

## Table des matières

REMERCIEMENTS . . . . .	9
PRÉFACE . . . . .	11
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS . . . . .	15
SOMMAIRE . . . . .	19
INTRODUCTION . . . . .	21
1. <i>La définition des termes de la recherche</i> . . . . .	22
2. <i>L'intérêt de la recherche.</i> . . . . .	38
3. <i>Le développement de la recherche</i> . . . . .	41

### **PARTIE I L'ADAPTATION DU CONCEPT DE PRÉCÉDENT AU SYSTÈME EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME**

#### **TITRE 1. LA VALEUR DU PRÉCÉDENT**

CHAPITRE 1. LE DÉPASSEMENT DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES ARRÊTS ANTÉRIEURS . . . . .	55
Section 1 – <i>L'existence théorique d'une obligatorité conditionnelle des arrêts antérieurs de la Cour eur. DH</i> . . . . .	56
1. <i>La conception « mythique » de la règle stare decisis</i> . . . . .	56
1.1. <i>Le mythe du caractère absolu de la règle.</i> . . . . .	57
1.1.1. <i>L'illusion du caractère absolu jusqu'en 1966</i> . . . . .	58
1.1.2. <i>L'assouplissement de la règle par le Practice Statement de 1966</i> . . . . .	61
1.2. <i>Le mythe du caractère normatif de la règle.</i> . . . . .	63

BRUYLANT

708 LE PRÉCÉDENT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUR. DH

1.2.1. Le paradoxe du fondement prétorien de l'autorité obligatoire des précédents . . . . .	64
1.2.2. Le poids décisif de la tradition juridique sur la pratique des juridictions . . . . .	67
2. <i>La fertilité du concept de « conditional authority » dans la théorisation de l'autorité des arrêts . . . . .</i>	69
2.1. <i>L'obligatorité conditionnelle des précédents dans les systèmes de common law . . . . .</i>	70
2.1.1. Le concept de « conditional authority » . . . . .	70
2.1.2. Les conditions théoriques du non-respect de l'autorité des arrêts antérieurs dans le système anglais . . . . .	71
2.2. <i>L'obligatorité conditionnelle des arrêts antérieurs de la Cour européenne des droits de l'homme . . . . .</i>	74
2.2.1. La condition organique . . . . .	75
2.2.1.1. L'évolution de la condition organique . . . . .	75
2.2.1.2. La pratique de la condition organique . . . . .	79
2.2.2. La condition substantielle : l'absence de « motif valable » . . . . .	83
Section 2 – <i>L'existence d'une règle du précédent non obligatoire . . . . .</i>	87
1. <i>L'émancipation prétorienne de l'autorité conditionnelle . . . . .</i>	88
1.1. <i>Les errements du juge dans le respect de l'autorité conditionnelle . . . . .</i>	88
1.1.1. Les errements concernant l'aspect substantiel de l'autorité . . . . .	89
1.1.2. Les errements concernant l'aspect organique de l'autorité . . . . .	91
1.2. <i>Les obstacles au strict respect de l'autorité conditionnelle . . . . .</i>	94
1.2.1. La souplesse inhérente à l'office de juge européen des droits de l'homme . . . . .	94
1.2.1.1. Un juge international . . . . .	95
1.2.1.2. Un juge des droits de l'homme . . . . .	98
1.2.2. La détermination subjective des contours de l'autorité conditionnelle . . . . .	101
2. <i>Le respect d'une doctrine du précédent non obligatoire . . . . .</i>	103
2.1. <i>L'assimilation de l'autoréférence et de la citation des précédents . . . . .</i>	104
2.1.1. L'importance quantitative de la pratique de l'autoréférence . . . . .	105
2.1.2. L'importance qualitative de la pratique de l'autoréférence . . . . .	107
2.1.2.1. La démonstration lexicale de l'assimilation . . . . .	108
2.1.2.2. Indifférence de la similarité factuelle dans l'identification d'un précédent . . . . .	111

2.2. <i>L'existence d'une véritable règle du précédent</i> .....	115
CHAPITRE 2. L'AUTORITÉ PERSUASIVE DES ARRÊTS ANTÉRIEURS .....	119
Section 1 – <i>La souplesse de l'autorité persuasive</i> .....	120
1. <i>La nature hybride du précédent persuasif</i> .....	121
1.1. <i>Le précédent persuasif comme argument de raison</i> .....	121
1.1.1. Importance de la notion de raisonnable .....	122
1.1.1.1. Le raisonnable dans la philosophie du droit .....	123
1.1.1.2. Le caractère raisonnable des arrêts de la Cour eur. DH ....	124
1.1.2. Importance de la motivation .....	126
1.1.2.1. Conception argumentative du raisonnement juridique .....	126
1.1.2.2. Conception dialogique du raisonnement juridique .....	130
1.2. <i>Le précédent comme argument d'autorité</i> .....	131
1.2.1. La création précédenentielle d'une présomption de « raisonabilité » .....	131
1.2.2. La nécessité de la présomption .....	134
2. <i>L'intensité variable du précédent persuasif</i> .....	135
Section 2 – <i>Les facteurs de modulation de l'autorité persuasive</i> .....	138
1. <i>La question de la nécessité de la proposition</i> .....	138
1.1. <i>L'influence de la nature de la proposition</i> .....	139
1.1.1. L'exclusion d'une autorité précédenentielle des opinions séparées ...	139
1.1.2. La controverse concernant l'autorité précédenentielle des <i>obiter dicta</i> .....	140
1.2. <i>La relativisation nécessaire de l'influence de la nature de la proposition</i> .....	143
1.2.1. L'indéniable autorité précédenentielle de certains <i>obiter dicta</i> ....	144
1.2.2. Une incidence potentielle sur la force persuasive de la proposition de droit .....	145
2. <i>La modulation touchant à l'autorité</i> .....	148
2.1. <i>Les facteurs temporels</i> .....	148
2.1.1. La répétition du précédent .....	148
2.1.2. L'âge du précédent .....	155
2.2. <i>Les facteurs institutionnels</i> .....	157
2.2.1. Les modalités de publication .....	157

710	LE PRÉCÉDENT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUR. DH	
	2.2.2. La formation de jugement	161
	2.2.2.1. La conception hiérarchique de l'autorité de la Grande Chambre	162
	2.2.2.2. La conception graduelle de l'autorité de la Grande Chambre	164
	2.2.3. Le vote	166
	3. <i>La modulation touchant à la raison</i>	169
	3.1. <i>Les facteurs touchant à la dimension dialogique     de la motivation</i>	170
	3.1.1. La présence d'opinions séparées	170
	3.1.1.1. Les vertus dialogiques de l'opinion séparée	170
	3.1.1.2. Le rejet de la thèse de la diminution de l'autorité	175
	3.1.2. La présence de tierces interventions	178
	3.1.2.1. Les vertus dialogiques des tierces interventions	179
	3.1.2.2. L'amélioration nécessaire de la transparence dans la sélection des <i>amici curiae</i>	184
	3.2. <i>La prise en compte déterminante de la progression des droits</i>	188
	CONCLUSION DU TITRE 1 – PARTIE 1	195

**TITRE 2.  
L'INSTRUMENTALISATION DU PRÉCÉDENT**

	CHAPITRE 1. L'UTILISATION DU PRÉCÉDENT DANS LA MOTIVATION	201
	Section 1 – <i>L'adaptation du précédent au modèle de justification         de la Cour</i>	202
	1. <i>La dualité du concept de précédent</i>	203
	1.1. <i>Le précédent interprétatif dans le modèle déductif</i>	203
	1.1.1. Le syllogisme dans la motivation de la Cour	203
	1.1.2. Le rôle du précédent interprétatif dans le raisonnement syllogistique	205
	1.2. <i>Le précédent circonstanciel dans le modèle inductif</i>	210
	1.2.1. Le raisonnement analogique dans la motivation de la Cour	210
	1.2.2. Le rôle du précédent circonstanciel dans le raisonnement analogique	213
	2. <i>Le caractère artificiel de la dualité</i>	217
	2.1. <i>Artificiel car masquant un raisonnement unique</i>	217
	2.1.1. Une dissociation artificielle du raisonnement analogique	217

BRUYLANT

2.1.2. Les raisons de la dissociation artificielle . . . . .	221
2.2. <i>Artificiel car reconstruction purement justificatoire</i> . . . . .	222
2.2.1. La liberté du juge dans le choix des prémisses . . . . .	223
2.2.2. La distinction nécessaire des raisonnements justificatifs et décisifs. . . . .	225
Section 2 – <i>L'exploitation plurielle des précédents dans la motivation de la Cour.</i> . . . . .	228
1. <i>Exploitation « saine » des précédents.</i> . . . . .	229
1.1. <i>Le recours « confirmatif ».</i> . . . . .	229
1.1.1. Le recours « confirmatif » aux précédents interprétatifs . . . . .	229
1.1.1.1. Les principes généraux dans une logique précédentielle . . . . .	230
1.1.1.2. Le recours privilégié aux principes généraux . . . . .	233
1.1.2. Le recours « confirmatif » aux précédents circonstanciels. . . . .	238
1.1.2.1. L'appui sur la similarité factuelle. . . . .	238
1.1.2.2. Précédent circonstanciel et la proportionnalité . . . . .	243
1.2. <i>Le recours « infirmatif ».</i> . . . . .	247
1.2.1. Le revirement de jurisprudence . . . . .	248
1.2.1.1. Clarification linguistique : « overruling » et « departure » . . . . .	248
1.2.1.2. L'encadrement nécessaire du revirement de jurisprudence dans un système précédentiel. . . . .	250
1.2.2. La pratique du <i>distinguishing</i> . . . . .	254
1.2.2.1. Fonctionnement de la technique . . . . .	254
1.2.2.2. Justification de la technique. . . . .	257
2. <i>Exploitation « pathologique » des précédents : la manipulation précédentielle</i> . . . . .	259
2.1. <i>Un effet pervers de la discrétionnarité du juge</i> . . . . .	260
2.2. <i>Les manifestations de la manipulation.</i> . . . . .	261
2.2.1. L'absence abusive de recours à un précédent . . . . .	262
2.2.2. Les abus dans le recours positif au précédent. . . . .	264
2.2.3. Les abus dans le recours négatif au précédent . . . . .	267
CHAPITRE 2. L'INTERTEXTUALITÉ PRÉCÉDENTIELLE . . . . .	273
Section 1 – <i>La citation du précédent</i> . . . . .	276
1. <i>Les modes de citation.</i> . . . . .	277

712 LE PRÉCÉDENT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUR. DH

1.1. <i>L'existence de deux-modèles types de citation de l'énoncé précédentiel</i> . . . . .	279
1.1.1. La citation directe . . . . .	279
1.1.2. La citation indirecte. . . . .	281
1.1.2.1. La citation indirecte formelle . . . . .	282
1.1.2.2. La citation indirecte libre . . . . .	283
1.2. <i>L'adaptation des deux modèles-types de citation de l'énoncé précédentiel</i> . . . . .	287
1.2.1. Les citations hybrides . . . . .	287
1.2.2. Le résumé . . . . .	289
2. <i>Les fonctions de la citation</i> . . . . .	291
2.1. <i>La diversité des fonctions</i> . . . . .	292
2.1.1. La fonction d'autorité . . . . .	292
2.1.2. Les fonctions spécifiques. . . . .	294
2.1.2.1. La fonction pédagogique . . . . .	295
2.1.2.2. La fonction unificatrice. . . . .	296
2.2. <i>L'excès de citation au détriment des fonctions</i> . . . . .	297
2.2.1. Le constat de l'excès de citation. . . . .	297
2.2.2. Les causes de l'excès de citation . . . . .	300
Section 2 – <i>La référence au précédent</i> . . . . .	303
1. <i>La sélection du précédent</i> . . . . .	303
1.1. <i>L'importance de la sélection du précédent</i> . . . . .	304
1.1.1. La prise en compte nécessaire de la finalité de la référence. . . . .	304
1.1.1.1. Les différentes fonctions de la référence . . . . .	304
1.1.1.2. Les différentes catégories d'arrêts . . . . .	307
a. Les arrêts de principe au sens strict . . . . .	307
b. Les autres catégories d'arrêt . . . . .	310
1.1.2. La sélection erratique du précédent dans les arrêts de la Cour . . . . .	313
1.1.2.1. L'absence de pratique constante dans la sélection des précédents mentionnés. . . . .	313
1.1.2.2. Les conséquences néfastes de l'absence de pratique constante . . . . .	316
1.2. <i>Les critères de sélection des précédents cités</i> . . . . .	317
1.2.1. La valorisation nécessaire des critères liés à la pédagogie . . . . .	318
1.2.1.1. La compréhension du raisonnement originel. . . . .	318

TABLE DES MATIÈRES	713
1.2.1.2. L'adaptation de la sélection . . . . .	322
a. <i>L'identité de l'État défendeur</i> . . . . .	322
b. L'argumentaire des parties . . . . .	326
1.2.2. Le recours complémentaire aux critères lié à l'autorité . . . . .	328
1.2.2.1. La formation de jugement . . . . .	328
1.2.2.2. L'actualité de la solution . . . . .	331
2. <i>La formule de renvoi</i> . . . . .	335
2.1. <i>La multiplicité des intertextes précédentiels</i> . . . . .	336
2.2. <i>L'articulation de l'intertexte précédentiel et de la règle énoncée</i> . . . . .	339
CONCLUSION TITRE 2 – PARTIE 1 . . . . .	345
CONCLUSION DE LA PARTIE 1 . . . . .	347

**PARTIE II**  
**LE RÔLE DU PRÉCÉDENT DANS L'ÉDIFICATION**  
**DU SYSTÈME EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME**

**TITRE 1.**  
**LE DÉVELOPPEMENT DU SYSTÈME**

CHAPITRE 1. LE RÔLE DU PRÉCÉDENT DANS LA CRÉATION DU DROIT EUROPÉEN . . . . .	355
Section 1 – <i>La recherche d'un équilibre dans le développement du droit européen</i> . . . . .	356
1. <i>Le rôle de la règle dans le développement du droit européen</i> . . . . .	357
1.1. <i>La création du droit européen par l'interprétation de la Convention</i> . . . . .	358
1.1.1. La fonction normative de la Cour européenne . . . . .	359
1.1.2. L'ample liberté normative de la Cour européenne . . . . .	362
1.2. <i>Le précédent dans la prémisse majeure du raisonnement justificatif</i> . . . . .	369
1.2.1. La construction précédentielle de la prémisse majeure . . . . .	370
1.2.2. La cristallisation de la norme prétorienne . . . . .	374
2. <i>Le rôle de la règle dans la stabilisation du droit européen</i> . . . . .	377
2.1. <i>La limitation nécessaire du dynamisme interprétatif de la Cour</i> . . . . .	378
2.1.1. Insuffisances de l'encadrement par interprétation consensuelle . . . . .	378

BRUYLANT

714	LE PRÉCÉDENT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUR. DH	
	2.1.2. Nécessité d'une contrainte plus adaptée	380
	2.2. <i>Le rôle régulateur de la règle du précédent</i>	383
	2.2.1. Régulation nécessaire pour la confiance	383
	2.2.2. Relativité de l'exigence de stabilité	386
	Section 2 – <i>L'aménagement perfectible de la règle en faveur de la stabilité.</i>	389
	1. <i>La rationalisation des revirements</i>	390
	1.1. <i>La rationalisation de la forme du revirement</i>	391
	1.2. <i>La rationalisation de la motivation du revirement.</i>	393
	1.2.1. L'existence d'une difficulté dans la jurisprudence actuelle.	394
	1.2.2. La pertinence de la solution nouvelle.	397
	2. <i>La modulation dans le temps de l'autorité précédentielle</i>	399
	2.1. <i>La pusillanimité actuelle du juge européen</i>	400
	2.1.1. La rétroactivité de principe des précédents.	401
	2.1.2. La concession casuistique de rares exceptions	403
	2.2. <i>La reconnaissance nécessaire d'exceptions générales au principe.</i>	407
	2.2.1. Le dépassement de l'effet inhibiteur de l'effectivité des droits.	407
	2.2.2. La nécessité d'assumer la création prétorienne du droit.	412
	CHAPITRE 2. LE RÔLE DU PRÉCÉDENT DANS LA COHÉRENCE DU DROIT EUROPEÛEN	419
	Section 1 – <i>La préservation de la consistance du système</i>	422
	1. <i>La souplesse de la règle du précédent pour le maintien d'un degré acceptable de consistance</i>	425
	1.1. <i>La limitation nécessaire des divergences de jurisprudence</i>	425
	1.1.1. Rôle justificatif de la prévisibilité et sécurité juridique	426
	1.1.2. Fonction unificatrice de la règle du précédent	427
	1.2. <i>La recherche d'un équilibre relatif à la consistance</i>	429
	1.2.1. Inhérence des divergences	429
	1.2.2. Condition d'acceptabilité de la divergence.	432
	2. <i>La force de l'autorité précédentielle pour le rétablissement de la consistance.</i>	435
	2.1. <i>L'identification des origines de la divergence</i>	435
	2.1.1. Origine générale : l'acte d'interprétation	436



TABLE DES MATIÈRES

715

2.1.1.1. Les divergences relatives aux précédents interprétatifs. . . . .	436
2.1.1.2. Les divergences relatives aux précédents circonstanciels . . .	438
2.1.2. Facteur spécifique : le sectionnement de la composition de la Cour . . . . .	441
2.1.2.1. Un facteur favorisant l'apparition de divergence . . . . .	442
2.1.2.2. Les hypothèses de divergences hors sectionnement. . . . .	446
2.2. <i>Le traitement des divergences.</i> . . . . .	449
2.2.1. Valorisation de la force persuasive des arrêts rendus en Grande Chambre . . . . .	450
2.2.2. Valorisation de la prise en compte de l'héritage jurisprudentiel. .	454
Section 2 – <i>La préservation de la cohésion du système</i> . . . . .	455
1. <i>La fonction de l'exigence de cohésion dans le système européen.</i> . . . . .	457
1.1. <i>L'exigence de cohésion comme contrainte.</i> . . . . .	457
1.1.1. Principes et analogies . . . . .	458
1.1.2. Priorité locale ou globale . . . . .	461
1.2. <i>L'exigence de cohésion comme argument justificatif.</i> . . . . .	465
1.2.1. Nécessaire à la légitimation de la décision . . . . .	466
1.2.2. Insuffisante à la légitimation de la décision ? . . . . .	469
2. <i>La concrétisation de l'exigence de cohésion dans le système européen.</i> . . .	470
2.1. <i>L'unité d'interprétation par l'approche souple du concept de précédent.</i> . . . . .	470
2.1.1. L'unité par l'interprétation cohérente des différentes dispositions conventionnelles . . . . .	471
2.1.1.1. La fonction unificatrice des précédents. . . . .	472
2.1.1.2. La manipulation de la fonction unificatrice. . . . .	475
2.1.2. L'unité par l'interprétation cohérente d'une même disposition conventionnelle . . . . .	477
2.2. <i>L'incohérence liée à la subsidiarité.</i> . . . . .	480
2.2.1. L'incohérence liée à l'appréciation du consensus . . . . .	481
2.2.2. L'incohérence liée à la prise en compte de la spécificité de l'État. . .	484
CONCLUSION DU TITRE 1 – PARTIE 2 . . . . .	491

**TITRE 2.**  
**LES INTERACTIONS DU SYSTÈME**

CHAPITRE 1. LE RÔLE DU PRÉCÉDENT DANS L'AUTONOMIE DU DROIT EUROPÉEN . . . . .	495
Section 1 – <i>La clôture normative du système</i> . . . . .	499
1. <i>La fonction du précédent dans l'autonomie méthodologique         du système</i> . . . . .	500
1.1. <i>L'autonomisation de l'interprétation de la Convention</i> . . . . .	501
1.1.1. L'identification de la spécificité méthodologique . . . . .	502
1.1.2. La consolidation précédenielle de l'autonomie méthodologique . . . . .	503
1.2. <i>L'autonomisation des concepts</i> . . . . .	506
1.2.1. L'appui théorique sur les droits internes . . . . .	506
1.2.2. L'appui réel sur une logique propre au système conventionnel. . . . .	508
2. <i>La fonction du précédent dans la clôture formelle du système</i> . . . . .	512
2.1. <i>Le caractère endogène des sources formelles</i> . . . . .	515
2.2. <i>Le rôle secondaire des sources extérieures dans l'ancienne Cour</i> . . .	518
Section 2 – <i>L'inscription de l'ouverture cognitive dans la logique         précédenielle</i> . . . . .	524
1. <i>La dimension purement matérielle des sources extérieures</i> . . . . .	525
1.1. <i>La systématisation de l'approche matérielle des sources                 extérieures</i> . . . . .	526
1.1.1. L'adoption d'une nouvelle approche . . . . .	526
1.1.2. Le maintien du caractère complémentaire . . . . .	528
1.2. <i>La « déformalisation » des sources extérieures</i> . . . . .	531
1.2.1. L'indifférence à l'égard du consentement de l'État défendeur . . .	531
1.2.2. L'indifférence à l'égard de la normativité de l'instrument. . . . .	534
2. <i>L'utilisation finaliste des sources extérieures</i> . . . . .	537
2.1. <i>L'intégration des sources extérieures au programme                 précédeniel</i> . . . . .	538
2.1.1. Rechercher une tendance internationale au soutien d'une évolution du cadre précédeniel . . . . .	539
2.1.2. Compléter et préciser les normes jurisprudentielles établies au sein du cadre précédeniel . . . . .	544

TABLE DES MATIÈRES	717
2.2. <i>La manipulation du programme précédentiel</i> .....	548
2.2.1. La clôture normative est-elle artificielle ? .....	548
2.2.2. La tentation de la manipulation du programme précédentiel . . . .	555
CHAPITRE 2. LE RÔLE DU PRÉCÉDENT DANS LA CONSTRUCTION D'UN DROIT EUROPÉEN COMMUN DES DROITS DE L'HOMME .....	561
Section 1 – <i>L'autorité du droit européen sur les droits internes</i> .....	563
1. <i>L'articulation de l'autorité du précédent et de l'autorité         de chose interprétée</i> .....	565
1.1. <i>Le rejet de la théorie d'une autorité précédenteielle à l'égard                 des ordres internes</i> .....	566
1.1.1. Les fragilités de la théorie .....	566
1.1.2. La distinction fonctionnelle des autorités .....	569
1.2. <i>La facilitation du respect de l'autorité de chose interprétée</i> .....	571
1.2.1. La fonction incitative du précédent .....	572
1.2.2. La fonction répressive du précédent .....	581
2. <i>La modulation de l'autorité précédenteielle en lien avec l'autorité         de chose interprétée</i> .....	587
2.1. <i>La modulation de l'effet temporel</i> .....	588
2.2. <i>La modulation de la substance de la règle</i> .....	593
Section 2 – <i>L'autorité du droit européen sur le droit de l'Union</i> .....	601
1. <i>La médiatisation formelle du recours aux précédents européens</i> .....	603
1.1. <i>L'intégration via les principes généraux du droit</i> .....	604
1.2. <i>L'intégration via la référence aux droits correspondants</i> .....	610
2. <i>La fonction du recours aux précédents européens</i> .....	617
2.1. <i>La légitimité de la protection des droits de l'homme                 dans l'Union</i> .....	617
2.2. <i>La cohérence de la protection des droits de l'homme                 en Europe</i> .....	620
CONCLUSION DU TITRE 2 – PARTIE 2 .....	625
CONCLUSION DE LA PARTIE 2 .....	627
1. <i>Le bilan de la pratique précédenteielle</i> .....	631
2. <i>Les perspectives de la pratique précédenteielle</i> .....	633

718 LE PRÉCÉDENT DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUR. DH

CONCLUSION GÉNÉRALE . . . . .	629
1. <i>Le bilan de la pratique précédente</i> . . . . .	631
2. <i>Les perspectives de la pratique précédente</i> . . . . .	633
BIBLIOGRAPHIE . . . . .	639
JURISPRUDENCE CITÉE . . . . .	675
INDEX THÉMATIQUE . . . . .	699

BRUYLANT