

## La création judiciaire du droit et le dialogue entre juges –

Colloque des 6 et 7 juillet 2017, Université Autonome de Barcelone

Le dialogue des juges européens, un jeu des références croisées : un processus de co-construction  
judiciaire

Sarah Tabani,

Doctorante à l'Université Jean Monnet, Saint-Etienne/Lyon

A l'époque rapporteur sur l'affaire *Cohn-Bendit*, le Président Bruno Genevois avait indiqué, qu'à propos des relations entre le juge communautaire et le juge national, qu'il ne devrait y avoir place « *ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges* »<sup>1</sup>. Depuis, la paternité de cette expression lui a été attribuée, ce qui n'a pas bridé le développement et l'abondante mobilisation de cette notion, et, ce faisant, pour reprendre les termes du Professeur BURGOEGUE-LARSEN, « *le dialogue des juges est partout* »<sup>2</sup>. Présent la doctrine française<sup>3</sup>, belge<sup>4</sup>

<sup>1</sup> CE, Ass., 6 décembre 1978, *Ministère de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, n°11604Rec. Lebon p. 524, *Dalloz* 1979 p.155, concl. Genevois, note Pacteau ; *Dalloz*. 1979.IR.89, obs. P. Delvolvé ; *R.T.D.Eur.*, 1979.169, concl. Genevois, note Dubouis.

<sup>2</sup> **BURGORGUE-LARSEN (L.)**, « Le dialogue des juges. L'ère dialogique en question(s). De quelques clarifications pour de meilleurs échanges académiques sur le dialogue des juges », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J., 2016, p.771

<sup>3</sup> V. parmi beaucoup d'autres **BURGORGUE-LARSEN (F.)**, « De l'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.95 à 130 ; **D'AMBROSIO (L.)**, « Chronique jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne – Retour sur le dialogue des juges en matière de ne bis in idem : après le silence de la Cour constitutionnelle italienne, la parole revient à la Cour de justice de l'Union », in *R.T.D Eur.*, 2017, pp.93 à 100 ; **DELMAS-MARTY (M.)**, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.305 à 316 ; **GARDIES (J.-L.)**, « De la spécificité du dialogue à l'intérieur du droit », in *Archive de philosophie du droit*, Tome 29 *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Paris, Sirey, 1984, pp.169 à 174 ; DE GOUTTE (R.) « le dialogue des juges », communication à l'occasion du cinquantenaire du Conseil Constitutionnel, 3 novembre 2008, disponible sur le site du Conseil Constitutionnel,

[http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank\\_mm/Colloques/de\\_goutees\\_031108.pdf](http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/Colloques/de_goutees_031108.pdf), site consulté le 20 mai 2017 ; **GUYOMAR (M.)**, « Le juge administratif et le droit européen », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, pp.89 à 101 ; **GREWE (C.)**, « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.505 à 517 ; **GUILLOUD-COLLIAT (L.)**, « Le dialogue des juges dans l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Henri Oberdorff*, Paris, LGDG, 2015, pp.165 à 180 ; **JACQUE (J.-P.)**, « Union européenne et Conseil de l'Europe- A propos des droits de l'homme », in *R.T.D Eur.*, 2013, n°2, pp.195 à 200 ; **LICHERE (F.)**, **POTVIN-SOLIS (L.)**, **RAYNOUARD (A.)** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Journée d'Etude de l'Université de Metz du 10 février 2003, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2004, 244.p, v. également l'Acte du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université de Bruxelles, *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166.p

<sup>4</sup> **ALLARD (J.)**, **VAN WAEYENBERGE (A.)**, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2008, n°2008/2, vol.61, pp.109 à 129 ; **BRIBOSIA (E.)**, **WEYEMBERGH(A.)**, « Confiance mutuelle et droits fondamentaux: "back to the future" », *Cahier de droit européen*, 2016, n°2, pp.469 à 521 ; **OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F, 1988, 254.p ; **OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2002, 596.p ; **OST (F.)**, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in BOURETZ (P.) (dir.) *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Esprit, coll. Philosophie, 1991, pp.241 à 272 ; **VAN DE KERCHOVE (M.)**, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture » in Actes du 8<sup>ème</sup> congrès de l'Association internationale de Méthodologie juridique, Aix-en-Provence, 4-6 septembre 2003, Paris, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, pp.37 à 56

mais également britannique<sup>5</sup>, la doctrine aborde tous les versants du concept du dialogue des juges, de l'acception et de la mobilisation comme grille de lecture de compréhension pour les rapports de systèmes, singulièrement européens.

Certains auteurs galvaudent et critiquent le concept comme ne constituant pas une notion juridique, mais imprécise, floue, inapte à servir la réalité scientifique du droit, mais davantage une métaphore lyrique ne rendant compte d'aucune réalité concrète<sup>6</sup>. Pour d'autres, la métaphore est suffisamment tangible et explicite pour être transposée à l'activité juridictionnelle et en décrire les phénomènes<sup>7</sup>. Mais, indéniablement, la notion de dialogue rend compte des interactions entre les juridictions, puisqu'elle suppose un échange.

En outre, le dialogue des juges fait l'objet de nombreux dérivés, si tant est que l'on puisse les qualifier de synonymes. Tantôt dénommé « *le commerce des juges* »<sup>8</sup>, de « *transjudicial communication* »<sup>9</sup> mais également de « *circulation des solutions juridiques* »<sup>10</sup>, le dialogue des juges doit être appréhendé dans un environnement de globalisation du droit<sup>11</sup>, qui se caractérise par une perméabilisation croissante des systèmes juridiques, notamment européens. Dès lors, dans le cadre de cette étude, le dialogue des juges sera entendu comme un phénomène qui désigne l'échange d'arguments, d'interprétation de concepts et de solutions juridiques entre magistrats<sup>12</sup>. Il se caractérise par une expatriation des concepts et des dialectiques, constituant ainsi un processus normatif constructif. Ce dialogue ne constitue pas seulement la réception d'une position jurisprudentielle, d'une référence pertinente, mais davantage un échange volontaire, consenti, non institutionnalisé, qui aboutit

---

<sup>5</sup> **JACOB (F.-G.)**, « Between Luxembourg and Strasbourg : Dialogue Between The European Court of human rights and the European Court of Justice », in A. Epiney, M. Haag et A. Heinemann (dir.), *Die Herausforderung von grenzen ; Festschrift für Roland Bieber*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp.205-214, v. également du même auteur « Judicial dialogue and the Cross-Fertilization of legal systems : The european Court of Justice », *Journal du droit international*, vol.38, 2003, pp.547 à 556

<sup>6</sup> A titre d'exemple, **DE LAMY (B.)**, « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité », [http://publications.ut-capitole.fr/22147/1/deLamy\\_22147pdf.pdf](http://publications.ut-capitole.fr/22147/1/deLamy_22147pdf.pdf), site consulté le 25 mai 2017

<sup>7</sup> **GILLIAUX (P.)**, « C.J.U.E et Cour E.D.H "pourquoi la guerre aurait-elle lieu ?" », *Cahier de droit européen*, 2016, n°3, pp.839 à 879

<sup>8</sup> **ALLARD (J.)**, **GARAPON (A.)**, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, coll. La République des idées, 2005, 96.p

<sup>9</sup> **SLAUGHTER (A.-M.)**, « A typology of transjudicial Communication », in *University of Richmond Law Review*, n°29, 1994, pp.99 à 138

<sup>10</sup> **BERGE (J.-S.)**, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2013, spéc. p.5, pp.174 à 174, pp.191 à 192 ; **GREWE (C.)**, « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp.505 à 517

<sup>11</sup> **AUBY (J.-B.)**, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, L.G.D. J, coll. Système Droit, 2010, pp.15 à 16 : « un mouvement général d'ouverture et de compénétration de systèmes qui se manifeste au niveau mondial, mais aussi bien à d'autre niveau. C'est en ensemble de phénomène 'multi-niveau' et multidirectionnels » ; v. également **MORAND (C.-A.)** (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, coll. Droit international, 478.p ; **SALAH (M.-M.)**, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, P.U.F, coll. Droit, éthique et société, 2002, 250.p

<sup>12</sup> V. notamment **ALLARD (J.)** et **VAN DEN EYNDE L.**, « Le dialogue de jurisprudence comme source du droit : arguments entre idéalisation et scepticisme », in **HACHEZ (I.)**, **CARTUYVELS (Y.)**, **DUMONT (H.)**, **GERARD (P.)**, **OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)** (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol.3 « Normativités concurrentes », Limal, Anthémis, 2013, pp.285 à 315. Ce dialogue s'exprime singulièrement par « *une intensification des échanges entre juges* », **DELMAS-MARTY (M.)**, « Du dialogue à la montée en puissance des juges », in *Le dialogue des juges, mélange en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p.306

à la création de droit représentant le syncrétisme européen mais également à la confection de mécanisme jurisprudence afin d'orchestrer le dialogue. Madame POTVIN-SOLIS précise dans cette perspective que le dialogue des juges constitue « *l'échange qui unit nécessairement, pour la mise en œuvre du droit européen, les juridictions nationales aux juridictions européennes, dans l'exercice de leur mission de dire et d'appliquer le droit* »<sup>13</sup>. En outre, le dialogue des juges est protéiforme, notamment par le canal de l'opposition, de la coopération C.J.U.E et Cour E.D.H de l'inspiration réciproque, et nous ne pouvons que constater l'inflation du dialogue entre les juges européens et plus particulièrement en matière de respect des droits fondamentaux.<sup>14</sup>

Ce faisant, le terme même de dialogue est, à notre sens, un mécanisme pertinent pour appréhender les relations entre les deux Cours européennes, respectivement la C.J.U.E et la Cour E.D.H, qui ne possèdent aucun lien organique ni formel entre elles, mais construisent ensemble un arsenal juridique européen de protection des droits fondamentaux. Le dialogue des juges en Europe permet manifestement une harmonisation, une cohérence des garanties conventionnelles notamment dans le domaine des droits de l'Homme. Cependant, sans affirmer que le dialogue des juges incarne une réelle source de droit, il constitue un canal fertile et fructueux de création du droit et de gestion des flux normatifs de droits fondamentaux. Effectivement, le parachèvement de ce dialogue peut aboutir, par effet de transposition, à la naissance d'un droit nouveau ou davantage affiné.

Au demeurant, les relations entre la C.J.U.E et la C.E.D.H sont tout à fait propices à une étude par le canal du dialogue des juges, et ce, à plusieurs titres. Assurément, depuis les années 70, il s'est instauré un dialogue entre les deux Cours européennes. L'objectif premier des références à la C.E.D.H de la part de la C.J.C.E était de consacrer un corpus de droits fondamentaux protégés dans son système juridique, dans la mesure où les Communautés n'étaient pas encore dotées de leur propre texte protecteur<sup>15</sup>. Cependant, malgré l'adoption de la Charte des droits fondamentaux en 2000 et particulièrement depuis sa consécration au rang de droit primaire par le Traité de Lisbonne, la C.J.U.E continue de se référer à la jurisprudence de la Cour E.D.H, mais également à sa Convention. Par ailleurs, à l'instar de la C.J.U.E, la Cour E.D.H effectue des références à la jurisprudence de la C.J.U.E mais également à la Charte des droits fondamentaux, avant même que cette dernière n'acquiert une

---

<sup>13</sup> **POTVIN-SOLIS (L.)**, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in **LICHERE (F.)**, **POTVIN-SOLIS (L.)**, **RAYNOUARD (A.)** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, op.cit, pp.22 à 23

<sup>14</sup> Ce truisme est particulièrement mis à l'honneur dans l'ouvrage d'Edouard DUBOUT et de Sébastien TOUZE, *Les droits fondamentaux ; charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pédone, coll. Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, 2010, 336.p

<sup>15</sup> Le Professeur DA SALVIA parle « *d'une lacune génétique* » pour présenter l'absence des droits fondamentaux dans les traités fondateurs des Communauté, in « Balayage informel et critique des tenants et des aboutissants de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Les droits de l'Homme en évolution, Mélanges en l'honneur du Professeur Petros J.Pararras*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.445

valeur de droit primaire<sup>16</sup>. En effet, la mobilisation de la Charte par la C.E.D.H est d'un intérêt des plus pertinents qui est la modernisation même de la Convention de 1950, qui lui a permis de s'approprier des problématiques plus actuelles. *In fine*, les deux Cours ont évolué et se sont développées concomitamment dans leurs domaines respectifs, puis sont sorties de leurs lits et débordent sur l'apanage de l'autre cours. Inévitablement, les libertés économiques de l'Union européenne devaient rencontrer les droits de l'Homme de la C.E.D.H<sup>17</sup>.

La multiplicité des normes de protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne rend impérative la mise en place d'un dialogue entre les juridictions européennes, dans un souci de cohérence et d'harmonisation, pour le justiciable et les Etats européens. Le dialogue des juges doit donc être perçu comme une modalité de coopération normative non contraignante. Ainsi, le Professeur Bergé a mis en exergue le fait que « *Le Conseil de l'Europe entretient des liens particulièrement étroits avec l'Union européenne. Ces liens sont, pour partie, de nature institutionnelle [...]. Ces échanges sont également une dimension juridictionnelle.* »<sup>18</sup>. Il conviendra donc dans cet écrit de se pencher sur le versant juridictionnel de ces liens, mobilisant comme allégorie le dialogue des juges.

La question nous intéressant ici, est, *in fine*, quelles manifestations du dialogue des juges, de cette grille de lecture, pouvons-nous déceler dans la jurisprudence des Cours européennes ? Cette logique dialogique est-elle toujours d'actualité dans la jurisprudence européenne ?

#### I- Le jeu des références croisées et l'émergence de nouveaux droits

Le dialogue des juges est le gage d'une interdépendance entre les systèmes juridiques, puisque chaque juge européen est « *affecté par le comportement des autres* »<sup>19</sup>. Le dialogue des juges européens conduit inexorablement à un processus de co-construction de droits fondamentaux européens, grâce auquel un corpus européen de droits fondamentaux parvient à se confectionner (A). Par ailleurs, le jeu des références croisées mène également à la relecture ou à l'extension du champ d'application des droits fondamentaux dans leurs ordres juridiques respectifs (B).

##### 1- La consécration de nouveau droit grâce au dialogue des juges

---

<sup>16</sup> V. à titre d'exemple C.E.D.H, 8 juillet 2003, *Hatton et autres c/ Royaume-Uni*, n°36022/97, Rec. 2003-VII, C.E.D.H, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, n°28957/95, Rec. 2002-VI, C.E.D.H, 26 mai 2003, *Fretté c/ France*, n°36515/97, Rec. 2002-I.

<sup>17</sup> Ou selon la métaphorique formule du Professeur **CHAMPEIL-DESPLATS**, « *Lorsqu'on grandit de si près, s'ignorer est impossible, et ce quand bien même les relations s'avèreraient délicates* », in « *L'influence réciproques de la convention européenne des droits de l'Homme et de l'ordre juridique de l'Union européenne* », in **BENLOLO-CARABOT (M.), CANDAS (U.), CUJO (E.)**, *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Dailler*, Paris, A.Pedone, 2014, p.747

<sup>18</sup> **BERGE (J.-S.)**, *L'application du droit national, international et européen*, *op.cit.*, p.174 ; v. également la thèse d'Aurélia SCHAHMANECHE, *La motivations des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat, Université de Montpellier, Paris, A.Pedone, coll. Institut international des droit de l'homme, 2014, spéc pp.551 à 557, pp.587 à 588, qui présente l'apport de la Charte des droits fondamentaux et de la jurisprudence de la C.J.U.E dans la motivation de la Cour E.D.H.

<sup>19</sup> **TULKENS (F.), CALLEWAERT (J.)**, « *La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux* », in **BRIBOSIA (E.), DONY (M.)**, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Université de Bruxelles, coll. Etudes européennes, p.177

Comme le met en lumière le Conseiller Mattias Guyomar, « *la convergence croissante entre les jurisprudences qu'assure le dialogue, institutionnalisé comme informel, des juges en Europe apparaît comme un outil d'autant plus efficace de pénétration du droit européen qu'elle en assure la cohérence d'ensemble* »<sup>20</sup>. Cette convergence se caractérise singulièrement par un ensemble de références croisées, notamment quant à la définition et à la substance des droits fondamentaux, donnant ainsi naissance « *à un véritable commerce judiciaire et contribue au décloisonnement des ensembles juridiques* »<sup>21</sup>, à une perméabilité des systèmes juridiques.

La C.J.U.E a créé un phénomène d'absorption de la C.E.D.H.<sup>22</sup> en s'appropriant les droits de la Convention dans un premier temps, par le mécanisme des principes généraux du droit. Sous l'influence des Cours constitutionnelles allemandes et italiennes, la C.J.C.E a reconnu des droits fondamentaux comme des droits protégés par l'ordre juridique communautaire, puis s'est confectionnée un arsenal de droits fondamentaux, sur le soubassement de la C.E.D.H. Effectivement, les droits économiques de l'Union ne pouvaient demeurer hermétiques aux droits civils et politiques consacrés par la C.E.D.H. Les principes généraux du droit dès lors constituent des sources non écrites du droit, une opération de découverte à partir d'un fond commun de valeur communautaire. Pour constituer ce fond de valeur commun, la C.J.C.E s'appuie principalement sur le texte de la Convention. A titre d'exemple, la C.J.U.E dégage la liberté religieuse<sup>23</sup>, le respect du droit de propriété<sup>24</sup>, le principe de non rétroactivité<sup>25</sup>, la nécessité d'un contrôle juridictionnel effectif<sup>26</sup>, le droit au respect de la vie familiale<sup>27</sup> (bien qu'il s'agisse de la première référence par la Cour à la Charte des droits fondamentaux, la C.J.C.E s'appuie largement sur le texte de la Convention et sur la jurisprudence de la Cour E.D.H).

Cependant, il convient de garder à l'esprit que si la Cour de justice admet la Convention comme une source d'inspiration privilégiée, il n'en reste pas moins vrai que, juridiquement et conventionnellement, elle n'applique pas la Convention directement en tant que partie contractante<sup>28</sup>.

---

<sup>20</sup>GUYOMAR (M.), « Le juge administratif et le droit européen », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p.94

<sup>21</sup>DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in (DUBOUT (E.), TOUZE (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux ; charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pédone, coll. Publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, 2010, p.12

<sup>22</sup> Le Professeur CONSTANTINESCO parle « *d'internalisation* » du droit de la Convention par la C.J.U.E, in « Le renforcement des droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », in *Le Traité d'Amsterdam : réalités et perspectives*, Paris, A.Pedone, 1998, p.34

<sup>23</sup>C.J.C.E, 27 octobre 1976, *Prais*, aff. 130/75, Rec.1976, p.01579.

<sup>24</sup> C.J.C.E, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, Rec.1979, p.03727.

<sup>25</sup>CJCE, 29 janvier 1985, *Gesamthochschule Duisburg*, aff.234/83, non publié.

<sup>26</sup> C.J.C.E, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 242/84, Rec. 1986, p.01651

<sup>27</sup>C.J.C.E, 27 juin 2006, *Parlement c/ Conseil*, aff.C-94/100, Rec.2006, p.I-5769

<sup>28</sup>Cependant, en examinant la jurisprudence, il est évident, comme l'a affirmé le Président Puissechot, que malgré « *La prudence rédactionnelle de la Cour de Justice, dont celle-ci se départit au demeurant parfois, ne doit pas masquer la place prééminente qu'occupe à présent la C.E.D.H dans la protection des droits fondamentaux dans la Communauté. Tout se passe en effet non seulement comme si la Convention était devenue l'une des sources d'inspiration principale de la Cour en la matière mais aussi comme si ses dispositions matérielles faisant désormais partie intégrante du droit communautaire* », in « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes et la protection des droits de

Dès lors, les principes généraux du droit constituent l'instrument qui établit le lien entre les deux ordres juridiques autonomes que sont la Convention et l'ordre juridique communautaire. Néanmoins, certains auteurs affirment l'idée que la C.E.D.H est devenue une réelle source formelle de la légalité communautaire, une « *source substantielle de la protection communautaire des droits fondamentaux* »<sup>29</sup>. A l'instar de la C.J.U.E à l'égard de la C.E.D.H, le Professeur SUDRE constate que « *le juge européen utilise également la source communautaire dans sa diversité* »<sup>30</sup>. Des dialogues stimulants de jurisprudence unifient le droit, en veillant à garantir la sécurité juridique tout en assurant un niveau de protection élevé des droits fondamentaux. Un système européen se construit à partir de ces échanges qui permettent des influences croisées et des interactions réciproques.

L'un des exemples de co-construction jurisprudentiels les plus prodigieux demeure sans doute le droit des transsexuels. Par un effet d'enchaînement et d'inspiration réciproques, les jurisprudences successives des deux Cours ont établi de véritables droits pour les transsexuels, au premier chef, la C.J.C.E. En effet, dans son arrêt *P. c/ S et Cornwall County Council*<sup>31</sup> de 1996, la Cour, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour E.D.H, étend le champ d'application de la directive 76/207 sur le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes concernant l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle. Elle admet dès lors que les discriminations fondées sur la conversion sexuelle d'un employé ne justifient pas une discrimination dans le cadre de cette directive.

Successivement à cette décision, la Cour E.D.H est amenée à se prononcer sur un problème d'envergure similaire et mobilisera la jurisprudence de la C.J.C.E, et ira même au-delà du principe d'égalité dans son fameux arrêt *Goodwin c./ Royaume-Uni*<sup>32</sup>. Dans cet arrêt, la Cour indique que l'absence de reconnaissance juridique de la conversion sexuelle de la requérante constitue un manquement au respect du droit à la vie privée du justiciable.

Par la suite, la C.J.C.E a repris la position de la Cour E.D.H dans son arrêt *K.B* de 2004<sup>33</sup>, concernant l'exclusion d'un partenaire transsexuel du bénéfice d'une pension de réversion dont l'octroi est limité au conjoint survivant, puisque la requérante ne pouvait épouser sa partenaire en raison de la législation britannique à ce sujet. Par conséquent, la requérante ne pouvait être comptée parmi les « *veuves* », dans son acception générale de conjoint survivant comprise dans la directive européenne, selon la juridiction britannique. Puis, suite à une question préjudicielle posée par la Court of Appeal of England and Wales, la Cour de justice indique qu'en violation avec la C.E.D.H,

---

l'Homme », in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin, 2000, p.1142

<sup>29</sup>V. notamment **SUDRE (F.)**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F coll. Droits fondamentaux, p.139

<sup>30</sup> *Ibid.*, p.140

<sup>31</sup> CJCE, 30 avril 1996, *P c/ S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, Rec. 1996 p. I-2143

<sup>32</sup> C.E.D.H, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, *op.cit.*, §43 à 45

<sup>33</sup> C.J.C.E, 7 janvier 2004, *K.B*, aff. C-117/01, Rec.2004, p.I-00541, §24

la Cour s'oppose à une législation qui empêche un couple de remplir la condition de mariage nécessaire afin que l'un d'entre eux puisse bénéficier d'un élément de la rémunération de l'autre.

Par ailleurs, sans incarner la construction d'un droit-nouveau, il convient de souligner que le dialogue des juges, notamment la part de la Cour E.D.H, aboutisse à la construction d'un consensus européen, et nous prendrons ici pour exemple la liberté de conscience (en matière de service militaire en l'espèce<sup>34</sup>). Bien que la Cour ne se réfère pas exclusivement à la Charte dans les sources de droit international pertinente, elle mobilise la dialectique de la Charte dans son argumentation<sup>35</sup>, et plus largement a fait appel aux textes de droits de l'Union mais singulièrement à la jurisprudence de la Cour de Justice, dont l'ensemble a conséquemment constitué l'armature logistique de la Cour E.D.H pour juger cette affaire et conforter, puis bâtir le consensus européen en la matière.

A l'aune de ces jurisprudences, il apparaît que la Charte, la Convention et les jurisprudences respectives des deux Cours constituent des sources constructives de droits dans les ordres juridiques de l'Union et de la C.E.D.H, elles constituent des acteurs fertiles au développement du droit européens.

## 2- L'extension ou l'affinement de droits fondamentaux par le dialogue des juges

La relecture de certains droits en raison de la prise en compte de la jurisprudence de l'autre Cour européenne se matérialise de manière patente dans l'activité jurisprudentielle des deux Cours. L'exemple topique dans la jurisprudence de la C.J.C.E est l'extension de protection du domicile aux locaux commerciaux, issu d'une saga jurisprudentielle relativement longue. Cette saga a abouti à l'arrêt *Roquette Frère*<sup>36</sup> de la C.J.C.E, dans laquelle la Cour de justice se fonde explicitement sur la jurisprudence de la Cour E.D.H pour justifier son revirement et inclure les locaux commerciaux sous la protection de l'article 8 de la C.E.D.H.

Concernant la Cour E.D.H, cette dernière s'est inspirée de la jurisprudence de la C.J.U.E dans de nombreux arrêts, notamment pour étendre et moduler le champ d'application de son article 6§1 qui consacre le droit au procès équitable et le droit d'être entendu. En effet, la Cour E.D.H mobilise la jurisprudence de la C.J.C.E pour englober sous la lettre de l'article 6 le contentieux de la fonction publique<sup>37</sup>, mais de surcroît, afin d'inclure les mesures provisoires dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention<sup>38</sup>. De même, l'arrêt *Scoppola c/ Italie*<sup>39</sup> est représentatif de l'appui que la

---

<sup>34</sup> C.E.D.H, 7 juillet 2011, *Bayatyan c/ Arménie*, n°23459/03, Rec.2011-IV

<sup>35</sup> V. §106 de l'arrêt, *ibid.*

<sup>36</sup> C.J.C.E, 22 octobre 2002, *Société Roquette Frères SA*, Aff. C-94/00, Rec. p.I-09011

<sup>37</sup> C.E.D.H, 8 décembre 1999, *Pellegrin c/ France*, n° 28541/95, Rec.1999-VIII

<sup>38</sup> C.E.D.H, 15 octobre 2009, *Micallef c/ Malte*, n°17056/06, Rec.2009-V. Cet arrêt est d'autant plus notable puisqu'il vient conforter un revirement de jurisprudence de la C.E.D.H.

<sup>39</sup> C.E.D.H, 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie*, n°10249/03, non publié.

Cour E.D.H peut trouver dans la jurisprudence de la C.J.U.E ainsi que quand la Charte, ici à propos de la rétro activité de la loi pénale la plus douce<sup>40</sup> .

Par ailleurs, le principe *ne bis in idem* a fait l'objet, jusqu'à récemment, d'un récit jurisprudentiel sur la signification même du principe. En effet, par son arrêt *Sergueï Zouloutoukine*<sup>41</sup>, la Cour de Strasbourg s'est ralliée à l'interprétation des juges du plateau du Kirchberg en reprennent le critère d'identité des faits comme déterminant la substance de « *idem* ». Cependant, elle continuait de prôner toujours l'interdiction de la sanction pénale et administrative pour les mêmes faits. Mais, nonobstant la jurisprudence de la Cour E.D.H, l'arrêt *Åklagaren/ Hans ÅkerbergFransson*<sup>42</sup> de la C.J.U.E a éclairci sa position sur la substance du principe *ne bis in idem*. Concernant la possibilité de cumuler des sanctions fiscale et pénale à raison des mêmes faits, la Cour déclare que le cumul est possible, sans porter atteinte à l'article 50 de la Charte, à condition que la sanction fiscale ne revête pas un caractère pénal. Pour apprécier l'éventuelle nature pénale de la sanction fiscale, la juridiction nationale dispose de trois critères : la qualification juridique de l'infraction, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction. Cet arrêt est intéressant dans la mesure où celui-ci s'éloigne de l'interprétation donnée par la Cour E.D.H dans son arrêt *Zoloutoukine*, et effectue une interprétation autonome de la Charte, malgré la présence de l'article 52§3 de la Charte. Après avoir maintenu l'interdiction de la double sanction pour les mêmes faits<sup>43</sup>, la Cour E.D.H, par son arrêt *A.B c./ Norvège*<sup>44</sup>, confirmé dans un arrêt *Rivard c./ Suisse*<sup>45</sup>, le principe devient applicable s'il existe un lien matériel et temporel suffisamment étroit entre l'infraction, si les deux procédures n'ont aucun lien entre elles. Dès lors, elle autorise le cumul de sanction à cette condition et se rallie à la position de la Cour de Justice.

En outre, dans une affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*<sup>46</sup>, la Cour E.D.H se rallie une nouvelle fois à l'interprétation de la C.J.U.E – après avoir considéré que la création de prestations sociales, même sans cotisation de la part du bénéficiaire, engendrait un intérêt patrimonial relevant de l'article 1 du Protocole n°1 – et a jugé que l'avantage conféré aux femmes par la législation britannique n'était pas contraire à l'article 14 de la Convention, combiné avec l'article 1 du Protocole n°1. La Cour a notamment fondé sa conclusion sur une décision de la C.J.C.E considérant qu'il y avait

---

<sup>40</sup> V. notamment le §38, *ibid.*

<sup>41</sup> C.E.D.H, 10 février 2009, *Sergueï Zoloutoukine c./Turquie*, n°14939/03, Rec. 2009-I

<sup>42</sup> C.J.U.E, *Åklagaren/ Hans Åkerberg Fransson*, aff.C-617/10, non publié

<sup>43</sup> C.E.D.H, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, non publié

<sup>44</sup> C.E.D.H, 15 novembre 2016, A. et B. c/ Norvège, n°24130/11 et 29758/11, v. ANDRIANTSMIBAZOVINA (J.), « L'arrêt de grande chambre A. et B. c/ Norvège assouplit sa jurisprudence sur le principe *ne bis in idem* en acceptant la conventionalité des procédures mixtes et intégrées », La Gazette du Palais, mars 2017, n°10 pp.31 à 32 ; GUTMANN (D.), « Cumul des sanctions pénales et fiscales : une nouvelle décision peu favorable ; Note sous Cour européenne des droits de l'homme, grande Chambre, 15 novembre 2016, A et B c. Norvège, arrêt numéro 24130/11 », Option France, 2017, n°1394/1395, p.46

<sup>45</sup> C.E.D.H, 4 octobre 2016, *Rivard c./Suisse*, n°21563/12, non publié, mais également par un arrêt du 27 novembre 2014, *Lucky Dev c./ Suède*, n° 7356/10, non publié

<sup>46</sup> C.E.D.H, 12 avril 2006, *Stec et autre c. Royaume-Uni*, n°65731/01 et 65900/01, Rec.2005-X

lieu « *d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la CJCE* »<sup>47</sup>.

Par ailleurs, des arrêts récents soulignent le caractère constructif du dialogue des juges, notamment par la C.J.U.E, en calquant le raisonnement de la Cour E.D.H dans certains arrêts. La Cour utilise comme soubassement les arrêts de la Cour E.D.H afin de construire une structure solide à son arrêt. En d'autres termes, cela confère une légitimité supplémentaire aux arrêts de la Cour et obéit à l'obligation de l'article 52§3 du Traité. A titre d'exemple, dans le domaine de la privation de liberté, un arrêt *J.Z* du 28 juillet 2016<sup>48</sup>, la C.J.U.E mobilise toute la dextérité de la logique de la Cour E.D.H afin de décrire ce que constitue le droit à la liberté, pour en déduire que des mesures obligeant un individu à se présenter une fois par mois dans un bureau de police chargée de la surveillance, ainsi qu'un certain nombre de mesures contraignantes ne constituaient pas une privation de liberté. La Cour de justice effectue le même exercice dialectique dans un récent arrêt *Salah Al Chodor* du 15 mars 2017<sup>49</sup>.

Aussi, la C.J.U.E reproduit le même schéma logique que la Cour E.D.H, notamment lorsqu'un contentieux concerne le droit au nom<sup>50</sup>. En effet, ne possédant pas suffisamment de jurisprudence dans son propre arsenal juridique, la Cour construit son raisonnement sur la base de jurisprudence de la Cour E.D.H et en déduit, conformément à cette dernière, que le droit au changement de nom est légitime et que les Etats membres doivent y répondre, sauf à justifier de motifs liés à l'ordre public.

Cette litanie d'exemples souligne l'évidence : par les références croisées des jurisprudences et par la prise en compte de la dialectique de chacune des Cours, se forment un consensus européen et la création de droits fondamentaux européens, réunis sous une même acception. Cependant, davantage que la création judiciaire du droit, le dialogue des juges permet singulièrement une harmonisation des droits, malgré la présence de désaccords et d'une certaine émancipation de la part de la C.J.U.E.

## II- L'aboutissement du dialogue des juges européens et l'essoufflement de la logique dialogique

La constatation de la mise en place jurisprudentielle et textuelle du dialogue des juges européens est un truisme pour tous les juristes : l'harmonisation (qui n'est pas uniformisation) des droits fondamentaux à l'échelle européenne, aboutissant à la confection d'un *jus commune* européen(A).

---

<sup>47</sup> §58 de l'arrêt, *ibid.*

<sup>48</sup> V. les considérants 48 à 52 de l'arrêt

<sup>49</sup>C.J.U.E, 15 mars 2017, *Salah Al Chodor*, aff.C-528/15, non publié, §37 à 40

<sup>50</sup> C.J.U.E, 2 juin 2016, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorf*, aff.C-438/14, non publié, §54 à 56

Cependant, une fois cet objectif atteint, que reste-t-il de cette grille de lecture du dialogue des juges ? La logique dialogique est-elle toujours opérante après le Traité de Lisbonne ? (B).

1- L'aboutissement de l'instauration du dialogue des juges : l'harmonisation des conceptions des droits fondamentaux à l'échelle européenne :

Les échanges et les emprunts effectués par les Cours européennes entraînent, par le jeu d'enchevêtrement de jurisprudence, une harmonisation des droits fondamentaux à l'échelle européenne. Cette harmonisation semble aboutir à un véritable *jus commune* européen.

Cette dernière s'opère notamment grâce à l'emprunt des méthodes d'interprétation de la C.J.U.E à la Cour E.D.H afin de construire son propre droit interne. En effet, la C.J.U.E reprend à son compte le concept de marge d'appréciation (instauré notamment par la jurisprudence *Handyside*<sup>51</sup> de la Cour E.D.H), qui permet de préserver l'autonomie des Etats contractants, tout en harmonisant les jurisprudences internes entre elles. Ce mécanisme a été transporté dans le contentieux du droit de l'Union pour la mise en œuvre de la clause d'ordre public par les autorités nationales<sup>52</sup>. Ainsi, avec cet emprunt, l'harmonisation dans la marge d'appréciation des Etats membres de l'Union mais également des parties contractantes à la C.E.D.H possède un outil harmonisé entre deux systèmes juridiques européens.

Par ailleurs, la Cour E.D.H a mis en place le concept de « société démocratique », qui est une création purement jurisprudentielle afin d'effectuer son contrôle de proportionnalité. Cette notion a été largement empruntée par la C.J.U.E en faisant clairement référence à la jurisprudence constructive de la Cour E.D.H, puisque ces lettres d'or, bien qu'inscrites dans un premier temps dans la Convention, lui ont été données par son arrêt *Handyside*, qui en fait un principe général d'interprétation de la Convention, au-delà de la proportionnalité d'une restriction. En outre, la C.J.U.E mobilise dans son contrôle de proportionnalité le concept de société démocratique lors d'une atteinte à un droit fondamental par une liberté économique, en reprenant la lettre de la Cour<sup>53</sup>. L'harmonisation de ces méthodes d'interprétation trouve *in fine* son origine dans la création judiciaire de méthode d'interprétation de la Cour E.D.H, calquée par la C.J.U.E et aboutissant à une création homogénéisée du droit. Ces emprunts, de même que ces appropriations, sont issus d'un dialogue fertile et fructueux entre les deux Cours.

L'enjeu principal de ce dialogue est la consécration d'une interprétation unitaire du droit à l'échelle européenne. Effectivement, le dialogue entre les juges européens entraîne inéluctablement la

---

<sup>51</sup> C.E.D.H, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n°5493/72, Serie.A, Rec.24

<sup>52</sup> V. à titre d'exemple les arrêts C.J.C.E, 4 décembre 1974, *Yvonne Van duyn*, aff.41/74, Rec. 974 p.01337, §18 ; C.J.C.E, 23 octobre 2003, *RTL Télévision GmbH*, aff. C303/3, Rec. §71 à 73

<sup>53</sup> V. à titre d'exemple, C.J.U.E, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, aff. C-203/15, non publié, §93 à 96

création d'un droit vivant, d'un *jus commune* européen, découlant des rapports de systèmes. La confection et l'affinement des droits fondamentaux les juges européens se colore d'une dimension interprétative supplémentaire qui émane directement du dialogue entre les deux Cours européennes.

Il est tout à fait pertinent de parler d'élaboration juridictionnelle de standard européen, sous l'estampille d'un *jus commune* européen. Le dialogue des juges européens met en exergue une volonté de matérialiser un standard européen de protection des droits fondamentaux, avec une interprétation commune des droits. A ce titre, pour reprendre les termes du Professeur Grewe, le dialogue des juges se compose d'une part « *d'interprétation* » et d'une part de « *comparaison* »<sup>54</sup>, singulièrement à propos des normes de protection des droits fondamentaux. Dès lors, le dialogue entre juges permet aux systèmes juridiques d'entrer matériellement en contact et d'interagir. Cependant, le niveau d'interaction entre les systèmes ne repose pas sur une constante juridique. C'est pourquoi il convient de se pencher sur la persistance de ce phénomène dialogique.

### 3- Vers l'essoufflement de la logique dialogique ?

Le Professeur Simon avait qualifié les relations entre les deux juges européens selon l'expression « *Je t'aime moi non plus* »<sup>55</sup>, pour aborder le thème des influences réciproques entre les deux Cours. Dès lors, il convient de relever le caractère aléatoire, sinon désordonné, des relations entre ces deux juridictions, notamment dans le cadre de la création judiciaire du droit. Effectivement, la logique du dialogue des juges européens tend à s'essouffler, singulièrement depuis l'adoption du Traité de Lisbonne. Ce paradoxe est palpable, nonobstant la présence d'un dialogue orchestré par la lettre de l'article 52§3 de la Charte.

En effet, d'une part, en élevant au rang de droit primaire la Charte des droits fondamentaux, le Traité offre à l'Union son propre corpus de droits fondamentaux, bien que calqué en grande partie sur la Convention européenne. Dès lors, la Cour de justice ne va pas manquer de se référer en premier lieu à sa Charte dès qu'elle le pourra. Les derniers arrêts rendus par la Cour de justice sont à ce sujet très explicite et mobilisent davantage la Charte qui constitue indéniablement une protection « *à l'intérieure du système* »<sup>56</sup>. Nous constatons donc le fait suivant : dès lors que la C.J.U.E possède une jurisprudence suffisamment fournie et complète pour résoudre son litige, elle ne se réfère qu'à sa jurisprudence et ne mentionnera la C.E.D.H que de manière superficielle, pour ne pas dire ornementale. En effet, à titre d'exemple, dans l'arrêt *Papierfabrik August Koehler*<sup>57</sup>, la C.J.U.E se contente simplement d'indiquer que le principe général du droit communautaire selon lequel toute personne a droit à un procès équitable s'inspire de l'article 6§1 de la C.E.D.H. Cependant, dès la phrase suivante, elle s'approprie

<sup>54</sup> GREWE (C.), « Repenser les fondements des rapports de systèmes », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J, 2016, spéc. pp.555 à 561

<sup>55</sup> SIMON (D.), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? », in *Pouvoirs*, 2001/1, n°96, p.31-49,

<sup>56</sup> DIX (W.), « Charte des droits fondamentaux et Convention – De nouvelles voies pour réformer l'Union européenne ? », *Revue du marché commun de l'Union européenne*, 2001, n°448 p.305

<sup>57</sup> C.J.C.E., 3 septembre 2009, *Papierfabrik August Koehler*, aff. Jointes C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P

le principe en y appliquant seulement sa propre jurisprudence et son propre raisonnement en la matière. Il en est de même dans l'arrêt *Chronopost* concernant ce même article<sup>58</sup>.

La C.J.U.E semble faire ici un usage subsidiaire de la C.E.D.H et de la jurisprudence de la Cour et mobilise ces dernières seulement lorsque son propre arsenal juridique est insuffisant, et plusieurs arrêts récents confortent cette hypothèse. En effet, dans un arrêt *Berlioz InvestlenrFund SA* du 16 mai 2017, le requérant invoque la violation de l'article 6§1 de la C.E.D.H, le droit à un recours juridictionnel effectif. Or, la Cour de justice a souligné qu'« *il convient de rappeler que le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit de l'Union, qui est aujourd'hui exprimé à l'article 47 de la Charte. Ledit article 47 assure, dans le droit de l'Union, la protection conférée par l'article 6, paragraphe 1, et l'article 13 de la CEDH. Il y a lieu, dès lors, de se référer uniquement à cette première disposition* »<sup>59</sup>.

Par ailleurs, l'émancipation de la C.J.U.E à l'égard de la C.E.D.H se manifeste de surcroît lorsqu'elle affirme que, bien que les droits fondamentaux reconnus par la CEDH fassent partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et si l'article 52§ 3 de la Charte impose de donner aux droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention, cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union<sup>60</sup>. La C.J.U.E absorbe directement le contenu de la C.E.D.H<sup>61</sup> pour ensuite ne se fonder que sur son article référencié dans la Charte des droits fondamentaux. A ce titre, les arrêts *Chalkor c./Commission*<sup>62</sup> de 2012 et *Otis NV*<sup>63</sup> de la même année soulignent parfaitement qu'à partir du moment où le droit en jeu dans l'affaire trouve un appui dans la Charte, bien que les justiciables se fondent sur la C.E.D.H, « *il y a dès lors lieu de se référer uniquement à cette première disposition* »<sup>64</sup>. La C.J.U.E exclut le champ d'application de la C.E.D.H pour s'approprier directement le contenu de la Convention et en faire une application directe dans son propre ordre juridique. Ainsi, le dialogue des juges est surplombé par une absorption de la part de la Cour de justice.

Par conséquent, les derniers arrêts rendus par la C.J.U.E mettent en exergue un dialogue superficiel des juges. En effet, les références à la C.E.D.H ne sont que très peu approfondies, creusant

---

<sup>58</sup>C.J.C.E, 1 juillet 2008, *Chronopost SA*, aff.C-341/06, Rec.2008 p.I-04777, §44, v. également dans cette perspective l'arrêt du 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland GmbH*, aff. C-40/12 P, Rec. Numérique, §74

<sup>59</sup>§54 de l'arrêt *ibid*.

<sup>60</sup>V. à titre d'exemple les arrêts du 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, Rec. numérique, § 62, C.J.U.E, 26 février 2013, Åkerberg Fransson, *op.cit.* § 44, 1C.J.U.E, 8 juillet 2013, *Schindler Holding Ltd*, aff.C-501-11, Rec. numérique, §32, C.J.U.E, 6 octobre 2016, *Gianpaolo Paoletti*, aff. C-218/1, non publié, §21

<sup>61</sup> Le Professeur **Vlad CONSTANTINESCO** parle même de « *vampirisation* » de la Convention par l'ordre communautaire, in « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Le Traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Paris, Pedone, 1999, p. 33

<sup>62</sup> C.J.U.E, 8 décembre 2011, *Chalkor c./Commission*, aff.C-386/10 P, Rec. p. I-13085

<sup>63</sup> C.J.U.E, 6 novembre 2012, *Otis*, aff.C\_19911, non publié

<sup>64</sup>V. à titre d'exemple C.J.U.E, 6 novembre 2012, *Otis*, *op.cit.*, §47, C.J.U.E, 8 décembre 2011, *Chalkor c./Commission*, *op.cit.*, §51, C.J.U.E, 29 janvier 2013, *Ciprian Vasile Radu*, aff.C-396/11, non publié, §32

davantage les références à la Charte, dès lors que la jurisprudence de la C.J.U.E est suffisamment étoffée sur le contentieux présenté devant elle. Il est patent, notamment à l'aune d'une analyse des deux dernières années, que la C.J.U.E ne mobilise la Cour E.D.H et sa convention non pas à titre constructif mais de légitimation, confortatif, ou de complémentarité, si sa jurisprudence n'est pas suffisamment fournie en la matière.

Parfois, les références sont mêmes inexistantes alors même que le justiciable mobilise la Convention européenne, qu'un droit correspondant est en jeu dans l'affaire. La Cour esquive superbement la mention à l'article 52§3 de la Charte et ne se fonde que sur les droits substantiels de la Charte même. A titre d'exemple, l'arrêt *Bolloré* du 8 mai 2014<sup>65</sup>, où était en jeu l'article 47 de la Charte, qui est consacré comme un droit équivalent au sens des explications de la Charte<sup>66</sup>. Or, la C.J.U.E ne se base que sur sa propre jurisprudence constructive, tout à fait copieuse<sup>67</sup>. La C.J.U.E, ayant établi une jurisprudence suffisamment claire et précise sur la question de la protection juridictionnelle effective, ne se penche plus sur la C.E.D.H pour effectuer ces analyses.

A l'aune de la jurisprudence actuelle des deux Cours européennes, l'enjeu semble être davantage une articulation des systèmes juridiques, en ajustant et en coordonnant l'application des droits fondamentaux, qu'une véritable création judiciaire du droit, et ce, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. La Cour E.D.H mobilise la jurisprudence C.J.U.E et la Charte des droits fondamentaux à titre pragmatique, dès la mise en jeu du droit de l'Union européenne pour mettre en exergue l'existence d'un consensus européen, mais également à titre comparatif : le dialogue du point de vue de la C.E.D.H semble être davantage un prisme de comparabilité et de perméabilité relative du droit qu'une véritable co-construction juridictionnelle. De surcroît, il est intéressant de constater que le phénomène d'émancipation et d'absorption du droit de la C.E.D.H est également tangible dans la jurisprudence du Tribunal de première instance de l'Union<sup>68</sup>.

La jurisprudence actuelle souligne donc l'aboutissement d'un *jus commun* européen, qui a fait l'objet d'un développement à l'extérieur de la Cour européenne des droits de l'Homme pour se greffer à la jurisprudence de la C.J.U.E. Cette dernière, a fait sienne la construction textuelle et jurisprudentielle de l'ordre juridique de la C.E.D.H. Le dialogue des juges se perpétue cependant, dans une optique d'inspiration, de transport des solutions juridiques d'un ordre à un autre, mais ne s'inscrit plus réellement dans une optique de création judiciaire du droit, par un jeu de chœur à deux voix.

---

<sup>65</sup> C.J.U.E, *Bolloré*, 8 mai 2014, aff.C-414/12P, Rec. numérique

<sup>66</sup>V. Journal officiel de l'Union européenne (JOUE). 14.12.2007, n° C 303. [s.l.]. ISSN 1725-2431. "Explications relatives à la charte des droits fondamentaux", p. 17-35

<sup>67</sup> V. à titre d'exemple C.J.U.E, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09, Rec. 2010 p. I-13849; C.J.U.E, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, aff. C-69/10, Rec. 2011 p. I-7151

<sup>68</sup> V à titre d'exemple, T.P.I.U.E, 18 mai 2017, *Makhlouf c./ Conseil de l'Union européenne*, aff. T-410/16, Rec. Numérique, spéc. §41 à 45, §56 à 60

En somme, si nous nous référons *stricto sensu* à la définition du dialogue présenté par le Professeur Villey selon laquelle le dialogue nécessite deux parties, par opposition au monologue, et qu'il se matérialise par « une parole échangée entre des locuteurs multiples, où chacun prend successivement son tour de parole »<sup>69</sup>, cette logique dialogique s'est essouffée dans la jurisprudence actuelle, comme nous l'avons précédemment démontré.

En définitive, le dialogue des juges européens en matière de protection des droits fondamentaux peut être considéré comme salutaire<sup>70</sup>, puisqu'il permet la confection d'un système européen complet de protection des droits fondamentaux. Sans affirmer qu'il constitue une panacée inexpugnable, le dialogue des juges est un mécanisme permettant d'harmoniser l'herméneutique des droits fondamentaux, mais de surcroît subsidiairement compléter ces interprétations, dans un système juridique européen complexe, où la conception hiérarchique des juges n'a pas sa place<sup>71</sup>.

Il est possible de conclure sur le thème proposé en deux temps, dont l'articulation sera le Traité de Lisbonne, cause cardinale de l'évolution de la pratique dialogique. Antérieurement à celui-ci, le dialogue des juges européens s'apparentait à un réel processus de co-construction normatif, où chaque juge européen fournit sa pierre à l'édifice juridique européen. Preuve en est avec la construction par exemple de la protection du domicile pour les personnes morales. De surcroît, avant 2009, nous constatons une « inflation du dialogue entre les ensemble juridiques »<sup>72</sup>, qui a débouché sur « une harmonie interprétative assez remarquable »<sup>73</sup>, avec des jurisprudences marquées par un volontarisme cohérent. Le dialogue des juges européens reflète dès lors une véritable complémentarité entre les Cours européennes, un enrichissement mutuel et un facteur de création homogène des droits fondamentaux, dans une Europe sous l'estampille d'un pluralisme juridique exacerbé. Cependant, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la consécration au rang de droit primaire de la Charte, ce dialogue s'est progressivement estompé, jusqu'à effacer les traces de la C.E.D.H et sa place dans l'évolution des droits fondamentaux de l'Union européenne. Sans parler de la fin de la logique dialogique de la part de la C.J.U.E, la consécration textuelle et jurisprudentielle du socle des droits fondamentaux de l'Union rend davantage ténu le rôle de la C.E.D.H dans la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union, par le phénomène d'absorption de la Convention.

---

<sup>69</sup>VILLEY (M.), « Préface », in *Archive de philosophie du droit*, Tome 29 *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Paris, Sirey, 1984, p.3

<sup>70</sup>ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Les bienfaits de la 'juridictionnalisation' de la protection supranationale des droits de l'Homme », R.F.D.A., 2009, n°2, p.294

<sup>71</sup>A ce sujet, le Professeur DE SHUTTER recommande aux juristes, afin d'éviter les conflits entre ordres juridiques, de « purger notre vocabulaire de toute connotation de hiérarchie entre les juridictions européennes », in DE SHUTTER (O.), « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la Cour de justice des Communautés européennes », *CRIDHO Working Paper*, n°2005/07, p.13

<sup>72</sup>DUBOUT (E.), TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in (DUBOUT (E.), TOUZE (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux ; charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *op.cit.*, p.12

<sup>73</sup>BURGORGUE-LARSEN (L.), « Le destin strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p.168

