

LES CAHIERS DE L'INSTITUT D'ÉTUDES SUR LA JUSTICE

9

# *Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice*

## **Le dialogue des juges**

Actes du colloque organisé le 28 avril 2006  
à l'Université libre de Bruxelles



**BRUYLANT**

**2007**

avec le soutien de la



**FONDATION BERNHEIM**

## ISABELLE RORIVE

CHARGÉE DE COURS À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES



Comme le veut l'exercice qui nous a été proposé à chacun autour de cette table ronde, je vais me contenter de rebondir « à chaud » sur quelques idées qui ont été développées ce matin. Je souhaiterais principalement émettre deux types de commentaires : l'un sur le principe de comparaison et l'autre sur l'autorité persuasive des décisions de justice.

Julie Allard a terminé son exposé en soulignant que ce qui ressortait du dialogue des juges, ce n'était pas un droit commun, ce n'était pas un consensus par recoupement à la « John Rawls », mais c'était finalement la montée du « principe de comparaison ». Cette conclusion ne pouvait que m'interpeller étant donné tout l'intérêt que je porte au droit comparé, à son utilisation et à son enseignement. Il est certain que la comparaison en droit est un outil d'une grande richesse, doté d'un potentiel créatif étonnant. Quand on parle de comparaison dans le domaine juridique, la question de la méthodologie s'avère néanmoins cruciale. Et cet aspect n'est pas toujours suffisamment pris en compte par la jurisprudence. Les dérapages existent et, dans certaines décisions, le droit comparé est en quelque sorte instrumentalisé : il sert de vernis pour justifier une solution. La pratique de la Cour européenne des droits de l'homme connaît de tels dérapages. Dans le contexte particulier du contrôle de proportionnalité, la Cour de Strasbourg s'adonne parfois à un exercice de droit comparé pour mesurer l'ampleur de la marge nationale d'appréciation à l'aune de l'existence ou de l'absence d'un « consensus européen » sur la question. Cet exercice paraît prendre de

l'ampleur au fil des ans, comme en témoigne la présentation des décisions de cette juridiction et l'insertion de chapeaux intitulés « droit comparé » ou « situation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et dans d'autres pays ». Sur le site Internet de la Cour consacré à la jurisprudence, il est même un lien intitulé « *Affaires qui ont fait l'objet d'études de droit comparé* ». Et parmi ces affaires, se trouve l'arrêt *Leyla Sahin contre Turquie*, qui a d'abord été prononcé le 29 juin 2004, pour ensuite faire l'objet d'une décision en Grande Chambre, le 10 novembre 2005. Ressortissante turque, Leyla Sahin est, en 1998, à l'époque des faits, étudiante en cinquième année à la faculté de médecine de l'université d'Istanbul. Issue d'une famille pratiquant la religion musulmane, elle porte le foulard islamique. Elle affirme l'avoir porté sans difficulté pendant ses quatre premières années d'études à l'université de Bursa et jusqu'en février 1998, date à laquelle le recteur de l'université d'Istanbul adopte une circulaire réglementant l'entrée des étudiants sur le campus universitaire. Ce texte prescrit que « *les étudiantes ayant la 'tête couverte' (portant le foulard islamique) et les étudiants portant la barbe (... ) ne doivent pas être acceptés aux cours, stages et travaux pratiques* ». En vertu de cette circulaire, Leyla Sahin se voit refuser l'accès aux épreuves écrites de plusieurs cours et n'est pas admise à d'autres. Par ailleurs, la faculté lui inflige deux sanctions disciplinaires : un avertissement pour infraction au code vestimentaire et une exclusion de six mois pour avoir participé à un rassemblement non autorisé visant à protester contre le code vestimentaire imposé par l'université. Cette dernière sanction est finalement annulée à la suite de l'entrée en vigueur d'une loi d'amnistie. Afin de poursuivre ses études dans un environnement lui permettant de porter le *hidjâb* qui, à ses yeux, constitue un prescrit religieux essentiel, Leyla Sahin quitte la Turquie pour s'inscrire à l'université de Vienne en septembre 1999. Elle s'expatrie, non sans avoir été déboutée par le tribunal administratif d'Istanbul d'un recours en annulation contre la circulaire litigieuse, une décision ultérieurement confirmée par le Conseil d'Etat. N'ayant pas obtenu satisfaction devant les autorités nationales, elle saisit, en juillet 1999, l'ancienne Commission européenne des droits

de l'homme au motif principal que l'interdiction du foulard islamique dans les établissements de l'enseignement supérieur viole sa liberté de pensée et de religion (art. 9 de la CEDH). Après avoir considéré que cette interdiction constitue bien une restriction d'un acte motivé ou inspiré par la foi de la requérante, qu'elle était « prévue par la loi » et poursuivait un « but légitime » (à savoir, la protection des droits et libertés d'autrui ainsi que la préservation de l'ordre), la Cour européenne des droits de l'homme s'appuie sur une étude de droit comparé pour exercer son contrôle de proportionnalité (§53 à 57 de la décision). Dans son premier arrêt de juin 2004, l'on ne peut que déplorer le caractère profondément lacunaire de cette étude, ponctuée de données inexactes. Ainsi, concernant la Belgique, l'on peut lire que « Dans les affaires dont ils ont été saisis, les tribunaux (...) ont toujours fait prévaloir les principes d'égalité et de neutralité de l'enseignement public sur la liberté religieuse et donné tort aux plaignantes et à leur famille », alors que la jurisprudence de notre pays est beaucoup plus contrastée (1). L'on ne peut que penser au « cherry picking », dont Julie Allard parlait ce matin, pour qualifier la « méthode » utilisée par la Cour : ne mentionner que les éléments de droit étranger confortant une solution arrêtée d'avance. Dans l'arrêt rendu en Grande Chambre le 10 novembre 2005, la Cour nous offre un examen de droit comparé beaucoup plus fouillé (§55 à 65), mais quelque peu hors sujet. Pour déterminer l'absence de consensus européen sur la question et accorder à la Turquie une large marge d'appréciation en la matière, la Cour examine la situation du port du voile à l'école. Elle ne tire aucun enseignement du fait que, dans l'espace universitaire, seuls l'Albanie, l'Azerbaïdjan et la Turquie le réglementent. Or, c'est précisément d'une interdiction du voile islamique à l'université dont la Cour est saisie et, à cet égard, un large consensus européen existe bel et bien. L'argument de droit comparé est totalement instrumentalisé et sert finalement de vernis à une solution politique, dans la ligne de l'arrêt *Refah Partisi c. Turquie* rendu

en Grande Chambre, le 13 février 2003. Au nom du principe de la laïcité et des exigences d'une société pluraliste, la Cour y considère que l'interdiction du parti musulman Refah, devenu le premier parti politique turc aux élections législatives de 1995, ne viole par le droit à la liberté d'association.

Ma seconde observation porte sur l'autorité persuasive des décisions de justice. Pour un juriste de droit continental, il est fascinant de constater la propension avec laquelle certaines juridictions de *common law*, et notamment la *House of Lords* que j'ai eu l'occasion d'étudier (2), citent les décisions d'autres cours de justice de *common law* pour étayer leur argumentation. À côté du principe du *stare decisis* classique qui impose le respect des décisions antérieures et par lequel les juridictions supérieures lient les juridictions inférieures (quand elles ne se lient pas elles-mêmes), il est une autorité plus floue que renvoient certains précédents judiciaires, une autorité qui tient essentiellement à leur force de persuasion. Le volet du dialogue des juges qui fait appel aux références croisées me semble cependant dépasser l'autorité persuasive des décisions de justice propre aux systèmes de *common law*. Il opère, en effet, en dehors de tout socle commun de droit substantiel. Le raisonnement se fait au départ d'une similitude entre des « cas difficiles ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme offre des exemples de cette pratique. Je pense notamment à l'affaire *Pretyj contre Royaume-Uni* (arrêt du 29 avril 2002) relative à la délicate question du suicide assisté où la Cour s'est longuement étendue sur une décision prononcée par la Cour suprême du Canada. Ou encore, à l'affaire récente *Eranos contre Royaume-Uni* (arrêt du 7 mars 2006) dont la décision a été maintenue en Grande Chambre le 10 avril 2007) concernant un épineux problème d'insémination artificielle avril où la Cour de Strasbourg disserte sur un cas similaire tranché par la Cour constitutionnelle israélienne. Dans ces exemples, il s'agit véritablement d'un raisonnement

(1) Pour une critique de l'examen de droit comparé réalisé par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* du 29 juin 2004, voy. E. BARNOSIA et I. ROUYE, « Le voile à l'école : une Europe divisée », *Reu. trim. dr. Homme*, 2004, pp. 941 et s.

(2) Voy., notamment, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruylant, 2003 ; « Diverging Legal Traditions But Similar Jurisprudence of Overriding : The Case of the House of Lords and the Belgian Cour de cassation », *European Review of Private Law*, 2004, pp. 321 & sq. ; « When it Appears Right to Do So à la House of Lords », *Revue de la Common Law en France*, 2006, vol. 8.

par analogie à partir de cas et non de règles de droit. Même si, dans le domaine des droits de l'homme, on ne peut nier l'existence de racines communes, la Cour suprême du Canada et la Cour suprême israélienne ont rendu leur décision en se fondant sur des textes totalement étrangers à la Convention européenne des droits de l'homme.

☆