

TABLE RONDE N°5

L'AMPLIFICATION DE LA RÉSONANCE ET LA RÉDUCTION DE LA DISSONANCE ? LA RELATION ENTRE LES COURS EUROPÉENNES ET L'INTÉGRATION PAR LES DROITS DE L'HOMME.

Laurent SCHEECK

INTRODUCTION

1. Des intrusions réciproques

1.1. L'instrumentalisation de la Convention européenne des droits de l'homme par la CJCE

1.2. L'annexion de l'Union européenne par la Cour européenne des droits de l'homme

2. L'intégration par les droits de l'homme

2.1. Des institutions emmêlées

2.2. Une coopération trans-institutionnelle

3. Les entrepreneurs de la résonance

3.1. La diminution de la dissonance

3.2. L'énonciation de normes par les juges internationaux

CONCLUSION : L'ENGLOBEMENT DES DISSONANCES

INTRODUCTION

D'une manière totalement non planifiée, l'interaction turbulente de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes est à l'origine d'un processus d'intégration par les droits de l'homme qui a provoqué une double inflexion de la construction européenne en consolidant le niveau de gouvernance supranationale, tout en facilitant la diffusion de normes au niveau national. Premièrement, les intrusions réciproques des cours européennes dans leur ordre juridique respectif sont à la base de l'émergence d'un système de protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne et ont également conduit à une annexion incrémentale de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). En anticipant d'abord le choix intergouvernemental et en le réduisant ensuite, les actions réciproques des deux cours ont inséré les droits de l'homme dans un processus politique dont le moteur a traditionnellement été l'économie et auxquels on a depuis peu rajouté une dimension de politique intérieure et étrangère. Ces interactions ont ouvert la voie à l'adhésion formelle de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle a récemment été inscrite sur l'agenda politique de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. La relation contingente des deux cours a permis d'établir un équilibre entre économie et droits de l'homme qui penche légèrement en faveur de ces derniers. Elle a aussi créé un bouclier jurisprudentiel permettant aux cours européennes de faire face aux nouvelles évolutions politiques en Europe. Cette interaction entre cours supranationales a inextricablement lié deux organisations qui, pendant près d'un demi-siècle, ont respectivement incarné « l'Europe marchande » et « l'Europe des droits de l'homme » au sein d'un espace constitutionnel transnational composé de deux cours constitutionnelles européennes auto-proclamées. Deuxièmement, la relation entre ces deux cours supranationales a favorisé l'imposition de normes européennes au niveau national. Après des années d'interactions peu cordiales, les juges européens ont récemment découvert des intérêts communs vitaux. Certains se sont aperçus que le conflit inter-institutionnel risque de conduire à un affaiblissement réciproque des ordres juridiques supranationaux que les deux cours ont laborieusement construits par voie prétorienne. Depuis quelques années, un alignement radical des jurisprudences des cours européennes et un jeu de références croisées ont permis, au contraire, d'élargir les répertoires d'action de ces deux institutions supranationales. Une véritable diplomatie entre juges supranationaux a émergé et les juges dépendent désormais

toute leur énergie à mettre l'accent sur les points positifs de leur coexistence au niveau européen. Quoique la relation des cours européennes se caractérise par la concomitance de logiques coopératives et conflictuelles, des coups de projecteurs permanents sur leurs bonnes relations ont permis de réduire les incertitudes qui planent sur deux juridictions confrontées à de multiples résistances. Leurs coups de pouces réciproques renforcent leur fragile légitimité et leur permettent d'imposer plus efficacement le droit européen aux autorités nationales. Une cour seule n'aurait rien pu accomplir de tout cela. C'est en dépassant les bornes étroitement définies de leurs institutions et en mettant l'accent sur leur relation que les cours européennes ont mis en place ce processus d'intégration par les droits de l'homme.

Telle est la configuration à laquelle nous voudrions soumettre les hypothèses sur la dissonance et la résonance.¹ Dans une première partie, nous allons nous intéresser aux intrusions réciproques des deux cours européennes dans leurs ordres juridiques respectifs. Nous allons ensuite analyser les effets de leurs interactions dans une deuxième partie. En troisième partie, nous allons étudier de quelle manière les juges européens tentent de diminuer de multiples dissonances afin d'augmenter la résonance des normes qu'ils énoncent.

1. Des intrusions réciproques

1.1. L'instrumentalisation de la Convention européenne des droits de l'homme par la CJCE

Pour trouver une place au sein d'une configuration politique à niveaux et à hiérarchies multiples, les cours européennes sont aujourd'hui confrontées à trois défis étroitement liés. Les juridictions internationales doivent d'abord consolider leur régime face aux instances intergouvernementales de leurs organisations. Pour le pérenniser, elles cherchent également à l'enraciner au niveau national en essayant d'établir une hiérarchie en leur faveur. L'inflation de normes internationales et le chevauchement croissant de régimes internationaux, souvent

¹ Cette recherche se base avant tout sur des entretiens menés à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles en avril 2002 (Commission européenne, Représentation permanente du Conseil de l'Europe auprès de l'Union européenne – quatre entretiens), en juin 2002 (dix entretiens avec des hauts fonctionnaires de la CourEDH, du Secrétariat et du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe), en juin 2004 (entretiens à la CJCE avec cinq référendaires et deux juges), en février 2005 (entretiens à la CourEDH avec cinq hauts fonctionnaires et cinq juges) et en juin 2005 (entretiens à la CJCE avec deux juges, deux avocats généraux et cinq référendaires).

dotés de mécanismes de régulation de différends, sont une troisième composante que chaque juridiction internationale doit prendre en considération.

On pourrait dès lors imaginer que l'interaction entre cours internationales entraîne une convergence d'abord entre juges internationaux, puis entre régimes et enfin entre organisations et États. C'est-là peut-être un effet recherché par certains acteurs, mais une évolution linéaire impliquant des institutions monolithiques dont la relation passe d'un état de divergence à un état de convergence n'est guère convaincante. Contrairement à ce qu'on pourrait penser au premier abord, rares sont les cas où les cours trouvent la bonne fréquence au premier abord. En jugeant, les tribunaux internationaux font souvent intrusion et sèment le désordre dans d'autres systèmes juridiques. Leurs interférences suscitent de l'inharmonie, du scepticisme et des résistances, surtout de la part d'autres cours qui sont les gardiennes de ces ordres. Autrement dit, les tribunaux internationaux provoquent des attitudes négatives qui peuvent facilement déboucher sur des petites guerres inter-institutionnelles, parfois larvées, parfois ouvertes.

Les tentatives de la CJCE d'imposer la suprématie de son ordre juridique ont été accueillies d'une façon très mitigée au niveau national. En 1964, la CJCE avait instauré la suprématie du droit européen sur le droit national (*Costa c. Enel*, 15.07.1964) et en 1970, elle avait déclaré que le droit européen s'impose également aux constitutions nationales (*Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 17.12.1970) (Alter, 2001, Dehousse, 1997, p. 44-51). La réaction la plus emblématique a été celle de la Cour constitutionnelle allemande qui, en mai 1974, annonça dans sa fameuse décision *Solange I*, qu'elle allait retenir sa compétence pour contrôler des actes européens quant à leur respect des droits fondamentaux garantis par la constitution allemande. En octobre 1986, les juges constitutionnels allemands ont révisé ce principe en déclarant qu'ils ne contrôleraient plus les actes européens aussi longtemps que la CJCE assurera la protection des droits fondamentaux. Or, en 1993, dans leur décision dite de *Maastricht*, ils ont cependant précisé qu'ils retiennent la compétence pour remettre en question le droit européen s'ils constataient* une extension des compétences de l'Union européenne ou une violation des droits fondamentaux à ce niveau. Enfin, en juillet 2005, Karlsruhe a exécuté sa menace en annulant le mandat d'arrêt européen pour avoir manqué à la protection des droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis en Allemagne, provoquant ainsi la consternation des militants pour l'intégration européenne et le plus grand bonheur des militants pour les droits de l'homme. Ce jugement est intervenu à peine un mois après

l'instauration par la CJCE du principe de la primauté du droit européen dans le cadre de la politique intérieure de l'Union (Justice et affaires intérieures) (*Pupino*, 16/06/2005).

Confrontés à de tels retours de flammes en provenance du niveau national, les juges européens étaient forcés d'entreprendre un changement de cap. La CJCE refusait encore de prendre en compte les droits de l'homme en 1959, puisque les traités ne prévoyaient pas de garanties à ce niveau (*Stork*, 4/2/1959). Or, il s'avère rapidement que la protection des droits de l'homme doit s'appliquer à toutes les institutions qui font partie d'un système de gouvernance (Jacqué, 2004, p. 54). Sous la pression des cours constitutionnelles nationales, les juges européens sont d'autant plus faciles à persuader de protéger les droits fondamentaux au niveau supranational que toute insuffisance risque tout simplement de mettre en question l'ordre juridique qu'ils tentent de mettre en place. Ainsi, depuis son arrêt *Stauder* (12.11.1969), Luxembourg a progressivement construit un système de protection des droits de l'homme par voie prétorienne (Cohen-Jonathan, 1994, p. 90-91, Jacobs, 2001, Jacqué, 2004, p. 53-59). Alors que les traités de Rome ne prévoyaient pas de système de protection des droits fondamentaux au niveau européen, la CJCE a emprunté les droits de l'homme ailleurs, notamment à la CEDH. Depuis la ratification de la CEDH par l'ensemble des États membres des Communautés le 3 mai 1974, la CJCE fait explicitement référence à la Convention (*Nold* du 14 mai 1974). Or, Karlsruhe avait ignoré l'arrêt *Nold* en annonçant sa décision *Solange I* quelques semaines plus tard. Par un « processus de valorisation incrémentale » (Simon, 2001, p. 35), la CJCE s'appuie encore davantage sur la Convention par la suite.

Depuis 1975, la CJCE se réfère aux dispositions individuelles de la CEDH pour montrer qu'elle peut garantir la protection des droits de l'homme en l'absence d'instruments propres (voir les arrêts *Rutili*, 28/10/1975 et *Johnston*, 16/05/1986, suivi de la décision d'octobre 1986 de Karlsruhe, où elle se dit satisfaite du contrôle exercé par la CJCE). Ensuite, la CJCE va encore plus loin en attribuant à la Convention une « signification particulière » (*Hoechst*, 21/09/1989). Depuis la décision de *Maastricht* de la Cour constitutionnelle allemande de 1993, la CJCE se réfère aussi à la jurisprudence de Strasbourg pour justifier ses décisions (*P/S and Cornwall County Council*, 30/04/1996, *Baustahlgewebe GmbH*, 17/12/1998). Depuis quelques années, les références à la CEDH se sont ainsi multipliées et l'on compte désormais plus d'une centaine de références à la CEDH (Guild et Lesieur, 1998, Rosas, 2005). La CJCE n'est pourtant pas devenue une cour des droits de l'homme et elle ne tranche quasiment jamais un conflit sur la base d'un constat d'une violation des droits de l'homme. Au contraire, elle ne fait que s'appuyer sur les références aux droits de l'homme pour légitimer ses décisions. Cette multiplication de références à la CEDH et l'allégeance en

apparence infaillible aux droits de l'homme ont d'abord été une démarche nécessaire pour essayer de convaincre les cours constitutionnelles nationales de la primauté du droit européen. Ainsi, la réserve constitutionnelle en provenance du niveau national a déclenché une dynamique de soutien à l'intégration qui a fait de la CJCE un protecteur en apparence exemplaire des droits de l'homme.

1.2. L'annexion de l'Union européenne par la Cour européenne des droits de l'homme

La CJCE a toujours pris le soin de ne pas se lier à la CEDH et procède exclusivement par « inspiration » et par « analogie » lorsqu'elle s'appuie sur la CEDH. De même, elle précise à chaque fois que la Convention fait partie des principes généraux du droit communautaire, mais elle ne s'y réfère jamais directement. Ceci est une façon de dire qu'elle ne se sent pas liée par la CEDH, qu'elle est l'unique juridiction compétente pour les droits de l'homme au niveau de l'Union et d'écarter la CourEDH, tout en s'y servant « à la carte » dans la CEDH (Tulkens, 2000). Comme l'a formulé J.-P. Costa, le vice-président de la CourEDH, l'approche de la CJCE a provoqué quelque « perplexité » à Strasbourg (Puissochet et Costa, 2001, p. 164). Comme les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne sont historiquement mauvaises (Gillingham, 1991, p. 232 et Dinan, 1999, p. 11-15, *Le Monde*, 18.05.2005), la « vampirisation » de la CEDH par la CJCE (Simon, 2001) n'a pas contribué à améliorer les relations entre Strasbourg et Luxembourg.

La CourEDH n'a cependant pas attendu que l'Union européenne adhère à la Convention pour exercer un contrôle sur ses activités. Confrontée à des requêtes contre des actes communautaires depuis le milieu des années 1970,² elle s'est progressivement rapprochée de l'ordre juridique en exerçant d'abord un contrôle extérieur étroit sur les activités de l'Union, mais sans sanctionner les Communautés ou les États membres. Depuis que la CourEDH est devenue indépendante à la fin de l'année 1998, elle a changé de tactique en annexant purement et simplement l'Union par voie jurisprudentielle.

Alors que les États membres se divisaient sur la question de l'adhésion de l'Union à la CEDH, Strasbourg a prouvé qu'elle peut sanctionner un État membre de l'Union pour une question liée aux traités européens (*Matthews c. Grande-Bretagne*, 18/2/1999). La CourEDH

² Voir par exemple les décisions *CFDT c. les Communautés européennes* (10/07/1978), *Etienne Tête c. France* (9/12/1987), *M & Co. c. Allemagne* (9/02/1990), *Procola c. Luxembourg* (01/07/1993), *Cantoni c. France* (15/11/1996).

a récemment clarifié sa position générale envers l'Union en affirmant qu'elle accorde à cette dernière une présomption de protection équivalente, tout en se réservant un droit de regard et un droit de sanction (*Bosphorus c. Irlande*, 30/06/2005). Dans cette affaire, Strasbourg a affirmé que cette présomption peut être renversée, si la CourEDH « estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste » (point 156 du jugement). Alors qu'il existe beaucoup de tensions au sein de la CourEDH sur la façon dont il convient de traiter des requêtes liées à l'Union européenne,³ les juges ont négocié un équilibre qui permet de satisfaire la volonté de certains juges de contrôler les actes européens et l'hésitation de ceux qui veulent attendre son adhésion formelle à la Convention. Alors que cette adhésion est désormais prévue par le protocole 14 et le traité établissant une constitution pour l'Europe, les juges de Strasbourg donc évité jusqu'ici le scénario d'une adhésion forcée, sans pour autant accorder à l'Union une « immunité totale » dénoncée encore il y a peu par certains auteurs (Krenc, 2005, p. 124).

En attendant que l'adhésion de l'Union à la Convention se matérialise, Strasbourg a préféré établir une jurisprudence plus nuancée. La CourEDH s'arroge un droit de regard sur l'Union, tout en s'estimant compétente pour sanctionner, si nécessaire, tout acte européen, qu'il soit purement supranational (par exemple, une amende infligée par la Commission) ou d'une nature plus intergouvernementale (par exemple, une directive ou un règlement européen). Tout en faisant des appels réguliers à l'adhésion de l'Union (Conseil de l'Europe, 2003 et 2005), la CourEDH et la Commission européenne des droits de l'homme (abolie en 1998) ont déjà pu exercer un contrôle au sein de l'Union européenne en ce qui concerne des affaires institutionnelles⁴ et démocratiques⁵, des questions économiques⁶, sociales⁷ et syndicales⁸, la politique de l'Union en matière d'asile⁹ et de terrorisme¹⁰ et politique communautaire de sanctions internationales¹¹.

Face à cette intrusion de Strasbourg dans l'ordre communautaire, c'était la CJCE qui était un peu gênée. Luxembourg n'a pas manqué de verrouiller à deux reprises l'accès de Strasbourg à l'Union. Intentionnellement ou non, son *opinion* 2/94 (28.03.1996) où elle

³ Plus d'une vingtaine de requêtes liées à l'action de l'Union européenne sont encore en attente de jugement à Strasbourg.

⁴ *Emesa Sugar N.V. c. Pays Bas* (Janvier 2005).

⁵ *Matthews c. Grande-Bretagne* (18/2/1999).

⁶ *Senator Lines c. les 15 Etats membres de l'UE* (10/03/2004).

⁷ *Dufay c. France* (19 January 1989).

⁸ *CFDT c. les Communautés européennes* (10/07/1978).

⁹ *T.I. c. Grande-Bretagne* (7/03/2000).

¹⁰ *Segi e.a. et Gestoras Pro Amnestia c. les 15 Etats membres de l'UE* (23/05/2005).

¹¹ *Bosphorus c. Irlande* (30/06/2005).

s'exprime contre une adhésion de l'Union à la CEDH n'a pas été une invitation pour la CourEDH de s'occuper des affaires communautaires. De même, l'affaire *Senator Lines*, où le TPI a « coupé l'herbe sous les pieds »¹² de Strasbourg en annulant *in extremis* une amende infligée par la Commission contre l'entreprise *Senator Lines* qui avait par la suite fait une requête contre les 15 États membres à Strasbourg, ne témoigne guère de l'enchantement de certains juges de la CJCE de voir Strasbourg se mêler de leurs affaires.

Alors que cette réaction du TPI « n'a pas fait beaucoup d'impression » à Strasbourg,¹³ la CourEDH a immédiatement contré avec l'arrêt *Bosphorus* en juin 2005. Auparavant, avec la décision *Cantoni c. France* (15/11/1996), Strasbourg « a marqué un point décisif », selon un haut fonctionnaire de la CourEDH¹⁴, en affirmant sa compétence pour contrôler des directives de l'Union. Cette décision, que Dean Spielmann a qualifiée de « coup de semonce » (Spielmann, 2001, p. 805), peut être vue comme la réaction strasbourgeoise à l'opinion 2/94 émise par Luxembourg quelques mois plus tôt. Dans cette même perspective, l'arrêt *Matthews* qui a sanctionné la Grande-Bretagne pour ne pas avoir organisé d'élections européennes à Gibraltar, est considéré comme un « grand arrêt » par le même fonctionnaire de la CourEDH, alors qu'à la CJCE, on avoue que l'arrêt a « beaucoup gêné ici »¹⁵. Ces interactions directes entre les deux cours, aussi spectaculaires soient-elles, reflètent mal la relation d'ensemble entre les cours européennes. Alors que l'instauration d'une hiérarchie en leur faveur a été le premier réflexe des juges européens, les tentatives de soumission réciproques, sans avoir tout à fait disparues, coïncident désormais à une volonté de coexistence.

2. L'intégration par les droits de l'homme

2.1. Des institutions emmêlées

Depuis quelques années, les références stratégiques aux droits de l'homme de la part de la CJCE ont eu un impact non-planifié sur la construction européenne. La jurisprudence relative

¹² Entretien à la CourEDH, février 2005.

¹³ Entretien avec un juge à la CourEDH, février 2005.

¹⁴ Entretien à la CourEDH, juin 2002.

¹⁵ Entretien à la CJCE, juin 2005.

aux droits de l'homme de la CJCE a été progressivement intégrée dans les traités¹⁶, elle a été reprise dans la Charte des droits fondamentaux et le rôle de la CJCE en la matière a été consacré à Amsterdam et l'Union européenne est sur le point de créer une agence des droits fondamentaux. Pour sa part, la CJCE a trouvé un équilibre entre la protection des droits de l'homme et les droits découlant de l'intégration économique et elle tranche désormais en faveur des droits de l'homme (*Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, 12/6/2003 et *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, 14/10/2004) (Alemanno, 2004, Tridimas, 2003).

Ainsi, la CJCE a favorisé l'intégration européenne en construisant à elle seule un régime des droits de l'homme au sein de l'Union. Afin de protéger son rôle institutionnel, elle a enclenché une dynamique politique qui a mené à l'insertion des droits de l'homme dans les textes de droit et elle a fait de ces normes chargées de valeurs un principe directeur de l'intégration européenne. Au passage, la protection des droits de l'homme au niveau communautaire s'est également améliorée, mais il faut évaluer ce progrès par rapport au point de départ des Communautés. Les traités initiaux ne prévoyaient aucune protection en la matière et l'exclusion de la CJCE de certains domaines pourtant sensibles est toujours d'actualité, notamment en matière de coopération policière et de justice. De même, la CourEDH a été mise à l'écart d'une manière persistante, alors qu'en même temps, les domaines d'activité de l'Union s'étendent et remplacent graduellement le droit national. De plus, l'Union européenne a tendance à transformer les droits de l'homme en droits fondamentaux. Bien qu'il ne faille pas en exagérer les différences, les droits de l'homme s'appliquent traditionnellement à toute personne, alors que les droits fondamentaux s'appliquent exclusivement aux citoyens de l'Union et pas au reste (Guild, 2004, Bigo et Guild, 2003). Bien que le système européen de protection des droits de l'homme soit le plus performant de tous, l'extension des pouvoirs de l'Union remet mécaniquement en question les garanties existantes et seulement une adhésion de l'Union à la CEDH pourrait éviter cet écueil. Tandis que le pouvoir politique de l'Union européenne s'est considérablement renforcé, elle est donc également devenue une source potentielle d'atteintes aux droits de l'homme et, paradoxalement, elle ne remplit pas les exigences qu'elle affiche envers d'autres.

¹⁶ Voir notamment l'évolution de l'article 6 du traité sur l'Union européenne dont le § 2 précise que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. »

Loin d'être une organisation pour les droits de l'homme, l'Union européenne est donc avant tout une organisation qui évolue par les droits de l'homme.

Ce déficit européen de la protection des droits de l'homme a en grande partie été comblé par la CourEDH lorsqu'elle a anticipé l'action des acteurs intergouvernementaux. Suite à son action, il apparaît qu'une adhésion de l'Union à la CEDH présente maintenant plus d'avantages que d'inconvénients pour l'ensemble des acteurs étatiques, même pour les États qui s'opposaient à cette question il y a quelques années encore. Les gouvernements nationaux doivent de plus en plus souvent faire intervenir leurs agents à Strasbourg pour défendre des actes supranationaux avec lesquels ils n'ont parfois strictement rien à voir dès lors qu'ils émanent, par exemple, de la Commission, de la CJCE ou du Parlement. Une adhésion aurait notamment pour conséquence que les institutions devront se défendre elles-mêmes à Strasbourg et qu'elles y auront leur propre juge. Bien que certains gouvernements se soient opposés à une telle adhésion justement parce qu'elle renforcerait implicitement le pouvoir politique de l'Union, les références et actions jurisprudentielles croisées des deux cours ont créé une situation où une adhésion ne ferait que confirmer des pratiques existantes. En revanche, les acteurs européens ne peuvent pas profiter des avantages qui découlent d'une adhésion à la CEDH en termes de légitimité et d'« *accountability* ». Même si c'est seulement une adhésion formelle qui pourrait ouvrir la voie aux requérants pour faire des requêtes dirigées contre l'Union sans détours, les deux cours couvrent déjà l'ensemble de l'action de l'Union européenne. Alors que la CJCE a fait émerger le processus d'intégration par les droits de l'homme au sein de l'Union, la CourEDH a ainsi contribué à cette même évolution en exerçant un contrôle extérieur sur l'Union.

Par ailleurs, l'alignement des deux cours permet de diminuer le risque de conflit inter-institutionnel. En s'accordant sur la jurisprudence strasbourgeoise, Luxembourg réduit la probabilité de voir ses décisions désavouées ultérieurement par la CourEDH. D'une manière générale, les divergences de jurisprudence entre les deux juridictions sont relativement rares. Si elles font beaucoup de bruit dans la doctrine, elles restent cependant relativement rares et elles se limitent à des affaires où la CJCE a été amenée à statuer avant que la CourEDH n'ait eu l'occasion de le faire. La CJCE s'est récemment alignée dans ce genre d'affaires, par exemple dans le domaine de la protection du domicile (voir le revirement dans *Roquette Frères*, 22/10/2002) et du droit de ne pas témoigner contre soi-même (voir le renversement opéré par l'arrêt *PVC II*, 15/10/2002). Par ailleurs, nous l'avons vu, la CJCE multiplie les références à la Convention comme jamais auparavant (pour un recensement, voir Guild et

Lesieur, 1998 et Rosas, 2005). Il s'agit-là d'ailleurs aussi d'une façon de se protéger contre un désaveu ultérieur de Strasbourg.

Pour sa part, la CourEDH s'appuie de plus en plus sur les instruments communautaires pour justifier ses décisions. Elle a repris à son compte plusieurs avancées jurisprudentielles de la CJCE (Simon, 2001, p. 44) et a commencé à se référer à la Charte des droits fondamentaux, avant même que la CJCE ne le fasse (Spielmann, 2004, p. 1464, Burgorgue-Larsen, 2004, p. 34, Burgorgue-Larsen, 2004b, p. 1055-1060, Burgorgue-Larsen, 2003, p. 168-169). Il apparaît en outre que les deux cours cherchent surtout l'appui de la jurisprudence de l'autre cour quand elles changent de cap. En effet, les références croisées pullulent lorsqu'une cour entreprend un revirement jurisprudentiel majeur. Ainsi, les récents arrêts *Schmidberger* et *Pupino* de la CJCE tout comme les arrêts *Pellegrin c. France* et *Goodwin c. Royaume Uni* de la CourEDH, sont des renversements de tendance qui ont été élevés au rang des grands arrêts et qui s'appuient lourdement sur des références à l'autre système supranational.

Intentionnellement ou non, la CourEDH a également donné quelques coups de pouce à la CJCE en condamnant des États pour ne pas avoir mis en œuvre le droit communautaire et pour ne pas avoir exécuté des décisions de la CJCE. Depuis 1993, la Commission européenne des droits de l'homme et surtout la CourEDH se sont érigées en défenseurs de la primauté du droit communautaire. Dans les affaires *Soc. Divagosa c. Espagne* (12.5.1993) et *Fritz et Nana S. c. France* (28.6.1993), la CourEDH a estimé qu'un refus d'une cour nationale de faire des renvois préjudiciels (en principe obligatoires) à la CJCE pourrait donner lieu à des violations de la Convention. Strasbourg encourage également la coopération entre la CJCE et les cours nationales en refusant de prendre en compte la durée d'une procédure préjudicielle lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur le droit à un procès équitable. De plus, la CourEDH a condamné la Grèce pour ne pas avoir exécuté une décision du Conseil d'État grec qui se basait sur une décision préjudicielle émise par la CJCE (*Hornsby c. Grèce*, 19/03/2005) et la France pour ne pas avoir aligné son droit sur le droit communautaire (*Dangeville c. France*, 16/4/2002 et *Cabinet Diot et SA Gras c. France*, 22/7/2003). Alors que Strasbourg a annexé l'Union européenne à la Convention, ses juges s'attachent donc aussi à promouvoir l'application du droit communautaire au niveau national (Spielmann, 2004, Burgorgue-Larsen, 2004b).

Ainsi, les références réciproques des deux cours européennes, leur alignement et l'annexion de l'Union à la Convention ont fini par créer un lien, certes fragile, mais néanmoins systémique entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Tout en améliorant la protection des droits de l'homme au niveau de l'Union, l'interaction des cours

supranationales a diminué le choix intergouvernemental en contraignant les États à s'accorder sur une adhésion de l'Union européenne à la CEDH et à imposer le droit européen au niveau national. Si ce processus d'intégration par les droits de l'homme a produit quelques effets non prévus, l'emmêlement de leurs organisations a aussi fait émerger une coopération entre juges européens en matière de droits de l'homme qui a des aspects bien plus stratégiques.

2.2. Une coopération trans-institutionnelle

Dans un contexte où les régimes normatifs se chevauchent de plus en plus au niveau international, il ne s'agit plus pour les juges européens de se préoccuper exclusivement de la cohérence interne de leur ordre juridique. Dès lors qu'il existe des incohérences entre systèmes internationaux, la position de l'ensemble des juridictions internationales par rapport aux États membres est affaiblie. Inversement, une cohérence parfaite faciliterait l'instauration d'une hiérarchie. Comme les cours sont les premières à pouvoir ouvrir ou verrouiller les portes d'accès à leurs régimes normatifs et qu'elles parlent la langue du droit, elles sont des sources d'inspiration et des interlocuteurs privilégiés pour les autres cours. La multiplication de moments de socialisation épistémique a également permis aux juges d'éviter des conflits et de prendre conscience de l'importance de leur coopération pour diminuer les risques liés à leur coexistence et augmenter leurs répertoires d'action.

La divergence des normes internationales nuit à la crédibilité des juridictions internationales puisqu'un juge national ne peut pas appliquer simultanément une norme et son contraire. Ce problème est d'autant plus important en Europe puisque l'application du droit communautaire, du droit européen des droits de l'homme et des jurisprudences qui en découlent est en principe obligatoire. De même, pour fortifier les arguments lors d'un litige international, les agents gouvernementaux s'appuient, comme toutes les autres parties et les juges eux-mêmes, sur des litiges analogues déjà traités par cette cour et les autres cours internationales. Les juges cherchent donc à « boucher les trous » qui pourraient permettre aux parties en conflit de nuire à la crédibilité de leur ordre juridique, en invoquant une jurisprudence tout aussi valable, mais contraire à leurs habitudes.¹⁷

¹⁷ Alors que la plupart des États adhèrent à plusieurs organisations internationales, tout gouvernement a spontanément tendance à vouloir renforcer celle qui présente le plus d'avantages et à vouloir contenir l'action de celle qui lui est le moins favorable. Ce serait bien sûr trop schématique d'opposer un niveau étatique à un niveau supranational. Souvent les petits États ont tendance à vouloir renforcer l'ensemble des organisations internationales puisqu'elles leur permettent de multiplier leur pouvoir. Contrairement aux grands États, qui ont souvent des intérêts politiques plus précis alors que leur puissance ne dépend pas exclusivement de leur siège au sein d'une organisation internationale, les petits États cherchent aussi à renforcer les liens entre organisations. Là

Les relations cordiales entre les deux cours s'imposent aussi parce que chacune a pendu une épée de Damoclès au-dessus de l'autre. La CJCE pourrait nuire à la crédibilité de la CourEDH qui est constamment mise sous pression par les autorités et les cours nationales, en cessant de faire des renvois à la Convention et en se référant exclusivement aux instruments internes de l'Union. De même, Strasbourg pourrait faire écrouler le construit juridique communautaire en mettant en question la capacité de ses institutions et tout particulièrement de la CJCE à protéger les droits de l'homme en sanctionnant des actes et des normes européennes, ce qui permettrait ensuite à certaines cours constitutionnelles d'annuler des politiques européennes. Inversement, un alignement jurisprudentiel rend l'énonciation de normes à partir du niveau international d'autant plus facile pour les deux cours. Nous avons vu que les références de la CJCE à la CourEDH étaient indispensables pour que les cours constitutionnelles acceptent le droit communautaire. De surcroît, la CourEDH renforce la crédibilité de ses décisions en se référant à des décisions d'une cour supranationale dont les arrêts ont une force exécutoire bien plus grande.

À partir du moment où certains juges se sont aperçus des dangers découlant de l'inaction et des avantages d'une coopération inter-institutionnelle, ils ont davantage mis l'accent sur les aspects positifs de leur relation que sur leurs désaccords. Comme l'a formulé un juge à la CJCE, « en nous référant aux autres cours, nous gardons les États membres ensemble. Si un État membre ne se conforme pas à une de nos interprétations, il est important que toutes les cours internationales aient la même analyse ».¹⁸ Pour un autre juge à Luxembourg, la tentative de certains gouvernements de vouloir remplacer la Convention européenne des droits de l'homme par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne était « une idée très subtile qui s'est révélée être une bévue totale »¹⁹. On sait à Luxembourg que la chute de la CourEDH affaiblira aussi la CJCE.

À Luxembourg et à Strasbourg, on préfère donc considérer que l'ordre juridique de l'Union européenne est un ordre interne au sein duquel la CJCE exerce un contrôle sur les droits fondamentaux et qu'il revient à la CourEDH de se charger du contrôle extérieur dans le domaine bien spécifique des droits de l'homme (Rosas – un juge à la CJCE, 2005). De même, on met plutôt l'accent sur les influences réciproques entre les deux cours et on évite d'évoquer les points de friction qui subsistent. En s'appuyant l'une sur l'autre, le lien des

encore, il faut se garder de ne pas faire d'opposition stricte entre grands et petits États. Or, souvent les intérêts symétriques entre « grands » et « petits » États n'apparaissent qu'une fois qu'ils prennent place au sein d'une organisation internationale et non pas quand il s'agit de définir sa finalité politique.

¹⁸ Entretien à la CJCE, juin 2005.

¹⁹ Entretien à la CJCE, juin 2005.

deux cours leur permet de créer un écran jurisprudentiel qui offre une protection contre des résistances au niveau national et de mieux transpercer les sphères nationales. Les cours internationales sont donc particulièrement vigilantes pour ne pas émettre des normes contradictoires puisque cela nuirait à leur position face à certains acteurs essayant de profiter de l'absence de liens institutionnalisés entre les cours, voire de leur rivalité, pour diviser afin de mieux régner.

Enfin, les cours européennes préfèrent également s'accouder sur des références supranationales au lieu de s'inspirer de la jurisprudence au niveau national. D'une part, des références à une jurisprudence nationale donnée pourraient faire émerger des ressentiments dans les autres capitales. D'autre part, la relation entre les cours européennes est moins hiérarchisée que leur relation respective avec les cours nationales. Dans les deux cours, on préfère donc s'inspirer là où l'on crée le moins d'obligations et où l'on trouve les meilleures synthèses des pratiques juridiques européennes.

Alors que certains juges ont compris que leurs ordres juridiques se maintiennent ou s'effondrent en fonction de leur capacité à convaincre les juridictions nationales de se faire les relais des normes qu'ils énoncent, ils attachent une importance croissante à l'entente cordiale entre ces deux cours qui se font parfois des petites faveurs réciproques (voir Jacobs – un avocat général à la CJCE, 2003 et Spielmann – un juge à la CourEDH, 2004). Leur bouclier jurisprudentiel commun doit ensuite permettre de mieux résister aux réactions intergouvernementales et nationales et d'imposer le droit européen au niveau national. Ainsi, ces appuis réciproques permettent aux cours européennes de renforcer leur position institutionnelle au sein de leurs organisations respectives. Pour éliminer les sources de contradiction et de conflit, les juges européens se sont consacrés à un difficile travail de mise en cohérence des ordres juridiques internationaux en se basant sur des techniques d'énonciation aussi subtiles que complexes

3. Les entrepreneurs de la résonance

3.1. La diminution de la dissonance

Il ne faut pas voir dans cette interaction « positive » entre les deux cours quelque collusion entre juges, pour au moins trois raisons. Premièrement, les juges n'ont pas toujours préprogrammé les effets produits par leurs arrêts. Obligés, malgré tout, de s'intéresser au droit

d'une manière inductive (c'est-à-dire à partir de problèmes sociétaux ou politiques réels), ils avouent, parfois avec beaucoup de modestie, que la doctrine découvre dans leur jurisprudence des effets qui les surprennent eux-mêmes.²⁰ Deuxièmement, le soutien réciproque et l'alignement jurisprudentiel des deux cours n'enlèvent pas pour autant certaines tensions (l'opinion 2/94 et l'affaire *Senator Lines* en témoignent). Enfin, on peut expliquer la concomitance de logiques coopératives et concurrentielles par le fait qu'au sein des deux cours, il n'existe aucun accord entre juges sur la stratégie à adopter face à l'autre cour. Les juges s'opposent au contraire sur cette question qui déchaîne les passions à Strasbourg et à Luxembourg.

Ce n'est que grâce à un petit nombre d'acteurs, qui ont cependant beaucoup de poids au sein des deux cours, que les liens entre Strasbourg et Luxembourg se sont progressivement transformés. C'est notamment grâce à l'initiative des présidents des deux cours que les juges européens se rendent régulièrement visite depuis 1998. Les présidents de la CourEDH et de la CJCE s'attachent habituellement à entretenir leur lien (Wildhaber, 2002, Iglesias, 2002). Certains juges, avocats-général et fonctionnaires soutiennent également cette dynamique, tandis que d'autres s'y opposent en privilégiant leur institution sur l'autre pour des raisons parfois liées à leurs conceptions politiques et parfois à leur conception du droit.

Les fonctionnaires qui préparent les décisions de chacun des juges font parfois preuve d'une loyauté infaillible envers « leur » institution et « leur » juge. Alors que de telles attitudes sont certes importantes pour garantir le fonctionnement des deux institutions, elles sont tout aussi périlleuses pour les liens inter-institutionnels toujours fragiles qu'entretiennent les juges. Au sein des deux cours, les « juges relais » qui tiennent au renforcement des liens entre Luxembourg et Strasbourg sont d'ailleurs souvent ennuyés par le travail de ceux qui croient pourtant bien faire (carrière) en défendant corps et âme leur institution contre toutes les autres. Leur rôle consiste justement à ne plus se borner à une logique purement institutionnelle, exclusive par nature. Ils sont obligés au contraire de mettre l'accent sur la relation avec des institutions avec lesquelles ils sont pourtant en concurrence et de neutraliser les actions qui nuisent à leur relation, même à l'intérieur de leurs institutions.

Dès lors que ces multiples configurations se superposent, ce n'est plus l'ordre qui est négocié, mais le lien entre des ordres multiples qui se chevauchent et s'enchevêtrent. Pour les juges supranationaux, ces interactions sont devenues l'unique moyen d'établir un système de

²⁰ Entretien à la CourEDH, février 2005.

normes cohérent au niveau international.²¹ La relation entre les juridictions internationales est cependant non-institutionnalisée, mou et contingent, tout particulièrement en ce qui concerne les relations entre cours car il arrive fréquemment que celles-ci doivent statuer sur des décisions prises par leurs pairs. Cette situation rend leur relation bien plus délicate et explique pourquoi elle ne peut être totalement harmonieuse. Alors que les références croisées se multiplient, les juges prennent soin de ne jamais créer d'obligations à l'égard des autres juridictions et ils fonctionnent toujours par analogie et par comparaison. Ils s'alignent prudemment pour ne pas se lier lorsqu'ils s'inspirent ailleurs. Évitant d'établir des hiérarchies, ils cherchent avant tout des équilibres et ils fonctionnent en réseau. Si ce lien n'exclut pas quelques renvois d'ascenseur occasionnels,²² l'indépendance réciproque reste un principe élémentaire. On ne peut donc guère parler d'une convergence entre cours, puisque chacune poursuit des objectifs différents, mais leur relation permet à certains juges de ne pas naviguer à vue et de mettre fin à la justice aveugle. Contrairement aux visions institutionnelles de l'indépendance de la justice, il apparaît que c'est le lien entre ces institutions qui permet d'augmenter l'indépendance de la justice.

C'est là le rôle politique des juges européens. Face aux autres institutions, ils doivent d'abord chercher à convaincre et non pas à sanctionner ou à renverser des hiérarchies. Contraints de se tourner vers l'extérieur, ils ont appris à calibrer leurs décisions et à combattre l'opportunisme bureaucratique au sein de leurs institutions, pour que leurs décisions ne retentissent pas d'une manière à « rendre les sons discordants » (*dissonare* en latin) au niveau intergouvernemental, au niveau national et au niveau des autres régimes internationaux. Pour gagner sur ces trois fronts, les juges des deux cours européennes ont donc déposé les armes jurisprudentielles dans les conflits qui les opposent et leur alignement favorise leur recherche de relais (ou d'énonciataires) pour propager des normes internationales dans des milieux normatifs auxquels ils n'ont guère d'accès direct.

Tout en s'autoproclamant juges constitutionnels,²³ les cours européennes ont réorienté leur action en donnant à leur jurisprudence une nouvelle profondeur stratégique. En alignant leurs jurisprudences, en jouant sur leur complémentarité et en coopérant d'une manière subtile et indirecte, l'énonciation de normes au niveau international par les juges européens est plus

²¹ Selon le *Petit Robert*, la cohérence se définit justement comme une liaison, un « rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles » et une « absence de contradiction ».

²² Pour le moment, la CJCE s'aligne d'une manière inconditionnelle. Pour sa part, la CourEDH n'a jamais remis en question un acte lié à une décision de la CJCE. Voir notamment la décision *Emesa Sugar* (janvier 2005), où le rôle de l'avocat général de la CJCE était mis en question par les requérants.

²³ Voir les arrêts *Loizidou c. Turquie* (23/3/95) et *Commission c. Royaume Uni*, 29/3/1979 et l'opinion 1/91 (14/12/1991).

efficace et il est plus facile d'ancrer les normes européennes au niveau national. C'est d'autant plus le cas dans la mesure où les juges nationaux peuvent s'appropriier ces normes internationales sans reproduire des divergences, puisque les conflits jurisprudentiels ont disparu au niveau international. En réduisant ainsi les dissonances internes et externes et en adaptant les propriétés du droit européen pour qu'il s'impose plus facilement au niveau national, les juges européens se font les entrepreneurs de la résonance des normes qu'ils énoncent.

3.2. L'énonciation de normes par les juges internationaux

L'énonciation de normes est la principale activité des juges internationaux. Comme toutes les juridictions, les cours internationales ne basent pas seulement leurs décisions sur le droit tel qu'il figure dans le texte. Au fil des jugements, l'interprétation quotidienne du droit écrit fait des cours internationales des machines à énonciation de normes nouvelles.

L'énonciation de normes par le juge international est un exercice relativement banal pour au moins trois raisons. Premièrement, les ordres juridiques internationaux sont des ordres à construire et non pas des ordres établis qu'il s'agirait de conserver. Les garants de ces ordres, les cours internationales, font généralement partie d'organisations récentes dont le corps normatif est beaucoup moins dense et plus mou qu'au niveau national. Les gouvernements y investissent généralement moins de temps et moins d'argent, l'accès privé aux juridictions internationales est limité et les mobilisations d'intérêts sont moins concentrées. Ainsi, il est plus aisé pour les cours de baliser l'international, l'impact de leur jurisprudence est plus grand et il retentit davantage parce que ces actions se déploient dans un espace creux.

Deuxièmement, la position des cours internationales au sein de leurs organisations est d'autant plus forte que les instances intergouvernementales produisent des décisions au plus petit dénominateur commun. Toute décision intergouvernementale augmente la marge de manœuvre des cours internationales. Comme les normes négociées par voie intergouvernementale sont traditionnellement floues, les juges ont plus de facilité de donner à un ensemble de normes molles une direction qui correspond à leurs intérêts institutionnels. Puisque les normes négociées par voie intergouvernementale sont relativement indéfinies, les interprètes du droit international agissent souvent selon le principe « *in dubio pro integratione* » (Spielmann, 2001, p. 802). Les normes intergouvernementales sont tellement

imprécises que toute accusation d'activisme politique de la part d'une cour internationale échoue systématiquement. Ainsi, lorsque H. Rasmussen a accusé la CJCE d'activisme politique (Rasmussen, 1989 et 1998), il s'est exposé au feu des critiques. Si tout le monde s'accorde sur le fait que les interprétations des cours supranationales sont parfois téléologiques (Courty et Devin, 2005, p. 61, Von Bogdandy, 2000, p. 1325, Dehousse, 1998, p. 76 et 117, Tridimas, 1996), personne ne peut prouver qu'elles vont au-delà de ce que permettent des traités internationaux, puisque ces derniers sont relativement flous. La déviance du juge international est donc impossible. La prudence des gouvernements lors des négociations et l'indécision collective de l'intergouvernementalisme font la force des juridictions internationales. Ainsi, les cours européennes ont repris une partie de la responsabilité politique des institutions majoritaires et ont enveloppé les États membres dans un dispositif normatif dont certains gouvernements n'ont justement pas voulu.

Troisièmement, les juges internationaux ont une fonction d'adaptation du droit écrit à des situations inédites et au changement des mœurs. Comme les cours sont souvent confrontées à des questions sociales et politiques auxquelles les auteurs des traités internationaux ne pouvaient ou ne voulaient pas penser lors des négociations, elles ont pris l'habitude d'adapter le texte à ces situations non prévues. La CourEDH ne cesse pas de rappeler : la CEDH est « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles » (*Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978). L'interprétation du droit produit donc intrinsèquement du changement.

Loin d'être seulement les bouches du droit, les juges dérivent et déclinent dans un sens ou dans un autre les normes dont ils doivent garantir l'application. L'adaptation au contexte politique et social toujours changeant et des requêtes inédites exigent des allers-retours incessants entre le texte de droit, la jurisprudence et les arguments présentés par les parties. Cet ajustement au contexte, la réinterprétation et la mise à jour sont inhérentes à la fonction de juger, mais constituent aussi un formidable créneau pour les juges de renforcer leur position institutionnelle et politique. En produisant des synthèses des conflits sociaux et politiques qui traversent les cours, les juges peuvent détourner le droit existant de sa direction originale et à chaque jugement, les cours ont l'occasion de prélever des droits de passage et d'influer sur l'évolution de la politique en y infusant leurs intérêts propres.

La question qui se pose dès lors est celle du degré d'influence des cours sur la politique et de la manière dont ils énoncent des normes. Si tout jugement est un acte politique, puisque les cours évoluent dans un contexte politique, les juges ne sont pas des politiciens pour autant. Pour maintenir leur position fragile face aux objectifs politiques des gouvernants

et des gouvernés, les juges chercheront à exploiter au maximum l'élasticité des normes existantes pour mieux déployer leur autorité dans un espace qui peut leur être hostile et au sein duquel ils doivent faire obéir sans être présent en permanence, mais surtout convaincre pour être accepté. C'est ainsi que l'interprétation du droit devient appropriation et que les juges se transforment en énonciateurs de normes nouvelles au sein des ordres juridiques qu'ils façonnent en même temps.

Les cours ne sont donc pas des machines à réaliser la politique gouvernementale ou de simples courroies de transmission entre la volonté du législateur et leurs destinataires. Les institutions judiciaires ne sont pas traversées à sens unique par la volonté gouvernementale qui les instrumentaliserait pour mieux débrayer des normes sur une société bien délimitée. Au contraire, les cours sont autant de points d'accès à la politique pour des groupes pas nécessairement représentatifs (Costa, 2002), mais hautement organisés qui cherchent à influencer la politique par coups de décisions de justice (Scheingold, 1974). Si les cours sont donc instrumentalisées d'une part et d'autre, il n'est pas rare, par ailleurs, que des requérants dont les soucis sont bien loin de certains enjeux politiques, prêtent leur nom à des arrêts à très grande portée politique.

La position des juges dans les systèmes de gouvernance dépend étroitement de la manière dont ils cadrent leurs jugements. Comme tous les groupes professionnels, les juges empruntent des voies de mobilisation multiples pour faire connaître leurs opinions politiques (syndicats, conférences, prises de position dans des livres et dans la presse, etc). De telles mobilisations politiques sont même relativement nombreuses, mais elles produisent tout au plus un effet de prise de conscience, sans garantie de voir leurs objectifs politiques s'inscrire dans la durée. En revanche, les décisions de justice restent prudentes, posées, argumentées, raisonnables et surtout raisonnées.

La prudence s'impose au juge. Elle est aussi inversement proportionnelle à son audace politique (Magnette, 2003, p. 179), puisque l'institution judiciaire perdra toujours contre le gouvernement élu et les administrations, si elle ose échanger l'argument juridique contre l'argument politique. La révolution du juge est donc impossible, même si le manque de révolutions dans le monde du droit se traduit par une tendance à ériger des micro-changements au rang de révolution. C'est plutôt par un double mouvement de concaténation de décisions dans le temps (qui donne une certaine densité à la jurisprudence) et de revirements de jurisprudence (qui font d'une décision de justice un point-charnière, où de nouveaux acteurs obtiennent justice, souvent au bout d'une mobilisation acharnée) que les systèmes juridictionnels produisent du changement. Du moins, ces fusibles de la machinerie

gouvernementale permettent-ils de réagir aux évolutions sociales et de prendre en compte des intérêts privés, alors que le droit écrit ne peut jamais les anticiper totalement (Durkheim, 1988, p. 90).

Une dynamique nouvelle, liée à l'inflation de nouvelles sources normatives (Delmas-Marty, 1994), est l'énonciation de normes « par relais » ou par interaction, c'est-à-dire la dynamique à travers laquelle une multitude d'institutions enrichissent réciproquement leurs systèmes normatifs afin d'augmenter la résonance des normes dont elles sont les principaux énonciateurs. Ainsi, le foisonnement des institutions et des normes internationales a aussi fait émerger une nouvelle façon de dire le droit.

Autrement dit, les institutions judiciaires s'insèrent dans les systèmes de gouvernance basés sur la régulation par le droit d'une manière à ce que les acteurs majoritaires gouvernent *avec* ces institutions non-majoritaires (Stone Sweet, 2000, Thatcher et Stone Sweet, 2002) et non à travers elles. L'acte d'énonciation de normes par le juge international ne peut pas se confondre avec un acte de parole susceptible d'être rapidement remplacé par un autre et dont il faudrait analyser la performativité. Il faut bien sûr nuancer à propos de la robustesse du droit et du respect des obligations qu'il crée. La force du droit international semble venir justement de sa malléabilité. Il existe cependant peu de régimes d'énonciation où des acteurs prétendent créer des effets immédiatement légitimes, définitifs et obligatoires. Sont encore plus rares les régimes d'énonciation qui tiennent toute leur légitimité par référence explicite et continue à des ordres établis par quelqu'un d'autre.

CONCLUSION : L'ENGLOBEMENT DES DISSONANCES

Insolence suprême : les cours internationales s'approprient systématiquement les normes énoncées par les gouvernements pour mieux faire dire aux autorités nationales ce que celles-ci n'ont jamais voulu entendre. En enveloppant les gouvernements dans les mailles d'un filet normatif créé par les États, les cours internationales prennent au sérieux le droit et la fonction de juger. Mais, elles inversent surtout le rôle de médiateur qui leur est attribué par les traités en se transformant en législateurs qui anticipent le choix intergouvernemental et influencent, souvent de manière décisive, la politique internationale.

Afin d'y parvenir, elles fonctionnent par ricochet, en rebondissant sur la légitimité d'un droit auquel il faut cependant encore donner de la force, mot dont le synonyme en droit

est la cohérence. C'est donc là leur objectif principal, car leur position par rapport aux autorités élues et administratives dépend étroitement de la stabilité de l'ordre juridique dont elles se veulent les garants. Dans les sociétés basées sur le principe de l'état de droit, la perception du rôle du juge est celle d'une institution appliquant des textes de droit prédéfinis par des acteurs élus et guidée par un corps jurisprudentiel plus ou moins dense, pour que les normes ainsi énoncées par le législateur ne reviennent pas au stade de la déclaration politique dépourvue d'effets. Lorsqu'il énonce des normes, le juge est d'abord obligé de faire sienne la légitimité établie, la permanence annoncée et la force obligatoire d'un texte de droit qu'il n'a pas lui-même créé et/ou d'une jurisprudence à laquelle il n'a pas donné naissance tout seul. Si la légitimité de départ du juge varie en fonction de la densité normative du droit existant et en fonction des systèmes de droit écrit ou de *common law*, il convient de ne pas exagérer ces différences. Les juges se réfèrent toujours à des normes préalablement énoncées par d'autres acteurs pour motiver leurs décisions et il le font d'autant plus quand ils énoncent eux-mêmes de nouvelles normes.

Obligé de se tenir à distance du pouvoir majoritaire afin de ne pas mettre en cause son indépendance et confronté à l'interdiction parfois explicite de créer des nouvelles normes, le juge doit prétendre qu'il n'a pas de rôle législatif et que les cours sont un grand couloir par lequel défile la justice. Les juges européens sont allés encore plus loin en essayant d'ôter des normes qu'ils énoncent leur caractère international pour mieux pénétrer dans les sphères nationales et en transformant à leur tour les juges nationaux des juges européens de droit commun.

Les juges internationaux investissent ce rôle de construction d'un ordre normatif nouveau avec d'autant plus de conviction et de vigueur qu'il leur permet de pérenniser leur position et de renforcer leur pouvoir politique. Lorsqu'un régime normatif est déjà bien ancré dans une société et qu'il tient cette société, cet exercice procure aux juges toute la légitimité du système. C'est la nouveauté des régimes juridiques qui fait la spécificité de l'international par rapport aux systèmes nationaux. Il n'est pas évident pour les juridictions internationales de faire accepter le flou de leurs ordres juridiques par les États membres de leurs organisations. Il s'agit d'un droit relativement incertain, qui suscite des passions et qui est souvent imposé par des entrepreneurs minoritaires qui cherchent à charmer et à contourner pour mieux englober les acteurs majoritaires susceptibles de produire des dissonances, après avoir célébré avec eux le moment de leur faiblesse.

Comme l'a noté H. Becker lorsqu'il a étudié la manière dont les « entrepreneurs de morale » créent et appliquent des normes, il faut reconnaître le « caractère intrinsèquement

situationnel des normes, qui existent seulement dans un consensus perpétuellement renouvelé d'une situation à une autre, plutôt que comme une incarnation spécifique et persistante de valeurs de base » (Becker, 1985, p. 221). Reprenant l'expression de l'« ordre négocié » développée par Anselm Strauss, il s'agit pour Becker d'analyser les interactions sociales dans leur contexte, pour comprendre les conditions d'émergence de normes nouvelles, peu importe si ces normes sont considérées comme légitimes ou déviantes par le pouvoir établi.

Une des principales caractéristiques du monde contemporain est la présence simultanée d'une panoplie « d'ordres négociés » très différents qui se chevauchent et s'interpénètrent selon des degrés divers. La multiplication d'institutions internationales est caractéristique de cette dynamique nouvelle (Smouts, 1995) et cette densité institutionnelle est particulièrement élevée en Europe (Courty et Devin, 2005, p. 24-28). Depuis un demi-siècle et *a fortiori* depuis une quinzaine d'années, de plus en plus d'ordres internationaux se chevauchent partiellement au niveau de leur composition étatique et de leurs compétences et ils pénètrent d'une manière inégale dans des systèmes nationaux très variés. Ces régimes internationaux ne sont pas nécessairement compatibles et entrent facilement en concurrence. C'est d'autant plus le cas qu'ils se fondent sur des organisations clairement distinctes, susceptibles de cristalliser les antinomies et ne disposant d'aucun lien institutionnalisé. Comme les principaux gardiens de ces ordres juridiques sont les cours de justice, des approches qui permettent de comprendre les acteurs juridiques dans leur contexte se sont imposées depuis quelque temps (Dehousse, 2000, Devin, 2002, Vauchez, 2005, Commaille, Dumoulin et Robert, 2000, Commaille 2005). Pour étudier les interactions entre institutions, il convient donc plus de s'affranchir des cloisonnements institutionnels. C'est d'autant plus le cas qu'ils ne correspondent plus au comportement d'acteurs qui, d'une manière contingente et parfaitement réversible, vont « de l'interdépendance à l'intégration » (Devin, 1995).

En énonçant des normes internationales, les cours ne façonnent pas seulement l'international. Leur souci principal est la cohérence des normes car toute disharmonie nuit inévitablement à la force des régimes juridiques, à leur légitimité et à leur crédibilité. Il s'agit pour les cours de faire en sorte que l'international fasse système et en utilisant des normes chargées de valeurs pour pousser l'intégration, elles n'hésitent pas à « faire société » à un niveau transnational. Alors que les théories réalistes, l'intergouvernementalisme libéral et la théorie des régimes n'envisagent guère que les institutions internationales disposent d'une autonomie d'action, les interactions entre institutions supranationales semblent non seulement augmenter l'indépendance des cours internationales au sein de leurs organisations et agrandir leurs répertoires d'action, mais aussi augmenter leur capacité à transpercer les carcans

nationaux, sans pour autant produire des disharmonies. Alors que ces désaccords ne disparaissent pas tout à fait, l'interaction des juges européens a pour le moins permis de les contenir et de provoquer quelques changements institutionnels.

De même, il faut écarter les approches psychologisantes de la « dissonance cognitive » parmi les approches susceptibles d'expliquer les phénomènes normatifs. Ces derniers répondent davantage à des logiques organisationnelles qu'à des stratégies clairement définies par des acteurs individuels supposément transparents et auxquels on pourrait attribuer un comportement univoque. On peut retenir de la définition de Festinger que la dissonance est un « état de tension déclenchant des réponses susceptibles de la réduire » (Festinger, 1957) et qu'il s'agit d'expliquer des changements d'attitude.²⁴ Mais ces changements d'attitude interviennent davantage par interaction entre individus et institutions. Si ces institutions sont « des "structures durables", mais également des acteurs dotés d'un pouvoir de contrainte » toujours variable (Devin, 2005, p. 14), elles « ne pensent pas » pour autant, qu'il s'agisse d'institutions au sens anthropologique (Douglas, 1999, p. 66) - il ne s'agit pas d'organismes vivants - ou au sens organisationnel - on ne peut pas « extrapoler trop rapidement à partir du vécu des acteurs » (Crozier et Friedberg, 1977, p. 231).

Dans cette perspective, les cours de justice peuvent ici être définies comme des systèmes d'action collective contingents poursuivant des objectifs toujours inachevés qui ont été définis d'une manière à laisser une marge d'interprétation relativement grande aux acteurs qui les composent. Alors que les théories institutionnalistes, elles l'avouent d'elles-mêmes, ne sont guère faites pour expliquer le changement, les interactions entre institutions, leur ouverture sur l'extérieur et leur mise en réseau semblent mieux pouvoir expliquer les évolutions observées, puisqu'elles montrent comment des acteurs bien distincts, qui sont pourtant très loin de tout vouloir réconcilier, s'accordent sur les mêmes objectifs, pour des raisons très différentes.

Il s'agit ainsi pour les juges d'établir une ressemblance du « son final » (une consonance) avec d'autres institutions afin de rendre possible la résonance des normes dans des espaces multiples. La cohérence recherchée par les cours internationales ne tient donc pas de l'uniformisation de tous les acteurs impliqués. Les cours se font davantage le relais d'un même corps de normes, lui-même relativement mou et toujours changeant. Alors qu'au niveau institutionnel l'espace européen est totalement fragmenté, les juges européens cherchent à obtenir la cohérence indispensable à la constitution d'un régime d'énonciation qui

²⁴ Dictionnaire de Sociologie, Robert-Seuil, Paris, 1999, p. 153.

s'affranchit des frontières institutionnelles et au sein duquel des acteurs infiniment différents, situés à des niveaux multiples, se mettent à parler le même langage.

En Europe, c'est le langage des droits de l'homme qui s'est imposé d'une manière totalement non planifiée et l'on peut observer des tendances similaires, mais bien plus faibles, au niveau global (Delmas-Marty, 2004, Slaughter, 2003 et 2004, Allard et Garapon, 2005). Depuis quelques années seulement et après bon nombre de dissonances initiales, la CourEDH, la CJCE et les cours nationales sont devenues les caisses de résonance de ce processus d'intégration par les droits de l'homme. Le calibrage des fréquences s'est fait par jurisprudences interposées et au prix d'une véritable diplomatie judiciaire, où certains juges se sont employés à régler les conflits institutionnels et à aligner les jurisprudences à travers les droits de l'homme, tout en faisant face à de multiples résistances.

Bibliographie

- ALEMANNI, A. (2004) « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega" », *Revue du Droit de l'Union européenne*, n° 4, pp. 709-751.
- ALLARD, J. et GARAPON, A. (2005) *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris.
- ALTER, K.J. (2001) *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford.
- BADIE, B. (2002) *La diplomatie des droits de l'homme*, Fayard, Paris.
- BECKER, H.S. (1985) *Outsiders*, Éditions Métailié, Paris.
- BIGO, D. et GUILD, E. (2003) *La mise à l'écart des étrangers. La logique du Visa Schengen*, Cultures et Conflits – L'Harmattan, Paris.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2003) *Libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2004) « L'art de changer de cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, p. 335-350.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (éd.) (2004b) « Chronique de jurisprudence comparée », *Revue de droit public*, n° 4, p. 1051-1118.
- COHEN-JONATHAN, G. (1994) « Les rapports entre la Convention européenne des Droits de l'homme et les autres traités conclus par les Etats Parties », dans R. LAWSON et M. de BLOIS, M. (éds) *Essays in Honour of Henry G. Schermers. Vol. 3. The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe*, Nijhoff, Dordrecht, p. 79-112.
- COMMAILLE, J., DUMOULIN, L. et ROBERT, C. (éds) (2000) *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Droit et Société. Recherches et Travaux n° 7, L.G.D.J., Paris.
- COMMAILLE, J. (2005) "Introduction : la redécouverte du droit par les sciences sociales", dans L. ISRAËL, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ et L. WILLEMEZ (éds.) *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, CURAPP, PUF, Paris, pp. 107-110.

- CONSEIL DE L'EUROPE (2003) *Call for European Union to accede to European Convention on Human Rights*, Press release issued by the Registrar, 28 janvier 2003, <http://www.echr.coe.int/Eng/Press/2003/jan/Pressconference2003.htm>.
- CONSEIL DE L'EUROPE (2005) *Third Summit of the Council of Europe. Memorandum by the European Court of Human Rights*, <http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/SummitCourtMemo.htm>, 27 avril 2005.
- COSTA, O. (2002) « Les citoyens et le droit communautaire : les usages élitaires des voies de recours devant les juridictions de l'Union », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 9, n° 1, p. 99-118.
- COURTY, G. et DEVIN, G. (2005) *La construction européenne*, Collection, Repères, n° 326, La Découverte, Paris.
- CROZIER, M. et FRIEDBERG, E. (1977) *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Seuil, Paris.
- DEHOUSSE, R. (1997) *La Cour de Justice des Communautés Européennes*, Montchrestien, Paris.
- DEHOUSSE, R. (1998) *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, MacMillan, Londres.
- DEHOUSSE, R. (2000) « L'Europe par le droit: plaidoyer pour une approche contextuelle », *Politique européenne*, n° 1, pp. 63-83.
- DELMAS-MARTY, M. (1994) *Pour un droit commun*, Seuil, Paris.
- DELMAS-MARTY, M. (2004) *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris.
- DEVIN, G. (1995) « Norbert Elias et l'analyse des relations internationales », *Revue française de science politique*, vol. 45, n° 2, p. 305-327.
- DEVIN, G. (2002) *Sociologie des relations internationales*, Collection Repères, n° 335, La Découverte, Paris.
- DEVIN, G. (2005) « *Fluctuat Nec Mergitur !* Ces institutions qui font la paix qui fait les institutons... », dans G. DEVIN (éd.), *Faire la Paix*, Collection Chaos International, Editions Pepper, Paris.
- DOUGLAS, M. (1999) *Comment pensent les institutions*, La Découverte – M.A.U.S.S., Paris.
- DURKHEIM, E. (1988) *Les règles de la méthode sociologique*, Flammarion, Paris.
- FESTINGER, L. (1957) *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford University Press, Stanford.
- GUILD, E. (2004) « Seeking asylum: storm clouds between international commitments and EU legislative measures », *European Law Review*, vol. 29, pp. 198-218.
- JACOBS, F. G. (2003) « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice », *Texas International Law Journal*, vol. 38, p. 547-556.
- JACOBS, F.G. (2001) « Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice », *European Law Review*, vol. 26, p. 331-341.
- JACQUÉ, J.P. (2004) *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris.
- KRENC, F. (2005) « La decision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question delicate », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 61, p. 121-158.
- MAGNETTE, P. (2003) *Le régime politique de l'Union européenne*, Presses de Sciences Po, Paris.
- RASMUSSEN, H. (1986) *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht.
- RASMUSSEN, H. (1998) *The European Court of Justice*, Gadjura, Copenhagen.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, G-C. (2002) « Discours à l'occasion de l'audience solennelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme », www.echr.coe.int/BilingualDocuments/Legal%20Year%202002.htm, 31 Janvier 2002.
- ROSAS, A. (2005) « Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts », dans C. BAUDENBACHER et al. (éds.) *The EFTA Court: Ten Years on*, Hart Publishing, Oxford – 15 p., à paraître.
- SCHEINGOLD, S.A. (1974) *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy and Political Change*, Yale University Press, New Haven et Londres.
- SIMON, D. (2001) « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs. Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg*, n° 96, p. 31-50.
- SLAUGHTER, A.-M. (2003) « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, p. 191-220.

- SLAUGHTER, A.M. (2004) *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton.
- SMOUTS, M.-C. (1995) *Les Organisations internationales*, A. Colin, Paris.
- SPIELMANN, D. (2001) « Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et de Luxembourg dans le domaine des droits de l'homme : conflits, incohérences et complémentarité », dans P. ALSTON, M. BUSTELO et J. HEENAN (éds), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, p. 789-812.
- SPIELMANN, D. (2004) « Un autre regard: la Cour de Strasbourg et le droit de la Communauté européenne », dans *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, p. 1447-1466.
- STONE SWEET, A. (2000) *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford.
- STONE SWEET, A. (2004) *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford.
- THATCHER, M. et STONE SWEET, A. (2002) « Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions », *West European Politics*, vol. 25, n° 1, p. 1-22.
- TRIDIMAS, T. (1996) « The Court of Justice and Judicial Activism », *European Law Review*, vol. 21, p. 199-210.
- TRIDIMAS, T. (2004) « The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union? », Social Science Research Network, Working Paper Series, (<http://ssrn.com/abstract=490603>).
- VAUCHEZ, A. (2005) « Introduction: Les arènes judiciaires dans la construction des problèmes sociaux et politiques », dans L. ISRAËL, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ and L. WILLEMEZ (éds.) *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, CURAPP, PUF, Paris, pp. 165-169.
- VON BOGDANDY, A. (2000) « The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union », *Common Market Law Review*, vol. 37, p. 1307-1338.
- WILDHABER, L. (2002) « Discours à l'occasion de l'audience solennelle de la Cour européenne des Droits de l'Homme », www.echr.coe.int/BilingualDocuments/Legal%20Year%202002.htm, 31 Janvier 2002.