

Section 6

Le dialogue des jurisprudences comme source du droit

Arguments entre idéalisation et scepticisme

Julie ALLARD

*Chercheuse qualifiée au Fonds national de la recherche scientifique
Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles*

Laura VAN DEN EYNDE

*Aspirante au Fonds national de la recherche scientifique
Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles*

Introduction

Le dialogue des juges, qui désigne l'échange d'arguments, d'interprétations, de concepts et de solutions juridiques entre magistrats, a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années. Même s'il a été davantage abordé dans le monde anglo-saxon¹, ainsi que dans les cadres européens, au sujet des cours constitutionnelles et en matière de droits fondamentaux², le thème du dialogue des juges ne se limite pas exclusivement à ces champs et croise

¹ Pour un court exposé sur les caractéristiques de la *common law* qui favorisent son engagement avec les décisions étrangères, voy. SAUNDERS (C.), « Judicial engagement with comparative law », in *Comparative Constitutional Law*, GINSBURG (T.) et DIXON (R.), Edwar Edgar Publ., Cheltenham, 2011, p. 571-598, p. 575-580. Une autre explication est que le dialogue des jurisprudences, par exemple en matière de droits fondamentaux, est moins discuté en Europe parce que la conviction de l'universalité supposée des droits de l'homme est plus forte; ALLARD (J.), « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des États-Unis. Constats et perspectives philosophiques », in *Juger les droits de l'homme. Europe et États-Unis face à face*, ALLARD (J.) et al., Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 93-138.

² DUBOUT (É.) et TOUZÉ (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2009, p. 11-35.

en fait d'autres débats de théorie du droit, comme ceux suscités par exemple par la crise du formalisme juridique³ ou la question de l'activisme judiciaire⁴. Ce dialogue renvoie aussi à diverses doctrines de l'interprétation, de l'argumentation⁵ et de l'utilisation du droit comparé par les juridictions⁶. En outre, le dialogue entre juges s'inscrit dans la perspective de la mondialisation du droit et de la confrontation entre systèmes juridiques qu'elle entraîne⁷.

Pourtant, la doctrine s'est peu penchée sur le statut de ce dialogue en tant que potentielle source du droit, ce qui fera l'objet de la présente analyse, en limitant toutefois son objet au « dialogue des jurisprudences ». Le dialogue des jurisprudences est en effet un phénomène plus étroit que le dialogue des juges proprement dit, car il désigne l'emprunt *explicite* d'éléments étrangers⁸ au sein d'une décision⁹. Comme tel, il est une manifestation visible du dialogue des juges¹⁰, ce dernier comprenant en outre des influences secrètes ou cachées,

³ ALLARD (J.), « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, coll. « Les Cahiers de l'Institut d'études sur la justice », 9, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 77 et s.

⁴ Voy., pour de nombreuses références, *infra*, II.

⁵ PONTTHOREAU (M.-Cl.), « Le droit comparé en question(s) : entre pragmatisme et outil épistémologique », *R.I.D.C.*, 2005, 1, p. 7-27, spéc. p. 19.

⁶ Comme l'a souligné Marie-Claire Ponthoreau, « [...] c'est parce qu'il n'existe pas un critère de vérification à l'aune duquel on pourrait contrôler l'exactitude de la comparaison donnée » ; PONTTHOREAU (M.-Cl.), *op. cit.*, 2005, p. 18. Selon Édouard Dubout et Sébastien Touzé, le dialogue « dépasse » en quelque sorte le recours au droit comparé car il « manifeste une prise de conscience nouvelle : celle de la nécessité de penser le droit au-delà de ce qu'Ulrich Beck appelle le "nationalisme méthodologique" » ; DUBOUT (É.) et TOUZÉ (S.), *op. cit.*, p. 12. Nous y aurons néanmoins recours dès lors que, « Quant à la forme, la pratique de la citation étrangère se fera le plus souvent sous le couvert d'un examen de droit comparé, plus ou moins élaboré » ; FRYDMAN (B.), « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le dialogue des juges*. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, *op. cit.*, p. 156.

⁷ Mondialisation qui prend de multiples formes, notamment celle de « rapports de compénétration entre ordres normatifs distincts » ; RIGAUX (M.-Fr.), *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Larcier, Bruxelles, 1985, p. 270.

⁸ Il faut entendre ici « éléments » au sens large : il s'agit tant des éléments jurisprudentiels que des règles et méthodes d'interprétation (pour une nuance sur ce point, voy. l'article de M. van de Kerchove, dans le présent ouvrage : « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources »). La citation réciproque entre juridictions d'un même système peut également être qualifiée de dialogue des jurisprudences. Toutefois, nous avons choisi de limiter notre étude aux citations entre juridictions étrangères qui nous semblaient poser des questions plus saillantes relativement aux sources du droit.

⁹ Aussi appelé « jurisprudence conjugée » ou dialogue *stricto sensu* ; A. RAYNOUARD, « Synthèse de la journée », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, LICHÈRE (F.), POTVIN-SOLIS (L.) et RAYNOUARD (A.) dir., coll. « Droit et Justice », 53, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 2004, p. 236.

¹⁰ De nombreuses formules ont été utilisées pour décrire le phénomène, en particulier en anglais : *cross-fertilization*, *cross-judicial influence* (THIRUVENGADAM (A.K.), « Legal transplants through judiciaries: cross-judicial influences on constitutional adjudication in the post World War II era. A study in comparative constitutional law focusing on theoretical and empirical issues », in *Paper on the Issue of Transjudicial Borrowings*, New York University, 2001) ; *cross-constitutional influence* (CHOUHRY (S.), « Globalization in search of justification: towards a theory of comparative constitutional interpretation », *Indiana L.J.*, 1999, 74, p. 821), *trans-judicial communication* (SLAUGHTER (A.-M.), « A typology of transjudicial communica-

des rencontres informelles et des réseaux plus ou moins institutionnels de juges¹¹. C'est donc au «chassé-croisé des références à des décisions de justice externes»¹², c'est-à-dire aux citations entre juridictions hétérogènes que nous allons nous intéresser¹³ en tant qu'elles posent la question des sources du droit.

Pour ce faire, nous partons de l'idée, présente dans la théorie de la règle de reconnaissance chez Hart, selon laquelle a qualité de source du droit ce qui, dans une décision, permet à celle-ci d'acquiescer sa validité voire, au-delà de Hart, sa légitimité. Ainsi, ce sont les *arguments* utilisés à propos du dialogue des jurisprudences qui vont nous permettre de le considérer ou non comme une source du droit, la définition purement formelle des sources excluant de toute façon *a priori* de conférer à ce dialogue un tel statut. Méthodologiquement, nous tenterons donc de recenser et de classer les discours et les arguments qui entourent le dialogue¹⁴, sans prétendre proposer un aperçu exhaustif des emprunts entre jurisprudences ni une typologie de

tion », *U. Richmond L. Rev.*, 1994, 29, p. 99-137; A.-M. SLAUGHTER, « A global community of courts », *H.I.L.J.*, 44, 2003, p. 191-219); *trans-judicial borrowing* ou *precedent borrowing* (SCHEPELE (K.), « Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models », *I.J.Const.L.*, 1, 2003, p. 296-324), voire *judicial transplant*. Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke parlent « d'interaction intellectuelle » plutôt que d'emprunt (CANIVET (G.), « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes; brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne: en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke le juge en tant que comparatiste », *Tulane L. Rev.*, 2005, 80, p. 221-244, spéc. p. 227).

¹¹ Les citations – qui seront donc notre objet d'analyse – sont au contraire la forme la plus visible du dialogue, permettant un certain travail des chercheurs en sciences juridiques, là où les autres formes d'échanges requièrent d'autres méthodes d'analyse, plus empiriques, relevant davantage des sciences sociales.

¹² BURGOGUE-LARSEN (L.), « L'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges – Mélanges en hommage à B. Genevois*, Dalloz, Paris, 2008, spéc. p. 99. La notion de « précédent » est souvent trop « chargée » pour être utilisée; MILLER (N.), « An international jurisprudence? The operation of "precedent" across international tribunals », *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, p. 483-526, spéc. p. 488.

¹³ Le caractère limité et partiel desdites citations appelle toutefois une certaine prudence: il est évident que les citations transjudiciaires ne peuvent pas être assimilées aux influences réelles en jeu. Les décisions peuvent ne pas contenir de références claires à du matériau étranger. L. Burgogue-Larsen parle par exemple de « dialogue calfeutré » pour décrire « l'application furtive » de la Convention européenne des droits de l'homme aux décisions du Conseil constitutionnel français (L. BURGOGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 110). De même, inversement, les citations peuvent ne pas être décisives dans un jugement et n'être ainsi qu'un voile de fumée permettant de masquer les motifs réels en jeu (VOETEN (E.), « Borrowing and nonborrowing among international courts », *The Journal of Legal Studies*, vol. 39, n° 2, 2010, p. 547-576, spéc. p. 549). Une étude des seules citations court donc le risque de sous-estimer ou d'exagérer le dialogue en cours.

¹⁴ G. FERRARI, « The Italian constitutional court and comparative law: a premise », *Comparative L. Rev.*, vol. 1, 2010, p. 1-22, spéc. p. 1. Les débats entre les juges de la Cour suprême américaine ont même été qualifiés par Mark Tushnet de « guerres de culture » mobilisant des vues différentes sur l'interprétation et une dose de patriotisme; TUSHNET (M.), « Referring to foreign law in constitutional interpretation: an episode in the culture wars », *35 U. Balt. L. Rev.*, 2006, p. 309-312.

ce dialogue, déjà fournie par de nombreux auteurs¹⁵. Ce recensement¹⁶ permettra de nous confronter à plusieurs définitions différentes des sources du droit. C'est d'ailleurs notre hypothèse de travail : l'attitude qu'adoptent la doctrine, mais aussi les acteurs juridiques et notamment les juges¹⁷, à l'égard du dialogue des jurisprudences – confiance/méfiance, enthousiasme/scepticisme – est directement liée à l'approche des sources juridiques à laquelle ils adhèrent¹⁸, que ce soit intentionnellement (en fonction d'un choix doctrinal ou politique, par exemple) ou de façon plus neutre (en fonction de leur formation ou de leur culture juridique, par exemple).

Ces lectures du dialogue des jurisprudences vont du scepticisme radical aux approches glorifiant le phénomène¹⁹. C'est la raison pour laquelle nous proposons une classification, aux nuances internes, entre deux catégories d'interprétation du dialogue : les interprétations enthousiastes, idéalisant parfois le phénomène (I), et les interprétations que l'on peut qualifier de plus méfiantes, voire de critiques et même, pour certaines, de sceptiques (II). Même si, au sein de ces deux catégories, le rapport à la source du droit sera très variable, on peut dire en gros que la plupart des auteurs qualifiés ici de sceptiques dénie au dialogue le statut de source juridique, tandis que les auteurs partisans du dialogue, au contraire, sont plus enclins à l'inclure dans une liste des sources du droit.

Avant d'entamer en détail les arguments, deux éléments méritent d'être brièvement soulignés : premièrement, ce dialogue des jurisprudences est multidimensionnel et revêt diverses formes (il peut être aussi bien horizontal que

¹⁵ Voy., par exemple, SITARAM (G.), « The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation », *Harvard Journal of Public Policy*, vol. 32, n° 2, 2008, p. 653-693; FONTANA (D.), « Refined comparativism in constitutional law », 49 *UCLA L. Rev.*, 2001, p. 539; CHOUDHRY (S.), *op. cit.*; KROTOSZYNSKI (R. Jr), « "I'd like to teach the world to sing (in perfect harmony)" – International judicial dialogue and the muses – Reflections on the perils and the promise of international judicial dialogue », *Mich. L. Rev.*, 104, 2006, p. 1321; GENEVOIS (Br.), « L'inspiration réciproque des jurisprudences suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux », *Petites affiches*, 4 juin 2008, n° 112, p. 15-20, spéc. p. 15. Voy. par ailleurs le travail effectué par Tania Groppi et Marie-Claire Ponthoreau dans le cadre d'un groupe de travail de l'Association internationale de droit constitutionnel, « Cross-judicial fertilization – The use of foreign precedents by constitutional judges »; www.unisi.it/dipec/en/interestgroup.php.

¹⁶ La grande majorité de la littérature et des décisions sur lesquelles nous nous sommes appuyées est de langue anglaise. Dans le corps du texte, nous avons proposé des traductions personnelles en français pour plus de lisibilité, mais nous référons au texte original en note de bas de page.

¹⁷ En effet, sans qu'elles abordent directement la question de la source, les nombreuses personnes qui se sont penchées sur le phénomène (juges, académiques, avocats, O.N.G., journalistes, procureurs, députés, etc.) vont permettre d'alimenter la réflexion sur le statut de source.

¹⁸ De même, le lien avec la place que l'on accorde à la jurisprudence en tant que source du droit est ici clair et nous renvoyons pour cela à la contribution de M. van de Kerchove dans cet ouvrage.

¹⁹ LOLLINI (A.), « Legal argumentation based on foreign law: an example from case law of the South African constitutional court », *Utrecht L. Rev.*, vol. 3, Issue 1, 2007, p. 60-74, spéc. p. 62.

vertical, institutionnel qu'informel, national qu'international, international que transnational)²⁰. Ensuite, de manière générale, les contours de cette pratique restent flous : le dialogue est asymétrique et partiel²¹ et la « posture par défaut » des juridictions demeure l'autarcie judiciaire et l'autoréférence²². Aucune attitude systématique à l'égard du dialogue des jurisprudences ne peut donc être identifiée²³. Le dialogue dépend d'une variété de facteurs²⁴ : l'organisation institutionnelle du dialogue²⁵, la tradition juridique, la personnalité du juge, son expérience, son attitude quant aux sources du droit et à l'interprétation, son affinité avec un corpus juridique étranger, sa connaissance d'une langue étrangère, la disponibilité et l'accès qu'il a à des données étrangères (par un service interne de recherches, par des experts, par les parties, par les *amici curiae*, par des *law clerks*²⁶), le prestige des cours étrangères, les affinités entre cours et approches interprétatives²⁷, les méthodes de travail, le style du raisonnement²⁸, l'existence ou non d'une « licence » textuelle²⁹ ou politique³⁰, les rencontres entre juges, l'existence de réseaux de juges ainsi que de réseaux faisant pression sur

²⁰ ALLARD (J.), *op. cit.*, 2007, p. 77 et s. Voy. pour des exemples : pour la Cour eur. D.H., ROZAKIS (C.), « The European Judge as Comparatist », *Tulane L. Rev.*, vol. 80, 2005, p. 272 ; INSTITUT DE DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME, *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, 11, 2007, pour des exemples tirés des relations entre les juridictions supérieures françaises et le système de la Convention européenne des droits de l'homme (le dialogue des juges y est ici déterminé plus spécifiquement dans ce contexte) ; GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Les Jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions : l'inévitable dialogue des juges ? », in *Le Champ pénal : Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 17-36 ; VOETEN (E.), *op. cit.* ; FLANAGAN (B.) et AHERN (S.), « Judicial decision-making and transnational law : a survey of common law Supreme Court judges », *I.C.L.Q.*, 60, 2011, p. 1-28.

²¹ ALLARD (J.), « Le rôle des juges dans la mutation des ordres juridiques », *Colloque doctoral : Des ordres juridiques européens, 16 et 17 septembre 2011, Université de Genève*.

²² CESARE (R.), « Deciphering the grammar of the international jurisprudential dialogue », *International Law and Politics*, 49, 2009, p. 755-787, spéc. p. 758 (il disait cela à propos des cours internationales, mais à nos yeux, cela est valide plus largement).

²³ MAK (E.), « Why do Dutch and UK judges cite foreign law ? », *Cambridge Law Journal*, 2011, 70 (2), p. 420-450, spéc. p. 423.

²⁴ Voy., entre autres, TRIPATHI (P.), « Foreign precedents and constitutional law », *Columbia L. Rev.*, 1957, vol. 57, p. 319-347. Pour un exemple d'application de facteurs influençant le dialogue, en particulier celui qui se noue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales, voy. : BRIBOSIA (E.), « Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », in *L'Europe des cours, Loyautés et résistances*, BRIBOSIA (E.), SCHEECK (L.) et UBEDA DE TORRES (A.), coll. « Penser le Droit », Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 219-256.

²⁵ Comme, par exemple, les mécanismes de renvois préjudiciels.

²⁶ L'HEUREUX-DUBÉ (C.), « The importance of dialogue : globalization and the international impact of the Rehnquist Court », *Tulsa Law Journal*, 34, 1998-1999, p. 15-40.

²⁷ JACKSON (V.) et GREENE (J.), « Constitutional interpretation in comparative perspective : comparing judges or courts ? », in *Comparative Constitutional Law*, GINSBURG (T.) et DIXON (R.), *op. cit.*, p. 599-623.

²⁸ MAK (E.), *op. cit.*, p. 423.

²⁹ Comme l'article 39(1) de la Constitution sud-africaine.

³⁰ GROVE (T.), « The International judicial dialogue : when domestic constitutional courts join the conversation », *Harvard L. Rev.*, 2001, vol. 14, p. 2049-2073.

l'appareil judiciaire³¹, l'existence de liens généalogiques³² ou historiques entre des normes, la volonté des juges de faire avancer la démocratie³³ ou d'accroître leur influence sur la création de normes ailleurs³⁴, de montrer leur appartenance à une communauté particulière³⁵, etc.

I. Les arguments en faveur du dialogue des jurisprudences

Dans ce chapitre, nous avons rangé les auteurs partisans du dialogue des jurisprudences en essayant de dégager les arguments avancés. On en retiendra de trois ordres principaux : les arguments pragmatiques et fonctionnels (le dialogue comme source d'inspiration dans les cas difficiles), les arguments rationalistes, insistant sur la cohérence et la qualité des décisions et de leur motivation (le dialogue des juges comme fondement de l'autorité persuasive) et, enfin, les arguments plus politiques (le dialogue des juges comme vecteur d'harmonisation des systèmes juridiques dans un cadre mondialisé).

52. Le premier argument en faveur du dialogue des jurisprudences est d'ordre pragmatique. D'une part, certains cas difficiles³⁶ requièrent des solutions astucieuses et les juges sont tentés de s'inspirer dans ces affaires de ce que leurs homologues ont décidé dans des cas similaires. Pour les partisans du dialogue, se référer aux expériences étrangères relève ainsi du bon sens. Stephen Breyer, juge à la Cour suprême des États-Unis, affirme ainsi : « Si il existe un être humain appelé juge dans un autre pays qui fait face à un problème similaire, pourquoi ne lirais-je pas ce qu'il dit si il y a suffisamment de similitude ? Peut-être que j'apprendrais quelque chose »³⁷. Cette

³¹ KECK (M.) et SIKKINK (K.), *Activists beyond borders*, Cornell University Press, Ithaca, 1998.

³² R. KROTOSZYNSKI, *op. cit.*

³³ A.-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, 2005.

³⁴ GROVE (T.), *op. cit.*

³⁵ SCHAUER (F.), « On the migration of constitutional ideas », *Conn. L. Rev.*, 2005, 37, p. 907-919; BAHDI (R.), « Globalization of judgment : transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts », *George Washington International L. Rev.*, 24, 2002, p. 555-603, spéc. p. 557 : afin par exemple d'éviter des « évaluations » négatives de la communauté internationale.

³⁶ Ceci est à mettre en parallèle avec l'augmentation de l'importance du pouvoir judiciaire, de plus en plus sollicité dans les démocraties avancées pour résoudre de graves problèmes sociaux. Voy. CANIVET (G.), « The use of comparative law before the French private law courts », in *Comparative Law before the Courts*, CANIVET (G.), ANDENAS (M.) et FAIRGRIEVE (D.), Londres, B.I.L.C.L., 2005, p. 181-193, p. 181.

³⁷ Retranscription de la conversation entre les juges Stephen Breyer et Antonin Scalia à l'American University, Washington College of Law, le 13 janvier 2005, disponible à l'adresse www.freerepublic.com/focus/f-news/1352357/posts. Voy. aussi son opinion dissidente dans *Knight v. Florida*, 528 US 990, 993 (1999). Un juge de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud s'exprimait ainsi : « À moins d'être à la hauteur de son

ouverture au dialogue permet de bénéficier de l'expérience d'autres juges qui, par leurs décisions antérieures, illustrent concrètement l'application d'une solution à un cas difficile et ses potentielles conséquences.

D'autre part, la mondialisation favorise la mise en contact des cultures et rend inévitable la comparaison entre les systèmes juridiques³⁸. Comme le rappelle Guy Canivet, ancien Président de la Cour de cassation française, la mondialisation expose de plus en plus le juge à des systèmes de pensée et de cultures qui transcendent les frontières nationales et les systèmes juridiques³⁹. Les décisions étrangères sont alors considérées comme une boîte à outils dans laquelle puiser. Jeremy Waldron compare cela avec la connaissance accumulée en sciences exactes, sur laquelle les scientifiques s'appuient. Cette «sagesse accumulée» sur les droits et la justice grâce à des décisions relatives à des problèmes réels et communs fonctionne comme un outil de résolution des problèmes à ne pas écarter⁴⁰. «Le droit comparé enrichit les options qui sont disponibles. Dans d'autres systèmes juridiques, des institutions similaires remplissent souvent des rôles correspondants et des problèmes juridiques similaires apparaissent (comme le discours incitant à la haine, le droit à la vie privée, la lutte contre le terrorisme). Dans la mesure où ces similarités existent, le droit comparé devient un important outil grâce auquel les juges peuvent remplir leur rôle dans une démocratie»⁴¹.

Ainsi le juge Albie Sachs de la Cour constitutionnelle sud-africaine déclare : «Je suis attentif aux déclarations de certains juges de la Cour suprême des États-Unis... non pas parce que je traite leurs décisions » comme des précédents à appliquer dans nos cours, mais parce que leur *dicta* articule de manière élégante et utile les problèmes [...] auxquels fait face n'importe quelle cour moderne. Malgré qu'ils soient tirés d'une autre culture juri-

arrogance, il doit en être ainsi que la plupart des questions juridiques ne sont pas d'origine exclusive ou immédiate [...] Même dans ce pays [...] il existe du raisonnement judiciaire depuis au moins deux siècles et demi – et je pense que tout comme il est utile d'examiner la jurisprudence nationale, il doit sûrement être utile d'examiner ce que d'autres juridictions disent [...] », Deputy Chief Justice Dikgang Moseke interviewé par U. BENTELE, le 5 mars 2007, à la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, « Mining for gold: the constitutional Court of South Africa's experience with comparative law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 2007, p. 219. Un autre juge de cette même Cour, la juge Kate O'Regan, déclarait : « It would seem unduly parochial to consider that no guidance, whether positive or negative, could be drawn from other legal systems' grappling with issues similar to those with which we are confronted », *K. v. Minister of Safety and Security*, 2005 (9) B.C.L.R. 835 (C.C.), § 35.

³⁸ RAHDERT (M.), « Comparative constitutional advocacy », *American University L. Rev.*, vol. 53, 2007, p. 553-665, spéc. p. 576.

³⁹ CANIVET (G.), *op. cit.*, p. 182.

⁴⁰ WALDRON (J.), « Foreign law and the modern *ius gentium* », *Harvard L. Rev.*, vol. 119, 2005-2006, p. 129-147.

⁴¹ BARAK (A.), « The role of a judge in a democracy », in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Nomos, 2007, p. 939-960, p. 955-956.

dique, ils expriment des valeurs et des dilemmes d'une manière que je trouve précieuse pour élucider le sens de notre texte constitutionnel»⁴².

53. Le deuxième argument avancé pour soutenir le dialogue des jurisprudences consiste à démontrer les progrès, en termes de cohérence, de qualité et de légitimité, qu'acquiescent les décisions enrichies par le dialogue. Là encore, l'argument est double.

a) D'une part, porter son regard sur d'autres systèmes et *a fortiori* d'autres cultures juridiques permet de voir son propre droit sous un autre jour et notamment de mieux comprendre les caractéristiques structurelles de son propre système, ainsi que ses prémisses philosophiques, culturelles et politiques⁴³. L'ancien Président de la Cour suprême israélienne, le juge Aharon Barak, reconnaît cette dimension : «Le droit comparé m'assiste grandement pour réaliser mon rôle de juge. [...] En effet, se comparer aux autres permet une meilleure connaissance de soi»⁴⁴. Le dialogue apporte donc un éclairage différent qui stimule l'introspection⁴⁵ et permet de se focaliser davantage sur le contenu des normes⁴⁶. Comme le résume bien Anne-Marie Slaughter, cela «aide [les juges] à mieux performer, dans le sens qu'ils peuvent approcher un problème particulier de manière plus créative ou avec plus de perspicacité. L'autorité étrangère est persuasive parce qu'elle leur apprend quelque chose qu'ils ne savaient pas ou les aide à voir un problème sous une autre lumière. Cela fournit une plus large gamme d'idées qui permettent de meilleures opinions, plus réfléchies»⁴⁷. Déjà en 1989, Mary Ann Glendon écrivait, elle

⁴² *S. v. Lawrence, S. v. Negal; S. v. Solberg* (CCT38/96, CCT39/96, CCT40/96) 1997 (4) S.A.L.R. 1176, 1223 (C.C.) (Sachs, J.), § 141.

⁴³ BOTHA (H.), « Comparative constitutional law in the classroom: a South African perspective », *Penn. State International L. Rev.*, vol. 28, Issue 3, 2010, p. 531-540.

⁴⁴ BARAK (A.), *op. cit.*, p. 956-957.

⁴⁵ MARTENS (P.), « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, *op. cit.*, p. 9-30, spéc. p. 11. Voy., sur cette idée de *self-reflection*, VILLEY (M.), « Sur la dialectique comme art du dialogue », *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 21, 1976, p. 215-227, spéc. p. 223 : « Car de toutes choses chacun de nous ne saisit qu'un aspect – ne voit qu'un "profil" dira Husserl – il ne la voit que d'un point de vue unilatéral. Si donc nous voulons approcher d'une saisie totale de la chose, tenter de saisir la chose en soi, sa "quiddité", sa vérité, il nous faut entrer dans le jeu social du dialogue. [...] Seul est en mesure d'observer les règles du jeu du dialogue celui qui, suspendant pour un temps ses activités, accepte de chercher, de douter, partage avec cette fin commune : la vérité spéculative sur les choses. Conscient que ses propres "opinions" ne sauraient exprimer qu'une vision partielle de l'objet, il sera capable de respecter aussi les opinions des autres, prises comme autant de témoignages, sur la même chose, mais issus d'une autre expérience, aptes à compléter la sienne. Il se prêtera loyalement à cet entrecroc des opinions particulières au moyen duquel on s'élève à une intuition supérieure ». Enfin, voy. également MUIR WATT (H.), « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503-527, spéc. p. 506.

⁴⁶ BAHDJ (R.), *op. cit.*

⁴⁷ SLAUGHTER (A.-M.), 2003, *op. cit.*

aussi, « qu'une sensibilité accrue aux façons dont d'autres nations ont abordé des problèmes avec lesquels notre propre système juridique est actuellement aux prises ne peut être que bénéfique. Même si des dispositifs juridiques développés dans d'autres pays sont rarement adaptés à la transplantation directe, ils servent souvent [...] à montrer que notre gamme de choix peut être plus large que ce que nous avions imaginé, et à nous alerter sur les inconvénients potentiels ainsi que les possibles avantages de méthodes différentes. L'étude des expériences étrangères peut également être une source fertile d'inspiration et d'idées. Et même lorsqu'elle ne nous emmène pas directement "dans une nouvelle phase de pensée", elle permet presque toujours une meilleure compréhension et une perspective plus équilibrée de notre propre droit »⁴⁸.

b) D'autre part, second volet de l'argument : cela contribue à fonder *en raison* les décisions et leur motivation. Au-delà de la simple curiosité intellectuelle ou d'une lumière éclairante sur son propre système, le dialogue des jurisprudences, « l'incorporation » de décisions étrangères améliorerait aussi la qualité et la force persuasive des jugements domestiques⁴⁹. Vicky Jackson cite, parmi de nombreux bénéfices de la pensée comparative, celui de l'accès à de nouvelles perspectives et informations qui permettent ultimement de produire des décisions mieux raisonnées et plus sophistiquées⁵⁰. Le lien entre dialogue des juges et légitimité des décisions judiciaires paraît donc évident aux yeux des partisans du dialogue, et ce dans la mesure où ils adhèrent, pour la plupart, à une lecture non positiviste et antiformaliste de la validité juridique. La légitimité des décisions de justice serait ainsi corrélative à la capacité des juges à rendre raison de leurs décisions. Et dans ce cadre, la référence à une décision étrangère, empruntée à un système jouissant d'une grande tradition juridique et d'une réputation sans ombre,

⁴⁸ GLENDON (M. A.), *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, University of Chicago Press, 1989, p. 4.

⁴⁹ SLAUGHTER (A.-M.), 1994, *op. cit.*; SLAUGHTER (A.-M.), 2003, *op. cit.*; SLAUGHTER (A.-M.), *A New World Order*, Princeton University Press, 2005.

⁵⁰ JACKSON (V.), « Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience », *Duke Law Journal*, 2001, vol. 51, p. 223-287; JACKSON (V.), « A new constitutional order? The international migration of constitutional norms in the New World Order: constitutions as "living trees"? Comparative constitutional law and interpretive metaphors », *Fordham L. Rev.*, 75, 2006, p. 921. Elle argue que, dès lors que les juges ont nécessairement des impressions à propos d'autres pays qui peuvent influencer leurs décisions, au regard de l'exigence de transparence, il est bon que ces juges déclarent dans leurs décisions ce qu'ils pensent être la réalité dans ces pays. Jackson est d'avis que des références créent de l'*accountability* et empêchent le maintien de jugements basés sur des conceptions erronées; JACKSON (V.), « Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement », *Harvard L. Rev.*, 109, 2005, p. 119-120.

sert de support argumentatif⁵¹ à la décision, voire permet au juge de fonder sa motivation sur des principes communs aux grandes démocraties.

Le dialogue contribue donc à fonder la légitimité rationnelle des décisions judiciaires en « élargissant l'horizon »⁵² donné à ces décisions, en leur conférant un statut d'emblée plus partagé et donc plus « universel ». Dans le champ des droits fondamentaux, dont on perçoit l'universalité revendiquée, les arguments abondent en faveur d'un dialogue⁵³. Selon Sydney Kentridge, par exemple, ancien Juge de la Cour constitutionnelle sud-africaine, l'approche comparative est particulièrement appropriée pour l'interprétation et l'application de garanties en matière de droits fondamentaux, en raison premièrement des « liens familiaux » entre les chartes de droits, et deuxièmement, parce que le matériau comparé est pratiquement inévitable dans les pays qui introduisent une charte de droits fondamentaux pour la première fois⁵⁴. Ces nombreux liens généalogiques entre les instruments de protection se refléteraient dans un langage et des principes similaires⁵⁵ et appelleraient d'eux-mêmes le dialogue.

54. D'où le troisième argument avancé en faveur du dialogue des jurisprudences, l'argument plus « politique ». Cet argument consiste à faire des juges de véritables acteurs des démocraties contemporaines, sous deux aspects encore une fois.

a) D'une part, dans un contexte de mondialisation et d'éclatement des systèmes juridiques, les juges seraient les plus à même de réaliser une synthèse ordonnée de ces systèmes autour de quelques principes communs. Ainsi l'hybridation attendue des systèmes normatifs, en vue de refonder l'ordre juridique, mais au-delà de l'État-nation, pourrait être l'un des objectifs (ou l'une des conséquences) du dialogue des jurisprudences. Ce dialogue participerait

⁵¹ « L'argument fondé sur le droit étranger permet d'offrir une vision plus complète des réponses possibles à un problème juridique donné et offre un support argumentatif à une interprétation donnée » (PONTHOREAU (M.-Cl.), « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in *Comparer les droits résolument*, LEGRAND (P.) dir., PUF, 2009, p. 536-560). Voy., aussi, FRYDMAN (B.), *op. cit.*, p. 155-156.

⁵² « La comparaison ouvre l'horizon au juge dans l'amélioration de sa propre loi »; CANIVET (G.), *op. cit.*, 2005, p. 227.

⁵³ Pour néanmoins une opinion sceptique quant à la valeur des discussions transnationales ou des raisonnements comparatifs dans le domaine des droits de l'homme; MCCRUDDEN (C.), « A common law of human rights? Transnational judicial conversations on constitutional rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, p. 499.

⁵⁴ KENTRIDGE (S.), « Comparative law in constitutional adjudication: the South African experience », *Tulane L. Rev.*, 2005, p. 245-256, spéc. p. 245.

⁵⁵ L'HEUREUX-DUBÉ (C.), *op. cit.*

à la cohérence⁵⁶, à l'harmonisation⁵⁷ et à la réconciliation des différences⁵⁸. Cette pratique permettrait d'éviter les conflits de juridictions et de jurisprudence⁵⁹, permettant de renforcer la jurisprudence de chacun⁶⁰ et d'ordonner le pluralisme⁶¹ en contribuant au rapprochement des ordres juridiques autour de certains principes communs⁶². Selon Katarzyna Grabarczyk, le dialogue en Europe, par exemple, permet d'assurer une coopération entre le juge européen des droits de l'homme et ses homologues internes et, par là même, de participer à l'harmonisation des garanties conventionnelles⁶³. De l'autre côté de l'Atlantique, Sarah Harding, qui compare l'attitude de la Cour suprême américaine avec celle de la Cour suprême canadienne, conclut que l'analyse comparée n'affaiblit pas l'autorité « locale » ni ne

⁵⁶ Pour Laurence Burgorgue-Larsen, « Au-delà de la complexité du réel, il apparaît tout de même que le dialogue met en exergue un idéal (tantôt revendiqué, tantôt induit) de cohérence. Il est tantôt question d'assurer la cohérence de systèmes dont les principes de fonctionnement sont similaires : on retrouve alors ici la logique de système, c'est l'idéal systémique ; tantôt il s'agit *in fine* de faire prévaloir une vision commune des droits de la personne humaine voire de leur degré de protection, c'est l'idéal humaniste » ; BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 121. Voy. également POTVIN-SOLIS (L.), « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, LICHÈRE (F.), POTVIN-SOLIS (L.), RAYNOUARD (A.) dir., *op. cit.*, p. 19-58, spéc. p. 47 et s.

⁵⁷ Ainsi, par exemple, selon Laurence Burgorgue-Larsen, le but des chassés-croisés référentiels entre les cours de Strasbourg et Luxembourg est l'osmose interprétative qui doit « déboucher sur une osmose matérielle et qui est pour l'heure au rendez-vous » ; BURGORGUE-LARSEN (L.), « Les nouveaux "défis" du dialogue jurisprudentiel », *op. cit.*, p. 65-84, spéc. p. 73.

⁵⁸ Voir est un facteur d'intégration : SCHEECK (L.), « Solving Europe's binary human rights puzzle. The interaction between supranational courts as a parameter of European governance », *Questions de recherche / Research in Question*, n° 15, 2005.

⁵⁹ ROMANO (C.), *op. cit.*

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Cette notion est empruntée à Mireille Delmas-Marty. Celle-ci note également : « Les droits de l'homme ne peuvent [...] donner naissance à un véritable droit commun que s'ils sont perçus, non pas comme un acte de foi énonçant des axiomes indémontrables, mais comme un processus dynamique. À la fois évolutifs et interactifs, les droits de l'homme ainsi compris ne "fondent" pas à proprement parler un édifice immobile mais suscitent un mouvement d'internationalisation des droits ». DELMAS-MARTY (M.), « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », *L'annuaire du Collège de France*, 108/2008, § 24.

⁶² ALLARD (J.), *op. cit.*, 2011. Voy. aussi Jacques Chevallier qui soulignait dans le cadre du mode de construction du droit dans la postmodernité, qu'à présent, « il s'agit "d'ordonner le multiple", par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité des normes de provenances diverses : on parlera ainsi "d'inter-légalité" ou "d'inter-normativité" pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre "espaces juridiques" différents, "ordres juridiques" distincts, traduisant l'émergence d'une conception nouvelle d'un droit structuré "en réseau" » ; CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Rev. dr. publ.*, n° 3, 1998, p. 659-690, spéc. p. 674.

⁶³ GRABARCZYK (K.), « Dialogue des juges : éléments d'analyse, Propos introductifs », in *Le dialogue des juges*, *Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, 11, 2007, p. 10-41, spéc. p. 26.

déconnecte l'analyse juridique de ses origines, mais au contraire, permet la réconciliation des différences⁶⁴.

En particulier, lorsque les juges sont confrontés à des droits qui se veulent universels⁶⁵, il est normal qu'ils cherchent à intégrer leur interprétation à quelque chose comme un consensus mondial, améliorant ainsi la compréhension de ces droits⁶⁶. Paolo Carozza, qui analyse en particulier l'utilisation du droit étranger par la Cour européenne des droits de l'homme, estime que les comparaisons interétatiques ont une valeur à la fois théorique et pratique. Elles permettent de renforcer une compréhension commune des droits de l'homme en leur donnant un contenu plus précis, tout en aidant à révéler la contingence et le particularisme qui guident les choix moraux et politiques inhérents à ces normes⁶⁷. La comparaison des droits peut s'avérer utile dans « sa capacité paradoxale à approfondir notre compréhension des particularités des traditions juridiques tout en nous aidant à transcender leurs différences »⁶⁸. Le droit comparé, en ce compris les décisions étrangères, fait émerger une compréhension partagée des exigences de la dignité humaine et du bien commun, et ce à partir de cas concrets.

Au-delà de cette synthèse attendue des droits fondamentaux entre pays démocratiques, certains partisans du dialogue, comme Guy Canivet, estiment que les juges de pays « moins développés » peuvent, autour de « valeurs communes »⁶⁹ syncrétiques, suivre la voie des pays démocratiques. « L'émergence de valeurs communes à l'humanité devrait [...] inciter le juge, quel que soit le degré d'évolution démocratique de l'État dont il relève, [...] à une ouverture sur le monde, à examiner les autres droits. À l'évidence, le dialogue des juges est plus que jamais nécessaire »⁷⁰. Le dialogue des jurisprudences serait donc de nature à assurer une plus grande cohérence de l'entreprise judiciaire globale en la matière⁷¹. Reem Bahdi souligne que l'activité « transju-

⁶⁴ HARDING (S.), « Comparative reasoning and judicial review », *Yale Journal of International Law*, 28, 2003, p. 409-464, spéc. p. 464.

⁶⁵ ZEHNDER (J.), « Constitutional comparativism: the emerging risk of comparative law as a constitutional tiebreaker », *Valparaiso University L. Rev.*, vol. 41, n° 4, 2007, p. 1739-1787.

⁶⁶ KROTOSZYNSKI (R.), *op. cit.*

⁶⁷ CAROZZA (P.), « Uses and misuses of comparative law in international human rights: some reflections on the jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Notre Dame L. Rev.*, 1997-1998, vol. 73, p. 1217-1238, spéc. p. 1219.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1236.

⁶⁹ Voy. par exemple ACKERMANN (L.), « Constitutional comparativism in South Africa: a response to Sir Basil Markesinis and Jörg Fedtke », *Tulane L. Rev.*, 2005, p. 169-193, spéc. p. 181 et 192 et Isaiah Berlin, *Four essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, p. xxxi - xxxii.

⁷⁰ CANIVET (G.), *op. cit.*, p. 244.

⁷¹ ZEHNDER (J.), *op. cit.* Voy. également l'article de VERMEULE (A.), « Many-minds arguments in legal theory », *Harvard Law School Public Law Research*, n° 08-02.

diciaire» contient de nombreuses promesses pour le mouvement des droits de l'homme : elle permet par exemple de pallier l'absence de mécanisme d'exécution au niveau international et peut inspirer davantage de respect pour les droits de l'homme entre les juridictions grâce à l'échange d'expertise⁷². Néanmoins, elle indique que le dialogue des jurisprudences pourrait aussi s'avérer problématique s'il venait à être perçu comme impérialiste⁷³. De même, il est important de souligner, comme le rappelle Joan Larsen, que les arguments contre le constitutionnalisme comparé ne prennent pas nécessairement une forme conservatrice, mais révèlent aussi un souci de protéger des droits acquis (elle indique que, s'il fallait suivre la majorité mondiale, il faudrait par exemple supprimer le droit à l'avortement)⁷⁴.

Ces « valeurs communes » aux systèmes ont donc un statut ambigu : tantôt citées comme une prémisse nécessaire pour dialoguer (on ne cite pas n'importe quelle juridiction), tantôt servant à justifier l'utilisation de la jurisprudence étrangère, elles peuvent aussi devenir un objectif à atteindre⁷⁵. Quoiqu'il en soit, ce statut pose la question politique essentielle du dialogue des jurisprudences : ce dialogue présuppose-t-il une communauté de valeurs ou la produit-il ? Le juge Barak soutient clairement la première option : « Une comparaison utile n'est possible que si les systèmes juridiques ont une base idéologique commune. Le juge doit être sensible à la singularité de chaque système juridique »⁷⁶ et le dialogue des jurisprudences peut se dérouler « lorsque le juge est convaincu que les circonstances sociales, historiques et religieuses contingentes créent une base idéologique commune »⁷⁷. De même, Luzius Wildhaber, ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme, soutient que le dialogue fait apparaître, justement, cette communauté de valeurs : « Y a-t-il pour reprendre la discussion récente au sein de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Lawrence v. Texas*, des tendances, voire des valeurs communes, qui peuvent se voir reflétées

⁷² BAHDI (R.), *op. cit.*, p. 27.

⁷³ *Ibid.*, p. 31.

⁷⁴ LARSEN (J.), « Importing constitutional norms from a "wider civilization" : Lawrence and the Rehnquist Court's use of foreign and international law in domestic constitutional interpretation », *Ohio State Law Journal*, 65, 2004, p. 1283 et s., p. 1320.

⁷⁵ Voy., pour un débat relatif au « respect pour les opinions de l'humanité » qui se déroule aux États-Unis et dans lequel on ne saurait rentrer ici : KOH (H.), « Paying "decent respect" to world opinion on the death penalty », *U.C. Davis L. Rev.*, 2002, vol. 35, p. 1085 et s., p. 1118-1127. Voy. également KOH (H.), « International law as part of our law », *The American Journal of International Law*, 2004, vol. 98, p. 43-57, spéc. p. 44 ; KOH (H.) « Transnational public law litigation », *The Yale Law Journal*, 1991, vol. 100, p. 2347-2402, spéc. p. 2355 ; KOH (H.), « The globalization of freedom », *Yale J. Int'l L.*, 2001, vol. 26, p. 305-312.

⁷⁶ BARAK (A.), *op. cit.*, p. 956-957.

⁷⁷ *Ibid.*

dans la législation et dans la jurisprudence d'un nombre croissant d'États, dans des traités et des textes internationaux, dans la jurisprudence des tribunaux et des autres organes de contrôle internationaux? La jurisprudence de notre Cour y répond par un oui clair»⁷⁸. Laurence Burgorgue-Larsen⁷⁹ ainsi qu'Anne-Marie Slaughter défendent l'idée que le dialogue des jurisprudences vise à faire prévaloir une vision commune non seulement du droit, mais de la fonction de juge. Anne-Marie Slaughter, écrivait avec Lawrence Helfer : « En communiquant entre eux [les tribunaux nationaux, régionaux et globaux] dans une forme de délibération collective à propos de questions juridiques communes, ces tribunaux [...] peuvent également promouvoir une conception globale de l'état de droit, reconnaissant ses multiples manifestations historiquement et culturellement contingentes »⁸⁰.

b) D'où, d'autre part, le deuxième pan de cet argument politique en faveur du dialogue des jurisprudences : le dialogue reposerait sur une possible identification à d'autres juges, sur la projection d'une communauté mondiale plus ou moins étendue, et renforcerait l'indépendance du pouvoir judiciaire (à l'interne *et* à l'externe). En retour, le dialogue aurait un impact important sur la réputation des juridictions qui jouent le jeu – et, au-delà, sur la réputation des ordres juridiques dont elles relèvent. Anne-Marie Slaughter, par exemple, définit le *judicial comity*⁸¹ comme un set de principes conçu pour guider les juges et avoir égard aux juges étrangers par respect pour ceux-ci⁸² et pour ne pas endommager les relations extérieures⁸³. À titre d'illustration, selon Claire L'Heureux-Dubé, le rayonnement de la Cour suprême américaine sous l'ère Rehnquist a faibli parce qu'elle s'est peu tournée vers l'extérieur. Or les jugements les plus intéressants à analyser sont justement ceux qui utilisent eux-mêmes du matériau étranger et qui se positionnent dans les débats internationaux⁸⁴. Dans le même ordre d'idées, selon Mary

⁷⁸ WILDHABER (L.), « Le droit international en Europe: entre tradition et renouveau », *Discours à la conférence inaugurale de la Société européenne de droit international*, Florence, 14 mai 2004.

⁷⁹ BURGORGUE-LARSEN (L.), *op. cit.*, p. 121.

⁸⁰ HELFER (L.) et SLAUGHTER (A.-M.), « Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication », *The Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, p. 273-391, spéc. p. 321 (citant OST (Fr.), « The original canons of interpretation of the European Court of Human Rights », in *The European Convention for the Protection of Human Rights*, DELMAS-MARTY (M.) et CHODKIEWICZ (Chr.) éd., Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-London, 1992, p. 238-318, spéc. p. 284).

⁸¹ SLAUGHTER (A.-M.), *op. cit.*, 2005.

⁸² SLAUGHTER (A.-M.), *op. cit.*, 2003, p. 194.

⁸³ Voy. également Scott et Alston qui parlent de « motivations communautariennes » à travers lesquelles les cours évitent la critique et les juges se montrent « citoyens judiciaires du monde » ; SCOTT (C.) et ALSTON (P.), « Adjudicating constitutional priorities in a transnational context: a comment on Soobramoney's legacy and Grootboom's promise », *South African Journal of Human Rights*, 15, p. 206-268, p. 212-213, cités par BAHDI (R.), *op. cit.*

⁸⁴ L'HEUREUX-DUBÉ (C.), *op. cit.*, p. 38.

Ann Glendon, la force de la Cour européenne des droits de l'homme (par rapport à la Cour suprême américaine) résulte de l'ouverture des juges à l'expérience comparative et de leur sensibilité à la diversité des traditions juridiques⁸⁵. Sandra Day O'Connor⁸⁶ qui, bien qu'elle ne siège plus à la Cour suprême des États-Unis, émet des avis qui influencent encore la jurisprudence constitutionnelle, soutient que l'utilisation du matériau étranger dans le contentieux constitutionnel domestique « créera cette importante bonne impression »⁸⁷. Cette considération pour les relations extérieures ne profite donc pas qu'à une vision strictement idéaliste qui voudrait voir dans le dialogue des juges un effort pour promouvoir une justice globale. Il y est aussi question de souveraineté: Eyal Benvenisti, par exemple, y voit une stratégie pour renforcer les processus démocratiques nationaux et se réapproprié une part de souveraineté, mise à mal par la globalisation. De même, Melissa Waters est d'avis qu'en commentant les interprétations étrangères et en proposant la leur, les cours s'assurent de devenir des acteurs centraux dans le développement des normes dans un domaine particulier⁸⁸, et que la « non-participation totale » à ce dialogue transjudiciaire devient impraticable dans de nombreuses circonstances⁸⁹. Un incitant majeur du dialogue tient donc également « à la nécessité [...] de se positionner sur la scène juridictionnelle à l'heure de la multiplication des juridictions [...] »⁹⁰. Le recensement de ces arguments en faveur du dialogue des jurisprudences nous a donc permis d'évoquer trois justifications de ce dialogue, revêtant chacune un double visage :

1° les arguments pragmatiques consistent (a) à voir dans la jurisprudence étrangère une boîte à outils pour résoudre des problèmes concrets et complexes et (b) à prendre acte de la mondialisation et de la mise en rapport inévitable des ordres juridiques ;

2° les arguments rationalistes consistent (a) à interpréter le détour par la jurisprudence étrangère comme une façon d'élargir son horizon, de penser

⁸⁵ GLENDON (M. A.), *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, États-Unis, 1991.

⁸⁶ O'CONNOR (S.), « Keynote address before the ninety-sixth annual meeting of the American society of international law (March 15, 2002) », in *American Society of International Law Proceedings*, 2002, p. 348-353, spéc. p. 349-350.

⁸⁷ O'CONNOR (S.), « Remarks at the Southern center for international studies », 28 octobre 2003, disponible à l'adresse www.southerncenter.org/OConnor_transcript.pdf.

⁸⁸ WATERS (M.), « Mediating norms and identity: the role of transnational judicial dialogue in creating and enforcing international law », *Georgetown Law Journal*, vol. 93, 2005, p. 487-574, spéc. p. 494.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 555.

⁹⁰ RORIVE (I.), « Le dialogue des juges, un phénomène aux facettes multiples », in *L'Europe des cours, Loyautés et résistances, op. cit.*, p. 283-288, spéc. p. 286.

les fondements de son propre système et (b) à faire de cette ouverture le fondement d'une amélioration des arguments avancés à l'appui des décisions de justice et, par là, leur propre autorité persuasive et donc leur légitimité du point de vue de la raison ;

3° les arguments politiques, plus complexes, visent à montrer le rôle du dialogue des jurisprudences (a) dans l'harmonisation des normes juridiques autour d'un socle commun, des valeurs communes et (b) dans le développement, pour chaque juridiction, de son rayonnement international et en même temps de son indépendance.

Dans ces trois justifications, partagées différemment selon les auteurs, on retrouve bien un souci pour la légitimité des décisions de justice, le souhait de trouver de bonnes solutions dans une société de plus en plus complexe où les juges sont de plus en plus sollicités, la volonté de raisonner au mieux, d'être le plus convaincant possible et, enfin, l'ambition de jouer un rôle dans le monde globalisé.

II. Les arguments critiques à l'égard du dialogue des jurisprudences

On peut relever deux grandes catégories de griefs formulés à l'encontre de la validité et de la légitimité des citations : les arguments de nature épistémologique et les arguments de type politique, les uns et les autres intégrant une critique « culturaliste » du dialogue des jurisprudences. Il faut souligner que tous ces arguments, divisés ici pour plus de clarté, sont en réalité souvent présentés ensemble et fortement liés les uns aux autres. De même, il faut remarquer que les positions sont davantage accentuées outre-Atlantique et que la plupart des débats se cristallisent autour du droit constitutionnel et en matière de droits fondamentaux.

1. Au sein des arguments épistémologiques, on conteste la nature du phénomène et on souligne une série de problèmes méthodologiques qu'il soulève, qui causent deux sortes de conséquences décrites par les auteurs critiques : une diminution de la qualité des décisions et de leur légitimité, et un accroissement non contrôlable du pouvoir du juge.

a) En premier lieu, les auteurs doutent qu'il s'agisse d'un véritable « dialogue ». David Law et Wen-Chen Chang, par exemple, montrent que cette notion est conceptuellement et empiriquement inapte à décrire les analyses comparées

réalisées par les cours⁹¹. Selon eux, deux locuteurs qui s'adressent à des audiences différentes ne sont pas engagés dans un dialogue⁹². Au mieux, on peut parler de « monologue » pour les quelques cas recyclés et cités à l'envi. Les réalités politiques, les considérations normatives et les différences de prestige et de crédibilité restreindraient le flux des idées au point que les caractéristiques d'un dialogue seraient absentes⁹³.

b) Ensuite, les auteurs critiquent l'absence de méthodologie rigoureuse entourant le dialogue des jurisprudences. Des juges et des auteurs doctrinaux remettent en cause, en particulier, la qualité des études de droit comparé sur lesquelles s'appuie le dialogue des jurisprudences. En effet, bien souvent, les juges qui dialoguent ne sont pas en mesure de fonder ce dialogue sur une étude indiscutable de droit comparé, qui supposerait de trancher des questions méthodologiques fort complexes. Par exemple, des questions de traduction, des problèmes d'accessibilité à l'entièreté des données ou de mise à jour des informations reprises, des obstacles procéduraux (« règles de procédure, absence de l'intervention des parties, absence d'observations soumises par des tierces parties »⁹⁴), etc. En conséquence, on constate parfois que la citation traduit en fait une compréhension erronée ou dépassée, à laquelle on ne pourrait remédier qu'en demandant au juge d'effectuer un travail minutieux, dont il n'a probablement pas les moyens matériels. Ainsi, le juge Samuel Alito, interrogé à ce sujet lors de son audition de confirmation de nomination à la Cour suprême des États-Unis, expliquait aux membres du comité judiciaire du Sénat : « Je pense que cela pose de nombreux problèmes pratiques qui ont déjà été mis en évidence. Il faut décider quels pays vont être examinés. Ensuite, il est souvent difficile de comprendre que faire des décisions des cours étrangères. Tous les pays n'établissent pas leur système juridictionnel de la même manière. [...] Il faudrait comprendre la juridiction et l'autorité de ces cours étrangères. Ensuite, parfois, il est fallacieux de regarder une disposition étroite

⁹¹ LAW (D.) et CHANG (W.), « The limits of global judicial dialogue », *Washington Law Review*, vol. 86, 2011, p. 523-577, spéc. p. 527.

⁹² *Ibid.*, p. 529.

⁹³ *Ibid.*, p. 534. Pour un exemple ailleurs, voy. DUPRÉ (C.), *Importing the Law in Post-Communist Transitions*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 44 : la communication ne se passe souvent que dans un seul sens : si la Cour constitutionnelle hongroise s'inspire de la Cour constitutionnelle allemande, l'inverse ne se vérifie pas. Béatrice Belda, au sujet des relations entre les juges internes et le juge européen, est d'avis que l'emploi de la notion de « dialogue des juges » est trompeur et « permet justement et commodément de masquer la relation d'autorité » présente dans ce cas de figure ; BELDA (B.), « Les faux-semblants du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges, Cahiers de l'I.D.E.D.H.*, 11, 2007, p. 223-247, spéc. p. 238.

⁹⁴ BOBEK (M.), « Une méthodologie de loyauté et de résistance dans l'application du droit européen par les cours des nouveaux États membres », in *L'Europe des cours, Loyautés et résistances*, op. cit., p. 119-156, spéc. p. 140.

de droit étranger sans comprendre le corps plus large dans lequel elle s'inscrit»⁹⁵. L'argument culturaliste sous-jacent ici veut que les systèmes étrangers restent largement inaccessibles à notre compréhension. Ainsi, «les sceptiques se demandent comment des idées venues d'ailleurs peuvent être “transplantées” avec succès au vu des difficultés de compréhension des autres systèmes juridiques, en particulier lorsqu'une autre langue est en jeu»⁹⁶.

Les conséquences décrites sont de deux ordres.

Premièrement, on craint que la méthodologie peu rigoureuse accompagnant le dialogue ne sape l'autorité des décisions, celles-ci pouvant contenir des éléments faux, dépassés ou mal compris, voire souffrir du manque de clarté qui résulterait de citations superflues ou ne rajoutant qu'à la complexité. Ainsi, le juge Diarmuid F. O'Scannlain (de la Cour d'appel du 9^e circuit) remarque que, malgré les «forces apparemment irrésistibles de la globalisation, [...] nos pays et systèmes juridiques restent distincts à de nombreux égards. Les juges qui ne tiennent pas compte de cela encourent le risque de créer du “mauvais” droit et d'altérer profondément leur système juridique»⁹⁷. Même lorsque le droit comparé est pertinent, certains auteurs ne voient pas de plus-value au dialogue, au contraire. Carlos Rosenkrantz, par exemple, exclut les emprunts non contraignants, principalement parce que citer spontanément du droit étranger ne fait, selon lui, que complexifier les décisions, qui se doivent de toujours rester simples et accessibles. Le dialogue serait donc de nature à brouiller les décisions et à leur faire perdre ce sens de la singularité vital à l'implantation du droit constitutionnel⁹⁸. Enfin, non seulement l'autorité des décisions peut être affectée, mais également la légitimité même de la juridiction qui dialogue, *a fortiori* si la méthodologie utilisée semble inconsistante. Ainsi, des critiques ont été adressées à la Cour européenne des droits de

⁹⁵ Audition de confirmation de la nomination de Samuel A. Alito, Jr. devant le comité judiciaire du Sénat, 109th Cong., 2006, disponible sur www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-109shrg25429/html/CHRG-109shrg25429.htm. Une autre complication méthodologique soulevée par l'*Attorney General* Alberto Gonzalez concerne l'éventualité que les autres nations, voire les cours d'une même nation, ne soient pas d'accord sur un point de droit; GONZALES (A.), «US Attorney General», Prepared Remarks of Attorney General Alberto Gonzales at the University of Chicago Law School, 9 novembre 2005, disponible à l'adresse www.usdoj.gov/ag/speeches/2005/ag_speech_0511091.html.

⁹⁶ BENTELE (U.), *op. cit.*, p. 2. Voy. également RAHDERT (M.), *op. cit.*, p. 586.

⁹⁷ O'SCANNLAIN (D.), «What role should foreign practice and precedent play in the interpretation of domestic law?», Lecture at the Institute of Advanced Legal Studies of the University of London, 11 octobre 2004, *Notre Dame L. Rev.*, 80, 2005, p. 1893 et s.

⁹⁸ ROSENKRANTZ (C.), «Against borrowings and nonauthoritative of foreign law», *I.J.Const.L.*, vol. 1, 2003, p. 269-295, spéc. p. 292-293. Il n'est pas le seul à penser qu'une citation peu rigoureuse crée de l'incertitude juridique. Voy., par exemple, RAMSEY (M.), «International materials and domestic rights: reflections on Atkins and Lawrence», *American Journal of International Law*, 98, 2004, p. 69 et s., spéc. p. 77.

l'homme pour son utilisation parfois lacunaire, voire instrumentale, du droit comparé⁹⁹.

Et c'est la deuxième grande conséquence néfaste du dialogue selon les auteurs critiques : sans encadrement et sans transparence, les choix de jurisprudences semblent parfois hasardeux : le juge serait « tombé » sur une décision qui peut lui servir. Pire : la plupart du temps, ces choix sont orientés par les parties ou les *amici curiae*, qui imposent le droit comparé, mais aussi par les convictions des juges eux-mêmes. Ces critères subjectifs ne satisfont donc pas les auteurs critiques. De manière générale, il est souligné que peu de juridictions font un usage ordonné du matériau étranger, lorsque celui-ci est cité¹⁰⁰. Roger Alford déplore par exemple le fait que, jusqu'à présent, la Cour suprême des États-Unis a déployé les sources étrangères de manière sélective et peu rigoureuse et que les partisans du dialogue n'ont pas réussi à théoriser suffisamment leur approche¹⁰¹. Le manque de règles contraignantes qui permettraient d'encadrer le dialogue des jurisprudences aboutirait donc à la partialité. On s'aperçoit en effet que non seulement certaines jurisprudences sont ignorées¹⁰², mais que, en outre, on sélectionne souvent les éléments qui seront repris en les isolant du système qui leur donne sens. Ainsi, le juge Scalia a beau jeu, à la Cour suprême des États-Unis, de dénoncer le procédé : « Invoquer le droit étranger quand cela correspond à notre conviction dans un cas, et l'ignorer le reste du temps, ce n'est pas une décision rationnelle, mais un sophisme »¹⁰³. C'est le fameux argument du « rideau de fumée » avancé autrefois par Holmes¹⁰⁴ à l'égard du formalisme juridique : le dialogue des jurisprudences viendrait en appui

⁹⁹ Paolo Carozza, par exemple, s'intéresse au concept de « consensus » utilisé par la Cour et pose la question suivante : « En quoi le consensus d'une majorité d'États détermine la portée d'une norme supranationale ? ». Lier les exigences de normes obligatoires universelles aux résultats d'une comparaison des droits étatiques prive justement ces normes de leur statut supranational et conduit à choisir le plus petit dénominateur commun ; CAROZZA (P.), *op. cit.*, p. 1218.

¹⁰⁰ McCrudden (C.), « Judicial comparativism and human rights », in *Comparative Law: A Handbook*, ÖRÜCÜ (E.) et NELKEN (D.) éd., Hart Publishing, 2007, p. 371-398, p. 377.

¹⁰¹ ALFORD (R.), « In search of a theory for constitutional comparativism », *UCLA L. Rev.*, 52, 2005, p. 639, p. 641-642, p. 644, p. 713, cité par KROTOSZYNSKI (R.), *op. cit.*, p. 1329.

¹⁰² Dans le même ordre d'idées, Jean du Bois de Gaudusson souligne combien la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges est complexe : à ce jour, les jurisprudences des pays développés et du Nord ne subissent guère l'influence du Sud ; DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), « La complexité de la participation des cours suprêmes des pays en voie de développement au dialogue des juges », *Petites affiches*, *op. cit.*, p. 22-25. DELAHUNTY (R.) et YOO (J.), « Against foreign law », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 29, 2005, p. 291 et s., spéc. p. 297, relèvent également que les décisions citées dans la jurisprudence américaine proviennent quasi exclusivement d'Europe.

¹⁰³ Traduction personnelle : « *To invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry* » (*Roper v. Simmons*, (03-633) 543 U.S. 551 (2005) Scalia, J., dissenting, § 3).

¹⁰⁴ Voy. HOLMES (O. W.), *The Common Law*, Macmillan and Co., London, 1881.

des choix personnels des juges, servirait à donner de la légitimité à leurs décisions en masquant leur caractère finalement arbitraire. Selon Michael Ramsey, par exemple, l'utilisation de matériau étranger sert de couverture au développement de droits choisis et privilégiés par les groupes de pression et les juges citeraient uniquement les autorités étrangères qui conviennent à leurs préférences personnelles¹⁰⁵. Cette même préoccupation fut exprimée par le juge John Roberts lors de son audition de confirmation en évoquant ses doutes quant au pouvoir « non bridé » que pourra accaparer le juge en allant faire du *cherry-picking* pour asseoir ses propres opinions¹⁰⁶.

2. La deuxième série d'arguments avancés contre le dialogue des jurisprudences est plus proprement politique et concerne tant les relations entre pouvoirs que la question de la souveraineté, tant la souveraineté populaire que celle des États.

a) Les auteurs sceptiques à l'égard du dialogue des jurisprudences dénoncent en effet le déséquilibre qu'un tel dialogue pourrait provoquer entre les pouvoirs, et notamment en accordant aux juges des prérogatives qui relèvent normalement du pouvoir législatif et/ou exécutif. Ainsi, l'utilisation de matériau étranger, lorsque des choix de politique morale ou sociale sont opérés, doit être laissée au législateur et excède les pouvoirs judiciaires. De même, certains auteurs, comme Robert Delahunty et John Yoo, concèdent que le dialogue des jurisprudences peut être utile lorsqu'il s'agit d'emprunter une solution astucieuse ou une information empirique, mais devient illégitime dès lors qu'il s'agit de légitimer ainsi une « prise de pouvoir » des juges. Plus encore, le dialogue des jurisprudences ne saurait justifier, à leurs yeux, des revirements de jurisprudence et donc des changements substantiels du droit en vigueur. Si tel était le cas, le dialogue saperait la séparation des pouvoirs¹⁰⁷. Rejoignant ainsi du point de vue politique l'argument déjà rencontré du culturalisme, les auteurs dénoncent ce « droit global » dont les juges seraient les porte-drapeaux tout à fait illégitimes. Ils dénoncent en particulier l'objectif de convergence qu'ils semblent y déceler¹⁰⁸.

b) D'où le second volet de l'argument politique opposé au dialogue des jurisprudences : le dialogue serait de nature à affaiblir la souveraineté. Dès lors que le droit étranger peut avoir un effet substantiel sur le droit interne, il s'agit,

¹⁰⁵ RAMSEY (M.), *op. cit.*, p. 77.

¹⁰⁶ Audition de confirmation de la nomination de John G. Roberts, Jr. devant le comité judiciaire du Sénat, 109th Cong., 2005, disponible à l'adresse www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?granuleId=&packageId=GPO-CHRG-ROBERTS, p. 200-201.

¹⁰⁷ DELAHUNTY (R.) et YOO (J.), *op. cit.*, p. 291.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 296.

disent les sceptiques, d'une menace potentielle pour la souveraineté (de l'État, mais aussi du peuple)¹⁰⁹. Selon Roger Alford, critique académique principal du dialogue des jurisprudences (se désignant lui-même comme « un sceptique du constitutionnalisme comparé »¹¹⁰), citer les décisions étrangères revient à allouer un pouvoir de décision « contre-majoritaire » à des forces étrangères quand leurs vues se heurtent à des valeurs domestiques¹¹¹ et il est absolument inapproprié d'attribuer une valeur constitutionnelle aux « opinions globales de l'humanité » pour contrecarrer les opinions nationales¹¹². Aux États-Unis, l'*Attorney General* (équivalent du ministre de la Justice) Alberto Gonzalez a publiquement critiqué cette utilisation du « comparatisme constitutionnel » qui sape la légitimité de la Cour suprême et usurpe le rôle d'autres branches politiques¹¹³. Parallèlement, plusieurs sénateurs se sont prononcés à l'encontre de la pratique lors des auditions de confirmation et certains ont déposé des propositions de loi visant à interdire aux cours fédérales l'utilisation de décisions de cours étrangères pour interpréter la Constitution¹¹⁴. Le juge Clarence Thomas de la Cour suprême des États-Unis s'exprimait ainsi dans l'affaire *Foster v. Florida*: « Si le Congrès, en tant que législateur, peut vouloir prendre en compte les actions d'autres nations, la jurisprudence [...] de cette Cour ne devrait pas imposer les humeurs, manies ou modes étrangères aux Américains »¹¹⁵. On retrouve un vocabulaire identique en France chez Georges Vedel: « Que le droit comparé soit invoqué au secours de la supraconstitutionnalité ne

¹⁰⁹ Pour une critique fortement réprobatrice, voy. par exemple CONNELL (L.), « The Supreme Court, foreign law and constitutional governance », *Widener L. Rev.*, 2004, vol. 11, p. 59-81.

¹¹⁰ ALFORD (R.), « Four mistakes in the debate on "outsourcing authority" », *Albany L. Rev.*, vol. 69, 2005, p. 653-681, spéc. p. 653.

¹¹¹ ALFORD (R.), « Misusing international sources to interpret the Constitution », *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 57-69, spéc. p. 58.

¹¹² ALFORD (R.), « In search of a theory for constitutional comparativism », *op. cit.*, p. 639-714.

¹¹³ GONZALES (A.), *op. cit.*

¹¹⁴ Voici un aperçu de la tonalité de ces initiatives, qui se basent sur le même type d'arguments: Constitution Restoration Act de 2005, S. 520, 109^e Congrès, § 201 (2005): « Expriment le sentiment du Sénat que les déterminations judiciaires sur le sens de la Constitution des États-Unis ne devraient pas être fondées sur des jugements, lois, ou déclarations des institutions étrangères à moins que ces jugements étrangers, lois ou déclarations informent le sens originel de la Constitution des États-Unis »; American Justice for American Citizens Act, H.R. 1658, 109th Cong., § 3 (2005): « Ni la Cour suprême des États-Unis, ni aucun tribunal fédéral inférieur n'emploiera la constitution, les lois, les règles administratives, décrets, les directives politiques, ou les décisions judiciaires de toute organisation internationale ou d'État étranger, à l'exception du droit constitutionnel et de la *common law* anglaise et les autres sources invoquées par les auteurs de la Constitution des États-Unis ». Pour une critique de ces propositions, voy. TURNER (E.), « The relevancy of foreign law as persuasive authority and congress's response to its use: a preemptive attack on the Constitution Restoration Act », *Georgia State University L. Rev.*, 2006, vol. 23, p. 455-480.

¹¹⁵ *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990 (2002) (Thomas J., concurring in denial of certiorari).

doit pas ébranler la conviction qui, jusqu'ici, a été celle du Conseil constitutionnel pour qui le législateur ne peut être approuvé ou censuré en droit que par référence à une disposition constitutionnelle écrite. Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps¹¹⁶. C'est bien l'homogénéité culturelle d'une nation qui est opposée ici à l'importation de valeurs via le dialogue des juges. Un dialogue opéré au nom du droit global qui imposerait des «lubies», des «goûts» sans légitimité démocratique.

Les auteurs critiques opposent donc le dialogue des juges qui se prétend universaliste alors qu'il n'exprime que la position d'un tout petit groupe socialement déterminé, d'une part, et la souveraineté de la volonté du peuple dont le droit doit rester l'expression, d'autre part. Richard Posner s'oppose ainsi à la citation de décisions étrangères en raison précisément du manque de légitimité démocratique des juges étrangers¹¹⁷. Cela revient, selon lui, à flirter avec l'idée d'un droit naturel universel ou à supposer de manière fantasmatique que les juges du monde constituent une communauté élite et unique de sagesse et de conscience¹¹⁸. Peter Berkowitz appuie cette vision lorsqu'il écrit : « Comment la Constitution peut-elle rester la loi suprême du pays si [...] les juges américains regardent par-dessus elle vers une "jurisprudence constitutionnelle globale" faisant de plus en plus autorité et se considèrent comme des représentants d'une sorte de circonscription transnationale voire globale ? »¹¹⁹.

Ces objections à la prise en considération du droit étranger sont, on le voit, fortement liées à des conceptions de philosophie du droit et à la façon dont les auteurs considèrent le rôle interprétatif du juge. Les originalistes¹²⁰, par

¹¹⁶ VEDEL (G.), « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993/67, p. 96. De manière générale, les formules piquantes n'ont pas manqué. Ainsi, le juge Alito « pense que les Pères fondateurs seraient sidérés par l'idée d'interpréter notre *Bill of Rights* en organisant un sondage des pays du monde » ; Audition de confirmation de Samuel Alito, 109th Cong., 2006 (réponse à une question du sénateur Coburn), *op. cit.*, p. 471. Voy. également VIEIRA (E.), « Remarks at the Judeo-Christian Council for Constitutional Restoration Conference: Confronting the Judicial War on Faith (7-8 avril 2005) », in *And the Verdict on Justice Kennedy is: Guilty*, MILBANK (D.), Washington Post, 9 avril 2005, p. A3.

¹¹⁷ POSNER (R.), « No thanks, we already have our own laws », *Legal Affairs*, July-August 2004, p. 40-42; voy. également POSNER (R.), « The Supreme Court, 2004 term – Foreword: a political court », *Harvard L. Rev.*, vol. 119, 2005, p. 28-102, spéc. 84-90. Lors de son audition de confirmation, le juge John Roberts explique que, selon lui, le processus démocratique serait détourné si les juges basaient leurs décisions sur des précédents de juges qui n'ont pas été nommés et confirmés par des représentants du peuple américain ; *op. cit.*, p. 200-201.

¹¹⁸ POSNER (R.), *op. cit.*, 2004, p. 40-42.

¹¹⁹ BERKOWITZ (P.), « Laws of nations », *Policy Review*, avril-mai 2005, p. 78.

¹²⁰ Même si, au sein même de la théorie, cela est débattu ; voy. GRAY (D.), « Why justice Scalia should be a constitutional comparativist... Sometimes », *Stanford L. Rev.*, vol. 59, 2007, spéc. p. 1249.

exemple, qui considèrent que les juges de la Cour suprême sont chargés de retrouver l'intention originelle des Pères fondateurs de la Constitution américaine, et non d'adapter la Constitution au fil de l'évolution des mœurs, sont majoritairement opposés au dialogue des jurisprudences et, surtout, sceptiques quant à la plus-value qu'apporte un tel dialogue pour le droit et le bien des Américains¹²¹. Dès lors que les constitutions sont étroitement liées à l'histoire, à la culture et à l'identité particulières d'une nation, on comprend mieux le scepticisme que suscitent les visées universalistes affichées par les partisans du dialogue. Cette tradition «expressiviste» considère le droit d'une nation comme exprimant quelque chose de distinctif propre à cette nation particulière. La dilution des dimensions historique et politique des Constitutions et, donc, l'effacement des éléments culturels propres à chaque pays sont en effet des risques de la convergence auxquels le dialogue peut conduire. Si le droit, *a fortiori* le droit constitutionnel, contribue à l'identité d'une nation, comment accepter que les juges, pour interpréter ce droit, regardent par-dessus leurs épaules et cherchent ailleurs le sens de celui-ci?

Cette crainte politique est renforcée par la dimension informelle du dialogue des jurisprudences, qui démontre que ce dernier relève bien de la volonté des juges. «En d'autres termes, on critique le caractère non systématique, hasardeux ou opportuniste de ces références étrangères, leur aspect partiel et donc partial»¹²², avec toutefois un paradoxe : les auteurs sceptiques dénoncent l'influence du droit étranger sur les valeurs, le droit voire la politique domestiques et, *en même temps*, déplorent le caractère partiel et non systématique de cette influence.

L'inventaire des raisons qui inspirent aux auteurs critiques leur scepticisme à l'égard du dialogue des jurisprudences permet donc de synthétiser cette position.

1. Les arguments épistémologiques s'appuient sur le fait que l'utilisation de la jurisprudence étrangère (a) ne peut pas, en l'état actuel des choses, être qualifiée de «dialogue», voire (b) reste hautement hasardeuse et obscure dans ses applications concrètes. Les symptômes dénoncés sont, d'une part, la perte d'autorité des décisions et, d'autre part, le risque d'instrumentalisation et de partialité.

¹²¹ L'inverse est également vrai: TUSHNET (M.), «When is knowing less better than knowing more? Unpacking the controversy over Supreme Court reference to non-US law», *Minn. L. Rev.*, 90, 2006, p. 1275-1302, p. 1278.

¹²² FRYDMAN (B.), *op. cit.*, p. 157.

2. Les arguments politiques s'articulent autour (a) de l'idée que l'incorporation de règles étrangères bouleverse l'équilibre interne du système¹²³, en particulier celui de la séparation des pouvoirs et (b) de la notion de souveraineté et de la crainte de voir des valeurs étrangères s'imposer.

Paradoxalement, le même souci de légitimité, déjà présent dans les approches plus « idéalistes », est lui aussi mis en avant par les sceptiques, qui en proposent une interprétation diamétralement opposée. Là où les partisans du dialogue voient dans les exemples étrangers des outils pour renforcer la cohérence rationnelle de la décision, les auteurs critiques y perçoivent au contraire un risque d'opacité entraînant une perte de lisibilité et donc d'autorité. Là où les partisans du dialogue en font un vecteur d'harmonisation des normes et, dans celle-ci, un facteur de légitimité du droit, les auteurs critiques réaffirment que la légitimité du droit dépend pour l'essentiel du cadre (national, formel, contraignant) dans lequel les normes sont produites et que toute tentative de globalisation du droit, *a fortiori* quand elle est l'œuvre de juges non élus, menace cette légitimité. Enfin, là où les partisans du dialogue interprètent l'ouverture aux arguments étrangers comme un enrichissement culturel, les auteurs critiques dénoncent l'importation de valeurs qui ne font l'objet d'aucun consensus national.

Conclusion : le dialogue des jurisprudences, une source du droit ?

Un constat s'impose à tous observateurs, quelle que soit leur opinion quant au dialogue : la jurisprudence étrangère n'est jamais obligatoire et « il est rare que des règles formelles déterminent ce qui doit être reconnu comme une citation légitime »¹²⁴. Le dialogue des jurisprudences ne peut donc être considéré comme une source du droit contraignante, obligatoire ou formelle. « Le droit comparé agit donc comme un “ami expérimenté”. Bien sûr, il n'y a pas d'obligation de se référer au droit comparé »¹²⁵.

Le dialogue des juges par le biais des citations réciproques peut-il toutefois être considéré comme une source légitime du droit ? On peut à ce niveau distin-

¹²³ VALCKE (C.), « La greffe juridique en droit comparé », in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, AHJUCAF, 21-23 juin 2010, p. 86-95, p. 90.

¹²⁴ SCHAUER (F.), « Authority and authorities », *Virginia L. Rev.*, 2008, vol. 94, p. 1931-1961, p. 1957.

¹²⁵ « De plus, même quand le droit comparé est consulté, la décision finale doit toujours être locale. Le bénéfice du droit comparé est l'expansion de la pensée juridique à propos des arguments possibles, des tendances juridiques et des structures de prise de décision disponibles » ; BARAK (A.), *op. cit.*, p. 956-957.

guer deux types de réponses, selon que les auteurs adoptent une approche défavorable au dialogue ou une approche enthousiaste à son égard.

1. Comme on l'a vu, les sceptiques développent une série d'arguments empruntés au positivisme juridique pour dénier au dialogue un statut juridique de source. Ils rappellent à bon droit que, comme l'a montré Hart, « pour être en présence d'un système juridique, il faut qu'existent des personnes émettant des ordres généraux appuyés de menaces [...]. Cette personne ou ce corps doit être suprême dans l'ordre interne et indépendant dans l'ordre externe »¹²⁶. En d'autres termes, toute pratique des juges fragilisant cette indépendance est de nature à faire s'effondrer le système lui-même, rendant caduques les normes qui le composent. Basé sur l'ouverture d'un système pensé pour être fermé, le dialogue ruinerait ainsi le système lui-même. C'est ainsi que Charles Fried dénonce ce qu'il appelle une « expansion du canon des matériaux faisant autorité »¹²⁷ qui est liée à la mondialisation du droit et à l'interdépendance des systèmes juridiques¹²⁸.

Presque « par nature », le dialogue des jurisprudences ne saurait donc constituer une source du droit. C'est pourquoi, disent les sceptiques, tout argument tendant à le faire passer pour tel est nécessairement fallacieux et procède par idéalisation : il s'agit toujours d'attribuer au dialogue des vertus qu'en réalité, il ne possède pas. Les arguments rationalistes des auteurs partisans du dialogue, par exemple, qui voudraient qu'une décision, quand elle cite la jurisprudence de juridictions étrangères, acquière une plus grande « autorité persuasive » tout en augmentant la qualité de ses motivations, sont déconstruits par le scepticisme, que ce soit sur le plan épistémologique (en réalité, la citation brouille les arguments des juges) que sur le plan politique (l'autorité relève tout autant du statut des juridictions et de leur inscription dans un ordre juridique valide). En fait d'autorité persuasive, on aurait surtout affaire, dans le dialogue des jurisprudences, à un argument d'autorité¹²⁹ qui, en tant que tel, ne saurait être légitime. De

¹²⁶ HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1994, p. 41.

¹²⁷ FRIED (C.), « Scholars and judges: reason and power », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 23, 2000, p. 807 et s., p. 819.

¹²⁸ Selon Patrick Glenn, le prolongement de ceci est le suivant : « étant donné que les systèmes juridiques existent tout simplement, sans justifications normatives nécessaires, ils ne peuvent en principe pas déterminer quand ils devraient céder à, ou adopter en tant que résultat d'un raisonnement comparatif, des règles tirées d'un autre ordre juridique ou tradition » ; GLENN (P.), « Comparative legal reasoning and the courts: a view from the Americas », in *Comparative Law before the Courts*, CANIVET (G.), ANDENAS (M.) et FAIRGRIEVE (D.), 2004, p. 217-233, p. 218.

¹²⁹ Déjà en 1964, Carleton Allen écrivait que la frontière entre les deux est souvent mince ; ALLEN (C.), *Law in the Making*, 7^e éd., Oxford University Press, London, 1964, p. 284.

même, l'harmonisation des normes autour d'un socle de principes commun, que les auteurs partisans du dialogue lui associent, ne serait au mieux qu'un bricolage hasardeux ou, au pire, une apparence de légitimité ayant pour fonction de masquer les choix personnels des juges.

Il en irait donc exactement de même lorsque les auteurs partisans du dialogue le considèrent comme une source certes non obligatoire et non contraignante, mais néanmoins légitime du droit: selon les sceptiques, le fait que les juges se réfèrent à du droit étranger, pour des motifs plus ou moins avouables, ne saurait transformer le dialogue des juges en source du droit et lui conférer ainsi une validité juridique qu'en réalité, il ne possède pas.

2. Les partisans du dialogue prêtent quant à eux le flanc à cette critique, en passant sans cesse du fait au droit: le fait que les juges dialoguent suffirait à conférer à ce dialogue un statut juridique, un statut de source. La pratique répétée de la citation tendrait ainsi à légitimer l'institution de l'utilisation de sources de ce type. On comprendrait ici la reconnaissance (ou la non-reconnaissance) d'une source «[...] davantage, comme l'a suggéré Brian Simpson¹³⁰, comme une pratique au sens wittgensteinien: une pratique au sein de laquelle, graduellement et de manière diffuse, les acteurs du droit (avocats, juges, commentateurs, etc.) déterminent ce qui sera considéré comme une source légitime»¹³¹.

Pourtant, le contre-argument ne paraît pas tout à fait convaincant: suffit-il de donner du droit une définition étroite, d'affirmer qu'elle est la seule possible et dont dérive la notion même de source du droit pour résoudre la question de la légitimité des sources, et particulièrement de nouvelles sources comme le dialogue? Autrement dit, les sceptiques ne sont-ils pas victimes d'une pétition de principe en excluant *a priori* le dialogue sous prétexte qu'il n'est pas source du droit, pour ensuite démontrer qu'il ne peut pas l'être? Comme l'a montré Dworkin, ce type d'arguments sceptiques n'est pas extérieur à l'interprétation du droit dans son ensemble.

On ne peut nier que le dialogue des jurisprudences contient donc, par son existence même, une prétention à être source du droit: «Une citation juridique a un important double aspect: c'est une affirmation par le citant qu'il estime que c'est une bonne source mais également que *ce type de source* est légitime»¹³². Et on ne peut nier que ce dialogue, dans certains domaines et dans certaines juridictions (et pas partout, certes), a eu non seulement une influence substantielle sur le droit, mais également sur la façon dont on a

¹³⁰ SIMPSON (B.), « The common law and legal theory », in *Legal Theory and Common Law*, TWINING (W.), 1986, p. 8-26, spéc. p. 18-21, cité par SCHAUER (F.), 2008, *op. cit.*, p. 1957.

¹³¹ SCHAUER (F.), 2008, *op. cit.*, p. 1957.

¹³² *Ibid.*

considéré ce qu'était le droit et, partant, sur la notion même de source du droit. «L'utilisation du droit comparé par les tribunaux a des conséquences pour le système des sources et pour l'argumentation juridique. Ces conséquences indiquent également le rôle que les tribunaux jouent dans un système juridique n'adhérant plus aux paradigmes positivistes et nationaux du XX^e siècle, et n'étant plus limité par les doctrines nationales désuètes d'interprétation des lois ou du précédent. Dans les nouveaux systèmes juridiques plus ouverts, il est davantage laissé aux tribunaux d'évaluer et de soupeser les sources plus complexes que jamais auparavant»¹³³.

Or, justement, la reconnaissance de sources du droit provenant de l'extérieur du système national est présupposée par le dialogue autant qu'elle est provoquée par celui-ci¹³⁴. Les partisans du dialogue rejettent donc *a priori* «le positivisme juridique et le concept d'un système juridique national auto-suffisant»¹³⁵. En ayant renoncé à la définition close du système juridique, les partisans du dialogue proposent des conceptions d'un droit ouvert et un nouveau rapport à la juridicité. Hart lui-même, dans *Le Concept de droit*, reconnaît que «[la] distinction nette entre des sources historiques ou causales et des sources juridiques ou formelles peut s'estomper dans la pratique effective»¹³⁶.

Cette réflexion est inspirée chez Hart de sa théorie du pouvoir discrétionnaire du juge : «Lorsque ce dernier estime qu'il n'y a pas de loi ou d'autre source formelle du droit qui permette de trancher le litige dont il est saisi, il peut fonder sa décision par exemple sur un texte du *Digeste* ou sur les écrits d'un juriste français [...]. Le système juridique n'exige pas de lui qu'il utilise ces sources, mais on reconnaît qu'une telle attitude est parfaitement opportune. Il s'agit, par conséquent, plus que de simples influences historiques ou causales, puisque l'on reconnaît que de tels écrits constituent de "bonnes raisons" à l'appui des décisions. Peut-être pourrions-nous qualifier de telles sources juridiques de "facultatives" pour les distinguer à la fois des sources juridiques "impératives" ou formelles, telles que la loi, et des sources historiques ou matérielles»¹³⁷.

¹³³ ANDENAS (M.) et FAIRGRIEVE (D.), « Introduction: finding a common language for open legal systems », in *Comparative Law before the Courts*, *op. cit.*, p. xxvi-xl et p. xxvii.

¹³⁴ Moratia Huir-Watt, par exemple, est d'avis que « l'utilisation du droit comparé par les tribunaux peut servir un objectif "subversif" salutaire, en injectant dans le raisonnement judiciaire des "outsiders insights" sans lesquels le conservatisme juridique tend à s'épanouir » (MUIR WATT (H.), « Of trans-cultural borrowing, hybrids, and the complexity of legal knowledge: an example of comparative law before the French courts », in *Comparative Law before the Courts*, *op. cit.*, p. 33-48, p. 33, et MUIR WATT (H.), *op. cit.*, 2000).

¹³⁵ GLENN (P.), 2004, *op. cit.*, 2004, p. 217.

¹³⁶ HART (H. L. A.), *op. cit.*, p. 246 (note relative au point VI).

¹³⁷ *Ibid.*

Autrement dit, Hart lui-même admet l'existence de sources du droit facultatives et non contraignantes, dont l'existence bénéficie à la rationalité des décisions, et dont il donne précisément pour exemple les « écrits d'un juriste français ». La possibilité de sources du droit facultatives semble donc cautionner la pratique du dialogue des jurisprudences, dont l'initiative reviendrait au juge seul. Mais cette possibilité (cette faculté, pourrait-on dire) ne revient au juge, selon Hart, que dans les cas difficiles (*hard cases*). Certes, c'est particulièrement dans les cas difficiles qu'il est recouru aux solutions étrangères¹³⁸ : « C'est sans doute sur les questions sensibles mettant en cause des considérations éthiques ou religieuses, que le recours aux solutions données par les grands systèmes étrangers est une référence précieuse pour les juridictions confrontées à des opinions nationales troublées »¹³⁹.

Pourtant, les partisans du dialogue vont plus loin en ne limitant pas la pratique du dialogue aux cas marginaux : la jurisprudence étrangère n'est pas seulement une boîte à outils dans laquelle piocher pour les cas difficiles. Le juge, quand il utilise cette jurisprudence, ne fait pas forcément usage d'un pouvoir discrétionnaire à la marge. Le dialogue des jurisprudences révèle aussi, comme disait Dworkin à propos des cas difficiles, la nature du droit et ce qu'est la juridicité¹⁴⁰. Ce dialogue oblige à repenser l'autorité des décisions judiciaires en général, au-delà du cadre positiviste, et permet ainsi de refonder le droit au-delà de celui-ci¹⁴¹. Ainsi, comme l'indique Schauer, quelque chose d'aussi trivial qu'une citation peut s'avérer révéler une facette de la nature même du droit en général¹⁴².

Le dialogue des juges rappelle notamment que le droit est une entreprise collective, un véritable « travail d'équipe »¹⁴³. Soutenir le dialogue des juges, en ce sens, c'est adhérer à la fameuse métaphore du roman à la chaîne qui,

¹³⁸ MAUS (D.), « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *Rev. fr. dr. const.*, 2009, n° 80, p. 675-696, p. 683; MAK (E.), « Internationalizing courts make fairer societies », *Synergy*, mars 2011, p. 5.

¹³⁹ CANIVET (G.), *op. cit.*, p. 236. De même, selon Bruno Genevois, « [I]es hypothèses dans lesquelles le juge national se tourne vers les jurisprudences étrangères, [...] paraissent être de trois ordres. Tout d'abord, il peut se trouver confronté à une question inédite. Ensuite, et cela peut recouper l'hypothèse précédente, le juge doit faire face à des problèmes délicats sur un plan éthique. Enfin, abstraction faite de ces deux cas, le juge peut avoir pour dessein de faire évoluer son droit interne en se servant des enseignements du droit comparé » ; GENEVOIS (Br.), *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁰ Dworkin est convaincu, par exemple, que la décision d'un juge est orientée en fonction de sa loyauté envers telle ou telle conception du droit en général.

¹⁴¹ Par conséquent, le droit, « d'une part, devient le produit de multiples acteurs, issus ou non de systèmes juridiques divers et dont les fonctions peuvent varier; et d'autre part, est le fruit d'une collaboration et de négociations entre les multiples acteurs du même réseau » (BELDA (B.), *op. cit.* p. 232).

¹⁴² SCHAUER (F.), 2008, *op. cit.*, p. 1934.

¹⁴³ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, spéc. p. 446.

comme a tenté de le montrer Dworkin, impose au juge certaines exigences. « Tout jugement doit maintenir la cohérence normative de son système juridique par l'application de ses valeurs fondamentales. Les tribunaux d'un pays, en particulier les cours supérieures, doivent intégrer toute décision judiciaire dans un récit qui donne la parole à sa tradition juridique »¹⁴⁴. En outre, participer au dialogue, c'est aussi devenir susceptible d'être cité, repris, interprété. Dans ce cadre, alors que l'autorité des juges repose de plus en plus sur leur capacité de persuasion, ils devront donc être en mesure de rendre raison de leurs choix, y compris dans le dialogue qu'ils seront amenés à nouer avec la jurisprudence étrangère. « Il serait donc opportun que le juge offre le raisonnement de la juridiction étrangère et les raisons qu'il a trouvées persuasives »¹⁴⁵. En effet, la « compréhension du poids "précédentiel" du droit étranger est critique pour évaluer la légitimité de la référence »¹⁴⁶. La suggestion est donc d'introduire « une perspective de rationalité critique » et d'intégrer « la dimension instrumentale et les propriétés de cohérence de l'action [...] dans un questionnement d'ensemble qui conduit à rendre compte des critères ou des objectifs des choix »¹⁴⁷.

3. À lire l'opposition des arguments sceptiques et idéalistes, on comprend qu'au-delà du seul problème soulevé par l'utilisation du droit comparé, c'est bien la question du rôle du juge qui fait débat à propos du dialogue des jurisprudences. C'est au juge, indéniablement, que revient la tâche d'évaluer l'opportunité de citer des jurisprudences étrangères et il sera accompagné par les opinions de ses pairs, d'autres acteurs juridiques, de la doctrine¹⁴⁸, des tiers intervenants, etc.

C'est donc bien la fonction de juger qui est au cœur de la controverse qui oppose les partisans du dialogue et ses critiques. C'est une définition de son autorité qui conduit les premiers à adopter une lecture non formaliste des sources du droit, tandis que les seconds maintiennent les présupposés positivistes de l'ordre juridique moderne qui, à la fois, encadre la fonction de juger et confère par là même au juge son autorité.

¹⁴⁴ CANIVET (G.), *op. cit.*, p. 183; MUIR WATT (H.), 2000, *op. cit.*, p. 513.

¹⁴⁵ SCHAUER (F.), 2008, *op. cit.*, p. 1947.

¹⁴⁶ SAUNDERS (C.), *op. cit.*, p. 581.

¹⁴⁷ PICAVET (E.), « Sur le rapport aux règles et la résistance au positivisme juridique », *Arch. phil. dr.*, 2004, 67, p. 583-605, p. 587.

¹⁴⁸ Voy. Zehnder pour une proposition de méthodologie qui filtrerait les cas « nuisibles » des citations « inoffensives »; ZEHNDER (J.), *op. cit.*, p. 1740; HOURQUEBIE (F.), « La réception des décisions étrangères », in *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, *op. cit.*, p. 95-103, en particulier p. 100-101; BISMUTH (R.), « L'utilisation de sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *R.I.D.C.*, 2010, 1, p. 1-29; TUSHNET (M.), « The possibilities of comparative constitutional law », *The Yale Law Journal*, 1999, vol. 108, p. 1225-1309.

Selon Benoît Frydman, les auteurs partisans du dialogue entendent au contraire l'autorité dans un sens inédit et différent de sa signification purement politique de « pouvoir ». « En ce sens, l'autorité marque la considération particulière que l'on accorde à l'avis de quelqu'un, en raison de sa position, de l'expérience ou de la compétence qui lui est généralement reconnue. [...] En d'autres termes, parler "d'autorité persuasive", c'est évoquer un argument convaincant, qui a d'autant plus de poids, qu'il est énoncé par la bonne personne, dans un acte officiel. Le juge reconnaît à la décision étrangère une autorité persuasive, lorsqu'il admet à la fois la valeur intrinsèque de l'argumentation soutenue par le juge étranger dans sa motivation et en même temps qu'il accorde assez de crédit à ce juge pour juger bon de se référer explicitement à sa jurisprudence »¹⁴⁹.

Ainsi, Michel van de Kerchove a raison de souligner le rôle que va jouer le dialogue dans la détermination de la force obligatoire d'une règle jurisprudentielle et, plus généralement, dans l'autorité du juge. En effet, comme il l'indique, celle-ci est tributaire, entre autres, de l'adhésion que lui témoignent d'autres juridictions¹⁵⁰ : des juges siégeant dans des juridictions différentes et même à l'étranger, en citant ces règles jurisprudentielles, indiquent leur adhésion et participent donc à la formation de la règle jurisprudentielle. Le dialogue des jurisprudences illustre donc l'importance de l'autorité pour la fonction de juger, que les juges, dont la fonction ne cesse d'évoluer, cherchent aussi à obtenir par leur capacité de persuasion. Or l'autorité de persuasion, nous rappelle Patrick Glenn, est précisément « l'autorité qui attire l'adhésion par opposition à celle qui l'oblige »¹⁵¹.

Pour conclure, peut-on retenir les bénéfices d'une approche non positiviste du droit et de la notion d'autorité persuasive, sans céder pour autant à l'idéa-

¹⁴⁹ FRYDMAN (B.), *op. cit.*, p. 155. Cette approche de l'autorité est contredite par le célèbre article d'Arendt sur l'autorité, dans lequel elle distingue pourtant soigneusement celle-ci du pouvoir et de la force : « L'autorité est incompatible avec la persuasion qui présuppose l'égalité et opère par un processus d'argumentation. Là où on a recours à des arguments, l'autorité est laissée de côté » (ARENDET (H.), *La crise de la culture*, Gallimard, Paris, 1957, p. 123).

¹⁵⁰ VAN DE KERCHOVE (M.), *op. cit.*, vol. 2, p. 702.

¹⁵¹ GLENN (P.), « Persuasive authority », *McGill Law Journal*, 32, 1987, p. 261 et s., p. 263; SLAUGHTER (A.-M.), *op. cit.*, 1994, p. 124-125; JACKSON (V.), *op. cit.*, 2003, p. 287-288; MCCRUDDEN (C.), *op. cit.*, 2000, p. 503. Des points de vue similaires sont exprimés dans SCOTT (C.) et ALSTON (P.), *op. cit.*, p. 217, et L'HEUREUX-DUBÉ (C.), *op. cit.*, p. 16-17. Cette autorité de persuasion semble se décliner sous une forme « substantielle » et/ou sous une forme que nous appellerons *ad verecundiam*. Le juge peut donc sélectionner une autorité optionnelle « [s]ur base du fait qu'il sera persuadé des raisons substantielles que l'autorité offre comme support à ses conclusions », tout comme il peut la sélectionner sur la base de la qualité de celui à qui il l'attribue. En effet, « la prise de position adoptée par une autre juridiction est ainsi considérée comme un élément important du raisonnement juridique, un élément dont il convient de "tenir compte" (Dean Spielmann) et que l'on ne peut pas "écarter à la légère" (W. Shabas) » ; FRYDMAN (B.), *op. cit.*, p. 156.

lisme dont on ne peut nier qu'il guette souvent les partisans du dialogue des jurisprudences? Comment prendre acte du rôle que les juges jouent dans le droit mondialisé et plus généralement dans la société contemporaine, sans pour autant idéaliser leurs actions ou leurs motivations à travers une vision irénique qui verrait de l'harmonisation là où subsistent de nombreuses inégalités et de multiples rapports de force¹⁵²? Il ne nous semble pas que ce soit le rappel d'une définition positiviste et même formaliste du système juridique, plaidant pour une vision étroite de la notion même de source qui exclurait par principe la référence au droit étranger (sous le double prétexte que le droit est étranger et que la référence est le fait d'un juge), qui permette de penser utilement les évolutions du droit contemporain.

L'opposition, certes un peu caricaturale, entre auteurs enthousiastes et auteurs sceptiques nous a ainsi renvoyées à deux grandes conceptions du droit: l'une clairement inspirée du positivisme juridique, l'autre ouvertement opposée à une définition formelle du système de droit. Cette étude des arguments pour et contre le dialogue des jurisprudences a donc permis de montrer que l'attitude des juges et des commentateurs à son égard dépend de leur vision du droit, du rôle du juge, de la juridicité des normes et de l'autorité, tout comme la définition des sources du droit est étroitement liée à la conception du droit dans son ensemble à laquelle chacun adhère.

¹⁵² ALLARD (J.) et GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Paris, 2005.