

Matériaux soumis à la discussion

[structure extraite d'un ouvrage en préparation (Dalloz, coll. Méthodes du droit)]

Sommaire

§ 1 - Le phénomène de circulation juridique.....	2
A - Premiers éléments de définition	2
Illustration – La circulation des situations juridiques	2
B – La circulation juridique intraniveau.....	3
Illustration – La circulation juridique entre espaces nationaux.....	3
Illustration – La circulation juridique au niveau international.....	3
Illustration – La circulation juridique au niveau européen	3
C – La circulation juridique interniveau.....	3
Illustration – La circulation juridique entre le niveau national et international ou européen.....	3
Illustration – La circulation juridique entre le niveau international et européen	4
§ 2 – L'explicitation de la circulation juridique	4
A – La définition d'un cadre juridique de référence	4
1/ La recherche par le juriste de l'ensemble des ressources juridiques pertinentes	5
Illustration – La définition par les juges d'un cadre juridique de référence.....	5
Illustration – La définition par les juges d'un cadre juridique de référence (suite).....	5
2/ La contrainte de la circulation juridique et l'hypothèse d'un droit invocable bien que non applicable.....	5
Illustration – Circulation juridique au niveau national et distorsion entre le droit applicable et le droit invocable.....	5
Illustration – Circulation juridique au niveau européen et international et distorsion entre le droit applicable et le droit invocable	5
B – L'existence de rapports de mise en œuvre.....	6
Illustration – Circulation juridique et rapports de mise en œuvre	6
C – La recherche d'un effet.....	6
Illustration – Recherche d'un effet équivalent.....	6
Illustration – Recherche d'un effet différent.....	7
Illustration – Recherche d'un effet global.....	7
Illustration – Recherche d'un effet contenu	7

* Professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense (CEJEC), membre du Réseau universitaire européen « Droit de l'espace de liberté sécurité et justice » (GDR CNRS n° 4352) ; jsberge@gmail.com ; <http://lewebpedagogique.com/jsberge/>

§ 1 - Le phénomène de circulation juridique

A - Premiers éléments de définition

L'expression « circulation juridique » n'est pas d'un usage courant chez les juristes. Elle ne figure d'ailleurs pas en tant que telle dans les dictionnaires spécialisés¹. Elle reçoit ici un sens précis. La circulation juridique désigne l'ensemble des phénomènes qui permettent à une situation juridique de produire un effet obligatoire, d'opposabilité ou même de fait² dans un espace juridique autre que celui où elle a pris naissance. L'effet produit par ces mouvements d'un espace normatif à un autre peut être parfaitement identique, la circulation juridique propageant trait pour trait un effet juridique donné dans deux environnements distincts. Mais cet effet comporte souvent des différences, la circulation juridique étant alors partielle, portant sur tel ou tel aspect de la situation amenée à circuler. Le phénomène intéresse la circulation juridique chaque fois qu'un effet de la situation née dans un environnement juridique donné se manifeste à nouveau dans un autre environnement juridique en raison de son origine. Si les effets produits sont totalement étrangers l'un à l'autre, il n'est plus utile de parler de circulation juridique.

Illustration – La circulation des situations juridiques

Exemples de circulation d'un espace normatif à un autre : phénomène factuel et phénomène juridique

Le phénomène de circulation juridique peut porter sur tout type de situation.

L'hypothèse la plus immédiatement envisageable est une hypothèse factuelle où une personne ou un objet circule d'un espace normatif à un autre et où la question se pose de savoir si l'appréhension de la situation dans l'espace d'accueil est tributaire de solutions juridiques définies dans un autre espace normatif, notamment dans l'espace d'origine.

La circulation juridique peut également décrire un processus essentiellement juridique. On peut à ce titre parler de circulation juridique chaque fois que le droit (un principe, une règle ou une décision juridique) défini par un espace normatif donné est amené à être appliqué dans un autre espace normatif.

¹ L'expression « circulation juridique » est absente de l'ensemble des dictionnaires, y compris ceux spécialement dédiés à des phénomènes proches de ceux étudiés dans cet ouvrage (voir récemment : A.-J. Arnaud (dir.), Dictionnaire de la globalisation, LGDJ, 2010) et si le verbe « circulation » est présent dans le Vocabulaire juridique (G. Cornu (dir.), Puf, 8^{ème} éd. 2007), les définitions proposées ne recoupent pas celle que nous envisageons. On lui préfère le terme « d'échanges », « d'influences croisées » ou de « cross-fertilization » (voir sur ce thème, S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, éd. Bruylant, 2008).

² Sur ces trois types d'effet, voir *supra*, Partie 1, p. xxx.

B – La circulation juridique intraniveau

Illustration – La circulation juridique entre espaces nationaux

L'exemple de l'application de loi étrangère par un juge national

L'application par un juge national d'une loi étrangère correspond à une hypothèse connue de circulation juridique.

L'exemple de la reconnaissance d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire étranger

La circulation des décisions de justice étrangères et, dans une moindre mesure, des actes publics ou parapublics étrangers (par exemple, les actes d'Etat civil ou les actes authentiques) est une figure parfaitement identifiée de circulation juridique en droit international privé.

L'exemple de la reconnaissance d'une situation de fait constituée à l'étranger

Une troisième hypothèse de circulation juridique est envisagée dans le contexte des relations privées internationales : celle de la reconnaissance d'une situation de fait constituée à l'étranger.

Illustration – La circulation juridique au niveau international

Un exemple de circulation juridique entre institutions internationales : les rapports entre les Nations Unies et la Cour pénale internationale

(Résolution 1970 (2011) du 26 fév. 2011).

Illustration – La circulation juridique au niveau européen

Exemples de circulation juridique entre les institutions du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne

Pour une analyse systématique et détaillée du phénomène de circulation entre les deux grandes juridictions européennes dans le contexte précis des crises institutionnelles, voir L. Sheeck, *The Diplomacy of European Judicial Networks in Times of Constitutional Crisis*, in F. Snyder et I. Maher (dir.), *The Evolution of the European Courts : Institutional Change and Continuity – L'évolution des juridictions européennes : changements et continuité*, éd. Bruylant, 2009, p. 17.

C – La circulation juridique interniveau

Illustration – La circulation juridique entre le niveau national et international ou européen

L'exemple des discussions théoriques sur la réception du droit international et européen dans les ordres juridiques nationaux (monisme, dualisme, pluralisme)

Notamment : M. Virally, "Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et

droits internes", Mélanges Rolin, Pedone 1964, 488 ; A. Pellet, Vous avez dit « monisme » ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française, publié in L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Economica, 2006, 827 ; M. Troper, Le pouvoir constituant et le droit international, Recueil des cours de l'Académie de droit constitutionnel, 2007, vol. XVI, 357 ; D. Boden, Le pluralisme juridique en droit international privé, Arch. de Philo du droit 2006, t. 49, Le pluralisme, 275.

Exemples de circulation juridique du niveau national vers le niveau international ou européen : l'application d'un droit national évaluée dans un contexte de droit international ou européen

Voir pour une étude approfondie, centrée sur cette question de l'application du droit national dans le contexte international ou européen : S. Bhuiyan, National Law in WTO Law - Effectiveness and Good Governance in the World Trading System, Cambridge University Press, 2007 ; L. Azoulai (dir.), La notion d'entrave, à paraître.

Illustration – La circulation juridique entre le niveau international et européen

Exemples de circulation juridique du niveau international vers le niveau européen : les phénomènes d'imbrication et de mimétisme

Ces phénomènes sont de plus en plus étudiés en doctrine (voir notamment pour les seuls ouvrages collectifs publiés en langue française ces quinze dernières années : L. Gautron et L. Grard (dir.), Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles : Pedone, 2000 ; J.-M. Thouvenin et C. Tomuschat (dir.), Droit international et diversité des cultures juridiques (journées franco-allemandes), Pedone, 2008 ; L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte et S. Touzé (dir.), Droit de l'UE et droit international : les interactions normatives, éd. Pedone, à paraître ; CEDIN, Union européenne et droit international, Pedone, à paraître).

L'activité jurisprudentielle des deux grandes cours européennes regorge d'exemples. À s'en tenir à la seule jurisprudence rendue entre 2007 et 2009 par les deux grandes juridictions européennes (CJUE et CEDH), on observe que les cas de circulation juridique du droit international dans le contexte du droit européen prolifèrent (liste extraite de : J.-S. Bergé, Chronique sur les Interactions du droit international et européen, JDI 2009, 903). Voir, par exemple, pour le droit de l'ONU (CEDH, 31 mai 2007, n° 71412/01, Behrami et Behrami c/ France et n° 78166/01, Saramati c/ France, Allemagne et Norvège. - CJCE, 3 sept. 2008, aff. C-402/05 et C-415/05, Kadi et Al Barakaat), le droit de l'OMC (CEDH, 2 août 2006, n° 8112/02, de Luca c/ France. - CJCE, 9 sept. 2008, aff. C-120/06 P et C-121/06 P, FIAMM), le droit de l'UNESCO (CEDH, 13 nov. 2007, n° 57325/00, D. H. e. a c/ République tchèque. - CJCE, 5 mars 2009, aff. C-222/07, UTECA), le droit de l'OIT (CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, Viking et 18 déc. 2007, aff. C-341/05, Laval. - CEDH, 12 nov. 2008, n° 34503/97, Demir et Baykara c/ Turquie, préc.) ou le droit de l'OMPI (CEDH, 11 janv. 2007, n° 73049/01, Anheuser-Busch c/ Portugal. - CJCE, 17 avr. 2008, aff. C-456/06, Peek & Cloppenburg).

§ 2 – L'explicitation de la circulation juridique

A – La définition d'un cadre juridique de référence

1/ La recherche par le juriste de l'ensemble des ressources juridiques pertinentes

Illustration – La définition par les juges d'un cadre juridique de référence

Exemples en jurisprudence européenne

CJCE, 9 septembre 2009, Budějovický Budvar, národní podnik, aff. C-478/07,

CEDH, Grande Chambre, 12 nov. 2008, Demir & Baykara c./ Turquie, Req. n° 34503/97

Illustration – La définition par les juges d'un cadre juridique de référence (suite)

Exemples en jurisprudence internationale et nationale

CIJ, 30 novembre 2010, Affaire Ahmadou Sadio Diallo - Guinée c. République démocratique du Congo)

Conseil d'État, 11 mars 2011, req. 324071

Cour de cassation, ch. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-60.189 10-60.191

2/ La contrainte de la circulation juridique et l'hypothèse d'un droit invocable bien que non applicable

Illustration – Circulation juridique au niveau national et distorsion entre le droit applicable et le droit invocable

L'exemple (à nouveau) de la reconnaissance

La reconnaissance des actes judiciaires ou extrajudiciaires étrangers, de même que la reconnaissance des situations juridiques constituées à l'étranger (sur le mécanisme de la reconnaissance, voir *supra*) procède d'une dissociation entre le droit applicable et le droit invocable.

L'exemple de l'effet produit par les lois de police étrangères

Un arrêt remarqué de la Cour de cassation française a été l'occasion de rouvrir la discussion doctrinale sur la possibilité d'appliquer et d'invoquer devant un juge national une loi de police étrangère (Com., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-21511).

Illustration – Circulation juridique au niveau européen et international et distorsion entre le droit applicable et le droit invocable

Un exemple historique : l'invocabilité de la CESDHLF devant la Cour de justice des Communautés européennes

(CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73). (CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89). (par exemple, CJCE, 5 oct. 1994, TV10, aff. C-23/93).

Des exemples plus récents : l'invocabilité devant les juridictions européennes d'instruments internationaux multilatéraux ou bilatéraux étrangers aux systèmes juridiques européens

Un premier exemple, signalé à deux reprises dans cet ouvrage, concerne le droit des transports : l'arrêt Bogiatzi (CJCE, 22 oct. 2009, aff. C-301/08)

Un deuxième exemple concerne le droit de la protection sociale : arrêt Gottardo (CJCE, 15 janv. 2002, aff. C-55/00)

Une troisième série d'exemples vise le droit de la propriété intellectuelle. voir . V. K. Ben Dahmen Ben Tanfous, Le statut des accords internationaux conclus par les États membres en matière de protection de la propriété industrielle dans l'ordre juridique communautaire : Thèse de l'Université de Cathage, 7 nov., Tunis, juin 2010, 781 p.).

Un exemple plus récent : l'invocabilité devant les juridictions internationales d'instruments à caractère régional

Affaire « Diallo » (CIJ, 30 novembre 2010, préc.).

B – L'existence de rapports de mise en œuvre

Illustration – Circulation juridique et rapports de mise en œuvre

Exemple tiré de la mise en œuvre du droit européen au procès équitable dans le contexte du droit de l'UE de la coopération judiciaire civile

Extrait de « Le droit à un procès équitable au sens de la coopération judiciaire en matière civile et pénale : l'hypothèse d'un rapport de mise en œuvre », in F. Sudre et C. Picheral (dir.), Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'union européenne, Bruylant-Némésis (collection Droit et Justice), à paraître.

Exemple tiré de la mise en œuvre du droit européen au procès équitable dans le contexte du droit de l'UE de la coopération judiciaire pénale

Idem

C – La recherche d'un effet

Illustration – Recherche d'un effet équivalent

L'exemple de l'énoncé de principes généraux du droit européen à partir des traditions juridiques nationales et des principes de droit international

CJCE, 12 juill. 1957, Algera, aff. jtes 7/56, 3/57 à 7/57 ; CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi, aff. C-387/02).

CJCE, 27 févr. 1962, Commission c/ Italie, aff. 10/61 ; TPI, 27 janv. 1997, Opel Austria, aff. T-115/94

Illustration – Recherche d’un effet différent

L’exemple (à nouveau) de l’énoncé de principes généraux du droit

CE, Ass., 24 mars 2006, n° 288460, *KPMG et autres*

TPI, 27 janv. 1997, Opel Austria, aff. T-115/94, préc.) - CJCE, 16 juin 1998, Racke, aff. C-162/96).

Illustration – Recherche d’un effet global

Exemples de prise en compte au niveau international ou européen de l’application du droit interne

Affaire Diallo (CIJ, 30 novembre 2010, Affaire Ahmadou Sadio Diallo - Guinée c. République démocratique du Congo, préc.)

CJUE, 22 juin 2010, Melki et Abdeli, aff. Jtes C-188/10 et C-189/10

CEDH, 23 nov. 2010, Req. n° 37104/06, Moulin c. France.

Exemples de prise en compte au niveau européen du droit international

Voir supra, les développements à propos de la jurisprudence historique de la Cour de justice relative à la CESDHLF – que l’on ne pouvait classer à l’époque dans le droit européen – et des affaires Bogiatzi (CJCE, 22 oct. 2009, aff. C-301/08) et Gottardo (CJCE, 15 janv. 2002, aff. C-55/00).

Exemples de prise en compte au niveau national du droit international et européen

Voir, déjà cité (voir *supra*), Conseil d’État, 11 mars 2011, req. 324071 et Cour de cassation, ch. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 10-60.189 10-60.191.

Illustration – Recherche d’un effet contenu

Exemples de subsidiarité judiciaire en jurisprudence européenne

CEDH (Plén.), 26 avr. 1979, Req. n° 6538/74, *Sunday Times* c/ Royaume-Uni - B. Delzangles, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l’homme*, Fondation Varenne, LGDJ, 2009.

CJCE, 5 déc. 2006, Cipolla, aff. C-94/04 et C-202/04

Exemples tirés de la lecture du principe de spécialité par la Cour internationale de justice

Des auteurs (P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8e éd. LGDJ 2009, n° 389, p. 668) ont proposé une comparaison de deux demandes d’avis présentées à la Cour internationale de justice par l’Assemblée générale des Nations Unies (ONU) et par l’Organisation mondiale de la santé (OMS).

- 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l’emploi d’armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226, spéc. § 12.

- 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, avis consultatif, C.I. J. Recueil 1996, p. 66, spéc. § 25 et 26.

Exemple tiré de la mise en œuvre de la doctrine du forum non conveniens en jurisprudence nationale dans un contexte fortement internationalisé

O. Perez, Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism, Hart Publishing, 2004, spéc. p. 194 et s.
