

DROITS DE L'HOMME, DROITS DU CITOYEN :  
LES PRÉSUPPOSÉS  
DE LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE  
ET EUROPÉENNE

PAR

GREGORY LEWKOWICZ (\*)

La Cour suprême des Etats-Unis et la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) interprètent des droits fondamentaux semblables. Pour autant, les méthodes d'interprétation, les sources jugées pertinentes par les deux cours et la solution donnée à des cas équivalents ne coïncident pas toujours. Il existe de multiples voies de comparaison entre la jurisprudence de ces deux instances. Il est possible de comparer la jurisprudence de chacune des cours en fonction des droits et libertés garantis<sup>(1)</sup> ou en fonction de thèmes spécifiques<sup>(2)</sup>. Dans cet article, nous avons souhaité nous éloigner de ces approches doctrinales traditionnelles pour traiter les différences entre les deux cours de façon plus fondamentale et dans des termes qui seront, *in fine*, plus proches de la philosophie politique et juridique que de l'analyse doctrinale. Plus précisément, nous défendrons ici la thèse selon laquelle certaines différences entre la CEDH et la Cour suprême des Etats-Unis s'expliquent par la différence de leurs projets respectifs. Nous montrerons en particulier que la nature de ces projets renvoie ultimement à l'opposition entre deux figures de la pensée politique et juridique : l'Homme et le Citoyen.

Afin d'étayer cette thèse, nous présentons dans un premier temps le contexte de notre analyse en indiquant deux évolutions de nature

---

(\*) Research Fellow du F.N.R.S.

(1) Il s'agit de l'approche privilégiée par les contributions réunies par G. NOLTE. Voir G. NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2005.

(2) Par exemple, la protection des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Voir *inter alia* J.J. WATTELLER, «Comparative Legal Responses to Terrorism : Lessons from Europe», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 27, 2004, pp. 397 et sqq.

constitutionnelle du droit contemporain par rapport auxquelles il est possible de distinguer entre ce que nous appellerons l'*American way of law* et l'*European way of law* (I). Nous procédons, dans un deuxième temps, à une analyse sélective de certains arrêts de la CEDH et de la Cour suprême des États-Unis afin de fonder cette distinction sur la jurisprudence des deux cours (II). Ceci nous mènera, dans la troisième partie de ce chapitre, à mettre en évidence, dans une perspective philosophique, les présupposés qui permettent de rendre compte des différences entre la jurisprudence des deux cours (III).

#### I. — AMERICAN AND EUROPEAN «WAYS OF LAW»

Les arrêts de la CEDH et de la Cour suprême des États-Unis trahissent des différences fondamentales entre les perspectives adoptées par les deux instances quant à la protection des droits de l'homme. Pour en saisir le sens et la portée, il faut restituer le contexte juridique au sein duquel ces divergences se manifestent. Ce dernier se caractérise par deux phénomènes complémentaires. Il s'agit, d'une part, de l'internationalisation des constitutions nationales et, d'autre part, de la constitutionnalisation du droit international, et en particulier, du droit international des droits de l'homme.

L'internationalisation des constitutions nationales entendue comme la «*pénétration du droit international en droit constitutionnel*»<sup>(3)</sup> n'est pas *per se* un phénomène juridique nouveau<sup>(4)</sup>. Il prend toute fois aujourd'hui des dimensions mondiales qui interdisent de le réduire à la querelle théorique séculaire entre monisme et dualisme. Cette emprise concrète des normes internationales sur les normes constitutionnelles s'accroît et se manifeste de multiples manières. Dans les cas les plus exceptionnels — celui des États dits «*effondrés*» — le phénomène d'internationalisation des constitutions nationales prend la forme de l'internationalisation du pouvoir constituant pri-

(3) H. TOUBARD, *L'internationalisation des constitutions internationales*, Paris, LGDJ, «Bibliothèque constitutionnelle et de science politique», 2000, p. 12.

(4) Dans les années '30, le phénomène était déjà étudié par les constitutionnalistes qui voyaient dans cette «*adésation*» du droit un facteur important de convergence des droits publics internes. Voir B. MIRKINE-GURTZEVITCH, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, Marcel-Giard, 1931; G. DOR, «Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles de droit public interne» in *Mélanges Mahaim*, Paris, Sirey, 1935, t. 2, pp. 117-133.

naire<sup>(5)</sup>. Plus fréquemment, il procède de la diffusion mondiale du constitutionnalisme qui a touché tant les anciennes républiques soviétiques que les États de l'Amérique Latine ou d'Afrique<sup>(6)</sup>. Les rédacteurs des nouvelles constitutions se sont en effet particulièrement inspirés d'exemples étrangers et internationaux<sup>(7)</sup> ouvrant ainsi une voie nouvelle d'influence du droit international des droits de l'homme sur le droit constitutionnel des États. Plus directement, il apparaît qu'une des spécificités de cette nouvelle vague de constitutionnalisme réside dans le fait que les juges constitutionnels des nouvelles juridictions se réfèrent de manière croissante aux dispositions du droit international, et en particulier, du droit international des droits de l'homme, soit parce qu'ils y sont tenus par le texte constitutionnel<sup>(8)</sup>, qui prévoit explicitement la prise en considération par le juge du droit international des droits de l'homme et de la jurisprudence pertinente; soit parce que les juges constitutionnels décident d'eux-mêmes de s'y référer.

Cette référence croissante des juges constitutionnels aux règles internationales n'est pas limitée aux nouveaux arrivés du constitutionnalisme. Elle participe, au contraire, d'une tendance généralisée conduisant à l'internationalisation des constitutions nationales. Evidente dans le cas des États du Conseil de l'Europe où le juge constitutionnel se trouve, *de facto* sinon *de jure*, dans un rapport hiérarchique vis-à-vis du juge de Strasbourg, elle se manifeste également dans la plupart des autres États de *common law* dont les juges ont adopté les *Bangalore Principles on the Domestic Application of International Human Rights Norms*. En adhérant à ces prin-

(5) Voir, par exemple, le cas de la Bosnie-Herzégovine dont la Constitution a été imposée par le traité de Dayton du 14 décembre 1995. Sur cette question, voir généralement N. MAZIAH, «L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie: le point de vue hétérodoxe du constitutionnalisme», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 106, n° 3, 2002, pp. 549 et s.

(6) Voir *inter alia* R. HIRSCHL, *Towards Jurisocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004; H. SCHWARTZ, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, University of Chicago Press, 2000; A.S. SWEBER, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

(7) R.R. LUDWIKOWSKI, «Constitutionalization of Human Rights in Post-Soviet States and Latin America: A Comparative Analysis», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, 2004, pp. 4 et s.

(8) A cet égard, le cas paradigmatique est la Constitution d'Afrique du Sud. Elle prévoit que «*When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum: a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; b) must consider international law; and c) may consider foreign law.*» Chapter II., sec. 39, §1.

cipes, les juges se sont entendus sur la nécessité de connaître et de prendre en compte le droit international des droits de l'homme dans leurs décisions. Plusieurs juridictions d'Etats africains ont pris des engagements semblables dans le cadre de la déclaration d'Arusha de 2003<sup>(9)</sup>. Le juge Kirby de la haute Cour australienne a été jusqu'à parler de «*moment groviers*»<sup>(10)</sup> pour souligner l'importance de cette tendance des cours constitutionnelles à jouer un rôle de relais pour le droit international.

Cette internationalisation des constitutions nationales s'intègre et concourt au deuxième phénomène juridique qui nous intéresse, à savoir, le processus de «*constitutionnalisation*» du droit international. Bien que conceptuellement imprécise, la notion de «*constitutionnalisation*» du droit international<sup>(11)</sup> désigne à la fois un phénomène et un projet normatif. En tant que projet normatif, la constitutionnalisation du droit international correspond à un engagement en faveur des évolutions juridiques susceptibles de conduire à l'émergence d'une communauté mondiale intégrée, voire, d'un Etat mondial. Cette perspective normative, souvent associée à la réflexion doctrinale allemande<sup>(12)</sup>, n'est pas celle à laquelle nous souhaitons nous référer ici. Par l'expression «*constitutionnalisation du droit international*», nous visons l'ensemble des évolutions juridiques qui ont tendance à conférer au droit international, et en particulier au droit international des droits de l'homme, une valeur constitutionnelle dépassant la valeur classique reconnue au droit international. L'internationalisation des constitutions nationales participe clairement de ce phénomène et en est même constitutif. En effet, la perméabilité accrue des droits constitutionnels au droit international conduit globalement à la reconnaissance de «*standards*» internationaux et accompagne le renforcement de la valeur «*constitutionnelle*» du droit international. Toutefois, la constitutionnalisation du droit international a une portée plus large. Elle recouvre également la multiplication des juridictions internationales, les limitations au principe de consentement en droit des traités ou la judi-

<sup>(9)</sup> Voir «*Arusha Declaration of Commitments on the Role of the Domestic Judge on the Application of International Human Rights Law at the Domestic Level*», 11 septembre 2003.

<sup>(10)</sup> M. KIRBY, «*International Law – The Impact on National Constitutions*», *American University International Law Review*, vol. 21, 2006, spécialement pp. 328-332.

<sup>(11)</sup> Voir en particulier les contributions réunies dans R. ST. J. MACDONALD et D.M. JOHNSTON (eds.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2005. Voir aussi A. PETERS, «*Global Constitutionalism Revisited*», *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, pp. 579-610.

<sup>(12)</sup> Voir A. VON BOGDANDY, «*Constitutionalism in International Law* : Comment on a Proposal from Germany», *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n° 1, 2006, pp. 223 et s.

ciarisation du règlement des différends dans le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce. Pour nous en tenir au domaine du droit international des droits de l'homme, la constitutionnalisation du droit international s'y exprime principalement par le développement de systèmes de protection internationaux et par la reconnaissance progressive du caractère impératif des normes protectrices des droits de l'homme<sup>(13)</sup>.

Dans une large mesure, l'Europe, prise ici au sens géographique, apparaît à la fois comme un véritable laboratoire de ces deux phénomènes<sup>(14)</sup> et comme le fer de lance de la promotion d'un nouveau modèle politique et juridique découlant largement de ceux-ci<sup>(15)</sup>. La CEDH et la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) jouent, bien entendu, un rôle de premier plan de ce point de vue et font figure de modèles. Pour les Etats soumis à leur juridiction, elles dessinent l'équivalent d'une Cour constitutionnelle européenne bicéphale garante, pour l'une, des règles encadrant le marché; pour l'autre, des droits et libertés. Pour ce qui concerne la protection des droits de l'homme, les deux cours ont d'ailleurs largement reconnu leur complémentarité: la CJCE, en intégrant le droit de la Convention au droit matériel des communautés<sup>(16)</sup>; la CEDH, plus récemment, en présumant conforme à la convention les mesures prises par les Etats en exécution des obligations découlant de leur adhésion à l'Union Européenne<sup>(17)</sup>. Enfin, du point de vue de l'exportation du modèle européen, les juges de la CEDH ont de nombreuses fois, par leurs visites à l'étranger et le contenu de leurs discours, manifesté leur rôle de promoteur du modèle européen et de la jurisprudence de la Cour.

En donnant une forme institutionnelle cohérente aux phénomènes d'internationalisation des constitutions nationales et de constitu-

<sup>(13)</sup> Nous insistons ici sur la constitutionnalisation du droit international pour des raisons liées à la thèse de cet article. Le lecteur notera toutefois que ce phénomène fait objet de nombreuses controverses. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que le droit international contemporain est soumis à un processus de fragmentation plutôt que de constitutionnalisation. Voir notamment A. FISCHER-LESICANO, G. TEUBNER, *Régime – Kollisionsen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt, Suhrkamp, 2006.

<sup>(14)</sup> Voir notamment les analyses proposées à ce sujet par GREWE et RUIZ FABRI, C. GREWE et spécialement pp. 118-126.

<sup>(15)</sup> Sur ces questions, voir en général l'intéressante mais déjà ancienne discussion proposée dans V. CONSTANTINESCO, «*L'émergence d'un droit constitutionnel européen*», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 7, n° 11-12, 1995, pp. 445-451.

<sup>(16)</sup> Sur l'intégration du droit européen des droits de l'homme dans la jurisprudence de la CJCE, voir O. DE SCHUTTER, «*L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour de justice des communautés européennes*», *CRIDHO Working Paper*, juillet 2005.

<sup>(17)</sup> Cour eur. dr. h., *Bosphorus c. Ireland*, 30 juin 2005, par. 155-156.

tionnalisation du droit international, l'Europe définit un nouveau modèle politique, mais surtout un nouveau modèle juridique, susceptible d'être exporté, soit directement par l'adhésion de nouveaux Etats aux institutions européennes – qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe ou de l'Union Européenne –, soit indirectement par l'influence et le prestige du modèle<sup>(18)</sup>, soit de la jurisprudence<sup>(19)</sup> à l'étranger. Si certains vont jusqu'à envisager audacieusement que le modèle développé en Europe, somme toute de manière expérimentale, fera que « l'Europe régnera sur le 21<sup>ème</sup> siècle »<sup>(20)</sup>, il semble à tout le moins raisonnable de considérer que les institutions de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe définissent un modèle juridique au sein duquel le droit international, et en particulier le droit international des droits de l'homme, joue un rôle nouveau. Anne-Marie Slaughter et William Burke-White ont qualifié récemment ce modèle de « *the European way of law* »<sup>(21)</sup>, d'autres ont préféré parler à cet égard de « *constitutionalism international* »<sup>(22)</sup>.

Face à l'importance croissante des matières concernées par le droit international, toutes les cours constitutionnelles doivent définir leurs positions à son égard. Or, en réaction aux phénomènes d'internationalisation des constitutions nationales et de constitutionnalisation du droit international, certaines cours constitutionnelles font de la résistance. C'est le cas de la Cour constitutionnelle australienne<sup>(23)</sup>. Ce l'est également de la Cour suprême des Etats-Unis. Son cas est d'ailleurs tout à fait particulier. Il ne s'agit pas seulement pour elle de répondre à une évolution du droit. Il en va également, compte tenu du statut particulier des Etats-Unis dans

(18) Voir, pour la Cour européenne des droits de l'homme, J.-F. FLAUSS (dir.), *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur les Etats tiers*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et Justice », 2002.

(19) Voir, pour la Cour européenne des droits de l'homme, G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et Justice », 2005.

(20) Voir la thèse développée, comme un pied de nez au projet pour un nouveau siècle américain promu par certains intellectuels aux Etats-Unis, par Mark Leonard, M. LEONARD, *Why Europe Will Run the 21st Century*, London, Fourth Estate, 2005.

(21) Reconnaisant les nouveaux rapports entre droit international et droit national institués en Europe, les deux auteurs estiment qu'il s'agit d'un modèle exportable et que « *the European way of law should become the future of international law writ large* ». A.-M. SLAUGHTER et W. BURKE-WHITE, « The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law) », *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n° 2, pp. 327 et s., spécialement p. 329.

(22) Voir *inter alia* J. RUBENFELD, « Unilateralism and Constitutionalism », *New York University Law Review*, vol. 79, 2004, pp. 1971 et sqq.

(23) Voir M. KIRBY, « International Law – The Impact on National Constitutions », *American University International Law Review*, vol. 21, 2006.

les relations internationales, de la définition du modèle américain et de la position des Etats-Unis par rapport à l'influence internationale de l'*European way of law* et des standards internationaux de protection des droits de l'homme. Les Etats-Unis, et en l'occurrence la Cour suprême, sont donc aujourd'hui contraints de préciser leur propre modèle dans ce qui peut être perçu comme une concurrence des modèles juridiques, notamment, en matière de protection des droits et libertés.

Autrement dit, la question qui se joue devant la Cour suprême des Etats-Unis n'engage pas seulement le système constitutionnel américain de protection des droits et libertés, elle concerne également l'influence internationale du constitutionnalisme américain – premier produit d'exportation des Etats-Unis<sup>(24)</sup> – par rapport à celle du modèle européen. Comme l'a bien montré Louis Henkin dans ses travaux<sup>(25)</sup>, le système constitutionnel américain a, depuis sa création, toujours eu, en sus de sa fonction nationale, une ambition à l'étranger. La constitution américaine s'est constamment présentée comme le manifeste proclamant fièrement au monde les valeurs américaines<sup>(26)</sup>. Aujourd'hui, les Etats-Unis ne sont plus les seuls exportateurs d'un modèle. Aussi, les juges de la Cour suprême des Etats-Unis ne peuvent-ils plus ignorer les phénomènes juridiques se développant au niveau international et ont, en conséquence, défini dans un certain nombre d'arrêtés la relation des Etats-Unis au monde<sup>(27)</sup> et la nature de l'*American way of law*<sup>(28)</sup>. L'impression générale qui ressort de la lecture de ces arrêtés est que les juges américains ont réaffirmé ce que Philippe Alston appelle la relation uni-

(24) Voir A. BRAUSTEIN, « La Constitution des Etats-Unis : le plus important des produits d'exportation américains », *Revue Electronique du Département d'Etat des Etats-Unis*, vol. 9, n° 1, 2004, pp. 6-11.

(25) Voir *inter alia* L. HENKIN et A.J. ROSENTHAL (eds.), *Constitutionalism and Rights. The Influence of the United States Constitution Abroad*, New York, Columbia University Press, 1990.

(26) Henkin parle de la constitution américaine comme « *the manifesto proclaiming to the world what they stand for, for proud comparison with other ideologies* ». L. HENKIN, « Introductions », in L. HENKIN et A.J. ROSENTHAL (eds.), *Constitutionalism and Rights. The Influence of the United States Constitution Abroad*, New York, Columbia University Press, 1990, p. 1.

(27) Harlan Grant Cohen explique ainsi que « *in a wide range of opinions spanning topics as diverse as antitrust law and international human rights, the Justices struggled – both with the legal materials and each other – to define the relationship between United States and the world* ». H.G. COHEN, « Supremacy and Diplomacy : The International Law of the US Supreme Court », *Berkley Journal of International Law*, vol. 24, n° 1, 2006, pp. 273 et sqq., spécialement p. 274.

(28) Cette opposition entre *American* et *European ways of law* a été utilisée, dans un cadre différent, par le professeur de droit Robert A. KAGAN. Voir R.A. KAGAN, « American and European Ways of Law : Six Entrenched Differences », *Institute of European Studies*, Paper 060407, 2006.

que et ambiguë des Etats-Unis à l'égard des régimes internationaux de protection des droits de l'homme<sup>(29)</sup> qui caractérise l'exceptionnalisme américain dans le domaine<sup>(30)</sup>. Si les Etats-Unis sont disposés à reconnaître le bien fondé du droit international des droits de l'homme à l'extérieur, ils entendent bien ne pas s'aligner sur les standards internationaux. En conséquence, la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis trahit l'attachement américain à une souveraineté nationale pleine et entière et témoigne simultanément de la volonté des Etats-Unis d'être un for pour les violations graves des droits de l'homme commises à l'étranger. De la sorte, les Etats-Unis prennent position contre l'*European way of law*. Dans un article remarquable, le constitutionnaliste Jeb Rubinfeld résume de manière limpide la nature de la position américaine. Il indique que «le droit international des traités joue en Europe le rôle de substitut au droit constitutionnel et se présente comme un corps de règles de droit supérieur contrôlant le pouvoir des législatures nationales ordinaires. Le constitutionnalisme international célèbre ce résultat; le constitutionnalisme américain y résiste»<sup>(31)</sup>.

Pour résumer le contexte général de notre analyse, l'Europe et les Etats-Unis réagissent différemment aux phénomènes conjugués d'internationalisation des constitutions nationales et de constitutionnalisation du droit international. Alors que l'Europe accepte et favorise très largement ces phénomènes en cherchant à les fonder dans un modèle juridique exportable; les Etats-Unis les rejettent et réaffirment leur souveraineté nationale ainsi que leur modèle constitutionnel. Ces réactions différentes se manifestent au sein des jurisprudences de la CEDH et de la Cour constitutionnelle des Etats-Unis.

Dans ces conditions, il devient de plus en plus difficile d'admettre l'hypothèse d'une sorte de modèle général de l'Etat constitutionnel

<sup>(29)</sup> Ph. ALSTON, «A Framework for the Comparative Analysis of Bill of Rights», in Ph. ALSTON (ed.), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 1-14, spécialement p. 6.

<sup>(30)</sup> Voir récemment sur le sujet M. IGNAITEFF (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

<sup>(31)</sup> «*International treaty law functions in Europe as a constitutional-law substitute, presenting itself as a body of higher law that checks the power of ordinary national legislatures. International constitutionalism celebrates this result; American constitutionalism resists it.*», J. RUBINFELD, «Unilateralism and Constitutionalism», *New York University Law Review*, vol. 179, 2004, pp. 1971 et seq., spécialement p. 2010. Voir aussi la réponse très critique de Slaughter aux thèses de Rubinfeld, A.-M. SLAUGHTER, «A Dangerous Myth», *Prospect*, n° 95, fév. 2004, pp. 11-13.

européo-atlantique<sup>(32)</sup> même si le contenu des droits et libertés protégés demeure, de part et d'autre de l'Atlantique, globalement semblable. Les différences observées au sein de la jurisprudence des deux cours peuvent sans doute partiellement s'expliquer en terme d'enjeux politiques momentanés et d'intérêts<sup>(33)</sup>. Toutefois, leur portée et leur sens résident surtout dans l'opposition entre des philosophies politiques et juridiques sous-jacentes à l'activité des deux cours.

## II. - LA COUR SUPRÊME DES ETATS-UNIS ET LA CEDH : DES MODÈLES DIFFÉRENTS

Avant de préciser la nature de cette opposition philosophique, il importe de mettre en évidence les manifestations concrètes de l'*American way of law* et de l'*European way of law* dans la jurisprudence des deux cours. A cet effet, nous nous intéressons ici, sinon exclusivement, du moins spécialement, à la manière dont chacune des Cours négocie son rapport à la jurisprudence étrangère, d'une part, et aux normes internationales, d'autre part. Après avoir conduit cette analyse pour la Cour suprême des Etats-Unis (A) et la CEDH (B), nous synthétisons les résultats de notre étude (C).

### A. - Le modèle américain

Depuis 2002, la Cour suprême des Etats-Unis a examiné un nombre croissant d'affaires soulevant des questions juridiques à l'intersection du droit constitutionnel et du droit international. En 2004, les éditeurs de l'*American Journal of International Law* soulignent que cette situation pouvait se comprendre de deux manières : soit que la Cour se prépare pour une nouvelle ère d'engagement avec les développements juridiques étrangers; soit que la Cour souhaite limiter l'influence de ceux-ci sur le système juridique

<sup>(32)</sup> Nous reprenons ici l'expression de Giegerich. Voir T. GIEGERICH, «Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-atlantischen Verfassungsstaat: Vergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblick auf die neuen Demokratien in Mittel- und Osteuropa», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 57, n° 2-3, 1997, pp. 405-564.

<sup>(33)</sup> Les aspects politiques de la question ne peuvent cependant pas être ignorés. Voir R.-J. DELAHUNTY, «The Battle of Mars and Venus: Why do American and European Attitudes Toward International Law Differ?», *University of St Thomas Legal Studies Research Paper*, n° 06-15, april 2006.

américain<sup>(34)</sup>. Il semblerait que la Cour ait choisi – bien que les positions de chaque juge diffèrent à cet égard – la seconde alternative. C'est ce dont témoigne la manière dont les juges constitutionnels américains ont négocié leur rapport aux matériaux juridiques étrangers ou internationaux. Sans proposer une étude générale et exhaustive de ce rapport, nous nous attacherons à mettre en évidence dans les lignes qui suivent l'attitude des juges de la Cour suprême à l'égard de ces matériaux juridiques.

### 1) La référence à la jurisprudence et aux dispositions législatives étrangères

Dans trois cas récents et importants, la Cour suprême a motivé son interprétation de la constitution des États-Unis en se référant à de la jurisprudence et à des dispositions législatives étrangères<sup>(35)</sup>. Cette pratique n'est pas neuve. Dans une étude détaillée des arrêts rendus par la Cour ces deux derniers siècles, Calabresi et Zimdahl ont documenté une pratique constante de références par les juges aussi bien au droit international qu'au droit étranger dans le cadre de l'interprétation des dispositions constitutionnelles<sup>(36)</sup>. Les juges ont recours à cette pratique, en particulier, lorsque la Cour est amenée à interpréter la notion de «*dérisonnable*» au sens du 4<sup>ème</sup> amendement<sup>(37)</sup> ou la notion d'«*inhabituelle*» au sens du 8<sup>ème</sup> amendement<sup>(38)</sup>. Les critiques de cette pratique au sein de la Cour ne sont,

(34) Les éditeurs écrivaient que «*the Court's acceptance of quite a few cases raising a mixture of international and constitutional questions for decision in 2004 may signal that the Court is preparing for a new era of engagement with legal developments external to the United States, or, alternatively, that it seeks to limit (or in any event to delimit) the relevance of such developments for the US legal system*». L.F. DAMROSCH et B.H. ORMAN, «*Agora: The United States Constitution and International Law*. Editor's Introduction», *American Journal of International Law*, vol. 98, n° 1, pp. 42-43, spécialement p. 42.

(35) Il s'agit des cas *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) et *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 651 (2005). Il faut ajouter à ces trois cas, l'affaire *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) dans laquelle l'opinion concordante des juges Ginsburg et Breyer fait référence à la «*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*» ainsi qu'à la «*Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*».

(36) Voir l'analyse détaillée des cas où la Cour suprême s'est référée à de la jurisprudence étrangère entre 1789 et 2005 par Calabresi et Zimdahl. S.G. CALABRESI et S.D. ZIMDAHL, «*The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty*», *William and Mary Law Review*, vol. 47, 2005, pp. 743 et sqq.

(37) Le 4<sup>ème</sup> amendement se lit : «*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*».

(38) Le 8<sup>ème</sup> amendement se lit : «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

par ailleurs, pas neuves non plus. Dès 1820, dans l'affaire *United States v. Smith*, le juge Livingston critiquait le caractère peu convaincant et arbitraire de la pratique des juges de la majorité qui se référaient à des matériaux étrangers et à des auteurs de doctrine pour définir le crime de piraterie<sup>(39)</sup>. Il est d'ailleurs piquant de remarquer que les juges conservateurs, comme Scalia ou Rehnquist, qui ont récemment critiqué cette pratique, y ont eu recours par le passé à des fins semblables à celles qu'ils critiquent aujourd'hui<sup>(40)</sup>. Le juge Rehnquist, ancien président de la Cour, déclarait même en 1989 que «*maintenant que le droit constitutionnel est solidement implanté dans de nombreux États, il est temps que les cours des États-Unis commencent à prendre en considération les décisions d'autres cours constitutionnelles pour les aider dans le processus de délibération*»<sup>(41)</sup>.

Si la pratique de la référence au droit international et au droit étranger n'est pas neuve, elle a pourtant suscité, à l'occasion des trois arrêts rendus entre 2002 et 2005, un débat d'une ampleur et d'une virulence tout à fait particulières. Les juges disputent dans des revues spécialisées de la pertinence de ces références<sup>(42)</sup>, la doctrine s'étend sur la question<sup>(43)</sup>. Plus encore, certains représentants

(39) Dans son opinion dissidente, le juge Livingston indiquait que «*it is not perceived why a reference to the laws of China, or to any other foreign code, would not have answered the purpose quite as well as the one which has been resorted to*». Cour Suprême des États-Unis, *United States v. Smith*, 18 U.S. 153 (1820).

(40) Voir par exemple l'opinion dissidente du juge Scalia dans l'affaire *McIntyre v. Ohio Elections Commission* n° (1995) où il se réfère à la législation de l'Australie, du Canada et de l'Angleterre en indiquant «*in answering this question no, the Justices of the majority set their own views – on a practical matter that bears closely upon the real-life experience of elected politicians and not upon that of un-elected judges – up against the views of 49 (and perhaps all 50, see no. 4, supra) state legislatures and the Federal Congress. We might also add to the list on the other side the legislatures of foreign democracies: Australia, Canada, and England, for example, all have prohibitions upon anonymous campaigning. See, e.g., Commonwealth Electoral Act 1918 (Australia); Canada Elections Act, R.S.C. ch. E-2, § 261 (1985); Representation of the People Act, 1983 (Australia); Canada Elections Act, Supreme des États-Unis, *McIntyre v. Ohio Elections Commission* n° 514 U.S. 334 (1995), 381.*

(41) «*Now that constitutional law is solidly grounded in so many countries, it is time that the United States courts begin looking to the decisions of other constitutional courts to aid their deliberative process*». W. REHNQUIST, «*Constitutional Court – Comparative remarks*» (1989), in P. KURCHOFF et D.P. CONVERS (eds.), *Germany and Its Basic Law: Past, Present and Future – A German-American Symposium*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 411 et sqq., spécialement p. 412.

(42) Outre les opinions des juges dans les cas précités, voir en particulier: N. DORSEY, «*The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, 2005, pp. 519-541. (43) Parmi les plus récentes, voir *inter alia* P.-J. YAP, «*Transnational Constitutionalism in the United States: Toward a Worldwide Use of Interpretive Modes of Comparative Reasoning*», *University of Francisco Law Review*, vol. 39, 2005, pp. 999 et sqq.; B.-O. BRYDER, «*The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue*», *Tulane Law Review*, vol. 80, 2005, pp. 203 et sqq.; E.-A. POSNER et C.R. SUNSTEIN, «*The Law of Other States*», *Stanford Law Review*, vol. 59, n° 1, 2006, pp. 131 et sqq.

du pouvoir législatif prennent ces références comme une menace pour l'indépendance des Etats-Unis. Tant et si bien qu'une minorité d'entre eux propose l'adoption d'une loi interdisant aux juges de recourir à cette méthode d'interprétation du texte constitutionnel et envisage un recours à la procédure d'*impeachment* contre les juges de la Cour qui s'obstineraient dans cette voie<sup>(44)</sup>. Ces réactions en disent long sur la position d'une partie du monde politique américain à l'égard de l'utilisation par le juge américain des standards internationaux en matière de protection des droits de l'homme. Dans ces circonstances, il est d'ailleurs vraisemblable que même les juges les plus favorables à cette pratique finiront bientôt par l'abandonner, notamment, sous la pression des débats politiques. En ce sens, dans l'affaire *Roper v. Simmons*, le juge Kennedy s'est senti obligé de formuler explicitement dans le dispositif de l'arrêt le fait que la position de la communauté internationale n'est pas obligatoire pour la Cour et que la référence à celle-ci n'affecte en aucun cas la fidélité des juges à la Constitution et la fierté qu'ils éprouvent à l'égard de son origine<sup>(45)</sup>.

(44) La commission sur le pouvoir judiciaire de la chambre des représentants s'est ainsi vue proposer le 15 février 2005 par la sous-commission sur les questions constitutionnelles, essentiellement avec le soutien des Républicains, la déclaration «*Reaffirmation of American Independence Resolutions*» (H. RES 97 IH). Celle-ci exhorte les juges à ne plus citer de jurisprudence étrangère à l'avenir. En outre, un projet de loi «*Constitution Restoration Act*» (S 520 IS) a été déposé au Sénat en 2004 et à nouveau en 2005 sous une forme à peine modifiée afin de prohiber toute référence par une Cour fédérale à «*any constitution, law, administrative rule, executive order, directive, policy, judicial decision, or any other action of any foreign state or international organization or agency, other than English constitutional and common law up to the time of the adoption of the Constitution of the United States*». Cette même proposition de loi évoque la possibilité d'un recours à la procédure d'*impeachment* contre les juges qui continueraient de se référer à de telles sources. Certains parlementaires ont par ailleurs évoqué le recours à la procédure d'*impeachment* indépendamment du projet de loi. Si ces différentes initiatives ne parviendront sans doute jamais à dépasser le stade de la proposition, elles rendent néanmoins compte du climat exceptionnel qui entoure la question de la référence à des matériaux juridiques étrangers. Pour la «*Reaffirmation of American Independence Resolutions*», voir <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:H.Res.97>. Pour la proposition de loi «*Constitution Restoration Act*», voir <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:S.520>. Voir également Concerning the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 30, n° 1, 2006, pp. 131 et sqq.

(45) «*The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our conclusions [...] It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins or acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom*». Cour Suprême des Etats-Unis, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), §4.

Les débats qui entourent la pratique des juges américains et les réactions des acteurs politiques à celle-ci témoignent d'une fermeté progressive du système juridique américain aux influences étrangères *explicités*. Cette clôture manifeste une volonté de ne pas être tributaire, ni aujourd'hui, ni dans l'avenir, des standards internationaux dans les décisions qui mettent en cause les droits et libertés des citoyens américains. Ce souci de l'indépendance nationale est clairement souligné par le juge A. Scalia qui indique dans son opinion dissidente dans l'affaire *Atkins v. Virginia* que les notions de justice de la communauté internationale «*ne sont (heureusement) pas toujours celles de notre peuple*»<sup>(46)</sup>. Ces évolutions perceptibles aujourd'hui à l'égard d'une pratique pourtant ancienne ne traduisent pas seulement la permanence de la position traditionnellement sceptique des Etats-Unis à l'égard du droit étranger et des régimes internationaux de protection des droits de l'homme. Elles sont le reflet d'une *crispation* américaine sur le droit national lorsqu'il est question d'interpréter les droits et libertés fondamentaux. Cette crispation s'exprime également dans le rapport que les juges ont établi à l'égard du droit international dans leurs derniers arrêts.

## 2) La référence au droit international

Parmi les arrêts rendus par la Cour suprême des Etats-Unis entre 2002 et 2006, nous avons retenu, principalement, les arrêts relatifs à la protection des droits de l'homme dont la motivation fait référence, ou aurait raisonnablement dû faire référence, au droit international. Néanmoins, une étude du même type portant sur l'ensemble des affaires récentes entendues par la Cour ne mettrait pas en cause nos conclusions<sup>(47)</sup>. Globalement, outre les affaires portant sur le respect par les Etats-Unis des obligations procédurales découlant de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires<sup>(48)</sup>, huit affaires récemment examinées par la Cour suprême

(46) «*Are (thankfully) not always those of our people*». Cour Suprême des Etats-Unis, *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002), §47-348.

(47) Pour une analyse de ces arrêts qui s'inscrit dans notre perspective, voir *intra alia* H.G. COHEN, «*Supremacy and Diplomacy: The International Law of the US Supreme Court*», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, 2005, pp. 273 et sqq.; J.K. SERRAN, «*A Forest With No Trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 Term*», *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 579 et sqq.

(48) La Cour suprême a constamment réaffirmé que l'application par les juridictions inférieures de la doctrine de la carence procédurale n'était pas problématique même si elle faisait obstacle à la jouissance des droits garantis par la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Voir



des Etats-Unis portaient sur des questions liées au droit international. Parmi celles-ci, trois affaires concernaient essentiellement des questions de nature commerciale<sup>(49)</sup> alors que les cinq autres portaient sur des questions relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire<sup>(50)</sup>. Nous examinons ci-après chacune de ces cinq dernières affaires en distinguant, d'une part, celles relatives au respect des droits de l'homme par les Etats-Unis dans le cadre de la «*guerre contre le terrorisme*» (a); d'autre part, l'affaire relative à l'interprétation de la loi de compétence universelle civile américaine, l'*Alien Torts Claim Act* (b).

a) *Les affaires relatives à la protection des droits de l'homme dans la guerre contre le terrorisme*

La Cour suprême des Etats-Unis a rendu quatre arrêts relatifs à la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire dans le cadre de la «*guerre contre le terrorisme*» menée par l'administration Bush. Dans l'ensemble de ces arrêts, la Cour a systématiquement évité de faire référence au droit international même lorsqu'une telle référence aurait été pertinente. Par ailleurs, lorsque la Cour a été obligée, en raison de la nature de l'espèce, de se référer au droit international, elle l'a toujours fait en utilisant le droit international pour interpréter le droit américain<sup>(51)</sup>.

Le premier arrêt rendu par la Cour est l'arrêt *Rumsfeld v. Padilla*. Jose Padilla, un citoyen américain, avait été appréhendé le 8 mai 2002 par des agents fédéraux à son retour du Pakistan. Le 9 juin 2002, le Président – en vertu de son statut de «*Commandant en chef des forces armées américaines*» et de la résolution du Congrès du 18 septembre 2001 autorisant le Président à prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir tout nouvel acte de terrorisme interna-

sur point C. CANGIO, «*The United States' International Obligations and the Impact: Medellín v. Dreke and the Force of Arena in American Courts*», *Whittier Law Review*, vol. 27, 2006, pp. 1047 et sqq. Voir aussi la décision de la Cour suprême dans *Cour Suprême des Etats-Unis, Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 US (2006).

(49) *Cour Suprême des Etats-Unis, F. Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 US 155 (2004); *Olympic Airways v. Husain*, 540 US 644 (2004); *Republic of Austria v. Altmann*, 541 US 677 (2004).

(50) *Cour Suprême des Etats-Unis, Rumsfeld v. Padilla*, 542 US 426 (2004); *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004); *Rasul v. Bush*, 542 US 466 (2004); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US (2006).

(51) Voir sur ce point les conclusions de A. PEYRO LLOPIS, «*La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis*», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 109, n° 3, 2005, pp. 609-640.

tional menaçant les Etats-Unis<sup>(52)</sup> – désigne José Padilla comme un «*combattant ennemi*» et ordonne sa mise en détention militaire. Le 11 juin, le conseil de Padilla introduit devant la Cour du Southern District une demande d'ordonnance d'*habeas corpus* en alléguant que la détention militaire de J. Padilla viole les quatrième, cinquième et sixième amendements ainsi que la «*suspension clause*»<sup>(53)</sup> de la constitution des Etats-Unis. Après un jugement en première instance défavorable à Padilla, la Cour d'appel du second circuit ne suit pas la décision de la Cour du Southern District et juge que le Président n'a pas reçu d'autorisation lui permettant de mettre en détention militaire un citoyen américain arrêté sur le sol américain.

La Cour suprême décide ensuite, sur la requête du Gouvernement, d'examiner la constitutionnalité de la décision de la Cour d'appel à deux égards. Premièrement, la Cour d'appel a-t-elle juridiction sur Padilla? Secondement, la décision de la Cour d'appel respecte-t-elle, sur le fond, la Constitution? La Cour suprême dans une opinion rédigée par le juge Rehnquist et soutenue par les juges O'Connor, Scalia, Kennedy et Thomas ne traite que de la première question et rejette la décision de la Cour d'appel sur la base de règles de procédure. En effet, la demande d'ordonnance d'*habeas corpus* aurait dû être introduite, selon le droit pertinent, exclusivement contre la responsable de l'établissement pénitentiaire où Padilla était détenu, le commandant Marr. Or, la Cour du Southern District n'avait pas juridiction sur Mme Marr. Par conséquent, la Cour n'examine pas l'affaire au fond. Elle la renvoie aux juridictions inférieures compétentes, i.e. la Cour du District de Caroline du Sud. La décision de la Cour est fondée, en l'espèce, sur des considérations purement procédurales. La conclusion de la Cour n'était pourtant pas évidente. Dans une opinion dissidente soutenue par les juges Souter, Ginsburg et Breyer, le juge Stevens regrette que la Cour n'ait pas pris en considération le caractère exceptionnel du cas qui lui était soumis mettant en jeu «*rien de moins que l'essence d'une société libre*»<sup>(54)</sup>. Selon

(52) La résolution dispose que «*The President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons*». P.L. 107-40, 115 Stat. 294 (2001).

(53) «*The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it*», US Constitution, art. 1, § 9, cl. 2.

(54) «*Nothing less than the essence of a free society*». *Cour Suprême des Etats-Unis, Rumsfeld v. Padilla*, 542 US 426 (2004), 465.



les juges dissidents, la pratique du gouvernement, qui consistait à déplacer, dans le plus grand secret, les prisonniers d'un lieu de détention à l'autre, rendait inapplicable les règles relatives à la juridiction des cours pour les demandes d'ordonnance d'*habeas corpus*. La majorité de la Cour n'a pas suivi cette opinion et a donc évité d'envisager l'affaire sur le fond.

Si la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Rumsfeld v. Padilla* ne traite pas au fond la question des limites du pouvoir du Président, il n'en est pas de même dans l'arrêt *Hamdi v. Rumsfeld* (2004). Dans cet arrêt, la Cour prend en considération le fond de l'affaire même si, *in fine*, la décision de la Cour se réfère principalement à des problèmes de procédure. Dans cette affaire, Hamdi, un citoyen américain, est appréhendé sur le théâtre des opérations en Afghanistan et mis en détention militaire sur le territoire américain après avoir été qualifié par le Président de « combattant ennemi ». Son père introduit en juin 2002 une demande d'ordonnance d'*habeas corpus* devant la Cour du District Est de Virginie en alléguant de la violation par le Gouvernement des Etats-Unis, notamment, des cinquième et quatorzième amendements. Après plusieurs décisions de la Cour du District et de la Cour d'appel, la Cour Suprême est saisie de l'affaire et examine la question de savoir si l'Exécutif a l'autorité pour détenir des citoyens américains qualifiés de « combattants ennemis » et, dans l'affirmative, quelles sont les garanties légales dont ils bénéficient.

Dans une opinion rédigée par le juge O'Connor, la Cour suprême reconnaît que rien n'interdit aux Etats-Unis de détenir ses propres citoyens en tant que combattants ennemis<sup>(55)</sup>. La Cour considère que l'autorisation de l'usage de la force, accordée au Président par le Congrès, implique le droit, pour le Président, de détenir les combattants ennemis au moins jusqu'à la fin du conflit. La question demeure cependant de savoir le procès auquel a constitutionnellement droit un citoyen mettant en cause son statut de combattant ennemi<sup>(56)</sup>. En l'espèce, les parties s'entendaient sur le fait que l'autorisation du Congrès n'avait pas levé les protections garanties par

<sup>(55)</sup> « There is no bar to this Nation's holding one of its own citizens as an enemy combatant. » Cour Suprême des Etats-Unis, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), 519.

<sup>(56)</sup> « [...] there remains the question of what process is constitutionally due to a citizen who disputes his enemy-combatant status. » Cour Suprême des Etats-Unis, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), 524.

l'*habeas corpus*. Le Gouvernement estimait néanmoins que ces garanties étaient respectées puisqu'il ne faisait *aucun doute* que M. Hamdi était un combattant ennemi. A titre subsidiaire, le Gouvernement invoquait les enjeux constitutionnels exceptionnels de l'affaire et l'incompétence de la Cour, en raison de la division des pouvoirs, à l'égard de questions militaires dans le cadre d'un conflit en cours. Selon le Gouvernement, la Cour devait s'en tenir à une position particulièrement *déferente* (« *very deferential* ») par rapport à l'Exécutif.

La Cour refuse les deux arguments présentés par le gouvernement. Elle insiste en particulier sur le fait que la séparation des pouvoirs ne justifie pas une attitude aussi déferente de la Cour que celle envisagée par le Gouvernement. Elle rappelle ainsi qu'elle a depuis longtemps clarifié le fait qu'un état de guerre n'est pas un chèque en blanc pour le Président lorsque les droits des citoyens américains sont en cause<sup>(57)</sup>. Les personnes considérées comme des « combattants ennemis » doivent bénéficier, selon la Cour, des garanties du procès équitable. Cette exigence pourrait, indique la Cour, être rencontrée par la mise en place de tribunaux militaires correctement constitués.

Si en l'espèce la Cour suprême décide en faveur de M. Hamdi, il faut remarquer qu'elle le fait exclusivement sur la base du droit américain. La Cour n'examine pas la question sous l'angle des garanties prévues par l'article 5 de la Troisième Convention de Genève qui avait pourtant été invoqué par le requérant devant la Cour d'appel du quatrième circuit<sup>(58)</sup>. Elle observe simplement en note que, dans la mesure où elle a reconnu à M. Hamdi les garanties du procès équitable sur la base du droit constitutionnel, elle n'est pas tenue d'examiner si un traité garantit par ailleurs au requérant un accès similaire à un tribunal pour la mise en cause de son statut de « combattant ennemi »<sup>(59)</sup>.

<sup>(57)</sup> « We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation's citizens. » Cour Suprême des Etats-Unis, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), 536.

<sup>(58)</sup> La cour du Quatrième Circuit avait répondu à cet égard que le moyen tiré par Hamdi de la troisième convention de Genève « falters also because the Geneva Convention is not self-executing ». *Hamdi v. Rumsfeld*, 316 F3d 450 (4th Cir., 2003).

<sup>(59)</sup> « Because we hold that Hamdi is constitutionally entitled to the process described above, we need not address at this time whether any treaty guarantees him similar access to a tribunal for a determination of his status. » Cour Suprême des Etats-Unis, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), 534, n° 2.

L'argument de la Cour est pour le moins étrange, comme l'indique à juste titre la doctrine<sup>(60)</sup>. Il ne suffisait en effet pas à la Cour de savoir si un traité garantissait à M. Hamdi un accès similaire aux tribunaux à celui prévu par le droit américain. Il eût encore été nécessaire de s'assurer qu'un traité international obligatoire pour les États-Unis ne conférerait pas au requérant des garanties plus importantes que celles prévues par le droit américain. En tout état de cause, la Cour aurait dû examiner l'affaire également sous l'angle du droit international<sup>(61)</sup>. Un tel examen se justifiait d'autant plus que la Cour fait référence à de nombreuses reprises au droit de la guerre (*law of war*) lorsqu'elle examine la question de la durée de la détention. En ce sens, l'arrêt Hamdi met en évidence la tendance de la Cour à résoudre les cas qui lui sont présentés sur la base exclusive du droit américain. Cette tendance se traduit également dans les deux autres arrêts portant sur la protection des droits et libertés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme.

Dans le cas de l'affaire *Rasul v. Bush*, la Cour était invitée à déterminer si les juridictions américaines étaient compétentes pour examiner la légalité de la détention d'étrangers arrêtés à l'étranger et retenus sur la base militaire de Guantanamo Bay. L'opinion de la Cour, rédigée par le juge Stevens, répond positivement en soulignant, notamment, que la base militaire de Guantanamo Bay est sous le contrôle effectif des États-Unis et, par conséquent, sous sa juridiction. La décision de la Cour dans l'affaire *Rasul v. Bush* indique que les cours fédérales américaines sont compétentes non seulement pour connaître des actions en *habeas corpus* des étrangers détenus à Guantanamo, mais encore pour connaître des actions intentées au civil par ceux-ci sur la base de l'Alien Torts Claim Act. Toutefois, dans cette affaire, malgré le sens qu'il y aurait eu à inter-préter la question de la juridiction à partir des règles du droit international public, la Cour ne le fait pas, évitant une fois de plus de se confronter à ces règles.

La dernière affaire que nous examinons a été décidée par la Cour suprême le 29 juin 2006 dans l'arrêt *Hamdan v. Rumsfeld*. Salim

Ahmed Hamdan est un citoyen yéménite détenu depuis juin 2002 sur la base militaire américaine de Guantanamo Bay après avoir été capturé par les troupes américaines en Afghanistan en novembre 2001. Lorsqu'en 2003, le Président des États-Unis compte M. Hamdan parmi les prisonniers susceptibles d'être jugés par les commissions militaires spécialement instituées à cet effet, M. Hamdan introduit devant les juridictions américaines une action en *habeas corpus*. L'argument avancé par le requérant est double. Premièrement, ces commissions ne sont pas compétentes, au regard des lois américaines et du droit de la guerre, pour connaître du crime de conspiration dont il est accusé. Secondement, les commissions militaires mises en place par le Président violent, selon le requérant, les principes de base du droit militaire et du droit international.

En novembre 2005, la Cour suprême est saisie de l'affaire et est invitée à répondre aux questions de droit soulevées par le requérant. Dans une opinion rédigée par le juge Stevens, la Cour considère que les commissions militaires ne sont pas compétentes pour juger M. Hamdan dans la mesure où la structure et les procédures qui caractérisent ces commissions ne respectent pas l'« *Uniform Code of Military Justice* » et les quatre Conventions de Genève de 1949. La Cour estime également que le crime de conspiration ne fait pas partie des violations reconnues du droit de la guerre.

Nous n'entrerons pas ici dans le détail de la longue décision rendue par la Cour. Si elle a été largement perçue comme une victoire pour l'état de droit et la protection des droits de l'homme, il importe cependant de remarquer le statut conféré par la Cour aux Conventions de Genève. La Cour ne leur reconnaît aucun effet direct dans l'ordre juridique américain<sup>(62)</sup>. L'ensemble de l'arrêt est en effet basé, en droit, sur une interprétation de l'article 21 du « *Uniform Code of Military Justice* »<sup>(63)</sup>. En ce sens, la décision de la Cour dans l'affaire Hamdan ne constitue pas un revirement de jurisprudence par rapport à la décision de la Cour dans l'affaire *Johnson*

<sup>(62)</sup> Voir sur ce point le commentaire de l'arrêt par S. Estreicher et D. O'Scannlain. S. ESTREICHER, D. O'SCANNLAIN, « The Limits of Hamdan v. Rumsfeld », *Greenbag*, vol. 9, 2006, pp. 252 et sqq., spécialement p. 5.

<sup>(63)</sup> The provisions of this chapter conferring jurisdiction upon courts-martial do not deprive military commissions, provost courts, or other military tribunals of concurrent jurisdiction with respect to offenders or offenses that by statute or by the law of war may be tried by military commissions, provost courts, or other military tribunals, 10 USC, § 821.

<sup>(60)</sup> En ce sens, voir J.K. SETTEAR, « A Forest With No Trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 Term », *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, pp. 579 et sqq., spécialement pp. 629 et sqq.

<sup>(61)</sup> À cet égard, l'opinion partiellement dissidente des juges Souter et Ginsburg insiste sur l'importance des garanties prévues par la troisième convention de Genève.

v. *Eisenrager*<sup>(64)</sup>. La Cour avait en effet considéré dans cet arrêt que la Convention de Genève de 1929 n'était pas directement applicable par les tribunaux américains. Dans l'affaire Hamdan, la Cour indique explicitement qu'elle entend suivre la position qu'elle avait définie en 1950. Par conséquent, elle conclut que M. Hamdan ne saurait invoquer les dispositions des Conventions de 1949 comme une source de droit indépendante et obligatoire pour le gouvernement<sup>(65)</sup>.

En l'espèce, la Cour prend donc en considération le droit international humanitaire lorsqu'elle interprète le droit américain. Elle décide toutefois sur la base du droit américain et en aucun cas sur la base du droit international en tant que source de droit. L'argument n'est pas seulement formaliste. En décidant de la sorte, le juge américain conserve la maîtrise sur la méthode d'interprétation qu'il entend utiliser et ne se soumet pas aux spécificités de l'interprétation du droit international, en l'occurrence, du droit des traités. En outre, en conférant au droit international un rôle seulement secondaire dans le cadre de l'interprétation du droit américain, la Cour ne se lie pas les mains pour le futur et se garantit une large marge d'interprétation pour les affaires qui impliqueraient des questions de droit international humanitaire. Enfin, elle laisse la porte ouverte au législateur américain pour régler, comme il l'entend, les problèmes relatifs à la garantie des droits fondamentaux des terroristes présumés.

#### b) L'interprétation de l'*Alien Torts Claim Act* : *Sosa v. Alvarez-Machain*

De toutes les affaires relatives aux droits de l'homme et de nature internationale, l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain* est sans doute une des plus intéressantes. En 1985, un agent de la Drug Enforcement Administration (DEA) est capturé, torturé et tué au Mexique. La

DEA est menée à croire que Humberto Alvarez-Machain a participé à la torture et au meurtre de son agent. Elle engage alors une collaboration avec José Sosa, ressortissant mexicain, pour enlever M. Alvarez-Machain et le conduire de force sur le territoire américain où ce dernier est arrêté. Après sa libération, M. Alvarez-Machain se lance, notamment, dans une action en justice devant les juridictions civiles américaines contre M. Sosa pour violation du droit des gens et, en particulier, pour détention arbitraire. Le requérant fonde son action sur l'*Alien Torts Claim Act*, une disposition datant de 1789 et prévoyant que les cours de districts sont compétentes pour connaître des actions civiles visant à obtenir une réparation pour toute faute commise en violation du droit des gens ou d'un traité ratifié par les États-Unis<sup>(66)</sup>.

La Cour suprême est saisie de l'affaire et détermine, dans son arrêt de 2004, le sens et la portée de l'*Alien Torts Claim Act*<sup>(67)</sup> (ATCA). Parmi les questions de droit examinées par la Cour, deux nous retiendront ici. Premièrement, la Cour suprême est invitée à décider si l'ATCA est simplement une loi de compétence «*abstraite*» nécessitant une loi supplémentaire ou si cette législation doit dans lesquels la loi peut être actionnée ou si cette législation doit être considérée comme autonome en ce sens qu'elle permettrait au juge américain de déterminer, seul, les droits d'action («*cause of action*») susceptibles d'actionner la loi. À cet égard, le Gouvernement américain avait introduit un *amicus curiae* priant la Cour de dire par droit que l'ATCA est seulement une loi de compétence abstraite<sup>(68)</sup>. La Cour ne suit pas, *in fine*, la proposition du gouvernement. Si, dans un premier temps, elle reconnaît que l'ATCA est une loi de compétence ne créant pas de nouveaux droits d'action spécifiques, elle indique au terme d'une analyse historique sur l'origine de l'ATCA qu'il y a toutes les raisons de croire que le premier Congrès n'a pas voté l'ATCA par commodité dans l'attente qu'une

<sup>(66)</sup> L'*Alien Torts Claim Act* dispose : «the district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States», 28 USC, §1350.

<sup>(67)</sup> En l'espèce, la Cour se prononce également sur le sens et la portée du *Foreign Torts Claim Act*. Alvarez-Machain ayant également engagé une action au civil contre le Gouvernement américain sur la base de cette loi.

<sup>(68)</sup> «An alien must point to some other Act of Congress or treaty of the United States that creates a private right of action under federal law that may be brought under Section 1350». Reply Brief of Petitioner on Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, n° 03-339, 23 mars 2004, p. 1.

<sup>(64)</sup> Voir Cour Suprême des États-Unis, *Johnson v. Eisenrager*, 339 U.S. 763 (1950).

<sup>(65)</sup> «We may assume that the obvious scheme of the 1949 Conventions is identical in all relevant respects to that of the 1929 Convention, and even that that scheme would, absent some other provision of law, preclude Hamdan's invocation of the Convention's provisions as an independent source of law binding the Government's actions and furnishing petitioner with any enforceable right. For, regardless of the nature of the rights conferred on Hamdan, cf. *United States v. Hauscher*, 119 U.S. 407 (1886), they are, as the Government does not dispute, part of the law of war. See Hamdi, 542 U.S., at 520-521 (plurality opinion). And compliance with the law of war is the condition upon which the authority set forth in Article 21 is granted». Cour Suprême des États-Unis, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. (2006).

autre législature détermine les cas dans lesquels la loi pourrait être actionnée<sup>(69)</sup>. Elle reconnaît par conséquent que l'ATCA définit un droit d'action, sans qu'aucune mesure supplémentaire ne soit prise par le pouvoir législatif, sur la base de l'incorporation automatique du droit international dans la *Federal General Common Law*.

Secondement, la Cour doit examiner la notion de «*law of nations*» au sens de l'ATCA afin de préciser la signification que le juge des cours inférieures doit lui conférer. Elle indique à cet égard qu'il convient de définir la notion de «*law of nations*» avec beaucoup de prudence<sup>(70)</sup>. En s'appuyant sur la généalogie de l'ATCA qu'elle a présentée, la Cour dit pour droit que les juridictions inférieures en interprétant la notion de «*law of nations*» peuvent certes prendre en considération le droit international contemporain mais en gardant à l'esprit la nature très particulière des normes que le premier Congrès pouvait avoir à l'esprit au XVIII<sup>e</sup> siècle en rédigeant l'ATCA<sup>(71)</sup>. En l'espèce, la Cour considère que les accords internationaux auxquels M. Alvarez-Machain se réfère n'appartiennent pas au domaine couvert par l'expression «*law of nations*». En effet, le Pacte de New York sur les droits civils et politiques est un traité non-self executing aux Etats-Unis et la Déclaration universelle des droits de l'homme n'est pas juridique-ment obligatoire. Quant à la nature coutumière de la norme interdisant, de manière générale, la détention arbitraire alléguée par M. Alvarez-Machain, la Cour estime qu'elle paraît difficile à établir. En outre, Elle souligne qu'une telle règle conférerait un droit d'action pour toute personne arrêtée arbitrairement n'importe où

dans le monde<sup>(72)</sup>. Une telle règle dépasserait clairement, de l'avis de la Cour, les perspectives envisagées par le premier Congrès.

Cette décision a fait coulé beaucoup d'encre. De manière générale, la juridiction suprême indique clairement qu'elle ne souhaite pas complètement fermer la porte à de nouvelles actions en justice fondées sur l'ATCA<sup>(73)</sup>. De la sorte, la Cour s'est écartée de la position de l'Exécutif. Elle a en effet fini par reconnaître que l'ATCA définit un droit d'action («*cause of action*») indépendamment de l'adoption d'une nouvelle législation par le Congrès. Elle a ainsi maintenu la compétence universelle civile des juridictions américaines. Ceci est intéressant dans la mesure où rien dans le libellé de l'ATCA ne précise que la règle est applicable lorsqu'une affaire implique, comme c'était le cas en l'espèce, des étrangers sur le sol étranger. Bien qu'elle ait admis le principe de la compétence universelle civile des juridictions américaines, la Cour a pourtant restreint la portée de l'expression «*law of nations*» afin de ne pas exposer les Etats-Unis à des problèmes internationaux semblables à ceux rencontrés par la Belgique après l'adoption de la loi de compétence universelle pénale. Si on compare la position de la Cour dans l'affaire *Sosa* avec celles que nous avons analysées précédemment, nous remarquons que, alors que la Cour aurait pu trancher l'affaire en reconnaissant simplement, comme elle le fait dans un premier temps, que l'ATCA ne crée aucun droit d'action («*cause of action*»)<sup>(74)</sup>, elle a préféré maintenir, ne fut-ce que de manière limitée, une compétence universelle pour les tribunaux américains<sup>(75)</sup>.

Prises globalement, les analyses de la jurisprudence récente de la Cour suprême confirment notre hypothèse de départ. La Cour suprême s'oppose fortement, malgré quelques citations de jurisprudences étrangères, au double mouvement d'internationalisation des constitutions nationales et de constitutionnalisation du droit inter-

<sup>(72)</sup> «*Would support a cause of action in federal court for any arrest, anywhere in the world, unauthorized by the law of the jurisdiction in which it took place, and would create a cause of action for any seizure of an alien in violation of the Fourth Amendments*». Cour Suprême des Etats-Unis, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004), 736.

<sup>(73)</sup> «*The door is still ajar subject to vigilant doorkeeping, and thus open to a narrow class of international norms today*». Cour Suprême des Etats-Unis, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004), 729.

<sup>(74)</sup> Il s'agit de la position défendue dans l'opinion dissidente du juge Scalia.

<sup>(75)</sup> Voir sur ce point C.A. D'AMORE, «*Sosa v. Alvarez-Machain and the Alien Tort Statute: How Wide Has the Door to Human Rights Litigation Been Left Open?*», *Abronn. Law Review*, vol. 39, 2006, pp. 583 et sqq.

<sup>(69)</sup> «*There is every reason to suppose that the First Congress did not pass the ATS as a jurisdictional convenience to be placed on the shelf for use by a future Congress or state legislature that might, some day, authorize the creation of causes of action or itself decide to make some element of the law of nations actionable for the benefit of foreigners*». Cour Suprême des Etats-Unis, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004), 719.

<sup>(70)</sup> «*Since many attempts by federal courts to craft remedies for the violation of new norms of international law would raise risks of adverse foreign policy consequences, they should be undertaken, if at all, with great caution*». Cour Suprême des Etats-Unis, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004), 727.

<sup>(71)</sup> La Cour indique que «*federal courts should not recognize private claims under federal common law for violations of any international law norm with less definite content and acceptance among civilized nations than the historical paradigms familiar when §1350 was enacted*». Elle précise par ailleurs que «*we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized*». Cour Suprême des Etats-Unis, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (2004), respectivement 732, 725.

national. Premièrement, certains juges de la Cour suprême ont manifesté une forme de crispation sur la souveraineté nationale en attaquant avec force la pratique, pourtant ancienne, de citation de la jurisprudence étrangère. Le pouvoir législatif a de ce point de vue contribué à alimenter la querelle. Deuxièmement, dans les cas qui auraient pu impliquer une analyse sur le plan du droit international, la Cour est restée particulièrement prudente. Setear indique que tout s'est passé comme si la Cour, ayant pris note des réactions publiques lorsqu'elle a invoqué des normes internationales ou de la jurisprudence étrangère pour interpréter la Constitution, avait ignoré le droit international et la jurisprudence étrangère même lorsqu'ils concernaient directement l'affaire dont elle avait à connaître<sup>(76)</sup>. Dans ses arrêts concernant la protection des droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, la Cour met tout en œuvre pour ne pas s'engager trop avant dans une analyse du point de vue du droit international. Enfin, dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, la Cour interprète la notion de «*law of nations*» par référence à sa signification pour le premier Congrès du XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire dans une acception très réduite par rapport aux développements du droit international contemporain. La Cour maintient néanmoins le principe d'une compétence universelle au civil pour les violations les plus graves des droits de l'homme. En ce sens, comme l'analyse Cohen, la Cour suprême, en recommandant les droits de l'homme pour le monde et la souveraineté nationale pour les Etats-Unis, redécouvre une position américaine familière<sup>(77)</sup>. La Cour suprême est bien le lieu d'expression d'une crispation des Etats-Unis sur leur souveraineté nationale. Pour autant, les juges sont attentifs à conserver aux Etats-Unis la statue de for crédible pour les violations graves du droit international des droits de l'homme. Ils laissent ainsi la porte ouverte à des affaires impliquant des étrangers à l'étranger en cas de violation de normes impératives du droit international des droits de l'homme.

<sup>(76)</sup> J.K. SETEAR, «*A Forest With No Trees: The Supreme Court and International Law in the 2003 Term*», *Virginia Law Review*, vol. 91, 2005, p. 669.

<sup>(77)</sup> «*The Supreme Court thus finds itself striking a familiar position. It has been oft observed that the United States advocates human rights for the world and state sovereignty for itself [...] the compromise position it has taken on use of international and foreign law seems to reflect this same phenomenon*». H.G. COHEN, «*Supremacy and Diplomacy: The International Law of the US Supreme Court*», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, 2005, pp. 273 et sqq., spécialement p. 326.

### B. - *Le modèle européen*

Comparer la CEDH à la Cour suprême des Etats-Unis est un exercice délicat. En effet, même si la CEDH se définit elle-même comme l'«*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*»<sup>(78)</sup>, elle n'en demeure pas moins, *vollens nolens*, une Cour internationale assujettie, par conséquent, à des règles que ne connaissent pas les Cours constitutionnelles nationales et, en l'occurrence, la Cour suprême des Etats-Unis. Aussi, la comparaison ne peut-elle être purement symétrique. En outre, si la protection des droits de l'homme ne constitue qu'une des missions de la Cour suprême des Etats-Unis, elle est l'unique objet de la CEDH. Il est par conséquent impossible de prétendre, dans les limites de cette étude, présenter une perspective générale sur les tendances de la Cour de Strasbourg en matière de protection des droits de l'homme. Pour autant, la CEDH participe, par sa nature même, au double mouvement de constitutionnalisation du droit international et d'internationalisation des constitutions nationales.

Sa participation au mouvement de constitutionnalisation du droit international se constate à plusieurs titres. Premièrement, la Convention crée un mécanisme original et ambitieux qui confère un droit d'action individuel auprès d'une juridiction internationale dans le domaine traditionnellement constitutionnel des droits de l'homme. Ce mécanisme conduit nécessairement à conférer au droit international une forme de supériorité par rapport aux droits constitutionnels nationaux. Or, il s'agit là d'un trait caractéristique du mouvement de constitutionnalisation du droit international. Secondement, la Cour a indiqué que la Convention n'était pas un traité international fondé, comme les autres, sur la réciprocité entre Etats mais qu'elle «*crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une garantie collective*»<sup>(79)</sup>. A ce titre, le système européen de protection des droits de l'homme se distingue des principes classiques du droit international. Comme l'indique Frédéric Sudre, «*ce caractère objectif du système conventionnel transcende les intérêts étatiques et fonde la solidarité commune qui s'oppose à la notion, classique en droit international, de*

<sup>(78)</sup> Cour eur. dr. h. *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, par. 75; Cour eur. dr. h., *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, par. 156.

<sup>(79)</sup> Cour eur. dr. h. *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, par. 239; Cour eur. dr. h., *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, par. 70.

réciprocité»<sup>(80)</sup>. Cela se traduit notamment par la méthode d'interprétation dynamique de la Convention dérogeant à une interprétation restrictive des traités et justifiée dès 1968 par la distinction entre traité-loi et traité-contrat<sup>(81)</sup>. Le droit européen des droits de l'homme s'inscrit donc manifestement au sein du processus de constitutionnalisation du droit international si l'on admet qu'une des caractéristiques des normes constitutionnelles est leur résistance au changement et la relative indépendance dont elles jouissent par rapport à la volonté des Etats. Enfin, si la CEDH n'est pas *stricto sensu* une Cour constitutionnelle<sup>(82)</sup>, elle en remplit le rôle et certains juges désirent manifestement qu'elle le prenne de plus en plus. L'ancien Président de la Cour indiquait ainsi dans un article que la Cour devait jouer un rôle de «plus en plus *constitutionnel*» en rendant des arrêts clairs et «en y fixant les principes *jurisprudentiels* avec une clarté impérieuse qui les rendrait de *facto* contraignants à l'égard de tous [...]»<sup>(83)</sup>.

En conséquence, la CEDH contribue également à l'internationalisation des constitutions nationales en contraignant les juges constitutionnels à faire pénétrer, d'une manière ou d'une autre, le droit international dans le droit constitutionnel. La CEDH a en effet pris le parti de ne pas conférer aux dispositions des constitutions nationales de statut privilégié du point de vue du contrôle de conventionnalité. Elle a ainsi clairement indiqué qu'elle ne ferait «*aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la 'juridiction' des Etats membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur 'juridiction' - laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution - que lesdits Etats*

<sup>(80)</sup> F. SUDRÉ, «Existe-t-il un ordre public européen?», in P. TAVENNER (ed.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39-80, spécialement p. 44.

<sup>(81)</sup> La cour indiquait ainsi dans l'arrêt *Wemhoff* : «S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu à autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties». Cour eur. dr. h., *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, par. 8.

<sup>(82)</sup> Le débat doctrinal sur la question du statut constitutionnel de la CEDH est sans fin. Voir *inter alia* J.-F. FLAUS, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, vol. 36, 1998, pp. 711-728; E.A. ALKEMBA, «The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court», in P. MAHONEY et alii. (eds.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolf Ryssdal*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 41-63.

<sup>(83)</sup> L. WILDHABER, «Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2002, vol. 14, n° 1-4, pp. 1-6, spécialement p. 1.

*répondent de leur respect de la Convention»*<sup>(84)</sup>. Aussi, l'influence de la CEDH sur les constitutions des Etats soumis à sa juridiction ne se manifeste pas seulement par le contrôle de conventionnalité de lois d'application des Constitutions<sup>(85)</sup> ou par l'influence de la jurisprudence de la Cour sur l'interprétation du juge constitutionnel national<sup>(86)</sup>, elle se manifeste encore par le contrôle de conventionnalité direct des normes constitutionnelles<sup>(87)</sup>.

Si par la nature du système de la Convention, la CEDH participe de la constitutionnalisation du droit international et, de manière indirecte, de l'internationalisation des constitutions nationales, la Cour témoigne également récemment d'une volonté de prendre en considération la jurisprudence et les dispositions législatives des Etats tiers ainsi que le droit international général dans sa jurisprudence. A l'inverse de la Cour suprême des Etats-Unis, la CEDH ne se ferme pas aux influences extérieures et se présente de plus en plus comme le lieu de production d'une jurisprudence universaliste du point de vue de ses sources et de ses ambitions.

### 1) La référence à la jurisprudence et aux dispositions législatives étrangères

Dans la dernière chronique qu'ils consacrent à l'utilisation du droit international général dans la jurisprudence de la CEDH, le Doyen Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss remarquent «une attention croissante portée à la jurisprudence des Cours suprêmes d'Etats tiers»<sup>(88)</sup> de la part de la Cour. Il n'est évidemment pas dans notre intention de présenter ici l'ensemble des références faites par la CEDH à la jurisprudence ou à des dispositions législatives étrangères. Il suffit pour notre propos de mettre en évidence la différence d'attitude de la CEDH à l'égard de cette pratique par rapport à la

<sup>(84)</sup> Cour eur. dr. h., *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, par. 29.

<sup>(85)</sup> Comme cela a été le cas dans l'arrêt *Open Door c. Irlande* jugeant incompatible avec l'art. 10 de la convention une loi prise en application de la protection constitutionnelle des droits de l'enfant à naître. Cour eur. dr. h., *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 29 octobre 1992.

<sup>(86)</sup> Voir *inter alia* Cour eur. dr. h., *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, 24 juin 1994, par. 28.

<sup>(87)</sup> Voir le contrôle de constitutionnalité de l'article 159 de la Constitution de Chypre du Nord réalisé par la Cour. Cour eur. dr. h., *Loisidou c. Turquie*, 28 novembre 1996.

<sup>(88)</sup> G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUS, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général», *Annuaire Français de Droit International*, vol. 50, 2004, pp. 778-802, spécialement p. 778.



position des juges constitutionnels américains et aux débats politiques qui ont entouré les récentes références des juges de la Cour suprême aux standards internationaux. En effet, le juge de Strasbourg est bien plus favorable à cette pratique que le juge constitutionnel américain.

Parmi les exemples particulièrement significatifs, il importe de mentionner l'affaire *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*. Dans cette affaire, la requérante est un transsexuel britannique alléguant de la violation des articles 8, 12, 13 et 14 de la Convention à raison de la manière dont les transsexuels sont traités par le droit britannique dans le domaine de l'emploi, de la sécurité sociale, des pensions et du mariage. Lorsque la Cour examine la question de la violation par le Royaume-Uni de l'article 8 de la Convention, elle déduit d'une étude de droit comparé – dont le matériau lui a été fourni par une tierce intervention – que « l'Etat défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière, sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre afin d'assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention »<sup>(89)</sup> et constate par conséquent la violation du droit à la vie privée de la requérante. La décision est importante dans la mesure où elle constitue, pour autant que la notion ait un sens dans la jurisprudence de la CEDH, un revirement de jurisprudence<sup>(90)</sup>. Dans cet arrêt, l'analyse de droit comparé réalisée par la Cour a pour objectif de déterminer l'existence d'une communauté de vue indiquant une évolution dans les conceptions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques. Cette analyse ne montre aucune évolution significative de la situation au niveau des Etats membres du Conseil de l'Europe comparativement à l'analyse de droit comparé réalisée en 1998 sur le même sujet dans l'affaire *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*. On pouvait par conséquent s'attendre à ce que la CEDH reconnaisse, ici également, une large marge d'appréciation nationale au Royaume-Uni. Dans l'affaire qui nous occupe, la Cour relève pourtant que l'Australie et la Nouvelle Zélande ont abandonné le critère du sexe biologique. Elle en déduit qu'il existe une tendance au niveau international en faveur de la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle. Elle dit également que la Cour accorde « moins d'importance à l'absence d'éléments

indiquant un consensus européen relativement à la manière de résoudre les problèmes juridiques et pratiques qu'à l'existence d'éléments clairs et incontestés montrant une tendance internationale continue non seulement vers une acceptation sociale accrue des transsexuels mais aussi vers la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle des transsexuels opérés »<sup>(91)</sup>. En d'autres termes, la Cour considère en l'espèce, parmi les motifs justifiant la limitation de la marge d'appréciation nationale du Royaume-Uni, que l'existence d'une tendance au niveau international est pertinente. Il s'agit sans doute ici d'une affirmation particulièrement claire de la reconnaissance, par la CEDH, de la pertinence des standards globaux pour sa propre jurisprudence.

Ce recours de la CEDH à l'analyse de la jurisprudence et des dispositions législatives étrangères ne saurait passer pour exceptionnel<sup>(92)</sup>. La Cour n'hésite pas à recourir à des études de droit comparé, en particulier, lorsque les questions soulevées devant la Cour sont neuves ou difficiles comme cela peut être le cas avec le transsexualisme. A titre d'exemple, dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, la Cour a été invitée à examiner une question portant sur la transplantation d'embryon. En l'espèce, la requérante s'était séparée de son compagnon avec lequel elle avait planifié une transplantation d'embryon fécondé *in vitro*. Après leur séparation, son ex-conjoint a demandé, en conformité avec la législation britannique, que les embryons soient détruits. La requérante alléguait que les dispositions de la loi qui l'obligeaient à obtenir le consentement de son compagnon pour se faire implanter les articles 2, 8 et une lecture combinée des articles 14 et 8 de la Convention. Dans sa décision, la Cour procède non seulement à une analyse de droit comparé au sein des Etats du Conseil de l'Europe, mais encore à une étude de la situation aux Etats-Unis et en Israël. En l'espèce, dans son examen de la requête sous l'angle de l'article 8, la Cour constate l'absence d'un consensus international sur la question du moment où l'un des participants à un traitement par transplantation d'embryon peut revenir sur son consentement à l'utilisation des gamètes prélevés<sup>(93)</sup>. En conséquence, elle conclut à l'inexistence

<sup>(91)</sup> Cour eur. dr. h., *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, par. 85. Le constat est repris tel quel dans l'affaire *J. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, par. 65.

<sup>(92)</sup> Voir en particulier les analyses proposées dans J.-F. FLAUS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis dans le contentieux européen des droits de l'homme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 62, pp. 313-331.

<sup>(93)</sup> Cour eur. dr. h., *Evans c. Royaume-Uni*, 7 mars 2006, par. 61.

<sup>(89)</sup> Cour eur. dr. h., *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, par. 93.

<sup>(90)</sup> Voir les arrêts antérieurs Cour eur. dr. h., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986; Cour eur. dr. h., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998.



d'une violation de l'article 8 par le Royaume-Uni et l'existence d'une large marge d'appréciation en la matière. Cette approche témoigne *a contrario* de ce que la jurisprudence étrangère est susceptible, du point de vue de la Cour, d'influencer le droit européen des droits de l'homme.

Cette démarche de la Cour ne s'explique pas seulement par une volonté pragmatique d'analyser les solutions données dans d'autres systèmes juridiques à des situations semblables. Elle témoigne plus fondamentalement d'une position des juges de la Cour en faveur de la méthode du droit comparé pour des raisons de politique juridique et, *in fine*, pour des raisons philosophiques. Pour justifier cette lecture, il convient de sortir de la jurisprudence de la CEDH et de s'arrêter sur les déclarations des juges, en l'occurrence, de l'ancien Président de la CEDH.

Deux exemples nous paraissent significatifs. Premièrement, lors d'un discours à la conférence inaugurale de la société européenne de droit international, l'ancien Président de la Cour insiste sur la signification de la Convention par rapport à la notion de «souveraineté». Le Président Wildhaber souligne que cette dernière doit être comprise comme «*sujette au droit*». En abordant la question de savoir à quel droit la souveraineté est sujette, L. Wildhaber indique :

«*Y a-t-il pour reprendre la discussion récente au sein de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire Lawrence v. Texas, des tendances, voir des valeurs communes, qui peuvent se voir reflétées dans la législation et dans la jurisprudence d'un nombre croissant d'États, dans des traités et des textes internationaux, dans la jurisprudence des tribunaux et des autres organes de contrôle internationaux? La jurisprudence de notre Cour y répond par un oui clair. Je n'aurais pas trop de mal à considérer que c'est là l'attitude du sécularisme. La démocratie pluraliste ne devrait pas trop être livrée aux fanatismes de tous bords*» (94).

En admettant l'hypothèse que la position du Président Wildhaber est représentative de l'opinion de la Cour, la différence avec la pratique et les discussions au sein de la Cour suprême des États-Unis est manifeste. Le recours par la CEDH au droit comparé n'est pas seulement lié à des considérations pragmatiques, elle est inscrite dans une perspective de philosophie du droit à la fois universaliste et jusnaturaliste. Le Président de la Cour ne se réfère-t-il pas ici à ce qu'on aurait appelé, à une autre époque, le *droit des gens* en tant

(94) L. WILDHABER, «Le droit international en Europe : entre tradition et renouveau», *Discours à la conférence inaugurale de la «société européenne de droit international*», Florence, 14 mai 2004.

que «*consensus de la majeure partie du monde*» (95)? S'agit-il dans cette affirmation d'autre chose que d'une tentative de récupérer quelque chose du *ius commune* qui a longtemps été le moyen de fédérer des droits hétérogènes (96)? Les déclarations du Président de la Cour vont à tout le moins en ce sens.

Cette position, la Cour ne se limite pas à la pratiquer et à la soutenir en son sein. Dans une certaine mesure, elle entend l'exporter à l'étranger. A cet égard, le discours de l'ancien Président de la Cour à l'occasion de l'inauguration du nouveau bâtiment de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud est intéressant. Il apparaît comme une forme de louange des vertus du droit comparé. Après avoir précisé les modalités du recours à cette méthode par la CEDH, le Président de la Cour indique qu'il attend le jour où sa Cour pourra se référer à une décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud (97). Il nous paraît difficile de donner sens à cette proposition autrement qu'en des termes politiques. La pratique du droit comparé suppose en effet une manière d'accepter l'autre comme participant à une même culture juridique, à la même «*majeure partie du monde*». En ce sens, l'attente évoquée par le Président Wildhaber définit une responsabilité pour les juges constitutionnels d'Afrique du Sud : produire une jurisprudence que la CEDH puisse citer, une jurisprudence qui participe d'un même *progrès* du droit des gens. On aura mesuré la distance avec l'état des débats de l'autre côté de l'Atlantique. Cette distance se manifeste aussi, bien que de manière plus attendue compte tenu du statut international de la Cour, dans l'usage par la CEDH du droit international.

(95) «*Consensus maioris partis totius orbis*», F. DE VITORIA, *Relectio de Indis*, 3, 4. Il faudrait prendre ici également en considération la tendance de la CEDH à renouveler la notion de *principe généraux de droit reconnus par les nations civilisées*. On sait en effet que les principes généraux du droit constituent une porte d'entrée privilégiée aux considérations jusnaturalistes.

(96) Sur la notion de *ius commune* et ses similarités avec le droit des gens ancien, voir l'étude, toujours classique en dépit des progrès de la recherche sur le sujet, de Calasso. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951.

(97) «*I look forward to the day where our Court will be able to rely on a judgement of the South African Constitutional Courts*», L. WILDHABER, «Judging in a Modern Constitutional Democracy - Employing the Comparative Law Method in Constitutional Decision-Making», Judges' Conference to Mark the Inauguration of the New Building for the Constitutional Court of South Africa, Johannesburg, 20 mars 2004.

## 2) La référence au droit international

Si, comme nous venons de l'indiquer, la CEDH prend en considération les dispositions législatives étrangères ainsi que la jurisprudence des autres cours constitutionnelles, le droit international n'est pas en reste. La Cour se réfère en effet de plus en plus fréquemment au droit international des droits de l'homme et au droit international général confirmant «son attachement à l'option méthodologique du droit international comparé qu'elle banalise de plus en plus» (98). Cette pratique de la Cour est bien sûr justifiée par les dispositions de la Convention prévoyant la prise en considération des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» (99), des «obligations découlant du droit international» (100), ou encore «des principes de droit international généralement reconnus» (101). La Cour va cependant bien au-delà des prescriptions de la Convention (102).

Ainsi, à titre d'exemple, la Cour juge dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, en référence à la pratique des États parties à la Convention, et à la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, que le prononcé de la peine de mort au terme d'un procès inéquitable s'interprète comme un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention (103). La Cour tire donc de la jurisprudence des autres organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels des arguments pour déterminer le contenu des droits et libertés garantis par la Convention. Un autre exemple de cette pratique se présente dans l'affaire *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*. Dans cette affaire, la Cour en formation solennelle devait notamment répondre à la question de savoir si l'inexécution des mesures provisoires prises par la CEDH pouvait être constitutive d'une violation de l'art. 34 garantissant un recours effectif. En s'appuyant

(98) G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUS, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général», *Annuaire Français de Droit International*, vol. 50, 2004, pp. 778-802, spécialement p. 778.

(99) Art. 7, § 2.

(100) Art. 15, § 1.

(101) Art. 35, § 1.

(102) On se reportera de manière générale à l'article de G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUS, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général», *Annuaire Français de Droit International*, vol. 50, 2004, pp. 778-802 ainsi qu'à J.-F. FLAUS, «Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUS, *Droit international. Droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, «Droit et Justice», 2004, pp. 73-120.

(103) Cour eur. dr. h., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, par. 169.

sur la jurisprudence de différents organes internationaux, la Cour a précisé – opérant ici aussi une forme de revirement de jurisprudence en matière de mesures provisoires – qu'elle observait «que la CIJ, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme des Nations unies et le Comité des Nations unies contre la torture, tout en travaillant dans le cadre d'autres traités que la Cour, ont confirmé dans des décisions récentes que la sauvegarde des droits invoqués par les parties, face au risque de préjudice irréparable, représente un objectif essentiel des mesures provisoires prévues en droit international» (104). Aussi, la Cour a-t-elle conformé en l'espèce que la Turquie, en ne s'étant pas conformé aux mesures provisoires indiquées par la Cour, avait privé les requérants du droit à un recours effectif.

L'attitude de la CEDH à l'égard du droit international général et du droit international des droits de l'homme est donc plus positive que celle du juge constitutionnel américain. Certes, la CEDH est une juridiction internationale. Une telle juridiction est naturellement conduite à se référer au droit international. Comme l'a indiqué la Cour dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, «la Convention doit autant que faire se peut s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante» (105). La CEDH se montre néanmoins généralement générale dans ses références au droit international même si certains pourront regretter qu'elle n'ait pas, dans les affaires Tchétchènes, fait de référence explicite au droit des Conventions de Genève (106) ou encore tirer toutes les conséquences du point de vue de la hiérarchie des normes de sa reconnaissance de l'interdiction de la torture comme norme de *jus cogens* (107). Il n'en demeure pas moins que la Cour en utilisant largement les méthodes du droit international comparé accueille, au contraire de la Cour suprême, les standards internationaux dans sa propre jurisprudence et met en oeuvre une

(104) Cour eur. dr. h., *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, par. 124.

(105) Cour eur. dr. h., *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, par. 55.

(106) Voir H. TIGROUDJA, «La Cour européenne des droits de l'homme face au conflit en Tchétchénie : arrêts Khachiev et Akseieva, Issaieva, Youssouпова et Bazasieva, et Issaieva c. la Russie du 24 février 2005 : propos sur l'adaptation du mécanisme européen de protection des droits de l'homme à la situation tchétchène», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 17, n° 65, 2006, pp. 111-140.

(107) Cour eur. dr. h., *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001. Voir en particulier l'opinion dissidente commune et extrêmement critique des juges Rozakis et Caflisch rejoints par les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic.

interprétation des dispositions de la Convention à la lumière du droit international pertinent même si elle n'entend pas devenir, comme la Cour Interaméricaine des droits de l'homme, une «*jurisdiction régionale du droit international des droits de l'homme et a fortiori du droit international général*»<sup>(108)</sup>.

#### C. – Conclusions sur la jurisprudence des deux cours

Dans cette analyse jurisprudentielle, nous avons pour objectif de mettre en évidence certaines différences entre la Cour suprême des Etats-Unis et la CEDH. Il s'agissait en particulier de souligner le fait que, de manière très générale, il existe une opposition de fond entre la Cour suprême et la CEDH concernant les références au droit international et à la jurisprudence étrangère. Ces dernières années, la jurisprudence de la Cour suprême a été le lieu au sein duquel se sont exprimées une crispation américaine sur la souveraineté nationale, une affirmation du caractère exceptionnel des droits garantis par la constitution américaine ainsi que du manque de pertinence des standards internationaux dans l'interprétation de celle-ci. Cette position de la juridiction suprême s'inscrit à contre-courant du double phénomène d'internationalisation des constitutions nationales et de constitutionnalisation du droit international que nous avons indiqué. A la différence de la Cour suprême, la CEDH se présente non seulement comme le résultat de ce double processus, mais encore comme la promotrice des méthodes qui semblent l'accompagner. Jusqu'à présent, nous n'avons fait que relever certaines différences dans la manière dont la jurisprudence des deux cours négocie leur rapport avec l'extérieur. Pourtant, les différences entre l'Américain et l'Européen «*ways of law*» ne sont, à notre avis, pas de celles qui se constatent seulement. Il convient en effet de donner à ces différences une signification en terme de *projet*, de rôle du juge et de statut politique des cours. Aussi, nous faut-il quitter le niveau de l'analyse jurisprudentielle pour déterminer en quoi l'opposition entre ces deux cours peut se comprendre dans des termes de philosophie politique et juridique.

<sup>(108)</sup> J.-F. FLAUS, «*Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*», in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUS, *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, «*Droit et Justice*», 2004, p. 119.

### III. – DROITS DE L'HOMME, DROITS DU CITOYEN

Conférer aux divergences que nous avons signalées entre la CEDH et la Cour suprême des Etats-Unis le statut d'une opposition fondamentale entre des perspectives différentes sur les droits de l'homme et entre deux «*ways of law*», peut être perçu comme faisant grand cas de différences, somme toute, conjoncturelles ou insuffisamment significatives. Ce point de vue peut en effet être plaqué pour chacune des cours.

Concernant la Cour constitutionnelle américaine, on peut faire valoir que «*au sein de la Cour suprême, dans un certain sens, plusieurs Cours coexistent*»<sup>(109)</sup>. En effet, on trouve au sein de la Cour un groupe de juges libéraux – au sens spécifique de la notion aux Etats-Unis – généralement favorables, comme les juges Ginsburg et Breyer, à l'incorporation du droit international en droit américain et à la prise en considération des standards internationaux. Au contraire, le groupe des juges conservateurs, comme les juges Scalia et Thomas, sont particulièrement réticents à ces pratiques. On pourrait dès lors se limiter à considérer que les conclusions auxquelles nous sommes parvenus sont simplement l'effet de majorités difficilement acquises. Au mieux, pourrait-on seulement présumer que les remplacements du juge Rehnquist, ancien Président de la Cour ayant succombé à un cancer en septembre 2005, par le juge Roberts, et du juge O'Connor, par le juge Alito, garantissent que la Cour maintiendra, à moyen terme, une position peu enthousiaste à l'égard de l'utilisation du droit international et des standards internationaux dans sa jurisprudence. En effet, le juge Roberts a fait connaître sa position à l'égard de cette pratique lors de son audition au Sénat. En réponse à la question du sénateur Kyl sur la place du droit étranger dans les décisions de la Cour suprême, le juge Roberts répondait que «*chercher un appui dans le droit étranger, c'est comme faire attention à une foule et y repérer vos amis. Vous pouvez les trouver. Ils sont là*»<sup>(110)</sup>. Quant au juge Alito, il semble

<sup>(109)</sup> A. PEYRO LLOPIS, «*La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis*», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 109, n° 3, 2005, p. 640.

<sup>(110)</sup> «*Looking at foreign law for support is like looking out over a crowd and picking out your friends. You can find them. They're there*», «*Transcript: Day Two of the Roberts Confirmation Hearings Part III: Sens. Kyl and Kohl*», *Washington Post*, 13 septembre 2005, disponible en ligne sur [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/13/AR2005091301210\\_pt.html](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/09/13/AR2005091301210_pt.html).

également peu enclin à prendre en considération le droit international et les standards internationaux dans le cadre de l'interprétation de la constitution des Etats-Unis. A la même question du sénateur Kyl, il répondait en effet qu'il ne pensait pas «*que le droit étranger était utile pour interpréter la constitution. [...] En ce qui concerne la protection des droits individuels, je pense que nous devons maintenir notre attention sur notre propre constitution et nos propres précédents. Note pays a été le leader dans la protection des droits individuels [...] en fait, je crois qu'aucun autre ne protège les droits de l'homme de la même manière que notre Bill of Rights*»<sup>(111)</sup>. Dans cette perspective, l'impression qui ressort des décisions de la Cour suprême serait uniquement le fruit des oppositions politiques partisanes en son sein et nullement l'expression d'une différence plus fondamentale.

De la même manière, on pourrait plaider que tirer des conclusions générales de l'étude d'un nombre finalement restreint de décisions de la CEDH revient finalement à prêter plus de cohérence à la jurisprudence de la Cour qu'elle n'en a en fait et à spéculer sur des évolutions jurisprudentielles qui peuvent s'expliquer tout autrement. Ainsi, même s'il est vrai que la Cour se réfère de plus en plus souvent au droit international général et aux développements du droit international des droits de l'homme dans d'autres systèmes de protection, la chose pourrait s'expliquer simplement par le fait que, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, la Cour est de plus en plus souvent confrontée à des références au droit international dans son prétoire et qu'elle a dû par conséquent définir sa position à cet égard. Quant au recours plus général au droit comparé, la chose pourrait s'expliquer simplement par la disponibilité plus grande des décisions des cours des Etats tiers sous l'effet tant du développement des outils informatiques que de l'augmentation quantitative des tierces interventions<sup>(112)</sup>. En outre, on pourrait invoquer le fait que la référence de la Cour à des dispositions législatives et à de la jurisprudence étrangères témoigne simplement d'un intérêt, tout

(111) «*I don't think that foreign law is helpful in interpreting the Constitution. [...] As for the protection of individual rights, I think that we should look to our own Constitution and our own precedents. Our country has been the leader in protecting individual rights [...] in fact, I don't think there were any that protected human rights the way our Bill of Rights did.*» U.S. Senate Judiciary Committee Hearing on Judge Samuel Alito's Nomination to the Supreme Court. Part I of III, *Washington Post*, 10 janvier 2006, disponible en ligne sur <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/01/10/AR2006011000781.html>.

(112) Voir ci-après L. HENNEBEL, «*Les amici curiae* : acteurs de la 'convergence' des droits de l'homme.

pragmatique, pour les solutions proposées par d'autres cours dans des cas similaires et difficiles. De ce point de vue, il ne serait pas judicieux d'en appeler à la philosophie politique et juridique pour rendre compte de la position de la Cour dès lors que des explications plus économiques sont disponibles.

Toutefois, pour économique qu'elle soit, l'explication conjoncturelle a, pensons-nous, ses limites. En effet, les positions des deux cours sont globalement en phase avec les systèmes politiques auxquels elles appartiennent. La défiance des Etats-Unis à l'égard du droit international et, plus spécialement, des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme est indéniable<sup>(113)</sup>. Les institutions européennes ont pour leur part largement recouru au droit international pour augmenter leur influence à l'étranger. Comme l'analyse le politiste Zaki Laïdi «*au moment où l'Europe voit dans le droit, et donc dans la norme, une ressource pour vivre son identité et organiser le monde, l'Amérique voit dans celui-ci une source d'étouffement de son autonomie au moment où elle n'a plus le pouvoir de tout initier*»<sup>(114)</sup>. Les recoupements entre la position des deux cours et la perspective des institutions politiques auxquelles elles sont liées sont autant d'indices de ce que l'explication conjoncturelle est insuffisante.

S'il est donc légitime de comprendre les différences entre la Cour suprême des Etats-Unis et la CEDH en des termes issus de la pensée politique et juridique, quels sont ceux les plus à même de «*capturer*» ces différences? Existe-t-il des «*philosophies des droits de l'homme*» différentes de part et d'autre de l'Atlantique? Quel rôle convient-il d'attribuer aux traditions politiques en Europe et aux Etats-Unis dans la mise en perspective des différences entre les deux cours? Selon nous, l'opposition entre l'Homme et le Citoyen est celle qui rend le mieux compte de ces différences et de ce que nous avons appelé les deux «*ways of law*». Elle commande également des rapports différents au temps qui se manifestent dans les

(113) Le cas exemplaire de ce point de vue est celui de la ratification par les Etats-Unis du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'ensemble des réserves, des déclarations interprétatives et des déclarations générales américaines à considérablement diminué l'effet obligatoire du traité pour les Etats-Unis. Voir sur ce point C. GREEN, «*The 'Matrioshka Strategy' : U.S. Erosion of the Spirit of the International Covenant on Civil and Political Rights*», *South African Journal on Human Rights*, vol. 10, 1994, pp. 357 et sqq.

(114) Z. LAÏDI, *La norme sans la force. L'événement de la puissance européenne*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, «*Nouveaux Débats*», 2005, p. 136.

méthodes d'interprétation des deux cours ainsi que dans les principes qui confèrent aux deux cours leur légitimité.

Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, la question des droits de l'homme n'a cessé d'interroger l'actualité politique et juridique. Cela a été en particulier le cas depuis le milieu des années '70. Récemment, Marcel Gauchet a identifié la centralité de la question des droits de l'homme à un « retour à la logique de la fondation » (115). Par cette expression, il entendait rappeler que les grands moments d'évocation des droits de l'homme, en particulier au XVIII<sup>e</sup> siècle, étaient aussi des grands moments de fondation politique. Il suggérait également par là une continuité de fond entre les logiques juridico-politiques sous-jacentes aux grands textes du XVIII<sup>e</sup> siècle et aux grandes déclarations de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Pour autant, cette continuité ne saurait effacer la rupture fondamentale entre deux logiques différentes, entre deux manières de donner corps à l'universalité des droits de l'homme.

Les grands textes législatifs du XVIII<sup>e</sup> siècle relatifs aux droits de l'homme, *i.e.* la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* française et le *Bill of rights* américain, sont liés à l'idée d'une véritable fondation de la liberté. Au-delà des différences entre les deux révolutions, dans le cas américain comme dans le cas français, les droits de l'homme, même s'ils peuvent être conçus comme *logiquement* antérieurs à l'institution politique, ont été institués par les citoyens collectivement. Autrement dit, c'est seulement dans la mesure où les individus sont citoyens qu'ils peuvent également être à proprement parler des hommes : les droits politiques sont fondateurs par rapport aux droits de l'homme (116). Dans son étude sur la citoyenneté à l'époque de la révolution française, Sophie Wahnich précise cette manière particulière de penser l'institution de l'universalité du genre humain. Elle écrit que pour les penseurs du XVIII<sup>e</sup> siècle « l'universalité du genre humain ne sera réalisée que lorsque tous les peuples seront effectivement souverains et respectueux des droits de l'homme et du citoyen d'une manière réciproque. L'universalité n'est donc pas liée à une donnée a priori de la nature, mais le résultat d'une

(115) M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, « Tel », 2002, p. 334.

(116) Hannah Arendt a discuté ce paradoxe de la dépendance des droits de l'homme aux droits politiques dans un sens proche de celui développé ici. Nous renvoyons le lecteur intéressé à l'importante réflexion de Arendt. Voir H. ARENDT, *L'impérialisme. Les origines du totalitarisme*, trad. M. LEURIS, Paris, Fayard, 1982, pp. 287-307.

*civilisation qui progresserait de proche en proche. Cependant, pour atteindre cette extension de la civilité, il ne reviendrait pas à un peuple de dévoiler la liberté mais à chacun des peuples de se constituer, de devenir souverain»* (117). L'universalité des droits de l'homme ne pouvait être garantie que dans la mesure où chaque peuple instituait les droits de l'homme dans le cadre de son auto-fondation comme Souverain et de la qualification de ses membres comme citoyens.

En déclarant les droits de l'homme, les constituants du XVIII<sup>e</sup> siècle marquaient une rupture dans le temps et commençaient une nouvelle Histoire en tentant, par la solennité des déclarations, d'inscrire le moment constituant national dans le temps de l'*ævum*, temps humain et pourtant non soumis à l'usure (118). Ce moment instituant, quasiment sacré, est aussi celui dont découlait l'autorité des principes sur lesquels les constituants s'étaient entendus. Cette idée des droits de l'homme comme essentiellement liés à la fondation politique d'une communauté de citoyens constitue la forme première sous laquelle l'universalité des droits de l'homme a pu se manifester. Aussi, n'est-ce sans doute pas un hasard si les deux grandes déclarations des droits de l'homme du XVIII<sup>e</sup> ont été produites par des gouvernements républicains qui ont agencé de manière très spécifique, d'une part, la souveraineté populaire et, d'autre part, les droits de l'homme.

Cette conception des droits de l'homme a informé, et informe d'ailleurs encore largement, la pensée politique et constitutionnelle américaine. Ainsi, le professeur américain Frank Michelman expliquait à l'occasion d'un commentaire de l'arrêt *Bowers v. Hardwick* (1986) – celui-là même qui a été renversé par la Cour suprême dans l'arrêt *Lawrence v. Texas* – la nature des principes du constitutionnalisme républicain tel qu'il est, selon lui, pratiqué aux États-Unis. Ce constitutionnalisme est fondé, selon Michelman, sur deux prémisses concernant la liberté politique. Premièrement, le peuple américain est libre pour autant qu'il est gouverné par lui-même collectivement. Secondement, le peuple américain est libre dans la mesure où il est gouverné par des lois et non par des hommes (119). La liberté politi-

(117) S. WAHNICH, *L'impossible citoyen. L'étranger dans le discours de la Révolution française*, Paris, Albin Michel, « Bibliothèque Histoire », 1997, p. 355.

(118) Voir F. OSTR, « Le temps : quatrième dimension des droits de l'homme », en ligne sur <http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/ostdhtemps.pdf#search=%22%22Hannah%20Arendt%22%20%22droits%20de%20l'homme%22%22>.

(119) F. MICHELMAN, « Law's Republic », *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, pp. 1493 et sqq., spécialement p. 1500.

que américaine est fondée sur le *self-government* et le *government of laws*. L'apparente contradiction entre ces deux formules ne tient, selon Michelman, qu'au fait que dans l'expression *government of laws*, la notion de loi correspond en fait, peu ou prou, à la notion de peuple : «*the conceptual identification (although of course not outright identity or equivalence) of 'people' with 'laws', which at the same time holds 'people' distinct from mere 'men'*»<sup>(120)</sup>. Dans cette version du constitutionnalisme américain, la loi est ce qui donne et conserve aux citoyens le statut collectif de peuple et reconduit par là le geste constituant et mythique des Pères fondateurs. Parallèlement, le citoyen constitue la part active du modèle constitutionnel dans la mesure où il garantit l'ajustement constant du modèle politique aux perspectives normatives nouvelles. Dans ce cadre, le juge constitutionnel est, en tant que gardien de la légalité, celui qui conserve et réinscrit dans le temps présent le moment de la fondation.

Dans le cas des Etats-Unis, cette fondation républicaine de la constitution et des droits de l'homme, tels qu'ils sont garantis par le *Bill of rights*, s'accompagne traditionnellement d'une méfiance à l'égard de tout ce qui serait susceptible de *corrompre* le républicanisme américain. Ainsi, Washington insistait déjà sur le fait que l'influence étrangère est un des ennemis les plus néfastes des gouvernements républicains<sup>(121)</sup>. Jefferson notait pour sa part la nécessité de ne pas conclure des «*entangling alliances*»<sup>(122)</sup>. Cette volonté de se mettre à l'abri de la corruption étrangère, qui s'est reflétée par la suite dans la doctrine Monroe, traduit la conviction américaine, parfois pour des motifs religieux, d'être une nation d'exception. Cette conviction est ancienne et se reflète tant dans la pensée politique américaine que dans les décisions des juges de la Cour suprême<sup>(123)</sup>. En outre, la méfiance manifestée très tôt dans l'histoire politique américaine à l'égard du droit international est également fortement liée à la conviction que les trai-

<sup>(120)</sup> *Ibid.*, p. 1502.

<sup>(121)</sup> «*Against the insidious wiles of foreign influence (I conjure you to believe me, fellow-citizens) the jealousy of a free people ought to be constantly awake, since history and experience prove that foreign influence is one of the most baneful foes of republican government.*» G. WASHINGTON, *Farewell address*, 1796.

<sup>(122)</sup> «*Peace, commerce and honest friendship with all nations, entangling alliances with none.*» T. JEFFERSON, *First inaugural address*, Washington D.C., mars 1801.

<sup>(123)</sup> C'est finalement le point mis en avant par Scalia dans l'arrêt *Alkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002), 347-348. La référence des juges constitutionnels américains à l'exceptionnalisme américain est constante dans l'histoire de la Cour. Voir M.W. BALEY, *The Legal Philosophy of The Supreme Court 1860-1910. Guardians of the Moral Order*, Northern Illinois University Press, 2004, pp. 96-99.

tés internationaux renforcent les pouvoirs de l'Exécutif et portent ainsi atteinte à la division des pouvoirs, ouvrant la voie à un éventuel retour du despotisme<sup>(124)</sup>.

Comparativement aux déclarations du XVIII<sup>e</sup>, les déclarations des droits de l'homme de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle sont différentes dans leurs principes. En effet, la liaison, fondamentale pour les textes du XVIII<sup>e</sup>, entre les figures de l'homme et du citoyen en sont absentes. Le rapport au temps que les grandes déclarations du XX<sup>e</sup> instituent est également très différent. Alors que les textes du XVIII<sup>e</sup> marquaient une césure constitutive dans le cours de l'Histoire, les textes du XX<sup>e</sup> ouvrent plutôt la voie à une institution jamais achevée des droits de l'homme. Ainsi, le texte de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* définit-il un «*idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations*» et vise à «*développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives, tant parmi les populations des Etats Membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction*». La Convention européenne des droits de l'homme s'inspire largement du projet fondé par la *Déclaration universelle* mais y ajoute cependant un objectif politique en prévoyant dans son préambule que «*le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales*». Dans les deux cas, il n'y a ni mention des liens entre l'homme et le citoyen, ni fondation d'une véritable césure temporelle. En ce sens, s'il y a dans l'évocation des droits de l'homme durant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle un «*retour à la logique de la fondation*»<sup>(125)</sup>, la nature de cette fondation est très différente de celle du XVIII<sup>e</sup> siècle. Le XX<sup>e</sup> siècle a proposé une image de l'Homme qui n'est plus couplée

<sup>(124)</sup> La question est traitée par Marc Belissa, *Fraternité universelle et intérêt national (1713-1795). Les cosmopolitiques au droit des gens*, Paris, Kimé, 1998, pp. 149-160. Cette crainte du despotisme a surtout été le fait des anti-fédéralistes dans les débats américains autour de l'adoption de la constitution. Elle n'a cependant pas empêché les hommes politiques américains de soutenir le respect et le développement du droit des gens, en particulier, dans la formulation proposée par Emer de Vattel. Voir *inter alia* D.G. LANG, *Foreign Policy in the Early Republic: The Law of Nations and the Balance of Power*, Baton Rouge/London, Louisiana State University Press, 1985. Voir aussi sur l'histoire de la relation des américains au droit international : M.W. JAMES, *The American Tradition of International Law: Great Expectations (1789-1914)*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

<sup>(125)</sup> M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, «*Tel*», 2002, p. 334.



à celle du Citoyen. Conceptuellement, le XX<sup>e</sup> siècle a été celui d'une humanité proprement universelle. Alors que l'Homme des droits de l'homme du XVIII<sup>e</sup> siècle cachait en fait le citoyen, l'Homme des droits de l'homme du XX<sup>e</sup> siècle ne cache apparemment rien.

Cette distinction entre l'Homme et le Citoyen permet de comprendre les différences que nous avons constatées entre la CEDH et la Cour suprême des Etats-Unis. La position universaliste de la CEDH est largement en phase avec le caractère universel du projet au sein duquel elle s'inscrit. Elle se définit comme une Cour poursuivant un projet, en quelque sorte collectif, d'avènement de la liberté. Elle n'est en aucun cas la gardienne d'un moment fondateur constituant. Bien au contraire, comme en témoigne l'interprétation dynamique de la Convention pour laquelle elle a opté, la CEDH s'inscrit dans une institution jamais achevée des droits de l'homme. L'objectif de la Cour est de tout mettre en œuvre pour parvenir à une garantie toujours plus effective des droits fondamentaux. En ce sens, l'œuvre de la CEDH consiste à donner progressivement consistance à l'humanité en général. Dans cette perspective, il paraît raisonnable de considérer que la multiplicité des matériaux et des sources auxquels elle recourt dans ses arrêts est perçue comme une garantie de l'universalité de ses décisions. Aussi, la Cour s'inscrit parfaitement dans le double mouvement d'internationalisation des constitutions nationales et de constitutionnalisation du droit international.

La Cour suprême des Etats-Unis participe d'un projet politique très différent. Les juges constitutionnels américains sont les garants de la continuité de la fondation. L'autorité du juge américain est celle du passé même lorsque le juge n'est pas « *originaliste* ». La fonction du juge américain est de toujours réinscrire les décisions d'aujourd'hui dans la continuation du moment fondateur et exceptionnel de l'institution de la République américaine. Aussi, se doit-il de protéger, encore aujourd'hui, la République de la corruption étrangère et des « *venturing alliances* ». En outre, si le juge américain protège les droits de l'homme, c'est d'abord en tant qu'ils sont l'expression des droits du Citoyen américain. C'est d'ailleurs cette perception qui a pu pousser les Etats-Unis à soutenir le développement du droit international des droits de l'homme à l'étranger. Edward J. Ennis, directeur de l'*Alien Control Unit of the Department of Justice* lors de la seconde guerre mondiale, indiquait exac-

tement cette équivalence entre droits de l'Homme et droits du Citoyen américains. Il écrivait « *in the postwar world American citizenship will mean even more in human rights than it has ever meant before. [...] These rights will be preserved and extended and American citizenship as an essential part of democracy will develop into a model of the rights of man. The human rights protected by it will become the object and the goal of all humanity and if and when the brotherhood of man is ever expressed in a world citizenship it will be founded upon the rights of American citizenship* » (126).

Dès lors, il n'est pas étonnant qu'aujourd'hui, sous l'effet des pressions en faveur de la constitutionnalisation du droit international et de l'internationalisation des constitutions nationales, les Etats-Unis répondent par une crispation sur leur propre souveraineté et leur propre tradition politique. Par ailleurs, il n'est pas non plus étonnant que la CEDH, ainsi que les institutions européennes au sens large, s'inscrivent avec beaucoup de facilité au sein de ces deux processus. La question qui se pose aujourd'hui, alors que la CEDH prend de plus en plus le visage d'une Cour constitutionnelle, est celle de savoir si un projet fondé sur l'humanité en général est susceptible de se poursuivre éternellement. En s'inscrivant dans un projet fondé d'abord sur l'Homme, la CEDH s'autorise en effet, comme la plupart des institutions européennes, de ses fruits : une protection sans cesse croissante des droits et libertés. Dans quelle mesure le système de la Convention pourra-t-il se contenter de cette voie ? En d'autres termes, y aura-t-il finalement un Citoyen derrière l'Homme des droits de l'homme du XX<sup>e</sup> siècle ? A l'inverse, la Cour suprême des Etats-Unis s'autorise d'abord du passé et de l'autorité de la fondation du projet politique américain. Face aux processus d'internationalisation des constitutions nationales et de constitutionnalisation du droit international, les Etats-Unis pourront-ils encore longtemps préserver l'*American way of law* ? Pourront-ils encore protéger longtemps leurs Hommes du XVIII<sup>e</sup> siècle contre celui du XX<sup>e</sup> siècle ?

(126) E. J. ENNIS, « The Meaning of American Citizenship », *Journal of Educational Sociology*, vol. 17, n° 1, 1943, pp. 3-7, spécialement p. 7.