

*Réflexions sur la création judiciaire et le dialogue des juges : les références croisées entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme*

Thomas Manrique

Doctorant en droit public

Université Toulouse 1 Capitole - IRDEIC

« *La jurisprudence ne constitue pas en principe une source de droit international, mais, comme le dit bien l'article 38 précité, un moyen auxiliaire, c'est-à-dire une modalité complémentaire d'identification et d'interprétation des normes juridiques* »<sup>1</sup>. Néanmoins, au moment d'interpréter et d'appliquer le droit international « *souvent incertain, imprécis, incomplet, les juges qui sont toujours tenus de statuer jouissent d'un pouvoir d'appréciation plus grand que celui des tribunaux nationaux qui appliquent un système de droit très développé.* »<sup>2</sup> et « *il est incontestable que le mutisme, les insuffisances ou les lacunes de la règle coutumières ou l'inexistence de règles conventionnelles ont favorisé le rôle créateur de la jurisprudence* »<sup>3</sup>. Ces insuffisances sont latentes dans les conventions relatives aux droits de l'homme. Ces traités qui établissent des listes de droits inhérents aux individus sont caractérisés par une forte imprécision des termes et de l'étendue de la protection qu'ils accordent, donnant, par là même occasion, un large pouvoir d'interprétation aux juges. Il revient donc aux juridictions qui ont à interpréter ces traités de définir les droits et de délimiter leur champ d'application. Les exemples qu'il est possible de tirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIAHD) relatifs à la définition de la personne et de l'applicabilité du droit à la vie à l'embryon sont assez remarquables<sup>4</sup>. Dans ces arrêts, il revient aux juges d'interpréter le droit à la vie et de créer ou non une nouvelle protection juridique qui n'est pas explicite dans les Conventions.

---

<sup>1</sup> P.-M., DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> édition, 2016, p.390 ; Statut de la Cour internationale de Justice, article 38 : « *1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : [...], d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.* »

<sup>2</sup> E. GIRAUD, « Le droit international public et la politique », R.C.A.D.I, 1963 (III), p.731

<sup>3</sup> G. BASTID BURDEAU, « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions » in : La création du droit par le juge, *Archives de philosophie du droit*, Tome 50, Dalloz, 2007, p. 298

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257 ; CEDH, Grande chambre, *Affaire VO c. France*, arrêt, 8 juillet 2004, requête n°53924/00

Dans ces conditions, « *les lacunes du droit forment l'ensemble de situations où le pouvoir créateur des juges est le moins contesté* »<sup>5</sup> et « *la volonté des juges internationaux peut ainsi être dans une large mesure créatrice de droit nouveau si les circonstances sont favorables.* »<sup>6</sup>. Ces éléments conduisent à admettre que l'interprétation et l'application de traités relatifs aux droits de l'homme sont des actes créateurs de droit.

Œuvre du juge, la création judiciaire ne serait pourtant pas une œuvre de l'esprit au même titre que la création artistique ou scientifique. Si le Code de la propriété intellectuelle protège « *les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* »<sup>7</sup>, et que ces œuvres sont notamment « *Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques* »<sup>8</sup>, la création judiciaire ne semble pas bénéficier de cette protection juridique. Ces considérations peuvent paraître marginales lorsqu'il s'agit de s'attacher à l'étude de la création judiciaire. Toutefois, à l'occasion d'étudier le dialogue des juges, qui s'inscrit dans un espace mondialisé dans lequel les échanges sont de plus en plus rapides et où la connaissance des textes et des décisions par le juriste s'élargie à d'autres pays, différentes questions peuvent être soulevées. D'abord, si la décision judiciaire en elle-même est une œuvre de l'esprit, la possibilité pour d'autres juridictions de s'en inspirer, voire de la copier serait fortement limitée. Ensuite, s'il n'est pas contesté que les décisions juridictionnelles ne sont pas des œuvres artistiques ou scientifiques, pouvons-nous considérer qu'il en est de même pour les opinions séparées des juges annexées aux décisions ? En effet, dans celles-ci, les juges expriment leurs idées et opinions qui peuvent éventuellement être reprises dans le cadre d'écrits ou de communications à vocation scientifique<sup>9</sup> et éventuellement devenir postérieurement l'opinion majoritaire de la juridiction. Même si le présent travail n'a pas vocation à résoudre cette problématique, il est possible

---

<sup>5</sup> G. CANIVET, « Introduction générale. Activisme judiciaire et prudence interprétative », in : La création du droit par le juge, *Archives de philosophie du droit*, Tome 50, Dalloz, 2007, p.29

<sup>6</sup> *Ibid.* ; Voir aussi : G. BASTID BURDEAU, « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions » in : La création du droit par le juge, *Archives de philosophie du droit*, Tome 50, Dalloz, 2007, p. 297 : « *Les sources du droit international public se caractérisent souvent par une certaine imprécision et sont fréquemment assorties de lacunes qui ouvrent la voie à des interrogations et appellent de la part du juge ou de l'arbitre tenu de trancher un différend de faire œuvre créatrice, notamment en s'appuyant sur des principes dont la généralité autorise une large marge de discrétion* »

<sup>7</sup> Code de la propriété intellectuelle, article L112-1

<sup>8</sup> *Ibid.*, article L112-2

<sup>9</sup> Sans chercher à l'exhaustivité il est possible de mentionner deux exemples : R. BADINTER, S. BREYER (dir.), *Les entretiens de Provence, le juge dans la société contemporaine*, Fayard, Publications de la Sorbonne, Paris, 2003, 379 p.; A. A. CANÇADO TRINDADE, « La persona humana como sujeto del derecho internacional : avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI », *Revista IIDH*, vol. 46, 2007, p.273-328 ; A. A. CANÇADO TRINDADE, *Le droit international pour la personne humaine*, A. Pedone, Paris, 2011, 358 p.

d'affirmer que la création scientifique comme œuvre de connaissance est fondamentalement différente de la création judiciaire comme œuvre normative.

Par-delà la nature même de ce qui est créé – d'une part une connaissance, de l'autre un devoir être –, la création artistique ou scientifique n'évolue pas dans le même cadre spatial. Si la connaissance peut être considérée comme « une », les ordres juridiques sont multiples et sectorialisés, de telle manière que chacun est régi par un ordre de validité propre<sup>10</sup>. Par voie de conséquence, même si avec la mondialisation il est possible de concevoir le droit comme un réseau dans lequel les systèmes juridiques s'enchevêtrent<sup>11</sup>, une norme n'existe et n'est valable que dans son propre ordre juridique. Pour autant, si matériellement les normes peuvent se ressembler, elles sont formellement différentes. L'unicité de la connaissance semblerait donc se mouvoir dans un espace parallèle à celui du droit sectorialisé.

Le « dialogue des juges » apparaît alors comme un des outils conduisant à décloisonner les systèmes juridiques notamment par une circulation des arguments et des solutions juridiques<sup>12</sup>. Le concept de dialogue des juges n'est pas à proprement parler un concept juridique<sup>13</sup>. Une grande partie du phénomène échappe au juriste et peut se matérialiser tant par des rencontres formelles ou informelles que par des discussions privées entre les juges<sup>14</sup>. A cet égard, il est possible d'observer que les relations entre la CEDH et la CIADH se sont récemment renforcées<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, traduit par C. Eisenmann, 1999, p.20 : « Affirmer qu'une norme vaut, c'est toujours affirmer qu'elle vaut pour un certain espace et pour un certain temps » et sur la pyramide de l'ordre juridique p.224 et s.

<sup>11</sup> H. RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'atelier de droit international de l'U.M.R. de droit comparé de Paris, S.L.C., Paris, 2003, 290p. ; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? – Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L, Bruxelles, 2002, 587p.

<sup>12</sup> Sur l'influence de la mondialisation et l'utilisation du droit comparé par les juridictions constitutionnelles : A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2011, 522p.

<sup>13</sup> Ibid. p.165 : « Le dialogue des juges est une construction doctrinale dont l'objectif est essentiellement pédagogique. Sa vocation première est la caractérisation d'un phénomène complexe : les rapports entre les ordres juridiques nationaux et européens »

<sup>14</sup> P. CAROZZA in Conseil de l'Europe, *La conscience de l'Europe*, Londres, octobre 2010, p.18 : « Si l'on revient sur l'histoire de la Commission et de la Cour interaméricaines et sur leurs relations avec leurs homologues européennes, on ne peut qu'être frappé par la présence de personnalités comme René Cassin, Thomas Buergenthal et bien d'autres, dont l'aura, le vouement et l'ouverture d'esprit sont à l'origine des échanges fructueux qui ont tant apporté d'un côté comme de l'autre de l'Atlantique. Les liens interpersonnels sont le moteur des liens interinstitutionnels » ; Voy : A.-M. SLAUGHTER, « Judicial Globalization », *Virginia Journal of International Law*, 40, 2000, pp. 1120-1124

<sup>15</sup> A titre d'exemple : En 2016, le juge à la CEDH Luis LOPEZ GUERRA a donné une conférence à l'Institut interaméricain des droits de l'homme organisée par la CIADH et avec la présence de la juge à la CIADH

La partie de ce phénomène qui est plus visible et qui peut constituer un objet d'étude pour le juriste se trouve dans l'œuvre judiciaire elle-même et notamment dans l'argumentation juridique du juge, sa *ratio decidendi*. Les juges ont en effet la possibilité soit de faire un exposé du droit international pertinent ou d'intégrer dans leur argumentation des citations ou des références à d'autres Cours. Ce phénomène, plus rare en droit français<sup>16</sup> tend à se développer dans le cadre des droits de l'homme et notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>17</sup>, cette dernière faisant très souvent référence à la jurisprudence de la première<sup>18</sup>. Le système africain n'est pas non plus hermétique à cette pratique et la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) a pu aussi faire référence à la jurisprudence de la CEDH et de la CIADH<sup>19</sup>. Cette étude se concentrera néanmoins sur ces deux dernières Cours au regard du développement de leur jurisprudence et de l'importance de leurs influences réciproques. Prendre en compte la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) et la CADHP dans une telle étude serait susceptible de conduire à de nombreuses difficultés : dans la mesure où leur rôle n'est pas équivalent à celui de la CEDH et de la CIADH. En effet, les rapports de la CIDH et les décisions de la CADHP ne sont pas obligatoires. Leur portée juridique est donc difficilement comparable aux arrêts de juridictions internationales. De même, il serait difficile d'étudier le phénomène du référencement croisé pour la Cour ADHP dans la mesure où celle-ci n'est pas encore ou très peu citée par ses homologues. La Cour ADHP, commence à se référer aux arrêts de ses homologues<sup>20</sup>, cependant, il paraît difficile, au regard du faible nombre d'arrêt de la Cour ADHP, de le

---

Elizabeth ODIO BENITO ; les 8 et 9 décembre 2008 la CEDH, CIADH et CADHP se réunissaient à Strasbourg à l'occasion du 60<sup>ème</sup> anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme

<sup>16</sup> A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2011, p.100 : « si le regard des juridictions ordinaires françaises se tourne de plus en plus vers l'étranger, l'utilisation du droit comparé par le juge administratif (A) et le juge judiciaire (B) reste encore très largement marginale »

<sup>17</sup> L. HENNEBEL, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, in Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, le dialogue des juges, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, 2007, p.31-76

<sup>18</sup> Ibid, p.60 : « Concrètement, dans sa jurisprudence contentieuse, la Cour interaméricaine se réfère fréquemment à la jurisprudence européenne, et, dans une moindre mesure, à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. »

<sup>19</sup> A. D. OLINGA, « Les emprunts normatifs de la Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricains de garantie des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, n°62, 2005, p.499-537

<sup>20</sup> A titre d'exemple : Cour ADHP, *Affaire Actions pour la protection des droits de l'homme c. la République de Côte d'Ivoire*, arrêt, 18 novembre 2016, requête n°001/2014, §95, §134, §148 ; Cour ADHP, *Affaire Mohameh Abubakari c. République-Unie de Tanzanie*, arrêt, 3 juin 2016, requête n°007/2013, §27, §158 (note de bas de page), §193 (note de bas de page), §224

comparer à la pratique de référencement croisé de la CIADH et de la CEDH et d'estimer la portée de ces référencements dans la jurisprudence de la Cour ADHP.

Il découle de ces observations que, même si les systèmes juridiques régionaux sont indépendants et sont régis par des traités autonomes, l'interprétation qui est faite de ces conventions, et donc la création judiciaire, s'inscrit dans une « *internationalisation du dialogue des juges [...] entendue comme la manifestation du décloisonnement territorial du dialogue* »<sup>21</sup>. Si le traité ne lie que les Etats qui y sont partie et même à considérer que la jurisprudence ait une autorité de chose interprétée, l'œuvre normative du juge reste bornée à la volonté des Etats<sup>22</sup> et de leur juridiction<sup>23</sup>. Néanmoins, la création judiciaire si elle ne *vaut* que dans un système défini, *existe* et est portée à la connaissance des autres juges via notamment le dialogue des juges. En conséquence, il s'agira de se demander si la création judiciaire sectorielle échappe vraiment à l'unicité de la connaissance.

Ce travail cherchera à montrer que l'unicité de la connaissance et l'expérience humaine partagée participe de la création d'un espace juridique mondialisé (II) étant donné que le « dialogue » permet de faire échanger les juges liés à des textes formellement différents mais aux droits matériellement identiques (I).

### I. La construction d'un dialogue des juges spécifique aux droits de l'homme

Le dialogue des juges est un phénomène qui se manifeste dans tous les domaines du droit. Toutefois, il convient de préciser que le domaine des droits de l'homme est plus propice aux échanges entre les juridictions internationales, notamment au regard des similitudes que partagent les différents traités régionaux (A) et à la construction d'un dialogue horizontal (B).

---

<sup>21</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », in : *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p.97

<sup>22</sup> G. BASTID BURDEAU, « Le pouvoir créateur de la jurisprudence internationale à l'épreuve de la dispersion des juridictions » in : *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, Tome 50, Dalloz, 2007, p. 298 : « *Cependant la jurisprudence n'a pu jouer ce rôle que dans la limite des marges de manœuvre laissées par les Etats, avec la tolérance de ceux-ci. Dès lors que les Etats ont pu redouter ou déplorer des créations jurisprudentielles qui ne leur convenaient pas, ils n'ont pas manqué de prévenir ou de réagir* » ; A ce sujet, il est possible de mentionner que la Trinité et Tobago et le Venezuela ont dénoncé la Convention américaine des droits de l'homme.

<sup>23</sup> Convention européenne des droits de l'homme, article 1 : « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction leurs droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* » ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, article 1 : « *Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence* »

#### A. Les difficultés liées à la séparation sectorielle des systèmes à relativiser

Les droits de l'homme sont multiples et divers autant formellement que matériellement<sup>24</sup>. Cependant, dans le cadre d'une étude s'attachant à l'examen du dialogue des juges entre la CEDH et la CIADH, il est possible d'observer de nombreux points de similitudes.

D'abord en ce qui concerne la nature même de ces traités, les deux textes prennent la forme de conventions internationales à vocation régionale, rédigées dans le cadre d'une organisation internationale et lient les Etats qui ont exprimé leur consentement<sup>25</sup>. Ainsi, même si les deux systèmes sont indépendants et forment deux systèmes juridiques différents, les similitudes quant à la forme même du traité et ses modalités d'adoption placent la création judiciaire de la CEDH et de la CIADH dans les mêmes conditions, permettant ainsi de faciliter leur dialogue.

Ensuite, formellement, sans vouloir établir une liste exhaustive des droits protégés dans chaque convention<sup>26</sup>, la CEDH comme la CADH protègent, peu ou prou, les mêmes droits<sup>27</sup>.

Enfin, les deux conventions établissent un mécanisme de protection similaire. Outre le maintien de la Commission IDH dans le système interaméricain au regard des spécificités de celui-ci et du rôle particulier qu'elle y remplit et de la disparition de la Commission EDH, les deux systèmes prévoient la possibilité pour les individus d'envoyer des pétitions individuelles devant chacun des mécanismes de protection<sup>28</sup>. Chaque système est composé d'une juridiction

---

<sup>24</sup> P.-M., DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> édition, 2016, p.244 : « Section 2. Diversité des droits de l'homme et des mécanismes de garanties »

<sup>25</sup> Convention EDH, article 59 : « 1. La présente Convention est ouverte à la signature des membres du Conseil de l'Europe. Elle sera ratifiée. Les ratifications seront déposées près le Secrétaire général du Conseil de l'Europe. » ; Convention ADH, article 74 : « 1. La présente Convention est ouverte à la signature et à la ratification ou à l'adhésion de tout Etat membre de l'Organisation des Etats Américains. »

<sup>26</sup> Une liste exhaustive est établie dans le cours de H. GROS ESPIELL, « La convention américaine et la convention européenne des droits de l'homme – analyse comparative, R.C.A.D.I, vol.218, 1989, Chapitre VI, p. 241-242

<sup>27</sup> Ibid. p. 243

<sup>28</sup> Convention EDH, article 34 : « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. » ; Convention ADH, article 44 : « Toute personne ou tout groupe de personnes, toute entité non gouvernementale et légalement reconnue dans un ou plusieurs Etats membres de l'Organisation peuvent soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie. »

chargée de l'interprétation et de l'application de la Convention<sup>29</sup>, qui par conséquent fait œuvre de création judiciaire. La similitude entre l'office de ces deux juridictions implique nécessairement que chacune porte un regard sur l'activité de l'autre.

Si les deux systèmes sont donc autonomes et indépendants, les similitudes qu'il est possible d'observer concernant la nature des traités, les droits protégés, les mécanismes de protection et l'office des juges facilitent le dialogue des juges. Ces deux derniers éléments sont d'autant plus renforcés que les deux Cours conversent sans être forcées à le faire.

#### B. L'œuvre de création judiciaire régionale dans un dialogue libéré de contrainte

Le Professeur Laurence BURGORGUE-LARSEN fait la différence entre deux types de dialogue des juges : le dialogue intégré et le dialogue conventionnel<sup>30</sup>. Le premier type de dialogue correspond au dialogue organisé par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. Si le terme de dialogue est utilisé, il paraît galvaudé car « *l'absence de force obligatoire de la jurisprudence est le dispositif juridique clé, qui autorise le dialogue entre juges et l'innovation jurisprudentielle* »<sup>31</sup>. La question préjudicielle serait « *un moyen d'interaction entre juridictions, mais pas de réciprocité* »<sup>32</sup> qui malgré tout aurait donné lieu à une certaine forme d'échange<sup>33</sup>.

Nulle forme de contrainte dans les échanges qui s'établissent entre la CEDH et la CIADH<sup>34</sup>. D'ailleurs, la situation dans laquelle le dialogue des juges serait le plus concluant

---

<sup>29</sup> Convention EDH, article 32 : « 1. La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47. » ; Convention ADH, article 62 : « 3. La Cour est habilitée à connaître de toute espèce relative à l'interprétation et à l'application des dispositions de la présente Convention »

<sup>30</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », in : *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p.100

<sup>31</sup> O. JOUANJAN, « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'Etat. A propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 10 oct. 2001 », *R.F.D.A.*, n°6, 2001, p.1177

<sup>32</sup> A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2011, p.170

<sup>33</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », in : *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p.101 : « *Et pourtant, même dans le cadre de cette figure procédurale où aucune place ne permettait en apparence la discussion, un échange de vues s'est noué entre [le Conseil d'Etat] [...] et la Cour de Luxembourg* »

<sup>34</sup> L. HENNEBEL, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, in Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, le dialogue des juges, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, 2007, p.76 : « *Toutefois, étant donné que ces systèmes ne sont pas*

« concernerait les échanges entre juridictions appartenant à des systèmes juridiques distincts »<sup>35</sup>. Dans cette hypothèse, nous assisterions à un dialogue horizontal<sup>36</sup> dans lequel aucune norme n'imposerait aux deux Cours de se référer l'une à l'autre.

Les raisons poussant les Cours à effectuer des références croisées<sup>37</sup> dans leurs arrêts et à mettre en scène ce dialogue<sup>38</sup>, si elles ne sont pas juridiques, sont donc issues de d'autres considérations. Le recours à un argument de droit comparé « est avant tout persuasif »<sup>39</sup> et tient à des considérations tant exogènes qu'endogènes aux décisions. Des facteurs aussi larges que le prestige du modèle ou, plus restreint, de pertinence de telle ou telle décision peuvent être pris en considération<sup>40</sup>. L'exemple des obligations positives est intéressant. Alors que la CIADH est la première à utiliser cette notion dans ses arrêts<sup>41</sup>, la CEDH ne va pas immédiatement faire référence à la CIADH<sup>42</sup>. Toutefois cette dernière ne va pas hésiter à citer la CEDH<sup>43</sup> et à « revendiquer être l'auteur d'une des notions fondamentales des systèmes régionaux de protection des droits de l'homme »<sup>44</sup>. L'exemple de cette référence montre bien

---

*institutionnellement liés, et qu'il n'existe évidemment aucune règle de précédent obligeant un organe de respecter voire même de considérer, la jurisprudence d'un autre organe »*

<sup>35</sup> Si cette étude est centrée sur les juridictions constitutionnelles, nous sommes convaincus que cette affirmation est valable pour les juridictions supranationales : A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2011, p.172

<sup>36</sup> A.-M. SLAUGHTER, « A typology of Transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, 29, 1994, p.103 : « Horizontal communication takes place between courts of the same status, whether national or supranational, across national or regional borders » L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges – Missive doctrinale à l'attention de Bruno GENEVOIS », in : *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p.118 : « Ce dialogue se matérialise également par-delà les frontières continentales, traversant les océans. Que dire du dialogue entre la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour européenne ? »

<sup>37</sup> L. HENNEBEL, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, in Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, le dialogue des juges, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, 2007, p.31 : « La technique des références croisées consiste pour un juge à se référer à un instrument ou à une jurisprudence qui lui est étranger »

<sup>38</sup> Council of Europe / European Court of Human Rights & Inter-American Court of Human Rights, *Dialogue across the Atlantic: selected case-law of the European and Inter-American Human Rights Courts*, Wolf Legal Publishers, 2015, 573p.

<sup>39</sup> L. HENNEBEL, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, in Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, le dialogue des juges, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, 2007, p.76

<sup>40</sup> A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2011, p.329-408

<sup>41</sup> Elle utilise cette notion dès son premier cas : Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

<sup>42</sup> CEDH, troisième section, *Affaire Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, arrêt, 4 août 2001, requête n°24746/94

<sup>43</sup> Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

<sup>44</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, N. MONTOYA CESPEDES, « El dialogo judicial entre la Corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos », in : *Protección Multinivel de derechos humanos*, DHES. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p.203



que la CIADH cherche à se légitimer et à trouver une validation de ses créations judiciaires<sup>45</sup>. Ces éléments, caractéristiques des juridictions régionales de protection des droits de l'homme rendent spécifique ce dialogue. En effet, si les contraintes formelles sont absentes contrairement au dialogue qui peut exister dans le cadre de l'Union européenne avec les juridictions nationales, le dialogue entre la CEDH et la CIADH, des raisons extra-juridiques pousse les cours à se référer à ses homologues. La création judiciaire n'est donc pas hermétique aux apports extérieurs et s'inscrit dans un espace mondialisé, dans lequel cette création sera prise en compte pas d'autres juges. L'œuvre normative du juge, dépasse donc considérablement les limites de son seul système et participe de la connaissance du droit.

## II. La construction d'une circulation mondialisée des solutions juridiques

La création judiciaire du juge, si elle est propre à son système juridique, s'inscrit dans un espace mondialisé. Les juges et notamment ceux qui exercent le même office, prennent connaissance de l'œuvre de leur pair, les amenant à s'y référer (A). L'influence de ce partage dépasse le simple cadre des systèmes dans lequel s'inscrivent les juges pour influencer leur propre continent et au-delà le droit international général (B).

### A. L'œuvre de création judiciaire partagée entre les systèmes régionaux

« *La technique du référencement croisé est utilisée avec modération [par la Cour européenne des droits de l'homme] et est pratiquement exceptionnel* »<sup>46</sup>. Toutefois, si en 2007 une recherche dans HUDOC donnait 14 résultats avec le mot clé « interaméricain »<sup>47</sup>, elle donne, dix en plus tard, 70 résultats<sup>48</sup>. Il serait hâtif d'affirmer que la pratique du référencement croisé par la CEDH s'est accéléré, étant donné que certaines citations sont dues à des tierces

---

<sup>45</sup> *Ibid.* p.204 : « *En ce sens la légitimation se fait en trois étapes. Dans la première, la CIADH arrive à une conclusion, qui trouve son fondement directement ou indirectement dans la jurisprudence de la CEDH. Dans la seconde, la CEDH adopte l'interprétation interaméricaine. Dans la troisième la CIADH se félicite du fait que la CEDH soit arrivée aux mêmes conclusions* » (traduction personnelle)

<sup>46</sup> L. HENNEBEL, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, in Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, le dialogue des juges, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, 2007, p.36

<sup>47</sup> *Ibid.*, note de bas de page n°16

<sup>48</sup> Cour européenne des droits de l'homme, HUDOC, consulté le 23 juin 2017 : [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["interaméricain"\],"sort":\["kpdataDescending"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

interventions<sup>49</sup> ou aux opinions séparées des juges<sup>50</sup>. Toutefois la Cour européenne semble de plus en plus se référer aux arrêts de la Cour interaméricaine notamment au moment de faire le point sur le droit international pertinent<sup>51</sup>. Le résultat de cette requête indique donc bien que la connaissance de la jurisprudence de la Cour IADH par la CEDH s'enracine et que la diffusion de cette connaissance s'accroît. Si de 1989, date du premier arrêt de la Cour interaméricaine à 2007, il y avait pu y avoir 14 références, en dix ans, 54 occurrences supplémentaires se sont rajoutées dans la jurisprudence de la CEDH. Les juges de la CEDH prennent donc davantage en considération l'argumentation développée par leurs pairs outre-Atlantique et les conclusions auxquels ils arrivent. Et par effet de conséquence, il est possible d'établir une relation entre la connaissance des arrêts de la CIADH par la CEDH et le nombre de citation. Plus la connaissance des arrêts de la CIADH par les juges et le personnel de la CEDH sera intense, plus les arrêts de la CIADH seront cités et pris comme exemple.

En ce qui concerne la Cour interaméricaine, la situation est différente. En effet, « *le référencement croisé est central – omniprésent, quasi-systématique, et construit avec méthode – dans la jurisprudence interaméricaine* »<sup>52</sup>. Sans étudier les référencements croisés dans le cadre de sa compétence consultative qui est régie par d'autres règles<sup>53</sup>, les arrêts pris par la Cour au titre de sa compétence contentieuse « *se réfèrent fréquemment à la jurisprudence européenne* »<sup>54</sup>. A titre d'exemple, sur 17 arrêts rendus depuis 2016 jusqu'à juin 2017, date de

---

<sup>49</sup> Par exemple : CEDH, Grande chambre, *Affaire Khlaifia et autres c. Italie*, arrêt, 15 décembre 2016, requête n°16483/12, §230 et 231

<sup>50</sup> Par exemple : CEDH, Quatrième section, *Affaire J. et autres c. Autriche*, arrêt, 17 janvier 2017, requête n°58216/12, Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie la juge Tsotsoria, §2 ; Grande chambre, *Affaire Muršić c. Croatie*, arrêt, 20 octobre 2016, requête n°7334/13, Opinion en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque, note de bas de page n°79 ; Grande chambre, *Affaire Al-Dulimi et Montana Management INC. c. Suisse*, arrêt, 21 juin 2016, requête n°5809/08, Opinion dissidente de la juge Nussberger, note de bas de page n°62 et 112

<sup>51</sup> A titre d'exemple : CEDH, Grande chambre, *Affaire Baka c. Hongrie*, arrêt, 23 juin 2016, requête n°20261/12, §84 et s. ; Grande chambre, *Affaire Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, arrêt, 8 novembre 2016, requête n°18030/11, §60 et 146 ; Grande chambre, *Affaire Khoroshenko c. Russie*, arrêt, 30 juin 2015, requête n°41418/04, §78 et s, §143 ; Troisième section, *Affaire Opuz c. Turquie*, arrêt, 9 juin 2009, requête n°33401/02, §83 et s. ; Pour une évolution de cette pratique voir : L. BURGORGUE-LARSEN, N. MONTÓYA CESPEDES, « El dialogo judicial entre la Corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos », in : *Protección Multinivel de derechos humanos*, DHES. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p.196

<sup>52</sup> L. HENNEBEL, Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme, in Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, le dialogue des juges, Les cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, Bruylant, 2007, p.54

<sup>53</sup> Pour une explication de la particularité de la compétence consultative de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : *ibid.* p.55 et s.

<sup>54</sup> *Ibid.* p.60

l'écriture de ce travail, 11 arrêts se réfèrent expressément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>55</sup> et parfois de manière très abondante<sup>56</sup>.

Ces référencements croisés montrent que l'influence de la création judiciaire dépasse largement les frontières du litige dans laquelle elle intervient. « *L'audience accordée aux décisions s'étend à l'ensemble de la planète* »<sup>57</sup>, les juges portent donc un regard sur ce qui se fait ailleurs étant donné que leur propre œuvre sera comparée aux jurisprudences précédentes de d'autres Cours. Le juge doit d'autant plus justifier qu'il s'écarte ou prend à son compte le travail judiciaire de ses pairs. Par conséquent, l'œuvre normative du juge a, même si elle n'est pas explicite, une vocation, qui dans le champ cognitif tend à être, internationale.

## B. L'œuvre de création judiciaire internationalisée au-delà des systèmes régionaux

L'influence du dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme dépasse largement le simple système conventionnel. Cette influence s'étend sur deux autres plans. D'abord, elle s'intègre dans les ordres juridiques nationaux de chaque continent et ensuite le dialogue participe au développement du droit international général.

---

<sup>55</sup> Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333 ; Corte IDH. *Caso Zegarra Marín Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 331 ; Corte IDH. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330 ; Corte IDH. *Caso Valencia Hinojosa y otra Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327; Corte IDH. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325 ; Corte IDH. *Caso Herrera Espinoza y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316 ; Corte IDH. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315 ; Corte IDH. *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310

<sup>56</sup> Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329 (l'occurrence « Tribunal Europeo » est présente 15 fois) ; Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318 (l'occurrence T « Tribunal Europeo » est présente 10 fois dans l'arrêt et 9 fois dans une opinion séparée) ; Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312 (l'occurrence « Tribunal Europeo » est présente 16 fois dans l'arrêt et 8 fois dans une opinion séparée) ;

<sup>57</sup> A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, L.G.D.J., Paris, 2011, p.354

Les ordres juridiques nationaux ne sont pas imperméables à l'œuvre normative et créatrice du juge supranational. Cette perméabilité s'opère par un dialogue entre les juges nationaux et supranationaux mais aussi par l'autorité de chose interprétée<sup>58</sup>. Cette autorité « *a pour fonction d'assurer la cohérence de l'interprétation d'une norme constitutive d'un ordre juridique* »<sup>59</sup> de telle manière que l'arrêt rendu, s'il a une autorité de chose jugée relative, prévaudrait dans l'ordre juridique des Etats partie. Si cette idée peut s'imposer logiquement<sup>60</sup>, il est possible qu'elle ressorte d'une exigence normative constitutionnelle comme en Espagne<sup>61</sup>, en Argentine, au Brésil, en Colombie, au Costa Rica, au Guatemala, au Pérou, au Mexique<sup>62</sup>, donnant même parfois une valeur supraconstitutionnelle aux traités assurant la protection des droits de l'homme<sup>63</sup> comme c'est le cas au Venezuela, en Equateur et en Bolivie<sup>64</sup>. Par ailleurs, la perméabilité de l'ordre juridique national à la jurisprudence de la Cour supranationale peut aussi être favorisée par l'activité même de cette Cour. L'illustration la plus marquant de cette hypothèse ce retrouve dans la « doctrine du contrôle de conventionalité » développé par la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>65</sup> par lequel la

---

<sup>58</sup> L'autorité de chose interprétée peut être définie comme « *l'autorité propre à la jurisprudence d'une juridiction en tant que cette juridiction interprète authentiquement les dispositions d'une norme constitutive d'un ordre juridique et sachant que semblable juridiction a, par sa jurisprudence, pour fonction de veiller à la cohérence de l'ordre juridique, son interprétation de la norme constitutive doit donc avoir force obligatoire pour que sa mission soit effective et efficace* », J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français (Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme)*, LGDJ, 1998, préf. B. PACTEAU, p.370

<sup>59</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges – En théorie et en pratique un couple juridiquement inséparable », in : *Mélanges en l'honneur du président Bruno GENEVOIS*, Dalloz, Paris, 2009, p.24

<sup>60</sup> Ibid. p.26 : « *Un minimum de logique juridique permet de penser que, dès lors qu'une juridiction a été créé pour assurer la garde d'un texte, en l'occurrence la CEDH pour la Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel pour la Constitution, l'interprétation privilégiée de ces textes qui devrait prévaloir est celle de ces deux juridictions* »

<sup>61</sup> Constitution espagnole, article 10 ; Voy : E. SAIZ ARNAIZ, « La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la constitución española) », in: *Protección Multinivel de derechos humanos*, DHES. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p.47-87

<sup>62</sup> Constitution argentine de 1994, article 75.22 ; Constitution brésilienne de 1988, article 5.2 ; Constitution colombienne de 1991, article 93 ; Constitution costaricienne de 1949, article 7 ; Constitution guatémaltèque de 1985, article 46 ; Constitution péruvienne de 1993, article 55 ; Constitution mexicaine de 1917, article 133

<sup>63</sup> Pour une analyse détaillé sur « *l'incorporation du droit interaméricain en droit interne* » : L.-M. GUTIERREZ RAMIREZ, « Le droit commun interaméricain des droits de l'homme », in : *Questions sur la question 4 : le procès constitutionnel face aux exigences supranationales*, X. MAGNON, P. ESPLUGAS-LABATUT, W. MASTOR, S. MONTON, Bruylant-Larcier, Bruxelles, 2015

<sup>64</sup> Constitution vénézuélienne de 1999, article 23 ; Constitution bolivien de 2009, article 13.IV ; Constitution équatorienne de 2008, article 424

<sup>65</sup> Pour une première approche il est possible de lire : Revista IIDH, n°64, julio – diciembre 2016, 372p. ; CIADH, « Control de convencionalidad », *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos*, n°7, 24p.

Cour consacre l'obligation pour tous les agents de l'Etat d'appliquer la Convention dans le cadre de leur compétence<sup>66</sup>.

Finalement, les arrêts des cours contribuent à une connaissance internationale de l'œuvre créatrice du juge à au moins deux niveaux. D'abord, au regard de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, la jurisprudence de chacune de ces cours pourrait être considérée comme un moyen auxiliaire de détermination des règles du droit international. Ensuite, l'intégration des arrêts des Cours supranationales dans les ordres juridiques nationaux favorisent la création d'une pratique commune entre les Etats pouvant conduire à la cristallisation d'une coutume internationale dont la jurisprudence de la CEDH et de la CIADH seraient à l'origine, participant d'autant plus au « *ius comune humaniste que contribue à faire émerger l'idéal universaliste de 1948* »<sup>67</sup>.

La création judiciaire du juge, au moyen du dialogue des juges, dépasse donc largement les frontières de son propre système juridique afin d'apporter une contribution, sur un plan international, à la connaissance du droit et à l'interprétation des Conventions.

---

<sup>66</sup> Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, §213

<sup>67</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, N. MONTOYA CESPEDES, « El dialogo judicial entre la Corte interamericana de derechos humanos y la corte europea de derechos humanos », in : *Protección Multinivel de derechos humanos*, DHES. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p.207