

Le dialogue des juges à la Cour européenne des droit de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis.

Constats et perspectives philosophiques.

Le « dialogue des juges » désigne généralement l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats, que ce soit dans le délibéré, à travers la jurisprudence ou par le biais de la coopération entre juridictions. Ce dialogue constitue un trait essentiel du travail juridictionnel dans la mesure où l'interaction entre juges prolonge naturellement la séparation des pouvoirs et l'autonomisation du pouvoir judiciaire qu'elle entraîne : le dialogue, plus que la contrainte, définit le rapport entre le juge et le législateur, ainsi qu'entre un juge et les magistrats qui l'ont précédé. Le dialogue constitue en outre une manière de dépasser la guerre que se livrent parfois les juges entre eux, opposant par exemple les juridictions administratives aux juridictions judiciaires.

Toutefois, le dialogue est transformé par le processus de mondialisation qui tend à rendre le droit exportable et conduit les juges à dialoguer au-delà des frontières nationales. Sur la scène mondiale, le « dialogue des juges » désigne, plus que le simple échange classique entre juges, la présence du droit étranger dans le raisonnement du juge interne. Or on constate que les juges nationaux sont de plus en plus sensibles aux droits étrangers et n'hésitent plus, dans certains cas, à emprunter un principe d'interprétation à un autre système juridique. Comment cela se passe-t-il ? En fait, ce sont le plus souvent les parties, ou même parfois des tiers¹, qui intègrent à leur argumentation des éléments étrangers et obligent ainsi les juges à un exercice comparatif : les juges, même s'ils ne sont pas contraints de prendre en considération le droit étranger, ne peuvent plus l'ignorer.

La mondialisation entraîne donc, dans le droit comme dans beaucoup d'autres domaines, une mise en rapport généralisée des systèmes, et consacre ainsi « l'ère de la comparaison », que Nietzsche voyait déjà poindre au XIX^e siècle : « Un siècle comme celui-ci tient son importance de ce que peuvent s'y comparer et s'y expérimenter côte à côte dans leur diversité les conceptions du monde, les mœurs, les civilisations (...). C'est le siècle de la comparaison ! »². Nietzsche opposait cette comparaison perpétuelle des cultures à la fermeture et l'isolement des sociétés nationales.

¹ On songe ici aux tiers intervenants ou aux *amici curiae*.

² F. Nietzsche, *Humain, trop humain I*, Chap. Des principes et des fins, Paris, Gallimard, 1998, p.49. Les progrès technologiques et la baisse considérable du coût des transports, et par conséquent du déplacement des biens et des personnes, facilitent évidemment cette mise en regard des cultures, des traditions, des modes de vie. Le paradigme de la comparaison

Or la comparaison entraîne l'évaluation et la compétition. Le dialogue des juges fournit l'opportunité d'apprécier les qualités et les défauts des systèmes et entraîne une forme de concurrence entre les Cours. Cette concurrence entre juridictions n'est pas toujours directe. Ce sont le plus souvent les modèles de justice qui sont mis en compétition³ et c'est principalement une contrainte argumentative qui conduit les juges à utiliser les arguments venus de l'étranger, qui permettent de soutenir leurs propres conclusions. Mais la rivalité des systèmes peut avoir des conséquences concrètes : elle fournit par exemple aux systèmes des critères de réforme et d'amélioration de la qualité de la justice⁴. De même, elle peut conduire les entreprises, avant de s'implanter dans de nouveaux pays, à comparer les garanties en matière d'investissement offertes par les différentes législations et les divers systèmes judiciaires, mais aussi bien sûr les coûts et les obligations qui en résultent (notamment en matière de droit social)⁵.

A l'évidence, le droit se mondialise donc pour devenir un vaste marché. S'agit-il d'une perversion du libéralisme ou, au contraire, du moteur nécessaire à la convergence progressive des droits vers un droit global plus universel ? La question est d'autant plus cruciale en ce qui concerne les droits de l'homme, qui ont vocation à valoir universellement. Dans le cadre d'une comparaison des modèles de protection des droits de l'homme incarnés par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour

permet alors de comprendre les relations nouvelles qui s'établissent non seulement entre les droits, mais aussi entre les décisions de justice et entre les cultures juridiques, dont on s'attache désormais à établir les ressemblances et les dissemblances

³ Le dialogue permet une perspective comparatiste : quels sont les éléments que la Cour suprême et la Cour européenne vont chercher ailleurs ? Autrement dit, qu'est-ce qu'elles ne trouvent pas dans leurs propres textes et jurisprudences, ou qui fait trop débat dans leur culture juridique pour aller chercher hors de cette culture une réponse apaisée ? Les échanges sont de deux ordres : la Cour de Strasbourg emprunte des arguments à la Cour suprême dans les matières qui touchent principalement la liberté d'expression (voire la liberté de religion) et le *due process* (en particulier le droit de l'accusé au silence). A l'inverse, la Cour suprême des Etats-Unis fait référence à la l'Europe dans les affaires qui concernent essentiellement la vie privée et la peine de mort (pour les mineurs, les déficients mentaux, etc.). Cette question intéresse donc notre comparaison entre les deux modèles de protection des droits fondamentaux puisque, d'une part, l'attitude de ces deux Cours à l'égard du dialogue est révélatrice de la conception que ces juridictions ont d'elles-mêmes (le rôle qu'elles jouent, les sources du droit qu'elles admettent, les arguments qui les touchent, par exemple) et, d'autre part, l'étude du dialogue des juges permet de rendre compte de l'influence que jouent ces deux juridictions l'une sur l'autre.

⁴ Voir notamment D. Piana, « Unpacking policy transfer, discovering actors: The French model of judicial education between enlargement and judicial cooperation in the EU », in *French Politics*, 2007, 1, sous presse.

⁵ Les ONG, elles-aussi, comparent de plus en plus l'efficacité des requêtes devant différentes juridictions (nationales ou supranationales, européennes ou américaines, pénales ou civiles), et cette comparaison peut influencer leur décision d'intenter ou de soutenir une action en justice et le choix de la juridiction qui sera la mieux à même d'entendre ou de faire droit à leur demande. Les citoyens eux-mêmes, d'ailleurs, sont de plus en plus sensibles aux droits garantis ailleurs et intègrent la comparaison à leurs revendications.

suprême des Etats-Unis, il faut cerner le dialogue que ces deux juridictions ont établi entre elles (I), ainsi que le statut qu'elles reconnaissent à ce dialogue dans leur travail juridictionnel et les conclusions théoriques que l'on peut en tirer quant à ces deux Cours (II).

I. Le dialogue concret des juges américains et européens

Le signe visible du dialogue des juges, c'est bien sûr la citation réciproque, c'est-à-dire le fait que les juges américains et européens se citent entre eux dans leurs décisions. Mais avant d'aborder les cas de citations réciproques de ces deux Cours, une remarque préliminaire s'impose : le dialogue des juges, au sens propre, ne concerne que la citation de la jurisprudence étrangère, mais nous étudierons plus généralement la citation du droit étranger, le « droit » étant compris ici dans un sens non technique, comme l'ensemble des règles, des principes, des modèles interprétatifs qui permettent au juge de rendre justice⁶. Pour les deux juridictions qui nous intéressent, le dialogue s'inscrit en effet dans une référence plus large au droit international et aux systèmes juridiques étrangers⁷. Quand on parle du dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis, il faut donc considérer ensemble trois choses distinctes : l'attention portée au droit étranger au sens large, le dialogue des juges en général, et le dialogue entre juges américains et européens en particulier.

1. Le dialogue à la Cour européenne des droits de l'homme

Depuis quelques années, la Cour de Strasbourg invoque sans complexe des arguments tirés de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Cette référence à la haute Cour américaine a commencé, au milieu des années 80, par les opinions séparées. D'abord dans les opinions divergentes, où la référence à la Cour suprême visait essentiellement à contredire les habitudes européennes, puis dans les opinions concordantes,

⁶ Au Etats-Unis par exemple, on constate que certains juges américains considèrent avec attention non seulement les lois mais aussi la doctrine étrangères.

⁷ C'est flagrant en particulier à la Cour européenne des droits de l'homme, qui se réfère bien sûr aux jurisprudences nationales des Etats du Conseil de l'Europe, mais également à des instances « sœurs », comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ou aux juridictions supérieures d'Etats tiers à la longue tradition démocratique, comme la Cour suprême du Canada, très fréquemment citée à Strasbourg.

afin de renforcer la motivation. C'est le cas par exemple dans l'affaire *Barthold c. Allemagne* (1985), où le juge français s'appuie notamment sur la jurisprudence de la Cour suprême pour inclure le discours commercial dans la protection de la liberté d'expression⁸.

Dans les années 90, la référence américaine pénètre peu à peu le texte même de l'arrêt, mais principalement grâce à la prise en compte par la Cour des arguments des parties (citant à leur propre compte la jurisprudence américaine). On le constate par exemple dans l'affaire *Jalloh c. Allemagne* (2006) : lors d'une interpellation, la police voit un dealer présumé ingurgiter les sachets de drogue qu'il s'apprêtait à vendre. De force, la police fait pratiquer des examens médicaux au prévenu, dont un lavage d'estomac, dans un cadre hospitalier.

La question posée à la Cour européenne des droits de l'homme est de savoir si l'on peut imposer ce genre d'actes médicaux, contre le gré d'un prévenu, afin de recueillir des preuves contre lui, et s'il est possible d'utiliser ensuite ces preuves devant un tribunal ? Ce sont les articles 3 et 8 de la Convention (traitements inhumains et dégradants, et vie privée) qui sont invoqués par le requérant dans cette affaire, ainsi que l'article 6 de la Convention (procès équitable), puisque le requérant prétend que les violations des articles 3 et 8 menacent son droit à un procès équitable. Dans cette affaire, la Cour estime qu'il y a eu violation de la Convention, non seulement parce que certains de ces examens infligent des souffrances physiques et morales, parce qu'ils symbolisent l'intervention des autorités publiques dans la sphère privée, mais aussi parce qu'ils reviennent à contraindre un accusé à témoigner contre lui-même. Ce raisonnement de la Cour est similaire à celui de la Cour suprême dans l'affaire *Rochin v. California*⁹, qui date, lui, de 1953. Les méthodes de la police, concluait à l'époque la Cour suprême, sont trop « limites » : la Cour ne peut les tolérer qu'au risque de donner à la brutalité une apparence de légalité, inacceptable dans une société démocratique. La Cour européenne juge également que de telles méthodes sont contraires aux droits fondamentaux.

Comme souvent, la jurisprudence américaine n'est citée que dans la partie « En fait » de l'arrêt, sans être reprise dans la motivation « En droit », mais il ne s'agit pas d'une petite référence en note de bas de page : la jurisprudence de la Cour suprême est citée dans le texte. De plus, cela n'empêche pas la Cour européenne d'émettre « En droit » un raisonnement largement inspiré par celui des juges américains. L'arrêt *Rochin* traite de

⁸ Il y a beaucoup d'autres exemples de ce genre de dialogue : *James et autres c. Royaume-Uni* (1986), *Grioradès c. Grèce* (1997), *Chypre c. Turquie* (2002), *Anguelova c. Bulgarie* (2002), etc.

⁹ *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1953). A noter que l'arrêt *Rochin* faisait déjà référence aux pratiques des pays anglo-saxons en matière de procédure équitable. Voir *infra*.

faits pratiquement identiques à ceux qui occupent la Cour européenne des droits de l'homme. Et comme elle, la Cour suprême conclut à la violation des droits au *due process*, protégés par le 14^{ème} amendement de la Constitution américaine¹⁰ et que la Cour européenne traduit par « clause d'une procédure régulière »¹¹. La motivation de cet arrêt avance également la vie privée du prévenu, qui est physiquement contraint, avec violence, à certains examens médicaux (on lui ouvre la bouche de force afin de récupérer la drogue avant d'être avalée, puis on lui administre toujours de force un médicament pour le faire vomir : autant d'actes qui touchent au corps intime). « Ces méthodes, conclut la Cour suprême en 1953, sont trop proches d'actes de torture pour permettre des distinctions du point de vue de la Constitution »¹².

Toutefois, dans ce même arrêt *Jalloh*, la Cour européenne poursuit ses références à la jurisprudence américaine, cette fois en citant l'arrêt rendu dans l'affaire *State of Ohio v. Dario Williams* en 2004, non par la Cour suprême elle-même, mais par la Cour d'appel du 8^{ème} district. Bien que les faits soient presque identiques, la Cour d'appel du 8^{ème} district est une juridiction inférieure à la Cour suprême. Saisie sur la question de la violation du quatrième amendement de la Constitution américaine

¹⁰ Constitution américaine, 14^{ème} amendement, section 1: « *All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* ».

¹¹ Cette traduction littérale est incomplète puisqu'elle ne tient pas compte du débat historique de la Cour suprême sur l'interprétation à donner au *due process* : s'agit-il d'une clause substantielle ou purement procédurale ? S'agit-il de garantir un processus légal adéquat sur le plan de la procédure ou sur le plan du contenu et du fond ? Au-delà du débat théorique, cette question a fondé les grands partages interprétatifs de la Cour suprême, et parfois ses revirements de jurisprudence. Voir notamment *Lochner v. New York* (1905), *Griswold v. Connecticut* (1965), *Roe v. Wade* (1973), *Bowers v. Hardwick* (1983), *Lawrence v. Texas* (2003). Cette subtilité rappelle les difficultés de traduction que pose le dialogue des juges. Voir notamment F. Ost, *Le droit comme traduction*, à paraître dans la collection du Collège de France aux éditions du Seuil, 2007.

¹² *Rochin v. California* (342 US 165 (1952)), traduite en français par la Cour européenne des droits de l'homme. Là encore, le dialogue pose des questions de traduction. En effet, le texte original de l'arrêt *Rochin* ne fait pas mention d'actes proches de la torture, mais signifie seulement, de manière allégorique, que les méthodes policières sont « limites » : « *They are methods too close to the rack and the screw to permit of constitutional differentiation* ». En revanche, la Cour suprême affirme bien qu'il s'agit de méthodes brutales, et refuse, par sa voix, de conférer le sceau de la légalité à la brutalité : « *Coerced confessions offend the community's sense of fair play and decency. So here, to sanction the brutal conduct which naturally enough was condemned by the court whose judgment is before us, would be to afford brutality the cloak of law* ».

(protection de la vie privée)¹³, la Cour décide d'ignorer le précédent *Rochin* et rappelle la jurisprudence de la Cour suprême dans d'autres affaires, pour montrer que : « Le quatrième amendement a pour véritable fonction d'empêcher non pas tous les actes intrusifs en tant que tels, mais ceux qui ne sont pas justifiés au vu des circonstances ou ceux qui sont pratiqués de manière abusive »¹⁴. La Cour admet la légalité de comportements intrusifs, s'ils sont pratiqués de manière raisonnable (en l'occurrence dans l'enceinte d'un hôpital) et qu'ils sont justifiés par l'enquête ou par l'urgence.

C'est toutefois les conclusions de l'arrêt *Rochin* de la Cour suprême, refusant de conférer une « apparence de légalité à la brutalité », que la Cour européenne suivra en droit (notamment parce que les deux cas particuliers sont pratiquement identiques). Certes, la Cour ne citera pas, à ce stade de sa motivation, la jurisprudence américaine, mais son raisonnement correspond tout à fait à celui développé en 1953 par la Cour suprême et cité dans la partie « En fait » : « Les autorités ont porté gravement atteinte à l'intégrité physique et mentale du requérant, contre son gré. (...) Bien que ce ne fût pas délibéré, la façon dont l'intervention a été pratiquée a également occasionné au requérant des douleurs physiques et des souffrances mentales. L'intéressé a donc été soumis à un traitement inhumain et dégradant »¹⁵.

Il est remarquable que la Cour européenne des droits de l'homme, en 2006, ait choisi une décision américaine de 1953 plutôt que des décisions ultérieures dans des affaires similaires¹⁶. On peut justifier ce choix en arguant que la Cour européenne aura préféré un arrêt de la Cour suprême à une décision rendue par une juridiction inférieure, ou simplement que le cas d'espèce correspond plus aux faits traités par l'arrêt *Rochin*. On peut également se demander si cet emprunt est dû pour l'essentiel à l'argumentation du requérant ou s'il relève d'un choix éclairé et volontaire

¹³ Constitution américaine, 4ème amendement: « *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized* ».

¹⁴ *Schmerber v. California* (1966). L'affaire concerne l'obligation de se soumettre aux alcootests. C'est aussi le 5^{ème} amendement de la Constitution qui est ici en jeu, et qui concerne le droit de ne pas témoigner contre soi-même : « *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation* ».

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Jalloh* du 11 juillet 2006, § 82.

¹⁶ Voir notamment *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966).

de la Cour, notamment pour se démarquer des orientations plus récentes prises par la Cour suprême en la matière.

Ce genre de référence à la Cour suprême a crû ces dernières années, et a commencé à intégrer, certes modestement, la motivation « En droit » de l'arrêt (et plus seulement la partie « En fait »). Ainsi par exemple dans l'affaire *Vergos c. Grèce*, en 2004. Cette affaire concerne essentiellement l'exercice de la liberté de religion et de culte : un adepte d'une communauté religieuse appelée les « Chrétiens orthodoxes véritables » demande au service d'aménagement du territoire de sa commune un permis de construire une maison de prière sur un terrain lui appartenant. Cette construction n'est pas autorisée par les instances grecques, principalement parce qu'elle exige une modification du plan d'aménagement du territoire, qui n'est pas justifiée dans ce cas par la construction d'un bâtiment d'utilité publique. Le requérant est en effet le seul adepte des « Chrétiens orthodoxes véritables » de sa commune.

Bien qu'elle reconnaisse qu'il n'appartient pas aux Etats d'apprécier la légitimité des croyances religieuses, et bien qu'elle rappelle sa propre condamnation de la législation grecque imposant une autorisation administrative à la construction d'un lieu de culte non orthodoxe (*Manoussakis c. Grèce*, 1996¹⁷), la Cour opère une distinction entre les règles générales qui, dans un cas d'espèce, peuvent affecter l'exercice de la liberté de religion et les règles ont vocation à limiter la liberté de religion. Ainsi dans le cas *Vergos*, la règle en question est simplement une règle d'urbanisme, qui régit les plans d'aménagement du territoire (le terrain du requérant ne correspondait pas aux critères urbanistiques qui auraient permis la construction d'un bâtiment d'utilité publique). La Cour motive cette distinction en renvoyant à la jurisprudence américaine déjà citée dans la partie « En fait » de l'arrêt, soit la définition, par la Cour suprême, d'une catégorie de lois apparemment neutres (*facially neutral laws*) du point de vue de la religion et qui peuvent, une fois appliquées, contribuer à limiter l'exercice de celle-ci : « On n'a jamais accepté que les convictions religieuses de quelqu'un puissent le soustraire à l'application de la législation pertinente en vigueur qui proscrie un certain type de comportement dont la régulation incombe à l'Etat. (...) La jurisprudence admet avec fermeté que le droit à un libre exercice de la religion ne soustrait jamais un individu à son obligation de se soumettre à une loi valide et neutre

¹⁷ Dans l'affaire *Manoussakis*, la Cour condamne la Grèce qui impose aux adeptes des religions autres qu'orthodoxes d'obtenir des autorisations préalables à l'érection d'un lieu de culte. La Cour rappelle que cette affaire concernait les témoins de Jéhovah, et non, comme dans l'affaire *Vergos*, des orthodoxes, qui appartiennent eux à la religion officielle de l'Etat grec. La loi grecque visée dans l'affaire *Manoussakis* produit directement une discrimination entre la religion orthodoxe et d'autres cultes, ce qui, va dire la Cour européenne, n'est pas le cas dans l'affaire *Vergos*.

d'application générale au motif que cette loi proscrit (ou prescrit) un comportement que sa religion prescrit (ou proscrit) »¹⁸.

C'est cet argument, emprunté à la Cour suprême, qui permet à la Cour européenne de distinguer l'affaire *Manousakis*, où la législation grecque en question contient une discrimination entre les différents cultes, et l'affaire *Vergos*, où la législation en question ne concerne pas directement la liberté de religion. « Ces lois, affirme la Cour européenne des droits de l'homme, ne visent pas directement à la régulation d'une pratique religieuse mais peuvent, quand même, avoir éventuellement des conséquences restrictives à l'exercice de la liberté de culte »¹⁹. En conséquence, la Cour européenne conclut qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention dans l'affaire *Vergos*.

On pourrait bien sûr citer d'autres exemples de l'influence, dans le raisonnement européen, de l'argumentation développée par la Cour suprême des Etats-Unis. L'apport est essentiellement conceptuel : il s'agit de renforcer l'autorité intellectuelle des juges de Strasbourg. Dans l'affaire *Vergos* par exemple, la référence aux Etats-Unis appuie la distinction entre deux affaires, qui doivent recevoir deux traitements différents, mais atteste également que la Cour européenne ne se contredit pas. Cette fonction « d'autorité » revêtue par la citation de jurisprudences étrangères explique peut-être pourquoi la liste des pays tiers auxquels se réfère la Cour européenne est relativement circonscrite²⁰. La Cour semble en effet sélectionner les jurisprudences citées en fonction de leur « acceptabilité » au sein du Conseil de l'Europe (tradition démocratique, réputation juridique, similarité des instruments de protection des droits de l'homme, etc.).

2. *Le dialogue à la Cour suprême des Etats-Unis*

Dans son histoire, la Cour suprême, comme du reste toutes les institutions américaines, a fait preuve à la fois d'une ouverture et d'une méfiance à l'égard de l'étranger. L'ouverture des Etats-Unis sur le monde est, dès l'origine, un fait avéré, ne serait-ce que parce que ce pays se construit par des vagues successives d'immigration, qui font de lui une Nation-monde. Ce lien constitutif entre le peuple américain et l'humanité est énoncé dans la Déclaration d'indépendance (1776) qui, avant de dresser la

¹⁸ Voir *Employment Division, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961).

¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Vergos* du 24 septembre 2004, § 25.

²⁰ Seules sont citées les jurisprudences des Etats-Unis, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, du Canada, de l'Afrique du sud et d'Israël

liste des principes et valeurs fondamentales en lesquels souscrivent les Etats-Unis, affirmer devoir justifier sa quête d'indépendance au regard de l'humanité : « Lorsque dans le cours des événements humains, il devient nécessaire pour un peuple de dissoudre les liens politiques qui l'ont attaché à un autre et de prendre, parmi les puissances de la Terre, la place séparée et égale à laquelle les lois de la nature et du Dieu de la nature lui donnent droit, le respect dû à l'opinion de l'humanité oblige à déclarer les causes qui le déterminent à la séparation ». Il faut donc prendre en considération les ambiguïtés de l'universalisme américain qui en résultent : les Etats-Unis sont fondés sur un sentiment d'appartenance à l'humanité et, en même temps, tentent sans cesse d'exporter la vision américaine de l'humanité.

Bien que la Cour suprême soit plutôt prudente à l'égard du droit étranger, elle a donc elle aussi témoigné, dès le début du 19^{ème} siècle, plus que ses homologues européennes (en particulier de droit continental), une certaine sensibilité aux sources de droit étrangères, en particulier les décisions judiciaires anglaises²¹. Ainsi la Cour suprême cite-t-elle le droit étranger, et cette citation est controversée dès l'origine. La référence au « droit des nations »²², par exemple, est fréquente et discutée durant les premières années de travail de la Cour suprême, et notamment en 1793, dans l'arrêt *Chisholm*, considéré comme le premier grand cas traité par la Cour suprême²³.

De même, en 1820, dans l'affaire *United States v. Smith*²⁴, le juge Story s'appuie sur le droit étranger pour définir la piraterie, citant en particulier la doctrine étrangère, notamment Grotius. Cette référence ne fait pas l'unanimité au sein de la Cour puisque le juge Livingstone réplique d'une façon qui préfigure les attaques contemporaines du juge Scalia envers le dialogue des juges. Le juge Livingstone, dans une opinion divergente, souligne l'aspect opportuniste et partiel de la citation : pourquoi citer tel droit et pas un autre ? L'argument principal de Livingstone est qu'il n'appartient pas à la Cour de préciser la définition de la piraterie, laissée très ouverte par les lois en vigueur, mais au Congrès.

On voit apparaître clairement le droit étranger dans bien d'autres affaires tout au long de l'histoire de la Cour suprême, en particulier dans les

²¹ Voir entre autres : *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116, 136-37 (1812).

²² Dans l'arrêt *Chisholm v. Georgia* (1793), les juges débattent du sens à donner à la notion. L'expression « droit des Nations » (*Law of Nations*) a également été récemment discutée dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, permettant d'énoncer ce que couvre l'expression, et notamment : « les normes générales dirigeant les relations entre Etats-Nations », ou « le droit jurisprudentiel régulant la conduite des individus hors de leurs propres frontières » (*Sosa v. Alvarez-Machain*, 124 S. Ct. 2739 (2004)).

²³ Voir *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall) 419, 474 (1793).

²⁴ *United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.), 153, 181, (1820).

affaires qui soulèvent des questions de société telles que l'esclavage, que ce soit dans les opinions majoritaires, par exemple dans l'affaire *Reynolds v. United States*²⁵, ou dans les opinions concurrentes et divergentes, par exemple dans l'affaire *Dred Scott v. Sandford*²⁶. Ces affaires ont divisé l'opinion publique américaine, et divisent la Cour elle-même. Dans l'affaire *Dred Scott*, la Cour se déclare incompétente pour restituer sa liberté à un esclave d'origine africaine, sous prétexte qu'il n'est pas citoyen du Missouri et, surtout, en rejetant expressément les arguments cités dans les opinions séparées et empruntées à la jurisprudence et aux droits étrangers. Le fait que l'opinion publique des Nations civilisées d'Europe soient sensibilisée à la cause des esclaves n'autorise pas la Cour, défend son Président, le juge Taney, à donner aux mots de la Constitution une interprétation plus libérale que ne le permet le texte tel qu'il a été adopté. Seul un nouvel amendement, ajoute-t-il, permettrait de corriger un défaut du texte, responsable de quelque injustice.

Si le fait de citer du droit étranger est donc une pratique attestée dans l'histoire de la Cour suprême, c'est d'abord dans les affaires qui engagent d'autres Nations, comme dans les affaires déjà citées de piraterie et de traite des esclaves. Les cas exclusivement domestiques où le droit étranger tient une place de choix sont plus rares. Le premier cas dont les enjeux sont purement nationaux date de 1878. Dans l'affaire *Reynolds v. United States*²⁷ qui, à certains égards, rappelle le récent cas *Lawrence v. Texas*, il s'agit de juger la constitutionnalité de la polygamie, revendiquée par les Mormons au nom de leur vie privée et de leur liberté de culte. Mais la Cour rejette la requête des Mormons. L'un des arguments avancés par la Cour suprême est clairement civilisationnel : les Nations d'Europe du Nord, note le Président de la Cour suprême, le juge Waite, ont toujours condamné cette pratique, réservée en général aux peuples asiatiques et africains. Cet argument, appuyé par la référence au droit étranger, permet à la Cour de limiter le droit à la vie privée, à l'inverse précisément de ce que fera la Cour en 2003, dans l'affaire *Lawrence*.

L'arrêt *Lawrence v. Texas*, qui concerne la constitutionnalité d'une loi texane interdisant les relations homosexuelles, est le premier et le seul arrêt qui, à ce jour, fasse droit à la jurisprudence de Strasbourg en tant que telle. Lorsque la police de Houston, appelée dans un quartier résidentiel pour des coups de feu, pénétrèrent dans un appartement dont semblaient provenir les coups de feu, M. Lawrence est surpris en train d'avoir des relations sexuelles avec un autre homme, majeur et consentant. Ces derniers sont poursuivis en vertu d'une loi texane qui pénalise les relations intimes entre personnes du même sexe. La Cour d'appel du Texas confirme l'inculpation,

²⁵ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1878).

²⁶ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 893 (1857).

²⁷ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 164 (1878).

en invoquant l'arrêt *Bowers v. Hardwick*²⁸ de la Cour suprême, qui déniait toute protection constitutionnelle aux pratiques homosexuelles, même dans un cadre privé. Dans l'arrêt *Lawrence*, la Cour suprême revient sur la jurisprudence *Bowers* et déclare la loi texane contraire à la Constitution, en s'appuyant, entre autres, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La référence à Strasbourg (principalement l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*²⁹) permet aux juges américains de montrer que la plupart des nations occidentales qui partagent les valeurs des droits fondamentaux, reconnaissent aussi un droit à la vie privée, tel qu'il n'est pas admis qu'un Etat intervienne pour contrôler les relations sexuelles entre adultes consentants.

La cour opère ainsi un véritable revirement par rapport à la jurisprudence *Bowers*. Comment y parvient-elle ? Dans le précédent *Bowers*, la Cour fondait sa décision sur la civilisation occidentale et les valeurs judéo-chrétiennes³⁰. Pour dépasser cet arrêt, la Cour suprême renverse naturellement l'argument : si les Etats-Unis partagent bien des valeurs « civilisationnelles » avec d'autres pays occidentaux, celles-ci conduisent plutôt à respecter la vie privée et l'orientation sexuelles des individus. « Dans la mesure où l'arrêt *Bowers* reposait sur des valeurs que nous partageons avec une civilisation plus large, peut-on lire dans l'opinion majoritaire, il convient de noter que tant le raisonnement que la solution adoptés par l'arrêt *Bowers* ont été rejetés ailleurs. La CEDH n'a pas suivi la solution de *Bowers* mais une autre voie dans *Dudgeon v. United-Kingdom*. D'autres nations ont également affirmé que les homosexuels avaient un droit protégé d'avoir des relations avec des adultes consentants »³¹.

Les adversaires du dialogue des juges se sont alarmés de cette décision, mais ont aussi trouvé l'occasion de dénoncer le caractère opportuniste de la référence au droit étranger. En effet, 115 ans séparent l'arrêt *Reynolds* et l'arrêt *Lawrence* et, dans les deux cas, la Cour s'appuie sur le droit étranger pour motiver sa décision. Pourtant, l'effet recherché est inverse : dans le cas *Reynolds*, la référence à l'étranger permet de mettre sur

²⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 185 (1986).

²⁹ *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981.

³⁰ « *Decisions of individuals relating to homosexual conduct have been subject to state intervention throughout the history of Western civilization. Condemnation of those practices is firmly rooted in Judeo-Christian moral and ethical standards* » (*Bowers v. Hardwick*, 1986).

³¹. Traduction libre. « *To the extent Bowers relied on values we share with a wider civilization, it should be noted that the reasoning and holding in Bowers have been rejected elsewhere. The European Court of Human Rights has followed not Bowers but its own decision in Dudgeon v. United Kingdom. (...) Other nations, too, have taken action consistent with an affirmation of the protected right of homosexual adults to engage in intimate, consensual conduct. (...) The right the petitioners seek in this case has been accepted as an integral part of human freedom in many other countries* ». (*Lawrence v. Texas*, (02-102) 539 U.S. 558 (2003)).

pieu une interdiction (interdiction de la polygamie), tandis que la même référence, dans l'affaire *Lawrence*, permet d'invalidier une interdiction (interdiction de la sodomie) en vigueur au Texas. Faut-il voir dans cette apparente contradiction la preuve que la citation de droit étranger est une pratique irrationnelle et politiquement dangereuse ? Une lecture formelle de ces deux arrêts fait apparaître les contradictions logiques de la Cour suprême (au fond, avec la même référence, on peut arriver à montrer une chose et son contraire). Dans un cas, la Cour limite la vie privée, dans l'autre elle l'érige en principe. Mais si on ne se borne pas à mettre en balance la vie privée et d'autres droits et que l'on tient compte de la substance des deux interdictions en jeu (polygamie et sodomie), il faut admettre qu'il y a de la cohérence à instaurer l'une et à lever l'autre. L'interdiction de la polygamie peut en effet être interprétée comme un moyen d'émancipation des femmes³². L'interdiction de la sodomie, au contraire, vise nécessairement la répression des homosexuels. Lever l'interdiction dans ce cas, c'est participer à leur émancipation. On voit donc que la Cour, bien qu'en interprétant différemment le principe formel de « la vie privée », utilise la référence à l'étranger dans une même direction, à savoir de façon libérale (au sens anglo-saxon du terme).

La référence à l'Europe, même si ce n'est pas une référence explicite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, est également présente dans toutes les dernières décisions concernant la peine de mort. Le dernier arrêt en date, l'arrêt *Roper v. Simmons*, marque un tournant, puisqu'il consacre la restriction de la peine de mort aux condamnés âgés de plus de 18 ans au moment des faits. Le requérant, Christopher Simmons, avait en effet 17 ans au moment où il a enlevé Shirley Cook et l'a jetée d'un pont, attachée et bâillonnée par un fort adhésif, manifestement pour des motifs crapuleux. Alors qu'il est entre-temps devenu majeur, Simmons est condamné à la peine capitale. Lorsque son cas arrive à la Cour suprême, il invoque les amendements 8 et 14 de la Constitution américaine. Le premier concerne la proportionnalité de la peine³³, et le second le fameux *due process*.

Dans l'arrêt *Roper*, la Cour déclare inconstitutionnelle la condamnation à mort d'individus encore mineurs au moment du crime, en s'appuyant de façon presque équivalente sur trois arguments : l'existence d'un consensus national condamnant ce genre de pratiques, une incapacité des mineurs à prendre conscience de la gravité de certains actes et le constat que cette pratique a été largement abandonnée presque partout dans le monde. La Cour affirme que sa conviction selon laquelle la peine de mort

³² Tout comme l'interdiction du voile musulman peut être interprétée soit comme une répression, soit comme une protection des femmes.

³³ « *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted* ».

est une peine disproportionnée pour les mineurs est confirmée par le fait que les Etats-Unis soient l'un des seuls pays à pratiquer une telle sanction³⁴.

Ces arguments sont tirés d'expertises et de statistiques fournies soit par le requérant, soit par les *amicus curiae*, et parmi eux l'Union Européenne, à laquelle s'est joint le Conseil de l'Europe³⁵ (nous y reviendrons). Parmi les sources de droit international, la Cour cite dans *Roper* l'article 37 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989), en soulignant d'une part que seuls les Etats-Unis et la Somalie n'ont pas ratifié cette Convention et, d'autre part, que cet article vise expressément l'interdiction de la peine de mort pour les mineurs³⁶. Autrement dit, la Cour s'appuie sur une Convention internationale à laquelle les Etats-Unis n'ont pas souscrit pour imposer aux Etats-Unis une norme, en arguant qu'il est anormal que les Etats-Unis soient presque les seuls à ne pas avoir reconnu cette norme³⁷.

L'arrêt *Roper* s'inscrit dans une tradition d'arrêts s'appuyant sur les pratiques étrangères pour évaluer les procédures criminelles. Depuis l'affaire *Drop v. Dulles*³⁸, la Cour interprète en effet le huitième amendement à l'aide de sources étrangères, à la lumière desquelles elle

³⁴ « *Our determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty* » (*Roper v. Simmons*, §4). C'est le juge Kennedy qui rédige l'avis de la Cour.

³⁵ Mémoire déposé par l'Union Européenne et des membres de la communauté internationale, en soutien du requérant. Parmi les signataires, le Conseil de l'Europe (« au nom de l'abolition de la peine de mort ») et le gouvernement du Mexique (en référence à la jurisprudence de la Commission inter-américaine des droits de l'homme, et parce que 3 des 73 mineurs actuellement dans le couloir de la mort sont mexicains).

³⁶ La Cour suprême cite également le Pacte international sur les droits civils et politiques, que les Etats-Unis ont ratifié avec une réserve précise concernant justement la peine de mort.

³⁷ « *As respondent and a number of amici emphasize, Article 37 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, which every country in the world has ratified save for the United States and Somalia, contains an express prohibition on capital punishment for crimes committed by juveniles under 18* » (*Roper v. Simmons*). Un raisonnement similaire était déployé, en 1825, dans l'affaire *The Antelope*, à propos de l'esclavage (*The Antelope*, 23 U.S. (10 Wheat.) 66 (1825)). Ce cas concerne l'interception d'un navire espagnol et portugais, « The Antelope », qui tentait d'importer illégalement des esclaves aux Etats-Unis. La question posée à la Cour est de savoir si ce bateau doit être retourné à ses propriétaires avec ou sans les esclaves qui s'y trouvaient. Le Président de la Cour suprême, le juge Marshall, plaide dans cette affaire pour l'abolition de l'esclavage, en soutenant que l'esclavage est généralement, sinon universellement, condamné à travers le monde. La Cour, néanmoins, retient l'idée que le droit positif en vigueur (qui garantit le droit de propriété du bateau et de son contenu) primé sur le sentiment naturel qui nous mène à condamner universellement l'esclavage.

³⁸ *Drop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

définit les « châtiments cruels et inadaptés » (*cruel and unusual punishments*). Ainsi de nombreux arrêts récents sur la peine de mort vont dans le sens d'une limitation des condamnations³⁹ au nom du huitième amendement (notamment : *Edmund v. Florida*⁴⁰, *Wainwright v. Ford*⁴¹, *Thomson v. Oklahoma*⁴², *Atkins v. Virginia*⁴³ et *Roper v. Simmons*), à l'exception des arrêts *Penry v. Lynaugh*⁴⁴ et *Stanford v. Kentucky*⁴⁵, tous deux rendus en 1989, et rejetés comme précédents depuis, l'un dans l'arrêt *Atkins* et l'autre dans l'arrêt *Roper*.

Dans l'arrêt *Roper*, la Cour suprême fait référence à la « communauté internationale » (*world community*), et en particulier à la civilisation occidentale. Elle prend donc un parti franc et même audacieux en faveur du dialogue des juges : l'opinion internationale ne contraint pas les juges, mais confirme leur conviction intime⁴⁶. Cette sensibilité à l'égard des opinions et des mœurs à travers le monde est interprétée par Anne-Marie Slaughter comme une forme de « *comity* »⁴⁷.

En droit romain, la *comitas gentium* désigne en effet la bienveillance des nations, la générosité des peuples, la courtoisie internationale. Aujourd'hui, en *common law*, la *judicial comity* n'est pas une règle de droit, mais plutôt un principe pratique de courtoisie à l'égard du droit étranger. En vertu de la *comity*, les nations reconnaissent, sur leur territoire ou dans leurs tribunaux, les institutions d'autres nations ou les droits et les privilèges acquis par des citoyens étrangers dans leur propre pays. La *comity* désigne donc notamment les relations courtoises qu'entretiennent volontairement les Cours entre elles. Pour Anne-Marie Slaughter, la *judicial comity* s'oppose à la *judicial competitiveness* : elle renvoie à une disposition d'esprit positive à

³⁹ Ce qui n'empêche pas que l'année 1999 soit une année record d'exécutions (soit 98). Un score resté invaincu depuis 1951.

⁴⁰ *Edmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982). L'arrêt *Edmund* rend inconstitutionnelles les condamnations à mort des complices de meurtres qui n'ont pas tué ni eu l'intention de le faire.

⁴¹ *Wainwright v. Ford*, 467 U.S. 1220 (1984). L'arrêt *Wainwright* rend inconstitutionnelles les condamnations à mort d'individus reconnus comme fous.

⁴² *Thomson v. Oklahoma* (487 U.S. 815, 830 (1988)). L'arrêt *Thomson* rend inconstitutionnelles les condamnations à mort des mineurs de moins de 16 ans.

⁴³ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002). L'arrêt *Atkins* rend inconstitutionnelles les condamnations à mort des déficients mentaux.

⁴⁴ *Penry v. Lynaugh*, 92 U.S. 302 (1989). Cet arrêt affirme la constitutionnalité des condamnations à mort de déficients mentaux.

⁴⁵ *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989). Alors que, l'année précédente, l'arrêt *Thomson* rend inconstitutionnelles les condamnations à mort des enfants de moins de 16 ans, l'arrêt *Stanford* confirme la constitutionnalité des condamnations de mineurs entre 16 et 18 ans. Ce que contredira l'arrêt *Roper* en 2005.

⁴⁶ « *The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation of our own conclusions* » (*Roper v. Simmons*, §4).

⁴⁷ Voir A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p.89.

l'égard des autres systèmes de justice, au sentiment que l'on a quelque chose à apprendre des autres. Guy Canivet, dans le même esprit, parle de « bénévolance des juges », c'est-à-dire une ouverture d'esprit qui se fait de bonne grâce : « Lorsqu'on passe d'un ordre international à un autre, l'interférence ne peut qu'être bénévole et s'exercer dans un champ plus culturel que strictement juridique. C'est donc finalement sur le mode de l'approbation réfléchie, par la raison des juges, que se propagent les modèles de justice et se développent les interactions entre jurisprudences internes et internationales »⁴⁸.

Steven Calabresi⁴⁹ classe les références de la Cour suprême au droit étranger en cinq catégories, qui se recourent⁵⁰. Premièrement, la Cour suprême s'est appuyée sur le droit étranger dans des cas qui lui demandaient de définir le « raisonnable », et de décider si une loi particulière peut être jugée raisonnable⁵¹. Deuxièmement, le droit étranger est appelé à la rescousse quand la Cour suprême est confrontée à des termes ambigus, comme le « droit des nations » ou les « châtiments cruels et inappropriés ». Troisièmement, une grande partie des références au droit étranger, dans l'histoire de la Cour suprême, sont intervenues dans des cas pénaux, où il s'agissait d'évaluer les procédures criminelles, notamment dans l'arrêt *Rochin*. Ces trois catégories se recourent, puisque le « raisonnable » est une notion vague, qui doit être interprétée en particulier dans l'évaluation des procédures criminelles⁵². Quatrièmement, le droit étranger renforce logiquement et rationnellement les décisions de la Cour. C'est le cas, selon Calabresi, dans l'arrêt *Roper*, qui stipule que l'opinion mondiale « confirme » les propres conclusions de la Cour⁵³. Enfin, cinquièmement, le

⁴⁸ G. Canivet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la 'bénévolance' des juges », in *Revue des sciences criminelles et de droit comparé*, Paris, Dalloz, oct.-déc. 2005 (http://www.ahjucaf.org/activite&travaux/benevolance_juges/02.htm).

⁴⁹ Voir S. Calabresi et S. Dotson Zimdhal, « The Supreme Court and Foreign Sources of Law : Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision », *William and Mary Law Review*, dec. 2005.

⁵⁰ Calabresi ajoute une sixième catégorie qui semble indispensable : il y a aussi un genre de cas où le droit étranger n'intervient jamais, notamment quand il s'agit d'interpréter le sens originel de la Constitution ou l'organisation politique de l'Etat américain.

⁵¹ Ce serait le cas, selon Calabresi, de l'arrêt *Lawrence*, où la Cour suprême n'a pas jugé raisonnable la loi texane pénalisant la sodomie. Il ne s'agit pas, dans ce cas, de savoir si un droit constitutionnel est enraciné dans la tradition américaine, mais d'évaluer une attitude de l'Etat à l'égard de certaines pratiques et si cette attitude, comparée à celles d'autres Etats, est raisonnable.

⁵² L'interprétation du 8^{ème} amendement en termes de proportionnalité (entre le crime et la peine) ouvrirait également la voie à une comparaison permanente avec d'autres pays dits « civilisés », au moins sur le plan empirique, sinon sur le plan de la justification.

⁵³ Cette pratique, toutefois, n'est pas tout à fait nouvelle. Dès les années 1820-1830, la Cour s'appuie sur le droit étranger avec une telle intention. Le juge Story défend même l'idée que le soutien des juristes et des académiques étrangers à l'égard d'une loi américaine

fait de porter un regard sur le droit étranger permet à la Cour d'obtenir la confirmation empirique des conséquences envisagées d'une décision qui s'écarterait un peu de l'interprétation traditionnelle⁵⁴.

Reste que ces décisions qui s'appuient sur le droit étranger ne font pas l'unanimité au sein de la Cour suprême. L'arrêt *Roper*, notamment, n'est rendu qu'à cinq voix contre quatre. L'ancien président de la Cour suprême, le juge Rehnquist, s'est inquiété des influences étrangères de la Cour suprême dès l'arrêt *Atkins*⁵⁵, en se demandant notamment en quoi les pratiques d'autres Nations pouvaient aider à interpréter la Constitution américaine. Quant au juge Scalia, l'un des opposants les plus farouches au dialogue des juges, il s'insurge dans *Lawrence* contre ce dialogue qui tend à imposer aux américains les « caprices » et les « lubies » d'autres peuples (les termes employés montrent le mépris témoigné par Scalia à l'égard des Nations étrangères, y compris européennes)⁵⁶.

Ces arrêts ouvrent de plus un vif débat en dehors même de l'enceinte judiciaire. Les juges n'hésitent pas à prendre position publiquement pour ou contre le dialogue. Mais ce sont les déclarations des partisans du dialogue des juges qui semblent faire le plus de remous. En 2003, le discours de

renforce l'autorité de cette loi, tout comme le fait que des juges respectables soient parvenus, pour des faits similaires, à une conclusion semblable, renforce l'autorité de la décision.

⁵⁴ C'est le cas dans *Roe v. Wade* où la Cour cherche manifestement à démontrer que là où l'avortement a été légalisé, les conséquences concrètes n'ont pas été désastreuses (en particulier sur le plan de la santé pour les femmes).

⁵⁵ « *I write separately to call attention to the defects in the Court's decision to place weight on foreign laws (...). The Court's suggestion that these sources are relevant to the constitutional question finds little support in our precedents and, in my view, is antithetical to considerations of federalism. (...) I fail to see, however, how the views of other countries regarding the punishment of their citizens provide any support for the Court's ultimate determination* » (*Atkins v. Virginia*). En 2003 également, le juge Breyer déclarait devant l'*American Society of International Law* : « *We find an increasing number of issues, including constitutional issues, where the decisions of foreign courts help by offering points of comparison. This change reflects the "globalization" of human rights, a phrase that refers to the ever-stronger consensus (now near world-wide) as to the importance of protecting basic human rights (...). Judges in different countries increasingly apply somewhat similar legal phrases to somewhat similar circumstances (...). Thus, it is not surprising to find that the European Court of Human Rights has issued decisions involving, for example, campaign finance laws and free expression* ». Cette description du dialogue correspond à la définition de la justice formelle proposée par Chaïm Perelman : « On peut donc définir la justice formelle ou abstraite comme un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon » (C. Perelman, « De la justice » [1945], in C. Perelman, *Ethique et droit*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 30).

⁵⁶ « *The Court's discussion of these foreign views (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since "this Court ... should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans* » (*Lawrence v. Texas*).

l'ancienne juge Sandra Day O'Connor au colloque du *Southern Center for International Studies* déclenche un scandale. Elle y reconnaissait sa conviction selon laquelle la Cour suprême s'appuierait de plus en plus, à l'avenir, sur le droit étranger, notamment à cause de la mondialisation⁵⁷. A l'heure où les différences culturelles s'estompent à l'intérieur de l'Occident, où les hommes, à divers endroits du globe, vivent des expériences similaires, les sources étrangères du droit ne peuvent-elles éclairer l'interprétation de la Constitution américaine et, au moins, servir de point de comparaison⁵⁸ ?

La mondialisation, vécue ou fantasmée, accroît certainement le sentiment d'insécurité que suscite le dialogue des juges. On craint de voir la souveraineté américaine mise en danger, et cette crainte est attisée par le volontarisme affiché de certains juges qui militent, même hors de la Cour, pour l'ouverture croissante de la Cour suprême au droit étranger et international. Si le dialogue des juges inquiète tant l'opinion publique (alors qu'il est une pratique ancienne de la Cour suprême), c'est sans doute parce qu'il coïncide aujourd'hui avec la crainte de voir les juges « gouverner », c'est-à-dire assumer une fonction politique normalement réservée aux législateurs élus. Cela explique d'ailleurs pourquoi, plus que la référence au *droit* étranger, c'est le dialogue des *juges* qui est de nature à faire scandale, dans la mesure où il témoigne de l'émancipation des juges à l'égard du législateur et, de cette façon, à l'égard de l'Etat souverain. D'ailleurs, la méfiance croissante des Américains à l'égard du dialogue des juges va de pair avec l'expansion de la doctrine de l'interprétation « originaliste », qui veut que les juges ne créent pas du droit, mais se contente d'interpréter le droit créé en recherchant le sens originel des textes⁵⁹. Dans bien des cas où le droit étranger est cité pour motiver la décision de la Cour, les juges

⁵⁷ « *I suspect that with time, we will rely increasingly on international and foreign law in resolving what now appear to be domestic issues, as we both appreciate more fully the ways in which domestic issues have international dimension, and recognize the rich resources available to us in the decisions of foreign courts* ».

⁵⁸ C'est l'avis défendu par le juge Breyer, non seulement favorable au dialogue mais aussi « académique » et « européenophile » convaincu. En 1997, il proposait, dans une opinion divergente de l'arrêt *Printz v. United States*, d'interpréter le fédéralisme américain à la lumière d'autres formes de fédéralisme, dont celui de l'Union européenne (voir *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 976 (1997), Brey J. (dissenting), at 976-77.

⁵⁹ Cette doctrine n'a pas toujours dominé à la Cour suprême. Après la seconde guerre mondiale par exemple, la tendance était plutôt à considérer les conséquences politiques, économiques et sociales des décisions des juges fédéraux. Ainsi, sous la présidence des juges Warren et Burger, la Cour suprême prit de nombreuses décisions en faveur des libertés individuelles que certains commentateurs conservateurs qualifièrent « d'activistes » : les juges auraient pris des libertés avec la Constitution au nom d'un progrès politique et social supposé.

dissidents en appellent donc au pouvoir du Législateur⁶⁰, qui est un enjeu majeur du dialogue des juges.

Ce n'est donc pas un hasard si l'intensification des échanges entre juges et entre systèmes qui a eu lieu ces dernières années a déclenché des réactions politiques parfois véhémentes à l'égard des juges. Aux Etats-Unis, les décisions *Lawrence* et *Roper*, mais aussi les déclarations publiques des juges, ont provoqué une levée de boucliers, en particulier dans le rang des Républicains conservateurs du Congrès. Ils ont tout d'abord proposé une résolution intitulée « *Reaffirmation of American Independence Resolution* ». Bien qu'elle n'ait pas de caractère contraignant, cette résolution soumise au Congrès en 2004⁶¹ convoque le sens de la guerre d'indépendance, et condamne expressément le dialogue noué par les juges de la Cour suprême avec leurs homologues étrangers. La résolution rappelle le pouvoir du législateur et souligne que le droit étranger (au sens large) ne peut être convoqué si ce n'est pour retrouver le sens originel de la Constitution américaine⁶².

Certains parlementaires, liés à la droite religieuse américaine⁶³, vont plus loin en 2004 et 2005 puisqu'ils soumettent un projet de loi au Sénat, en cours d'étude par la Commission judiciaire. Il s'agit cette fois d'une loi répressive, la *Constitution Restoration Act*, qui prévoit notamment une procédure de destitution (« *impeachment* ») contre les juges qui ne rempliraient pas leurs devoirs à l'égard de la Constitution. Bien sûr, ce projet exige notamment qu'aucune Cour fédérale ne puisse citer la jurisprudence européenne. A vrai dire, aucune référence étrangère n'est admise si ce n'est le droit anglais qui précède l'adoption de la Constitution des Etats-Unis.

Ces initiatives musclées, même si elles n'ont pas véritablement abouti (et n'aboutiront probablement pas), posent de façon radicale la

⁶⁰ Et ce dès les premières années d'exercice de la Cour suprême. Voir *supra* : *United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.), 153, 181, (1820).

⁶¹ La résolution, soutenue par 84 Républicains, a été confiée au « Comité judiciaire » de la Chambre (*Committee on judiciary*), suite à un avis positif du sous-comité (*Sub-Committee on judiciary*) de 8 voix sur 11. Cela implique que, à ce jour, la résolution n'a pas été présentée à la l'entière de la Chambre des Représentants. <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d109:h.res.00097>:

⁶² « *The Resolution expresses the sense of the House of Representatives that judicial interpretations of the U.S. Constitution should not be based on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such judgments, laws, or pronouncements inform an understanding of the original meaning of the Constitution* » (*Reaffirmation of American Independence Resolution* (2004)).

⁶³ La démarche est initiée par deux Républicains, le Sénateur Richard Shelby et Robert Aderholt, membre du Congrès. Mais le texte original vient de la plume de Roy Moore, juge à la Cour suprême d'Alabama, qui perdit son poste de Président de cette même Cour après avoir refusé de retirer du Palais de justice un monument dédié aux dix commandements.

question de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de la magistrature. Elles répondent aux interprétations audacieuses de la Cour suprême, faisant ainsi du dialogue des juges un vrai sujet politique, publiquement débattu. Le thème arrive même à la télévision où certains sénateurs (dont Tom Feeny, instigateur de la Résolution) prennent violemment à partie les juges. Sandra Day O'Connor a déclaré depuis que les relations entre la Cour suprême et le Congrès n'avaient jamais été aussi tendues. Même le juge Scalia, pourtant défavorable au dialogue des juges, a admis, dans une interview, que le Congrès était allé trop loin⁶⁴.

3. *Comparaison des citations et état du dialogue*

Que doit-on en conclure de la situation du dialogue en Europe et aux Etats-Unis ? Il faut admettre notamment que, s'il a été possible d'évoquer les références explicites de Strasbourg à la Cour suprême, cette dernière fait peu de cas de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Notre comparaison paraît donc un peu faussée, à moins de donner un sens à cette asymétrie du dialogue des juges entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des Etats-Unis.

De façon claire, la Cour européenne des droits de l'homme fait de plus en plus référence à la jurisprudence de la Cour suprême. La référence aux décisions américaines a mis du temps à pénétrer la jurisprudence de Strasbourg, mais cette référence croît sans rencontrer de résistance. Le dialogue passe donc relativement inaperçu aux yeux des juristes, sans doute parce qu'il n'a jamais, du moins à ce jour, soutenu des interprétations spécialement audacieuses, et encore moins un revirement de jurisprudence. Les juges eux-mêmes ne semblent d'ailleurs pas s'y opposer ni contester l'utilisation de cette jurisprudence en tant que telle. Le dialogue sert avant tout à renforcer l'autorité de la Cour supranationale, et ne menace pas les spécificités européennes (si tant est que l'on puisse les identifier dans un *corpus* unique de normes et de traditions juridiques).

Le grand public, quant à lui, ignore tout de ce dialogue, comme il s'intéresse peu aux décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme en général. Comme nous le verrons dans la seconde partie, cela tient autant à la culture juridique (et à l'intérêt modéré que portent les Européens au travail des juges), qu'au caractère supranational de cette juridiction qui, pour beaucoup de citoyens, semble éloignée de leur vie quotidienne. Il est probable que la mondialisation, la sensibilisation du

⁶⁴ « *I'll be darned if I think it's up to the congress to tell us how to rule* » (discours prononcé devant le *National Italian American Foundation* et relaté par www.LegalTimes.com).

public à la culture américaine et la judiciarisation de la société européenne contribuent à changer cette situation et rendent les citoyens européens plus attentifs aux décisions rendues par les juges de Strasbourg.

L'attitude de la Cour suprême à l'égard de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait être regardée en miroir de celle adoptée par la Cour de Strasbourg. En effet, d'un côté, la référence au droit étranger semble être une tradition séculaire et, de l'autre, la présence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence américaine est extrêmement limitée. De plus, la référence de la Cour suprême au droit étranger est contestée par des juges, par des juristes, par certaines instances législatives et par une partie de l'opinion publique qui se mobilisent pour s'y opposer. Autant dire que le dialogue des juges est, aux Etats-Unis, un sujet politique à part entière.

Le dialogue des juges à la Cour européenne et à la Cour suprême force donc à cinq constats principaux. En premier lieu, il faut admettre qu'il y a une longue tradition de référence au droit étranger au sein de la Cour suprême américaine⁶⁵. On ne peut donc affirmer que ce dialogue est sans précédent puisque, tout au long de l'histoire américaine, on constate une référence ponctuelle et plus ou moins bien acceptée au droit étranger et aux décisions étrangères. A l'inverse, l'intérêt affiché de la Cour européenne des droits de l'homme pour la jurisprudence américaine (comme du reste pour le droit des pays tiers en général) est récent, mais devrait selon toutes probabilités continuer d'augmenter (notamment parce qu'il rencontre peu de résistance).

Un deuxième constat s'impose alors : le dialogue entre juges de différents systèmes est en pleine croissance. Le dialogue des juges de la Cour suprême avec leurs homologues étrangers a crû ces dernières décennies, en particulier en matière pénale, mais il n'a jamais été aussi contesté. L'histoire de la Cour suprême justifie plutôt l'ouverture au droit étranger en matière pénale. Depuis l'affaire *Drop v. Dulles*⁶⁶, la Cour considère en effet que c'est la « dignité humaine » qui est en jeu dans le huitième amendement et qu'il est donc naturel d'interpréter cet amendement, qui vise à interdire les « châtements cruels et inappropriés » (*cruel and unusual punishments*), à l'aide de sources étrangères du droit et des pratiques pénales ayant cours dans les pays civilisés. L'affaire *Drop* fait donc précédent en la matière, comme l'a confirmé l'arrêt *Thomson v. Oklahoma*⁶⁷, en rappelant que la Cour reconnaît la pertinence d'une référence à la communauté internationale pour définir en quoi un châtement

⁶⁵ Curieusement, les partisans comme les opposants contemporains de la citation étrangère ne semblent pas conscients de cette continuité avec la tradition.

⁶⁶ Voir *Drop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

⁶⁷ *Thomson v. Oklahoma* (487 U.S. 815, 830 (1988)).

est cruel et inapproprié. De même, comme en témoigne sa citation de l'arrêt *Rochin*, il est probable que la Cour européenne des droits de l'homme soit de plus en plus attentive aux décisions de la Cour suprême en matière de procédures pénales (méthodes d'enquête de la police, délais de détention provisoire, etc.).

Troisièmement, on ne peut que constater que la référence au droit étranger n'a pas le même impact sur l'opinion en Europe et aux Etats-Unis. Le débat suscité par le dialogue des juges à la Cour suprême est beaucoup plus vigoureux aujourd'hui qu'il ne l'était autrefois, en particulier au sein de la Cour. De plus, il s'est également étendu à la société, à la fois plus sensible aux enjeux internationaux et plus méfiante à l'égard du « reste du monde »⁶⁸. Au contraire, comme on l'a dit, ni les juges, ni les juristes, ni les citoyens européens ne semblent spécialement mobilisés autour de la question du dialogue des juges, que ce soit d'ailleurs avec les Etats-Unis ou avec d'autres pays du monde.

Quatrièmement, ce sont dans les décisions les plus polémiques de la Cour suprême que l'on constate le plus fréquemment une référence au droit étranger, comme par exemple dans *Roe v. Wade* (qui reconnaît un droit à l'avortement)⁶⁹. La référence à l'étranger intervient donc le plus souvent dans les cas difficiles, qui peuvent conduire la Cour suprême à un revirement de jurisprudence et donc à une rupture avec l'histoire de cette institution. Ainsi la citation étrangère, dans l'histoire de la Cour suprême, se fait plus insistante aux époques où la Cour, notamment en raison de sa composition, est convaincue que « la Constitution américaine ne peut plus être interprétée de manière immobile mais qu'elle doit l'être de façon dynamique »⁷⁰. Le dialogue permet donc aux juges de faire évoluer l'interprétation de la Constitution et les standards juridiques classiquement admis. C'est le cas avec l'avortement par exemple (dans *Roe v. Wade*), mais

⁶⁸ En sortant de l'enceinte judiciaire, le débat s'affine. Faut-il par exemple distinguer les *raisons* pour lesquelles les juges dialoguent ? Calabresi défend que ce qui est acceptable concernant les procédures criminelles (comme la constitutionnalité de la peine de mort dans certaines circonstances), l'est beaucoup moins quand il s'agit de produire, à l'aide de vues étrangères, une interprétation *morale* de la Constitution. De même, la citation du droit étranger paraît plus éclairante quand elle est justifiée par les difficultés d'interprétation (de termes vagues par exemple) que quand il s'agit de contredire des principes moraux fermement inscrits dans la culture américaine (dans l'affaire *Lawrence* par exemple). Dans un cas, le juge remplit sa fonction interprétative. Dans l'autre, il se fait législateur et producteur de nouvelles normes. Dans ce cas, les juges se prononcent sur ce que le droit américain devrait être, et n'ont pas à le faire en s'appuyant sur les convictions en vigueur ailleurs (et qui sont par ailleurs très difficiles à évaluer). Voir S. Calabresi et S. Dotson Zimdhal, « The Supreme Court and Foreign Sources of Law : Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision », *William and Mary Law Review*, dec. 2005.

⁶⁹ Voir *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), at 136-137.

⁷⁰ G. Canivet, *op. cit.*

aussi dans les arrêts récents sur la peine de mort : si la peine de mort n'est pas un châtement cruel au XIX^{ème} siècle, il faut admettre qu'il est le plus souvent considéré comme tel aujourd'hui. Aussi, comme le souligne le premier Président de la Cour de cassation française, Guy Canivet, « la jurisprudence étrangère est bien invoquée ici à des fins de subversion du droit interne »⁷¹.

A l'inverse, même si la Cour européenne se réfère plus volontiers au droit étranger dans les cas difficiles, comme ce fût le cas par exemple dans l'arrêt *Pretty*⁷², celle-ci cherche plutôt à renforcer sa propre autorité et sa continuité historique.

Enfin, cinquièmement, il faut souligner le choix du droit étranger qui est cité par les deux juridictions. La liste des pays tiers auxquels se réfère la Cour européenne est relativement circonscrite : on ne trouve en effet que six pays dont elle cite la jurisprudence en matière constitutionnelle : les Etats-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, le Canada, l'Afrique du sud et Israël. C'est peut-être, parmi d'autres, l'une des raisons qui font que le dialogue des juges est plutôt bien accepté par l'opinion publique européenne.

L'attitude de la Cour suprême, sans doute parce qu'elle est plus ancienne, est moins franche. Aux Etats-Unis, selon les décisions, la Cour fera référence de façon restreinte aux pays de *common law* ou, de façon large, à des droits très variés (notamment de pays peu ou pas démocratiques comme par exemple le Zimbabwe ou la Chine). Dans tous les cas cependant, la référence à la jurisprudence européenne ne semble pas tenir de place privilégiée. On peut même dire que les citations de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour suprême américaine sont extrêmement rares et, en ce qui concerne l'opinion majoritaire, se résument à un seul cas en 2003, l'affaire *Lawrence v. Texas*. Bien sûr, il existe plusieurs cas où la Cour fait référence à la Cour de Strasbourg dans les opinions séparées, notamment pour s'en démarquer. C'est le cas du juge Scalia dans l'affaire *Roper v. Simmons*. Dans son opinion dissidente, ce dernier s'insurge violemment contre la référence récurrente de la Cour suprême à la jurisprudence britannique. Pourquoi, dit Scalia, la Cour suprême devrait-elle se laisser influencer par une Nation qui, depuis la guerre d'indépendance, a développé une tradition juridique différente ? Cela est d'autant plus inquiétant, souligne Scalia dans une argumentation typiquement culturaliste, que le Royaume-Uni se soumet désormais à la jurisprudence des Cours européennes, dominés par les juristes de droit civil⁷³.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Voir : Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty* du 29 juillet 2002.

⁷³ « *It is beyond comprehension why we should look (...) to a country that has developed, in the centuries since the Revolutionary War—and with increasing speed since the United*

La Cour suprême reste donc circonspecte dans ses citations en faveur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. On voit certes apparaître dans certains arrêts différentes autorités européennes, dont l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, mais le statut de ces instances ne semble pas clair aux yeux des Américains, de sorte que la référence perd un peu de sa force.

II. Le statut du dialogue à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis

Quelles conclusions philosophiques faut-il tirer de ces différences entre les deux Cours ? Il faut tout d'abord comprendre le statut du dialogue entre la Cour européenne et la Cour suprême en le comparant à la considération qu'elles portent au droit étranger et international en général. Comme on vient de le voir, les deux Cours ont à cet égard une attitude différente. Pour la commodité de la comparaison, on s'est jusqu'à présent intéressés à l'attitude de la Cour suprême à l'égard du droit étranger et de la jurisprudence étrangère en général. Il faut maintenant revenir sur les conclusions à tirer de l'absence de référence à la jurisprudence de Strasbourg alors que, on l'a vu, la référence de la Cour européenne des droits de l'homme à la jurisprudence américaine va en s'intensifiant et s'intègre dans un dialogue plus sélectifs avec les juges des pays tiers.

Il faut ensuite émettre des hypothèses explicatives. L'une d'entre elles consiste à sonder les raisons culturelles, contextuelles et historiques qui pourraient expliquer les différences de statut accordé à ce dialogue. La seconde est peut-être plus abstraite : est-il possible que le statut accordé au dialogue soit relatif à la façon dont les deux juridictions perçoivent chacune leur mission ?

1. Les interlocuteurs du dialogue

Kingdom's recent submission to the jurisprudence of European courts dominated by continental jurists—a legal, political, and social culture quite different from our own » (Opinion dissidente du juge Scalia dans *Roper v. Simmons*, (03-633) 543 U.S. 551 (2005)). Ces propos visent en particulier le *Human Rights Act* de 1998, qui rend les principes contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme directement applicables au Royaume-Uni et permet que des précédents de *common law* soient ainsi réinterprétables selon la jurisprudence de Strasbourg.

Les dialogues particuliers noués par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des Etats-Unis (ainsi que le dialogue établi entre elles) révèle quelque chose du statut que ces deux juridictions confèrent au dialogue en général. Car l'une et l'autre, bien entendu, choisissent leurs interlocuteurs.

La Cour européenne, par exemple, se réfère bien sûr aux droits nationaux des Etats du Conseil de l'Europe, mais également de plus en plus à des instances « sœurs » comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg cite également le droit de pays tiers, mais la liste des pays de référence est relativement circonscrite et ne s'élargit que très lentement. L'influence des pays de *common law* y est aussi particulièrement nette. Cela laisse penser que la Cour sélectionne les jurisprudences citées, probablement en fonction de leur « acceptabilité » au sein du Conseil de l'Europe. Tous les interlocuteurs sont en effet des pays démocratiques, dont les juridictions ont une réputation internationale. Quand la Cour européenne cite les décisions de la Cour suprême américaine, on peut donc penser qu'elle cherche un soutien politique de la part d'une grande démocratie dont la tradition historique de protection des droits fondamentaux est avérée et reconnue de tous. Mais on ne peut qu'imaginer les critères au nom desquels la Cour européenne sélectionne ses interlocuteurs, dans la mesure où la Cour ne les évoque pas ouvertement.

Les choix de la Cour suprême paraissent répondre à une autre logique. Les droits étrangers cités par la Cour suprême des Etats-Unis sont, le plupart du temps, ceux des pays de *common law*, avec une préférence pour le droit britannique. On peut dire que le critère de choix est dans ce cas historico-culturel. Quand le champ des citations s'élargit, en revanche, il ne semble plus vraiment y avoir de critères de sélection. C'est d'ailleurs ce que reproche le juge Scalia à ses homologues de la Cour suprême : la citation paraît purement rhétorique et opportuniste. En effet, dans les arrêts les plus récents, et notamment dans l'arrêt *Roper*, la Cour suprême cite le droit (au sens large) de nombreux pays, y compris la Chine, l'Arabie Saoudite, le Pakistan, le Yémen, etc. Le but est de montrer que, même dans ces pays auxquels les Etats-Unis n'aimeraient pas ressembler, on n'exécute plus de mineurs. Le problème est que cet argument est vite renversé par les opposants de la décision : si on ne veut pas ressembler à ces pays, pourquoi leur pratique nous servirait-elle d'exemple ? Ne faut-il pas réduire nos interlocuteurs aux pays traditionnellement respectueux des droits de l'homme et dont les juridictions sont en la matière respectables ?

L'argument serait parfait s'il s'accompagnait de la proposition de faire « comme l'Europe », c'est-à-dire au fond de sélectionner des interlocuteurs de choix, dont on reconnaît la qualité et le travail. Dans ce cadre, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait avoir, avec d'autres, un place privilégiée auprès de la Cour suprême

des Etats-Unis. Mais il n'en est rien. Dans le débat américain, la jurisprudence de Strasbourg n'est jamais vraiment visée en tant que telle : on ne reproche pas aux juges la référence européenne, mais la référence à tout ce qui est étranger aux Etats-Unis. Cela signifie entre autres que la jurisprudence européenne n'est pas considérée différemment de n'importe quelle autre jurisprudence, y compris celles de pays peu recommandables. Aux Etats-Unis, chez les partisans comme chez les détracteurs du dialogue des juges, l'argument apparaît peu : le dialogue n'est pas le fruit d'une reconnaissance réciproque entre la Cour suprême et la Cour européenne des droits de l'homme, une acceptation mutuelle de leur égalité.

2. *Eléments culturels, contextuels et historiques*

Il faut également comprendre le statut du dialogue par rapport à l'histoire et la culture juridiques de ces deux Cours. On pourrait sur ce point penser que la Cour suprême, comme la plupart de juridictions de *common law*, est naturellement tournée vers le dialogue. Il n'est pas rare en effet de voir le juge américain dialoguer avec des éléments divers de la culture anglo-saxonne, comme la littérature par exemple, que le juge américain n'hésite pas, surtout quand elle est populaire, à faire intervenir dans sa motivation. Dans ce cadre, la citation de droit étranger que l'on constate dans l'histoire de la Cour suprême n'est pas tellement différente de la citation d'éléments non techniques, empruntés à la culture au sens large et non au système juridique lui-même. On s'aperçoit pourtant que le dialogue avec des systèmes juridiques hétérogènes heurte les sensibilités et qu'il doit donc avoir un statut particulier, qui dépasse l'ouverture traditionnelle de la pensée juridique américaine⁷⁴.

Le dialogue des juges à la Cour suprême des Etats-Unis ne se comprend que dans le cadre de l'exceptionnalisme américain qui, au-delà de ses implications géopolitiques et militaires, signifie que les Américains se perçoivent comme un peuple à part, persuadés de leur élection divine. Convaincus de la supériorité des valeurs américaines, les Etats-Unis seraient un modèle pour le monde. Les Etats-Unis ont donc une mission : propager dans le monde l'Etat de droit et la démocratie. Ce sentiment repose sur une identification profonde et sincère entre les valeurs américaines et la démocratie, l'histoire des Etats-Unis et l'instauration de l'Etat de droit. Dans ce contexte, toute critique émise à l'étranger, en particulier par les

⁷⁴ D'une part, il faut tenir compte du fait que ces droits et jurisprudences venus de l'étranger portent, pour les Américains, la trace d'une souveraineté, ce qui n'est pas le cas, bien sûr, de la littérature. D'autre part et en conséquence, la référence à ces droits et jurisprudences se veut un argument plus fort et pas seulement métaphorique.

européens, à l'égard du droit américain, ne peut qu'être perçue que comme une attaque contre les valeurs démocratiques elles-mêmes.

C'est l'une des raisons principales de la méfiance du peuple mais aussi des institutions à l'égard du droit étranger. Dialoguer, c'est en effet aussi accepter le regard de l'autre sur soi. C'est accepter d'évaluer son droit et sa culture juridique particulière à la lumière de ce qu'en disent les autres. Or les Américains ne sont pas toujours prêts à cet effort critique. La controverse suscitée par le dialogue des juges de la Cour suprême ne se comprend que dans ce cadre culturel, qui explique pourquoi ce dialogue divise. Il divise la société, en rappelant la concurrence qui existe entre deux modèles américains, l'un plus politique et fondé sur la souveraineté, l'autre juridique et porté par la « *comity* ». Il s'agit là aussi, bien sûr, de deux façons de concevoir les relations internationales et la place des Etats-Unis dans la mondialisation.

Le dialogue des juges divise également la Cour, en reproduisant le vieux partage des juges entre, d'un côté, les juges conservateurs et, de l'autre, les juges progressistes. Certes, comme elle l'a déjà fait dans son histoire, la Cour suprême pourrait citer le droit étranger à des fins conservatrices (par exemple pour limiter davantage la liberté d'expression). Le juge Scalia lui-même, réputé conservateur, ne s'en est pas privé dans d'autres circonstances⁷⁵. Mais, dans le contexte de la mondialisation, la donne a un peu changé et, dans le débat théorique lui-même, les partisans du dialogue des juges sont aujourd'hui considérés comme des libéraux (au sens anglo-saxon du terme).

Ces divisions assez nettes n'apparaissent pas dans la pratique européenne du dialogue. Elles ont le mérite d'obliger les juges à se positionner pour ou contre le dialogue et à justifier rationnellement ce choix. Ainsi le juge Kennedy, qui rédige l'arrêt *Roper*, défend la référence de la Cour aux droits fondamentaux reconnus par d'autres Nations que les Etats-Unis. Selon lui, la fidélité des juges à la Constitution ne peut être mise en doute par le dialogue. Au contraire, le dialogue des juges souligne l'importance de certains droits fondamentaux, précisément parce qu'ils sont partagés par d'autres⁷⁶. Le juge Kennedy sous-entend ainsi que le dialogue des juges peut renforcer la Constitution, en lui donnant une portée plus universelle.

⁷⁵ Voir par exemple : *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n* (93-986), 514 U.S. 334 (1995).

⁷⁶ « [I]t does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom » (*Roper v. Simmons* (2005)). Et Scalia de répondre, dans son opinion dissidente: "Acknowledgment" of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court unless it is part of the basis for the Court's judgment—which is surely what it parades as today".

Cette justification du dialogue par l'idée d'une convergence des droits les plus fondamentaux rappelle le plaidoyer du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Luzius Wildhaber, devant la *Société européenne de droit international* en 2004 : « Y a-t-il, pour reprendre la discussion récente au sein de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Lawrence v. Texas*, des tendances, voire des valeurs communes, qui peuvent se voir reflétées dans la législation et dans la jurisprudence d'un nombre croissant d'Etats, 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 »⁷⁷. Le Président Wildhaber plaide donc de façon claire en faveur d'un véritable droit commun des droits de l'homme. Ce droit commun quasi universel et la participation des juges à sa constitution ne semble diviser ni la Cour ni la société européenne. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne, ouverte comme on l'a vu au dialogue, cite la jurisprudence de Cours suprêmes de pays tiers mais, en même temps, motive peu la citation en tant que telle. Tout se passe en effet comme si la Cour n'avait pas besoin de justifier ce dialogue, qui laisse largement indifférent. Il y a plusieurs explications à cette indifférence, qui sont particulières à l'Europe.

Tout d'abord, le droit de la Convention est, par essence, un droit hybride. La jurisprudence de la Cour européenne synthétise donc les droits et les traditions de différentes cultures juridiques, de sorte que la comparaison est une méthode d'interprétation privilégiée par la Cour. Les juristes et juges européens auraient donc accepté, sinon par souhait, au moins par habitude, d'évaluer leur propre droit à l'aune de ce qui se fait ailleurs. C'est ce que sous-entend le Président de la Cour : « Dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme il est acquis aujourd'hui que pour être vraiment crédible, la protection des droits de l'homme au niveau interne doit accepter de s'exposer à un regard extérieur, un regard européen faisant office de tiers objectif »⁷⁸.

Toutefois, revers de la médaille, l'hybridation des normes qui caractérise le travail de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas de nature à susciter des sentiments patriotiques, comme ceux que la Constitution américaine est susceptible de faire naître au sein de la société. De plus, le dialogue des juges à l'intérieur du Conseil de l'Europe soulève en lui-même de nombreuses questions, si bien que c'est le dialogue entre la

⁷⁷ L. Wildhaber, « Le droit international en Europe : entre tradition et renouveau », discours prononcé à la conférence inaugurale de la *Société européenne de droit international* le 14 mai 2004, p.3.

⁷⁸ *Ibid.*

Cour européenne et les juridictions nationales européennes qui fait l'objet de toutes les attentions dans la doctrine⁷⁹.

D'autres éléments expliquent encore le peu d'effet polémique du dialogue de la Cour européenne avec les pays tiers sur la doctrine et la société. On en retiendra deux qui permettent la comparaison avec la Cour suprême : d'une part, la composition de la Cour européenne et, d'autre part, la nature de cette juridiction. La cour européenne est composée d'autant de juges qu'il y a d'Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme, soit 46. La plupart des décisions, par conséquent, sont rendues par les différentes chambres, et non par la Cour plénière. La Cour incarne ainsi le célèbre voeu de Montesquieu, qui caractérise la culture de droit civil, et qui consiste à considérer la fonction de juger comme un office impersonnel : il faut craindre la magistrature, et non les magistrats⁸⁰. Il faut donc que les juges soient interchangeable sans que les décisions le soient⁸¹. Cela contraste évidemment avec la personnification de la Cour suprême. Celle-ci n'est composée que de 9 juges, réunis pour toutes les décisions prises à la Cour, si bien que la jurisprudence, à une époque donnée, ne peut que porter leur empreinte personnelle. De plus, les juges de la Cour suprême sont, depuis toujours, des figures populaires de la société politique américaine. Avant d'être désignés, ils passent une audition publique devant le sénat américain, retransmis de nos jours à la télévision, où des questions leur sont posées sur leur options interprétatives, sur leur opinion quant à telle ou telle affaire, sur leur pratique professionnelle antérieure, etc. Les décisions de la Cour suprême, plus que celles de la Cour européenne des droits de l'homme, sont donc personnifiées : on peut y lire l'influence de tel ou tel courant interprétatif, le changement d'un seul juge pouvant faire basculer la Cour, par exemple, à droite ou à gauche. Avec les changements récents dans la composition de la Cour⁸², on peut d'ailleurs supposer que l'attitude de cette dernière à l'égard du dialogue des juges sera sans doute moins favorable dans les années à venir. Lors de l'audition sénatoriale qui

⁷⁹ Ce thème a fait l'objet d'une réflexion à la Cour européenne des droits de l'homme en 2005, intitulée : « Le dialogue entre juges ». Voir aussi F. Lichère, L. Potvin-Solis, A. Raynaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, et J. Allard, « Les effets de la Convention européenne des droits de l'homme sur le raisonnement du juge interne », in *Entre ombres et lumières. 50 ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, à paraître.

⁸⁰ « La puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature, et non les magistrats » (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Folio, 1995, p.330).

⁸¹ Dans ce cas, note Guy Canivet, l'influence d'une juridiction sur une autre ne passe pas par les mêmes canaux : « c'est la réputation collective du corps judiciaire qui importe, telle qu'elle résulte de sa formation, de sa qualification et de son éthique » (G. Canivet, *op. cit.*).

⁸² Les juges Renhquist et O'Connor ont été remplacés par les juges Roberts et Alito.

précédait l'entrée en fonction du juge Alito, on lui a ouvertement demandé quelle était sa position à l'égard du dialogue des juges. Et ce dernier a donné une réponse claire et tranchée : la Constitution ne doit pas être « interprétée en sondant les autres pays du monde »⁸³.

En outre, les juges européens sont désignés pour six ans et, même s'ils sont rééligibles, leur rôle à la Cour ne s'inscrit pas vraiment dans la durée, comme c'est le cas pour les juges à la Cour suprême. Ceux-ci quittent la Cour quand ils le souhaitent (ou à leur mort), si bien que la plupart d'entre eux y siègent pendant de nombreuses années. Le célèbre juge Oliver Wendell Holmes, par exemple, n'a quitté la Cour, en 1932, qu'à la demande de ses collègues et à l'âge de 90 ans, après y avoir passé 30 ans.

Le second élément distinctif entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême est, bien sûr, leur différence de nature, l'une étant supranationale, et l'autre constitutionnelle et nationale. Il n'est pas nécessaire de revenir ici sur tous les enjeux de cette différence, mais seulement sur ses conséquences quant au statut du dialogue dans ces deux juridictions. La raison d'être de la Cour suprême apparaît limpide, au moins formellement : elle a vocation à interpréter la Constitution et par conséquent à contrôler potentiellement la Constitutionnalité de toutes les normes juridiques américaines. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme, en revanche, ne s'impose pas avec la même unanimité. Depuis ses débuts, la cour européenne est donc en quête d'un principe politique justifiant son existence⁸⁴. On comprend alors mieux pourquoi la Cour européenne est souvent mal à l'aise pour justifier certains choix interprétatifs, et notamment le dialogue, comme des actes politiques forts. Mais on comprend mieux aussi l'ouverture évidente au dialogue : la convergence des droits fondamentaux en un « droit commun » offre au juge européen un appui fort. Si on ajoute à cela le fait que la Cour européenne doit parfois prendre position contre des Etats souverains, on comprend qu'elle soit plus réticente à trancher de sa propre autorité et qu'elle cherche du soutien dans le dialogue avec des juridictions similaires qui font autorité. Pour toutes ces raisons, le dialogue à la Cour européenne des droits de l'homme paraît s'imposer de fait comme de droit, et demande donc peu de justifications, alors que la pression sur les juges américains est terrible.

⁸³ Source : *Radio France Internationale*, http://www.rfi.fr/actufr/articles/073/article_41032.asp.

⁸⁴ Cette juridiction semble en fait manquer d'une véritable histoire politique, si ce n'est le contexte de sa création, qui est plutôt celui d'une crise du politique. L'événement majeur qui marque les esprits et rend incontournable la Convention européenne des droits de l'homme, c'est bien sûr la seconde guerre mondiale, qui a d'abord et avant tout déchiré l'Europe et mis en doute sa maturité politique. Le moteur de la Convention est d'ordre éthique : « plus jamais ça ! ». On peut l'opposer à l'élan volontariste, tourné vers l'avenir, qui caractérise, après l'indépendance américaine, la rédaction de la Constitution des Etats-Unis.

Il est donc relativement difficile de dégager, au sein de la Cour européenne, une tendance philosophique dominante au sujet de ce dialogue, et *a fortiori* d'identifier des divergences au sein même de la Cour, qui laisserait penser que le dialogue fait débat. Le plaidoyer du Président Wildhaber en faveur d'un véritable droit commun des droits de l'homme ne semble d'ailleurs pas provoquer de réactions particulières. Autrement dit, si la Cour européenne est en principe plus ouverte au dialogue, il est difficile en pratique de se faire une opinion sur le statut du dialogue avec les pays tiers au sein de cette juridiction. Comme on l'a vu, le positionnement individuel des juges à la Cour suprême paraît beaucoup plus net, puisque les juges exposent leurs propres convictions à ce sujet.

3. *Le sens du dialogue et le rayonnement des jurisprudences*

Le sens du dialogue change donc selon que l'on observe la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des Etats-Unis. L'Europe est convaincue de l'universalité des droits de l'homme. En tant que tels, les droits de l'homme sont exportables, ou partageables et, surtout, les juridictions qui contrôlent leur application sont forcément investies d'une mission commune. Ces juridictions sont donc comparables. En ce sens, le dialogue des juges européens est essentiellement fondé sur l'universalité supposée des droits de l'homme, dont ils se considèrent comme les porte-voix. De plus, parce que la Cour européenne veut promouvoir les droits de l'homme, elle se soucie aussi de la réception de sa jurisprudence à l'étranger et de son influence sur les pays tiers. C'est à ce titre, presque militant, que l'on retrouvera systématiquement l'Union Européenne et le Conseil de l'Europe dans les mémoires d'*amicus curiae* déposés depuis 2001 dans toutes les affaires de peine de mort jugées par la Cour suprême⁸⁵. C'est par ce biais d'ailleurs que la Cour suprême, dans l'affaire *Roper*, prend connaissance des arguments « civilisationnels » contre la peine de mort et les reprend à son compte. Autrement dit, la conviction que les droits de l'homme sont universels justifie le dialogue des juges, et ce dernier contribue à une forme de convergence embryonnaire des droits fondamentaux.

On peut en conclure que l'Europe participe au dialogue des juges par principe. Par définition, le dialogue requiert donc peu de justifications politiques, en-dehors du fait même de l'universalité. La Cour européenne

⁸⁵ A l'inverse, les institutions américaines ne sont jamais présentes dans les affaires jugées par la Cour européenne des droits de l'homme, bien que les ONG américaines soient, elles, omniprésentes. On peut penser ainsi que les institutions européennes pourraient, à terme, trouver dans les ONG un relais très important aux Etats-Unis dans ce même souci de promouvoir l'universalité des droits de l'homme.

des droits de l'homme part du principe que c'est son rôle d'être tournée vers d'autres juridictions susceptibles d'assurer, comme elle, la mise en œuvre des droits fondamentaux. Son Président, Luzius Wildhaber, souscrit à cette vision et affirme que les travaux de la Cour suprême et de la Cour européenne poursuivent un même objectif : protéger les droits de l'homme. C'est à la lumière de ce projet commun qu'il faut, selon lui, interpréter l'affaire *Lawrence v. Texas*, dont on a vu combien elle avait choqué une partie de l'Amérique⁸⁶.

Néanmoins, comme on l'a souligné, l'arrêt *Lawrence* est un cas à part dans la jurisprudence de la Cour suprême, puisque c'est la seule affaire où un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est cité dans l'opinion majoritaire. Ce seul cas ne suffirait donc à démontrer l'universalité effective des droits fondamentaux, et encore moins l'adhésion des juges de la Cour suprême à la vision défendue par Wildhaber. La Cour européenne choisit ses interlocuteurs et reconnaît dans les juges américains des *alter ego*, mais cette reconnaissance n'est pas réciproque : l'Europe n'occupe pas de place privilégiée dans la jurisprudence de la Cour suprême.⁸⁷ La référence au droit étranger ne repose donc pas sur une mission commune reconnue et sur des droits universels. Le dialogue constitue simplement un outil d'interprétation supplémentaire de la Constitution américaine, en tant que texte politique fondateur. C'est l'une des raisons d'ailleurs pour lesquelles le dialogue est controversé : l'opinion des juristes étrangers est-elle un bon moyen d'interpréter la Constitution américaine ?

Pourtant, le dialogue des juges a crû ces dernières années à la Cour suprême, en particulier en matière pénale. Cette référence croissante au droit étranger n'a de sens que par rapport à la mondialisation, qui place les Etats-Unis dans une double contrainte : jouer de leur influence dans le monde en rendant leur droit le plus exportable possible et, d'autre part, paraître respectables aux yeux du monde qui, en permanence, juge et évalue les pratiques américaines. L'attitude de la Cour à l'égard de la peine de mort témoigne peut-être de cette volonté de ne pas heurter les convictions de la

⁸⁶ « Y a-t-il, pour reprendre la discussion récente au sein de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Lawrence v. Texas*, des tendances, voire des valeurs communes, qui peuvent se voir reflétées dans la législation et dans la jurisprudence d'un nombre croissant d'Etats, 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. Je n'aurais pas trop de mal à considérer que c'est là l'attitude du sécularisme. La démocratie pluraliste ne devrait pas trop être livrée aux fanatismes de tous bords » (L. Wildhaber, « Le droit international en Europe : entre tradition et renouveau », discours prononcé à la conférence inaugurale de la *Société européenne de droit international* le 14 mai 2004, p.3).

⁸⁷ A l'inverse, les autres juridictions citées par Strasbourg (notamment la Cour suprême du Canada) citent abondamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

« communauté internationale » et d'éviter trop de conflits entre le droit américain et les standards internationaux, même si cette exigence n'est pas par elle-même contraignante.

Il y a donc une ambiguïté : le dialogue des juges sert à interpréter la constitution et, en même temps, permet aux Etats-Unis de tenir leur place dans le monde. Cette ambiguïté résulte de la conjonction entre exceptionnalisme et mondialisation. Elle se traduit, comme dans d'autres domaines, par l'unilatéralisme : si les Américains ne sont pas prêts à reconnaître la Cour européenne des droits de l'homme comme une instance « jumelle », ils sont en revanche disposés à exporter leurs modèles de protection des droits de l'homme, y compris en Europe.

Aussi, même si la Cour suprême ne souligne l'universalité des droits fondamentaux que de façon très marginale, les Etats-Unis élargissent sans cesse leur sphère d'influence en la matière, en particulier en Europe. D'abord, il faut admettre que la jurisprudence de la Cour suprême a des chances de pénétrer les raisonnements de la Cour européenne des droits de l'homme par le biais des jurisprudences nationales, en particulier celles issues des pays de *common law*. On l'a constaté avec l'influence croissante de la Cour suprême du Canada, dont les arrêts, cités dans les décisions nationales britanniques, sont repris par la Cour européenne dans ses motivations⁸⁸.

Mais l'influence américaine doit beaucoup aussi à la fois aux cabinets d'avocats américains et aux ONG. Ainsi Jean-François Flauss remarque qu'« il convient de ne pas sous-estimer l'activisme des requérants et des ONG tiers intervenants, manifestant une propension de plus en plus marquée à invoquer la jurisprudence de la Cour suprême. L'attitude desdites ONG n'est pas étonnante, dès lors que dans leur quasi-totalité elles sont anglo-saxonnes et certaines ont même leur siège aux Etats-Unis »⁸⁹. C'est fondamental quand on sait que le dialogue des juges est en fait instigué la

⁸⁸ Ce fut le cas par exemple de l'arrêt *Pretty c. United Kingdom* (2002) : cet arrêt concerne le « droit » au suicide assisté qui a été refusé à la requérante par le Royaume-Uni. La décision britannique se réfère à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, jurisprudence que la Cour européenne des droits de l'homme reprend et cite. La Cour européenne précise que, bien que l'instrument de protection des droits soit différent, les problèmes à traiter par la Cour canadienne et la Cour européenne sont similaires, de sorte qu'il est naturel que les deux juridictions arrivent à la même conclusion : « Si la Cour suprême du Canada avait à examiner la situation sous l'angle d'une disposition de la Charte canadienne non libellée de la même manière que l'article 8 de la Convention, la cause soulevait des problèmes analogues relativement au principe de l'autonomie personnelle, au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps » (Cour eur. dr. h., arrêt *Pretty* du 29 juillet 2002, § 66).

⁸⁹ Jean-François Flauss, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°62, 2005, p.326.

plupart du temps par les parties, les tiers intervenants ou les *amicus curiae*. Ce sont eux qui « mettent sur la table », avec plus ou moins de succès, les droits et les jurisprudences issus d'autres systèmes. C'est inévitable, comme le souligne le juge Breyer de la Cour suprême, en affirmant que la Cour ne peut disposer par elle-même du matériau comparatif⁹⁰. Il faut donc, comme le note le Premier Président de la Cour de cassation française, que ce soit les avocats qui le fournissent aux juges, et ils ne le font que quand ils sont convaincus que la Cour sera ouverte à ce genre d'arguments : « A côté des juges, les avocats sont aussi de puissants vecteurs d'influence. Ce sont eux qui, par les références qu'ils invoquent et les citations qu'ils font des jurisprudences externes, établissent des concordances entre des cours internationales ou nationales. (...) Leur rôle de "passeur" est évidemment primordial, les juridictions ne se fondent sur des jurisprudences extérieures qu'autant qu'elles sont invoquées devant elles »⁹¹.

Conclusions

Pour l'Europe, le dialogue des juges est tourné vers l'extérieur. Il repose sur l'universalité supposée des droits de l'homme et l'idée d'une mission commune aux juges européens et américains. Il est vrai d'ailleurs que ce dialogue permet d'engager des relations entre nations, là où les accords intergouvernementaux se font encore attendre. Dans ce cadre, on ne peut que regretter que la Cour suprême des Etats-Unis ne fonde pas son dialogue sur une reconnaissance réciproque d'autres systèmes, dont la vocation, les méthodes, mais aussi la fiabilité seraient similaires.

Pour les Etats-Unis, le dialogue est plutôt tourné vers l'intérieur. Il constitue un outil herméneutique qui permet d'interpréter la Constitution. Il est aussi l'occasion de débattre du rôle du juge en Amérique et participe ainsi à la détermination de l'identité américaine. On ne peut donc que

⁹⁰ « *Neither I nor my law clerks can easily find relevant comparative material on our own. The lawyers must do the basic work, finding, analyzing, and referring us to, that material. I know there is a chicken and egg problem. The lawyers will do so only if they believe the courts are receptive* » (Stephen Breyer, « The Legal Profession and Public Service », discours prononcé à l'invitation du *National Center for the Public Interest*). Disponible en ligne :

http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/14mar20010800/www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_10-10-00.pdf

⁹¹ G. Canivet, *op. cit.* Et il poursuit : « En outre, exerçant d'une juridiction à l'autre, les avocats transportent leurs habitudes de travail, leurs exigences de libre exercice de la défense, leurs réflexes, leurs savoir-faire, leurs modes de raisonnement et leurs techniques. (...) A n'en pas douter, l'aptitude d'une juridiction à se placer dans un concert international dépend de la qualité et des stimulations du corps d'avocats qui oeuvre auprès d'elle ».

plaider pour que l'Europe s'inspire d'un tel dialogue. On attendrait notamment de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle puisse parfois justifier politiquement son dialogue et son choix en faveur de certains interlocuteurs, privilégiés dans ce dialogue.

Dans les deux cas, les références au droit étranger se multiplient. La globalisation du droit et de la justice est probablement l'explication principale du succès du dialogue des juges, bien qu'elle en soit aussi le résultat⁹². En brouillant profondément les cartes, la mondialisation du droit favorise le dialogue des juges et, en même temps, est accélérée par ce dialogue⁹³.

On peut citer deux signes de la mondialisation du droit en rapport avec le dialogue des juges. Tout d'abord, il y a une internationalisation du droit, qui dépasse de loin la mise en place du droit international classique, c'est-à-dire d'un droit qui règle les relations entre Etats. En effet, ce n'est plus seulement le droit des traités, conclus par des Etats souverains, qui est mis en commun, mais de plus en plus les droits nationaux eux-mêmes, qui sont en théorie propres à une société avec son histoire, sa culture, ses traditions. Le dialogue des juges est partie prenante à ce changement, dans la mesure où ce droit « global » est mis en commun grâce à l'échange et à la comparaison, et pénètre la sphère interne grâce aux juges nationaux. La hiérarchie des normes et les frontières classiques du droit (entre national et international notamment) sont alors bouleversées : des juges de statuts divers et de nationalités différentes dialoguent au mépris des présupposés de l'ordre juridique classique. Par la comparaison et la référence au droit d'autres nations, le point de vue étranger, particulier, pénètre la jurisprudence nationale. Cet effet du dialogue des juges n'est pas nouveau. Dès 1793, lorsque la Cour suprême doit, dans l'arrêt *Chisholm*, préciser sa référence au « droit des nations »⁹⁴, il est manifeste que la Cour ne vise pas le droit international en vigueur, mais bien les principes universels du droit, qui ressortent au fond de la comparaison *entre droits*. Au niveau européen, on peut imaginer que la jurisprudence de pays tiers, comme les Etats-Unis, intègre peu à peu les sphères nationales par le biais de la jurisprudence européenne. Les échanges ne suivent en cela aucun chemin unique, ni aucun processus systématique cohérent.

Ces échanges ne sont pas structurés sous la forme d'un véritable ordre mondial, si bien que le droit s'apparente de plus en plus à un marché. Et c'est le deuxième signe du rapport entre mondialisation du droit et

⁹² Voir notamment J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005.

⁹³ Le fait que les Etats-Unis soient à l'avant-poste de la mondialisation du droit s'explique aussi historiquement par une ouverture au dialogue plus précoce que chez ses homologues européens.

⁹⁴ Voir *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall) 419, 474 (1793).

dialogue des juges. Le dialogue des juges contribue en effet à faire du droit mondial un vaste marché où d'autres juges, mais aussi les avocats et, plus largement, la société civile vont puiser des arguments pour soutenir leur interprétation d'un droit. Les Organisations Non Gouvernementales, en particulier, sont des rouages essentiels du développement du dialogue des juges. Pour une ONG de défense des droits fondamentaux, le procès est un forum supplémentaire et une chance de faire valoir des principes. Dans ce contexte, peu importe si l'on gagne à la Cour européenne des droits de l'homme ou à la Cour suprême des Etats-Unis : il suffit de gagner une fois. C'est évidemment sur ce plan que la concurrence entre les deux Cours sera la plus exacerbée, les ONG n'hésitant pas à mettre en compétition plusieurs juridictions⁹⁵. De plus, avec la circulation des jurisprudences, on peut espérer que, si l'on gagne une fois, cette victoire pourra être présentée comme un argument dans un mémoire déposée dans une autre Cour, au sein d'un autre système. On peut ainsi gager qu'à terme on constatera une forme de convergence des décisions en matière de droits de l'homme⁹⁶, résultat de cet échange réciproque des arguments⁹⁷. « On admettra donc que la compétition est un mode normal de relation entre les systèmes juridictionnels et qu'elle est facteur de progrès. Ce qui n'empêche pas que l'ouverture des juridictions à d'autres jurisprudences peut aussi traduire une conscience juridique nouvelle marquée par les préoccupations d'humanité ou d'universalité, s'appuyant sur certaines valeurs de civilisation partagées à l'échelle mondiale »⁹⁸.

⁹⁵ Cela est vrai pour l'ensemble des « nouveaux acteurs » que la mondialisation du droit place sur le devant de la scène : « Les possibilités de pouvoir des acteurs globaux, leurs ressources, leur espace d'action, leur statut, sont non seulement fondamentalement liés les uns aux autres, mais de surcroît, ce n'est qu'au travers des 'coups' qu'ils jouent, et qui découlent de la façon dont ils se conçoivent, s'expriment, se mobilisent, s'organisent, que les acteurs se constituent, ce n'est que par cette confrontation qu'ils gagnent (ou perdent) leur identité et leur pouvoir d'action » (U. Beck, *Qu'est-ce que le cosmopolitisme ?*, Paris, Aubier, 2004, p.195).

⁹⁶ C'est déjà le cas, par exemple, en matière de « procès équitable ». En effet, la notion a transité, *via* la jurisprudence et sous diverses voies (hiérarchiques, volontaires, verticales, horizontales, etc.), depuis la *common law* anglaise jusqu'aux juridictions nationales, en passant par le droit américain, les instances internationales comme l'ONU ou la Cour européenne des droits de l'homme pour finalement apparaître comme un standard de la culture universelle du procès, applicable à toute forme de justice. Voir Hélène Ruiz Fabri (Dir), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Société de législation comparée, 2003.

⁹⁷ On peut se demander si certaines décisions, en particulier à la Cour européenne des droits de l'homme, auraient été différentes si, à l'époque, le dialogue entre juridictions avait été aussi intense. Dans l'affaire *Otto Preminger* (1994), par exemple, la Cour défend une conception restrictive de la liberté d'expression, relativement différente de l'interprétation proposée, à la même époque, par la Cour suprême. Les deux juridictions se sont-elles mutuellement influencées depuis, et vont-elles peu à peu ajuster leur jurisprudence ?

⁹⁸ G. Canivet, *op. cit.*

Mais malgré l'enthousiasme que peut susciter ce succès du dialogue des juges, il faut rester vigilants et critiques dans l'analyse du phénomène.

Tout d'abord, il faut reconnaître que le dialogue des juges est une pratique encore relativement restreinte. Beaucoup de juridictions fonctionnent sans dialoguer, et la plupart des cas tranchés par nos deux Cours le sont sans référence au droit étranger. En outre, il y a une profonde asymétrie dans les citations réciproques de la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des Etats-Unis. Les juges américains semblent souvent considérer comme équivalente, voire préférable, l'autorité des auteurs étrangers de doctrine à l'autorité des juges constitutionnels étrangers. La Cour suprême ne s'appuie pas sur les cas jugés à Strasbourg (à l'exception du cas *Lawrence*), préférant parler des pratiques étrangères que de la jurisprudence en tant que telle⁹⁹. Peut-on alors parler d'un véritable *dialogue*, et *a fortiori* de dialogue *des juges* ?

Ensuite, il faut d'admettre que le dialogue des juges a un caractère persuasif et non contraignant. Il s'agit pour les juges de trouver un appui rationnel à une décision difficile et, parfois, à un revirement de jurisprudence. Le dialogue soutient ainsi la *jurisdictio*, le fait de « dire le droit rationnellement », qui est l'une des faces de la fonction de juger. C'est sur le plan de cette « autorité persuasive », bien sûr, que se joue l'essentiel de la concurrence directe entre la Cour suprême des Etats-Unis et la Cour européenne des droits de l'homme qui, chacune avec leurs spécificités, incarnent des « modèles » de protection des droits fondamentaux. La seconde face de la fonction de juger, l'*imperium*, suppose en outre la puissance d'imposer une décision par la contrainte. Or sur ce plan on attendrait du dialogue plus qu'un échange courtois (*judicial comity*), c'est-à-dire de vrais accords de coopération et d'échanges, dont on est encore loin. C'est sans doute ce qui irrite tant certains juges de la Cour suprême, quand ils voient cités des traités internationaux que les Etats-Unis n'ont pas ratifiés et au contrôle desquels, par conséquent, ils ne souhaitent pas soumettre leur droit.

Enfin et en conséquent, il faut prendre en considération la pratique du « *cherry picking* », c'est-à-dire le fait de préférer, dans le dialogue, un

⁹⁹ Guy Canivet relève trois vecteurs à la circulation du droit entre juridictions nationales et internationales, même d'ordres juridiques différents : la jurisprudence, les juges et la doctrine. Il note que l'autorité de la jurisprudence, quant elle n'est pas obligatoire, « varie selon la notoriété de la juridiction, son autorité morale, la force de conviction de sa motivation, la qualité du système juridique d'où émane le jugement. A cet égard, chaque juridiction internationale et chaque ordre national sont en compétition. Dans ce concours sont évidemment avantagés ceux qui produisent des décisions convaincantes, précisément motivées, se référant à des critères d'ordre social, économique, culturel ou éthique dépassant le pur raisonnement juridique et mobilisant des valeurs de portée universelle » (G. Canivet, *op. cit.*). De même, l'influence des juges sur un système étranger au leur dépend largement, souligne Canivet, du rayonnement culturel de leur propre système.

interlocuteur à un autre, sans que ce choix puisse être justifié par le juge, sinon par opportunisme¹⁰⁰. Il est vrai que les juges citent seulement certains arguments de leurs homologues étrangers. Ils empruntent des parties de systèmes juridiques, mais n'embrassent pas tous ces systèmes, dont ils peuvent par ailleurs reconnaître les défauts. Ils ne se tournent même vers l'étranger que quand leur décision semble difficile à justifier au sein de leur propre système, mais ignorent totalement ces mêmes références étrangères quand elles les amèneraient à conclure, dans d'autres affaires, dans un sens qui ne leur convient pas. La pratique paraît d'autant plus rhétorique dans la jurisprudence américaine que la référence aux droits étrangers ne correspond pas à une reconnaissance réciproque, et de plus s'insère dans une liste de références au sein de laquelle on peut être plus ou moins fiers de côtoyer, entre autres, la Chine, la Jamaïque ou le Zimbabwe.

Le *cherry picking* conduit les juges à chercher à l'étranger de quoi renforcer leurs convictions intimes, de façon strictement opportuniste, sans prendre en compte l'ensemble du système dont sont issus les éléments ou les arguments qu'ils empruntent. Or c'est parfois ce système qui détermine le sens de ces références. Plus généralement, certaines règles ou certains arguments juridiques se justifient parfois de façon historique et culturelle : peut-on alors les transposer à une autre société, dont l'histoire et la culture diffèrent largement ? Certes, les juges se livrent au *cherry picking* autant par ignorance des jurisprudences étrangères que par volonté de masquer leur interprétation personnelle des textes. Mais l'un n'est pas forcément plus rassurant que l'autre : on pioche dans le grand sac des jurisprudences, sans prendre en compte l'ensemble du système dont sont issus les éléments choisis.

On le constate dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme comme dans celles de la Cour Suprême des Etats-Unis. La première, dans l'affaire *Jalloh* par exemple, reprend le raisonnement de l'arrêt *Rochin* sans mentionner les nuances apportées par la Cour suprême depuis cet arrêt, qui date de 1953. Est-ce par ignorance ? Par opportunisme ? Au fond, le résultat est le même. La Cour suprême non plus n'est d'ailleurs pas à l'abri, elle qui n'hésite pas à citer les cours africaines dans les affaires de peine de mort, mais qui se garderait sans doute de le faire, par exemple, dans les affaires concernant la liberté d'expression.

C'est un vrai problème, qui est évidemment souligné par les adversaires du dialogue des juges, comme le juge Scalia. Pour critiquer ses pairs, il n'hésite pas à souligner la contradiction : « 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

¹⁰⁰ Littéralement, le *cherry picking* désigne le fait de choisir sur un gâteau les cerises les plus appétissantes et de laisser de côté celles qui nous paraissent avariées.

sophisme »¹⁰¹. Dans son opinion dissidente de l'arrêt *Roper*, Scalia montre que si les références de la Cour suprême à des systèmes étrangers se poursuit, il faudra réformer le droit américain en fonction des modèles juridiques étrangers¹⁰². Et il ne s'inquiète pas seulement de la référence au droit chinois, qui porte peu à conséquences. C'est bien le modèle européen, et en particulier le modèle anglais, qui est visé par Scalia. Il craint par exemple l'influence des Anglais sur les procédures pénales américaines, notamment parce que ceux-ci jugent désormais les criminels ordinaires sans jury, ce qui est impensable aux Etats-Unis. En d'autres termes, céder au dialogue des juges, pour Scalia, revient à s'exposer à une influence étrangère qui ferait perdre au système judiciaire américain toutes ses spécificités, au sens culturel du terme¹⁰³.

La vision de Scalia paraît toutefois un peu dépassée et, en tout cas, désavouée par la mondialisation : *de fait*, les juges sont de plus en plus confrontés à des cas qui, pratiquement et rationnellement, ne sauraient être résolus de façon strictement « nationale »¹⁰⁴. Le droit mondial qui en résulte n'est pas un système cohérent et complet, un droit uniformisé, mais un bricolage normatif dont les juges qui dialoguent sont les premiers artisans. « Il est peu risqué d'affirmer qu'il n'existe pas, au sens propre, un ordre unique englobant dans un même système organisé l'ensemble des juridictions internationales et nationales »¹⁰⁵. Dans ce contexte, citer du droit étranger, ce n'est donc pas adhérer complètement à un système, au point de le faire sien, mais d'une part, reconnaître un noyau commun aux droits fondamentaux et, d'autre part, tenter de résoudre un cas difficile à l'aide de l'expérience des juges étrangers en la matière.

¹⁰¹ 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).

¹⁰² Est-ce là une perversion du système, comme le croyait Hobbes ? Hobbes pensait en effet que l'imitation des nations étrangères ne pouvait que corrompre l'Etat, l'affaiblir, voire le condamner à disparaître : « Très souvent l'exemple d'un gouvernement différent chez une nation voisine encourage à changer la forme de gouvernement déjà établie. (...) Je ne doute pas que beaucoup, prenant les Pays-Bas comme exemple, n'aient été satisfaits de voir les derniers troubles d'Angleterre : pour devenir riches, ils supposent qu'il suffit seulement de changer la forme du gouvernement comme on l'a fait aux Pays-Bas » (Hobbes, *Léviathan*, Paris, Gallimard (Folio essais), 2000, p.483).

¹⁰³ « *If we took the Court's directive seriously, (...) We would curtail our right to jury trial in criminal cases since, despite the jury system's deep roots in our shared common law, England now permits all but the most serious offenders to be tried by magistrates without a jury. The Court should either profess its willingness to reconsider all these matters in light of the views of foreigners, or else it should cease putting forth foreigners' views as part of the reasoned basis of its decision* » (*Roper v. Simmons*, (03-633) 543 U.S. 551 (2005) Scalia, J., dissenting, § 3).

¹⁰⁴ On songe par exemple aux questions de terrorisme, d'écologie, de commerce, de bioéthique, etc.

¹⁰⁵ G. Canivet, *op. cit.*

Il faut d'ailleurs souligner que, malgré l'enthousiasme du Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Lucius Wildhaber, le dialogue des juges ne dépend pas d'abord, concrètement, d'une vision universaliste des droits fondamentaux. Quand les juges s'appuient sur des jurisprudences étrangères, c'est essentiellement pour résoudre des cas particuliers difficiles. Le dialogue des juges comporte donc une dimension pragmatique : les magistrats échangent le plus souvent des solutions concrètes à des cas particuliers, et non des principes universels en tant que tels. C'est ce que souligne le juge Breyer de la Cour suprême : les sources étrangères ne sont pas des autorités contraignantes, mais des aides pour résoudre des questions similaires, entre pays qui partagent des standards similaires¹⁰⁶. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que n'émerge pas de ce dialogue une forme de visée cohérente de la justice ou, comme on l'a montré plus haut, une convergence des droits fondamentaux. Mais celle-ci surgit de cas particuliers, *après coup*, comme un élément de justification du dialogue, et non d'un droit en soi, qui serait universel *a priori*¹⁰⁷. Le dialogue des juges est donc non seulement une pratique restreinte, mais également partielle : ce n'est pas tout le droit qui est mis en commun et uniformisé à l'image d'un droit mondial universel.

Il faut donc reprendre l'argument du *cherry picking a contrario* : n'est-il pas rassurant de penser que du droit étranger et des décisions venues d'ailleurs puissent nous épauler dans les cas difficiles sans nécessairement remplacer notre propre droit et nos spécificités culturelles ? En d'autres termes, n'est-ce pas une vertu du dialogue des juges que de demeurer partiel ? Car dialoguer, c'est certes se comparer, mais c'est aussi, parfois, débattre et se démarquer. D'ailleurs, on ne peut postuler une véritable convergence des droits sans admettre qu'il y a aussi une concurrence entre les systèmes juridiques et entre les juridictions. Le terme de dialogue ne doit donc pas nous induire en erreur en nous laissant croire que l'échange entre juridictions est toujours volontaire, ou toujours courtois¹⁰⁸.

Restreint, partiel et asymétrique, le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis, nous informe sur la façon dont ses deux juridictions conçoivent leur tâche, et illustre les divergences et les convergences de raisonnement entre juges européens et américains. Ce dialogue semble toutefois en pleine croissance. Il nous sert donc à interroger, sous un angle nouveau, le rôle à venir des

¹⁰⁶ *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990, 997-98 (1999), Breyer J. dissenting from denial of certiorari.

¹⁰⁷ Le dialogue s'appuie aussi sur de nombreux conflits et peut être l'objet d'une stratégie nationale au sein d'une compétition entre nations. Le dialogue reproduit aussi les dominations de certains droits sur d'autres.

¹⁰⁸ De plus, comme on l'a vu dans la traduction de l'arrêt *Rochin* cité par la Cour européenne dans l'affaire *Jalloh*, le dialogue des juges soulève des problèmes majeurs de traduction et de choix du vocabulaire.

Pour citer cet article : Julie Allard, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droit de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis. Constats et perspectives philosophiques », in J. Allard *et al.*, *Juger les droits de l'homme : l'Europe et les Etats-Unis face à face*, Bruylant, 2008.

juges. « Qu'elle soit, interne ou internationale, une juridiction ne peut être un lieu clos, c'est au contraire un carrefour, un carrefour circulaire où se croisent de manière ordonnée les décisions de justice qui construisent un droit en devenir permanent »¹⁰⁹.

¹⁰⁹ G. Canivet, *op. cit.*