étaient pas du tout prêts à dialoguer y sont contraints, soit par les parties et les amici, soit par la nature de l'affaire elle-même, soit encore parfois par l'opinion publique ».

Dans la décision n° 93-324, les parlementaires font référence à une décision future de la Cour constitutionnelle allemande obligeant le Conseil à appréhender la jurisprudence passée et à surveiller les jurisprudences futures. Les parlementaires encouragent le Conseil constitutionnel à faire une veille sur la jurisprudence constitutionnelle allemande. Une référence à la Cour suprême américaine est également présente dans la saisine relative à la décision n° 2007-554 DC concernant les peines planchers. Enfin, les parlementaires ont fait référence à une jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol dans la saisine relative à la décision n° 2013-669 DC concernant le mariage homosexuel<sup>48</sup>.

Hormis les saisines relatives aux décisions n°s 2007-554 DC et 2009-580 DC, les autres références à une jurisprudence constitutionnelle étrangère ont débouché sur une référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée dans le dossier documentaire lié à la décision. Ainsi le juge constitutionnel français a pris en compte l'argument jurisprudentiel comparé avant de rendre ses décisions.

Le Conseil constitutionnel ne renvoie cependant pas aux décisions jurisprudentielles comparées dans le corps de sa décision. Il peut lui arriver de faire référence de manière très indirecte à une jurisprudence constitutionnelle étrangère en associant l'origine de l'argument souligné par la jurisprudence constitutionnelle étrangère évoquée et la saisine des parlementaires. Autrement dit le Conseil n'assume l'argument jurisprudentiel comparé qu'au travers d'une appropriation préalable par les saisissants. Ainsi, dans la saisine relative à la décision n° 96-383 DC (concernant l'indépendance des représentants syndicaux) les sénateurs ont évoqué un argument bien précis<sup>49</sup> de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande que le Conseil constitutionnel prend en considération en se référant uniquement à la saisine et non à la décision de la Cour de Karlsruhe. Le Conseil transforme l'argument jurisprudentiel comparé en argument des saisissants.

Ce mécanisme révèle une pratique bien au-delà des références tacites ou cachées, il s'agit d'un mécanisme de transformation de l'origine de l'argument qui efface toute trace de la jurisprudence constitutionnelle étrangère et rend l'étude de son influence extrêmement complexe.

À côté des références explicites à une jurisprudence constitutionnelle étrangère, on peut trouver dans les saisines des références à la législation comparée. Ces références renvoient généralement de manière peu claire à l'état du droit dans un pays étranger qui se trouve être proche du nôtre.

Par exemple, la saisine de la décision n° 2004-492 DC, relative aux écoutes téléphoniques, mentionne l'existence d'une procédure de « plaider coupable »

---

<sup>48</sup> Pour plus de précisions, v. l'annexe relative aux décisions n°s 93-324 DC, 2007-554 DC, 2007-555 DC, 2009-580 DC et 2013-669 DC.

<sup>49</sup> V. l'annexe relative à la décision n° 96-383 DC.

beaucoup mieux encadrée « *dans d'autres pays – dont les États-Unis –* »<sup>50</sup>. De même la réplique des soixante députés dans la décision n° 2006-540 (relative au contrôle d'une loi de transposition d'une directive européenne) renvoie aux décisions de plusieurs pays de ne pas transposer, ainsi qu'aux décisions prises par le législateur allemand<sup>51</sup>. Dans ces deux exemples, ces références de législation comparée ont eu pour conséquence la présence d'une référence de législation comparée respectivement dans le Commentaire de la décision et dans un document annexe au dossier documentaire, un tableau de législation comparée.

Ces renvois ne mentionnent pas de jurisprudences constitutionnelles étrangères, mais on peut imaginer que le Conseil constitutionnel, si le renvoi à la législation comparée est pertinent, va aller chercher des précisions sur cette législation comparée et éventuellement s'intéresser aux décisions de justice attachées à cette législation.

La répercussion de ces saisines sur le travail des juges n'est donc pas négligeable. Ces saisines constituent une clé de compréhension des influences de la jurisprudence constitutionnelle étrangère sur le travail du Conseil constitutionnel. Ce n'est pas le seul document susceptible de générer une telle prise en compte du droit comparé, les observations du gouvernement peuvent également avoir des conséquences similaires.

## **ii/ Les observations du Gouvernement**

Le Secrétaire général du Gouvernement est systématiquement le défenseur de la loi devant le Conseil qu'il s'agisse d'un recours *a priori* ou d'un recours *a posteriori*. Les observations du gouvernement désignent les répliques aux mémoires en saisines et aux mémoires en répliques des saisissants. Les observations du Gouvernement peuvent, elles aussi, faire référence à une jurisprudence constitutionnelle étrangère. Ces références, à l'image des Saisines, sont peu nombreuses.

On peut citer comme exemple une référence à la Cour constitutionnelle d'Allemagne dans les observations du Gouvernement attachées à la décision n° 2005-514 DC (relative à la création d'un registre international français) et dans celles attachées à la décision n° 2008-562 DC (relative à la rétention de sûreté). Références qui seront reprises dans le dossier documentaire et le commentaire des décisions concernées<sup>52</sup>.

En réponse à la référence par les sénateurs à la jurisprudence constitutionnelle espagnole dans l'affaire n° 2013-669 DC concernant le mariage

---

<sup>50</sup> V. l'annexe relative à la décision n° 2004-492 DC.

<sup>51</sup> V. l'annexe relative à la décision n° 2006-540 DC.

<sup>52</sup> V. l'annexe relative aux décisions n°s 2005-514 DC et 2008-562 DC.

pour tous<sup>53</sup>, les observations du Gouvernement évoquent de manière imprécise la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Ce dialogue contradictoire de références jurisprudentielles constitutionnelles étrangères va pousser les services du Conseil à mener une étude plus complète de jurisprudence constitutionnelle comparée et inclure dans le dossier documentaire et dans le Commentaire une étude plus complète intégrant les jurisprudences constitutionnelles belge et portugaise.

À côté de ces références explicites, il existe un certain nombre de références à de la législation comparée qui laisse supposer que le Conseil constitutionnel a pu étudier les jurisprudences rendues sur ces législations.

Ainsi, on peut citer comme exemples les observations liées aux décisions n<sup>os</sup> 2001-446 DC, 2003-484 DC et 2004-492 DC<sup>54</sup> qui font référence à la législation comparée de différents pays européens en ce qui concerne respectivement l'interruption volontaire de grossesse, la problématique de l'immigration et la mise sur écoute dans le cadre d'une procédure pénale.

Les observations du Gouvernement constituent donc une seconde clé d'analyse de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle étrangère sur la construction des décisions du Conseil constitutionnel quand bien même les références sont faibles et peu mises en valeur.

La référence jurisprudentielle comparée peut apparaître dès l'origine du contentieux dans une saisine. Cette première référence peut être contredite, complétée ou éclairée par de nouvelles références dans les observations que produit le Secrétaire général du Gouvernement. Ce dialogue contradictoire va alors inciter le juge constitutionnel à prendre part au dialogue des juges et avoir lui aussi recours à l'argument jurisprudentiel comparé. Ce recours ne va généralement pas se traduire dans les décisions du Conseil comme on l'a expliqué plus haut, mais plutôt dans les documents des services du Conseil constitutionnel.

## **b/ Les documents des services du Conseil Constitutionnel**

Le Conseil constitutionnel est composé de quatre services : le service des relations extérieures, le service administratif et financier (auquel est rattaché le service informatique), le service de la documentation et le service juridique. Tous ces services ont des missions spécifiques et seulement deux d'entre eux interviennent dans la procédure contentieuse du Conseil constitutionnel : le service de la documentation et le service juridique. Ces deux services sont gérés par des directeurs de service, eux-mêmes coordonnés par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel.

---

<sup>53</sup> V. l'annexe relative à la décision n<sup>o</sup> 2013-669 DC.

<sup>54</sup> V. l'annexe relative aux décisions n<sup>os</sup> 2001-446 DC et 2003-484 DC.

Sans rappeler l'ensemble des tâches accomplies par chacun dans le cheminement d'une saisine du Conseil, on se contentera de relever la production par le service de la documentation d'un dossier documentaire (i) et la production par le service juridique (en collaboration avec le Secrétaire général) d'un commentaire de la décision (ii).

### **i/ Les dossiers documentaires**

Le service de la documentation est à l'origine d'autres documents disponibles sur le site du Conseil constitutionnel comme les historiques législatifs ou les documents de législations consolidées. Ces documents rassemblent en général l'ensemble des informations de modification d'une norme dont le Conseil doit apprécier la validité, mais ne contiennent pas de référence de droit comparé. Aussi, on ne s'intéressera qu'au dossier documentaire qui est susceptible de rassembler des informations de législation comparée, ou des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

Le service de la documentation peut être amené à effectuer des recherches de législations comparées ou de jurisprudence constitutionnelle comparée, soit en raison du dialogue contradictoire, soit par curiosité du service juridique ou du rapporteur. Il est difficile d'établir le critère qui permet de définir quand cette recherche d'arguments de droit comparé peut figurer ou non dans le dossier documentaire. On peut imaginer un critère de pertinence des informations apportées par cette recherche. Si la recherche de droit comparé n'apporte rien alors il apparaît inopportun de la faire figurer dans le dossier documentaire. Le dossier documentaire peut en effet être vu comme l'ensemble des éléments pertinents qui vont servir à la construction de la décision, c'est pourquoi il est conçu avant l'instruction puis distribué à l'ensemble des membres du Conseil. Il apparaît dommage pour le chercheur en droit de voir écarter une telle référence de droit comparé sous prétexte qu'elle n'apporte rien. On pourrait en effet être tenté d'affirmer que dès lors que le rapporteur a pris connaissance d'une référence de droit comparé il devrait la mentionner pour des raisons de transparence. La question qui se pose ici, mais également pour l'ensemble des documents connexes : est-ce qu'en vertu du principe de transparence et de pédagogie pour les lecteurs et chercheurs en droit, le Conseil doit faire apparaître l'ensemble de ses travaux ?

On peut considérer qu'à partir du moment où le juge constitutionnel ne se sent lié que par les décisions qu'il rend, les documents produits par ses Services ont une certaine indépendance intellectuelle. Cette indépendance devrait permettre une certaine transparence de l'ensemble des recherches effectuées pour élaborer ce dossier.

Quand bien même ce dossier documentaire serait une source privilégiée pour trouver des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère, ces références ne sont pas très courantes.

Le dossier documentaire des décisions n<sup>os</sup> 2004-500 DC et 2005-512 DC fait apparaître deux annexes disponibles en ligne qui font état respectivement d'une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée en matière de qualité normative de la loi et en matière de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. L'annexe au dossier documentaire de la décision n<sup>o</sup> 2013-669 DC renvoie également à une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée<sup>55</sup>.

Contrairement aux décisions précitées, le dossier documentaire des décisions n<sup>os</sup> 2004-505, 2005-37 REF, 2005-514 DC, 2005-530 DC, 2007-555 DC et 2008-562 DC<sup>56</sup> mentionne uniquement la jurisprudence constitutionnelle de la Cour constitutionnelle d'Allemagne ce qui permet de témoigner d'un regard privilégié du Conseil sur son voisin allemand.

Le dossier documentaire de la décision n<sup>o</sup> 2012-289 QPC fait référence à une jurisprudence de la Cour suprême américaine en ce qui concerne le principe *non bis in idem*.

Au-delà de références explicitées à une jurisprudence constitutionnelle comparée, il est possible de trouver dans les dossiers documentaires des références à la législation d'un autre pays. Cette référence, comme on l'a précisé plus haut, permet de supposer le regard du juge constitutionnel sur les jurisprudences attachées à ces législations comparées.

Ainsi, les décisions n<sup>os</sup> 2003-487 DC, 2006-540 DC et 2012-653 DC mentionnent une étude de législation comparée en ce qui concerne respectivement, la réforme de l'aide sociale aux États-Unis, la transposition d'une directive par les États membres de l'Union et la règle de l'équilibre budgétaire<sup>57</sup>.

Le dossier documentaire est donc une source supplémentaire où l'on peut trouver une référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée. Cette source témoigne plus fortement d'une influence du Conseil constitutionnel par cet argument jurisprudentiel comparé puisque ce dossier s'il n'engage que le service de la documentation est tout de même élaboré pendant l'instruction d'un recours et distribué à tous les membres. Ce qui signifie que lorsqu'un tel dossier contient des éléments de jurisprudence constitutionnelle étrangère les juges constitutionnels ne peuvent nier avoir eu connaissance de cette jurisprudence comparée. La simple connaissance, la simple lecture de ces éléments de droit comparé est de nature à impacter le raisonnement et la construction de la solution du Conseil quand bien même celui-ci ne révélerait pas l'ensemble des sources rentrées en ligne de compte dans la motivation de la décision qu'il rend.

---

<sup>55</sup> V. l'annexe relative aux décisions n<sup>os</sup> 2004-500 DC, 2005-512 DC et 2013-669 DC.

<sup>56</sup> V. l'annexe relative aux décisions n<sup>os</sup> 2004-505, 2005-37 REF, 2005-514 DC, 2005-530 DC, 2007-555 DC et 2008-562 DC.

<sup>57</sup> V. l'annexe relative à la décision n<sup>os</sup> 2003-487 DC, 2006-540 DC et 2012-653 DC.

Au-delà du dossier documentaire qui fait état des éléments pris en compte, un document explicatif de la décision est également produit par le service juridique et permet de pallier à la brièveté des décisions du Conseil, c'est le commentaire de la décision.

## **ii/ Les commentaires de décisions**

Le service juridique en collaboration avec le Secrétaire général et le rapporteur de la décision travaille en parallèle au projet de décision à un projet de commentaire de celle-ci. Une fois la décision validée, un commentaire de la décision est également approuvé. Le commentaire à la différence du dossier documentaire n'est pas une juxtaposition d'informations dont se seraient servis les juges pour construire leurs raisonnements, il constitue une production intellectuelle plus aboutie dans laquelle les services juridiques vont apporter un éclairage accessible à l'ensemble du public. C'est un document de communication du Conseil qui permet de pallier aux difficultés de langage du droit qui exclut tout néophyte de la compréhension des décisions du Conseil.

Ce commentaire apparaît également comme un palliatif à la tradition française de brièveté des motivations des décisions de justice. C'est un document qui n'engage que le service juridique et non les juges constitutionnels, mais celui-ci permet d'expliquer les considérants obscurs et de détailler l'origine de certains raisonnements. Le commentaire a également pour mission d'assurer la cohérence dans la jurisprudence du Conseil, il explique les évolutions jurisprudentielles. Il constitue une sorte de motivation supplémentaire à mi-chemin entre la motivation des juges de *civil law* et celle des juges de *common law* et devient un document complémentaire à la compréhension des décisions du Conseil. Dans cette logique « anglo-saxonne » de motivation des décisions, le commentaire va lui aussi constituer une source de référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée.

Ainsi, dans les commentaires des décisions n<sup>os</sup> 2005-514 DC, 2008-562 DC et 2013-682 DC concernant respectivement la création d'un registre international français, la rétention de sûreté et le principe de sécurité juridique il est fait mention de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. De même dans les commentaires des décisions n<sup>os</sup> 2008-564 DC et 2010-39 QPC il est précisé que le Conseil constitutionnel s'est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en ce qui concerne la notion « d'identité constitutionnelle de la France » et la possibilité de soulever l'inconstitutionnalité d'une jurisprudence, autrement dit de la vie d'un texte et pas simplement de la lettre de celui-ci. On peut également retrouver une référence à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis en ce qui concerne le principe *non bis in idem* et



en ce qui concerne le principe de laïcité étatique dans les commentaires des décisions n<sup>os</sup> 2012-289 QPC et 2012-297 QPC<sup>58</sup>.

L'étude de la jurisprudence constitutionnelle américaine et italienne se retrouve dans le commentaire de la décision n<sup>o</sup> 2013-336 QPC relative à la modulation des effets dans le temps. Le commentaire de la décision n<sup>o</sup> 2013-314 P fait également référence à une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée sur le mandat d'arrêt européen<sup>59</sup>.

À côté de ces nombreuses influences explicites, on peut supposer une influence implicite par la présence de références à une législation de droit comparé.

Les Commentaires des décisions n<sup>os</sup> 2003-484 DC et 2004-492 DC respectivement sur la rétention administrative et les écoutes téléphoniques renvoient à la législation des autres pays européens. Le commentaire de la décision n<sup>o</sup> 2011-192 QPC évoque, sur la protection du secret défense, une référence imprécise à la « *préoccupation commune à toutes les démocraties* ».

Enfin, le commentaire de la décision n<sup>o</sup> 2011-223 QPC fait mention de l'inspiration espagnole de la loi dont il a à juger de la constitutionnalité<sup>60</sup>.

Ces documents des services du Conseil permettent d'assurer la transparence et la motivation supplémentaire des décisions de justice du juge constitutionnel. Il est cependant regrettable de constater qu'il n'existe pas de lien logique entre ces deux documents (commentaire et dossier documentaire) la présence d'une référence jurisprudentielle comparée dans l'un ne présume pas d'une référence dans l'autre. Ces deux documents n'ont pas la même fonction, mais une logique devrait être mise en place. Or actuellement on a l'impression qu'aucune logique n'est présente, c'est le service qui a trouvé une référence qui choisit ou non de l'insérer dans le document public qu'il produit.

Le dossier documentaire devrait avoir un rôle de répertoire dans lequel va piocher le commentaire pour l'explication de la décision du Conseil. Ainsi le dossier documentaire devrait logiquement contenir l'ensemble des références auquel le Commentaire renvoie ; qu'il s'agisse de jurisprudence constitutionnelle comparée ou de législation comparée. Cela permettrait de hiérarchiser et d'organiser les sources informelles des décisions de justice constitutionnelle en France. Ainsi, la recherche de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle comparée sur le Conseil constitutionnel pourrait être analysée autrement que par une suite illogique de références.

---

<sup>58</sup> V. l'annexe relative aux décisions n<sup>os</sup> 2005-514 DC, 2008-562 DC, 2008-564 DC, 2010-39 QPC, 2012-289 QPC et 2012-297 QPC.

<sup>59</sup> V. l'annexe relative aux décisions n<sup>os</sup> 2013-336 QPC et 2013-314 P.

<sup>60</sup> V. l'annexe relative aux décisions n<sup>os</sup> 2003-484 DC, 2004-492 DC, 2011-192 QPC et 2011-223 QPC.

Ces documents des services du Conseil ne permettent cependant pas de détailler l'influence intégrale de la jurisprudence constitutionnelle comparée sur le Conseil constitutionnel français. Il existe un certain nombre de documents non publics qui peuvent contenir des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

### **c/ Les documents non publics**

Le caractère non public des documents que l'on va étudier empêche toute citation d'exemple. On va donc se contenter de souligner l'existence potentielle de sources multiples à la référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée. La plupart des sources dont on va parler font l'objet d'un écrit (i), mais le terme de document peut apparaître imprécis dès lors que certaines sources ne font pas obligatoirement l'objet d'une retranscription sur un support matériel (ii).

### **i/ Les sources internes bénéficiant d'un support matériel systématique**

La qualification de source interne implique une accessibilité limitée du document. Les sources qui vont être présentées ne sont pas ouvertes au public. Parmi ces documents on trouve notamment les mémoires des parties à une question prioritaire de constitutionnalité dont on a déjà détaillé la potentialité en terme de référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée dans l'étude des saisines du Conseil.

Au-delà des saisines par les parties, le Conseil constitutionnel peut recevoir des demandes supplémentaires sur une question dont il est saisi. Ces « avis » sur la constitutionnalité d'une disposition sont couramment appelés « portes étroites ». Elles ont des origines multiples et variées, mais elles consistent généralement à attirer l'attention du Conseil constitutionnel sur des moyens nouveaux, de nouvelles argumentations en faveur de l'inconstitutionnalité de la disposition ou au contraire pour en défendre la constitutionnalité. Ces portes étroites peuvent également soulever des inconstitutionnalités que les saisissants n'ont pas soulignées. Ces arguments vont permettre au Conseil constitutionnel de soulever d'office certaines inconstitutionnalités. On peut alors tout à fait imaginer la référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée au sein d'une porte étroite que ce soit pour attaquer ou défendre la constitutionnalité d'une disposition dont le Conseil constitutionnel a ou aura à connaître. Cette voie permet au Conseil de ne pas être totalement fermé au monde extérieur dès lors qu'il est saisi d'une question particulière. C'est un moyen pour la doctrine d'éclairer le Conseil et d'attirer son attention sur certains points.

À côté de ces « requérants » anonymes, le Conseil constitutionnel peut également avoir recours à des expertises sur une question précise de droit. Une telle expertise peut porter sur une étude de législation ou de jurisprudence comparée. Le Conseil constitutionnel consulte des personnalités extérieures au

Conseil pour avoir un avis objectif. Ces « amis de la cour » vont alors produire une étude ou un raisonnement pour le compte du Conseil constitutionnel.

On peut citer par exemple l'étude sur « le contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité en Europe, étude systématique des contrôles dans 28 Etats européens » sous la direction d'Anne Levade publiée par le Centre de recherche communautaire. Cette étude répond à une lettre de mission du Secrétaire général du Conseil constitutionnel.

En l'espèce il s'agit d'une véritable étude de législation comparée, commandée par le Conseil constitutionnel à des universitaires.

Il peut exister dans les travaux parlementaires des études de législation comparée ou de jurisprudences constitutionnelles comparées auquel le Service de la documentation peut faire référence, ou reprendre à son compte.

Ces documents vont nourrir une réflexion interne au Conseil constitutionnel et si celui-ci décide de se fonder sur une de ces sources il ne reconnaîtra pas l'existence de tel document, mais prétendra avoir découvert de tels arguments par lui-même. Ainsi ces sources ne sont internes que par l'appropriation par le Conseil constitutionnel de tel document, mais la construction intellectuelle est bel et bien extérieure au Conseil.

À côté de ces documents dont la construction intellectuelle est extérieure au Conseil, il existe des documents dont l'initiative et la construction sont internes au Conseil.

En parallèle aux travaux du Secrétaire général et des Services juridiques et de la documentation, grâce aux évolutions technologiques notamment informatiques, le rapporteur peut effectuer ses propres recherches sur un sujet. Le rapporteur peut très bien se documenter et effectuer une recherche de droit comparé, de jurisprudence constitutionnelle étrangère, mais ne pas l'intégrer dans les documents publics du Conseil. La construction personnelle du raisonnement juridique du rapporteur peut parfaitement être influencée par la jurisprudence étrangère sans qu'aucun signe ne soit visible dans les documents accessibles à tous.

Le service de la documentation produit énormément de travaux à la demande du service juridique, du Secrétaire général ou du rapporteur directement, voire d'un membre qui souhaite être documenté sur une question en l'absence de toute saisine sur le sujet.

Ainsi un certain nombre de notes de synthèse de doctrine ou de jurisprudence, de tableaux peuvent être élaborés par le service de la documentation. On peut tout à fait envisager la construction de tableau, ou de note de compilation doctrinale sur l'étude de la jurisprudence constitutionnelle comparée sur un sujet. Ces travaux peuvent ensuite ne pas être jugés suffisamment

pertinents pour être intégrés au dossier documentaire ou au Commentaire. De plus un certain nombre de ces documents sont parfois produits en dehors de tout contentieux officiel, pour le compte d'un membre, du directeur du service juridique, du Secrétaire général ou simplement suite à une veille juridique qui n'a pas été suivie d'une saisine.

Ou au contraire ces documents peuvent être si bien réalisés qu'ils vont être archivés puis actualisés et réutilisés pour une autre décision. C'est ainsi qu'on retrouve l'utilisation des mêmes annexes au dossier documentaire en ce qui concerne les décisions n<sup>os</sup> 2004-500 DC et 2005-512 DC.

Le service juridique élabore avec le Secrétaire général une note interne au Conseil constitutionnel à destination du rapporteur et des membres. Cette note juridique reprend l'ensemble des éléments juridiques nécessaires à la résolution du litige, rappelle les différents problèmes auxquels est confronté le Conseil et rappelle sa jurisprudence précédente. Cette note va servir de base à la discussion avec le rapporteur pour l'élaboration d'un ou plusieurs projets de décisions qui seront ensuite présentés aux membres.

Cette note interne peut comprendre des références doctrinales et des références au droit comparé. Il est plus que probable que figurent dans ces notes des références à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. C'est d'ailleurs au sein de ce document que cette référence jurisprudentielle comparée doit acquérir la plus grande influence sur la décision du Conseil.

En effet la note étant distribuée à tous les membres avec le dossier documentaire avant la séance plénière, ces derniers préparent le débat qui aura lieu à la lumière de ces deux documents.

L'influence la plus directe sur le juge constitutionnel de références jurisprudentielles comparées est celle qui pourrait avoir lieu lors du délibéré. Les archives des comptes-rendus de délibérés ne sont accessibles au public que 25 ans après la publication de la décision selon une loi organique du 15 juillet 2008 prise en application de l'article 63 de la Constitution. « *En France, l'ouverture des archives du Conseil constitutionnel a permis d'apprendre que le droit étranger n'était pas absent des discussions entre les juges constitutionnels. En effet, dans les délibérations, « le recours au droit comparé est fréquent* »<sup>61</sup>.

Il gravite autour de tous ces documents écrits une multitude de sources qui ne sont pas systématiquement traduites sur un support matériel.

---

<sup>61</sup> S. LEBEDEL, « La prise en compte des précédents étrangers par les cours constitutionnelles », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, op. cit., p. 113 qui renvoie à B. MATHIEU, J.-P. MACHELON, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et alii, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris, Dalloz, p. 337-338.

## ii/ Les sources internes bénéficiant d'un support matériel occasionnel

Le rapporteur et les membres intéressés qui travaillent en parallèle au service juridique et au Secrétariat général peuvent se documenter sur une jurisprudence constitutionnelle étrangère. L'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère peut provenir d'un document écrit, mais prendre son ampleur grâce à « l'oral propre à toute juridiction », ce que certains appelleraient les « discussions de couloirs » au travers desquels le service juridique, le Secrétaire général et le rapporteur ou les membres discutent entre eux et ont des débats juridiques qui peuvent parfois inclure une jurisprudence ou une législation comparée.

Ce pré délibéré oral peut parfois servir à mieux préparer une séance plénière ou une réunion avec le Secrétaire général du Gouvernement.

Le rapporteur établit avec le Secrétaire général et le service juridique le questionnaire au Gouvernement (lors d'un contentieux *a priori*) qui va intégrer d'éventuelles portes étroites et questions techniques du rapporteur. Mais on peut très bien imaginer au-delà de ce questionnaire que le Conseil demande au Secrétaire général du Gouvernement de fournir une étude de jurisprudence constitutionnelle comparée même s'il ne sera pas le mieux placé pour la fournir.

La réunion avec le Secrétaire général du Gouvernement donne lieu à des échanges oraux entre le rapporteur, le service juridique accompagné du Secrétaire général et le Secrétaire général du Gouvernement accompagné des représentants des différents ministères concernés par la loi en question. Les réponses orales du Gouvernement sont généralement retranscrites dans les Observations du Gouvernement, mais l'oral peut parfois permettre d'aborder une question sans y faire référence par écrit par la suite. On peut parfaitement imaginer une discussion sur une jurisprudence constitutionnelle étrangère.

Le rapporteur peut également recourir à des expertises. Ces expertises prennent la forme d'une audition d'expert par le rapporteur. Les autres membres peuvent assister à ces auditions, tout comme le service juridique et le Secrétaire général. Ces auditions peuvent devenir l'occasion d'auditionner une personnalité qualifiée en ce qui concerne le droit comparé, la jurisprudence constitutionnelle comparée. On pourrait même envisager une audition par le Conseil constitutionnel de juges constitutionnels étrangers qui auraient été confrontés précédemment à une question similaire. Cette audition permettrait ainsi aux juges étrangers d'expliquer leur cheminement intellectuel et d'éviter au Conseil constitutionnel un certain nombre de contretemps ou d'impasses intellectuelles contreproductives.

Enfin, parmi les sources dématérialisées de l'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère sur le Conseil constitutionnel on peut renvoyer aux diverses activités para contentieuses du Conseil. Le Conseil constitutionnel dispose d'un service de relations extérieures très actif qui organise des rencontres

et des séances de travail avec les juges constitutionnels étrangers, des visites d'autres Cours constitutionnelles ou suprêmes, des déjeuners, des conférences avec les juges constitutionnels étrangers ou des universitaires, etc. Le poids des relations extérieures dans la culture juridique des membres du Conseil ne doit pas être sous-estimé, car « [...] *lorsqu'un juge rencontre un autre juge, qu'est-ce qu'ils se racontent, sinon des histoires de jurisprudence ?* »<sup>62</sup>.

Par exemple, dans la seule année de 2001, au-delà des relations avec des parlementaires et universitaires étrangers le Conseil constitutionnel a notamment :

- tenu une réunion de travail avec le Président et trois membres du Tribunal constitutionnel d'Espagne ;
- reçu une délégation du Comité constitutionnel du Qatar ;
- reçu une délégation du Conseil constitutionnel du Tchad pour un séjour d'étude puis pour une réunion de travail ;
- reçu Monsieur Stephen Sedley, Lord Justice à la High Court du Royaume-Uni ;
- convié à déjeuner une douzaine de professeurs de droit public, le juge Michel Bastarache, membre de la Cour Suprême du Canada, Mme Ivana Janu, Vice-Présidente de la Cour constitutionnelle de la République tchèque ;
- accueilli trois collaborateurs de la Cour constitutionnelle du Maroc pour un séjour d'étude ;
- reçu six hauts magistrats de la Cour de cassation égyptienne ;
- reçu deux membres du Conseil d'État algérien ;
- reçu en stage au Conseil un conseiller juridique de la Cour constitutionnelle de Hongrie ;
- reçu Monsieur Nafiev, Président de la Cour constitutionnelle du Tatarstan ;
- déjeuné avec deux membres de la Cour suprême de la République dominicaine ;
- reçu Son Excellence M.A. Salim (Soudan) pour une réunion de travail ;
- accueilli un groupe d'universitaires britanniques pour évoquer avec eux la question du principe d'égalité, telle qu'elle se présente en droit interne et en droit européen ;
- organisé un échange d'expériences entre la Cour constitutionnelle du Bénin et le Conseil constitutionnel français ;
- reçu M. Stephan Ledrew, Président du parti libéral canadien autour du thème du financement des partis et des campagnes électorales
- reçu Monsieur Omar Chirdon Abass, Président du Conseil constitutionnel de Djibouti ;
- reçu le Président de la Cour constitutionnelle du Togo, Monsieur Amega ;
- reçu une délégation vénézuélienne de magistrats conduite par le Président du Tribunal suprême ;

---

<sup>62</sup> B. FRYDMAN, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*, op. cit., 2007, p. 151.

- reçu Monsieur le professeur Juan Augustin Figueroa Yavar, membre du Tribunal constitutionnel du Chili ;
- reçu Madame Snjezana Savic, présidente de la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine ;

Certains des membres du Conseil ou certains de ses collaborateurs ont :

- effectué une visite de la Cour constitutionnelle tchèque ;
- participé au premier séminaire des correspondants nationaux de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français ;
- participé à un séjour d'étude auprès de la Cour constitutionnelle du Bénin ;
- été reçus par un juge à la Haute Cour d'Australie ;
- représenté le Conseil constitutionnel à Karlsruhe aux cérémonies marquant le 50<sup>e</sup> anniversaire de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne ;
- participé au colloque organisé par le CEDROMA (Centre d'études des droits du monde arabe, Université Saint-Joseph, Beyrouth, Liban) sur le thème : « Les dénominateurs communs entre les principes généraux du droit musulman et des droits des pays arabes, d'une part, et les principes généraux du droit français, d'autre part » ;
- participé à l'assemblée générale, ainsi qu'au deuxième congrès de l'Association des ombudsmans et médiateurs francophones, organisé à Andorre-la-Vieille ;
- participé, à Kiev, à la célébration du 5<sup>e</sup> anniversaire de la Cour constitutionnelle d'Ukraine ;
- participé aux manifestations organisées à Moscou pour le 10<sup>e</sup> anniversaire de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie ;

Le site du Conseil constitutionnel donne un aperçu de l'ampleur de ces relations extérieures à travers les bilans annuels de son activité qu'il met en ligne dans une section spécialement consacrée aux relations extérieures.

Ces documents connexes forment une sorte de palliatif à la tradition française de motivation des décisions de justice. Si bien que lorsqu'on a à l'esprit le poids réel des services du Conseil constitutionnel, on mesure l'importance de ces documents connexes pour le raisonnement juridique du Conseil. Ces documents forment un corpus permettant de détailler à la fois les sources et les raisonnements auxquels les juges constitutionnels se sont confrontés, et de donner une explication qui compense la brièveté de la décision du Conseil constitutionnel.

La localisation très variable d'une référence à une jurisprudence constitutionnelle illustre son importance erratique, irrégulière dans la construction du raisonnement des juges constitutionnels.

### **3/ L'importance erratique de la référence au droit constitutionnel comparé par le Conseil Constitutionnel**

Le Conseil constitutionnel ne fait pas un recours systématique à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. De plus, lorsqu'il y a recours, ces références ne sont jamais répertoriées au même endroit, de la même façon dans les documents connexes si bien qu'on en vient à s'interroger sur l'importance que revêt, pour le Conseil, l'utilisation de la jurisprudence constitutionnelle étrangère. L'absence de formalisme systématisé, harmonisé souligne l'importance aléatoire de cette pratique contentieuse qu'est l'utilisation d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère.

L'importance irrégulière de la référence à l'argument de droit comparé amène à deux séries d'interrogations auxquelles nos développements futurs tenteront d'apporter une réponse : le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée est-il attaché à un type de contentieux spécifique (a) ? Qu'apporte le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère (b) ?

#### **a/ L'opportunité de la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée**

La jurisprudence constitutionnelle étrangère ne fait pas l'objet d'un recours systématique. Dès lors, on peut s'interroger sur l'existence d'un lien entre les décisions dans lesquelles on aperçoit une telle référence. Ces décisions sont-elles liées par une même logique ? Ou est-ce le hasard et l'humeur du juge qui dictent la manifestation de telle référence ? En d'autres termes il s'agit d'observer quels sont les critères qui poussent le juge à recourir à de tels précédents étrangers.

Il n'existe aucune obligation pour le juge constitutionnel français de regarder la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Comme on l'a précédemment évoqué, le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'une habilitation constitutionnelle pour l'utilisation du droit comparé. Quand bien même une telle habilitation existerait, les juges restent libres d'utiliser ou non le droit comparé dont il a pris connaissance. Il y a en effet une différence entre la prise de connaissance du droit comparé et son utilisation.

On peut penser que la simple lecture d'une jurisprudence étrangère est irrémédiable dès lors que la connaissance d'une décision étrangère ne pourra plus être ignorée, l'ensemble des lectures postérieures et la construction du raisonnement juridique par le juge se trouveront influencés par cette première lecture. Que ce soit une confortation du sentiment du juge ou un rejet de la jurisprudence étrangère, il y a eu influence du droit comparé.

Le recours à une jurisprudence constitutionnelle étrangère est un phénomène beaucoup plus précis que l'influence. Il s'agit d'un acte positif du juge (et pour le Conseil de ses Services) de citation d'une jurisprudence



constitutionnelle étrangère. Il s'agit de distinguer l'influence que peut avoir une simple lecture et l'utilisation positive de cette lecture. C'est une distinction entre ce que le juge lit et ce que le juge dit.

Ainsi, on ne se pose pas ici la question des causes de l'influence de la jurisprudence constitutionnelle étrangère (qui peut exister sans indices remarquables en raison de sa présence dans des documents non publics), mais plutôt des causes du recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Qu'est-ce qui incite le juge à faire figurer de manière plus ou moins officielle (au travers des documents connexes) une jurisprudence constitutionnelle étrangère ? Certains auteurs se réfèrent à la décision Makwanyane de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud où figure une formule explicite : « *les droits étrangers peuvent nous servir de guide, mais en aucun cas nous ne sommes liés par eux* »<sup>63</sup>. D'autres évoquent le fait que « *le dialogue (la référence à une jurisprudence constitutionnelle comparée en l'espèce) n'est pas [...] une contrainte positive. Les juges choisissent donc de dialoguer (ou non)* »<sup>64</sup>.

Les juges ne sont pas liés par la jurisprudence d'un ordre juridique distinct de celui dans lequel ils rendent leurs décisions. Aussi l'absence de poids juridique de ces jurisprudences étrangères fait de cette référence jurisprudentielle comparée un simple argument informel. Pourquoi le juge ressent-il le besoin dans certaines hypothèses de citer cet argument informel ? De recourir au dialogue des juges ?

Les juges ressentent le besoin de recourir à une jurisprudence étrangère dans des situations particulières. La doctrine conçoit plusieurs types de situations particulières qui peuvent justifier la citation d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère : il s'agit des cas dans lesquels le juge rencontre une difficulté particulière pour rendre sa décision. C'est ce que la doctrine appelle les cas difficiles ou *hard case* selon les juges américains. Ces difficultés sont de plusieurs natures, elles se manifestent :

- lorsque le droit positif est insuffisant pour résoudre tel quel le litige<sup>65</sup> ;
- lorsque le problème est international, au-delà du cadre national et ne peut être résolu qu'à l'échelle globale<sup>66</sup> ;
- lorsque le problème est nouveau et actuel<sup>67</sup> ;

<sup>63</sup> A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>64</sup> J. ALLARD et A. VAN WAHEYENBERGE, *op. cit.*, p. 119.

<sup>65</sup> E. DUBOUT et S. TOUZE, *op. cit.*, p. 18.

<sup>66</sup> J. ALLARD et A. VAN WAHEYENBERGE, *op. cit.*, p. 116 : « *Guy Canivet, parle de "bénévolence des juges" (...). Qu'est-ce qui motive ce dialogue "bénévole" des juges ? Dans la mesure où le contentieux lui-même s'internationalise en même temps que les sources du droit se dénationalisent, les juges sont de plus en plus confrontés à des problèmes communs (comme le terrorisme, Internet ou la pollution) qui ne peuvent être résolus qu'à l'échelle globale. La mondialisation encourage donc les juges à se livrer à l'exercice comparatif et leur permet aussi parfois d'emprunter à d'autres juges, issus de systèmes hétérogènes, des solutions aux affaires difficiles* ».

<sup>67</sup> T. GROUPI, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » *op. cit.*, p. 57 : « *D'autant plus que souvent il s'agissait de traiter de problèmes tout à fait nouveaux et actuels [...] en*

- lorsqu'il s'agit d'un problème de société : la question est complexe et controversée, elle soulève un débat à la frontière du droit (questions éthiques, choix économiques ou sociaux, etc.)<sup>68</sup>

Le juge confronté à une affaire plus complexe ou technique que d'habitude va se trouver face à une difficulté supplémentaire qu'il va parfois surmonter par le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée.

Dans ces situations difficiles, le but de la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée est de convaincre. Si l'influence de la jurisprudence comparée est un argument informel, son utilisation, sa citation a un but beaucoup plus précis. Le juge souhaite donner à cet argument un poids plus important, l'argument de droit comparé devient persuasif à l'égard du public de la décision, mais également à l'égard des autres membres de la juridiction<sup>69</sup>. La mondialisation d'un problème impose une réponse mondiale des juges ce qui explique la force exceptionnelle de la jurisprudence voisine. L'absence de frontières aux problèmes nouveaux a pour effet de décloisonner les systèmes jurisprudentiels : dès lors que les juges font face aux mêmes difficultés, la jurisprudence d'un juge peut se trouver décloisonnée de son ordre juridique et venir convaincre les juges d'un autre ordre juridique. La mondialisation des problèmes juridiques entraîne la création d'un ordre juridique jurisprudentiel commun qui se cache derrière les expressions de dialogue des juges, de circulation ou de communicabilité des jurisprudences.

Une autre question se pose lorsque l'on étudie l'opportunité du recours à l'argument jurisprudentiel comparé : comment choisir la décision étrangère ?

On peut répondre de manière assez synthétique. On ne peut comparer que ce qui est comparable. Cela se traduit par l'existence de critères de pertinences qui peuvent varier en fonction de chaque affaire, de chaque difficulté et de chaque juridiction. On peut cependant dégager des critères relativement récurrents. Tout d'abord, il y a la proximité géographique et culturelle avec l'État dont on regarde la jurisprudence. La proximité géographique entraîne nécessairement une proximité culturelle, voire institutionnelle, en raison d'une histoire commune plus longue qu'avec d'autres pays. Ce qui explique, pour le Conseil constitutionnel, une référence plus fréquente à la Cour de Karlsruhe, ou à la Cour constitutionnelle italienne. Ensuite, on peut évoquer l'ancienneté de la juridiction : la Cour suprême

---

*particulier concernant le développement des technologies biomédicales ou de la communication, ou des phénomènes mondiaux tels que l'immigration, le terrorisme, l'environnement ».*

<sup>68</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 147.

<sup>69</sup> A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 32 : « L'objectif du juge, au-delà de la recherche de légitimité auprès de l'opinion publique, est également d'emporter la conviction de ses pairs. L'éclairage comparatiste peut permettre d'enrichir le débat et la réflexion au sein de la formation de jugement. (...) En effet, par le biais de la comparaison, le juge peut profiter directement de l'expertise de ses homologues lorsqu'il est confronté à un problème juridique équivalent ».

américaine étant la plus vieille cour protégeant les droits fondamentaux il est logique que les Cours les plus jeunes regardent les décisions qu'a rendues cette Cour<sup>70</sup>. On peut également citer l'affiliation intellectuelle : les juristes formés selon une tradition juridique particulière, ou issus d'une école de droit étrangère vont avoir tendance à se référer aux décisions des cours qu'ils ont étudiées<sup>71</sup>.

Après une telle analyse théorique, l'étude des références présentes dans les documents connexes permet de dégager les cas d'utilisation par le Conseil constitutionnel (ou du moins par les services juridique et de la documentation) de la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

Le Conseil constitutionnel cite le plus souvent une jurisprudence constitutionnelle étrangère dans le but d'importer une nouvelle technique contentieuse, un nouvel argument d'inconstitutionnalité, un raisonnement juridique qui va modifier son contrôle de constitutionnalité. Ainsi dans les décisions suivantes le Conseil a eu recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère pour se prononcer sur un problème de technique contentieuse (problématique technique du contentieux) :

- Décision n° 96-383 DC, le Conseil a reconnu la valeur constitutionnelle de la garantie d'indépendance des représentants syndicaux (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décisions n<sup>os</sup> 2004-500 DC et 2005-512 DC, le Conseil a eu recours aux notions de qualité, de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité normative pour contrôler la constitutionnalité des lois en question (inspiration des jurisprudences constitutionnelles européennes convergentes) ;
- Décision n<sup>os</sup> 2005-530 DC et 2007-555DC, le Conseil a utilisé la notion d'impôt à caractère confiscatoire (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2012-289 QPC, le Conseil a appliqué le principe *non bis in idem* (regard sur la jurisprudence constitutionnelle américaine) ;
- Décision n° 2013-336 QPC, le Conseil a appliqué la technique de la modulation des effets dans le temps de sa décision (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle italienne et américaine) ;
- Décision n° 2013-682 DC, le Conseil a appliqué le principe de sécurité juridique (regard sur la jurisprudence constitutionnelle allemande).

---

<sup>70</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « Par nature, il n'existe aucun mécanisme automatique qui couvre la recherche des précédents étrangers et fonde le dialogue des juges. [...] un certain nombre de caractéristiques méritent d'être soulignées. Il existe d'abord une incontestable primauté en faveur, soit des juridictions les plus anciennes, soit des juridictions de pays géographiquement et culturellement proches. C'est ainsi que nul ne sera étonné que dans les éléments ou statistiques disponibles sur l'utilisation des précédents, la Cour suprême américaine soit très présente. Elle bénéficie d'une antériorité absolue ; elle a développé une jurisprudence abondante ; elle est considérée comme libérale et ses nombreuses opinions individuelles permettent de mieux comprendre les raisonnements qu'elle a adoptés ».

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 13.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée peut également intervenir dans les cas de questions complexes, à la frontière entre le droit et d'autres disciplines (philosophie, économie, politique, etc.), il s'agit du problème des questions « de société ».

Ainsi, le Conseil constitutionnel a fait référence à la jurisprudence constitutionnelle étrangère dans les décisions suivantes :

- Décision n° 2012-297 QPC relative au financement étatique d'un culte et au principe de laïcité de l'État (regard sur la jurisprudence constitutionnelle américaine) ;
- Décision n° 2013-669 DC relative au mariage pour tous (regard sur les jurisprudences constitutionnelles européennes).

Les problèmes de technicité contentieuse et de questions de société se combinent souvent :

- Décision n° 2005-514 DC relative à la création d'un registre international français dans laquelle le Conseil a affirmé l'absence d'obligation, en France, de traiter différemment des situations différentes (contradiction avec la jurisprudence constitutionnelle allemande qui pose une obligation) ;
- Décision n° 2008-562 DC relative à la rétention de sûreté dans laquelle le Conseil a eu recours à la technique du triple contrôle de proportionnalité (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2008-564 DC relative aux organismes génétiquement modifiés dans laquelle le Conseil a appliqué la notion d'identité constitutionnelle de la France (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle italienne) ;
- Décision n° 2010-39 QPC relative à l'adoption par les couples non mariés dans laquelle le Conseil a fait application de la théorie du droit vivant (inspiration de la jurisprudence constitutionnelle italienne) .

Enfin le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère peut également s'avérer utile lorsque le problème a une envergure internationale, voire régionale en ce qui concerne l'Union européenne :

- Décision n° 2004-505 DC relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe (référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2005-37 REF relative à l'application du principe de primauté du droit de l'union (référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande) ;
- Décision n° 2013-314 P relative au mandat d'arrêt européen (références aux jurisprudences constitutionnelles européennes).

Ces références à la jurisprudence constitutionnelle comparée sont conditionnées par la complexité de la décision que doit rendre le juge. L'argument comparé revêt alors une portée de plus en plus persuasive (et de moins en moins informelle) et constitue un réel apport pour la construction du raisonnement juridique du Conseil.

## b/ L'apport de la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée est généralement attaché à une difficulté (technique, contextuelle, géographique) de la décision. L'utilisation d'un tel argument pour surmonter une difficulté montre bien la transformation de l'utilité du droit comparé pour le juge. Il ne s'agit pas simplement de s'informer de ce qui peut se faire ailleurs (cela renvoie à l'influence comparée), mais de se servir par le biais d'une citation de ce qui se fait ailleurs pour générer ou justifier le changement dans le système juridique importateur<sup>72</sup>.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée peut alors prendre des formes multiples et variées, il peut s'agir d'un argument de confortation de la position que souhaite adopter le Conseil, ou d'un argument destiné à illustrer la position non isolée du Conseil. Cet argument peut encore être interprétatif : le Conseil va tirer les conséquences d'une décision étrangère et les traduire dans sa décision. Enfin, l'argument peut être un argument *a contrario* (comme dans la décision n° 2005-514 DC) qui a pour but d'illustrer les positions que ne veut pas prendre le Conseil : critique d'un raisonnement étranger pour mettre en valeur son propre raisonnement<sup>73</sup>.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère par les juges, indépendamment des pouvoirs politiques, permet au juge de ne plus dépendre de la seule norme nationale, produit d'un consensus politique. Cette forme du dialogue des juges, cette circulation, cette communicabilité des solutions permettent aux juges nationaux de participer à l'élaboration de jurisprudences souples à l'image de la *soft law*, capable d'adapter les rigueurs nationales à la mondialisation des problématiques juridiques. Les juges s'émancipent du pouvoir politique et deviennent des acteurs de mondialisation du droit<sup>74</sup>.

Cette émancipation, ce regard au-delà des frontières sont une source d'enrichissement de la pensée juridique. Elles permettent d'éviter au juge de se borner à une pensée unique ignorante des évolutions du monde et de ses problématiques<sup>75</sup>. Le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère permet de confronter le droit positif à son caractère arriéré, inadapté ou inapproprié par rapport à l'évolution des sociétés. Une société à cause de la libéralisation des

---

<sup>72</sup> J. ALLARD et A. VAN WAAYENBERGE, *op. cit.*, p. 125 : « *Le dialogue intervient dans les affaires délicates (hard cases), car il permet aux juges de faire évoluer l'interprétation du droit et des standards juridiques classiquement admis. Aussi, comme le souligne Guy Canivet, « la jurisprudence étrangère est bien invoquée ici à des fins de subversion du droit interne ».*

<sup>73</sup> T. GROUPI, *op. cit.*, p. 53.

<sup>74</sup> S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 141 : « *les juges sont, peut-être aujourd'hui les agents les plus actifs de sa mondialisation ».*

<sup>75</sup> H. MUIR-WATT, « *La fonction subversive du droit comparé* », *RIDC*, vol. 52 n° 3, juillet-septembre 2000, p. 506 : « *Le message subversif est donc fort, mais très simple : regardons ailleurs, comparons, interrogeons-nous sur les alternatives – pour élargir la perspective traditionnelle, enrichir le discours juridique et lutter contre les habitudes de pensée sclérosantes. Ce n'est qu'au prix de cet enrichissement que l'on peut apprendre à comprendre l'autre, et, à terme, se comprendre soi-même ».*

échanges (économiques, culturels et politiques) et de l'évolution des technologies ne peut plus évoluer seule, ne serait-ce que parce que ses citoyens ne connaissent pas les frontières de son droit et peuvent se mouvoir hors de son système juridique. Le déplacement des individus a entraîné un déplacement des cultures et une interpénétration des systèmes juridiques si bien qu'une société ne peut plus se penser de manière autonome, mais uniquement par rapport au monde dans lequel elle évolue. Rien ne la contraint à se plier aux modes majoritaires de ce monde, mais elle ne pourra pas se développer sans une prise en compte même de manière *a contrario* des sociétés qui lui sont voisines. « *Il ne s'agit pas pour autant (...) de penser comme les autres, mais de se penser soi à partir des autres* »<sup>76</sup>. Ce mouvement de libéralisation des échanges accompagné par les évolutions des technologies rend de plus en plus superflu l'argument d'une comparaison impossible en raison d'une culture et d'une histoire différente. Les États sont en effet en train de construire une véritable histoire commune, et il est par conséquent normal de voir le droit de plus en plus comparé.

Cette référence permet ainsi de nourrir l'évolution de son propre système juridique et de mieux en appréhender les tenants et les aboutissants<sup>77</sup>.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère est un argument de droit comparé et (avec le mouvement détaillé précédemment) tend à devenir un outil d'analyse introspective de son système juridique pour mieux le critiquer et en percevoir les imperfections. Le recours à la jurisprudence comparée est donc une analyse de ce qui se fait de mieux ailleurs et de ce qui se fait de moins bien chez soi. L'argument jurisprudentiel comparé participe d'une double logique qui a pour conséquence de le transformer en argument complet et pratiquement autosuffisant. Toute cette démarche du juge peut être qualifiée de dialogue des juges dans son ensemble, mais face à la décision qu'il doit rendre, le juge est relativement seul. Le dialogue n'est que le phénomène global. Lorsque le juge fait du droit comparé avant de rendre une décision il est seul à pratiquer cet exercice d'introspection et de remise en cause objective<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 88. V. également p. 89 : « *le dialogue des juges en tant que tel ne suppose pas que ceux-ci raisonnent de la même façon, ni qu'ils aboutissent toujours aux mêmes conclusions. Le dialogue, avec ses contraintes propres, n'engendre pas forcément une uniformité des décisions. (...) « le dialogue des juges ne consiste pas à généraliser un modèle juridique particulier, mais à ériger certaines décisions en exemples ».*

<sup>77</sup> H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 517-523 : « *Attribuer au droit comparé la fonction d'entretenir un feu contestataire face à la logique juridique abstraite du discours dominant n'est pas une pure fantaisie. [...]. L'une des avancées les plus importantes de la pensée comparative contemporaine consiste précisément en l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique informée par un regard sur l'autre* ».

<sup>78</sup> J. ALLARD, *op. cit.*, p. 86- 89 : « *L'auditoire universel (de Chaïm Perelman) permet au juge, par l'imagination, de considérer sa décision du point de vue des autres et ainsi de sélectionner, dans son raisonnement, les arguments adaptés à l'autorité persuasive dont il est en quête pour son jugement. (...) On peut dire que, d'une certaine façon, la mondialisation impose cet auditoire universel. (...) En évaluant son opinion et sa tradition juridique du point de vue des autres, le juge doit devenir juge de sa propre*

L'apport de la jurisprudence constitutionnelle, quand bien même elle n'interviendrait que pour des décisions particulièrement complexes, est aujourd'hui incontournable. Ses bénéfices pour l'évolution du droit, accentués au niveau constitutionnel, nous amènent à nous interroger sur les raisons qui justifient un recours aléatoire, imprécis et irrégulier à cet outil par le juge constitutionnel français. Quels sont les obstacles à la systématisation du recours à cette jurisprudence constitutionnelle étrangère, comparée ?

## **B.- Les obstacles à la systématisation du recours à l'argument de droit constitutionnel comparé**

Le juge constitutionnel français n'assume la référence à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qu'au niveau de documents connexes. Cette référence est relativement difficile à analyser par sa localisation et sa mise en valeur variable à chaque décision. Le Conseil constitutionnel fait donc une place à l'argument de droit comparé dans les documents qui expliquent sa jurisprudence, mais cette place est aléatoire, non systématique. Si l'on peut comprendre les motivations du juge de recourir à un tel argument de droit comparé, il apparaît plus complexe d'étudier les raisons qui justifient l'oubli ou l'absence de recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère. Cet oubli, ce recours non systématique, cette pratique non institutionnalisée s'expliquent par la faiblesse des moyens humains et matériels. Ces faiblesses placent le Conseil dans une situation inconfortable pour exercer de manière satisfaisante un dialogue des juges constitutionnels (1).

Le besoin d'une systématisation du recours à la jurisprudence constitutionnelle ne se fait pas ressentir en raison d'un palliatif jugé satisfaisant par le Conseil. Il s'agit pour le Conseil constitutionnel de mutualiser les sources de jurisprudences constitutionnelles comparées en passant par la médiation des Cours européennes (2).

### **1/ L'inconfort de la faiblesse des moyens humains et matériels**

Le Conseil constitutionnel n'est pas en mesure de systématiser son regard sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère par la faiblesse de ses moyens humains (a) et de ses moyens matériels (b).

#### **a/ La faiblesse des moyens humains du Conseil constitutionnel**

L'expression d'une faiblesse des moyens humains renvoie à un ensemble de facteurs, de traits caractéristiques du fonctionnement du Conseil constitutionnel qui rendent impossible une systématisation du recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

---

*pensée, de sa propre tradition, ce qui atteste cette forme de distance et d'impartialité dont on sait qu'elles sont des conditions indispensables de la légitimité des systèmes judiciaires ».*

Par systématisation il ne s'agit pas d'étendre le regard du Conseil sur ses voisins à tous les contentieux dont il est saisi, mais d'instaurer une pratique régulière, uniforme et mise en valeur pour les décisions jugées « difficiles » par leur technicité, leur contexte ou leur ampleur géographique comme on l'a expliqué précédemment.

Le Conseil constitutionnel occupe désormais les fonctions d'une véritable Cour constitutionnelle. Cependant il n'a pas les dimensions physiques correspondant à ses attributions juridiques. Par dimension physiques, il s'agit de souligner l'effectif réduit du personnel au Conseil, comme la modestie de ses dimensions architecturales.

Le Conseil constitutionnel n'a clairement pas les dimensions des Cours suprêmes des ordres administratifs et judiciaires. Alors que le Conseil d'État comprend plus de 300 juristes, le Conseil constitutionnel n'en comprend qu'une grosse vingtaine (en comptabilisant les membres des services juridique et de la documentation, les juniors, le Secrétaire général, et les membres du Conseil). Certes les attributions et la quantité de contentieux à traiter ne sont pas les mêmes, mais le Conseil constitutionnel doit désormais traiter des questions prioritaires de constitutionnalité. Ce personnel en faible nombre permet de faire fonctionner le Conseil. Il ne s'agit pas de critiquer la possibilité d'exercer ses attributions. Mais ce faible nombre ne permet pas de systématiser, dans l'exercice de ses fonctions actuelles, un recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée, si bien que le juge se prive de cet outil.

Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée est donc hasardeuse et se trouve dicté par un dialogue du contradictoire ou la présence « providentielle » d'un stagiaire étranger<sup>79</sup>.

Si la création de collaborateurs attachés à chaque membre peut apparaître comme un moyen de spécialiser un certain personnel dans la recherche de jurisprudence constitutionnelle comparée, elle peut aussi être critiquée et redoutée. En effet, le recrutement de ces collaborateurs serait susceptible d'attiser les divergences entre les membres et la concurrence entre ces collaborateurs nuirait à la qualité du travail de l'institution<sup>80</sup>.

Afin de ne pas briser le « triangle magique »<sup>81</sup> dans cette augmentation des moyens humains au sein du Conseil il ne faut pas recruter plus de membres au service juridique ou au sein des juniors, mais plutôt créer un personnel spécialisé

---

<sup>79</sup> J. E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 25, août 2009, p. 8 : « Celui accompagnant la décision du 28 avril 2005 relative au registre international français de la marine marchande comportait une décision du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe particulièrement topique et traduite par un brillant stagiaire franco-allemand qui se trouvait providentiellement parmi nous à ce moment ».

<sup>80</sup> *Ibid*, p. 3.

<sup>81</sup> *Ibid*, p. 2.



dans la recherche constitutionnelle comparée. Il faudrait créer à côté des services existants ou au sein du service de la documentation une cellule de droit comparé qui travaillerait à la fois sur les veilles juridiques, en l'absence de contentieux, et sur les questions complexes. La nécessité de créer une équipe à part entière pour ce sujet est soulignée par le défi linguistique que devra relever un tel personnel. Cet obstacle linguistique est probablement une des raisons de l'absence de systématisation du recours à l'argument jurisprudentiel comparé, mais surtout de son caractère incomplet. Le juge constitutionnel français ne regarde pas souvent de nombreuses décisions étrangères, dans leurs langues d'origine faute de personnel capable de les comprendre<sup>82</sup>.

Cette équipe pourrait ainsi être chargée de la traduction des solutions étrangères, mais également de celles du Conseil constitutionnel. De même elle pourrait compiler les travaux de législations comparées émanant des universitaires et des services parlementaires, gouvernementaux ou internationaux afin de mettre à disposition du Conseil les données permettant un regard complet et systématique sur le droit comparé. Ce serait alors un véritable bureau de droit comparé œuvrant à la fois pour la prise en considération systématique des précédents constitutionnels étrangers, mais également pour la circulation des propres décisions du Conseil constitutionnel, contribuant ainsi à l'inscrire dans le jeu mondial de la communicabilité des décisions, dans le dialogue des juges.

Enfin, une telle équipe permettrait de disposer d'un certain nombre de spécialistes de droit comparé, spécialiste dont ne dispose actuellement pas le Conseil.

À côté de ces faiblesses en termes de ressource humaine, il existe certaines faiblesses matérielles.

### **b/ La faiblesse des moyens matériels du Conseil constitutionnel**

Au-delà de l'absence de personnel qualifié susceptible de permettre une systématisation du regard du juge constitutionnel français sur les décisions de ses homologues voisins, il existe un certain nombre de problèmes pratiques.

L'accessibilité à l'information de droit comparé n'est pas forcément aisée. Il peut apparaître opportun pour le Conseil constitutionnel, s'il veut régulariser sa pratique et avoir un regard complet sur la jurisprudence constitutionnelle

---

<sup>82</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 11 : « Chacun s'accorde d'ailleurs à constater qu'il est évidemment impossible d'être certain de recueillir l'ensemble des précédents significatifs, ne serait-ce que pour des raisons d'accès documentaire ou de barrière linguistique ». V. également p. 13 : « Le lecteur doit néanmoins être attentif au fait que la traduction juridique se heurte à d'innombrables pièges et qu'une décision n'est aisément compréhensible que par référence, non seulement à la langue d'origine, mais surtout au contexte juridique national. De graves erreurs d'interprétation donc ultérieurement d'utilisation, pourraient découler du non-respect de ces précautions ».

étrangère, de s'abonner à des bases de données juridiques en ligne spécialisées dans le droit comparé, abonnements qui sont actuellement incomplets.

Le caractère incomplet des bases de données n'est pas le problème le plus important qui s'oppose à la systématisation de la référence comparée. La problématique la plus importante, la plus difficile à résoudre est celle des délais contentieux qui encadrent les recours *a priori* et *a posteriori* du Conseil<sup>83</sup>.

Le Conseil constitutionnel ne dispose que d'un mois pour rendre une décision dans le cadre d'une saisine *a priori*. Ce délai est rallongé de 2 mois pour un contentieux *a posteriori*. Ces 2 mois sont en réalité le délai nécessaire pour permettre le dialogue contradictoire entre les parties à une question prioritaire de constitutionnalité. Ainsi le Conseil constitutionnel ne dispose en pratique que d'un mois pour trancher une question prioritaire de constitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel a développé un système de travail par anticipation. Le service de la documentation, le service juridique et le Secrétaire général procèdent à une veille législative qui permet de sélectionner les lois qui vont très probablement faire l'objet d'une saisine pour nommer un pré rapporteur et commencer toute une série de recherches permettant de préparer le plus en amont possible l'instruction de la saisine lorsqu'elle sera officialisée. Cette veille constitutionnelle permet une certaine recherche jurisprudentielle comparée en amont de la saisine. En effet, le rapporteur disposant de quelques mois supplémentaires avant la saisine peut plus facilement porter un regard sur la jurisprudence voisine. Parfois la jurisprudence constitutionnelle étrangère peut même nourrir la veille juridique, le travail anticipé : le débat médiatique, politique ayant conduit une disposition étrangère à être déférée devant une cour constitutionnelle voisine va interpeller le Conseil sur la complexité particulière de cette disposition législative et les enjeux de sociétés qui se dissimulent derrière vont permettre de présumer sa future saisine. De plus, les arguments d'inconstitutionnalité soulevés dans une jurisprudence voisine permettent d'orienter les recherches préalables du Conseil constitutionnel. Il y a de fortes chances pour que les moyens soulevés par les parlementaires français soient les mêmes que ceux étudiés dans la jurisprudence comparée et cela en raison de la ressemblance des blocs de droits fondamentaux des différents pays européens, voire occidentaux. En revanche les moyens peuvent varier énormément dès lors qu'on se situe dans des questions de droit constitutionnel institutionnel, en dehors des droits fondamentaux.

Le juge constitutionnel français, par une pratique systématique de veille juridique, arrive à s'aménager quelques mois supplémentaires dans le cadre des

---

<sup>83</sup> K. PICARD, « L'éviction à rebours du droit étranger par les juges constitutionnels », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, op. cit., p. 40 : « La première des qualités dont doit faire preuve le juge constitutionnel qui choisit de manipuler le droit comparé est la prudence. Les contraintes de temps et de moyens peuvent brusquer et tromper ce travail de comparatisme ».

contrôles *a priori*, cet aménagement est de nature à favoriser l'existence d'une référence à l'argument de droit comparé. Le juge bénéficiant d'un délai plus raisonnable pour exercer son office il va pouvoir explorer toutes les pistes de réflexion.

Cette possibilité est en revanche beaucoup plus restreinte en contrôle *a posteriori*. La veille juridique est impossible puisque la saisine est imprévisible : la question se pose au cours de n'importe quel litige devant les juges de droit commun, voire même devant les juges des Cours Suprêmes. On pourrait imaginer une étude des jurisprudences de transmission et de rejet des Cours Suprêmes des deux ordres qui exercent le dernier filtre de cette question. Ainsi, il se dégagerait une certaine probabilité de la transmission de la question au Conseil. Le juge constitutionnel français arriverait alors à s'aménager quelques mois supplémentaires dans le contrôle *a posteriori*.

Ces différentes veilles sont de bonnes solutions pratiques, mais elles s'apparentent malheureusement à des solutions bancales, provisoires. Ce bricolage pratique, ces « boules de cristal » pour reprendre l'expression de Jean-Éric Schoettl ne doivent pas dicter le rythme de travail de nos juges constitutionnels. Ainsi se pose la question d'une révision des délais contentieux dans lesquels le Conseil doit exercer ses attributions. Les délais doivent être révisés de manière à permettre au juge constitutionnel d'exercer ses fonctions dans de meilleures conditions, susceptibles de favoriser une meilleure pratique comparatiste<sup>84</sup>.

Cependant, ces délais ne devront pas non plus être trop rallongés afin de ne pas paralyser trop longtemps l'issue d'un litige au fond suspendu dans le cas d'une question prioritaire de constitutionnalité, ou la promulgation de la loi dans le cadre d'un contrôle *a priori*. Il y a donc une réelle réflexion à mener sur le sujet afin de trouver un juste milieu satisfaisant.

Ces faiblesses humaines et matérielles vont cependant être palliées par le Conseil à travers une pratique de rationalisation du dialogue. Cette pratique consiste à réduire le nombre d'interlocuteurs intervenant dans ce dialogue. Le Conseil constitutionnel préfère donc passer par la médiation des Cours européennes que par une étude directe des jurisprudences constitutionnelles étrangères.

## **2/ Le confort de la médiation des Cours européennes**

Le Conseil constitutionnel a systématisé son regard sur la jurisprudence européenne issue de la Cour de Strasbourg ou du Luxembourg. Cette

---

<sup>84</sup> B. FRYDMAN, « Le dialogue des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *op. cit.*, p. 157-158 : « les juges n'ont pas nécessairement la formation, les moyens ni le temps suffisants pour les mener de manière satisfaisante et qu'ils sont en réalité souvent tributaires des informations que leur livrent les parties la cause ou les amici curiae ».

systématisation du recours au droit comparé par la médiation des analyses européennes permet au Conseil de réduire son dialogue avec les juges aux seuls juges européens. Ces interlocuteurs sont privilégiés par le Conseil (a) en raison du système juridique particulier dans lequel ils s'insèrent (b).

### **a/ Un dialogue restreint à des interlocuteurs privilégiés**

La faiblesse des moyens humains et matériels amène le Conseil à se référer à la jurisprudence constitutionnelle étrangère de manière indirecte. Ainsi, la connaissance d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère est généralement indirecte. Le Conseil ne va pas lire la décision originelle de son homologue étranger, il se réfère plutôt aux travaux de la doctrine comparatiste, ou des rapports de législations comparées menées par les assemblées parlementaires ou certaines études de l'administration, etc.

Ce raccourci est nécessaire étant donné l'absence de bureau de droit comparé et la durée très courte dans laquelle le Conseil doit rendre ses décisions.

Le Conseil a cependant mis au point un raccourci plus systématique lui permettant de ne pas être une juridiction isolée : il observe de manière récurrente voir automatique la jurisprudence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme<sup>85</sup> et de manière plus limitée la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union. Il est ainsi beaucoup plus fréquent de trouver des références à la jurisprudence de ces juges européens dans les documents connexes aux décisions du Conseil.

Les Cours européennes sont les juges d'un ordre juridique international beaucoup plus intégré que les organisations internationales étatiques traditionnelles. Ces cours ont pour objectif de promouvoir des valeurs communes, de faire respecter des droits fondamentaux de manière uniforme sur l'ensemble du territoire géographique des États qui les composent. L'argument de droit comparé constitue alors une véritable technique d'interprétation jurisprudentielle<sup>86</sup>. Ces

---

<sup>85</sup> P. TAVERNIER, « Le Conseil constitutionnel français et la Convention européenne des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n° 7, janvier 2008 -décembre 2009, p. 3 : « *L'ancien président du Conseil constitutionnel part du constat [...] qui soulignait que la Convention européenne des droits de l'Homme irriguait la jurisprudence relative aux droits fondamentaux et notamment celle du Conseil constitutionnel français* ».

<sup>86</sup> A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 24 : « *Pour la Cour de justice de l'Union européenne, le droit comparé est utilisé directement comme une méthode d'interprétation* » (voir la note de bas de page 14). [...] « *En effet, la position de la Cour de justice des Communautés européennes quant à l'utilisation du droit comparé a été bien résumée par le Président Mertens de Wilmars pour qui "le recours au droit comparé est, pour la Cour de justice, essentiellement une méthode d'interprétation du droit communautaire", le Tribunal et la Cour de justice constituant un véritable « laboratoire de droit comparé* (voir la note de bas de page 16). (...) *Pour leur part, les membres de la Cour européenne des droits de l'homme cherchent à identifier l'existence, si ce n'est d'un consensus, au moins d'une convergence ou d'une communauté de vue entre les systèmes juridiques des États membres du Conseil de l'Europe* ».

juges supra nationaux sont typiquement des juges comparatistes qui doivent concilier les nombreuses cultures qui font partie de leur organisation internationale. Ainsi, le droit comparé, la référence à la jurisprudence constitutionnelle comparée apparaissent comme une nécessité pour la légitimité, la cohérence et le bon fonctionnement de l'organisation. Thierry Di Manno appelle ces juges, les comparatistes de raison<sup>87</sup>. Cela renvoie à l'idée d'une automaticité nécessaire, vitale pour l'organisation internationale de la référence à l'argument de droit comparé.

Ce regard systématisé du Conseil sur la jurisprudence des juges européens permet de réduire l'envergure mondiale du dialogue des juges, du droit comparé à une envergure plus régionale.

Les juges européens étant pratiquement contraints de recourir à la comparaison des législations et des jurisprudences, la motivation très complète et détaillée de leurs décisions laisse apparaître l'ensemble de l'étude de droit comparé. Afin de permettre le respect et la bonne application de leurs jurisprudences par les États membres, ces juges traduisent régulièrement leurs décisions dans un maximum de langue. La jurisprudence de ces Cours constitue alors de véritables sources d'études jurisprudentielles comparées ou de législation comparée. Le Conseil constitutionnel a ainsi connaissance de la jurisprudence des États participants à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et à l'Union européenne par l'intermédiaire de la jurisprudence de ces dernières.

Les Cours européennes ont de plus en plus tendance à participer au dialogue des juges et ainsi intégrer les jurisprudences comparées des États qui ne font pas partie de leur système juridique<sup>88</sup>. Le regard systématique des jurisprudences des États composant ces organisations européennes tend à devenir de plus en plus complet tant ces cours s'ouvrent de plus en plus au dialogue des juges à l'échelle mondiale. Le raccourci utilisé par le Conseil constitutionnel qui consiste à jeter un œil aux exposés de jurisprudence comparée au travers des Cours européennes permet donc d'avoir une vision complète et systématique des jurisprudences voisines à l'échelle régionale (en ce qui concerne l'Union et le Conseil de l'Europe) et devient de plus en plus agrémenté de jurisprudences extérieures à l'union comme celles de la Cour suprême américaine.

---

<sup>87</sup> T. DI MANNO, « Les figures du juge comparatiste », *op. cit.*, p. 10 : « *Le droit comparé est la bonne méthode pour trouver le consensus au sein de ces juridictions supranationales, dans l'élaboration d'une politique jurisprudentielle commune* ».

<sup>88</sup> A. LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle : le recours au droit comparé par le juge », *op. cit.*, p. 25-26 : « *Il convient également de souligner qu'indépendamment de la prise en compte des jurisprudences des cours supérieures des États membres, la Cour européenne fait preuve d'une attention croissante portée à la jurisprudence des Cours suprêmes d'États tiers". Dans cette perspective, la principale source d'inspiration externe est la Cour suprême des États-Unis. En plus de la jurisprudence de cette dernière, la Cour européenne s'est également référée à la jurisprudence des cours d'Afrique du Sud, d'Australie, d'Israël, de Nouvelle-Zélande et du Canada* ».

Ce raccourci permet au Conseil de se reposer sur les Services de droit comparé de Cours ayant les capacités matérielles et humaines d'opérer un regard comparatiste complet. La mutualisation des interlocuteurs et la réalisation préalable de la comparaison par d'autres services que ceux du Conseil permettent un gain de temps précieux qui rend l'utilisation de ces informations possible, efficace et donc plus systématique.

Cette restriction d'interlocuteur dans le dialogue des juges n'est pas le fruit du hasard. Il n'y a pas eu une sélection aléatoire des juges avec lesquels le Conseil va privilégier une étude de jurisprudence comparée. Ces interlocuteurs privilégiés sont les juges européens précisément en raison des mécanismes européens (de l'union ou de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme) qui sont propices à ce type de mutualisation, de dialogue indirect des juges.

### **b/ Un système juridique particulièrement propice au dialogue des juges**

Le Conseil constitutionnel a choisi le « *raccourci européen* » pour la comparaison systématique des jurisprudences comparées. Les seuls cas où le Conseil constitutionnel n'y recourt pas c'est lorsque les juges européens sont en cause à travers des décisions sur le mécanisme européen, ou lorsque le Conseil constitutionnel importe ou s'inspire d'une nouvelle technique contentieuse.

Ce « *raccourci* » n'est pas uniquement issu d'un choix du juge constitutionnel. Il s'agit également d'une obligation qui découle de l'intégration des ordres juridiques nationaux et des ordres juridiques européens et plus spécifiquement de l'Union européenne<sup>89</sup>.

En effet la particularité de ce dialogue des juges « restreint » est qu'il intervient au sein d'un même système juridique. Par l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, et l'adhésion des États à l'Union et à cette convention on obtient un système juridique en cascade, de plusieurs niveaux. Ce caractère spécifique aux mécanismes européens impose au Conseil constitutionnel de faire du droit comparé<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « Pour les pays membres de l'Union européenne, la légitimité de la recherche des précédents n'est même plus une question discutable. Elle s'impose à eux en raison de l'intégration de l'ordre juridique communautaire et des ordres juridiques nationaux ».

<sup>90</sup> F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *LPA*, 16 janvier 2007, n° 12, p. 6 : « Une autre forme d'officialisation du comparatisme du juge constitutionnel peut être trouvée dans l'adhésion des États à l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, l'applicabilité directe de ces droits fait qu'ils sont presque devenus incontournables pour le juge constitutionnel. C'est d'ailleurs dans cette optique que Olivier Dutheillet de Lamothe parle à ce propos de "comparatisme imposé" que l'on peut donc analyser également comme un comparatisme institutionnalisé. [...] Cette analyse se vérifie dans les faits puisque la majeure partie du comparatisme des cours constitutionnelles européennes touche au droit de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit communautaire. Ainsi, le juge constitutionnel français utilise fréquemment la jurisprudence européenne des droits de l'homme dans l'interprétation des droits

Quand bien même les questions de souveraineté et de hiérarchie des normes font l'objet de nombreux débats doctrinaux, le simple fait qu'en pratique l'État français puisse être condamné par les juges européens établit une certaine subordination.

Ainsi, une jurisprudence du Conseil constitutionnel qui aurait pour effet une violation d'un des systèmes européens aurait pour conséquence une sanction pécuniaire de l'État français. Par conséquent, il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que le Conseil constitutionnel utilise ce regard sur la jurisprudence des Cours européennes, pas seulement pour obtenir un raccourci vers des études de jurisprudences constitutionnelles comparées, mais pour rendre des décisions qui ne soient pas contradictoires et permettre une harmonie dans ce même système juridique. Au-delà de l'objectif de bonne administration de la justice, il s'agit au travers de ce dialogue des juges vertical de faire une bonne application du principe *Pacta sunt servanda*<sup>91</sup>.

Cette particularité du système juridique dans lequel évoluent les juges constitutionnels nationaux et européens renforce également un sentiment d'appartenance à une histoire commune, à un projet commun, qui fait apparaître ce dialogue systématique avec les juges européens comme tout à fait normal. La seconde particularité du système juridique dans lequel ces juges européens et constitutionnels s'inscrivent tient à l'identité des droits fondamentaux protégés. Tous ces juges protègent des catalogues de droits fondamentaux très similaires, mais à des niveaux différents. Cette identité des droits protégés et ce dialogue restreint et systématique permettent une certaine convergence des jurisprudences européennes et nationales. Cela s'illustre notamment en matière de qualité et de précision normative, de degré d'intensité du contrôle de l'erreur manifeste, de portée des principes d'égalité, de non-discrimination, de pluralisme en matière de liberté d'expression, en matière d'extension des garanties de la procédure pénale à certaines sanctions administratives ou fiscales, d'exigence en matière de procès équitable, etc.<sup>92</sup>.

---

*fondamentaux* ».

<sup>91</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 10 : « Pour prendre l'exemple le plus achevé, qui est celui des pays signataires de la Convention européenne des droits de l'homme, la légitimité d'une prise en compte, voire d'une anticipation de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg par les cours nationales, résulte tout simplement de la bonne application de la règle *Pacta sunt servanda* à laquelle il convient d'ajouter le risque, en cas de forte divergence de jurisprudence, d'être censuré par la Cour européenne ».

<sup>92</sup> F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *op. cit.*, p. 6. V. également P. TAVERNIER, *op. cit.*, p. 4-5 : « Certes Robert Badinter reconnaît qu'il s'agit "d'un choix de politique jurisprudentielle", mais cette parenté des techniques d'interprétation et de contrôle des juges européens et français traduit en réalité le « même attachement à des valeurs communes. Il y a donc convergence des jurisprudences plutôt qu'influence de la Cour de Strasbourg. (...) La conclusion de Robert Badinter est résolument optimiste : « Au total, entre la jurisprudence du Conseil constitutionnel français et le droit de la Convention européenne conçu comme "standard minimum", il n'y a pas de contradiction, mais au contraire inspiration commune ».

Afin de ne pas trop s'éloigner du sujet, on se contentera d'affirmer l'influence croissante de la jurisprudence de la Cour de l'Union sur le Conseil constitutionnel si bien que le Conseil constitutionnel a plus de facilités à admettre la citation de décisions émanant de ces Cours que de décisions constitutionnelles étrangères (voir les exemples des décisions n° 2004-497 DC, 2004-498 DC et 2005-531 DC données par Fanny Jacquelot), qui illustrent, avec l'influence de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'utilité croissante du droit comparé qui se transforme en véritable clé d'interprétation<sup>93</sup>, outil supplémentaire du juge constitutionnel.

En dépit de ce « raccourci » dans l'utilisation de l'argument de droit comparé, l'apport de solutions aux obstacles à la systématisation, étudiés précédemment, permettrait d'envisager une systématisation du dialogue direct des juges constitutionnels.

Quels sont les éléments qui permettent d'envisager une telle systématisation ? Et quels seraient les apports d'un tel dialogue direct des juges constitutionnels par rapport à celui existant ?

## **II.- La systématisation envisageable du dialogue des juges constitutionnels**

Le regard hasardeux du Conseil constitutionnel sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère résulte de la combinaison d'une multitude de facteurs : la tradition française de motivation des décisions de justice, la faiblesse des moyens humains et matériels du Conseil et l'existence d'un palliatif à la non-système de recours aux précédents étrangers.

Le recours indirect de droit comparé, le « raccourci » emprunté par le Conseil constitutionnel ne concernent de manière générale que les droits fondamentaux, laissant pour compte les problématiques d'ordre institutionnel. De plus, le recours à l'argument de droit comparé par la médiation d'interlocuteurs privilégiés européens dont la fonction et le but premier ne sont pas de recenser les jurisprudences constitutionnelles comparées risque de dénaturer une partie de la portée originelle de ces jurisprudences constitutionnelles.

Le dialogue des juges constitutionnels est censé devenir pour le Conseil constitutionnel un argument de subversion du droit positif, et un instrument

---

<sup>93</sup> F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *op. cit.*, p. 6 : « Ainsi, la multiplication des invitations constitutionnelles à se référer au droit comparé combinée à l'influence croissante du droit supranational constituent probablement le canal par lequel le juge constitutionnel ne fera plus du "droit comparé décoratif", mais utilisera ce dernier comme une clé d'interprétation supplémentaire. Si la voie est tracée, il revient désormais au juge constitutionnel de cultiver son jardin ».



d'introspection susceptible de générer une évolution objective et continue d'un système juridique. Ce nouvel outil, plus qu'une clé d'accès au monde de la circulation et de la communicabilité des solutions juridiques, constitue un guide pour le juge vers l'émancipation du pouvoir politique.

Cependant, l'utilisation d'un « *raccourci* » comparatiste et l'absence de systématisation d'un dialogue horizontal, direct viennent réduire tous les bénéfices apportés par ce nouvel outil. Il reclot le juge constitutionnel français dans un système juridique unique (le système européen) et l'empêche de se construire par soi-même, de manière indépendante. Le Conseil constitutionnel comme un certain nombre d'autres cours constitutionnelles ont tendance à ne s'envisager qu'à travers ce prisme européen.

Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas supprimé toute référence à l'argument jurisprudentiel comparé (direct), il ne fait que lui consacrer une place aléatoire. L'existence d'instruments de dialogue des juridictions constitutionnelles entre elles (sans l'intermédiaire européen) permet d'envisager une systématisation du recours à l'argument de jurisprudence constitutionnelle comparée (A). Les conséquences d'une telle systématisation auraient pour effet d'améliorer la qualité du travail et des décisions du Conseil. Au-delà du Conseil, cette systématisation pourrait également avoir des conséquences pour l'ensemble des juridictions constitutionnelles concernées (B).

## **A.- L'existence d'instruments de dialogue des juridictions constitutionnelles**

Le dialogue des juges et la citation de précédents étrangers sont facilités par la mondialisation des problèmes juridiques et deviennent à leurs tours les moteurs<sup>94</sup> d'une mondialisation plus intense par leur systématisation. Cette systématisation ne se traduit pas uniquement au travers de la citation régulière de précédents étrangers, elle se traduit par la concrétisation d'un dialogue physique, individuel des juges (1) et une institutionnalisation de la pratique comparatiste (2).

### **1/ Le dialogue individuel des membres des Juridictions constitutionnelles**

La pratique de la citation d'un précédent étranger peut se passer de toutes discussions réelles entre les juridictions constitutionnelles notamment lorsque cette référence comparée se fait par un intermédiaire (européen, doctrinal, parlementaire, etc.). Quand bien même le juge constitutionnel irait chercher à la source la jurisprudence originelle d'une Cour, il ne le fait pas avec l'approbation de cette dernière. C'est ainsi qu'Alexis le Quinio et Thierry Di Manno ont été amenés à requalifier la notion de « dialogue des juges » en phénomène de circulation ou de communicabilité des solutions. Il n'y a donc pas dialogue des

---

<sup>94</sup> J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 78.

juges, mais un regard unilatéral intercroisé et non nécessairement réciproque sur les jurisprudences de chacun.

La montée en puissance des juges, notamment constitutionnels, et le nouvel outil que constitue l'argument de droit comparé pour les juges ont amené ces derniers à tenter de concrétiser ce « dialogue des juges »<sup>95</sup>. Les juges ayant pris conscience de l'importance de ce regard inter croisé, tentent de l'institutionnaliser et de le personnifier en développant un réel dialogue individuel avec les membres des autres Cours Constitutionnelles. Ce développement des relations avec ses homologues étrangers s'illustre pour le Conseil constitutionnel au travers d'un investissement dans l'échange intellectuel avec les autres Cours, juridictions constitutionnelles (a), échange qui s'ouvre également aux universitaires (b).

### **a/ Le développement d'un réseau relationnel : l'échange intellectuel avec les autres juridictions**

Si la citation de jurisprudence constitutionnelle étrangère est relativement aléatoire et difficile à retrouver dans les documents connexes aux décisions du Conseil constitutionnel, ses relations extérieures sont beaucoup plus transparentes et systématisées. Cette transparence s'illustre par l'existence d'une section à part entière sur le site du Conseil constitutionnel consacrée aux relations extérieures. Il est alors mis à disposition du public l'ensemble des événements d'actualité en ce qui concerne l'activité du Conseil constitutionnel. Mais surtout, il est possible de consulter les agendas du Conseil constitutionnel de chaque année depuis 1998. Ces agendas détaillent l'ensemble des relations extérieures du Conseil avec le monde universitaire, les pouvoirs publics, mais surtout avec des personnalités étrangères et notamment des homologues étrangers.

On peut ainsi constater que le Conseil constitutionnel reçoit régulièrement le président ou une délégation de membres de Cours constitutionnelles ou suprêmes. Le Conseil est également invité par de nombreuses Cours constitutionnelles ou suprêmes étrangères.

Afin d'illustrer la continuité de ces relations bilatérales, il convient d'analyser plus récemment (au-delà de l'exemple de 2001 pris en première partie) que le Conseil constitutionnel entretient toujours de nombreuses relations avec ses

---

<sup>95</sup> J. ALLARD et A. VAN WAHEYENBERGE, *op. cit.*, p. 110 : « Parallèlement à leur montée en puissance, les juges entretiennent des relations de plus en plus étroites entre eux, et cela par-delà les frontières. Ces relations peuvent « prendre des formes très diverses : citations de jugements étrangers dans des décisions de portée nationale, échange d'arguments, formations communes, dialogues entre juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats des juges, capitalisations informelles de jurisprudences, etc. ». V. également S. ROBIN-OLIVIER, *op. cit.*, p. 142 : « certains juges du moins, rejetant résolument l'autarcie, entretiennent désormais entre eux, par-delà les frontières, des relations de plus en plus soutenues et confiantes. Ces relations prennent des formes diverses : formations communes, dialogue entre les juridictions, création d'associations transnationales, de clubs ou de syndicats de juges ».

homologues. On peut notamment relever que le Conseil constitutionnel a reçu (de 2013 à début 2014)<sup>96</sup> :

- un membre de la Cour suprême d'Estonie pour un stage de deux jours au Conseil constitutionnel ;
- un juge de droit administratif à la Cour suprême de la République de Hongrie ;
- le Vice-président de la Cour constitutionnelle de la République du Tadjikistan ;
- une délégation de la Cour populaire suprême du Vietnam menée par son Président ;
- une délégation de l'Assemblée nationale constituante tunisienne, chargée de rédiger un projet de texte constitutionnel portant sur les futures composantes et attributions de la Justice en Tunisie ;
- une délégation de la Cour constitutionnelle italienne. Cette rencontre bilatérale fait suite à celle effectuée par le Conseil constitutionnel français à la Cour constitutionnelle italienne à Rome en 2008 ;
- une délégation de juges du Conseil constitutionnel et des personnels judiciaires de Thaïlande ;
- un juge de la Cour suprême de justice de la République démocratique du Congo ;
- une délégation brésilienne d'une cinquantaine de magistrats ;
- une délégation du Yuan judiciaire taïwanais ;
- des correspondants nationaux de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du Français – ACCPUF –, une soixantaine de représentants de trente pays membres de l'association ont participé aux débats autour du thème « L'informatisation et la dématérialisation des procédures au sein des Cours constitutionnelles » ;
- le Président du Conseil constitutionnel du Burkina Faso ;
- un représentant du Conseil d'État de Belgique, un représentant du Conseil d'État d'Italie et un représentant du Tribunal administratif suprême du Portugal ;
- un Conseiller à la Cour de cassation italienne ;
- le Président du Tribunal fédéral suprême du Brésil

Quant aux déplacements du Conseil constitutionnel, certains de ses membres et de ses collaborateurs ont notamment :

- participé à la réunion annuelle du bureau de l'ACCPUF à Rabat au Maroc ;
- participé aux tables rondes organisées par l'ONG Mizan, à Amman en Jordanie, sur « Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la protection des droits de l'homme » ;

---

<sup>96</sup> Les exemples cités sont directement tirés des Agendas de 2013 et 2014 disponibles sur le site du Conseil constitutionnel [<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/rerelations-exterieures/rerelations-exterieures.25695.html>].

- participé à la 94<sup>e</sup> réunion plénière de la Commission de Venise en Italie ;
- participé à des séances de travail avec les Cours suprêmes du Canada et du Québec sur « la liberté religieuse et la laïcité », « les libertés constitutionnelles dans le droit pénal », « l'égalité des personnes de même sexe en droit de la famille » ;
- participé à la 96<sup>e</sup> réunion plénière de la Commission de Venise ;
- donné une conférence sur « Le Conseil constitutionnel français et la question prioritaire de constitutionnalité » à la Cour constitutionnelle jordanienne ;
- participé à un Bureau extraordinaire de l'ACCPUF, à Monaco ;
- participé à un entretien avec le Président de la Cour constitutionnelle turque ;
- rencontré le président de la Cour constitutionnelle belge ;
- participé au XVI<sup>e</sup> Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes ;
- participé à une séance de travail avec le Président de la Cour constitutionnelle d'Israël sur les enjeux des « nouvelles familles », sur l'impartialité du juge et sur l'« Administrative adjudication » (pouvoir de juger l'administration).

Il convient de parler de systématisation de ces relations bilatérales dès lors que certaines rencontres deviennent régulières et réciproques. Ainsi en est-il par exemple des relations entre le Conseil et la Cour constitutionnelle d'Israël, ou encore entre le Conseil et la Cour constitutionnelle italienne.

Ces rencontres prennent de plus en plus fréquemment la forme de séances de travail sur des questions complexes à propos desquelles les juridictions constitutionnelles ont dû ou seront amenées à se prononcer. Ces séances de travail deviennent de réelles sources d'influence de la jurisprudence constitutionnelle comparée, car elles constituent pour les juges « *des lieux de conversation plus discrets, qu'ils se sont réservés, et où ils peuvent échanger leurs avis et leurs questions, non seulement sur des points de technique juridique, mais également sur des sujets d'intérêt général, voire à propos de préoccupations ou de centres d'intérêt plus personnels* »<sup>97</sup>.

On peut ainsi relever l'influence de telles relations bilatérales sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel en ce qui concerne par exemple l'exportation de la théorie italienne du droit vivant après des rencontres avec des membres de la Cour constitutionnelle italienne, ou encore la décision sur le Mariage pour tous après les réunions de travail avec la Cour Suprême du Québec et celle du Canada.

---

<sup>97</sup> B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 148-149.

L'exemple de la traduction par un stagiaire allemand de décisions allemandes pour le Conseil constitutionnel témoigne également de l'importance de ces échanges intellectuels<sup>98</sup>.

Le Conseil constitutionnel construit des relations professionnelles avec l'ensemble de ses homologues, ce qui contribue à concrétiser un dialogue des juges. On peut espérer que ces échanges humains réguliers finissent par systématiser la pratique du recours à une jurisprudence constitutionnelle étrangère.

La création et l'entretien de ces bonnes relations contribuent à créer un véritable réseau des juges constitutionnels, et au-delà de ces rencontres officielles on peut tout à fait imaginer que ces juges aient des correspondances privées relatives à leurs attributions. L'aboutissement des outils informatiques et de télécommunications permet d'abroger les frontières et de multiplier les contacts en réduisant à néant l'obstacle que constituaient auparavant les distances géographiques<sup>99</sup>.

Avec ces relations bilatérales, le regard du Conseil constitutionnel tend à passer d'un regard hasardeux à un regard collaboratif. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel a tendance à citer les décisions des Cours avec lesquelles il a déjà travaillé. Il y a donc un impact direct sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel de ce dialogue interpersonnel des juges<sup>100</sup>.

Cet impact trouve d'ailleurs un retentissement d'autant plus important que ces relations bilatérales tendent à inclure de plus en plus les universitaires.

### **b/ La collaboration assumée des juges constitutionnels avec le monde universitaire : l'échange intellectuel avec la doctrine**

Les juges constitutionnels français et étrangers participent de plus en plus à des événements communs. L'organisation de colloques, de conférences et de journées d'étude autour des thèmes de droit comparé, de dialogue des juges, prend une ampleur beaucoup plus intéressante dès lors que les juges participent à ces événements. L'association du monde universitaire et de celui des praticiens, des juges dans l'organisation de ces événements permet une compréhension plus complète des phénomènes jurisprudentiels par la doctrine. Inversement, les juges

---

<sup>98</sup> J. E. SCHOETTL, *op. cit.*, p. 8 : « Celui accompagnant la décision du 28 avril 2005 relative au registre international français de la marine marchande comportait une décision du Tribunal constitutionnel de Karlsruhe particulièrement topique et traduite par un brillant stagiaire franco-allemand qui se trouvait providentiellement parmi nous à ce moment ».

<sup>99</sup> B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 148-149 : « Les magistrats ne sont pas différents des autres êtres humains et des autres professions : ils profitent des technologiques modernes pour intensifier le réseau de leurs échanges et de leurs relations ».

<sup>100</sup> *Ibid* : « (...) citations par les juges de décisions étrangères, mais cette forme de dialogue, d'ailleurs imparfaite, que l'on pourrait qualifier de dialogue entre les décisions de justice occupe une position en quelque sorte médiane entre le dialogue interpersonnel des juges eux-mêmes et le dialogue institutionnel entre les juridictions ».

profitent des théorisations et de cette logique de systématisation propre à la doctrine. Ces échanges permettent donc une compréhension mutuelle des universitaires et des juges.

Par exemple l'organisation d'une conférence au Conseil à l'occasion du 55<sup>ème</sup> anniversaire de la Constitution, sur le thème : « Le Conseil constitutionnel : Quelle place ? Quelle perception ? Quel contrôle ? Quelle perspective ? » avec la participation de Nicole Belloubet, Denys de Béchillon, et propos introductif de Jean-Louis Debré.

De même, l'organisation d'un colloque au Conseil sur le thème « La QPC, quel renouveau pour le droit constitutionnel ? » la participation de Joaquim Bo, Président du Tribunal fédéral suprême du Brésil et de Nicole Belloubet, propos introductif de Jean Louis Debré. Il a été évoqué dans ce colloque le rapport des juges constitutionnels brésiliens à la notion de transparence. Cette notion est poussée à son paroxysme dans cet État puisque les juges sont filmés lors du délibéré et chacune de leurs discussions peut être connue du citoyen brésilien. Une telle vision vient nécessairement interroger la conception française du secret du délibéré.

*« Autre lieu d'effervescence constitutionnelle : les rencontres annuelles d'Aix-en-Provence qui réunissent chaque année, patronnées par l'amitié rayonnante de feu le Doyen Louis Favoreu, des échanges dont le résultat est publié dans l'Annuaire de justice constitutionnelle »<sup>101</sup>, échanges entre universitaire et juges constitutionnels. L'annuaire de justice constitutionnelle est un organe « universitaire » de comparaison de la jurisprudence constitutionnelle.*

Ces événements permettent d'avoir un regard sur le droit comparé et la jurisprudence constitutionnelle comparée en dehors de tout contentieux.

Ainsi, l'influence du droit comparé tend à se généraliser en dehors des attributions contentieuses du Conseil. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle comparée peut intervenir en dehors de toute saisine du Conseil constitutionnel. Cet intérêt, cette participation des juges constitutionnels à ce type d'événements témoignent d'un besoin pour ces juges de « *cultiver leur jardin* »<sup>102</sup> pour reprendre l'expression de Fanny Jacquilot et de s'associer à la doctrine pour avoir une meilleure maîtrise de ce nouvel outil qu'est le droit comparé.

Un autre moyen pour le Conseil constitutionnel de travailler avec la doctrine et les autres juges constitutionnels c'est la publication des Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel. Cette revue juridique produite par le Conseil contient à chaque numéro l'analyse d'une Cour constitutionnelle étrangère et généralement un article issu d'un entretien avec une personnalité de cette Cour. Ces cahiers font

---

<sup>101</sup> P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », *op. cit.*, p. 11.

<sup>102</sup> F. JACQUELOT, « Le juge constitutionnel et le droit comparé », *op. cit.*, p. 6.

également une place aux auteurs de doctrine qui sont conviés à produire des articles dans cette revue en fonction des thèmes de chaque numéro.

Cette revue juridique n'est pas une source de revenus pour le Conseil, elle n'a certainement pas un but lucratif. Il s'agit plutôt d'un outil de collaboration avec la doctrine et les homologues étrangers du Conseil. C'est enfin un outil de communication puisque l'ensemble des anciens numéros est mis en ligne sur le site du Conseil, à la disposition du public.

Cet outil permet donc au Conseil constitutionnel de prendre connaissance d'un certain nombre d'informations par le biais des études des Cours et des articles doctrinaux, mais également de faire connaître le Conseil au travers des commentaires qui sont faits sur sa propre jurisprudence.

Au-delà de ces événements, les juges constitutionnels français peuvent également entretenir des relations plus individuelles avec certains universitaires, certains auteurs doctrinaux. Des déjeuners et des réunions contribuent ainsi à entretenir de bonne relation avec ces « amis de la cour ».

Cette systématisation des relations bilatérales s'accompagne d'une institutionnalisation du dialogue des Juridictions constitutionnelles.

## **2/ Le dialogue institutionnel des juridictions constitutionnelles**

Les échanges individuels des juges s'accompagnent et sont favorisés par une institutionnalisation parallèle du dialogue entre Cours constitutionnelles<sup>103</sup>. Le système juridique européen a permis l'institutionnalisation d'un dialogue des juges judiciaires. On a vu apparaître un Réseau judiciaire européen, Eurojust, le réseau des présidents de cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, les réseaux d'écoles de formation de magistrats, les réseaux associatifs en matière commerciale, environnementale, concurrentielle, etc. Ce réseau de juges civils ou pénaux a permis de développer une communauté de juges et une culture juridique commune<sup>104</sup>. Ce réseau de juges existe également en matière constitutionnelle et la proximité des droits fondamentaux que protègent les Cours constitutionnelles européennes garantit une communauté de valeur.

Ainsi, à l'image des réseaux de juges judiciaires, on assiste à l'institutionnalisation d'un dialogue des cours constitutionnelles européennes. Les organisations qui institutionnalisent ce dialogue prennent le plus souvent des formes associatives. Cette institutionnalisation existe au niveau international (b), mais a trouvé un développement beaucoup plus intense au sein de l'Union européenne et plus largement au sein du Conseil de l'Europe (a).

---

<sup>103</sup> E. DUBOUT et S. TOUZE, *op. cit.*, p. 17 : « Cette communication transjuridictionnelle tend désormais elle-même à s'institutionnaliser ».

<sup>104</sup> G. CANIVET, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *LPA*, 5 octobre 2004 n° 199, p. 1-7.

## a/ Les instruments européens

Le dialogue des juges prend une envergure plus officielle au travers de la création d'institutions dédiées à un tel dialogue. Au sein du système européen s'est créée en 1972 la Conférence des Cours constitutionnelles européennes qui comprend actuellement 40 Cours qui ont parmi leurs attributions le contrôle de la constitutionnalité de la loi. Le Conseil constitutionnel y a adhéré en 1987. Cette conférence à plusieurs missions, elle institutionnalise les rencontres entre juges constitutionnels en organisant des congrès à intervalles réguliers (tous les 3 ans), elle encourage « *l'information réciproque des Cours membres, notamment en ce qui concerne leurs méthodes de travail (la procédure) et la pratique du contrôle des normes, ainsi que les échanges d'idées sur des questions institutionnelles, structurelles ou autres dans les domaines du droit public et de la justice constitutionnelle [...]* » « *Elle soutient vivement le développement de relations permanentes entre les Cours constitutionnelles européennes et institutions analogues* »<sup>105</sup>.

Les congrès sont organisés autour de thèmes bien spécifiques. Les Cours membres fournissent alors des rapports nationaux en réponse au questionnaire thématique. Puis des rapports de synthèses sont rendus publics après le Congrès.

Cette conférence s'est notamment intéressée à la question du dialogue des juges puisque le thème du XII<sup>e</sup> Congrès était « Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes ». De même, le XVI<sup>e</sup> Congrès avait pour thème « La coopération entre les cours constitutionnelles en Europe – Situation actuelle et perspectives ».

À côté de cette conférence, s'est développée la Commission européenne pour le développement de la démocratie et du droit autrement appelée Commission de Venise. C'est un organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions de droit constitutionnel. Il fut créé à l'origine en 1990 pour accompagner la transition démocratique d'un certain nombre de nouveaux États en Europe centrale et Europe de l'Est issus de la chute du bloc communiste.

Cette Commission rassemble les 47 États du Conseil de l'Europe et depuis 2002 d'autres États non européens peuvent devenir membres, ils sont actuellement au nombre de 12.

La Commission institutionnalise les rencontres des Cours membres en instaurant des séances plénières tous les quatre ans.

Elle est surtout connue pour être une « *source de documentation considérable, probablement encore trop peu utilisée* (par les Cours membres)<sup>106</sup> ».

<sup>105</sup> Présentation officielle de la Cour sur son site Internet [<http://www.confcoconsteu.org/>].

<sup>106</sup> D. MAUSS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op.*



En effet la Commission de Venise publie non seulement « *le Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, mais organise, dans les jeunes démocraties, des séances d'initiation à la maturité constitutionnelle* »<sup>107</sup>.

La Commission de Venise met à disposition des Cours membres une base de données « CODICES » qui recense et traduit les jurisprudences les plus importantes de chaque juridiction constitutionnelle membre. Cette base de données permet aux Cours constitutionnelles et notamment au Conseil constitutionnel de disposer d'études jurisprudentielles comparées sans disposer de bureau de droit comparé. Il s'agit donc d'une sorte de bureau d'échange des jurisprudences constitutionnelles des Cours membres. C'est pratiquement un bureau de droit comparé commun à l'ensemble des Cours constitutionnelles membres.

La Commission a également mis en place un répertoire de référents nationaux au sein de chaque Cour constitutionnelle. Ces « agents de liaison » peuvent être contactés directement par une autre Cour sans passer par l'intermédiaire de la Commission. Cela permet de faciliter les contacts et les échanges de solutions, d'informations, de raisonnements entre Cours constitutionnelles. L'utilisation de ces référents constitutionnels n'est pas encore assez mise en valeur. Les Cours constitutionnelles devraient avoir plus systématiquement recours à cette technique qui permet un dialogue direct, sans intermédiaire entre Cours constitutionnelles. Ces référents peuvent également être utilisés par la Commission elle-même. Lorsque celle-ci souhaite obtenir la réponse à une question de justice constitutionnelle pour une étude contentieuse ou non, elle peut demander à chaque référent de communiquer la jurisprudence de sa Cour sur la question.

En ce sens la Commission de Venise met en place tous les éléments nécessaires à une systématisation du recours au précédent constitutionnel étranger et plus seulement à l'échelle européenne, mais au niveau international depuis 2002. La Commission de Venise est ainsi partie d'un principe de coopération des cours constitutionnelles à une échelle régionale et se retrouve aujourd'hui à permettre la collaboration d'une soixantaine de Cours constitutionnelles. La Commission de Venise est également à l'origine d'une nouvelle institution parmi les instruments internationaux d'institutionnalisation du dialogue des juges.

## **b/ Les instruments internationaux**

Il ne s'agit pas d'étudier l'ensemble des instruments internationaux institutionnalisant le dialogue des juges, mais simplement d'évoquer ceux dans lesquels s'inscrit le Conseil constitutionnel.

---

*cit.*, p.13.

<sup>107</sup> P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in *Le dialogue des juges*, *op. cit.*, *op. cit.*, p. 11.

Le Conseil constitutionnel est à l'origine de l'Association des Cours Constitutionnelles Ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF), créée en 1997. L'association a pour but de promouvoir l'État de droit par un développement des relations entre les Cours membres. L'institutionnalisation du dialogue des juges permet un renforcement de l'autorité du recours au précédent étranger en ce qui concerne les Cours européennes. Mais pour les Cours membres de l'ACCPUF, et c'est la logique qui était également poursuivie par la Commission de Venise en ce qui concerne les États en « transition démocratique », le but du dialogue des juges est de promouvoir un certain nombre de valeurs propres à l'État de droit. Valeurs qui ont pour caractère principal le respect des droits fondamentaux selon les critères définis par les grands États démocratiques européens.

L'institutionnalisation du dialogue des juges a donc un but précis en termes de politique constitutionnelle. Il y a ici de nombreuses interrogations qui se posent : cette institutionnalisation du dialogue ne sert-elle que la politique constitutionnelle des Cours à son origine ? Quelle est la légitimité de la valeur accordée aux droits fondamentaux si les curseurs ont été définis unilatéralement par une partie seulement des membres de ces organismes ? S'agit-il réellement d'une entraide altruiste ou de la promotion d'une culture occidentale jugée supérieure ?

On ne peut apporter une réponse purement juridique à ces nombreuses questions à la frontière de disciplines politiques, économiques et sociologiques, aussi on se contentera de souligner l'existence de tels questionnements.

L'ACCPUF systématise elle aussi les rencontres entre homologues juges constitutionnels au travers de conférences thématiques régulières. Le résultat de ces réunions est publié au Bulletin de l'ACCPUF. L'ACCPUF a son siège au Conseil constitutionnel et il est inscrit dans les statuts de l'association qu'il est automatiquement membre du bureau de l'Association, le directeur du service des relations extérieures du Conseil étant de droit le Secrétaire général de l'Association.

L'ACCPUF n'est pas un bureau de droit comparé au sein du Conseil constitutionnel, ce sont deux organes complètement indépendants qui cohabitent dans le même immeuble, mais n'entretiennent aucune relation privilégiée.

L'ACCPUF n'a pas la même démarche que la Commission de Venise, elle est restée dans une optique de promotion de l'État de droit tandis que la Commission de Venise a évolué vers un quasi-bureau de jurisprudences constitutionnelles régionales (car plus seulement européennes) comparées.

La Commission de Venise a d'ailleurs acquis une ampleur internationale et est à l'origine d'un organisme international qui contribue à institutionnaliser le dialogue des juges constitutionnels. Au-delà du nombre croissant de ses adhérents,

la Commission de Venise a souhaité faire coopérer d'autres organismes institutionnalisant le dialogue des juges comme l'ACCPUF. Pour cela elle a organisé la première Conférence mondiale de justice constitutionnelle au Cap en janvier 2009. Cette conférence a d'ailleurs pris une ampleur particulière avec l'adoption d'un statut spécifique le 24 septembre 2011 qui en fait un organe permanent. Cette conférence mondiale sur la justice constitutionnelle réunit 71 Cours constitutionnelles à travers le monde.

L'institutionnalisation du dialogue des juges est donc un phénomène plus ou moins abouti en fonction des régions du monde, mais malgré l'existence de ces organismes, en l'absence de volonté et de pratique régulière de la Cour constitutionnelle qui en est membre le dialogue n'est pas forcément une pratique systématique. Ce que l'on peut espérer c'est que le perfectionnement des outils de ces organismes comme la mise en place de base de données comparées pousse l'ensemble des Cours membres et notamment le Conseil constitutionnel à systématiser sa pratique.

Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs lancé depuis quelque temps dans une politique de communicabilité de ses décisions et met en ligne des versions traduites en différentes langues de ses décisions les plus importantes. Il est également possible de trouver dans la section relative aux relations extérieures des liens vers des versions en ligne (et parfois traduites) de Constitutions d'un très grand nombre d'États à travers le monde, ainsi que des liens vers le site des juridictions constitutionnelles qui mettent en ligne un certain nombre d'informations relatives à leurs activités.

Avec la Commission de Venise, on passe d'un dialogue des juges à une véritable collaboration, une entre-aide des cours constitutionnelles. Est-ce que la Commission de Venise contribue à détruire les équilibres étatiques de répartition des pouvoirs ? Le fait que l'ensemble des Cours membres de la Commission ne perçoit pas encore tout le potentiel de cette institutionnalisation du recours à l'argument jurisprudentiel comparé rend l'étude des conséquences d'une systématisation du dialogue des Cours constitutionnelles complexe et parfois théorique.

## **B.- Les conséquences d'un dialogue systématisé des juridictions constitutionnelles**

La systématisation du recours à l'argument de droit comparé par les cours constitutionnelles permettrait de concevoir une nouvelle étape du phénomène comparatiste. L'argument comparatiste a d'abord eu une valeur purement informelle liée au caractère unilatéral de la pratique : les juges ne discutant pas ensemble, mais observant chacun comme il l'entend la jurisprudence d'un ou de plusieurs voisins. Avec l'émergence des organismes institutionnalisant les

rencontres des juges, l'argument comparatiste prend une ampleur subversive<sup>108</sup> : les juges dialoguent et s'échangent des idées susceptibles de remettre en cause le droit positif de chacun. Si les rencontres sont institutionnalisées, la citation de précédents étrangers par les cours et plus particulièrement par le Conseil constitutionnel n'est aujourd'hui pas systématisée. La systématisation de cette pratique aurait pour conséquence une nouvelle évolution du phénomène comparatiste : on passerait d'un principe de dialogue des juges à un principe de collaboration jurisprudentielle. Quel serait alors l'apport d'une telle évolution ? (1). De plus, est-ce que cette évolution est sans risques, quels seraient les risques d'une mauvaise systématisation ? (2).

### **1/ L'apport d'une jurisprudence constitutionnelle collaborative**

L'existence d'un réseau de juges, d'une institutionnalisation du dialogue n'est plus à démontrer. Si la pratique du recours à l'argument jurisprudentiel comparé entre les membres de ce dialogue institutionnalisé était systématisée par les Cours membres de ces institutions, les jurisprudences de toutes ces cours finiraient par se répondre. On entrerait alors dans un phénomène de collaboration jurisprudentielle et non plus de simple échange de solution. On pourrait alors imaginer, au-delà de l'échange, la construction commune d'une jurisprudence constitutionnelle par un ensemble de Cours constitutionnelles culturellement liées. Les juges constitutionnels ne seraient plus réduits à construire chacun de leur côté une jurisprudence à charge pour eux d'exporter ensuite la meilleure des solutions. Ils seraient amenés à construire une solution jurisprudentielle ensemble, d'une même voix. La jurisprudence collaborative serait l'écriture à plusieurs mains d'une solution jurisprudentielle. Les juges constitutionnels ne parlant plus que d'une seule voix, il y aurait un passage du dialogue désordonné à un monologue réfléchi à plusieurs. Ce mouvement n'est envisageable qu'à travers les droits fondamentaux (a) et aurait pour conséquence une modification radicale des rapports de force institutionnelle (b).

#### **a/ Une jurisprudence collaborative des droits fondamentaux**

La collaboration jurisprudentielle de Cours intégrées dans des organismes institutionnalisant le dialogue n'est envisageable que pour des problèmes communs, et à condition d'y appliquer des raisonnements basés sur des valeurs communes. Ainsi une telle systématisation n'est envisageable qu'entre Cours culturellement liées. Ces valeurs et cette culture commune sont précisément ce qu'est en train de forger le phénomène européen, d'où une institutionnalisation plus forte du dialogue au sein des pays de l'Europe. Comment le phénomène

---

<sup>108</sup> J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 123 : « *Il ne s'agit pas d'imiter, mais de profiter de l'angle de vue différent que procure, sur le droit d'ici, la lecture du droit d'ailleurs, le comparatisme permettant de subvertir la grande machine positiviste* ».

européen a-t-il forgé de telles identités juridiques ? Par l'uniformisation des droits fondamentaux.

La transition démocratique des anciens pays communistes est passée par la mise en place et la garantie d'un État de droit, et l'un des curseurs les plus importants de celui-ci passe par l'adhésion et le respect des droits fondamentaux.

Ces droits fondamentaux ont d'abord fait l'objet de protections nationales dans le cadre des Constitutions étatiques. Le mécanisme des communautés européennes a initialement été conçu pour ramener la paix par la collaboration économique des États membres. Cette collaboration n'a été possible qu'au travers de la garantie de principes communs à l'ensemble des États membres. Le processus d'intégration a été accompagné par l'émergence d'une protection des droits fondamentaux à l'échelle des communautés européennes puis plus largement de l'Europe avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Le caractère flou et modelable des droits fondamentaux<sup>109</sup> a permis aux jurisprudences des Cours européennes de fixer des standards d'exigence en fonction de la protection que la Constitution de chaque État prévoyait. Les Cours européennes ont œuvré en faveur de l'uniformisation des droits fondamentaux. La ressemblance des catalogues de droits fondamentaux défendus par les États et les juges européens a permis la circulation juridique des solutions et l'institutionnalisation d'un dialogue des juges. Les droits fondamentaux ont alors constitué un socle commun sur lequel les États ont construit des valeurs communes et une certaine identité culturelle.

Les Cours européennes ont donc permis un renforcement du dialogue direct entre les Cours constitutionnelles favorisant l'émergence d'un dialogue horizontal. La collaboration jurisprudentielle constitutionnelle peut alors intervenir entre ces Cours qui ont créé des valeurs et une culture communes au travers des droits fondamentaux.

Cette uniformisation des droits fondamentaux, et cette collaboration des Cours constitutionnelles pour une application concertée de ces droits fondamentaux contribuent à la création d'un ordre constitutionnel si ce n'est mondial au moins régional. Cette régionalisation de la jurisprudence constitutionnelle permet d'offrir aux citoyens une protection uniforme dans un espace désormais plus cohérent que celui des frontières étatiques.

La tendance universaliste des droits fondamentaux qui tend à créer un réseau collaboratif de juges qui vont s'émanciper par rapport à leur ordre juridique national<sup>110</sup> et par conséquent s'émanciper des pouvoirs politiques propres à ces

---

<sup>109</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le relatif et l'universel », *op. cit.*, p. 637 : « Leur sous-détermination initiale permet une détermination variable dans l'espace et dans le temps qui facilite leur adaptation à une réalité plurielle et évolutive ».

<sup>110</sup> B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 149.

frontières nationales. Cette émancipation a été d'autant plus simple que les droits fondamentaux ayant valeurs constitutionnelles ou conventionnelles, ils se plaçaient systématiquement au-dessus des lois<sup>111</sup>. Cette émancipation va nécessairement engendrer une modification des rapports de forces institutionnels.

### **b/ La modification des rapports de force institutionnels**

Le recours au droit comparé devient un moyen de créer du droit en marge des pouvoirs politiques étatiques<sup>112</sup>. Les juges constitutionnels en utilisant ce recours au précédent étranger de manière plus systématique gagnent en autonomie vis-à-vis de l'État auquel ils sont rattachés<sup>113</sup>.

*« Cette évolution aboutit à repenser la place du juge dans l'équilibre des pouvoirs, et à transformer en profondeur notre conception du constitutionnalisme et de la démocratie »<sup>114</sup>.*

En raison de la sanction étatique, de la subordination des États membres de l'Union comme du Conseil de l'Europe aux juges européens, ceux-ci sont considérés comme ayant le dernier mot. Par conséquent, si les Cours constitutionnelles de ces États membres et en particulier le Conseil constitutionnel ne sont pas dans une optique concurrentielle avec les juges européens il est tout à fait envisageable qu'un différend se fasse jour et confronte les cours constitutionnelles et les Cours européennes. Le développement du dialogue horizontal, direct entre ces cours constitutionnelles leur a permis de devenir suffisamment matures en termes de collaboration jurisprudentielle, de prendre conscience de leur pouvoir « normatif » et ainsi de pouvoir prétendre à l'inflexion de la jurisprudence d'une Cour européenne. Cette collaboration issue d'un phénomène européen va ainsi permettre aux Cours constitutionnelles de s'émanciper des États, des pouvoirs politiques étatiques, mais également de la suprématie européenne. N'est-ce pas ce mouvement qui a été amorcé à travers l'élaboration et l'inspiration réciproque de ces cours en ce qui concerne la notion d'identité constitutionnelle d'un État, ultime barrière au droit de l'Union ?

Autrement dit, cette collaboration jurisprudentielle permet déjà ou permettra aux Cours de s'unir sur la portée d'une notion, d'un droit fondamental pour imposer une vision, un raisonnement juridique à la Cour.

Les juges constitutionnels deviendraient avec une telle systématisation un réel pouvoir normatif apolitique (au sens de politique politicienne). Cette

---

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>112</sup> M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Propos conclusifs », in T. DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, *op. cit.*, p. 256 : « Ce pouvoir de fabriquer le droit est particulièrement mal perçu par les décideurs politiques, car il s'agit d'une faculté qui leur échappe, un pouvoir dont ils n'ont pas la maîtrise ».

<sup>113</sup> J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE, *op. cit.*, p. 113.

<sup>114</sup> E. DUBOUT et S. TOUZE, *op. cit.*, p. 15.

émancipation va également bouleverser l'autorité de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Là où le Parlement ose encore aujourd'hui ne pas respecter certaines décisions du Conseil en revotant des dispositions déjà censurées, il y aurait un plus grand respect des décisions du Conseil de par son élaboration réfléchie et utilisée partout en Europe voire même au-delà. Ce rayonnement du Conseil constitutionnel serait susceptible de décourager les Parlementaires de toutes futures violations de l'autorité de la chose jugée du Conseil.

Cette émancipation ne fait pourtant pas échapper le Conseil à une éventuelle réforme constitutionnelle qui reviendrait sur une jurisprudence du Conseil. Il faut simplement affirmer que le recours au précédent étranger est un argument persuasif et probatoire en ce sens qu'il apporte un exemple concret d'application dans un autre système juridique d'une solution. Cependant le droit comparé n'est en rien producteur d'effet de droit dans l'ordre juridique interne. Par conséquent ni le juge ni aucun autre pouvoir public ne sont tenus de respecter un tel argument.

La mise en place d'une collaboration jurisprudentielle succédant au dialogue institutionnalisé des juges n'est pas sans poser de questions. Le recours au droit comparé fait l'objet de nombreuses critiques et comporte par conséquent des risques auxquels il faudra faire attention.

## **2/ Les risques d'une mauvaise systématisation du recours au précédent étranger**

Le recours au droit comparé n'emporte pas l'enthousiasme de l'ensemble des auteurs doctrinaux. Des critiques ont pu être adressées aux méthodes de recherche et de comparaison des jurisprudences. Il existe par conséquent un certain nombre de dérives qui pourraient aboutir à une mauvaise systématisation du recours à l'argument de droit comparé (a). En dehors du recours en lui-même à la jurisprudence constitutionnelle comparée, certaines mises en garde peuvent être formulées quant à la légitimité que doit conférer cette systématisation aux Cours constitutionnelles (b).

### **a/ Les dérives du regard comparatiste source d'une mauvaise systématisation**

L'ensemble de la doctrine reconnaît le risque que revêt une mauvaise référence, une référence incomplète, imprécise ou discrétionnaire à un précédent étranger. Là où le juge Scalia qualifiait une telle démarche de sophisme<sup>115</sup>, de

---

<sup>115</sup> M. FATIN-ROUGE STEFANINI, *op. cit.*, p. 257 : « Le juge Scalia, de la source étrangère et internationale, fustige ainsi cette méthode dans l'arrêt *Roper v. Simmons* : « la Cour s'est-elle tout bonnement contentée de jeter un coup d'œil dans la foule pour ne prendre que ses amis ? (...) Invoquer le droit étranger quand il va dans le sens de ce que l'on dit et en faire abstraction dans les autres cas n'est pas une démarche rationnelle, mais un sophisme » (Cour sup. Des États-Unis, *Roper v. Simmons*, 543 US 551 [2005]) ».

nombreux autres auteurs parlent de « *tourisme judiciaire* »<sup>116</sup>, de « *cherry picking* » ou encore d'utilisation des précédents « *à la carte* »<sup>117</sup>. Cette pratique illustre les cas où les juges se « *tournent vers l'étranger que quand leur décision semble difficile à justifier au sein de leur propre système, mais ignorent totalement ces mêmes références étrangères quand elles les amèneraient à conclure, dans d'autres affaires, dans un sens qui ne leur convient pas. Autrement dit, les juges ne chercheraient ailleurs que de quoi renforcer leurs convictions intimes* »<sup>118</sup>.

La systématisation du recours aux précédents constitutionnels étrangers ne devrait pas être susceptible d'une telle critique. En effet, la collaboration jurisprudentielle constitutionnelle aurait lieu au sein d'un même groupe de Cour constitutionnelle identifiée à l'avance par leur adhésion à un organisme institutionnalisé de dialogue des juges. La systématisation impliquerait ainsi un regard sur l'ensemble des décisions jurisprudentielles de ce groupe de Cour qui ont pu être précédemment rendues<sup>119</sup>. Cela est d'autant plus envisageable lorsque l'organisme d'institutionnalisation du dialogue, à l'image de la Commission de Venise, met à disposition des bases de données faciles d'accès.

Ainsi, la critique du cherry picking peut se justifier quant à la pratique actuelle du Conseil constitutionnel, mais l'entrée de celui-ci dans une démarche jurisprudentielle collaborative lui permettrait d'échapper aux vices d'un comparatisme erroné, fruit d'un regard hasardeux.

Le regard complet et régulier sur un groupe de Cours défini au préalable par le Conseil devrait écarter une telle critique. Mais peut-on encore critiquer le Conseil sur le choix préalable de ses Cours ? Le Conseil constitutionnel dispose-t-il d'une entière marge de manœuvre dans ce choix ? Ce choix des juridictions et le choix des décisions qui suivra peut-il également être taxé de discrétionnaire ou se trouve-t-on dans le domaine réservé du Conseil ?

---

<sup>116</sup> B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 157 : « *les citations par les juges de décisions étrangères empruntent souvent la forme d'une étude de droit comparé, la manière dont cette étude est conduite suscite de sérieuses réserves et même de sévères critiques de la part du monde académique, en particulier des comparatistes de métier. Ainsi, on reproche au juge de pratiquer une sorte de « tourisme judiciaire » (judicial tourism), selon l'expression relevée par Lord Sedley, ou encore le « cherry picking ». En d'autres termes, on critique le caractère non systématique, hasardeux ou opportuniste de ces références étrangères, leur aspect partiel et donc partial* ».

<sup>117</sup> T. GROPPi, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>118</sup> J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 80.

<sup>119</sup> T. GROPPi, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels » *op. cit.* : « *En conclusion, je partage le point de vue des nombreux auteurs qui considèrent l'utilisation de la jurisprudence étrangère comme une véritable richesse. Bien entendu, elle doit être utilisée avec prudence, c'est-à-dire avec une sélection soignée des systèmes juridiques de référence et avec le but de mieux comprendre le propre système juridique* ».



Il ne s'agirait que d'un exercice de son autonomie dans le choix des Cours avec lesquelles il souhaite travailler<sup>120</sup>.

La critique du choix discrétionnaire d'un précédent étranger devrait alors être résolue par la systématisation pré définie d'un regard comparatiste. Cependant l'institutionnalisation n'apparaît pas pour tous les auteurs comme la solution à l'amélioration du dialogue des juges.

*« S'ouvrir aux autres, se comparer à eux, nous amène à nous juger nous-mêmes, mais cela ne peut se faire qu'en raison d'une étrangeté, d'une extériorité, que le dialogue présuppose et que tout mécanisme institutionnel d'intégration risquerait d'altérer. C'est la raison pour laquelle le dialogue des juges ne peut se traduire qu'en une co présence imparfaite et inaboutie d'interlocuteurs, le plus souvent en marge des mécanismes institutionnels. Il sera en cela périlleux de chercher à récupérer institutionnellement le dialogue des juges, ne serait-ce qu'en lui donnant la vocation de poser la première pierre d'un nouvel ordre juridique mondial (...) la force comme la rationalité de ce dialogue tiennent justement à ce caractère bricolé, informel, partiel, que toute récupération institutionnelle risquerait de manquer »<sup>121</sup>.*

La systématisation du comparatisme jurisprudentiel est également sujette à une critique identitaire. Le Conseil constitutionnel en s'inscrivant dans une logique de collaboration jurisprudentielle risquerait peu à peu de perdre de son authenticité pour se fondre dans le collège des cours avec lesquelles il effectue ses comparaisons et construit des solutions communes<sup>122</sup>. L'élaboration de jurisprudences communes peut certes être vue comme une atténuation de l'identité du Conseil constitutionnel, mais elle peut aussi être vue comme une refonte de l'identité du Conseil constitutionnel. Une nouvelle identité, partagée avec les Cours associées susceptibles de conférer au Conseil constitutionnel une toute nouvelle légitimité. Cette légitimité appelle cependant quelques interrogations.

## **b/ La légitimité dangereuse d'une collaboration jurisprudentielle des Juridictions constitutionnelles**

L'émancipation du juge du pouvoir politique au travers d'une utilisation accrue de l'argument de droit comparé va lui conférer un réel pouvoir de création

---

<sup>120</sup> J. ALLARD et A. VAN WAHEYENBERGE, *op. cit.*, p. 120 : « serait le signe d'une autonomie au sens noble du terme, qui implique une responsabilité : on choisit ses partenaires du dialogue, et bien souvent on espère d'eux qu'ils nous citent à leur tour ».

<sup>121</sup> J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », *op. cit.*, p. 84 et 91.

<sup>122</sup> F. JACQUELOT, « L'ambivalence du recours au droit comparé par le juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 158-159 : « (...) le juge constitutionnel prend ici le risque d'apparaître comme « l'auteur d'un roman dont le début a été écrit par d'autres ». Le comparatisme brouille l'identité du juge constitutionnel. Les différences identitaires s'amenuisent pour faire place à ce qui est commun et donc permutable ». V. également p. 160 : « Il s'agit, en effet, de se demander s'il reste encore une place pour la différence ? Peut-on penser que les juges constitutionnels ont encore un raisonnement qui leur est propre quand les solutions circulent et quand les méthodes sont reprises ? ».

normative<sup>123</sup>. Le droit comparé peut être utilisé pour influencer le législateur sur l'existence de solutions plus adaptées à l'étranger. Le recours à la jurisprudence constitutionnelle comparée permet de signifier au législateur la nécessité d'une intervention de sa part pour adapter le droit positif jugé arriéré, obsolète ou inefficace. Le Conseil constitutionnel, inspiré de la Cour européenne des droits de l'homme a dégagé des critères de normalité, de précision, de qualité d'une norme du législateur. Le juge constitutionnel se voit conférer une mission de contrôle de la qualité du législateur<sup>124</sup>. Le juge constitutionnel peut alors interpeller le législateur sur les évolutions juridiques à mettre en œuvre. Le Conseil se transforme alors en co-législateur apolitique dont les seuls raisonnements et motivations résultent du droit.

Le juge constitutionnel se voit alors confier le pouvoir d'initier certaines évolutions de la société. Le recours au droit comparé prend d'ailleurs le plus d'importance dans les questions d'évolution de la société. Les décisions relatives à l'interruption volontaire de grossesse, au pacte civil de solidarité, au mariage pour tous engendrent des évolutions sociales importantes.

La question qu'on peut alors se poser est de savoir si le juge est réellement légitime pour décider ou non d'une évolution de société ?

Au-delà de cette question, si l'on envisage la collaboration jurisprudentielle, la systématisation du recours à l'argument comparé, il faut faire attention à un certain nombre de dérives pouvant affecter la légitimité d'une Cour constitutionnelle.

Si une Cour se contente d'attendre que les autres Cours aient construit une solution et la reprend telle quelle, elle risque de perdre toute crédibilité. De plus quand bien même ces solutions seraient construites ensemble, il y a nécessairement réception de ces théories et traduction de la solution par rapport au particularisme de l'ordre juridique auquel l'on appartient. L'attente de la construction d'une solution par d'autres peut enfin ralentir les évolutions de sociétés et rester systématiquement dans un retard juridique.

Il y a donc un juste milieu à trouver dans la participation à un tel dialogue des juges renforcée, systématisée.

---

<sup>123</sup> B. RAVAZ, *op. cit.*, p. 226.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 227-232.

## Conclusion

Le dialogue des juges et la mondialisation sont des phénomènes en perpétuel mouvement. Le recours à l'argument jurisprudentiel comparé a subi une évolution sans précédent et pourrait bien finir par plaider pour l'instauration d'un ordre mondial quand bien même certains auteurs n'adhèrent pas à cette vision. Le Conseil constitutionnel s'inscrit donc dans un phénomène inabouti. Il sera nécessairement confronté dans les prochaines années à des évolutions majeures. Le droit comparé ne doit pas être une fin en soi, il doit être un outil au service des contentieux complexes auxquels le Conseil constitutionnel doit apporter une réponse.

Si le dialogue des juges devait évoluer vers une collaboration des Cours constitutionnelles et suprêmes, celle-ci s'inscrirait nécessairement dans un cadre régional. La problématique du droit comparé pourrait alors se poser encore une fois, mais en des termes nouveaux. Est-ce que ces organisations de Cour constitutionnelles devront avoir recours à la jurisprudence comparée d'organisations similaires ?

Est-ce qu'à terme les organisations comparatistes sont vouées à fusionner dans un droit commun mondial ?

Il apparaît utopique de plaider en faveur d'un droit mondial et d'une jurisprudence universelle des droits fondamentaux. Mais au-delà de l'utopie, les bénéfices du comparatisme risqueraient d'être perdus si une telle mondialisation se mettait en place. En effet, le droit comparé permet un regard critique et objectif de son propre système juridique par la projection du juge à travers le regard étranger. Si le facteur d'extranéité venait à disparaître, le juge ne disposerait plus de référentiel externe pour pratiquer une telle autocritique.

Le risque de la perte d'une pensée réactionnaire, critique, serait de tomber dans une pensée unique privée de toute capacité d'évolution. Le droit comparé des systèmes étrangers offre en réalité bien plus qu'un regard nouveau et critique, il permet de nourrir l'imaginaire juridique des juges et des législateurs. Ces juges et ces législateurs vont alors nécessairement avoir un regard personnel et une compréhension, une traduction qui leur seront propre en fonction de leurs imaginaires. Par conséquent la retranscription de ce qu'ils ont vu ou constaté sera intrinsèquement modifiée par leurs cultures, leurs personnalités, leurs attirances politiques, etc. Cette rupture entre le perçu et le rendu serait ce qui dote le droit comparé de la capacité de régénérer, de réinventer le droit positif.

Au-delà de la perception personnelle de chaque juge de l'argument comparatiste, on peut soutenir que le droit comparé ne perdra pas ses vertus par la

systématisation, car il y a une distinction de taille à apporter entre construction d'un raisonnement juridique pour faire face à une nouvelle problématique, et application de celui-ci à l'ensemble des sous problèmes apparentés à cette problématique.

L'utilisation de l'argument comparatiste renvoie à une pratique contentieuse qui ne concerne pas l'ensemble de l'office du juge, mais uniquement la résolution de questions difficiles (questions de sociétés, aux frontières du droit, ou d'envergures géographiques supranationales). Lorsque l'on plaide en faveur d'une systématisation du recours à l'argument de droit comparé il ne s'agit pas de plaider en faveur de l'instauration d'une norme mondiale ou d'une jurisprudence commune à tous. Il s'agit uniquement de dialoguer sur l'élaboration de nouvelles techniques contentieuses, de nouveaux raisonnements et logiques juridiques susceptibles de répondre aux problèmes nouveaux soulevés par la pratique et les évolutions technologiques, sociologiques, etc., et non de dialoguer sur la moindre application d'espèce d'un raisonnement juridique particulier.

Ce n'est que lorsque ces techniques ne seront plus à même de répondre à ces nouveaux problèmes émergents que les juges devront à nouveau dialoguer et adopter des raisonnements juridiques appropriés.

La systématisation du dialogue des juges impose donc une rigueur par étape entre construction d'un raisonnement et adaptation de celui-ci aux évolutions de la pratique. Ainsi, il ne s'agit pas d'harmoniser la pratique comparatiste sur l'ensemble de l'office des juges constitutionnels, mais simplement sur les problèmes communs qu'ils rencontrent.

C'est pourquoi l'on peut affirmer que la systématisation du recours à l'argument de droit comparé ne portera pas atteinte aux apports du droit comparé et notamment à sa fonction subversive, introspective grâce à l'évolution de la pratique et aux problèmes d'applications concrètes de chaque juge d'une technique juridique commune.



## Table détaillée des décisions liées à l'argument jurisprudentiel constitutionnel comparé

La recherche de l'argument jurisprudentiel comparé au niveau constitutionnel est relativement complexe en ce qui concerne le Conseil constitutionnel notamment puisqu'elle ne se cantonne pas à la simple lecture des décisions de celui-ci. Il faut s'imprégner de l'ensemble des documents « connexes » aux décisions du Conseil (I) et parfois aller jusqu'à la recherche d'indices comme l'existence d'une étude de législation comparée ou l'affirmation doctrinale d'une influence constitutionnelle étrangère (II).

Il s'agit dans cette annexe de détailler la source et la présentation d'un argument jurisprudentiel comparé au niveau constitutionnel. Cette annexe est le produit de l'ensemble des recherches effectuées au cours d'une année universitaire. Ces dernières ne prétendent en rien être exhaustives et des décisions ont certainement pu ne pas être recensées, notamment en ce qui concerne l'existence d'un regard de législation comparée pouvant impliquer un regard sur la jurisprudence liée à cette législation.

### I. Les références à une jurisprudence constitutionnelle comparée dans les documents connexes

L'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère se reflète dans cette partie dans les documents « connexes » aux décisions du Conseil constitutionnel.

#### 1/ Décision n° 93-324 DC

*Cons. Const., Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993, Loi relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*

À la page 3 de **la saisine des 60 députés** figure une référence au juge constitutionnel voisin : « *Et il n'est pas indifférent de relever également que la décision que sera prochainement amené à prendre le tribunal constitutionnel de Karlsruhe, saisi sur la conformité du traité à la loi fondamentale allemande, pourra elle aussi faire obstacle à la mise en œuvre des dispositions adoptées le 7 février 1992* ».

Figure également à cette page une référence imprécise à la législation comparée des États de l'Union européenne.

Le renvoi à une jurisprudence future laisse entendre que les parlementaires se sont tenus au courant de la jurisprudence passée et le Conseil constitutionnel devra regarder la jurisprudence passée du juge allemand pour comprendre cet argument. Cependant il n'y a aucune présence matérielle de cette observation dans la décision ou les documents émanant des Services du Conseil.

Les parlementaires soulèvent ici un argument de similitude entre la jurisprudence du Conseil et celle du juge allemand. L'imprécision de la référence nous amène à penser qu'il peut s'agir soit d'un argument de cohérence (si un juge constitutionnel voisin dans la même situation a rendu une décision, le Conseil constitutionnel devrait normalement rendre la même décision) soit d'un argument de légitimité, de mise en confiance (le Conseil peut rendre une décision dans un sens, car celle-ci sera très certainement reprise par d'autres juges constitutionnels).

## 2/ **Décision n° 96-383 DC**

*Cons. Const., Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, Loi relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective*

Aux pages 3 et 4 de la **saisine par 60 sénateurs** on peut trouver une référence à l'argument jurisprudentiel comparé : « *Cette indépendance absolue du négociateur est ainsi illustrée en Allemagne, par une jurisprudence constante de la cour de Karlsruhe exigeant que les parties à la convention collective soient indépendantes de la partie adverse (BVERFG, 1<sup>er</sup> mars 1979, voir plus généralement : F Kessler, " Le droit des conventions collectives en RFA ", Éd. Peter Lang, 1988, p 260 et s). Il faut donc un réel équilibre entre les parties.*

*De même le Conseil constitutionnel a-t-il clairement dit que la protection des représentants élus du personnel ou des responsables syndicaux, eu égard à l'exercice de leurs fonctions, était une exigence constitutionnelle (CC 20 juillet 1988, DC n° 88-244, AJDA 12/88 p 752, note P. Wachsmann).*

*Il est si vrai que l'indépendance du négociateur appelle une protection légitime et adaptée. Ces deux exigences sont intimement liées ».*

La référence à la jurisprudence allemande permet d'apporter l'état de la jurisprudence d'un système de droit étranger et **de positionner la jurisprudence du Conseil constitutionnel.**

Cette référence a probablement inspiré, ou conforté le Conseil constitutionnel dans sa décision. C'est ce que l'on peut déduire du **Commentaire de la décision** (page 1) où la nécessité de garantir l'indépendance des représentants syndicaux est devenue une garantie constitutionnelle : « *Après avoir ainsi conjugué le principe de la liberté syndicale et le principe de participation, le*

*Conseil a précisé, dans un deuxième temps, que parmi les garanties constitutionnelles devant être assurées par le législateur, figurait la détermination d'un statut de nature à permettre aux personnes amenées à conclure des accords collectifs de travail l'exercice normal de leurs fonctions en toute indépendance par rapport à leur employeur ».*

Cependant le Conseil ne fait pas directement référence à la jurisprudence allemande, mais renvoie indirectement à la saisine des sénateurs : « *que les sénateurs soulignent que la représentativité des délégués ne pourrait être garantie que par leur indépendance à l'égard de l'employeur* » (cons. 4).

### **3/ Décisions 2004-500 DC et 2005-512 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*

*Cons. Const., Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*

Il figure au dossier complet de ces deux décisions **des Annexes** illustrant le regard du Conseil Constitutionnel sur la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

**Annexe 1 au dossier documentaire** de la décision intitulé « Absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives ».

- ESP-2000-2-022, Tribunal constitutionnel d'Espagne, Assemblée, « Baremo de daños », du 29 juin 2000.
- CZE-2000-1-009, Cour constitutionnelle de la République Tchèque, deuxième chambre, affaire n° II. US 559/1999, du 12 avril 2000.
- SVK-1997-2-007, Cour constitutionnelle de Slovaquie, Cour plénière, affaire n° PL.US 8/96, Recours des membres du parlement du 26 août 1997.

**Annexe 2 au dossier documentaire** de la décision intitulé « Clarté, accessibilité et intelligibilité, incompétence négative ».

#### 1) Jurisprudence relative à l'incompétence négative (p. 2-6)

- BEL-1993-1-007, Cour d'arbitrage de Belgique, affaire n° 10/93, du 11 février 1993.
- ITA-2001-3-010, Cour constitutionnelle d'Italie, affaire n° 435/2001, du 19 décembre 2001.
- AUT-1995-3-008, Cour constitutionnelle d'Autriche, affaires n°s G 1219-1244/95, G 1303/95, V 76-101/95, V 110/95, « Regionalradio », du 27 octobre 1995.



2) Jurisprudence relative au principe de clarté de la loi (p. 6-14)

- AUT-1997-2-006, Cour constitutionnelle d'Autriche, affaire n° G 213/96, « Système de péage », du 27 juin 1997.
- CRO-1999-3-014, Cour constitutionnelle de la Croatie, affaire n° s U-I-58/1995, U-I-771/1998, du 05 octobre 1999.
- ESP-2000-3-035, Tribunal constitutionnel d'Espagne, Assemblée plénière, affaire n° 292/2000, « Cession de données à caractère personnel », du 30 novembre 2000.
- EST-2001-1-002, Cour suprême d'Estonie, Chambre des recours constitutionnels, affaire n° 3- 4-1-4-01, « Examen de la requête du Tribunal administratif de Tallinn aux fins du contrôle de la constitutionnalité de l'article 231.6 du Code des infractions administratives », du 22 février 2001.
- HUN-2000-3-010, Cour constitutionnelle de Hongrie, affaire n° 47/2000, du 19 décembre 2000.
- LIE-1997-1-001, Conseil d'État de Liechtenstein, affaire n° StGH 1996/29, du 24 avril 1996.
- POL-2003-1-008, Tribunal constitutionnel de la Pologne, affaire n° P 13/02, du 03 décembre 2002.
- POL-2003-1-006, Tribunal constitutionnel de la Pologne, affaire n° K 41/02, du 20 novembre 2002.
- RUS-2001-1-005, Cour constitutionnelle de Russie, du 30 janvier 2001.

3) Jurisprudence relative à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (p. 20)

- Cour suprême du Canada, Connaly c/ General construction Co, 269 US385 (1926).

Les jurisprudences étrangères citées font toutes référence aux principes que le Conseil applique, mais selon des formules différentes. L'invocation de la jurisprudence étrangère a donc ici un **rôle de confortation de la décision** : comme les autres Cours utilisent ces notions pour analyser la constitutionnalité d'une disposition, le Conseil Constitutionnel est tout à fait légitime à y recourir également.

#### **4/ Décision n° 2004-505 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe*

Dans le **dossier documentaire**, à la page 32, figure une partie E. intitulée « Jurisprudence de la Cour de Karlsruhe ». Il est fait mention de la décision de la **Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 12 octobre 1993, "Maastricht"**, (commentaire de Hugo J. Hahn, *Revue générale de droit international public*, 1994 (1), p. 107-126 (extraits)) :

*« La Cour constitutionnelle confirme par ailleurs sa jurisprudence antérieure affirmant son droit de vérifier si des institutions ou organes communautaires appliquent ou développent le droit primaire de la Communauté d'une manière qui ne serait plus couverte par la Loi d'approbation allemande. Elle se réserve le droit de constater le cas échéant la non-applicabilité de tels actes juridiques sur le territoire où l'Allemagne exerce sa souveraineté.*

*La Cour constitutionnelle fédérale met en relief ses fonctions de surveillance, non seulement envers la Cour de justice européenne, mais aussi envers d'autres organes communautaires, en faisant remarquer de façon presque didactique qu'à l'avenir « il faudra considérer, lors de l'interprétation de règles de compétence par des institutions et organes communautaires, que le Traité sur l'Union européenne fait en principe la distinction entre exercice d'un pouvoir de souveraineté conféré dans des limites précises et un amendement du Traité ». Interpréter le Traité ne devrait donc pas revenir à étendre sa portée ; « une telle interprétation ne saurait engager l'Allemagne ».*

*La nouvelle définition que la Cour constitutionnelle fédérale donne de sa propre position reprend en effet de nombreux éléments de sa définition antérieure. Mais on a l'impression que la Cour a voulu se ménager une porte de sortie plus large. Ceci vaut notamment aussi pour le principe de la recevabilité du recours constitutionnel visant directement le droit secondaire de la Communauté ».*

Il s'agit de faire état de la position du juge constitutionnel allemand quant au principe de primauté du droit de l'Union européenne. Cette référence au droit comparé passe encore une fois par une étude doctrinale et non une recherche de l'information source.

#### **5/ Décision n° 2005-37 REF**

*Cons. Const., Décision n° 2005-37 REF du 25 mai 2005, Décision du 25 mai 2005 sur des requêtes présentées par Monsieur Stéphane Hauchemaille et par Monsieur Renaud Le Mailloux*

Dans le **dossier documentaire** à la page 8 figure une partie B. intitulée « *Jurisprudence de la Cour de Karlsruhe* » qui mentionne exactement la même référence que celle présente dans le dossier documentaire de la décision 2004-505 DC.

Il est fait mention de la décision de la **Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne du 12 octobre 1993, "Maastricht"** (*commentaire de Hugo J. Hahn, Revue générale de droit international public, 1994 (1), pp. 107-126*)

Il s'agit de faire état de la position du juge constitutionnel allemand quant au principe de primauté du droit de l'Union européenne. Cette référence au droit comparé passe encore une fois par une étude doctrinale et non une recherche de l'information source.

## 6/ Décision n° 2005-514 DC

*Cons. Const., Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, Loi relative à la création du registre international français*

Dans les **observations du gouvernement** à la page 4 figure une référence à une jurisprudence constitutionnelle allemande :

*« On peut aussi observer que d'autres pays européens ont mis en place des dispositifs analogues à celui qui résulte de la loi déférée. Tous les États membres de l'Union européenne ont adopté des mesures d'ordre fiscal ou social ou mis en place des registres-bis, afin de rendre leur pavillon attractif sur un plan économique. Il en va ainsi du Danemark, des Pays-Bas, de l'Espagne, de l'Italie, de l'Allemagne, du Luxembourg ou de la Belgique.*

*Ces législations étrangères prennent souvent en considération le critère de la résidence des marins pour déterminer les règles qui leur sont applicables. C'est le cas notamment de la législation allemande, qui a été jugée conforme au principe d'égalité par la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe (BVerfG. 10 janvier 1995, TranspK 6-95 p.246).*

*La loi déférée institue ainsi un mécanisme comparable à celui déjà mis en place par les autres pays européens, dans l'intérêt général de la flotte française ».*

L'arrêt de la Cour allemande est également disponible dans sa version intégralement traduite sur le site du Conseil **dans le dossier complet** de la décision n° 2005-514.

Cette référence est également reprise **dans le Commentaire** de la décision :

*« Le Conseil constitutionnel a apprécié ce grief à la lumière de sa jurisprudence constante selon laquelle "le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il*

déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit" (V. en dernier lieu, n° 2004-509 DC, du 13 janvier 2005, cons. 17 ; n° 2004-507 DC du 9 décembre 2004, cons. 5).

*La réponse qu'il y a apportée (1) repose sur la distinction faite entre, d'une part, les dispositions relatives aux conditions de travail à bord (a), d'autre part, celles qui concernent les règles de rémunération et le régime de protection sociale (b).*

*Elle peut être comparée à celles de la Cour constitutionnelle allemande et de la Cour de justice des communautés européennes, confrontées quelques années plus tôt à des questions du même ordre (2) ».*

[...] « 2) **La décision du Conseil constitutionnel au regard de celle de la cour constitutionnelle allemande** et de la Cour de justice des communautés européennes.

*La cour constitutionnelle allemande a statué sur la constitutionnalité de la loi fédérale du 23 mars 1989 créant le registre international allemand, et notamment sur la conformité de cette loi au principe d'égalité (10 janvier 1995, 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90).*

*À cette occasion, elle a jugé que : "Les relations de travail des marins visés et qui travaillent sur des navires allemands servant au trafic maritime international sont toutefois également caractérisées par le fait que ces marins doivent exécuter les mêmes tâches que les marins allemands, et ce, sous les mêmes conditions. Cependant, tandis que les marins domiciliés ou avec résidence permanente sur le territoire national doivent subvenir en Allemagne à leurs besoins et à ceux de leurs familles, les marins étrangers dépensent la majeure partie de leur paie à l'étranger. Le niveau général de vie et, par conséquent, le coût de la vie quotidienne y sont nettement inférieurs à ceux en Allemagne. Les paies versées dans les pays d'origine sont adaptées au niveau de paie habituelle dans ces pays et correspondent aux conditions économiques et sociales locales.*

*À l'occasion d'un état des faits qui, a priori, ne présente qu'un lien limité avec l'Allemagne et sur lequel les conditions du marché international du travail ont un impact particulièrement important, ces différences justifient la différenciation opérée par la loi examinée".*

*La simple lecture de ces motifs, comme de l'ensemble de l'arrêt, permet de mesurer la similitude des critères retenus par la Cour de Karlsruhe et le Conseil constitutionnel et de la convergence de leurs analyses ».*

Enfin, au-delà d'une étude de droit comparé sur les « conditions de nationalité pour le commandant et les équipages des navires européens sous second registre ou sous premier registre équivalent » à la page 18 du **dossier**

**documentaire**, on peut retrouver les passages de la décision allemande qui ont intéressé le Conseil Constitutionnel aux pages 27 à 29.

Le Conseil a réellement eu recours à une comparaison de jurisprudence afin d'élaborer sa propre décision. On peut ici remarquer que la décision allemande a eu une place importante dans le raisonnement juridique du Conseil.

### **7/ Décision n° 2005-530 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006*

Dans le **Commentaire de la Décision** à la page 14 figure une référence explicite à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande :

*« S'il n'a pas été aussi loin que le **tribunal constitutionnel allemand**, pour lequel l'impôt ne doit pas absorber plus de la moitié des revenus (BvG 37/91, 22 juin 1995), le Conseil constitutionnel a condamné l'impôt spoliateur [...] ».*

Dans le **dossier documentaire** figure sur le Plafonnement des impôts directs un renvoi à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (p. 14).

➤ Décision n° 2BvL 37/9 du 22 juin 1995, seconde chambre

Cette référence permet d'observer les limites constitutionnelles allemandes à l'impôt sur la fortune telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et de positionner la jurisprudence du Conseil constitutionnel par rapport à une décision étrangère.

### **8/ Décision n° 2007-554 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007, Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*

À la page 4 de la **saisine par 60 députés** figure un renvoi à une décision de la Cour suprême américaine : *« **L'exemple des États-Unis est ici intéressant. En effet, les dispositions générales du code fédéral sur les condamnations réduisent considérablement la liberté d'appréciation du juge, puisque celui-ci a l'obligation de prononcer une peine correspondant à des directives fédérales, établies par une agence indépendante et approuvées par le Congrès. Rédigées à partir de l'analyse de la jurisprudence, ces directives déterminent la nature et le quantum des peines applicables à environ 2 000 infractions. Or, le 12 janvier 2005, la Cour suprême a décidé que l'application obligatoire des directives fédérales violait le droit d'être jugé par un jury, prévu par la Constitution. Depuis lors, les directives n'ont plus qu'une valeur indicative.***

*Il faut inférer de cette décision de la Cour Suprême américaine que l'encadrement du pouvoir du juge ne peut l'être de façon impérative par le législateur ou, pire encore, par voie administrative. Sauf à violer son rôle tel que constitutionnellement défini ».*

L'évocation de la jurisprudence américaine permet d'illustrer la limite à l'encadrement du pouvoir du juge aux États-Unis.

#### **9/ Décision n° 2007-555 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*

À la page 4 de la **saisine des 60 députés** figure une référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande : « *Un raisonnement uniquement fondé sur la variation du taux de plafonnement ne serait pas opératoire dès lors que les revenus et surtout les impositions prises en compte pour le calcul du droit à restitution ne seraient pas pris en compte. Ainsi, la référence constante (voir Assemblée nationale, Rapport n° 62 sur le projet de loi « Travail, emploi et pouvoir d'achat », Gilles Carrez au nom de la Commission des finances, p. 242) aux décisions de la Cour constitutionnelle allemande de Karlsruhe qui, dans une décision du 22 juin 1995, a considéré que le total de l'impôt sur le revenu et de l'impôt de solidarité sur la fortune ne peut excéder 50 % des revenus du contribuable, ne peut être retenue dès lors que la somme des impositions concernées est beaucoup plus restreinte ».*

Cette référence sera prise en compte par le Conseil. Cela ressort notamment de la présence à la page 25 du **dossier documentaire** d'une partie consacrée à la jurisprudence allemande évoquée par le Gouvernement : « – **Jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande - Décision n° 2BvL 37/9 du 22 juin 1995, seconde chambre** <sup>2</sup>

*Considérations principales de la décision :*

*«1. Lorsque le législateur prévoit pour toute la fortune imposable un taux d'imposition unitaire, une imposition égale ne peut être assurée que par les assiettes d'imposition applicables aux différentes unités économiques, lesquelles doivent être évaluées individuellement. L'assiette d'imposition doit par conséquent se référer d'une manière adéquate à la capacité de rendement des unités économiques et refléter leurs valeurs respectives d'une manière conforme à la réalité.*

*2. Les limites constitutionnelles à l'imposition de la fortune par la voie des impôts sur le revenu et sur la fortune limitent l'imposition de la capacité de rendement de la fortune. Les différenciations imposées par le principe d'égalité*

doivent s'orienter à cette limite tracée à l'intégralité des charges imposées à la fortune.

3. L'impôt sur la fortune ne peut s'ajouter aux autres impôts sur le revenu pour autant que, tout en adoptant une appréciation standardisée des revenus, des charges déductibles et des autres allègements fiscaux, la charge fiscale totale du rendement prévu demeure proche d'un partage pour moitié entre les individus et la collectivité.

4. En tenant compte des charges qui s'imposent déjà à la fortune, le législateur fiscal est tenu de protéger contre un impôt sur un rendement prévu au moins la base économique nécessaire pour la vie personnelle.

5. Dans la mesure où des personnes assujetties à l'impôt sur la fortune ont pu, dans le cadre de leur mariage ou de leur famille, compter sur le fait qu'elles disposeraient d'une base économique commune et plus élevée pour mener leur vie individuelle, la protection du mariage et de la famille (article 6, alinéa 1 LF) impose au législateur fiscal de respecter la continuité de ces biens conjugaux et familiaux.»

<sup>2</sup> Traduction : Olivier JOOP »

Cette référence permet d'observer les limites constitutionnelles allemandes à l'impôt sur la fortune telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle fédérale allemande et de positionner la jurisprudence du Conseil constitutionnel par rapport à une décision étrangère.

## 10/ Décision n° 2008-562 DC

*Cons. Const., Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*

À la page 4 des **observations du Gouvernement** figure une référence aux législations étrangères sur la nature de la rétention de sûreté dans les pays disposant d'un système similaire : « On peut enfin observer que la rétention de sûreté instituée par la loi déferée est très voisine de mesures adoptées par des législations étrangères et qui ne sont pas regardées comme des peines

[...] Il doit être souligné, s'agissant de cette mesure, que la **Cour constitutionnelle allemande**, saisie par une personne condamnée avant la réforme de 1998 puis placée en détention-sûreté et qui estimait que la suppression de la limitation de durée ne devait pas la concerner, a clairement **jugé, par une décision du 5 février 2004 qu'il s'agissait d'une mesure de sûreté et non d'une peine.**

*Ces éléments de droit comparé, qui inspirent en partie le mécanisme de la rétention de sûreté tel qu'il est organisé par la loi déferée, montrent que dans des États voisins dont le système juridique est proche du système français, des mesures équivalentes ont été jugées comme constitutives de mesures de sûreté et non de peines.*

*C'est parce que, comme pour le dispositif institué par la loi déferée, la finalité de la mesure n'est pas d'ordre punitif, mais préventif.*

*Pour l'ensemble de ces raisons, le Gouvernement considère, contrairement à l'argumentation développée par les saisines, que la rétention de sûreté n'est pas constitutive d'une peine ».*

Le **dossier documentaire** (p. 65-96) renvoie à une décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Décision, 5 février 2004, - 2 BvR 2029/01) traduite par Olivier JOOP ainsi qu'à une présentation de la décision par les services de la Commission de Venise (CODICES).

Dans **le Commentaire** de la décision figure l'utilisation qui a été faite de cette décision : *« Eu égard à la nature exceptionnelle de la rétention de sûreté qui conduit à une privation totale de liberté, et à la protection particulière de la liberté individuelle qui résulte de l'article 66 de la Constitution, le Conseil a mis en œuvre la plénitude des techniques de contrôle susceptibles d'être opérées sur cette mesure. À l'instar de la pratique d'autres cours constitutionnelles, notamment la Cour constitutionnelle allemande, il a vérifié que la rétention de sûreté, pour être proportionnée, satisfaisait à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict.*

*Une telle mesure doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée ou adaptée au but recherché par le législateur. Elle doit être nécessaire, ce qui signifie qu'elle ne doit pas excéder ce qu'exige la réalisation du but poursuivi et que cet objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté. Elle doit enfin être proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.*

*Jusqu'à la décision n° 2007-562 DC, le Conseil n'avait jamais utilisé ensemble les trois éléments de ce triple test, mais séparément ou deux par deux ».*

La décision des juges de Karlsruhe a fait l'objet d'une étude poussée, ce dont témoigne la place conséquente qui lui est accordée dans le dossier documentaire.

Le Commentaire illustre l'utilisation par le Conseil constitutionnel d'une nouvelle technique contentieuse (triple contrôle de proportionnalité) suite à l'étude de décisions jurisprudentielles constitutionnelles (sans autres précisions) et en particulier de la décision allemande.



## 11/ Décision n° 2008-564 DC

*Cons. Const., Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*

À la page 8 du **Commentaire de la décision** figure le passage suivant :

« c) *Les limites au contrôle*

*Une fois reconnue la nature de loi de transposition, le Conseil constitutionnel peut exercer son contrôle, mais celui-ci comporte deux limites :*

*- Première limite : dans la mesure où la loi de transposition ne fait que reprendre des dispositions inconditionnelles et précises, c'est-à-dire d'effet direct, de la directive, le Conseil constitutionnel ne s'estime pas compétent pour contrôler la conformité de la loi de transposition aux droits et libertés fondamentaux. S'il le faisait, il contrôlerait, en effet, la conformité de la directive elle-même. Or, un tel contrôle relève de la compétence exclusive de la Cour de justice des communautés européennes.*

*Le Conseil constitutionnel a toutefois réservé l'hypothèse où la directive serait contraire à une règle ou à un principe « inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », par exemple, le principe de laïcité. Cette réserve s'inspire directement, y compris dans sa formulation, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 232 du 13 avril 1989, Société FRAGD ».*

En l'espèce la référence à une jurisprudence étrangère permet **la transposition** d'une nouvelle notion en droit français.

## 12/ Décision n° 2009-580 DC

*Cons. Const., Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*

À la page 13 de la **Saisine par 60 députés** est mentionnée une référence au droit comparé :

*« Ce pouvoir d'appréciation de la HADOPI se retrouve enfin s'agissant de la durée de conservation des données puisqu'en vertu de l'article L.331-36, la commission " peut " conserver les données techniques " pendant la durée nécessaire à l'exercice " de ses compétences et " au plus tard, jusqu'au moment où la suspension de l'accès prévue... a été entièrement exécutée ". Il n'est pas inutile, à cet égard, de mentionner **qu'en Allemagne, la durée de conservation des données de connexions est de six mois et que la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a limité leur consultation aux infractions les plus graves telles que les abus sexuels ou les actes de terrorisme** ».*

En l'espèce le Conseil ne laisse pas apparaître d'éventuelles recherches ou utilisations de la décision allemande évoquée dans la saisine. Cela est probablement dû à l'imprécision de celle-ci.

### **13/ Décision n° 2010-39 QPC**

*Cons. Const., Décision n° 2010-39 QPC du 06 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. (Adoption au sein d'un couple non marié).*

À la page 6 du **Commentaire de la décision**, figure ces passages : Dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* ». [...]

*« Le Conseil constitutionnel s'est inspiré, dans sa rédaction, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon laquelle la Cour doit prendre en juste considération « l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces » » 14 - Corte costituzionale, Sentenza 15 Giugno 1956, 3/1956, § 6.*

En l'espèce, le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère a permis la transposition d'une technique contentieuse.

### **14/ Décision n° 2012-289 QPC**

*Cons. Const., Décision n° 2012-289 QPC du 17 janvier 2013, M. Laurent D, (Discipline des médecins).*

À la page 11 du **Commentaire de la décision** figure une partie A. intitulée « *La consécration du principe (non bis in idem ou ne bis in idem) en droit comparé* ».

On trouve dans cette partie une référence à la jurisprudence de la Cour suprême américaine : « *Aux États-Unis, la règle relative à la double incrimination découle du cinquième amendement à la Constitution aux termes duquel : « (...) nul ne pourra se voir exposé deux fois pour la même infraction à un risque d'atteinte à sa vie ou à son intégrité physique (...) ».*

**Dans l'affaire Blockburger v. United States, 284 U.S. 299 (1932), la Cour suprême a adopté l'interprétation suivante :**

*« L'article 1 de la loi sur les stupéfiants érige en infraction la vente de médicaments prohibés lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans leur emballage*

*cacheté original ou n'en proviennent pas ; l'article 2 érige en infraction la vente de tels médicaments à une personne qui ne présente pas de prescription écrite. Par conséquent, à première vue, la loi crée deux infractions distinctes. En l'espèce, il n'y a eu qu'une seule vente et la question est donc de savoir si, les deux dispositions ayant été enfreintes par le même acte, l'accusé a commis deux infractions ou une seule. (...) Pour chacune des infractions prévues par la loi, il faut prouver un élément différent. La règle applicable est la suivante : lorsque le même acte ou la même transaction emporte violation de deux dispositions légales distinctes, pour déterminer si deux infractions ou une seule ont été commises, il faut rechercher si chaque disposition exige que soit administrée la preuve d'un fait supplémentaire par rapport à l'autre (...) [N]otre Cour cite et adopte les termes de la Cour suprême du Massachusetts dans l'affaire *Morey v. Commonwealth*, 108 Mass. 433 : « Un acte unique peut enfreindre deux lois ; et si chaque loi exige d'apporter la preuve d'un fait supplémentaire par rapport à l'autre, un acquittement ou une condamnation en vertu d'une des deux lois ne met pas l'accusé à l'abri de poursuites ou d'une peine sur le fondement de l'autre ».- CEDH, 10 février 2009, *Zolotoukhine contre Russie*, requête n° 14939/03, § 42.*

L'on peut également retrouver cette citation à la page 29 du **dossier documentaire** attaché à la décision.

Le Commentaire liste l'ensemble des références de droit comparé faisant figurer le principe *non bis in idem*. Il y a évocation de la conception américaine de ce principe, mais ce qui est le plus étonnant c'est que cette référence n'est faite que par l'intermédiaire d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

### **15/ Décision n° 2012-297 QPC**

*Cons. Const., Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013, Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle)*

Aux pages 14 et 15 du **Commentaire de la décision** figurent une partie D intitulée « *La laïcité et le financement des cultes en droit comparé* ».

Au-delà de la référence aux dispositions constitutionnelles européennes, on trouve dans cette partie une référence indirecte à **la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis par l'intermédiaire de la doctrine** :

« – Aux États-Unis, le Premier amendement de la Constitution prévoit que « le Congrès ne fera aucune loi pour conférer un statut institutionnel à une religion (aucune loi) qui interdise le libre exercice d'une religion (aucune loi) qui restreigne la liberté d'expression... »

Comme l'indique le professeur Pascal Mbongo, « en interdisant au Congrès de reconnaître ou d'institutionnaliser une religion quelconque (*Establishment*

*Clause) – prescription opposable également aux pouvoirs publics dans les États en application de la clause d'égalité de protection des droits du XIV<sup>ème</sup> amendement*

*– et de mettre en cause le libre exercice de la religion (Free Exercise Clause), le Premier amendement définit une double neutralité de l'État entre les différentes croyances religieuses et entre les croyants et les non-croyants : "(...) the First Amendment mandates government neutrality between religion and religion, and between religion and non religion" (McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky., 2005).*

*« L'Establishment Clause est appréciée par les tribunaux selon les critères définis par la Cour suprême dans son arrêt Lemon v. Kurtzman (1971). Le Lemon test veut qu'il y ait violation de l'Establishment Clause par les pouvoirs publics : soit parce que l'acte ou l'action contesté(e) est dépourvu(e) d'une visée laïque légitime ; soit parce que l'acte ou l'action contesté(e) a pour conséquence de promouvoir ou d'inhiber une croyance religieuse ; soit parce que l'acte ou l'action contesté(e) favorise un enchevêtrement excessif avec la religion. Le Lemon test a été "complété" par deux autres critères. Le premier de ces critères – l'Endorsment Approach ou l'Endorsment test – considère que "ce qui est fondamental c'est qu'une action des pouvoirs publics n'ait pas pour effet de donner à penser que l'État adoube ou désapprouve une croyance religieuse" (Sandra Day O'Connor, Lynch v. Donnelly, 2004). L'autre critère – le Coercion test – s'attache à vérifier si les pouvoirs publics ont exercé ou non une "pression coercitive" sur un individu afin que celui-ci soutienne un culte ou s'affilie religieusement (Cour suprême : Lee v. Weisman, 1992 – Santa Fe Independent School Dist. v. Doe, 2000) ».- P. Mbongo, « De l'atteinte à la séparation des églises et de l'État par un établissement public scolaire ayant organisé sa cérémonie de remise des diplômes dans une église. Arrêt de la cour d'appel fédérale pour le 7<sup>ème</sup> circuit : John Doe v. Elmbrook School District », 26 juillet 2012 ».*

La référence au droit comparé est informelle : on observe comment évolue le concept de laïcité de l'État en droit comparé.

## **16/ Décision n° 2013-314 P**

*Cons. Const., Décision n° 2013-314P QPC du 04 avril 2013, M. Jeremy F. (Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen - question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne)*

À la page 9 du **Commentaire de la décision** figure une partie D intitulée « Le mandat d'arrêt européen et les cours constitutionnelles étrangères ».

Il est fait mention de plusieurs décisions de juridictions constitutionnelles étrangères, par exemple :

- **Décision du 27 avril 2005, la Cour constitutionnelle polonaise** a jugé la loi nationale contraire à la Constitution.
- **Décision du 18 juillet 2005, la Cour constitutionnelle fédérale allemande** a jugé que la loi de transposition qui lui était soumise était contraire à la Loi fondamentale.
- **Décision du 7 novembre 2005, la Cour suprême chypriote** a également jugé contraire à la Constitution l'extradition de ses nationaux.
- **Décision de la Cour d'arbitrage belge**, a adressé **le 13 juillet 2005** deux questions préjudicielles à la CJUE sur la validité de la décision-cadre.
- « *Le Tribunal constitutionnel espagnol a demandé à titre préjudiciel à la CJUE d'interpréter le paragraphe 1 de l'article 4 bis de la décision-cadre et de préciser si un État membre peut refuser d'exécuter un MAE sur le fondement de l'article 53 de la charte des droits fondamentaux pour un motif tiré de la violation des droits fondamentaux de la personne concernée également garantis par la Constitution nationale* ».
- « *La Cour suprême de Finlande (Korkein oikeus) a également interrogé la CJUE sur l'interprétation de l'article 28 de la décision-cadre (autorisation ultérieure de remise à un État tiers) en cas de remises successives* ».

Ces quelques références laissent à penser que le Conseil constitutionnel a mené une véritable étude de législation et de jurisprudence comparée sur la question du mandat d'arrêt européen.

Le Conseil analyse comment les autres cours constitutionnelles européennes ont réagi par rapport à la décision-cadre concernant le mandat d'arrêt européen.

### 17/ Décision n° 2013-336 QPC

*Cons. Const., Décision n° 2013-336 QPC du 1er août 2013, Société Natixis Asset Management, (Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques)*

À la page 7 du **Commentaire de la décision** figure ce passage : « *Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel s'est inspiré de l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne n° 3 de 1956 et selon lequel la Cour doit prendre en juste considération « l'interprétation jurisprudentielle constante qui confère au principe législatif sa valeur effective dans la vie juridique s'il est vrai – et cela est vrai – que les normes ne sont pas telles qu'elles apparaissent fixées dans l'abstrait, mais telles qu'elles sont appliquées dans l'œuvre quotidienne du juge qui s'attache à les rendre concrètes et efficaces* » »<sup>12</sup>-**Corte costituzionale, Sentenza 15 Giugno 1956, 3/1956, § 6.**

Mention imprécise d'un argument de jurisprudence constitutionnelle comparé à la page 8 du **Commentaire de la décision** : « *Les juridictions ont d'ailleurs tenté de limiter les conséquences de la rétroactivité de leur jurisprudence grâce à une modulation des effets de leurs décisions. Ainsi, le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée du 11 mai 2004, Association AC ! s'est reconnu le pouvoir de moduler dans le temps non pas la portée de sa jurisprudence, mais les effets dans le temps d'une annulation. [...]* »

*Le Conseil constitutionnel a fait de même dans sa décision OGM en juin 2008<sup>15</sup> avant que le Constituant ne lui reconnaisse expressément ce pouvoir dans le cadre du contrôle a posteriori des lois. **La modulation des effets de la jurisprudence est bien connue et pratiquée aux États-Unis, particulièrement par la Cour suprême américaine.** En effet, la Cour suprême des États-Unis et les cours suprêmes des États ne sont pas liées par leurs décisions antérieures. L'overruling (revirement de jurisprudence) est admis si une décision précédente est jugée erronée. En revanche, le **prospective overruling permet de dégager une règle nouvelle tout en appliquant l'ancienne afin d'éviter les effets négatifs de la rétroactivité de la nouvelle règle.** Cette technique est appliquée dans certains domaines tels la propriété ou les contrats, pour lesquels la Cour juge que la protection de la confiance légitime est déterminante.*

Une référence aussi imprécise ne permet pas de savoir s'il y a eu transposition, inspiration ou simple regard sur la jurisprudence américaine.

En l'espèce, le recours à la jurisprudence constitutionnelle étrangère a permis la transposition d'une technique contentieuse.

## **18/ Décision n° 2013-669 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*

À la page 4 de **la saisine par 60 sénateurs** figure une référence imprécise de jurisprudence constitutionnelle espagnole : « *Depuis plus de deux siècles, aucune loi n'a d'ailleurs touché à la définition du mariage, à savoir l'union d'un homme et d'une femme en vue de créer une famille. Ainsi, on ne peut remettre en cause le mariage qu'en vertu de la Constitution. C'est d'ailleurs, ce qui s'est produit en Espagne ; **la Cour constitutionnelle espagnole a rendu un arrêt sur la constitutionnalité du mariage homosexuel, en jugeant que le mariage pouvait être modifié, étant donné que la Constitution avait prévu cette éventualité, par son article 32** ».*

À la page 3 des **Observations du Gouvernement** figure une référence imprécise à la jurisprudence constitutionnelle allemande :

« Il est évident que la plupart des observations ci-dessus mentionnées n'auraient pas eu lieu s'il s'agissait d'une Union civile (comme ce qui est le cas en Allemagne à la suite de la **décision de la cour de Karlsruhe**) ».

Une **annexe au dossier documentaire** est entièrement consacrée à la jurisprudence constitutionnelle comparée où figurent les décisions :

- **Cour constitutionnelle de Belgique, 1<sup>er</sup> mars 2012, n° 5134**
- **Tribunal constitutionnel d'Espagne, décision 198/2012, 6 novembre 2012**
- **Tribunal constitutionnel du Portugal, n° 121/2010, 9 avril 2010**

Le Conseil a mené en l'espèce une réelle étude de jurisprudence et de législation comparée afin **de connaître la situation et la position des autres cours constitutionnelles** sur une question de société.

### **19/ Décision n° 2013-682 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*

À la page 7 du **Commentaire de la décision**, il est fait référence de manière imprécise à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande : « *La sécurité juridique et la confiance légitime sont reconnues comme des principes constitutionnels dans divers États de l'Union européenne. Il en va particulièrement ainsi en droit allemand où ce sont, pour la Cour de Karlsruhe, des éléments constitutifs essentiels de l'État de droit. La sécurité juridique exige, selon la Cour, la stabilité de l'ordre juridique et la prévisibilité de l'action juridique. Elle s'oppose avec la confiance légitime à la rétroactivité des lois et règlements, sauf cas exceptionnels notamment si l'intérêt de la collectivité l'emporte largement sur les intérêts individuels. Elle s'oppose aussi à ce qu'une norme s'applique immédiatement à des situations de fait préexistantes, hypothèse qualifiée de "pseudo-rétroactivité" ».*

Le Conseil renvoie à la vision allemande du principe de sécurité juridique.

## II.- Les références non mentionnées de jurisprudence constitutionnelle comparée

Il s'agit de mettre en évidence des éléments que le Conseil constitutionnel a pu regarder pour ses décisions, mais qu'il s'est refusé à reprendre dans les documents officiellement mis en ligne (Commentaire ou dossier documentaire). L'influence d'une jurisprudence constitutionnelle étrangère est ici soit affirmée par la doctrine, soit supposée au travers de la présence d'une étude de législation comparée.

### 1/ Décisions n<sup>os</sup> 74-54 DC et 2001-446 DC

*Cons. Const., Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*

*Cons. Const., Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*

O. Dutheillet de Lamothe dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique :

*« Toutes les Cours constitutionnelles ont été confrontées, d'abord dans les années 70, puis dans la période récente à l'évolution de la législation sur l'interruption volontaire de grossesse. Sur ce problème de société, elles se sont toutes référées aux pratiques étrangères. C'est ce qu'a fait le Conseil constitutionnel français tant dans sa décision du 15 janvier 1975 que dans celle du 27 juin 2001 (...)*

*Les Cours constitutionnelles se sont divisées, à l'origine, en trois catégories : celles qui privilégient le principe du libre choix de la mère : c'est le cas de la Cour Suprême des États-Unis par sa décision de 1973 Roe vs Wade. (...)*

*Celles qui, au contraire, accordent une place dominante au principe de la protection de l'être humain dès le début de la vie : c'est le cas de la Cour constitutionnelle allemande, dont la décision de 1975 annule une législation autorisant l'avortement dans les 12 premières semaines de la grossesse pour violation du droit à la vie établi à l'article 2, alinéa 2, de la loi fondamentale.*



*Celles, enfin, qui évitent de se prononcer sur la portée du principe du respect de l'être humain dès le commencement de la vie : c'est le cas de la France et de l'Italie dans la mesure où la Constitution ne comprend aucune norme explicite garantissant le droit à la vie ;*

*(...) 20 ans plus tard, les positions extrêmes adoptées par la Cour Suprême des États-Unis, d'une part, et la Cour de Karlsruhe, d'autre part, tendent à se rejoindre : la Cour allemande a rendu une décision en 1993 qui donne plus de place à la libre détermination de la mère par rapport au principe du respect de la dignité humaine dû à l'enfant à naître, puisqu'elle accepte le principe de la dépénalisation de l'I.V.G. pendant les douze premières semaines ; de son côté, la Cour Suprême des États-Unis a jugé en 1992 qu'il peut être accordé aux États un droit d'intervention plus grand dans la réglementation de l'avortement en rejetant le cadre trimestriel adopté dans Roe vs Wade et en redonnant aux États le pouvoir de réglementer, sans violer la Constitution, les conditions d'une interruption de grossesse avant la viabilité du fœtus.*

Le regard sur la jurisprudence comparée semble d'autant plus probable pour la décision de 2001 qu'est présent dans les **Observations du Gouvernement** un aperçu de législation comparée : *« En adoptant cette mesure, le législateur a entendu régler certaines situations particulières de détresse qui conduisent chaque année environ 5000 femmes à se rendre dans l'un des nombreux pays étrangers dans lesquels le délai légal est supérieur à celui qui était jusqu'ici retenu en France. Il est en effet de douze semaines en Allemagne, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Finlande, en Grèce, en Italie et au Portugal. Il est de 18 semaines en Suède, de 22 semaines aux Pays-Bas et même de 24 semaines en Grande-Bretagne. C'est donc à un alignement sur le délai le plus communément admis que procède la loi ».*

## **2/ Décision n° 83-165 DC**

*Cons. Const., Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, Loi relative à l'enseignement supérieur*

O. Dutheillet de Lamothe dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique :

*« (...) la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la garantie d'indépendance des professeurs d'université. Pour consacrer cette indépendance comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République, le Conseil constitutionnel s'est directement inspiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande qui, par une décision du 24 mai 1973, a déduit de*

*l'article 5 de la Constitution allemande l'affirmation de la liberté de l'enseignement dans le supérieur et de l'autonomie institutionnelle des Universités ».*

### **3/ Décisions n<sup>os</sup> 85-196 DC, 86-208 DC et 86-218 DC**

*Cons. Const., Décision n<sup>o</sup> 85-196 DC du 8 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*

*Cons. Const., Décision n<sup>o</sup> 86-208 DC du 2 juillet 1986, Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*

*Cons. Const., Décision n<sup>o</sup> 86-218 DC du 18 novembre 1986, Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*

B. Genevois dans un article intitulé « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux » paru dans le n<sup>o</sup> 112 de la revue juridique « *Les Petites Affiches* » le 4 juin 2008 affirme l'influence du Conseil constitutionnel par les décisions d'autres cours constitutionnelles :

*« On peut évoquer de ce chef des problématiques inhérentes au droit électoral telles qu'elles se sont posées au Conseil constitutionnel.*

*Ce dernier a par exemple été confronté au problème du contrôle de la délimitation des circonscriptions électorales et des écarts de représentation entre circonscriptions. En la matière, la jurisprudence du Conseil d'État relative au remodelage des circonscriptions cantonales avait seulement posé en principe que le gouvernement se devait de ne pas accroître les disparités qui existaient auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés d'un département. **La jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis avait ouvert quant à elle des perspectives plus novatrices depuis l'arrêt du 26 mars 1962, Baker c/ Carr** (Cf. E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000, p. 625 ; RDP. 1967. 712.) **qui a affirmé la compétence des tribunaux pour contrôler les écarts numériques de représentation et même, les découpages partisans, avec l'arrêt du 30 juin 1986 Davis c/ Bandemer. En Allemagne fédérale, la Cour constitutionnelle s'est attachée, depuis un arrêt du 22 mai 1963, à assurer une égale représentation des électeurs** (Cf. J. Béguin, *Pouvoirs*, no 22, p. 133).*

*Il n'est pas douteux que les expériences étrangères aient influé sur l'orientation donnée par le Conseil constitutionnel à sa jurisprudence en 1985 et 1986 (Cf. Cons. const., 8 août 1985, déc. no 85-196 DC, Rec. Cons. const., p. 63 ; AIJC 1985. 425 ; 1er-2 juillet 1986, déc. no 86-208 DC, Rec. Cons. const., p. 78 ; 18 novembre 1986, déc. no 86-218 DC ; AIJC 1986. 449). (...)*

*Par une première décision (86-208 DC), le Conseil constitutionnel a d'abord eu à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi qui, tout en rétablissant le scrutin uninominal majoritaire à un ou deux tours, autorisait le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales.*

*(...) Au même moment, la **Cour suprême des États-Unis a rendu son arrêt du 30 juin 1986, Davis c/ Bandemer**. Dans une opinion séparée le juge Powell a montré que non seulement les tribunaux sont compétents pour contrôler la délimitation, mais que, de plus, ils peuvent se fonder dans leur contrôle sur un ensemble de preuves : forme des circonscriptions ; conformité à la tradition ; intérêts communs de la population ; procédure utilisée pour élaborer le découpage.*

*Cette grille d'analyse a été très utile lorsque, du fait du refus du Président de la République de signer le projet d'ordonnance de délimitation, le Conseil constitutionnel a statué sur la loi qui reprenait le contenu de l'ordonnance, par sa décision n° 86-218 DC du 18 novembre 1986 (cons. 8). Le Conseil constitutionnel a rappelé cependant qu'il n'avait pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement et qu'il ne lui appartenait pas de rechercher si les circonscriptions avaient "fait l'objet de la délimitation la plus équitable possible" ».*

#### **4/ Décision n° 88-242 DC**

*Cons. Const., Décision n° 88-242 DC du 10 mars 1988, Loi organique relative à la transparence financière de la vie politique*

B. Genevois dans un article intitulé « L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux » paru dans le n° 112 de la revue juridique « *Les Petites Affiches* » le 4 juin 2008 affirme l'influence du Conseil constitutionnel par les décisions d'autres cours constitutionnelles :

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

*Mais en sens opposé, la philosophie qui sous-tend la jurisprudence de la Cour suprême a suscité l'inquiétude en ce qu'elle fait prévaloir l'exigence de la liberté d'expression sur la limitation des dépenses électorales. Selon la Cour en*

*effet : « Dans la société libre établie par notre Constitution, ce n'est pas le gouvernement, mais le peuple – individuellement, en tant que citoyens et candidats et collectivement en tant qu'associations et comités politiques – qui doit garder le contrôle sur l'ampleur et l'étendue du débat politique sur les questions d'intérêt public au cours des campagnes électorales ».*

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

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

## **5/ Décision n° 2001-445 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*

- Rapport fait à Strasbourg le 19 mars 2007, intitulé « La situation actuelle dans les États membres du Conseil de l'Europe disposant d'un Conseil Supérieur de la Magistrature ou d'un organe équivalent » de Martine Valdès-Boulouque, à l'attention du Conseil consultatif des juges européens<sup>1</sup> ;

- Rapport annuel de 2005 sur les Conseils de la Justice (Source : document du Conseil supérieur de la Magistrature - France)<sup>2</sup> ;

Ces rapports fournissent une étude de législation comparée en ce qui concerne les fonctions, la composition et le statut des membres d'un Conseil

---

<sup>1</sup> Voir le rapport en ligne sur le site du Conseil de l'Europe [[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2007\)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=DGHL-Judges-CCJE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2007)3&Language=lanFrench&Ver=original&Site=DGHL-Judges-CCJE&BackColorInternet=FEF2E0&BackColorIntranet=FEF2E0&BackColorLogged=c3c3c3)]

<sup>2</sup> Voir le rapport en ligne sur le site du Conseil de l'Europe [[http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/CSM-France-TR10\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/CSM-France-TR10_fr.pdf)]

Supérieur de la Magistrature ou d'un organe équivalent. Ces rapports ont certainement dû être consultés par le Conseil constitutionnel et ainsi impliquer une étude de la jurisprudence constitutionnelle étrangère.

## 6/ Décision n° 2003-484 DC

*Cons. Const., Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*

*O. Dutheillet de Lamothe* dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique :

« [...] **le Conseil constitutionnel a été amené, pour apprécier la conformité de la loi à la Constitution, à tenir compte de l'état du droit dans les autres États membres, notamment en ce qui concerne les délais de rétention administrative** ».

Cela se confirme notamment par la référence dans les **Observations du Gouvernement** à une étude de législation comparée : « *On doit insister, à cet égard, sur la singularité de la situation française. Tous les autres États membres de l'Union européenne ont, en effet, institué des délais de rétention notablement plus longs que la France. Au Danemark, les autorités compétentes disposent de 28 jours - soit plus du double de la durée maximale aujourd'hui autorisée en France en vertu de l'ordonnance du 2 novembre 1945 -. Le délai maximum de rétention est de 40 jours en Espagne. Il est d'environ 2 mois en Irlande, au Portugal et en Italie. Il est de 3 mois en Grèce et au Luxembourg, de 5 mois en Belgique, de 6 mois en Autriche. Il atteint 18 mois en Allemagne. Trois pays de l'Union européenne, enfin, ne connaissent aucune limitation de la durée de la rétention : il s'agit de la Finlande, des Pays-Bas et de la Grande-Bretagne* » qui se trouve reprise dans le **Commentaire de la décision** à la page 12 : « *Le régime de la rétention administrative est ainsi rendu plus strict que par le passé, tout en restant beaucoup plus libéral que dans les autres États membres de l'Union européenne. Ainsi, la durée maximale de la rétention administrative est de 18 mois en Allemagne, de 6 mois en Autriche, de 5 mois en Belgique, de 40 jours en Espagne, de 3 mois en Grèce, de 8 semaines en Irlande, de 60 jours en Italie et au Portugal, de deux mois renouvelables en Suède et cette durée est illimitée au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. Seul le Danemark, avec 28 jours au maximum de rétention, se montrerait aussi respectueux que la France de la liberté individuelle des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement* ».

## 7/ Décision n° 2003-487 DC

*Cons. Const., Décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*

Dans le **dossier documentaire** figure de la page 23 à 26 une étude de législation comparée intitulée « PARTIE IV : COMPARAISONS INTERNATIONALES » et qui comprend : « La protection sociale en Europe 2001 » et « La réforme de l'aide sociale aux États-Unis ».

## 8/ Décision n° 2003-489 DC

*Cons. Const., Décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, Loi de finances pour 2004*

O. Dutheillet de Lamothe dans son intervention au Sixième congrès mondial de droit constitutionnel, tenu à Santiago du Chili le 16 janvier 2004, intitulé « Le constitutionnalisme comparatif dans la pratique du Conseil constitutionnel » recense les décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel n'a pas fait de référence explicite à une jurisprudence constitutionnelle étrangère qui a pourtant joué un rôle dans la construction du raisonnement juridique : « [...] *le Conseil constitutionnel a été amené à trancher, pour la première fois, la question de principe de savoir si le principe d'égalité, qui oblige à traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, impose, de façon symétrique, de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. [...] le Conseil constitutionnel s'est référé à la position prise par les autres Cours Suprêmes. On sait que celles-ci se sont divisées sur cette question, puisque la Cour de Justice des Communautés européennes, la Cour constitutionnelle allemande et le Tribunal constitutionnel espagnol estiment que le principe d'égalité impose que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale alors que la Cour Suprême des États-Unis et la Cour constitutionnelle italienne estiment que les différences matérielles peuvent justifier des traitements juridiques différents, mais ne les exigent pas* ».

## 9/ Décision n° 2004-492 DC

*Cons. Const., Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*

Informations de législation comparée et non de jurisprudence constitutionnelle comparée, mais ces informations ont probablement été accompagnées d'une **étude de jurisprudence comparée** :

### **Commentaire de la décision :**

Page 2 : « *L'infiltration existe dans la plupart des législations des États européens* »

Page 8 : « *mise en place de dispositifs techniques ayant pour objet, à l'insu et sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation ou la transmission de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de fixer leur image. [...]*

*Préoccupante par ses implications, cette méthode constitue cependant, comme l'enseigne l'expérience de pays comparables aux nôtres (États-Unis, Grande-Bretagne, Allemagne, Pays-Bas), un outil indispensable de démantèlement des groupes criminels organisés.*

*La législation de la grande majorité des pays européens prévoit le recours à de tels dispositifs. Régulièrement sollicitées dans le cadre de l'entraide pénale internationale, en particulier par la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie, les autorités judiciaires françaises ne pouvaient répondre favorablement à de telles demandes (les plus fréquentes concernant la sonorisation de véhicules utilisés par des trafiquants de stupéfiants ou par les réseaux de traite des êtres humains). »*

#### **Observation du Gouvernement :**

*« On peut noter que la législation de la grande majorité des pays européens prévoit le recours à de tels dispositifs. Régulièrement sollicitées dans le cadre de l'entraide pénale internationale, en particulier par la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Italie, les autorités judiciaires françaises ne peuvent, faute de cadre légal, répondre favorablement à ces demandes qui concernent le plus fréquemment des sonorisations de véhicules utilisés par des trafiquants de stupéfiants ou par des membres de réseaux de traite des êtres humains. »*

#### **Saisine de 60 députés :**

*« Le "plaider coupable" ainsi institué, indéniablement dépourvu des garanties qui existent dans d'autres pays - dont les États-Unis - pour des procédures de même nature, se traduira par un accord entre le ministère public - le procureur - et la partie comparaissant assistée de son avocat ».*

#### **10/ Décision n° 2006-540 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*

Dans le dossier complet attaché à la décision figure un **tableau de comparaison des transpositions** d'une directive par certains États membres de l'union ainsi qu'un **tableau de transposition** par le Conseil Constitutionnel **par considérant**.

Il y a donc eu une véritable **étude de transposition comparée** dans l'instruction de cette décision.

Dans la **réplique par les 60 députés** figure une référence à l'existence d'un regard de droit comparé : « *La prétendue obligation communautaire de transposition est inexistante, comme la **décision de plusieurs pays de ne pas transposer** cette disposition et le projet de certains l'ayant fait de revenir en arrière (par exemple : l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Irlande et la Belgique). (...)*

*Tout comme le soulignait M. Thiollière dans son rapport au Sénat " **Le législateur allemand** n'a pas jugé utile de transposer explicitement en droit interne le test en trois étapes, estimant que celui-ci constituait un rappel adressé au législateur qui doit le prendre en compte dans la délimitation des exceptions aux droits qui relèvent de sa compétence. " (Rapport n° 308 Session ordinaire 2005-2006, p. 56).*

Le rapport national de la France au XVI<sup>ème</sup> Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes tenu à Vienne du 12 au 14 mai 2014 précise que la présente décision s'est inspirée de la jurisprudence d'autres cours européennes (en particulier allemande et italienne) pour transposer la technique de contrôle par rapport à la Constitution d'une norme de transposition d'une directive européenne (dont les dispositions sont inconditionnelles et précises) en cas d'atteinte à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

### **11/ Décision n° 2011-192 QPC**

*Cons. Const., Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011, Mme Ekaterina B., épouse D., et autres (Secret défense)*

**Page 11 du Commentaire de la décision** : « *S'agissant en particulier de la protection du secret de la défense, celle-ci répond à un intérêt public et constitue une **préoccupation commune à toutes les démocraties**, comme en atteste sa présence en droit international (voire notamment : article 49 du statut de la Cour internationale de justice ; article 296 du traité sur l'Union européenne ; article 72 du statut de Rome de la Cour pénale internationale). Ce secret est protégé dans la plupart des législations étrangères* ». Note de bas de page : « *Étude de législation comparée n° 35, Le secret de la défense nationale devant le juge, Sénat, Service des affaires européennes, 1er février 1998.* »

Référence de droit comparé par l'**intermédiaire des services du Sénat.**



## 12/ Décision n° 2011-223 QPC

*Cons. Const., Décision n° 2011-223 QPC du 17 février 2012, Ordre des avocats au Barreau de Bastia, (Garde à vue en matière de terrorisme : désignation de l'avocat)*

Le **Commentaire de la décision** au travers des propos des parlementaires, à la page 4, illustre un recours au droit comparé dans cette décision : « *Cette disposition, introduite sur proposition de M. Jean-Luc Warsmann, est inspirée de la législation espagnole* ».

Cette inspiration a probablement conduit le Conseil à mener une étude de législation et de jurisprudence comparée sur l'origine espagnole de la disposition. Il aura sans doute observé l'étude de Carta Europea sur la procédure en matière de terrorisme en Espagne <sup>(3)</sup> qui fait état notamment de plusieurs décisions du tribunal constitutionnel espagnol :

- Sentences du Tribunal constitutionnel n° 196/87, 46/88 et 60/88
- Sentence du Tribunal suprême du 11/12/1987 ; 21/03/1988 et 24/01/1985

D'autres études de *Carta Europea* de législation et de jurisprudence comparée sont également disponibles en ce qui concerne la Pologne, l'Italie et la Roumanie.

Il a probablement du regarder le rapport du Sénat en ce qui concerne l'étude comparée sur la garde à vue du 31 décembre 2009 n° 204<sup>4</sup> qui fait notamment référence à la législation espagnole, mais également aux législations danoises et allemandes.

Enfin la littérature doctrinale fournissait au même moment une étude de droit comparé en ce qui concerne l'Autriche (André Giudicelli, La « garde à vue » dans la législation autrichienne, *Revue de science criminelle* 2011).

## 13/ Décision n° 2012-653 DC

*Cons. Const., Décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*

Aucune référence précise à une jurisprudence constitutionnelle étrangère n'est faite dans le Commentaire, pourtant le rappel de l'évolution du phénomène européen illustre que le Conseil a suivi les décisions des différentes cours constitutionnelles et notamment la cour allemande.

<sup>3</sup> Voir le document en ligne sur le site de Carta Europea [[http://www.carta-europea.com/images/droit\\_terrorisme/TERRORISME\\_EN\\_ESPAGNE.pdf](http://www.carta-europea.com/images/droit_terrorisme/TERRORISME_EN_ESPAGNE.pdf)].

<sup>4</sup> Voir le document en ligne sur le site du Sénat Français [<http://www.senat.fr/lc/lc204/lc204.pdf>].

Le dossier documentaire ne contient pas de référence de droit comparé, mais un document **annexe au dossier** complet de la décision fait état d'une étude de législation comparée sur la transposition de la règle d'équilibre budgétaire du traité dans les États membres de la zone euro.

#### **14/ Décision n° 2012-662 DC**

*Cons. Const., Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances pour 2013*

Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur le caractère confiscatoire de l'impôt. Une telle notion a été analysée par la doctrine. D'autres Cours constitutionnelles s'étant prononcées avant le Conseil, la doctrine a analysé leurs décisions. Il est fort probable que le Conseil ait pris conscience de cette littérature même s'il n'en fait pas mention dans les documents connexes à sa décision.

On relève ainsi l'analyse de décisions de la Cour Constitutionnelle fédérale allemande par les articles d'Alexandre Mangiavillano (*Commentaire Décision du Conseil constitutionnel n° 2007-555 DC, RFDC n° 2008/1, n° 73, p.104-106*) ou de Xavier Volmerange (*Chronique Allemagne, Annuaire international de justice constitutionnelle, 2006, p. 620-621*), une analyse de décisions espagnole et britannique similaires faite par Karim Sid Ahmed (*Droits fondamentaux du contribuable et procédures fiscales, étude comparative, L'Harmattan, 2008*). De même une analyse de décisions sur la même notion est donnée par le professeur Robert Danon pour la Suisse (*Droit fiscal général, semestre d'hiver 2007, Université de Neuchâtel*) et pour la Belgique par M.Bourgeois (*De l'impôt confiscatoire selon la Cour d'arbitrage. Journal des Tribunaux, 2005, p. 797-803*).

#### **15/ Décision n° 2013-346 QPC**

*Cons. Const., Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, Société Schuepbach Energy LLC (Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures - Abrogation des permis de recherches)*

La référence aux pages 3 et 4 du **Commentaire** évoque l'origine des techniques d'exploitation du gaz de schiste et renvoie aux appréciations de l'administration américaine :

*« Les ressources d'hydrocarbures non conventionnels dans le monde seraient considérables. Selon l'administration américaine, la production du gaz de schiste permettrait aux États-Unis d'être dans une situation de quasi-autosuffisance énergétique en 2034. D'ores et déjà cette production est passée, entre 2006 et 2011, de 1 % à 17 % de la consommation énergétique américaine.*

*L'exploitation par la fracturation hydraulique de la roche Les hydrocarbures non conventionnels sont connus depuis longtemps. **Le premier puits de gaz foré aux États-Unis en 1821 fut un puits de gaz de schiste.** Cependant, l'absence de technique rentable d'exploitation a, jusqu'à présent, empêché celle-ci. Cette problématique est renouvelée avec la technique de la fracturation hydraulique de la roche.*

*Cette technique, utilisée aux États-Unis à partir de 1947, n'est pas réservée à la recherche et l'exploitation d'hydrocarbures non conventionnels, mais sert également pour la recherche et l'exploitation d'hydrocarbures conventionnels, pour l'adduction d'eau et pour la géothermie ».*

Cette référence aux États Unis laisse à penser que le Conseil constitutionnel a regardé la jurisprudence de la Cour suprême américaine en ce qui concerne l'exploitation du gaz de schiste.