

«[w]e should approach foreign legal materials with sensitivity to our differences, deficiencies, and imperfect understanding, but imperfection, I believe, should not lead us to abandon the effort to learn what we can from the experience and good thinking foreign sources may convey».

Ruth Joan BADER GINSBURG⁽¹⁾

« Exceptionnalisme » du droit américain : l'insularité de la Cour suprême des États-Unis

Fr. R. van der MENSBRUGGHE

Chargé de cours à la Faculté de Droit des FUSL et de l'ULg

Sans nul doute violence est faite à la syntaxe française lorsqu'il est question d'évoquer l'« exceptionnalisme » du droit américain. La chose est entendue : pas plus les dictionnaires de langue française que les vérificateurs d'orthographe n'admettent pareil néologisme. Le choix de ce titre trahit les origines américaines de l'auteur de ces lignes. Il a laissé faire par bravache (ou « bravitude » ...), en toute connaissance de cause. Qu'on veuille bien l'en excuser. Cette question terminologique passée, qu'entend-on par l'« exceptionnalisme » juridique américain ?

⁽¹⁾ Ruth J. BADER GINSBURG, « 'A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind' : The Value of Comparative Perspective in Constitutional Adjudication », 64 *Cambridge Law Journal*, pp. 575-592, p. 580 (2005).

Parer le droit américain de l'épithète «exceptionnel» soulève d'emblée des interrogations. Outre la difficulté de cerner ce qui est proprement hors de l'ordinaire, ne pourrait-on prétendre que chaque système juridique doit, justement, s'offrir au comparatiste de manière unique et, par voie de conséquence, exceptionnel? L'analyse «différentielle des juriscultures», pour reprendre Pierre Legrand, oblige à reconnaître la singularité de nos systèmes juridiques et la tentative vaine d'y débusquer – en permanence – des éléments de convergence⁽²⁾. En somme, la constitution du champ du savoir du comparatiste se nourrit de la différenciation, de l'altérité, de l'exceptionnel (un «exceptionnalisme» qui – à l'évidence – n'est pas ontologique, mais qui relève de la pensée herméneutique du comparatiste).

Ces réserves préliminaires – et succinctes – faites, par quel biais soutenir que le droit américain présente un caractère exceptionnel plus marqué qu'ailleurs? Le sujet s'offre à l'analyse sous de multiples facettes. Une première façon d'aborder la question consisterait à souligner le «narcissisme» américain en matière de droits de l'homme, c'est-à-dire l'accent mis sur le 1^{er} amendement de la Constitution, à l'exception des droits économiques, sociaux, et culturels⁽³⁾. L'impression ressort avec évidence à la lecture d'arrêtés tels *Brandenburg v. Ohio* sur la liberté d'expression⁽⁴⁾ ou encore *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith* sur la liberté culturelle⁽⁵⁾. Une autre manière d'appréhender le caractère exceptionnel du droit américain consisterait à mettre en avant sa tendance actuelle à «l'exemptionnalisme», c'est-à-dire la prépondérance croissante des États-Unis de ne pas être partie à des traités internationaux (ou d'en faire partie avec de nombreuses réserves). Il n'est que de songer au protocole de Kyoto de 1997, la Convention d'Ottawa sur l'interdiction des mines antipersonnel, la Convention internationale des droits de l'enfant, la vaste majorité des conventions – prioritaires et fondamentales – de l'Organisation internationale du travail... Dernier avatar dans cette énumération: la déclaration faite en 2002 selon laquelle les États-Unis ne se sentent nullement tenus par leur signature au bas du Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁽⁶⁾. L'exceptionnalisme du droit américain pourrait aussi se déduire de sa culture contentieuse («claims culture» ou «culture of complaint»). Celle-ci, fondée sur

des actions collectives («punitive damages») («contingency fees») voire délirante, sont des causes du «m...

Toutes ces actions américaines plus que de caractère exceptionnel faut bien appeler et même sa défiance nombreuses jurid...

(7) Un arrêt de la Cour suprême sur la responsabilité de ces dommages est en attente d'une manière définitive. L'arrêt *East River* (1990) (Constitution des États-Unis) concerne des personnes qui ne sont pas des victimes de la litigation). Cf. Philip M. Lewis, 166 L. Ed. 2d 940; 210 F.3d 1033 (2000) 20 Fla. L. Weekly Feeds de *Common Law* *Columbia Journal of Law and Public Policy* 17 (2004) 17 juridiques du *Common Law* abus de la fonction publique pp. 1145-1184.

(8) Cf. Michel Crozier.

(9) Cf. Richard M. Stewart, *Common Law Suit Against the Government: The Couple Funding Issue*, 100 Harv. L. Rev. 100 (1987) 100 fears of a growing conflict of group actions are recognized. Moreover, English courts recognize the benefit of the need for individuals to...

(10) Sur base de la diversité des facettes du droit américain des États-Unis sur la scène internationale le statut d'«hyperpuissance» (55 *Stanford Law Review* 100 (2003) 100 Richard L. Marcus, «The American Indian in the System of Federal Public Law» 53 *American Journal of Indian Law* 100 (2003) 100 indien dans le système de la loi fédérale.

(11) Si le propos principal de la Cour suprême américaine, la Cour suprême du juge Richard M. Stewart à cet égard: «To cite the natural law; or to supply the wisdom and conscience of August 2004, at p. 42).

(2) Pierre LEGRAND, «Sur l'analyse différentielle des juriscultures», *R.I.D.C.*, 1999, pp. 1053-1073.

(3) Cf. Michael IGNATIEFF (dir.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, 2005.

(4) *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

(5) *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

(6) Cf. lettre de John BOLTON, Sous-secrétaire d'État pour le contrôle des armes et la sécurité internationale, adressée à Kofi ANNAN, Secrétaire général des Nations unies: «the United States does not intend to become a party to the treaty» and, «[a]ccordingly, the United States has no legal obligations arising from its signature on December 31, 2000». Reproduit dans un communiqué de presse: Press Statement (May 6, 2002), International Criminal Court: Letter to UN Secretary General Kofi Annan, at <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2002/9968.htm> (visité le 23 avril 2007).

des actions collectives («class actions»), des dommages et intérêts exorbitants («punitive damages»)⁽⁷⁾, ainsi que sur le système de rétribution des avocats («contingency fees»), assignerait au droit américain une dimension étonnante, voire délirante, stigmatisée en son temps par Michel Crozier (qui en voyait une des causes du «mal américain»⁽⁸⁾⁽⁹⁾).

Toutes ces approches dépeignent le caractère exceptionnel du droit américain plus que de besoin⁽¹⁰⁾. Reste que le propos qui suit entend développer le caractère exceptionnel du droit américain par le biais d'un examen de ce qu'il faut bien appeler «l'insularité» d'une partie de la Cour suprême des États-Unis, et même sa défiance envers l'étranger⁽¹¹⁾. Là où la tendance actuelle mène de nombreuses juridictions suprêmes à porter un regard vers leurs «juridictions

⁽⁷⁾ Un arrêt de la Cour suprême des États-Unis, du 20 février 2007, revient sur la constitutionnalité de ces dommages et intérêts punitifs sans toutefois régler la question de leur existence de manière définitive. L'arrêt décide seulement que la *Due Process Clause* du 14^e amendement de la Constitution des États-Unis exclut l'octroi des *punitive damages* pour des dommages causés à des personnes qui ne sont pas parties au contentieux (*harm caused to individuals not involved in the litigation*). Cf. *Philip Morris USA v. Williams*, 549 U.S., (arrêt non encore publié); 127 S. Ct. 1057; 166 L. Ed. 2d 940; 2007 U.S. LEXIS 1332; 75 U.S.L.W. 4101; CCH Prod. Liab. Rep. P17,676; 20 Fla. L. Weekly Fed. S 80. Pour un compte-rendu comparatif des *punitive damages* dans les pays de *Common law*, cf. John Y. GOTANDA, «Punitive Damages: A Comparative Analysis», 42 *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 391-444 (2004). Par contraste avec d'autres systèmes juridiques du *Common law*, cf. Judith MARTINS-COSTA et Mariana SOUZA PARGENDLER, «Us et abus de la fonction punitive (dommages et intérêts punitifs et le droit brésilien)», *R.I.D.C.*, 2006, pp. 1145-1184.

⁽⁸⁾ Cf. Michel CROZIER, *Le mal américain*, Paris, Fayard, 1980, spéc. chap. 9.

⁽⁹⁾ Cf. Richard MATHEWS, «Why America is in a class of its own (Is the \$280 billion US government law suit against tobacco firms worrying British companies)», *The Times*, January 25, 2005: «Couple funding issues with a more restrained judicial approach in Britain and it is clear that the fears of a growing compensation culture may be significantly overstated. The procedures for handling group actions are more flexible and fairer to corporate defendants than US class actions. [...] Moreover, English courts have been keen to apply the law with a liberal helping of common sense, recognizing the benefit of manufacturers and service companies to the wider community and the need for individuals to be accountable for their actions».

⁽¹⁰⁾ Sur base de la littérature juridique récente, on ne dénombre pas moins de trois autres facettes du droit américain pour justifier l'épithète «exceptionnel»: (i) la domination et l'activisme des États-Unis sur la scène internationale (liés à la tragédie du 11 septembre 2001 qui a exacerbé le statut d'«hyperpuissance» des USA): cf. Harold HONGJU KOH, «On American Exceptionalism», 55 *Stanford Law Review*, pp. 1478-1527, p. 1487 (2003); (ii) la procédure civile américaine: cf. Richard L. MARCUS, «Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context», 53 *American Journal of Comparative Law*, pp. 709-740 (2005); (iii) la place occupée par le droit indien dans le système fédéral américain: cf. Philip P. FRICKEY, «(Native) American Exceptionalism in Federal Public Law», 119 *Harvard Law Review*, pp. 431-490 (2005).

⁽¹¹⁾ Si le propos présent se concentre sur ce qui se passe au sommet de la hiérarchie judiciaire américaine, la Cour suprême des États-Unis n'a évidemment pas l'apanage de l'insularité: les propos du juge Richard A. POSNER de la Cour d'appel fédérale du 7^e Circuit sont emblématiques à cet égard: «To cite foreign law as authority is to flirt with the discredited ... idea of a universal natural law; or to suppose fantastically that the world's judges constitute a single, elite community of wisdom and conscience» («No Thanks, We Already Have Our Own Laws», *Legal Affairs*, July/August 2004, at p. 42).

sœurs» (jusqu'à tisser de véritables réseaux pour en arriver à «l'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes constitutionnelles», pour reprendre l'expression de Paul Martens), le contentieux de la Cour suprême – en matière de droits de l'homme et en matière de fédéralisme – se distingue par une introversion remarquable. Si cette singularité se manifeste de manière numériquement rare, elle n'en est pas moins remarquable par sa violence du propos⁽¹²⁾. On en veut pour preuve l'arrêt *Lawrence v. Texas*, rendu en 2003. Le juge Antonin Scalia y écarte toute considération de décisions étrangères avec force. Pour lui, la seule comparaison reviendrait à imposer sur le peuple américain des «mouvements d'humeur, des lubies ou des modes étrangers». Cette pratique serait dangereuse («*The Court's discussion of these foreign views [...] is therefore meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since 'this Court ... should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans'*»)⁽¹³⁾. Dans l'arrêt *Atkins*, le même juge stigmatise «les pratiques de la communauté internationale dont les notions de justice ne sont pas toujours celles (heureusement) de notre peuple»⁽¹⁴⁾. Le Congrès américain n'est pas en reste dans ce mouvement de repli. Deux résolutions identiques, adoptées en 2005, l'une émanant de la Chambre des représentants, l'autre du Sénat, prescrivent que les «interprétations judiciaires sur le sens de la Constitution ne doivent pas se fonder ... sur des arrêts, lois, ou déclarations d'institutions étrangères à moins que pareil matériau n'éclaire le sens originel de la Constitution»⁽¹⁵⁾.

Partout aujourd'hui, le contentieux de nos juridictions suprêmes connaît un degré d'ouverture à l'étranger. L'intérêt pour la comparaison découle sans

doute du phénomène des sources nouvelles techniques est longtemps Uni, la *House* leur examen a positives à des que de songer d'envergure d bilité délictuel mental. Du re préférence au «acceptable»⁽¹⁾ influences étrangères de se réfugier aujourd'hui au «[...] the most deny that 'their à son affaire – lité d'opérer u overruling»⁽²⁾ comparaison c qui reconnaiss

(12) Basil MARKESINIS de souligner la force de ce rejet de la règle de droit étrangère: «The opponents of foreign law have also had an impact in the United States (though, arguably not elsewhere) because of the strong and emotive use of language they have used to express their opposition to it» (Basil MARKESINIS, «National Self-Sufficiency or Intellectual Arrogance? The Current Attitude of American Courts Towards Foreign Law», 65 *Cambridge Law Journal*, pp. 301-329, at 311 (2006)).

(13) *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). L'arrêt opérait un revirement de la jurisprudence *Bowers v. Hardwick* de 1986. Ce faisant, l'arrêt *Lawrence* déclarait anticonstitutionnelle une loi de l'État du Texas interdisant le sexe entre deux personnes consentantes du même sexe. Justice Kennedy éclairait les problèmes traités dans cet arrêt au regard du droit anglais et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

(14) *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, at 347-8 (per SCALIA, J.): «Equally irrelevant are the practices of the 'world community', whose notions of justice are (thankfully) not always those of our people ...».

(15) H.R. Res. 97, 109th Cong. (2005); S. Res. 92 (109th Cong. (2005): «judicial interpretations regarding the meaning of the Constitution of the United States should not be based ... on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such [materials] inform an understanding of the original meaning of the Constitution». Deux propositions de loi, allant dans le même sens, interdisent aux juridictions fédérales, dans leur interprétation de la Constitution américaine, de recourir aux décisions, pratiques ou actions d'un État étranger ou d'une organisation internationale, autre que le Common law ou le droit constitutionnel anglais «jusqu'au moment de l'adoption de la Constitution des États-Unis»: Constitution Restoration Act of 2005, §201, H.R. 1070, 109th Cong. (2005); Constitution Restoration Act of 2005, §201, S. 520, 109th Cong. (2005).

(16) *Fairchild*.

(17) Pour Lord sense of justice, a acceptable decision must prompt anxiety some virtue in unit (*Fairchild v Glenh*).
(18) La Chambre européens et du C *Bellinger* [2003] U CRAIGHEAD).

(19) Cf. *Jonathan Services*, (2003) 1

(20) *In re Spectr* le speech de Lord en Inde (uniquement en Irlande et au C dans les arrêts de l *of Appeal* ou de la [2000] 1 W.L.R. 1 Law. *Lessons From*

doute du phénomène nébuleux de mondialisation ainsi que de la démultiplication des sources d'information, elle-même conséquence du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Tandis qu'elle est longtemps restée indifférente aux développements juridiques hors Royaume-Uni, la *House of Lords* rend aujourd'hui de nombreux arrêts qui dénotent par leur examen attentif de systèmes juridiques étrangers pour déduire des solutions positives à des problèmes, que ce soit en droit privé ou en droit public. Il n'est que de songer à l'arrêt *Fairchild* de juin 2002 qui brosse un tableau comparatif d'envergure des problèmes de causalité conjointe dans les actions en responsabilité délictuelle⁽¹⁶⁾. Les analyses comparatistes y dépassent le stade de l'ornemental. Du reste, au terme de son analyse, Lord Bingham finit par donner la préférence au droit étranger sur le droit anglais lorsque le premier lui paraît plus « acceptable »⁽¹⁷⁾. En venir à cette appréciation, dans un État supposé fermé aux influences étrangères, suppose bien des changements de perspectives⁽¹⁸⁾. Loin de se réfugier dans ses *chambers*, le juriste anglais s'ouvre plus spontanément aujourd'hui aux systèmes étrangers. Non sans humour, Jonathan Morgan note, « [...] the most devoted disciple of Our Lady the Common Law would be rash to deny that 'there is a world elsewhere' »⁽¹⁹⁾. De même, la *House of Lords* est tout à son affaire – comparative – lorsqu'il s'agit pour elle de déterminer la possibilité d'opérer un revirement de jurisprudence sans effet rétroactif (« prospective overruling »)⁽²⁰⁾. La *Privy Council*, quant à elle, est naturellement encline à la comparaison du fait de sa compétence sur les juridictions du Commonwealth qui reconnaissent encore son autorité (en nombre décroissant). Trois arrêts,

⁽¹⁶⁾ *Fairchild v. Glenhaven* [2002] 1 A.C. 32.

⁽¹⁷⁾ Pour Lord BINGHAM: « If [...] a decision is given in this country which offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question. In a shrinking world [...] there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome » (*Fairchild v. Glenhaven Funeral Services*, at 66, para. 32).

⁽¹⁸⁾ La Chambre des Lords poursuit son remarquable tour d'horizon des systèmes juridiques européens et du Commonwealth dans l'affaire *Bellinger v. Bellinger* d'avril 2003: voy. *Bellinger v. Bellinger* [2003] UKHL 21; [2003] 2 WLR 1174 (voy. en particulier l'opinion de Lord HOPE of CRAIGHEAD).

⁽¹⁹⁾ Cf. Jonathan MORGAN, « Lost Causes in the House of Lords: *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* », (2003) *MLR* 277, 283.

⁽²⁰⁾ *In re Spectrum Plus Ltd (HL)* [2005] UKHL 41; [2005] 3 WLR 58. La House of Lords, dans le speech de Lord NICHOLLS of BIRKENHEAD, de s'attarder sur la pratique du *prospective overruling* en Inde (uniquement pour le droit constitutionnel), aux États-Unis (pratique tombée en désuétude), en Irlande et au Canada (para. 18-22). Si la démarche comparative est évidemment plus présente dans les arrêts de la *House of Lords*, elle se retrouve aussi dans de nombreuses décisions de *Court of Appeal* ou de la *High Court of Justice*. Pour preuve de cette dernière, cf. *Greatorex v. Greatorex* [2000] 1 W.L.R. 1976, et le commentaire de Basil MARKESINIS, « Foreign Laws Inspiring National Law. Lessons From *Greatorex v. Greatorex* », [2002] *Cambridge Law Journal* 61(2), pp. 386-404.

philosophie sans ambages: il s'agit de «consulter les écrits des rédacteurs de la Constitution [pour] voir comment le texte était originairement compris», de sorte que la découverte de l'intention des Pères fondateurs permette au juge d'aujourd'hui de trancher, définitivement, tout conflit d'interprétation. Le but est de fixer des amarres et de réagir à la «tyrannie des juges» pour les soumettre à des limites, considérées comme ayant été allégrement franchies sous les présidences successives de Earl Warren (1953-1969) et Warren E. Burger (1969-1986). La cible privilégiée: les arrêts libertaires des années 60-70, tel *Roe v. Wade*⁽²⁶⁾, censés reposer sur des assises constitutionnelles des plus fragiles⁽²⁷⁾. Cette philosophie judiciaire d'originalisme, bien que représentée par deux juges seulement, Antonin Scalia et Clarence Thomas, bénéficie de «l'appui» du pouvoir exécutif⁽²⁸⁾ et d'une audience publique conséquente. Pour en témoigner, il n'est que de regarder le nombre d'articles qui lui sont consacrés dans la presse et les revues juridiques spécialisées⁽²⁹⁾. En 1997, Scalia présentait sa théorie dans un ouvrage où lui répondaient des professeurs de droit renommés, et il ne cesse depuis lors de multiplier interviews et conférences publiques, jusqu'à engendrer d'autres débats sur l'obligation de réserve des juges de la Cour suprême⁽³⁰⁾.

Au-delà du textualisme, s'esquisse un autre phénomène consternant: la vision du monde séculière et temporelle des États-Unis a cédé la place à une vision religieuse intemporelle. La défiance envers l'étranger de la Cour suprême s'explique en partie par la «religion civile» américaine (la nouvelle Jérusalem, la «cité sur la colline»), cette laïcité philocléricale qui avait déjà frappé Tocqueville et qui mêle universalisme et providence, politique et prophétie, christianisme et exceptionnalisme⁽³¹⁾. L'ancien ministre de la justice (*Attorney-General*

⁽²⁶⁾ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705 (1973) (lire en particulier l'opinion du juge BLACKMUN). L'arrêt dépénalise l'interruption volontaire de grossesse au nom du respect du droit de la femme à la vie privée.

⁽²⁷⁾ Même les juristes «libéraux» américains reconnaissent le caractère éminemment contestable de *Roe v. Wade* sur le plan juridique: cf. John Hart ELY, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*», (1973) 82 *Yale L.J.* 920; cf. aussi Archibald COX, pour qui cet arrêt se lit «comme un ensemble de règles et règlements d'un hôpital» («like a set of hospital rules and regulations») plutôt que comme du bon droit constitutionnel (Ken GORMLEY, *Archibald Cox. Conscience of a Nation*, Cambridge (Ma.), Perseus Publishing, 1997, at 231).

⁽²⁸⁾ Dans son premier discours sur «l'état de l'Union» de son deuxième mandat, George W. BUSH promettait de nommer des juges qui adhéraient à l'intention des Pères fondateurs: cf. Ronald DWORKIN, *Justice in Robes*, Cambridge-Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 117. Le Président appuie sa promesse d'une référence erronée à l'arrêt *Dred Scott* de 1857...

⁽²⁹⁾ Pour un compte-rendu récent, et critique, de ces théories, cf. Ronald DWORKIN, *op. cit.* (note 28), spéc. chap. 5.

⁽³⁰⁾ Antonin SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton NJ, Princeton University Press, 1997. Voy. aussi ses articles, parmi lesquels: «The Rule of Law as a Law of Rules» (1989) 57 *U. Cin. L. Rev.* 849; «Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis» (1990) 40 *Case W. Res. L. Rev.* 581.

⁽³¹⁾ Cf. Conrad CHERRY (dir.), *God's New Israel: Religious Interpretations of American Destiny*, Chapel Hill et Londres, The University of North Carolina Press, 1998.

of the United States), John Ashcroft, a pu ainsi dire: «Parmi les nations, celle des États-Unis d'Amérique est la seule à avoir compris que la source de son caractère particulier n'est pas d'ordre civique et temporel mais d'ordre divin et éternel. Et parce que nous avons reconnu que notre source est éternelle, les États-Unis sont devenus une nation à part. Nous n'avons d'autre roi que Jésus»⁽³²⁾ ... Le successeur de John Ashcroft, Alberto Gonzales, s'exprime avec davantage de nuance. Quant aux nouvelles nominations à la Cour suprême – John Roberts (désormais Président – *Chief Justice* – de la Cour) et Samuel Alito –, il est trop tôt pour connaître leur philosophie. Pour l'heure, il suffira de souligner l'emprise croissante de la culture religieuse aux États-Unis ces vingt-cinq dernières années. Elle se manifeste avec une force particulière dans le monde juridique. Afin de ne pas dépasser les limites de la contribution présente, il est permis de citer – en vrac – les exemples récents concernant l'érection de stèles religieuses dans les palais de justice, l'enseignement créationniste, la récitation de prières à l'école, le serment d'allégeance ...

II. GLANER AILLEURS ...

Le mot anglais «sideglance» n'est pas sans évoquer le mot français «glaner», qui, lui, dans une imagerie sans doute champêtre, invite à *butiner* ailleurs pour tirer un nectar savoureux⁽³³⁾. La question reste de savoir comment, justement, butiner? Comment procéder par comparaison devant les plus hautes instances judiciaires (cours suprêmes ou constitutionnelles). Comment recueillir ailleurs des bribes d'informations juridiques pour en tirer parti chez soi, tout en respectant ses références nationales? À l'évidence, le droit comparé comme science appliquée fait valoir une démarche téléologique qui se traduit le plus souvent par un objectif d'unification du droit ou la volonté du juge ou de l'arbitre de déduire une solution positive à un problème. Mais encore? D'emblée, il faut faire une distinction. Dans le contexte européen, le juge communautaire, lorsqu'il compare, fait du «picorage». Il retient une conception juridique propre à un État membre de la Communauté et l'importe dans l'ordre juridique communautaire en raison de son intérêt pour la réalisation des objectifs de la Communauté. C'est très bien. Le juge national, quant à lui, ne peut procéder de la sorte. Tout au plus peut-il trouver dans la décision étrangère une source d'inspiration ou un catalyseur de réflexion. Pour le juge du Common law, comment faire dans les limites du *stare decisis*?

Lord Bingham de la *House of Lords* donne deux pistes de réflexion. Pour simples qu'elles paraissent, elles n'en sont pas moins fondamentales. Dans un

(32) Cf. Russell BANKS, «Gloutonnerie apocalyptique», in *Le Monde* (Le Monde des livres), 15 octobre 2004, p. vi.

(33) *Le Petit Robert* définit le nectar comme le «breuvage des dieux». Nous restons dans l'imagerie religieuse ...

premier t
mathémat
mologiste
Bingham
règle étra
produite
de la juris
qu'il faut
premier h

on a
world
be d
dedl
Lorc
des thurifi
Privy Cou

cons
the t
cons
litera
give
evolv

La se
coniser un
sort de la
8 mars 200
plication d
la Cour eu
anglaises à
péenne des

Sans
toire. Outr
téressantes
la Cour su

(34) *Fairch*
(35) *Charle*
(36) *Kay v.*
Lord BINGHAM
of Human Rig
Strasbourg co
House of Lorc
tion de l'art. 8

premier temps, Bingham considère qu'on ne peut se contenter d'un décompte mathématique des solutions en vigueur. Il ne s'agit pas, à la manière d'un entomologiste ou d'un collectionneur de timbres, d'aligner ses découvertes. Lord Bingham rappelle le caractère systémique du droit. La prise en compte de la règle étrangère implique de tenir compte de ses assises avec la culture qui l'a produite et dont elle en est une manifestation tangible. Cette réflexion ressort de la jurisprudence *Fairchild* déjà mentionnée. Avant d'arriver à la conclusion qu'il faut donner la préférence au droit étranger sur le droit anglais lorsque le premier lui paraît plus « acceptable », Lord Bingham prend soin de préciser :

« Development of the law in this country [the UK] cannot of course depend on a headcount of decisions and codes adopted in other countries around the world, often against a background of different rules and traditions. The law must be developed coherently, in accordance with principle, so as to serve, even-handedly, the ends of justice »⁽³⁴⁾.

Lord Bingham en arrive à une conclusion similaire, à l'extrême opposé des thuriféraires textualistes américains, dans l'arrêt *Matthews* de 2005 (de la *Privy Council*)⁽³⁵⁾ :

« The [Privy Council] has of course recognized that the provisions of any constitution must be interpreted with care and respect, paying close attention to the terms of the constitution in question. But it has also brought to its task of constitutional adjudication a broader vision, recognizing that a legalistic and over literal approach to interpretation may be quite inappropriate when seeking to give effect to the rights, values and standards expressed in a constitution as these evolve over time ».

La seconde piste de réflexion esquissée par Lord Bingham consiste à préconiser un *dialogue* avec les autres juridictions suprêmes. Cette conclusion ressort de la jurisprudence *Kay v Lambeth London Borough Council*, rendue le 8 mars 2006, par laquelle la *House of Lords*, tout en donnant la priorité à l'application de règle traditionnelle de la règle du précédent sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, invite les juridictions anglaises à faire preuve de « collaboration constructive » avec la Cour européenne des droits de l'homme⁽³⁶⁾.

Sans doute l'auteur de ces lignes devrait-il ravalier son pessimisme rédhibitoire. Outre ces lumières glanées dans les brumes de la Tamise, nous avons d'intéressantes leçons à apprendre en la matière de la Cour suprême du Canada, de la Cour suprême d'Israël, de la Cour constitutionnelle d'Afrique du sud. Au sein

⁽³⁴⁾ *Fairchild v. Glenhaven* [2002] 1 A.C. 32, at 66, para. 32.

⁽³⁵⁾ *Charles Matthews v. The State* [2005] A.C. 433.

⁽³⁶⁾ *Kay v. Lambeth London Borough Council* (HL(E))[2006] 2 WLR 570, at 590, para. 44 (per Lord BINGHAM OF CORNHILL) : « The effective implementation of the Convention [for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms] depends on constructive collaboration between the Strasbourg court and the national courts of the member states ». L'affaire opposait un arrêt de la House of Lords et un arrêt, ultérieur, de la Cour européenne des droits de l'homme. L'interprétation de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme différait.

même de la Cour suprême des États-Unis se perçoit des réactions d'ouverture. Sur base d'exemples concrets – et un solide bon sens –, le juge Stephen Breyer assène nombre d'arguments pour réfuter les thèses «littéralistes», s'agissant du droit en général, et «originalistes», pour ce qui est de la Constitution⁽³⁷⁾. Fondamentalement, il affiche sa foi dans la nature démocratique du pouvoir judiciaire et estime que «l'interprétation ayant pour objet de clarifier le sens, rien de ce qui est logiquement pertinent ne saurait être exclu»⁽³⁸⁾. Quant à Ruth J. Bader Ginsburg, elle se fait le chantre du «comparative dialogue» et du «comparative sideglance»⁽³⁹⁾. L'opinion de Justice Kennedy, quant à lui, se fonde sur une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg dans l'arrêt déjà cité, *Lawrence v. Texas*, de 2003. Enfin, l'arrêt *Roper v. Simmons*, de 2004, sur la peine de mort, a largement ouvert les vannes d'un vaste débat parmi les constitutionnalistes américains sur l'utilisation du droit étranger⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾. Reprenons Jeremy Waldron, qui a pris position dans ce débat :

«The real contrast between those who oppose and those who defend the use of foreign law in American legal reasoning is *not* that jurists in the first group are parochial and the second cosmopolitan. It is rather this contrast between law as will and law as reason. Those who approach the law as a matter of will do not see any reason why expressions of will elsewhere in the world should affect our expressions of will in America. But those who see law as a matter of reason may well be willing to approach it in a scientific spirit that relies not just on our own reasoning but on some rational relation between what we are wrestling with and what others have figured out»⁽⁴²⁾.

De façon générale, l'on ne peut que se réjouir des réunions régulières qui ont lieu aujourd'hui entre juges de cours suprêmes ou constitutionnelles. L'on ne peut que se réjouir de l'engagement de référendaires ayant une expérience étrangère (un Américain ayant servi à la Cour suprême du Canada a récemment été engagé à la Cour suprême des États-Unis)⁽⁴³⁾. L'on ne peut que se réjouir de ces glaneurs et glaneuses qui décroissent et dépoussièrent les esprits juridiques. En somme, l'on ne peut que se réjouir des passeurs de frontières.

⁽³⁷⁾ Cf. en particulier Stephen BREYER, *Pour une démocratie active*, Paris, éd. Odile Jacob, 2007, pp. 158-176.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 154.

⁽³⁹⁾ Ruth J. BADER GINSBURG, *op. cit.* (note 1), p. 578.

⁽⁴⁰⁾ *Roper v. Simmons*, 125 S. Ct. 1183 (2005).

⁽⁴¹⁾ Avec enthousiasme, un auteur de remarquer que les «arrêts *Lawrence* et *Atkins* sonnent enfin le glas des nationalistes» («*Lawrence* and *Atkins* may signal that the nationalists' heyday has finally passed»): cf. Harold HONGJU KOH, «International Law as Part of Our Law», 98 *American Journal of International Law*, 43, 56 (2004).

⁽⁴²⁾ Cf. Jeremy WALDRON, «Foreign Laws and the Modern *Ius Gentium*», 119 *Harvard Law Review* 129, 146-47 (2005).

⁽⁴³⁾ Cf. Mark TUSHNET, *A Court Divided*, New York-Londres, W.W. Norton & Co., 2006, p. 176.

2007/2

Cinquante-deuxième année
Revue trimestrielle

Anciennement Actualités du droit

R

evue de la Faculté de droit
de l'Université de Liège

Extrait



larcier