

on de disposi-
tes (« soft law »)
gouvernance
s dispositions
compte de la
tion entre des
rités de régu-
raditionnelles

Section 5

Le droit comparé comme source du droit ?

François R. VAN DER MENSBRUGGHE¹

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et à l'Université de Liège

«History of a system of law is largely a history of borrowings of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside² of the law»².

Introduction

Commençons par une question: le droit comparé comme source du droit, ou bien les sources du droit en droit comparé? À l'évidence, il ne peut s'agir ici que de traiter de la première question. La deuxième question, pour intéressante qu'elle soit, dépasse le champ de cette recherche collective. Elle concerne davantage la méthode comparative en tant que telle, et non pas le droit comparé comme source du droit³. Ce premier jalon posé, nous emboîtons le pas à une réflexion générale sur la consistance même du droit comparé. L'affaire est entendue: le droit comparé n'existe pas. Seule existe la méthode comparative. N'étant pas une branche du droit autonome, le droit comparé ne peut constituer une source du droit. Aucunement. La méthode comparative – et, partant, la prise en compte du droit étranger – peut tout juste *alimenter*, à titre informatif, nos sources du droit, voire notre appréhension de celles-ci. Elle leur donne un matériau nouveau: «Par l'élargissement de l'horizon juridique qu'elle réalise en montrant aux juristes nationaux d'autres façons de concevoir et de résoudre les mêmes problèmes juridiques, la comparaison peut

¹ Les commentaires sont les bienvenus. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante: vander mensbrugghe@fussl.ac.be ou vdmensbrugghe@ulg.ac.be.

² POUND (R.), in *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, WATSON (A.), University of Georgia Press, Athens-London, 1993, p. 22.

³ La question des sources du droit en droit comparé oblige le comparatiste à ouvrir son compas vers des champs parfois insoupçonnés. Il n'est que de songer aux sources religieuses (Coran, sunna, dharmasas- tras...), aux pratiques commerciales, aux pratiques notariales, etc.

devenir un des instruments les plus efficaces au service de la politique législative, jurisprudentielle et doctrinale»⁴. En cela, la méthode comparative remplit une fonction «subversive» pour reprendre une belle expression de George Fletcher⁵. Le grand comparatiste français, René David, le reconnaît lui-même: le droit comparé permet de dévoiler «la part d'hyperbole, de préjugé et de fiction que comporte notre théorie classique du droit»⁶. Plus près de nous, Pierre Legrand porte l'estocade encore plus loin, lui pour qui la comparaison tend à «subvertir la grande machine positiviste en disposant des grains de sable dans ses rouages». Son entreprise serait celle du «brouillage du sens positiviste infligé au droit et de mise à mal des usages conventionnels du droit»⁷.

La question n'est pas ici de s'attarder sur la fonction subversive du droit, mais de réfléchir sur la méthode comparative comme source du droit. Dans cette matière comme dans tant d'autres, il ne peut être question de donner de réponses simplistes. Le législateur et les juridictions nationales apportent des réponses variées, marquées par le temps et les bouleversements de l'histoire, à la question de savoir si la comparaison constitue une source du droit. Au risque de schématiser, nous percevons – au-delà d'un rejet nationaliste – une tendance du législateur et des juridictions nationales à s'engager dans la comparaison à des fins d'information. Peu nombreuses sont les instances où ils s'adonnent à une comparaison systématique, capable d'assigner à la comparaison un rôle de source du droit. Dans un deuxième temps, nous essaierons de dégager un sens aux controverses théoriques qui sous-tendent ces questions. Enfin, il s'agira d'effectuer des considérations plus prospectives, marquées par l'intégration européenne et le phénomène de «mondialisation»⁸.

⁴ CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. II, *La méthode comparative*, n° 122, p. 330.

⁵ FLETCHER (G. P.), « Comparative law as a subversive discipline », *Am. J. Comp. Law*, 1998, p. 683. L'expression sera reprise à son compte par MUIR-WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, p. 503.

⁶ DAVID (R.) et JAUFRRET-SPINOSI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris, 10^e éd., 1992, p. 4.

⁷ LEGRAND (P.), « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *R.I.D.C.*, 1999, p. 1052, spéc. p. 1061.

⁸ Le propos ne tient pas compte de ces cas de figure où le droit étranger est pris en compte à l'occasion d'un contentieux concernant des personnes privées qui émanent de systèmes juridiques étrangers (*conflict of laws*) et du besoin de trouver une solution au bon règlement des rapports internationaux. Pour un exemple classique, cf. un arrêt de la Cour d'appel de Paris (1^{re} ch.), 10 janvier 1970, *Époux Courtois c. consorts de Ganay*, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1971, p. 518-531: « le trust, institution anglo-saxonne inconnue du droit français, constitue au regard de la loi française [...] une institution qui se rattache à la dévolution successorale. Au regard de cette loi, (la dame) ne pouvait valablement disposer de ses biens par le moyen d'un trust, cette institution se caractérisant par un «éclatement» du droit de propriété... Considérant que cet acte constituait donc essentiellement un contrat synallagmatique faisant naître des obligations respectives entre les parties et, éventuellement, des droits au profit des tiers; considérant que, contrairement à ce que soutiennent les appelants, l'acte du 18 mars 1926 ne relève donc pas de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est-à-dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer; [...] ».

À un moment où les systèmes juridiques du droit étranger sont de plus en plus nombreux, les Irlandais du droit anglais du XIX^e siècle, tement néfaste ressentiment s'agisse de l'académique «emprunt» en admettant raisons qui sont – nous s'agit pour l'Union soviétique Tantôt il s'agit de l'Union soviétique méthode géométrique de recherche d'observation isolément à

⁹ SMITH (A.), *Indian case la Social S* ssrn.72994

¹⁰ WYATT (V.), *Wyatt v. N* d'interprét objet (la C tion anglai

¹¹ REITER (E.), *century Q* suivante: v

¹² WIGAND (V.), *Dans une* juin 2000;

¹³ romain, co

¹⁴ GRANDE (E)

¹⁵ LESTER (A.)

¹⁶ LYON-CAEN (P.), 1964.69. C comparais étudier de agenda idé

I. L'information comparative

À un moment ou à un autre, et pour des raisons variées, presque tous les systèmes juridiques marquent une résistance à la méthode comparative et au droit étranger. La chose est entendue: ce dernier ne peut servir de source de droit. Nombre d'exemples appuient cette observation⁹. Au XIV^e siècle, les Irlandais montraient une défiance ouverte à l'égard de toute utilisation du droit anglais, une défiance qui ne s'est pas démentie avec le temps¹⁰. Au XIX^e siècle, c'est le droit germanique qui est perçu comme exerçant un empiètement néfaste – voire hégémonique – sur ses voisins¹¹. Plus près de nous, ce ressentiment d'hégémonisme s'adresse à l'endroit du droit américain. Qu'il s'agisse de la Suisse¹², de la France¹³, de l'Italie¹⁴ ou du Royaume-Uni¹⁵, académiques et professionnels du droit s'accordent pour considérer que tout «emprunt» d'un droit étranger doit se mesurer avec la plus grande prudence, en admettant – comme postulat de base – qu'il puisse y avoir «emprunt». Les raisons qui expliquent ces attitudes suspicieuses à l'égard du droit étranger sont – nous l'avons dit – variées. Si l'on s'appuie sur les exemples précités, il s'agit pour l'essentiel de craintes d'hégémonisme (ou pire, de xénophobie...). Tantôt il s'agit de considérations idéologiques. Dans ce qui était naguère l'Union soviétique, il n'était nul besoin de s'embarrasser de la comparaison: la méthode générale de la dialectique matérialiste pourvoyait aux besoins de la recherche dans les sciences humaines¹⁶. La *common law* offre d'autres terrains d'observation de rejet de la comparaison. Pour partie, on peut attribuer cet isolement à l'histoire et au substrat même de la *common law*. L'insularité suppo-

⁹ SMITH (A. M.), « Making itself at home. Understanding foreign law in domestic jurisprudence: the Indian case », 24 *Berkeley J. Int'l Law* 220 (2006). L'article se trouve également sur le site internet de la Social Science Research Network (S.S.R.N.) (depuis le 21 mai 2005): <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.729946>. Les références qui suivent sont celles de la version électronique.

¹⁰ *Wyatt v. McLoughlin*, [1974] IR 378. La Cour suprême irlandaise écarte tout recours aux méthodes d'interprétation pratiquées dans le système juridique anglais, quand bien même elles auraient le même objet (la Cour suprême insiste sur le fait qu'elle n'est pas du tout concernée par les règles d'interprétation anglaises: « not at all concerned with the construction of English law »).

¹¹ REITER (E.), « Imported books, imported ideas: reading European jurisprudence in mid-nineteenth century Quebec », 19 *Law and History Review*, 452-92 (2004), disponible sur internet à l'adresse suivante: www.historycooperative.org/journals/lhr/22.3/reiter.html.

¹² WIGAND (W.), « The reception of American law in Europe », 39 *Am. J. Comp. Law*, 229, 239, 248 (1991).

¹³ Dans une littérature abondante, cf. « Le droit français s'américanise-t-il? », *Revue des deux mondes*, juin 2000; « L'hypothèse de l'américanisation de la justice française », *Arch. phil. dr.*, 2001; « Droit romain, *common law*: quel droit mondial? », *Le Débat*, n° 115, mai-août 2001.

¹⁴ GRANDE (E.), « Italian criminal justice: borrowing and resistance », 48 *Am. J. Comp. Law*, 227 (2000).

¹⁵ LESTER (A.), « The overseas trade in the American Bill of Rights », 88 *Colum. L. Rev.* 537, 542 (1988).

¹⁶ LYON-CAEN (G.), « Table ronde sur les études et les recherches de droit comparé en U.R.S.S. », *R.I.D.C.*, 1964.69. Cette objection de principe posée, il n'en reste pas moins que les Soviétiques s'adonnaient à la comparaison, tantôt pour analyser des droits relevant du même système politico-social, tantôt pour étudier des droits relevant de systèmes politico-sociaux différents, le tout pour asseoir ou avancer leur agenda idéologique.

sée des Anglais atteint des sommets proverbiaux quand il s'agit du droit. Au terme d'une évolution multiséculaire, la famille de la *common law* se singularise par ses divisions, les concepts qu'elle utilise et le vocabulaire des *common lawyers*. Il existe peu de raisons de glaner ailleurs. Reprenant Adam M. Smith, « [...] it is clear that the majority of world judiciaries have neither the histories nor institutional capacities to solely focus on domestic principles »¹⁷. De surcroît, la pierre angulaire du droit constitutionnel anglais – le concept de *parliamentary sovereignty* – restreint encore le champ de vision du juriste anglais.

Au-delà d'un rejet pur et simple ou d'un isolement inhérent, il convient de rechercher un sens pour ces cas de figure où la comparaison peut intervenir de manière constructive. Didier Maus considère que, « [p]ar nature, il n'existe aucun mécanisme automatique qui couvre la recherche des précédents étrangers et fonde le dialogue des juges »¹⁸. Reconnaisant cette absence d'automatisme, nous percevons cependant trois manières par lesquelles la comparaison peut servir de source de droit. La référence au droit étranger peut être tolérée, encouragée, voire activement promue.

Il ne manque pas d'exemples pour illustrer le premier cas de figure¹⁹, y compris dans ces systèmes juridiques où les juridictions suprêmes semblent contester non seulement la force obligatoire de règles jurisprudentielles émanant des juridictions de fond, mais celle de règles jurisprudentielles émanant de ces juridictions suprêmes elles-mêmes. Pour Didier Maus, pareil exercice peut se révéler « intellectuellement et juridiquement intéressant »²⁰. Si l'on s'en tient au cas de la France, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en 2004, appuie son raisonnement sur de larges références à des précédents américains pour ce qui concerne la responsabilité en matière d'accidents d'aviation civile²¹. Les exemples sont cependant « rares et timides »²².

¹⁷ SMITH (A. M.), « Making itself at home. Understanding foreign law in domestic jurisprudence: the Indian case », *op. cit.*, p. 23.

¹⁸ MAUSS (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *Rev. fr. dr. const.*, 2009, p. 675-696, at 685.

¹⁹ SMITH (A. M.), « Making itself at home. Understanding foreign law in domestic jurisprudence: the Indian case », *op. cit.*, note 1, pour de nombreux exemples (Australie, Nouvelle-Zélande, Angleterre, Irlande, Hongrie, Israël, Nigeria, Argentine, Lituanie, Malaisie, Tanzanie, Japon, Namibie, Singapour...).

²⁰ « Lorsqu'une cour est confrontée à une difficulté juridique sérieuse, qu'elle ne dispose pas dans sa propre jurisprudence de précédents et que les normes constitutionnelles qu'il convient d'interpréter sont relativement ambiguës, il est intellectuellement et juridiquement intéressant de regarder ce que d'autres cours, dans des situations analogues, ont pu adopter comme raisonnement et, le cas échéant, comme solution. L'élément de curiosité intellectuelle s'ajoute très rapidement à l'intérêt strictement documentaire », in MAUSS (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 683.

²¹ Cass. (1^{re} civ.), 12 mai 2004, *Chappaz c. Aussedat*, Juris-Data, n° 2004-023616.

²² Expression utilisée par L.-J. Constantinesco au sujet d'un exemple isolé d'arguments comparatifs utilisés devant les tribunaux administratifs français. Voy. CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. II, *La méthode comparative*, *op. cit.*, p. 335, note 30.

Le deuxième
ragé – est p
exemple ma
article 10.2,
tions intern
fondamenta
seul droit in

²³ Aux termes
normes relat
à la Déclarat
ratifiés par l'

²⁴ La situation
Unis, « [...] t
construed to
surprisingly,
two cases d
ciple ». Elle c
Mint, 466 U.
Studies, Atla
ter.org/OC
of nations, d
l'affaire Sosa
que la law of
les décisions
included a s
of judge-ma
consequentl
version élec
Sur le plan é
de 70 % – te
juridictions
tution de l'É
dement ») s
l'État dispos
the courts sl
frapper de r
d'Oklahoma
ment parler
justice. En p
en vigueur c
le 10 janvie
s3.amazona
amendemen
un État laïc
²⁵ Sans donner
libertés, qui
règle de droi
cadre d'une
au droit étra
constitue ur

Le deuxième cas de figure – là où le recours au droit étranger est encouragé – est plus rare. La Constitution du Royaume d'Espagne fournit un exemple manifeste, quoique limité, quant à son champ d'application. En son article 10.2, la Constitution espagnole invite le juge à s'inspirer des conventions internationales, ratifiées par l'Espagne, applicables en matière de droits fondamentaux²³. Il n'y a rien là de novateur et il s'agit, ici, de référence au seul droit international public²⁴ 25. En revanche, la Constitution d'Afrique

²³ Aux termes de l'article 10.2 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 : « On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne ». Pour la Constitution espagnole, cf. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm#pr>.

²⁴ La situation aux États-Unis est complexe. Pour la juge S. Day O'Connor, de la Cour suprême des États-Unis, « [...] the Court on which I sit has held for more than 200 years that Acts of Congress should be construed to be consistent with international law absent clear expression to the contrary. Somewhat surprisingly, however, this doctrine is rarely invoked in the Court's decision making. I can think of only two cases during my now more than 20 years on the Court that have relied upon this interpretive principle ». Elle cite deux précédents : *Weinberger v. Rossi*, 456 U.S. 25 (1982); *Trans World Airlines v. Franklin Mint*, 466 U.S. 243, 252 (1984). Cf. DAY O'CONNOR (S.), *Remarks at the Southern Center for International Studies*, Atlanta, Georgia, 28 octobre 2003. Le discours est accessible sur internet : www.southerncenter.org/OConnor_transcript.pdf. Pour une illustration récente du sens à attribuer à l'expression *law of nations*, donné par la Cour suprême des États-Unis, on lira avec intérêt l'arrêt du juge Souter dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004). Souter s'inspire de William Blackstone et considère que la *law of nations* comprend aussi bien les normes générales gouvernant les relations entre États que les décisions de justice réglant la conduite des individus hors frontières nationales (« The law of nations included a second, more pedestrian element, however, that did fall within the judicial sphere, as a body of judge-made law regulating the conduct of individuals situated outside the domestic boundaries and consequently carrying an international savor »). Il s'agit pour l'essentiel de la *lex mercatoria*. Pour une version électronique de l'arrêt, voy. www.law.cornell.edu/supct/html/03-339.ZO.html.

Sur le plan étatique, américain, on remarquera que les électeurs de l'État d'Oklahoma – par une majorité de 70 % – tentèrent de rejeter toute prise en compte du droit international ou de droit étranger par les juridictions étatiques. La question fut posée à l'occasion d'une proposition d'amendement de la Constitution de l'État d'Oklahoma (art. 7, section 1) : voy. « State Question 755 » (ou « Save Our State Amendment ») soumise aux électeurs en janvier 2010. La proposition d'amendement de la Constitution de l'État disposait : « The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law ». De cette manière, les électeurs visèrent à frapper de manière « préemptive » toute utilisation du droit musulman. Pour la Constitution de l'État d'Oklahoma, cf. www.oscn.net/applications/oscn/Index.asp?ftdb=STOKCN. Pour la question à proprement parler, cf. <https://www.sos.ok.gov/documents/questions/755.pdf>. L'amendement fut attaqué en justice. En première instance, une juridiction fédérale fit droit à une demande visant à interdire l'entrée en vigueur de l'amendement. Le jugement fut confirmé par la Cour d'appel fédérale pour le 10^e Circuit le 10 janvier 2012. Pour la décision en première instance – *Muneer Awad v. Paul Ziriak*, cf. <http://s3.amazonaws.com/content.newsok.com/documents/n29opinion.pdf>. La constitutionnalité de pareil amendement touche au respect du 1^{er} Amendement de la Constitution des États-Unis visant à garantir un État laïc et à interdire la stigmatisation de toute religion (« Establishment Clause »).

²⁵ Sans donner de références, A. M. Smith considère que l'article 1^{er} de la Charte canadienne des droits et libertés, qui garantit que les droits et libertés qui y sont énoncés ne puissent être « restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », participe de la même logique d'encouragement de recours au droit étranger. Pour Smith, le fait d'analyser la jurisprudence d'autres sociétés libres et démocratiques constitue un moyen de s'assurer du caractère raisonnable de ces limites. Voy. SMITH (A.), *op. cit.*, note 2.

du Sud du 8 mai 1996 va plus loin. Aux termes de l'article 39 de la Constitution :

« 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 [...] ».

L'encouragement à s'inspirer de la méthode comparative – comme source d'interprétation – est bien réel en Afrique du Sud et abondamment utilisé par la Cour constitutionnelle de ce pays, notamment en droit pénal. L'arrêt *Makwanyane*, rendu par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud en juin 1995, est éclairant à cet égard²⁶. L'affaire concernait la peine de mort et ici, les juges de s'inspirer d'innombrables systèmes juridiques, avec un accent particulier mis sur la *common law*, le droit colonial d'inspiration hollandaise, et le droit proprement indigène. Pour le juge O'Regan :

« We do not automatically invoke each and every aspect of traditional law as a source of values, just as we do not rely on all features of the common law. Thus, we reject the once powerful common law traditions associated with patriarchy and the subordination of servants to masters, which are inconsistent with freedom and equality, and we uphold and develop those many aspects of the common law which feed into and enrich the fundamental rights enshrined in the Constitution. I am sure that there are many aspects and values of traditional African law which will also have to be discarded or developed in order to ensure compatibility with the principles of the new constitutional order.

It is instructive to look at the evolution of values in the colonial settlement as well as in African society »²⁷.

Dans la même veine, le président de la Cour suprême israélienne, Aharaon Barak, énumère une série de domaines où l'analyse comparative peut se révéler féconde : la liberté d'expression (*hate speech*), le respect dû à la vie privée (*privacy*), l'interruption volontaire de grossesse, la peine de mort ou encore aujourd'hui, la lutte contre le terrorisme²⁸. L'on en vient effectivement à assigner à la comparaison une fonction critique, voire subversive²⁹.

²⁶ *S. v. Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3; 1995 (6) BCLR 665; 1995 (3) SA 391; [1996] 2 CHRLD 164; 1995 (2) SACR 1 (6 June 1995), disponible sur le site de la « South African Legal Information Institute » (SALII) : www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html.

²⁷ Paras. 383-84.

²⁸ Cité dans BADER GINSBURG (R.), « "A decent respect to the opinions of [human]kind" : the value of comparative perspective in Constitutional adjudication », 64 *Cambridge Law Journal*, p. 575-592, p. 580, at 584 (2005).

²⁹ Cf. MUIR-WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000, p. 518.

Enfin, et c'
dérations co
rares, voire
d'encourage
privilegiée.
ment de pro
en son artic
portant sur
péennes co
européen ap
la Commun
été abrogé,
sions qui de
taires europ
nationale de
susceptible d
exemple une
matière de d
Cette typolo
vation consi
gers prévaut
juridictions
ancienneté, l
tivité certain
jurisprudenc
de mieux co

³⁰ L'exemple que
l'auxiliaire « m

³¹ Aujourd'hui, l
projet ou une
comportent e
boration. Le c
résolution eur

³² Sur le service c

³³ Sur cette
européennes

³⁴ MAUSS (D.), « l
p. 685.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ A. Lester note
judgments of t
of Rights, are s

Enfin, et c'est la troisième hypothèse envisagée, les instances où les considérations comparatives et de droit étranger sont activement promues sont rares, voire inexistantes³⁰. Ici, il n'est plus seulement question de tolérer ou d'encourager le recours à la comparaison, mais de lui réserver une place privilégiée. Le seul exemple qui vient à l'esprit provient de l'ancien Règlement de procédure de l'Assemblée nationale de France. Celui-ci prévoyait, en son article 86(6) : « Les rapports faits sur un projet ou proposition de loi portant sur les domaines couverts par l'activité des Communautés européennes comportent en annexe des éléments d'information sur le droit européen applicable et la législation en vigueur dans les principaux pays de la Communauté ». Sans doute était-ce aller trop loin. L'article a depuis lors été abrogé, au bénéfice de la possibilité pour les parlementaires et commissions qui demandent à la division des Études et des Relations parlementaires européennes du service des Affaires européennes^{31 32} de l'Assemblée nationale de leur apporter des renseignements sur un point de législation susceptible d'être traité ailleurs dans l'Union européenne. On en veut pour exemple une présentation synthétique sur les législations européennes en matière de drogue³³.

Cette typologie brossée, qu'en est-il dans les faits? Une première observation consiste à souligner le fait que la recherche de précédents étrangers prévaut « en faveur, soit des juridictions les plus anciennes, soit des juridictions de pays géographiquement et culturellement proches »³⁴. Côté ancienneté, la Cour suprême des États-Unis bénéficie d'une force d'attractivité certaine en raison de son « antériorité absolue », de l'abondance de sa jurisprudence et de ses nombreuses opinions individuelles qui « permettent de mieux comprendre les raisonnements qu'elle a adoptés »^{35 36}. En outre,

³⁰ L'exemple que donne A. M. Smith n'est pas probant, car la Constitution d'Afrique du Sud utilise bien l'auxiliaire « may » et non pas « shall ».

³¹ Aujourd'hui, l'article 86(7) du règlement de l'Assemblée nationale dispose : « Les rapports faits sur un projet ou une proposition de loi portant sur les domaines couverts par l'activité de l'Union européenne comportent en annexe des éléments d'information sur le droit européen applicable ou en cours d'élaboration. Le cas échéant sont également rappelées les positions prises par l'Assemblée par voie de résolution européenne ».

³² Sur le service des Affaires européennes, voy. www.assemblee-nationale.fr/infos/anto-aeu.asp.

³³ Sur cette étude, voy. www.assemblee-nationale.fr/europe/comparaisons/2006_legislations_europeennes_drogue.asp.

³⁴ MAUSS (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 685.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ A. Lester note avec un mélange d'emphase et de fierté : « When life or liberty is at stake, the landmark judgments of the Supreme Court of the United States, giving fresh meaning to the principles of the Bill of Rights, are studied with as much attention in New Delhi or Strasbourg as they are in Washington,

de par leur géographie, certains pays seraient tout naturellement enclins à « suivre » les développements de leurs voisins. Ainsi, la Cour suprême canadienne serait sensible aux précédents de la Cour suprême des États-Unis, un phénomène exacerbé par une proximité juridique culturelle accrue depuis l'adoption de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982³⁷. Pour Didier Mauss, la Cour suprême de Namibie « utilise » non seulement la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, mais également les décisions des Cours du Zimbabwe et de la Zambie³⁸.

Deuxième observation : l'accès documentaire et l'absence de barrière linguistique jouent également un rôle déterminant³⁹. On relève à cet égard des détails parfois anecdotiques⁴⁰. À la Cour suprême des États-Unis, le juge Stephen Breyer – francophile notoire – tiendrait compte des spécificités de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français⁴¹. Le juge Anthony Kennedy, quant à lui, nourrirait une passion pour les cultures étrangères, enseignant à l'occasion à l'Université de Salzbourg et guidant certaines nouvelles démocraties dans l'élaboration de leurs normes constitutionnelles (Russie, République tchèque)⁴². Ceci expliquerait sans doute une plus large ouverture d'esprit chez Kennedy que chez la plupart de ses collègues. Il est à remarquer que ces détails, pour anecdotiques qu'ils paraissent, n'en sont pas moins importants dans la prise en compte du droit étranger comme source du

D. C., or the State of Washington, or Springfield, Illinois ». Voy. LESTER (A.), « The overseas trade in the American Bill of Rights », 88 Colum. L. Rev. 537, 541 (1988).

³⁷ En sens contraire, voy. l'appréciation de Fr. Schauer pour qui la Cour suprême canadienne démontre une dépendance moins importante qu'on aurait pu le penser à l'égard des précédents américains, de peur d'être « perçu[e] comme le 51^e État des États-Unis » : SCHAUER (Fr.), « The politics of incentives of legal transplantation », in *Governance in a Globalizing World*, ed. J. S. Nye Jr. and J. D. Donahue, Washington D.C., Brookings Institute, 2000, at 260.

³⁸ MAUSS (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 685, note 27.

³⁹ B. Markesinis note pourtant que le « facteur langue » n'est pas probant : « The extensive use which the South African Constitutional Court has made of German Constitutional case law and doctrine suggests that the "language factor" is more of an excuse than an impediment for such forays into foreign but original legal systems. This need to look at advanced civil law systems may also grow as more and more lawyers in this country become accustomed to the new reality, namely that English and American law may no longer be as close as most think. In Roper once again Justice Scalia did English lawyers a considerable service by bursting the bubble of a "special Anglo-American relationship" which many can still not bring themselves to do in law or in politics. This is a subject worthy of an article in itself », in MARKESINIS (B.), « National self-sufficiency or intellectual arrogance? The current attitude of American courts towards foreign law », 65 *Cambridge Law Journal*, 2006, p. 301-329, at 321.

⁴⁰ Plus anecdotiques que l'accès documentaire ou l'absence de barrière linguistique sont les considérations tenant aux voyages : voy. NOLAN (J. L. Jr.), *Legal Accents, Legal Borrowings. The International Problem-Solving Court Movement*, Princeton University Press, Princeton, 2009, p. 164.

⁴¹ *Ibid.*, p. 686.

⁴² TOOBIN (J.), « The agonizer », *The New Yorker*, 11 novembre 1996, p. 82-90.

droit⁴³. S'
cain Karl
avait vécu
puis à la S
rapporteur
à lui que
le droit ar
« considéra
mirror-imag
l'U.C.C. c
été inspiré
famille de
une conni
recours à l
c'est la just
versement
solving cour

⁴³ À l'occasio
considère
de la famil
ces famille
cours cons

⁴⁴ Pour l'Unif

⁴⁵ Renversant

⁴⁶ U.C.C., § 2-
contract al
and accept
additional
(a) terms r
(b) terms, v
(c) terms su

⁴⁷ Aux États-
sa formatio
tion grossi
contraires
mais tout
constituait
Hearings o
Contracts,
pas sans ra

⁴⁸ U.C.C., § 2-
have been
it may enfo
application
(2) If it is cla
the parties
purpose, ar

droit⁴³. S'il fallait s'en convaincre, il n'est qu'à songer au grand juriste américain Karl Llewellyn (1893-1962), fondateur de l'école de *Legal Realism*, qui avait vécu trois années en Allemagne, étudié à l'Université de Lausanne, puis à la Sorbonne à la veille de la Première Guerre mondiale. Nommé rapporteur pour la rédaction de l'*Uniform Commercial Code* (U.C.C.)⁴⁴, c'est à lui que l'on doit des différences importantes entre le droit américain et le droit anglais des contrats: l'inexistence aux États-Unis d'une nouvelle « considération » pour des modifications apportées au contrat⁴⁵, le rejet de la *mirror-image rule* concernant l'acceptation⁴⁶ ou, encore, l'introduction dans l'U.C.C. de la notion d'*unconscionability*^{47 48}. Ces différences ont largement été inspirées par la connaissance approfondie qu'avait Karl Llewellyn de la famille de droit romano-germanique. Assurément, la fréquentation, voire une connivence culturelle, joue un rôle déterminant dans le processus de recours à la comparaison, y compris sur le plan institutionnel. Aujourd'hui, c'est la justice pénale, dans tous les pays anglophones, qui connaît un bouleversement considérable au vu de l'établissement progressif des *problem-solving courts*, d'abord aux États-Unis, puis dans le reste du monde anglo-

⁴³ À l'occasion, il conviendrait d'effectuer de plus amples investigations sur ces influences. Ainsi, D. Mauss considère que les juges du Botswana seraient plus naturellement enclins à se référer à des précédents de la famille romano-germanique ou de la famille de la *common law* selon qu'ils ont été formés dans ces familles de droit respectives. MAUSS (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *op. cit.*, p. 686.

⁴⁴ Pour l'*Uniform Commercial Code* (U.C.C.), voy. www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html.

⁴⁵ Renversant la règle de *pre-existing duty*: *Stilk v. Myrick* [1809] 2 Camp. 317; 6 Esp. 129.

⁴⁶ U.C.C., § 2-207: « Subject to Section 2-202, if (i) conduct by both parties recognizes the existence of a contract although their records do not otherwise establish a contract, (ii) a contract is formed by an offer and acceptance, or (iii) a contract formed in any manner is confirmed by a record that contains terms additional to or different from those in the contract being confirmed, the terms of the contract are:

(a) terms that appear in the records of both parties;

(b) terms, whether in a record or not, to which both parties agree; and

(c) terms supplied or incorporated under any provision of this Act ».

⁴⁷ Aux États-Unis, l'*unconscionability*, consacrée à l'article 2-302 de l'U.C.C., agit sur le contrat lors de sa formation et permet à une juridiction d'intervenir dans le contrat afin de corriger une disproportion grossière dans les prestations respectives des parties et d'éviter que se produisent des résultats contraires à l'équité. On arrive par ce biais à sanctionner la conduite, sans doute non frauduleuse, mais tout de même de mauvaise foi, d'une des parties. Pour K. Llewellyn, l'article 2-302 de l'U.C.C. constituait l'un des articles les plus importants du Code. Voy. LLEWELLYN (K.), 1 N.Y.L. *Revision Comm. Hearings on the Uniform Commercial Code*, 121 (1954), cité dans FARNSWORTH (E.A.), *Farnsworth on Contracts*, Boston, Little, Brown and Company, 1990, vol. I, p. 496. Le concept d'*unconscionability* n'est pas sans rappeler la lésion qualifiée de l'article 1907ter du Code civil belge.

⁴⁸ U.C.C., § 2-302: « (1) If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

(2) If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination ».

phone (Canada, Angleterre, Écosse, Irlande, Australie...) ⁴⁹ ⁵⁰. Quand bien même ce phénomène est compréhensible au sein du monde anglophone (mélange de soucis thérapeutiques et de pratiques managériales) et quand bien même ces emprunts auraient fait l'objet d'un degré d'inculturation certain, ils n'en recèlent pas moins de graves problèmes d'adaptation et de cohérence interne. Le phénomène de *McDonaldization* du droit n'est pas inéluctable. Pour James Nolan :

« Embedded in problem-solving courts [...] are the very features of American culture that many say they do not like. To import problem-solving is to import elements of the particular culture out of which the programs first emerged – and from which they are not easily extricated. A fuller appreciation of the culturally embedded nature of law, as such, might prevent borrowers from losing the valued and defining features of their local legal accent » ⁵¹.

Nous reviendrons sur ces questions plus tard. Pour l'heure, reste la question de la pertinence et de l'autorité de ces emprunts au droit étranger. Comme nous l'avons dit précédemment, le recours au droit étranger est le plus souvent « toléré » comme aide informative ou interprétative des normes nationales.

Ainsi, tandis qu'elle est longtemps restée indifférente aux développements juridiques hors Royaume-Uni, naguère la Chambre des Lords, aujourd'hui la *Supreme Court* de Londres rend de nombreux arrêts qui se singularisent par leur examen attentif de systèmes juridiques étrangers pour l'informer ou interpréter des normes autochtones ambiguës. L'un de ces arrêts retient particulièrement l'attention : l'arrêt *Fairchild* de juin 2002 qui brosse un tableau comparatif d'envergure des problèmes de causalité conjointe dans les actions en responsabilité délictuelle ⁵². Les analyses comparatistes y dépassent le stade de l'ornemental et de l'information. Du reste, au terme de son analyse dans l'arrêt *Fairchild*, Lord Bingham finit par donner la préférence au droit étranger sur le droit anglais lorsque le premier lui paraît plus « acceptable » ⁵³.

⁴⁹ NOLAN (J. L. Jr.), *Legal Accents, Legal Borrowings. The International Problem-Solving Court Movement*, op. cit. Pour l'auteur, « Advocates may not be overstating matters when they speak of problem-solving courts as a "paradigm shift", a "dramatic wave of court innovation", even as a "revolution" in criminal justice » (at 7).

⁵⁰ Par *problem-solving courts*, on entend des juridictions plus spécialement centrées sur l'addiction aux drogues ou à l'alcool (*drug courts*), la violence domestique (*domestic violence courts*), les troubles mentaux (*mental health courts*) et, de façon générale, un comportement « antisocial » qui perturbe la qualité de vie dans les communautés locales (*community courts*).

⁵¹ NOLAN (J. L. Jr.), *Legal Accents, Legal Borrowings. The International Problem-Solving Court Movement*, op. cit., p. 196.

⁵² *Fairchild v. Glenhaven* [2002] 1 A.C. 32.

⁵³ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services*, at 66, § 32.

« If [...] justice more ver the th questio outcor

En venir à étrangères, réfugier da aujourd'hui note : « [...] t be rash to d Lords était to déterminer l rétroactif (p Le *Privy Council* fait de sa co naissent enco nissent la pr *Pratt v. Attorney General* nus – conda exécution ap l'article 17 d Constitution en date du 1 « l'automatiqui

⁵⁴ La Chambre c et du Commo UKHL 21; [200

⁵⁵ Cf. MORGAN (J 277, 283, 2003.

⁵⁶ *In re Spectrum* Lord Nicholls ment pour le c Canada (§ 18-2

⁵⁷ *Pratt v. Attorney General* *Matthews v. Th*

⁵⁸ *Pratt v. Attorney General* dispose : « (1) other treatment inconsistent w the infliction o appointed day

«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».

En venir à cette appréciation, dans un État supposé fermé aux influences étrangères, suppose bien des changements de perspectives⁵⁴. 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"»⁵⁵. De même, la *House of Lords* était tout à son affaire – comparative – lorsqu'il s'agissait pour elle de déterminer la possibilité d'opérer un revirement de jurisprudence sans effet rétroactif (*prospective overruling*)⁵⁶.

Le *Privy Council*, quant à lui, est naturellement enclin à la comparaison du fait de sa compétence sur les juridictions du Commonwealth qui reconnaissent encore son autorité (en nombre décroissant). Trois arrêts en fournissent la preuve⁵⁷. Tous trois traitaient de la peine de mort. Dans l'arrêt *Pratt v. Attorney-General for Jamaica*, en date du 2 novembre 1993, deux détenus – condamnés à la peine de mort par pendaison – soutenaient que leur exécution après quatorze années d'attente dans le couloir de la mort violait l'article 17 de la Constitution de la Jamaïque⁵⁸. Or l'article 17 de ladite Constitution ne dit mot d'un problème de délai. L'arrêt *Reyes v. The Queen*, en date du 11 mars 2002, traite d'un autre condamné à mort qui conteste «l'automatisme» de sa peine (*mandatory penalty of death*) sur la base de l'ar-

⁵⁴ 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).

⁵⁵ Cf. MORGAN (J.), « Lost causes in the House of Lords: *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services* », *M. L. Rev.* 277, 283, 2003.

⁵⁶ *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 (§ 18-22).

⁵⁷ *Pratt v. Attorney General for Jamaica* [1994] 2 A.C. 1; *Reyes v. The Queen* [2002] 2 A.C. 235; *Charles Matthews v. The State* [2002] A.C. 433.

⁵⁸ *Pratt v. Attorney General for Jamaica* [1994] 2 A.C. 1. L'article 17 de la Constitution de la Jamaïque dispose : « (1) No person shall be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or other treatment. (2) Nothing contained in or done under the authority of any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of this section to the extent that the law in question authorizes the infliction of any description of punishment which was lawful in Jamaica immediately before the appointed day ».

ticle 7 de la Constitution de Belize qui interdit les punitions ou traitements inhumains ou dégradants⁵⁹. Enfin, dans la troisième affaire, *Charles Matthew v. The State*, dont l'arrêt a été rendu le 7 juillet 2004, il était question du même problème : l'automatisme de la peine de mort, cette fois-ci à Trinidad et Tobago⁶⁰. Les allers-retours entre le droit anglais et le droit américain dans ces trois arrêts sont à ce point nombreux qu'il est à craindre des dérapages malheureux du *Privy Council* notamment quant à la facilité avec laquelle il interprète les mots « evolving standards of decency » tirés du 8^e Amendement de la Constitution des États-Unis.

Pour terminer avec le Royaume-Uni, on remarquera que les considérations comparatives et de droit étranger prévalent dans les arrêts des cours constitutionnelles (l'ex-*Appellate Committee of the House of Lords*, l'actuelle *Supreme Court*, et la *Judicial Committee of the Privy Council*). Le recours à la comparaison se retrouve rarement dans les décisions de la *Court of Appeal* ou de la *High Court of Justice*⁶¹.

La situation américaine en la matière est difficile à cerner : elle est faite d'évolutions et de tournants saisissants au sein même de la Cour suprême qui cristallise l'attention sur le point de rencontre du droit constitutionnel et des droits fondamentaux. De surcroît, l'intensité, voire la violence des débats sur ces questions est largement inégalée ailleurs :

« [...] the mere reference to foreign or international law – let alone reliance on non-domestic laws, practices or mores as persuasive precedent by an American jurist – raises the ire of a large school of judges, politicians and academics who firmly reject the relevance and appropriateness of applying foreign legal principles to American disputes »⁶².

Pourtant, le débat sur l'utilisation de la méthode comparative est pour ainsi dire aussi ancien que la Constitution des États-Unis elle-même. James Madison, à qui l'on attribue la rédaction de la 63^e note des *Federalist Papers*, écrit : « An attention to the judgment of other nations is important to every government. [...] [I]n doubtful cases, [...] the presumed or known opinion of the impartial world may be the best guide that can be followed ». Sans doute

⁵⁹ *Reyes v. The Queen* [2002] 2 A.C. 235. L'article 7 de la Constitution de Belize prévoit : « No person shall be subjected to torture or to inhuman or degrading punishment or other treatment ».

⁶⁰ *Matthews v. The State* [2002] A.C. 433 (une formation de neuf « Lords » prenant part à cet arrêt – fait rarissime).

⁶¹ On remarquera cependant pour cette dernière l'arrêt *Greotorex v. Greotorex* [2000] 1 W.L.R. 1976 et le commentaire de MARKESINIS (B.), « Foreign laws inspiring national law. Lessons from *Greotorex v. Greotorex* », *Cambridge Law Journal* 61(2), 2002, p. 386-404.

⁶² SMITH (A. M.), « Making itself at home. Understanding foreign law in domestic jurisprudence: the Indian case », *op. cit.*, p. 2.

peut-on assi-
nation amér-
l'égard de l-
pour la Fra-
ouverture d-
plume du ju-
auteurs de d-
Vattel). Il aj-
the doctrine
the practice
intimated, b-
reports, in p-
my duty, ho-
relied on by
cains s'insur-
any other fo-
connaît le C-
Le juge Brev-
l'égard de la
(1905)⁷⁰. Sa-
Brandeis qui
d'Oregon) c-
effet, à l'occ-

⁶³ Cf. le besoin
doctrine, de
de l'emboucl-
caricature, ce
l'ignorance.

⁶⁴ Cf. l'influence
Le système co-
tien, Paris, 19-

⁶⁵ Plusieurs État-
anglais, consi-
TUNC (S.), *op.*

⁶⁶ Outre l'allian-
tions à un pa-
une source d-
comme une
asseoir des ré-

⁶⁷ *Brown v. Uni-*

⁶⁸ *Ibid.*, at 135.

⁶⁹ *United States*

⁷⁰ *Muller v. Ore-*

peut-on assigner une partie de cette ouverture d'esprit à la jeunesse de la nation américaine⁶³, sa mixité nationale d'origine⁶⁴, son ressentiment à l'égard de l'ancienne puissance coloniale britannique⁶⁵ et sa prédilection pour la France⁶⁶. La jeune Cour suprême emboîte le pas à cette relative ouverture d'esprit. L'arrêt *Brown v. United States* de 1814, rédigé sous la plume du juge Story, est emblématique⁶⁷. Le juge Story se réfère à des auteurs de doctrine étrangers (Puffendorf, Grotius, Bynkershoek ou encore Vattel). Il ajoute aussitôt cet aveu : « I have been led into this discussion of the doctrine of foreign jurists, further than I originally intended, because the practice of this Court in prize proceedings must, as I have already intimated, be governed by the rules of admiralty law disclosed in English reports, in preference to the mere *dicta* of elementary writers. I thought it my duty, however, to notice these authorities, because they seem generally relied on by the claimant's counsel »⁶⁸. Dès 1820, plusieurs juges américains s'insurgent contre la référence au droit étranger (« laws of China, or... any other foreign [jurisdictions] »⁶⁹) dans l'interprétation des matières que connaît le Congrès.

Le juge Brewer, un siècle après l'arrêt *Brown*, montrera moins de réserves à l'égard de la méthode comparative dans la célèbre affaire *Muller v. Oregon* (1905)⁷⁰. Sans doute faut-il y percevoir l'instigation du jeune avocat Louis Brandeis qui nourrit ses conclusions dans cette affaire (au soutien de l'état d'Oregon) de nombre de références au droit en vigueur en Europe. En effet, à l'occasion de ce litige qui porte sur la réglementation du travail

⁶³ Cf. le besoin des juristes américains d'échafauder des solutions « sur le tas », vu l'absence de livres de doctrine, de recueils de jurisprudence et autres centres d'enseignement, le tout sur un territoire allant de l'embouchure du fleuve Saint-Laurent à la péninsule de Floride. Poussant leur analyse jusqu'à la caricature, certains arguent que l'élément déterminant de formation du droit américain fut justement l'ignorance.

⁶⁴ Cf. l'influence de la France et de l'Espagne sur de vastes territoires du pays. Voy. TUNC (A.) et TUNC (S.), *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique – Histoire constitutionnelle*, Domat Montchrestien, Paris, 1954, vol. I, p. 40, n° 22.

⁶⁵ Plusieurs États de la jeune République américaine (p. ex., Kentucky) interdisent de citer des précédents anglais, considérés comme constituant le dernier vestige de la dépendance coloniale. Voy. TUNC (A.) et TUNC (S.), *op. cit.*

⁶⁶ Outre l'alliance militaire, la valeur de la France était prise en compte pour sa capacité à offrir un vivier de solutions à un pays dont les vides juridiques sont légion. Ainsi, le droit commercial français constituait une source d'inspiration déterminante aux États-Unis, même si les juges américains le considéraient comme une autorité persuasive ou analogique, et non pas impérative. En d'autres mots, il servait à asseoir des règles de *common law*, perçues sous un angle négatif par manque de précédents.

⁶⁷ *Brown v. United States*, 12 U.S. 110 (1814).

⁶⁸ *Ibid.*, at 135.

⁶⁹ *United States v. Smith*, 18 U.S. 153, 164 (1840) (LIVINGSTONE, J., dissenting).

⁷⁰ *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908).

des femmes dans l'État d'Oregon, Brewer ne s'embarrasse aucunement de précaution oratoire.

« The legislation and opinions referred to in the margin may not be, technically speaking, authorities, and in them is little or no discussion of the constitutional question presented to us for determination, yet they are significant of a widespread belief that woman's physical structure, and the functions she performs in consequence thereof, justify special legislation restricting or qualifying the conditions under which she should be permitted to toil. Constitutional questions, it is true, are not settled by even a consensus of present public opinion, for it is the peculiar value of a written constitution that it places in unchanging form limitations upon legislative action, and thus gives a permanence and stability to popular government which otherwise would be lacking. At the same time, when a question of fact is debated and debatable, and the extent to which a special constitutional limitation goes is affected by the truth in respect to that fact, a widespread and long-continued belief concerning it is worthy of consideration. We take judicial cognizance of all matters of general knowledge »⁷¹.

Il n'est pas question ici de dresser un inventaire de toutes les décisions de la Cour suprême qui attribuent – ou non – une valeur d'autorité au droit étranger⁷². Disons-le tout de go : la plupart de ces décisions empruntent une démarche comparatiste des plus superficielles. Il y est davantage question de recueillir des informations à titre comparatif que d'opérer une réelle *comparaison systématique*. Autrement dit, elles sont pour la plupart plus illustratives qu'explicatives d'une situation donnée. Elles n'interviennent pas à proprement parler dans la formulation de la règle et les informations qui y sont contenues « n'ont la prétention ni d'examiner, ni d'expliquer, ni à vrai dire de comparer des droits étrangers. Elles sont occasionnelles et visent à compléter l'exposé du droit national par une incision comparative, fugace et résumée »⁷³. Nous ne trouvons rien de similaire au *dicta* de Lord Bingham dans l'arrêt *Fairchild* qui donne la préférence au droit étranger sur le droit anglais lorsque le premier lui paraît plus « acceptable » (*supra*). Aux États-Unis, les informations utilisées ont tout au plus pour but d'aider à l'interprétation des

⁷¹ *Ibid.*, at 420-421.

⁷² Voy., entre autres, *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884) (arrêt du juge Matthew, p. 530-31); *The Selective Draft Law Cases*, 245 U.S. 366 (1918); *O'Malley v. Woodrough*, 307 U.S. 277 (1939) (arrêt du juge Frankfurter); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *State of New York v. United States*, 326 U.S. 572 (1946) (arrêt du juge Frankfurter, p. 580, note infrapaginale 4, et p. 583, note infrapaginale 5); *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947) (arrêt du juge Frankfurter); *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949) (arrêt du juge Frankfurter); *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782, at 796-797 (note 22)(1982); *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984); *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815, 830 (1988).

⁷³ Cf. CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, op. cit., p. 26.

normes nationales
nal (« provide furt
rendu en 2002, en
l'exécution d'une
tuait une peine cr
la Constitution de
le juge Stevens au
plusieurs étapes po
rendu exhaustif, l
« consensus » qui i
mentaux. En plus
sant d'états améri
le juge Stevens dé
répugne à l'idée d
de bas de page (n°
en la matière : « M
the death penalty
overwhelmingly c
tenus par le juge S
factors are by no
evidence lends fu
sus among those
droit comparé peu
suprême de la Co
lentes que provoqu
lisèrent sur deux r
bâtit et l'utilisatio
Rehnquist, « I fail
ding the punishm
ultimate determin
de la grossièreté,
nauté internationale
(heureusement) de

⁷⁴ *Atkins v. Virginia*, 536

⁷⁵ La dissension dans ce
juges Antonin Scalia

⁷⁶ *Atkins v. Virginia*, 536
hargne : « But the Pri
its appeal (deservedly
nizations, members o
the Chief Justice, (dis

normes nationales en vigueur, voire de légitimer la décision du juge national («provide further support for the decision»). L'arrêt *Atkins v. Virginia*, rendu en 2002, en fournit la preuve⁷⁴. L'affaire concernait le fait de savoir si l'exécution d'une personne handicapée mentale, coupable de crime, constituait une peine cruelle et inhabituelle, en violation du 8^e Amendement de la Constitution des États-Unis. La Cour suprême, dans un arrêt rédigé par le juge Stevens auquel se joignent six autres hauts magistrats, procède par plusieurs étapes pour répondre à cette question⁷⁵. Sans en faire un compte rendu exhaustif, la Cour s'arrête notamment sur le développement d'un «consensus» qui irait à l'encontre de la peine de mort pour les déficients mentaux. En plus d'un consensus législatif national – un nombre croissant d'états américains écartant cette peine ou appliquant un moratoire –, le juge Stevens décèle un consensus professionnel, social et religieux qui répugne à l'idée de l'exécution des déficients mentaux. Et d'ajouter en note de bas de page (n° 21) qu'il existe, de surcroît, un consensus international en la matière: «Moreover, within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved». Le juge ajoute aussitôt, en écho aux propos tenus par le juge Story dans *Brown v. United States* (*supra*): «Although these factors are by no means dispositive, their consistency with the legislative evidence lends further support to our conclusion that there is a consensus among those who have addressed the issue. [...]». Autrement dit, le droit comparé peut tout juste appuyer l'interprétation que donne la Cour suprême de la Constitution. On notera, pour terminer, les réactions virulentes que provoqua cet arrêt dans le camp des dissidents. Les griefs se focalisèrent sur deux motifs: la manière dont le prétendu consensus national se bâtit et l'utilisation des sources légales étrangères. Ainsi, pour le président Rehnquist, «I fail to see, however, how the views of other countries regarding the punishment of their citizens provide any support for the Court's ultimate determination». Avec encore davantage de pugnacité, si ce n'est de la grossièreté, le juge Scalia stigmatise «les pratiques de la communauté internationale dont les notions de justice ne sont pas toujours celles (heureusement) de notre peuple»⁷⁶.

⁷⁴ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

⁷⁵ La dissension dans cet arrêt fut partagée par le président de la Cour suprême (William Rehnquist) et les juges Antonin Scalia et Clarence Thomas.

⁷⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), at 347-8 (*per* Scalia, J.). La citation complète est évocatrice de sa hargne: «But the Prize for the Court's Most Feeble Effort to fabricate "national consensus" must go to its appeal (deservedly relegated to a footnote) to the views of assorted professional and religious organizations, members of the so-called "world community" and respondents to opinion polls. I agree with the Chief Justice, (dissenting opinion), that the views of professional and religious organizations and

L'arrêt *Lawrence v. Texas*, rendu par la Cour suprême un an plus tard, franchit un pas supplémentaire dans l'utilisation du droit comparé aux États-Unis⁷⁷. Cette fois-ci, il est question de savoir si une loi de l'état du Texas, qui pros- crit à deux personnes de même sexe de s'engager dans un acte consensuel de sodomie, est conforme ou non à la *due process clause* du 14^e Amendement de la Constitution. La Cour suprême opère un revirement de sa jurisprudence *Bowers v. Hardwick*, arrêtée dix-sept ans auparavant⁷⁸. Cette fois-ci, l'arrêt majoritaire, rédigé par le juge Kennedy, en vient à la conclusion que la loi du Texas est bien inconstitutionnelle.

«The petitioners are entitled to respect for their private lives. The State cannot demean their existence or control their destiny by making their private sexual conduct a crime. Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. "It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the government may not enter". The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual».

Alors que dans *Atkins*, la Cour suprême se montre timorée dans ses références au droit étranger (les cantonnant dans une note de bas de page), dans *Lawrence*, elle laisse libre cours à son analyse comparative. Les références au droit étran- ger relèvent de deux catégories. Dans la première catégorie, la Cour suprême fait usage de références directes. Il s'agit pour le juge Kennedy de réfuter les arguments avancés par le juge Warren Burger, dans *Bowers*, qui s'était appuyé sur le droit étranger pour attester de l'inadmissibilité de la sodomie dans le monde occidental. Pour le juge Burger: «Decisions of individuals rela- ting to homosexual conduct have been subject to state intervention throu- ghout the history of Western civilization. Condemnation of those practices is firmly rooted in Judeo-Christian moral and ethical standards. Homosexual sodomy was a capital crime under Roman law»⁷⁹. Le juge Kennedy, dans l'arrêt *Lawrence*, revient sur ces références. Pour l'essentiel, il considère que

the results of opinion polls are irrelevant. Equally irrelevant are the practices of the "world community", whose notions of justice are (thankfully) not always those of our people ».

⁷⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁷⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁷⁹ On remarquera que le juge Rehnquist, opposant notoire à la méthode comparative, soutient l'opinion du juge Burger, sans y émettre la moindre référence. Pareille attitude « complaisante » se retrouvera chez le juge Scalia dans une autre affaire célèbre, concernant l'euthanasie. La Cour suprême y faisait largement état des pratiques et législations en vigueur aux Pays-Bas. Voy. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997), 117 S. Ct. 2258 (1997). Pour de plus amples développements, cf. Wood (S.D.), « In defense of trans-judicialism », 44 *Duq. L. Rev.* 93, at 99 et 101 (2005-2006).

Burger s'éta comparative des pratique références, R Royaume-U ces interdict de la Cour e de l'article 8 libertés fond Dans un deu à savoir des Pour le juge laquelle il en de décisions moins singul le peuple am étrangers ».

«The C dicta. D moods,

⁸⁰ « The sweepi Christian mor direction ».

⁸¹ Pour Kennedy and to Judeo- in an opposi

⁸² *Dudgeon v. U cmiskp.echr.c ernalbydocnu tement homc*

⁸³ « Other natio homosexual a Curiae 11-12. freedom in m interest in cir M. Robinson Norris v. Irela

⁸⁴ B. Markesinis law have also strong and er nis (B.), « Nat towards foreig

⁸⁵ *Lawrence v. T Hardwick de interdisant le*

Burger s'était fourvoyé⁸⁰. Il aurait fait usage de prémisses historiques et comparatives inexactes et plus précisément, il aurait omis de tenir compte des pratiques et législations qui allaient en sens contraire⁸¹. Entre autres références, Kennedy cite un rapport de Westminster et la promulgation au Royaume-Uni d'une loi en 1967 (*Sexual Offences Act 1967*) qui revient sur ces interdictions. Il cite également l'arrêt *Dudgeon v. United Kingdom* (1981) de la Cour européenne des droits de l'homme statuant au nom du respect de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (sur le droit au respect de la vie privée et familiale)⁸². Dans un deuxième temps, le juge Kennedy s'appuie sur des sources tierces, à savoir des *amici curiae*, qui abondent dans le même sens⁸³.

Pour le juge Scalia, c'en est trop. Ces références franchissent une étape à laquelle il entend mettre un terme. En somme, il écarte toute considération de décisions étrangères sans réserve. La violence du propos paraît pour le moins singulière⁸⁴. 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") »⁸⁵.

⁸⁰ « The sweeping references by Chief Justice Burger to the history of Western civilization and to Judeo-Christian moral and ethical standards did not take account of other authorities pointing in an opposite direction ».

⁸¹ Pour Kennedy, « The sweeping references by Chief Justice Burger to the history of Western civilization and to Judeo-Christian moral and ethical standards did not take account of other authorities pointing in an opposite direction », in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁸² *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 ECHR (1981), § 52. Disponible sur le site HUDOC de la Cour : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695350&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. L'affaire concernait le comportement homosexuel en Irlande du Nord.

⁸³ « Other nations, too, have taken action consistent with an affirmation of the protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct. Brief for Mary Robinson *et al.* as *Amici Curiae* 11-12. The right the petitioners seek in this case has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries. There has been no showing that in this country the governmental interest in circumscribing personal choice is somehow more legitimate or urgent ». On notera que M. Robinson avait justement plaidé devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Norris v. Ireland* (1988), concernant l'interdiction d'actes homosexuels en République d'Irlande.

⁸⁴ B. 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 », in MARKESINIS (B.), « National self-sufficiency or intellectual arrogance? The current attitude of American courts towards foreign law », 65 *Cambridge Law Journal*, 2006, p. 301-329, at 311.

⁸⁵ *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

Dans l'arrêt *Roper v. Simmons* (2005), la Cour suprême franchit encore une étape, débouchant sur ce qui constituera le point culminant de cette évolution⁸⁶. Cette fois-ci, il s'agit de déterminer la constitutionnalité de la peine de mort pour des personnes mineures au moment de la commission de leur acte criminel. L'exécution constituerait-elle une peine cruelle et inhabituelle, en violation du 8^e Amendement de la Constitution des États-Unis? Le juge Kennedy se réfère de manière extensive au droit étranger, au motif que «The opinion of the world community, while not controlling the outcome, does provide respected and significant confirmation for our conclusions»⁸⁷. S'il faut sans doute rechercher un consensus au sein de la Nation américaine, il ajoute qu'il convient de s'inspirer de l'opinion internationale: «It is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty»⁸⁸. Le juge Kennedy insiste longuement sur la pratique en la matière, prenant de nombreux exemples à l'appui (Iran, Pakistan, Arabie saoudite, Yémen, Nigeria, République démocratique du Congo, Chine, Somalie). Il termine par une évocation de la *Bill of Rights* anglaise (1689) qui servit de modèle au 8^e Amendement de la Constitution des États-Unis. Le juge Scalia considère que ces comparaisons sont superfétatoires et dénuées de sens. En clair, il y voit un simple exercice comptable, utilisé à des fins partisans: «In other words, all the Court has done today, to borrow from another context, is to look over the heads of the crowd and pick out its friends»⁸⁹. Il conclut:

«Though the views of our own citizens are essentially irrelevant to the Court's decision today, the views of other countries and the so-called international community take center stage. [...] More fundamentally, however, the basic premise of the Court's argument – that American law should conform to the laws of the rest of the world – ought to be rejected out of hand. [...] Foreign sources are cited today, *not* to underscore our “fidelity” to the Constitution, our “pride in its origins”, and “our own [American] heritage”. To the contrary, they are cited *to set aside* the centuries-old American practice – a practice still engaged in by a large majority of the relevant States – of letting a jury of 12 citizens decide whether, in the particular case, youth should be the basis for withholding the death penalty. What these foreign sources “affirm”, rather than repudiate, is the Justices' own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court's parting attempt to downplay the significance of

problèmes traités dans cet arrêt au regard du droit anglais et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁸⁶ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

⁸⁷ *Ibid.*, at 578.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*, at 617.

its extensive discussion of foreign law is unconvincing. "Acknowledgment" of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court *unless it is part of the basis for the Court's judgment* – which is surely what it parades as today».

Les conclusions du juge Scalia reflètent évidemment sa préférence pour une lecture textuelle ou *originelle* des documents constitutionnels américains. Plutôt que de recourir à une méthode « contextuelle » qui mettrait l'accent sur le contexte historique, social et économique dans lequel une action fondée sur la Constitution prend naissance, une partie de la Cour suprême préfère aujourd'hui asseoir ses décisions sur une lecture littérale de la Constitution⁹⁰. Le but est évidemment destiné, comme l'indique le nom de la théorie originaliste, à retrouver le sens originel de la Constitution des États-Unis, autrement dit, celui-là même que les Pères fondateurs avaient en vue en 1787. Le juge Scalia énonce cette philosophie sans ambages : il s'agit de « consulter les écrits des rédacteurs de la Constitution [pour] voir comment le texte était originellement 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 d'Earl Warren (1953-1969) et Warren E. Burger (1969-1986). La cible privilégiée : les arrêts libertaires des années 1960-1970, tels que *Roe v. Wade*⁹¹, censés reposer sur des assises constitutionnelles des plus fragiles⁹². Cette philosophie judiciaire d'originalisme, bien que représentée par deux juges seulement, Antonin Scalia et Clarence Thomas, bénéficie de « l'appui » du pouvoir exécutif⁹³ et d'une audience publique conséquente. Pour en témoigner, il n'est que de regarder le nombre d'articles qui lui sont

⁹⁰ Concernant la Charte canadienne des droits et libertés (1982), la Cour suprême du Canada a jusqu'à présent refusé d'adopter une méthode originaliste, préférant le recours à la méthode contextuelle : cf. *R. c. Laba* [1994] 3 R.C.S. 965; *Edmonton Journal c. Alberta (procureur général)* [1989] 2 R.C.S. 1326.

⁹¹ *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.

⁹² Même les juristes « libéraux » américains reconnaissent le caractère éminemment contestable de *Roe v. Wade* sur le plan juridique : cf. HART ELY (J.), « The wages of crying wolf: a comment on *Roe v. Wade* » (1973) 82 Yale L.J. 920; cf. aussi A. 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, in Archibald Cox, *Conscience of a Nation*, GORMLEY (K.), Perseus Publishing, Cambridge, MA, 1997, at 231.

⁹³ 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. DWORKIN (R.), *Justice in Robes*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge-Londres, 2006, p. 117. Le Président appuie sa promesse d'une référence erronée à l'arrêt *Dred Scott* de 1857...

consacrés dans la presse et les revues juridiques spécialisées⁹⁴. 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 suprême⁹⁵.

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^{96 97}.

Le Congrès des États-Unis n'est pas en reste dans ce mouvement de repli. Plusieurs résolutions, déposées à la Chambre des représentants, témoignent d'une nette hostilité à l'égard de la méthode comparative. Il n'est que de songer à la résolution intitulée *Reaffirming American Independence Resolution*, déposée à la Chambre en 2004. Son promoteur soutient qu'une « dépendance judiciaire inappropriée à l'égard d'arrêts, lois ou énoncés menace la souveraineté des États-Unis, la séparation des pouvoirs, et l'autorité du Président et du Sénat quant au pouvoir de conclure des traités ». 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 »⁹⁸.

⁹⁴ Pour un compte rendu récent et critique de ces théories, cf. DWORKIN (R.), *Justice in Robes*, op. cit. (en particulier chap. 5).

⁹⁵ SCALIA (A.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1997. Voy. aussi ses articles, parmi lesquels « The rule of law as a law of rules », 57 U. Cin. L. Rev. 849, 1989; « Assorted canards of contemporary legal analysis », 40 Case W. Res. L. Rev. 581, 1990.

⁹⁶ Cf. CHERRY (C.) dir., *God's New Israel: Religious Interpretations of American Destiny*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill-Londres, 1998.

⁹⁷ L'ancien ministre de la Justice (*Attorney-General of the United States*), J. 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 ». Cf. BANKS (R.), « Gloutonnerie apocalyptique », *Le Monde des livres*, 15 octobre 2004, p. vi.

⁹⁸ 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,

De façon gé

« On th
around
ment o
out »⁹⁹.

De nombre
méthode co
premières ti
sur les écuei
problème gé
besoin d'évi
interposée (s
rendent le su
gie juridique
sous-estimé
de la langue
contenu for
direct, Lord
the profession
Words are th
traverser les
des rapports

pratiques ou
law ou le droi
Unis » : Consti
ration Act of 2
⁹⁹ DAY (S.), *Remo*
¹⁰⁰ Reprénant Sir
ted summarie
lawyer by put
worse for the
¹⁰¹ D'après Gutte
which separat
pitfalls of terr
encounters in
logy », XII Tula
¹⁰² Cf. CONSTANT
¹⁰³ Cf. Lord DENN

De façon générale, pour Sandra Day O'Connor :

« On the whole, the United States judicial system leaves a favorable impression around the world. But when it comes to the impression created by the treatment of foreign and international law in United States courts, the jury is still out »⁹⁹.

II. Controverses théoriques

De nombreuses critiques sont avancées à l'encontre de l'utilisation de la méthode comparative comme source de droit sur la scène nationale. Les premières tiennent à des considérations prosaïques portant – entre autres – sur les écueils inhérents au champ de comparabilité. Sans s'attarder sur le problème général d'accès documentaire, d'apprentissage de la langue ou le besoin d'éviter, dans la mesure du possible, la comparaison par personne interposée (*second hand comparisons*)¹⁰⁰, nombreuses sont les difficultés qui rendent le succès de la comparaison aléatoire. Le problème de la terminologie juridique, y compris au sein d'une même famille juridique, ne peut être sous-estimé¹⁰¹. La terminologie juridique est le point de rencontre obligé de la langue avec le droit : « Elle représente l'enveloppe linguistique d'un contenu formé par des concepts juridiques »¹⁰². Dans son style simple et direct, Lord Denning donne ce conseil au novice en droit : « to succeed in the profession of the law, you must seek to cultivate command of language. Words are the lawyer's tools of trade »¹⁰³. *A fortiori*, lorsqu'il est question de traverser les frontières de la langue. Si la précision des termes et la stabilité des rapports reliant les termes aux concepts juridiques ne sont pas pleine-

pratiques ou actions d'un État étranger ou d'une organisation internationale, autres que la *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).

⁹⁹ DAY (S.), *Remarks at the Southern Center for International Studies*, Atlanta, Georgia, *op. cit.*

¹⁰⁰ Reprenant Sir Fr. Pollock, « As for attempts to dispense with first-hand reading and digesting by printed summaries and other like devices, they are absolutely to be rejected. No man ever becomes a lawyer by putting his trust in such things; and if men can pass examinations by them so much the worse for the examinations ». Cf. POLLOCK (Fr.) Sir, *The Oxford Lectures* (1890), p. 105.

¹⁰¹ D'après Gutteridge, « differences in the language of the law constitute not the least of the barriers which separate the various legal systems of the world. [...] I would, in fact, be disposed to assert that pitfalls of terminology are the greatest difficulty and danger which the student of comparative law encounters in his novitiate ». Cf. GUTTERIDGE (H.C.), « The Comparative Aspects of Legal Terminology », XII *Tulane L. Rev.*, 1938, p. 401-411, p. 401 et p. 403.

¹⁰² Cf. CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰³ Cf. Lord DENNING, *The Discipline of Law*, Butterworths, London, 1979, p. 5.

ment maîtrisées par le comparatiste, son raisonnement échoue sur le récif de l'approximation et, partant, il en est décrédibilisé. Jusqu'à un certain point, il faut néanmoins composer avec cette difficulté, c'est-à-dire accepter une déperdition d'information dans le passage de la langue de départ à la langue d'arrivée. Sans doute pour atténuer la chose et éviter toute équivoque, il faut davantage composer ici avec des informations explicatives. En tout état de cause : « [d]ans cette phase, connaître veut dire sortir de son droit pour pénétrer dans un autre »¹⁰⁴.

Fondamentalement, une deuxième embûche se met au travers de l'utilisation de la méthode comparative comme source de droit : c'est celle de l'indispensable lecture « inculturée » du droit étranger, c'est-à-dire le besoin d'interpréter le terme à comparer selon la méthode propre à l'ordre juridique auquel il appartient. La question n'est pas nouvelle et on comprend que l'emprunt au droit étranger relève du marginal. L'idée que les rapports de la norme juridique avec le milieu environnant impliquent le besoin de connaître celui-ci pour comprendre celle-là était déjà présente dans la pensée de Montesquieu. Nul ne contestera que chaque règle de droit trouve ses assises dans la culture qui la fonde (et qu'elle produit). Prenons un exemple qui a trait à la difficile, voire impossible, transposition en droit anglais du concept de « bonne foi » tel qu'il apparaît dans la Directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁰⁵. Auteur d'un article paru dans la *Modern Law Review* en 1998, Gunther Teubner considère que « [l]a culture économique anglaise ne semble pas constituer un terreau fertile pour l'éclosion de la bonne foi continentale »¹⁰⁶. Pour étayer sa thèse, l'auteur s'appuie sur le fait que le Royaume-Uni, les États-Unis, l'Irlande, le Canada et la Nouvelle-Zélande feraient partie d'un groupe d'économies de marché, relativement non-réglées (*Liberal Market Economies*), tandis que le continent européen rassemblerait des économies dirigées (*Business Coordinated Economies*)¹⁰⁷. Au vu des régimes de production différents caractérisant ces deux groupes, Teubner soutient que la bonne foi n'aurait que peu de chances de voir le jour en Angleterre. Loin de se fondre dans le

¹⁰⁴ Cf. CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, op. cit., p. 150.

¹⁰⁵ Directive 93/13 du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O., L 95, 21 avril 1993 (modifiée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, publiée in J.O., 22 novembre 2011, L 304), également disponible sur internet : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:FR:NOT>.

¹⁰⁶ TEUBNER (G.), « Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences », 61 *Modern L. Rev.*, 1998, p. 11-32, at 27 (traduction personnelle). La phrase exacte se lit : « The British economic culture does not appear to be a fertile ground on which continental *bona fide* would blossom ».

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 24-27. Pour illustrer le deuxième groupe, Teubner s'attarde sur le capitalisme rhénan.

tissu juridique
mènerait tou
sante qu'elle
des secteurs
sont aussi rég
Sur le plan j
fonctionnell
du fonctionn
tue une sim
dère qu'il n'
n'emporte pa
d'argument
contente de
lisation accer
du fonctionn
méthode et
piecemeal solu
*foto*¹¹². Pour
legal systems
gnizes and e
out contracts
has, caracte
Comme de c
une part d'ap
notion spécif
bonne foi tra

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁹ Il n'est que de
nication and C
York-London,

¹¹⁰ TEUBNER (G.),
gences », op. ci
Ibid., p. 12.

¹¹² Une littérature
tons ici de ren
Encyclopedia o
KÖTZ (H.), *An I*

¹¹³ *Interfoto Libra*
sans doute dan
reconnait et re
les parties doiv

¹¹⁴ *Ibid.* : « De ma
rieur » (traduct

le récif de
certain point,
cepter une
à la langue
que, il faut
tout état de
pour péné-

l'utilisation
l'indispen-
d'interpré-
e auquel il
emprunt au
norme juri-
tre celui-ci
ontesquieu.
s la culture
la difficile,
ne foi» tel
cernant les
¹⁰⁵. Auteur
er Teubner
nstituer un
ur étayer sa
-Unis, l'Ir-
upe d'éco-
Economies),
igées (*Busi-*
n différents
foi n'aurait
dre dans le

, p. 150.
ats conclus avec
ement européen
, 22 novembre
/LexUriServ.do?

w divergences »,
it: « The British
ould blossom ».
an.

tissu juridique et économique anglais, une transplantation de la bonne foi mènerait tout droit à un phénomène de *répulsion*¹⁰⁸. La thèse, pour séduisante qu'elle paraisse, ne repose pas moins sur des assises fragiles. Dans bien des secteurs de l'activité économique, le Royaume-Uni et les États-Unis sont aussi réglementés que les États d'Europe occidentale, si ce n'est plus¹⁰⁹. Sur le plan juridique, les affirmations de Teubner font fi des équivalences fonctionnelles de la bonne foi. Du reste, l'auteur récuse l'existence même du fonctionnalisme¹¹⁰. Tout en considérant que le fonctionnalisme constitue une simple hypothèse (*assumption*), en vogue aujourd'hui, il considère qu'il n'est pas valable comme méthode¹¹¹. Pareille prise de position n'emporte pas la conviction. D'abord, le professeur Teubner n'avance guère d'argument décisif pour réfuter le fonctionnalisme. Pour l'essentiel, il se contente de renvoyer à une littérature tendant à démontrer que la mondialisation accentue les fractures entre nations. Plus fondamentalement, le rejet du fonctionnalisme par Teubner met un terme au droit comparé comme méthode et comme discipline. Sa position revient en effet à évacuer les *piecemeal solutions* évoquées par Lord Justice Bingham dans l'affaire *Interfoto*¹¹². Pour Bingham, « In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognizes and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith »¹¹³. Il ajoute: « English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle »¹¹⁴. Comme de coutume, ces simplifications recouvrent une part de vérité et une part d'approximation. Là où le juriste belge pensait avoir affaire à une notion spécifiquement continentale, il a tôt fait de se rendre compte que la bonne foi traverse les frontières et plonge ses racines dans les valeurs de la

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰⁹ Il n'est que de penser aux télécommunications ou aux autres *public utilities*. Cf. MULGAN (G.J.), *Communication and Control. Networks and the New Economies of Communication*, The Guildford Press, New York-London, 1991, p. 243.

¹¹⁰ TEUBNER (G.), « Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences », *op. cit.*, p. 12-13.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 12.

¹¹² Une littérature abondante existe sur la démarche fonctionnaliste en droit comparé. Nous nous contentons ici de renvoyer à deux sources: KROPHOLLER (J.), « Comparative Law, Function and Methods », *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North Holland, 1987, p. 52-58; ZWEIGERT (K.) et KÖTZ (H.), *An Introduction to Comparative Law* (2nd Revised Ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 31.

¹¹³ *Interfoto Library Ltd. Stiletto Ltd.* [1989] 1 QB 433, p. 439: « Dans beaucoup de systèmes civilistes, et sans doute dans la plupart des systèmes juridiques étrangers à la *Common law*, le droit des obligations reconnaît et rend exécutoire un principe supérieur selon lequel, en concluant et exécutant les contrats, les parties doivent agir de bonne foi » (traduction personnelle).

¹¹⁴ *Ibid.*: « De manière caractéristique, le droit anglais ne s'est nullement imposé un tel principe supérieur » (traduction personnelle).

plupart, sinon de tous les systèmes juridiques. S'il est indéniable que le droit anglais ne connaît pas à proprement parler de principe général de bonne foi, il n'en est pas moins vrai que ce droit traite de notions apparentées. Ainsi, poursuivant ses réflexions, Lord Justice Bingham ajoute que le droit anglais « has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness »¹¹⁵. Il s'agit des concepts d'*unconscionability*, *promissory estoppel*, *duty of disclosure*, etc.

Sans s'y référer dans son article sur la *good faith*, la thèse de Teubner s'explique sans doute par la conception autopoïétique du droit qu'il partage avec Niklas Luhman¹¹⁶. Cette conception envisage le droit comme un système dans lequel chaque composante participe à la production ou à la transformation des autres. Ce faisant, le système juridique se reproduit dans une circularité permanente puisque chaque composant agit – et se forme – par les autres¹¹⁷. Il s'y établit « une sorte d'effet mécanique à l'intérieur d'une structure : un élément bouge, un équilibre se rompt, un autre se rétablit »¹¹⁸. Deux arguments peuvent néanmoins être opposés à l'autopoïèse. Le premier est que pareille conception du droit laisse peu de place à une réelle ouverture. Entendue de manière stricte, l'autopoïèse mène en effet à une imperméabilité du système juridique vis-à-vis de toute influence étrangère. L'on risque par ce biais d'en arriver à un positivisme exacerbé qui ne se différencie guère en fin de compte du normativisme kelsénien. Comme le souligne le doyen Carbonnier : « on ne voit pas [...] ce qui déclenche le mouvement, ni vers quoi il tend »¹¹⁹. Ensuite, la question demeure de savoir ce qu'est un système juridique. Au sens où l'entendent les comparatistes, il s'agit d'un ensemble de normes juridiques

¹¹⁵ *Ibid.* : le droit anglais « a développé des solutions au cas par cas (*piecemeal solutions*) pour répondre aux problèmes manifestes d'injustice » (traduction personnelle).

¹¹⁶ La théorie de l'autopoïèse est originellement l'œuvre de deux biologistes chiliens : Humberto Maturana et Francisco Varela. Du point de vue étymologique, l'expression réunit les deux mots grecs « αὐτός » (« auto » = soi-même) et « ποιεῖν » (« poïèse » = production, création). D'après Fr. Varela, l'autopoïèse se définit comme suit : « An autopoietic system is organized (defined as a unity) as a network of processes of production (transformation and destruction) of components that produces the components that: (1) through their interactions and transformations continuously regenerate and realize the network of processes (relations) that produced them; and (2) constitute it as a concrete unity in the space in which they [the components] exist by specifying the topological domain of its realization as such a network ». Cf. VARELA (Fr. J.), *Principles of Biological Autonomy*, New York, Elsevier (North Holland), 1979, p. 13. Pour un exposé succinct de l'autopoïèse dans l'œuvre de Maturana et de Varela, cf. WHITAKER (R.), *The Observer Web Tutorial*, www.enolagaia.com/AT.html. Pour une approche de l'œuvre de Niklas Luhmann, cf. « L'unité du système juridique », *Arch. phil. dr.*, t. 31 (*Le système juridique*), Sirey, Paris, 1986, p. 163-188.

¹¹⁷ On lira avec intérêt l'analyse de DUPUY (J.-P.), « Sur la prétendue autosuffisance du droit », *R.I.E.J.*, 1986, n° 16, p. 1-32; ROMMEL (G.), « Continuité éthique et politique de l'acte judiciaire de juger », in *Rendre justice au droit*, DRUET (F.-X.) et GANTY (É.) dir., P.U.N., Namur, 1999, p. 215-233.

¹¹⁸ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, coll. « Quadrige », PUF, Paris, 1994, p. 144.

¹¹⁹ *Ibid.* Le doyen Carbonnier reconnaît néanmoins que « l'autopoïèse est fascinante parce qu'elle est mystérieuse » (*ibid.*).

valides dans
juridique b
de la famil
poïèse, le te
s'agit d'un s
l'intégration
qui ont un l
sion de con
ciaire devie
dans l'impe
temporaire
largement, l
« système ju
juridique (sc
est que le dr
existe de sys
s'autoreprod
rencontrer l
de développ
se voit cond
internationa
législateur et
systèmes jur
clauses abusi
ner, qu'à un
recevoir ce c
verses pour e

¹²⁰ Sur les différen
juridique », cf.
London, 1995,

¹²¹ Cf. ARNAUD (A)
Bruylant, Brux
visée en foncti

¹²² HUIZINGA (J.),
Pour de plus a
L'âne portant d

valides dans un contexte national déterminé. Ainsi, on qualifie le système juridique belge de civiliste, tandis que le système juridique anglais participe de la famille du *common law*¹²⁰. Pour les sociologues et tenants de l'autopoïèse, le terme «système juridique» revêt une signification plus grande. Il s'agit d'un sous-système du système social, «dont la fonction principale est l'intégration ou le contrôle social»¹²¹. En plus des comportements sociaux qui ont un lien avec le droit, le système juridique intègre toute une dimension de communication sociale formée de symboles. Ainsi, l'espace judiciaire devient lui-même porteur d'ordre. Pour Johan Huizinga, «Il réalise dans l'imperfection du monde et la corruption de la vie, une perfection temporaire et limitée»¹²². Le point de vue du professeur Teubner (plus largement, la théorie autopoïétique) confond ces deux acceptions du terme «système juridique». Il identifie système juridique (national) avec système juridique (sous-système social). La conséquence logique de cette confusion est que le droit se voit composé d'autant de réseaux autoreproducteurs qu'il existe de systèmes juridiques nationaux. Puisque chaque système juridique s'autoreproduit à partir de ses propres éléments, aucun système n'est censé rencontrer l'autre. Tous sont voués à évoluer dans leurs sphères respectives de développement circulaire. La démarche fonctionnaliste du comparatiste se voit condamnée dès le départ. Qui plus est, toute intégration juridique internationale (en ce compris, européenne) devient illusoire. La volonté du législateur européen de transposer la notion de bonne foi dans les différents systèmes juridiques nationaux, par le biais de la directive de 1993 sur les clauses abusives, ne peut conduire, comme le soutient le professeur Teubner, qu'à un phénomène de *répulsion*. Les systèmes nationaux ne peuvent recevoir ce corps étranger, d'un autre système. Mais laissons là ces controverses pour entamer une réflexion plus prospective.

¹²⁰ Sur les différences, en droit comparé, entre «système juridique», «tradition juridique» et «famille juridique», cf. DE CRUZ (P.), *Comparative Law in a Changing World*, Cavendish Publishing Limited, London, 1995, chap. 2.

¹²¹ Cf. ARNAUD (A.-J.) et FARIÑAS DULCE (M.J.), *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 2. Les auteurs ajoutent que «[c]ette fonction peut, à son tour, être subdivisée en fonction d'orientation des comportements et fonction de résolution des conflits» (*ibid.*).

¹²² HUIZINGA (J.), *Homo Ludens, essai sur la fonction sociale du jeu*, Gallimard, Paris, 1951, rééd. 1976, p. 30. Pour de plus amples développements sur l'espace judiciaire en tant que symbole, cf. GARAPON (A.), *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Le Centurion, Paris, 1985, chap. 2.

Conclusion sous forme de perspectives

En guise de conclusion, il est permis de faire trois observations au sujet du droit comparé comme source de droit. La première a trait à un constat de bons sens. Dans l'hypothèse où on en vient à considérer la méthode comparative comme pertinente¹²³, le raisonnement national doit en tout état de cause se fonder sur les dispositions applicables en droit national, en ce compris les normes internationales qui ont reçu une force équivalente à celle des normes nationales. Dans ces conditions, le droit comparé peut tout juste servir d'*information comparative* (Didier Maus parle d'*autorité documentaire*), voire d'*autorité de persuasion*. Le cas où le droit comparé revêtirait une *autorité de décision* paraît des plus improbables. Devant une solution étrangère plus « acceptable », Lord Bingham, dans l'arrêt *Fairchild* (précité), ne conclut pas qu'il faut s'écarter du droit anglais ni que, s'il s'en écarte, il assume le risque d'être censuré. Il dit tout simplement qu'il faut « reconsidérer » la décision nationale (« this must prompt anxious review of the decision in question »). Nous restons dans une configuration de persuasion.

Notre seconde observation – plus fondamentale – concerne la convergence de nos droits qui se remarque de manière aiguë dans la construction du droit de l'Union européenne et dans la construction du droit du Conseil de l'Europe (cette dernière étant souvent réduite à la C.E.D.H., alors qu'il existe une multitude de conventions intéressant aussi bien le droit privé que le droit public). Assurément, ces disciplines mettent en présence des notions juridiques nées dans des contextes hétérogènes que le juriste doit s'efforcer de faire coexister. Il y a quarante ans, le juriste anglais y décelait, un brin soupçonneux, « une marée montante » (*an incoming tide* selon l'expression de Lord Denning). Aujourd'hui, il conviendrait sans doute de parler de « bouillon de culture juridique », voire de *phénoménologie*. Les juges et les législateurs appartiennent et se meuvent dans une variété de cultures juridiques, de concepts et de multilinguisme des textes. Les brassages, pour être indicibles, n'en sont pas moins réels. Pragmatisme oblige, les Anglais ne sont plus effarouchés. Ils sont devenus des « spectateurs engagés ». L'adoption du *Human Rights Act 1998* qui incorpore dans l'ordre juridique anglais le substrat de la Convention européenne des droits de l'homme a aussi sa part de responsabilité dans une acception plus ouverte du droit étranger. Le droit anglais, pour s'en tenir à ce seul exemple, s'est ouvert au monde et, inversement, le monde s'est ouvert au droit anglais. La singularité des uns et des autres s'est estompée.

¹²³ Autrement dit, on rejette les hypothèses nationalistes où la méthode comparative ne doit jamais intervenir dans le raisonnement: voy. l'exemple du juge Scalia aux États-Unis (*supra*).

Les imbrica
l'adoption d
de droit de l
droits privés
pas seuleme
un rôle non
son de diffén
autour du C
(Group on Eu
comparative
les *Principes* d
le droit euro
initiative pri
« Commissio
trois parties r
de l'avis de F
préparé, le p
international
péen »¹²⁴. En
rôle de la con
des plus impo
la comparaiso
ses projets lég
le plan jurisp
Par-delà l'Eu
échanges ent
opportunités et
juridiques se
perpétuels –
État provide
pénal pour q

¹²⁴ Jusqu'à présen
dant, ils semb
droit privé (P.C
d'importantes
méthodologie
exergue la nat
plan « juriscult
traction conte
tantes interro
¹²⁵ Cf. CONSTANT

Les imbrications entre systèmes juridiques sont légion, qu'il s'agisse de l'adoption de nouvelles règles du droit de l'Union européenne (en matière de droit de la concurrence notamment) ou du travail d'harmonisation des droits privés européens réalisé à partir de directives. Du reste, l'affaire n'est pas seulement l'apanage du législateur ou du juge. Les scientifiques jouent un rôle non négligeable dans ces échanges. Il n'est que de songer à la floraison de différents réseaux d'universitaires: celui formé à Trento, en Italie, autour du *Common Core of European Private Law Project*, le «groupe Tilburg» (*Group on European Tort Law*) qui s'efforce, depuis 1993, d'étudier de façon comparative le droit de la responsabilité délictuelle. Il faut aussi mentionner les *Principes du droit européen des contrats*, élaborés par une «Commission pour le droit européen des contrats», un organisme sans statut officiel, issu d'une initiative privée du professeur Ole Lando, de Copenhague (d'où également «Commission Lando»). Ces *Principes du droit européen des contrats*, publiés en trois parties respectivement en 1995, 2000 et 2003, constituent aujourd'hui, de l'avis de Reinhard Zimmermann, «le projet le plus consciencieusement préparé, le plus avancé et le plus fortement remarqué d'un point de vue international, d'harmonisation d'une branche centrale du droit privé européen»¹²⁴. En 1974, Léontin-Jean Constantinesco voyait avec prescience le rôle de la comparaison: «La fonction d'information et d'orientation est une des plus importantes de la comparaison et probablement une de celles que la comparaison moderne a saisie d'abord. Elle a déjà servi Feuerbach dans ses projets législatifs. Par la suite, cette fonction a été exercée également sur le plan jurisprudentiel et doctrinal»¹²⁵.

Par-delà l'Europe, notre troisième observation porte sur l'accélération des échanges entre États – la fameuse «mondialisation» – avec sa traîne d'opportunités et son cortège de tragédies. En tout état de cause, nos systèmes juridiques se doivent de répondre à des débats récurrents – et sans doute perpétuels – que se pose toute société. Quel appareil normatif pour quel État providence? Quelle parentalité pour quelle famille? Quel champ pénal pour quel sentiment de sécurité? Les questions ne manquent pas.

¹²⁴ Jusqu'à présent, les Anglais ont joué un rôle majeur dans ces différentes initiatives. Aujourd'hui, cependant, ils semblent montrer davantage d'inquiétude. Le «projet de cadre commun de référence» en droit privé (P.C.C.R.), qui se présente comme un projet officiel de la Commission européenne, suscite d'importantes réserves en Angleterre. Simon Whittaker, de St. John's College, Oxford, stigmatise la méthodologie et l'absence de légitimité démocratique contenue dans ces propositions. Il met en exergue la nature singulière de l'empirisme inductif anglais, avec ce que cet empirisme charrie sur le plan «jurisculturel». Ici, nous nous trouvons devant craintes et appréhensions quant au niveau d'abstraction contenue dans les principes du projet de cadre commun de référence et, partant, d'importantes interrogations quant à son utilité.

¹²⁵ Cf. CONSTANTINESCO (L.-J.), *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*, op. cit., n° 122, p. 330.

Quant aux réponses, sur le fond, il faut bien reconnaître que nous échangeons des solutions très proches, souvent nourries d'intérêts communs et inspirées d'une même idée de la justice. En somme, et reprenant le poète anglais John Donne (1572-1631), *No man is an island*. Même la juge Sandra Day O'Connor, qui exprima une opinion dissidente dans l'affaire *Roper v. Simmons*, le reconnaît :

«No institution of government can afford any longer to ignore the rest of the world. [...]»

There is talk today about the "internationalization of legal relations". We are already seeing this in American courts, and should see it increasingly in the future. This does not mean, of course, that our courts can or should abandon their character as domestic institutions. But conclusions reached by other countries and by the international community, although not formally binding should at times constitute persuasive authority in American courts—what is sometimes called "transjudicialism". [...]

There has been a reluctance on our current Supreme Court to look to international or foreign law in interpreting our own Constitution and related statutes. While ultimately we must bear responsibility for interpreting our own laws, there is much to be learned from other distinguished jurists who have given thought to the difficult issues we face here. [...]»¹²⁶.

Dynamique de l'espace judiciaire européen, mondialisation, convergence : autant de mots qui jalonnent notre compréhension de nos systèmes juridiques. Jusqu'où aller dans nos considérations de droit comparé et de droit étranger ? Quelle lecture inculturée ? Faut-il se résigner à constater avec Pierre Legrand que « [t]oute comparaison est un chiliogone »... Le comparatiste doit-il se résoudre à être « celui qui s'engage à perdre »¹²⁷ ? La pose est belle. Il y a assurément de l'élan. Poussées à l'extrême, néanmoins, de telles remarques sonnent le glas de la comparaison comme démarche intellectuelle. Elles la pétrifient dans une démarche vaine, faite de pure curiosité, forcément mal assouvie. Le comparatiste ne peut que s'appêter à être déconcerté par l'altérité et les tournures d'esprit étrangères. Cela étant dit, en tentant de construire de nouvelles pensées, décroissantes, il œuvre pour la compréhension des droits voisins et du sien propre. Il faut reconnaître que rien aujourd'hui, dans les sciences humaines, ne peut avancer vraiment sans

les passeurs de front
perspectives encore
comparé pour cons

¹²⁶ DAY O'CONNOR (S.), *Remarks at the Southern Center for International Studies*, Atlanta, Georgia, *op. cit.*

¹²⁷ Cf. LEGRAND (P.), « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *R.I.D.C.*, 1999, p. 1053-1071, p. 1060, n° 21.

¹²⁸ Pour S. Day O'Connor :
as in high schools and u
increasingly internation
For example, NYU Law
expertise and perspecti
around the world; and t
in transnational law » (c
Atlanta, Georgia, *op. cit.*

re que nous écha-
térêts communs et
reprenant le poète
ême la juge Sandra
ns l'affaire *Roper v.*

gnore the rest of the
gal relations". We are
it increasingly in the
should abandon their
by other countries and
nding should at times
is sometimes called

rt to look to interna-
and related statutes.
g our own laws, there
ave given thought to

ion, convergence:
nos systèmes juri-
omparé et de droit
à constater avec
one»... Le compa-
rdre»¹²⁷? La pose
ne, néanmoins, de
ne démarche intel-
ite de pure curio-
ie s'apprêter à être
. Cela étant dit, en
tes, il œuvre pour
ut reconnaître que
ncer vraiment sans

les passeurs de frontières. En la matière, l'enseignement offre une source de perspectives encore sous-exploitées¹²⁸. Il reste encore de la place au droit comparé pour constituer une source... d'inspiration.

Atlanta, Georgia, *op. cit.*
1053-1071, p. 1060, n° 21.

¹²⁸ Pour S. Day O'Connor: « The effort should spread more widely through the legal profession as well as in high schools and universities. Law schools must ensure that their students are well-versed in the increasingly international aspects of legal practice. Some schools have already taken up the challenge. For example, NYU Law School has brought foreign law professors to the United States to share their expertise and perspectives; Yale has established a seminar for members of constitutional courts from around the world; and the Michigan Law School requires all students to complete a two-credit course in transnational law » (cf. DAY O'CONNOR (S.), *Remarks at the Southern Center for International Studies*, Atlanta, Georgia, *op. cit.*).

Les sources du droit revisitées

VOLUME 3 Normativités concurrentes

Sous la direction de

Isabelle Hachez

Yves Cartuyvels

Hugues Dumont

Philippe Gérard

François Ost

Michel van de Kerchove



*Limal (Belgique)
(2012).*

