

L'UTILISATION DE SOURCES DE DROIT ÉTRANGÈRES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

Régis BISMUTH*

Les références à des sources de droit étrangères dans certains récents arrêts de la Cour suprême des États-Unis ont suscité une intense controverse parmi les personnalités politiques, juges et universitaires américains. Bien que ce débat ait entraîné surtout des prises de positions excessives et simplificatrices, le sujet est riche de nuances et peut être très instructif sur le rôle potentiel de la méthode comparatiste dans la motivation des décisions. Les polémiques se sont focalisées sur les utilisations à portée normative où, par une interprétation évolutive de la Constitution des États-Unis, les normes étrangères, ou les interprétations qui en ont été faites par d'autres cours constitutionnelles, ont substantiellement influencé les décisions de la Cour suprême. En relation avec des sujets particulièrement sensibles tels que la peine de mort ou la pénalisation de l'homosexualité, cette discorde trouve son origine dans l'antagonisme entre deux courants s'opposant sur la méthode d'interprétation de la constitution et, de façon plus large, sur le rôle de la Cour suprême au niveau international dans la mesure où la méthode comparatiste a été appréhendée comme un outil facilitant le dialogue se développant entre les cours constitutionnelles.

References to foreign sources of law in some of the recent U.S. Supreme Court decisions have sparked off a fierce controversy among politicians, judges and academics. Although this debate has mostly engendered extreme and simplistic stances, the issue is full of nuances and can be very instructive as to the potential role of comparativism in justifying judicial decisions. The dispute has focused on uses having a substantive impact where, through an evolving interpretation of the U.S. Constitution, foreign norms, or the ways in which they have been interpreted by other constitutional courts, have substantially influenced Supreme Court rulings. This contention, which is in connection with particularly sensitive issues such as the death penalty and the criminalization of

* A.T.E.R. en droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Docteur en droit (Paris 1), L.L.M. (Columbia Law School).

homosexuality, stems from the antagonism between two distinct approaches with regard to constitutional interpretation and, more broadly, two views on the role of the Supreme Court at the international level insofar as comparativism has been regarded as a tool to facilitate the developing dialogue between constitutional courts.

1. La lecture de certains des arrêts de la Cour suprême des États-Unis peut surprendre le juriste français tant les juges s'y octroient une liberté de ton contrastant avec la sobriété, la concision et le caractère elliptique des arrêts de nos plus hautes juridictions¹. On ne peut donc être surpris de relever que même les écrits de Shakespeare ont parfois été considérés comme une source d'inspiration légitime pour les juges de la Cour², de même que les textes de Bob Dylan dans une récente opinion dissidente³. Cette plus importante latitude des juges dans la motivation des décisions, aussi spécifique des systèmes de common law⁴, se heurte toutefois à certaines résistances lorsque ces derniers ne se limitent plus à une simple référence littéraire ou musicale relevant de l'anecdote, mais recourent à des sources de droit étrangères à l'ordre juridique américain, comme en témoignent les controverses résultant de l'utilisation, dans certains récents arrêts de la Cour suprême, de la méthode comparatiste afin d'interpréter les dispositions de la Constitution des États-Unis.

2. Si l'emprunt par la Cour de sources de droit étrangères n'est pas un phénomène nouveau⁵, ce n'est que récemment que cette pratique, jusqu'alors presque passée inaperçue⁶, a suscité de si vives réactions. Les

¹ A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTDciv.*, 1974, p. 487 et s.

² R. H. SKILTON, « Shakespeare and the Supreme Court », *Gargoyle – University of Wisconsin Law School Forum*, vol. 21, n° 4, 1991, p. 4 et s.

³ *Sprint Communications c/ A.P.C.C. Services*, 128 S. Ct. 2531, 2550 (2008) (Opinion dissidente du juge Roberts). V. aussi, A. B. LONG, « [Insert Song Lyrics Here] : The Uses and Misuses of Popular Music Lyrics in Legal Writing », *Washington & Lee Law Review*, vol. 64, 2007, p. 531 et s.

⁴ M. WELLS, « French and American Judicial Opinions », *Yale Journal of International Law*, vol. 19, 1994, p. 81 et s. ; J. -L. GOUTAL, « Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A. », *American Journal of Comparative Law*, vol. 24, 1976, p. 43 et s. ; F. H. LAWSON, « Comparative Judicial Style », *American Journal of Comparative Law*, vol. 25, 1977, p. 364 et s. V. aussi, A. TUNC, « Synthèse », in P. BELLET, A. TUNC, A. TOUFFAIT (dir.), *La cour judiciaire suprême – Une enquête comparative*, Paris, Economica, 1978, p. 70 et s. ; J. BLONDEEL, « La Common Law et le droit civil », *RIDC*, vol. 3, n° 4, 1951, p. 585 et s.

⁵ V. à ce sujet l'étude exhaustive de S. G. CALABRESI, S. D. ZIMDAHL, « The Supreme Court and Foreign Sources of Law : Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision », *William & Mary Law Review*, vol. 47, 2005, p. 743 et s. V. aussi, A. A. LEVASSEUR, « Le droit comparé et la jurisprudence américaine », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, vol. 85, n° 2-3, 2008, p. 392 et s.

⁶ J. L. LARSEN, « Importing Constitutional Norms from a " Wider Civilization " : Lawrence and the Rehnquist Court's Use of Foreign and International Law in Domestic Constitutional Interpretation », *Ohio State Law Journal*, vol. 65, 2004, p. 1283.

sujets étaient, il convient de le souligner, particulièrement sensibles dans la mesure où les principales affaires touchaient à des questions telles que la peine capitale ou le droit des homosexuels. L'arrêt *Atkins c/ Virginia*⁷ rendu en juin 2002 amorça cette polémique qui n'a cessé de s'amplifier. Dans cette affaire, la Cour devait déterminer si la peine de mort à l'encontre d'une personne souffrant d'un handicap mental constituait une violation du Huitième amendement prohibant les peines excessives, cruelles ou inhabituelles. Afin de conclure à une telle violation, l'arrêt de la Cour rédigé par le juge Stevens souligne, entre autres et au détour d'une note de bas de page, que « within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved »⁸. Peu après, en juin 2003, la Cour décida dans l'affaire *Lawrence c/ Texas*⁹ qu'une loi texane prohibant les rapports sexuels entre adultes de même sexe contrevenait au Quatorzième amendement qui protège, entre autres, le droit à la liberté et à la vie privée, réalisant ainsi un revirement d'une jurisprudence ancienne de dix-sept ans seulement¹⁰. Dans sa décision, le juge Kennedy se référa à l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* rendu en 1981 par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹ et souligna que cette dernière décida dans une affaire similaire à celle devant la Cour suprême que « the laws proscribing the conduct were invalid under the European Convention on Human Rights »¹². Enfin, en mars 2005, l'affaire *Roper c/ Simmons*¹³ fut l'occasion pour la Cour de déclarer contraires aux Huitième et Quatorzième amendements les réglementations des États permettant l'imposition de la peine capitale pour les individus mineurs au moment des faits. Revenant là aussi sur une jurisprudence relativement récente¹⁴, le juge Kennedy se référa, entre autres, à la Convention internationale des droits de l'enfant dont l'article 37 prohibe le recours à la peine capitale contre les individus âgés de moins de dix-huit ans¹⁵, et ce, bien qu'elle n'ait pas été ratifiée par les États-Unis et, mentionnant des législations étrangères, souligna que « [o]ur determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death

⁷ *Atkins c/ Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

⁸ *Id.* p. 316, note 21.

⁹ *Lawrence c/ Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁰ *Bowers c/ Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹¹ *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, Req. n° 7525/76, arrêt du 22 oct. 1981.

¹² *Lawrence c/ Texas*, *op. cit.* note 9, p. 573.

¹³ *Roper c/ Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

¹⁴ *Stanford c/ Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).

¹⁵ *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13, p. 576.

penalty »¹⁶. Le juge Scalia lui répondit dans son opinion dissidente que « the basic premise of the Court's argument – that American law should conform to the laws of the rest of the world – ought to be rejected out of hand »¹⁷. Bien que s'opposant également à la solution de la Cour, le juge O'Connor rétorqua toutefois à ce dernier que « [o]ver the course of nearly half a century, the Court has consistently referred to foreign and international law »¹⁸.

3. Débats sur la signification et l'interprétation d'un texte sacralisé, polémiques marquant en apparence une opposition entre juges conservateurs et progressistes, problèmes de droit sous-jacents en relation avec des questions de société particulièrement sensibles : rarement controversée n'avait eu autant de ramifications et de lieux de débats, la discorde outrepassant rapidement le seul domaine académique pour s'échouer à la fois sur les bancs du Congrès dont certains des membres des deux chambres ont tenté d'interdire cette pratique à la Cour¹⁹, dans les librairies accueillant des ouvrages aux relents populistes²⁰, mais aussi dans le maquis anonyme de la blogosphère où les juges Ginsburg et O'Connor (cette dernière ayant quitté la Cour en 2006) ont été la cible de menaces de mort pour avoir manifesté leur inclination à l'utilisation de sources étrangères²¹. Au-delà des passions qu'elle suscite et de la tentation d'une posture simplificatrice alors qu'elle laisse place à un éventail de nuances²², la question du recours à des sources étrangères s'avère particulièrement fertile et instructive sur les thèmes de la justification, de la pertinence et de la portée de la méthode comparatiste pour l'interprétation des textes constitutionnels.

4. Appréhender ces prolongements nécessite en premier lieu de dresser une classification des différentes méthodes d'utilisation des sources de droit étrangères. C'est en isolant spécifiquement les méthodes comparatistes sur lesquelles se cristallisent les polémiques actuelles qu'il sera possible d'analyser de façon plus approfondie les arguments en faveur et ceux s'opposant au recours par la Cour suprême à de telles sources. Il convient de souligner que cette étude ne porte que sur l'exploitation de sources de droit étrangères à l'ordre juridique américain, y compris les traités internationaux

¹⁶ *Id.*, p. 575.

¹⁷ *Id.*, p. 624 (Opinion dissidente du juge Scalia).

¹⁸ *Id.*, p. 604 (Opinion dissidente du juge O'Connor).

¹⁹ *V. infra* n° 41.

²⁰ M. R. LEVIN, *Men in Black – How the Supreme Court Is Destroying America*, Washington, D.C., Regnery Publishing, 2005, p. 18 et s.

²¹ Ces événements sont rapportés par D. J. SEIPP, « Our Law, Their Law, History and the Citation of Foreign Law », *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, p. 1420.

²² G. SITARAMAN, « The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, n° 2, 2009, p. 654 et s. ; M. A. WATERS, « Getting Beyond the Crossfire Phenomenon : A Militant Moderate's Take on the Role of Foreign Authority in Constitutional Interpretation », *Fordham Law Review*, vol. 77, 2008, p. 367.

non ratifiés par les États-Unis, telle que la Convention internationale des droits de l'enfant citée dans l'affaire *Roper c/ Simmons* ou ceux ratifiés mais avec des réserves passées sous silence par la Cour suprême²³. Elle ne traite donc pas de la place du droit international dans la jurisprudence de la Cour suprême et de l'intégration des engagements internationaux dans le droit américain²⁴. Cette précision semble utile car certains auteurs ont tendance à amalgamer dans la même problématique l'utilisation du droit international et celle des sources étrangères²⁵. Il convient de souligner qu'une stricte séparation entre ces deux *corpus* n'apparaît pas pour autant des plus évidentes dans la mesure où les décisions de tribunaux étrangers et les traités non ratifiés par les États-Unis pourraient être employés afin de démontrer l'existence d'une règle de droit international coutumier, mais la Cour suprême a préféré utiliser ces derniers instruments afin d'interpréter directement les dispositions de la Constitution plutôt que de les réintégrer dans la perspective du droit international coutumier²⁶.

I. VARIÉTÉ DES MÉTHODES D'UTILISATION DES SOURCES ÉTRANGÈRES

5. Les arrêts de la Cour suprême témoignent d'une multiplicité d'utilisations possibles de la méthode comparatiste. Une distinction mérite cependant d'être opérée entre les utilisations n'ayant pas et celles ayant pour conséquence de modifier les règles de droit retenues pour la résolution des différends dont la Cour est saisie ou, en d'autres termes, entre les utilisations dépourvues et celles revêtant d'une portée normative. La controverse se polarisant essentiellement sur ces dernières, une attention toute spéciale leur sera consacrée.

²³ V. *infra* n° 21, 35.

²⁴ S. CLEVELAND, « Our International Constitution », *Yale Journal of International Law*, vol. 31, 2006, p. 1 et s. ; A. PEYRO-LLOPIS, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des États-Unis », *Revue Générale de Droit International Public.*, vol. 109, n° 2, 2005, p. 609 et s.

²⁵ D. J. KOCHAN, « Sovereignty and the American Courts at the Cocktail Party of International Law : The Dangers of Domestic Judicial Invocations of Foreign and International Law », *Fordham International Law Journal*, vol. 29, 2006, p. 507 et s. ; J. O. MCGINNIS, « Contemporary Foreign and International Law in Constitutional Construction », *Albany Law Review*, vol. 69, 2006, p. 801 et s.

²⁶ M. A. WATERS, « Creeping Monism : The Judicial Trend Toward Interpretative Incorporation of Human Rights Treaties », *Columbia Law Review*, vol. 107, 2007, p. 628 et s. V. aussi, K. ANDERSON, « Foreign Law and the U.S. Constitution », *Policy Review*, n° 131, 2005, p. 33 et s.

A. – *Les utilisations dépourvues de portée normative*

6. Les juges de la Cour suprême ont occasionnellement eu recours à des règles de droit étrangères non pour les transposer dans l'ordre juridique américain mais plutôt afin de faciliter plus généralement son processus décisionnel. Deux situations méritent ici d'être envisagées, celle où la règle étrangère n'a qu'une fonction illustrative et celle où, dans une perspective expérimentale, la Cour s'intéresse aux conséquences pratiques de la règle étrangère.

1. *Les utilisations à vocation exemplative*

7. Par sa fonction illustrative, la règle étrangère permet, par opposition ou analogie, de préciser la signification ou la portée de la règle nationale. Une telle utilisation de la méthode comparatiste n'a donc aucunement pour effet de transposer directement ou indirectement la règle étrangère dans le droit national. L'arrêt *Raines c/ Byrd*²⁷ rendu par la Cour suprême en 1997 constitue un exemple approprié d'une telle pratique.

8. Il était question pour la Cour dans cette affaire de déterminer si les membres du Congrès avaient un intérêt à agir afin de contester certaines dispositions du *Line Item Veto Act*, loi (depuis déclarée inconstitutionnelle²⁸) permettant au Président, sous certaines conditions, d'abroger unilatéralement certaines dépenses ou dispositions fiscales adoptées par voie législative. Bien qu'alléguant qu'une telle loi aboutirait à une dilution de leur pouvoir politique, l'argumentation des membres du Congrès n'a pas emporté la conviction de la Cour qui, ne trouvant argument juridique acceptable, conclut que les demandeurs n'avaient pas d'intérêt propre ou subi de dommage personnel du fait de la législation en question. L'arrêt de la Cour aurait pu s'arrêter à cette conclusion. Cependant, le juge Rehnquist (Président de la Cour suprême de 1986 à 2005) souligna que retenir une solution contraire n'aurait pas été nécessairement aberrant. En effet, se référant, entre autres, aux écrits du Doyen Louis Favoreu, il indiqua à cet égard que « [t]here would be nothing irrational about a system which granted standing in these cases ; some European constitutional courts operate under one or another variant of such a regime. [...] But it is obviously not the regime that has obtained under our Constitution to date »²⁹.

9. Le recours à la méthode comparatiste n'a eu donc ici que pour unique fonction de présenter la façon dont les solutions retenues par les

²⁷ *Raines c/ Byrd*, 521 U.S. 811 (1997).

²⁸ *Clinton c/ City of New York*, 524 U.S. 417 (1998).

²⁹ *Raines c/ Byrd*, *op. cit.* note 27, p. 828.

tribunaux étrangers contrastent avec l'interprétation de la Cour suprême. C'est ce que relève un auteur soulignant que « [t]he juxtaposition of the more flexible European systems against that of the United States helps him express the unique requirements of the Constitution »³⁰. Son rôle n'est donc pas décisif dans le sens où il n'a aucun impact sur la solution retenue par la Cour. Cette exploitation de sources étrangères a d'ailleurs davantage suscité l'étonnement que l'opposition, un auteur suggérant que cette mention témoigne simplement de la curiosité intellectuelle du juge Rehnquist³¹.

2. Les utilisations à vocation expérimentale

10. Dans cette situation, la règle de droit étrangère a un poids plus important dans le processus décisionnel que dans le cas précédent, non parce qu'elle fournit la règle sur laquelle le juge fonde sa décision, mais parce que ce dernier exploite des données collectées sur la base de l'application de la règle étrangère. Si cette règle n'a pas d'autorité juridique, il semble toutefois excessif de confiner son rôle à une simple portée statistique. L'arrêt *Washington c/ Glucksberg*³² rendu par la Cour suprême en 1997 fournit une illustration particulièrement intéressante de ce mode d'utilisation des sources étrangères.

11. La Cour devait déterminer dans cette affaire si l'interdiction du suicide assisté ayant cours dans l'État de Washington contrevenait au Quatorzième amendement de la Constitution. Examinant les précédents historiques et la pratique aux États-Unis, et se référant également aux écrits de Henry de Bracton, William Blackstone ou de Sir Edward Coke³³, le juge Rehnquist, qui rédigea l'arrêt au nom de la Cour, conclut dans un premier temps que « the asserted "right" to assistance in committing suicide is not a fundamental liberty interest protected by the Due Process Clause »³⁴. Il est intéressant de relever que le juge Rehnquist n'a pas limité son analyse aux États-Unis mais a également souligné que le suicide assisté est un crime dans presque l'ensemble des démocraties occidentales et cita notamment la pratique d'autres États de *common law*³⁵. Il s'agit là d'une utilisation de sources étrangères à vocation illustrative. Mais la Cour devait également déterminer, dans un second temps et par une analyse aussi dénommée *rational basis review*, si cette interdiction par l'État de Washington était

³⁰ L. J. BLUM, « Mixed Signals : The Limited Role of Comparative Analysis in Constitutional Adjudication », *San Diego Law Review*, vol. 39, 2002, p. 186.

³¹ J. L. LARSEN, *op. cit.* note 6, p. 1289.

³² *Washington c/ Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

³³ *Id.*, pp. 711-713.

³⁴ *Id.*, p. 728.

³⁵ *Id.*, pp. 710-718 note 16.

objectivement fondée sur des « *legitimate government interests* »³⁶. Parmi les nombreux arguments avancés figurait notamment la nécessité de prévenir les abus et dérives pouvant découler de la généralisation d'une telle pratique, notamment la pratique d'euthanasie sur des patients n'y ayant pas explicitement consenti³⁷. Afin d'évaluer la légitimité et le sérieux de cette crainte, la Cour s'en remis à une étude du gouvernement des Pays-Bas, seul État où l'euthanasie médicalisée a été jusqu'alors encadrée et permettant de fournir des données fiables sur la question. Citant les données statistiques de cette étude, le juge Rehnquist indiqua que cette dernière suggère que « despite the existence of various reporting procedures, euthanasia in the Netherlands has not been limited to competent, terminally ill adults who are enduring physical suffering, and that regulation of the practice may not have prevented abuses in cases involving vulnerable persons [...] »³⁸ et conclut que l'interdiction formulée par l'État de Washington était incontestablement fondée sur des objectifs légitimes de protection³⁹. Dans son opinion individuelle, le juge Souter a également exploité l'expérience néerlandaise afin de parvenir à la même conclusion⁴⁰.

12. L'ordre juridique étranger est ainsi appréhendé comme un laboratoire où l'expérience tirée de l'impact de normes sur la vie réelle fournit des éléments instructifs et convaincants à la Cour afin de lui permettre d'évaluer de façon plus approfondie le bien fondé et la proportionnalité de la réglementation litigieuse de l'État⁴¹. D'autres arrêts de la Cour suprême, plus anciens mais néanmoins célèbres, se sont aussi appuyés sur des expériences étrangères. C'est notamment le cas des décisions rendues dans l'affaire *Roe c/ Wade*⁴² relative au droit à l'avortement où la Cour a pris en considération des études provenant de pays où cette pratique a été légalisée et démontrant que le taux de mortalité des femmes ayant eu recours à l'avortement n'est pas supérieur à la moyenne⁴³, et dans l'affaire *Miranda c/ Arizona*⁴⁴ se rapportant à l'énoncé des droits de garder le silence et d'avoir recours à un avocat avant un interrogatoire qui, selon la Cour, ne fait pas peser d'obstacles déraisonnables à la conduite effective des opérations policières et judiciaires, le juge Warren relevant que « [t]he experience in some other countries also suggests that the danger to

³⁶ *Id.*, p. 728.

³⁷ *Id.*, pp. 728-735.

³⁸ *Id.*, p. 734.

³⁹ *Id.*, p. 735.

⁴⁰ *Id.*, pp. 785-786.

⁴¹ R. P. ALFORD, « In Search of a Theory for Constitutional Comparativism », *U.C.L.A. Law Review*, vol. 52, 2005, pp. 699-700 ; J. L. LARSEN, *op. cit.* note 6, pp. 1290-1291.

⁴² *Roe c/ Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁴³ *Id.*, p. 149.

⁴⁴ *Miranda c/ Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

law enforcement in curbs on interrogation is overplayed »⁴⁵. Là encore, l'utilisation de sources de droit étrangères n'a eu aucune portée normative bien qu'elle ait joué un rôle pratique dans le processus décisionnel de la Cour plus important que l'utilisation à vocation illustrative précédemment mentionnée⁴⁶.

13. Les arrêts *Raines c/ Byrd* et *Washington c/ Glucksberg* ont été rendus par le juge Rehnquist qui, pourtant classé au sein d'une aile conservatrice de la Cour ayant marqué à de maintes reprises sa ferme opposition à la méthode comparatiste, n'a pas hésité à avoir recours à des sources de droit étrangères. Il déclarait d'ailleurs il y a maintenant plusieurs années que : « for nearly a century and a half, courts in the United States exercising the power of judicial review had no precedents to look to save their own, because our courts alone exercised this sort of authority. When many new constitutional courts were created after the Second World War, these courts naturally looked to the decisions of the Supreme Court of the United States, among other sources, for developing their own law. But now that constitutional law is solidly grounded in so many countries, it is time that the United States courts begin looking to the decisions of other constitutional courts to aid in their own deliberative process »⁴⁷.

14. Cette disposition favorable à l'égard des sources étrangères formulée par le juge Rehnquist ne doit cependant pas induire en erreur. Selon lui, il s'agit pour la Cour d'utiliser ces dernières comme instruments fonctionnels permettant seulement au juge de mieux argumenter – et non motiver – ses décisions. On comprend donc aisément pourquoi ces utilisations n'ont pas donné lieu aux controverses qui ont été engendrées par des utilisations de la méthode comparatiste pouvant conduire à importer des règles étrangères au sein de l'ordre juridique américain.

B. – Les utilisations à portée normative

15. Avant d'analyser de quelles façons des sources de droit étrangères à l'ordre juridique américain ont pu, en certaines occasions, influencer substantiellement les décisions de la Cour suprême, il convient de préciser que ces normes étrangères, ou leur interprétation réalisée par les tribunaux étrangers, n'ont jamais constitué des règles de droit directement applicables aux différends ou des jurisprudences que la Cour était tenue de suivre

⁴⁵ *Id.*, p. 486.

⁴⁶ S. G. CALABRESI, S. D. ZIMDAHL, *op. cit.* note 5, pp. 903-905.

⁴⁷ W. REHNQUIST, « Constitutional Courts – Comparative Remarks », in P. KIRCHHO, D. P. KOMMERS (eds.), *Germany and its Basic Law : Past, Present, and Future. A German-American Symposium*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 412. (Nous soulignons).

(« *binding precedent* ») ; c'est davantage la reconnaissance par la Cour de leur caractère convaincant qui a pu jouer un rôle important dans la motivation de ses décisions (« *persuasive precedent* » ou plus généralement « *persuasive authority* »)⁴⁸. C'est ainsi que l'utilisation de sources de droit étrangères par la Cour se distingue de celle de sources de droit international car celles-ci sont susceptibles de fournir directement la règle de droit applicable, rôle que ne peuvent tenir les premières⁴⁹.

16. Deux sortes d'utilisation des sources de droit étrangères à portée normative peuvent être distinguées : celle où la source étrangère est employée afin de confirmer la solution à laquelle la Cour est parvenue et celle, à plus forte portée normative, où la source étrangère revêt *per se* un caractère concluant et constitue un des fondements juridiques de la décision.

1. La portée « confirmative » de la source étrangère

17. Parmi les arrêts de la Cour suprême ayant particulièrement suscité la polémique, celui rendu dans l'affaire *Roper c/ Simmons*⁵⁰ en 2005 fournit une illustration pertinente de la façon dont des sources de droit étrangères, bien qu'employées en conclusion du raisonnement de la Cour, peuvent revêtir à ses yeux une force morale importante dans la motivation de la décision. Cette affaire résulte de la condamnation à la peine capitale de Christopher Simmons pour un homicide commis à l'âge de dix-sept ans. Cette sentence fut commuée en peine de prison à vie après que la Cour suprême du Missouri eût conclu à l'inconstitutionnalité d'une telle peine pour les individus mineurs au moment des faits⁵¹. L'État du Missouri fit appel de cette décision auprès de la Cour suprême, cette dernière devant dès lors déterminer si les Huitième et Quatorzième amendements font obstacle à l'imposition de la peine de mort dans de telles circonstances, le Huitième amendement proscrivant à l'État fédéral le recours à des peines cruelles et inhabituelles (*cruel and unusual punishments*), le Quatorzième rendant cette protection opposable aux États.

18. Si la question posée était simple, tant les faits – l'homicide ayant été prémédité et commis dans des circonstances particulièrement barbares⁵² – que les précédentes décisions de la Cour sur des cas similaires rendaient cette affaire particulièrement sensible. En effet, celle-ci avait reconnu en 1988 que l'imposition de la peine capitale pour individus âgés de

⁴⁸ D. J. SEIPP, *op. cit.* note 21, p. 1438.

⁴⁹ B. MALKANI, « The Use of International and Foreign Law in Death Penalty Cases : A Poisoned Chalice ? », *Studies in Law, Politics and Society*, vol. 42, 2008, p. 171.

⁵⁰ *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13. V. aussi, « The Debate Over Foreign Law in *Roper c/ Simmons* », *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 103 et s.

⁵¹ *Simmons c/ Roper*, 112 S.W.3d 397 (2003).

⁵² *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13, pp. 555-559.

moins de seize ans au moment des faits était proscrite par le Huitième amendement⁵³, mais avait rejeté en 1989 l'idée d'une inconstitutionnalité de principe pour les mineurs⁵⁴. De plus, elle devait juger cette affaire trois ans après avoir admis en 2002 dans l'arrêt *Atkins c/ Virginia*⁵⁵ que le recours à une telle peine à l'encontre de personnes souffrant de handicap mental était contraire au Huitième amendement.

19. Comprendre le rôle des sources de droit étrangères dans cette affaire nécessite préalablement de revenir sur la méthode d'interprétation du Huitième amendement établie par la Cour en 1958 dans l'affaire *Trop c/ Dulles*⁵⁶. Devant déterminer si la déchéance de la nationalité américaine par une cour martiale pour acte de désertion en temps de guerre contrevenait au Huitième amendement, la Cour souligna que, compte tenu de sa formulation imprécise et de l'indétermination de l'expression « cruel and unusual punishments », cette dernière « must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society »⁵⁷. Reprenant à son compte des éléments de droit comparé et relevant notamment que, sur quatre-vingt quatre États, seuls les Philippines et la Turquie prévoient une peine de déchéance de nationalité pour désertion⁵⁸, le juge Warren, rendant la décision au nom de la Cour, instaura ainsi une interprétation évolutive du Huitième amendement par le biais de laquelle les sources de droit étrangères peuvent être utilisées comme indices, parmi d'autres, de ce qui constitue des peines cruelles ou inhabituelles. C'est ce que rappela la Cour dans l'affaire *Roper c/ Simmons* lorsqu'elle souligna que « from the time of the Court's decision in *Trop*, the Court has referred to the laws of other countries [...] as instructive for its interpretation of the Eighth Amendment's prohibition of "cruel and unusual punishments" »⁵⁹.

20. Cependant, dans l'affaire *Roper c/ Simmons*, ces sources étrangères n'ont été employées qu'*in fine* pour confirmer la position de la Cour⁶⁰. En effet, la Cour a en premier lieu pris en considération comme indice objectif de consensus (« objective indicia of consensus »⁶¹), le fait qu'une majorité d'États américains non abolitionnistes prohibaient ou n'avaient plus recours à la peine capitale à l'encontre des mineurs témoignant ainsi d'un

⁵³ *Thompson c/ Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

⁵⁴ *Stanford c/ Kentucky*, *op. cit.* note 14.

⁵⁵ *Atkins c/ Virginia*, *op. cit.* note 7.

⁵⁶ *Trop c/ Dulles*, 356 U.S. 86 (1958).

⁵⁷ *Id.*, p. 101.

⁵⁸ *Id.*, pp. 102-103.

⁵⁹ *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13, p. 575.

⁶⁰ V. C. JACKSON, « Constitutional Comparisons : Convergence, Resistance, Engagement », *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 115-116, note 30 ; M. A. WATERS, *op. cit.* note 26, pp. 658-659 ; M. A. WATERS, *op. cit.* note 22, p. 635, note 5.

⁶¹ *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13, p. 564.

mouvement contre cette pratique⁶². Dans un second temps, la Cour s'est attachée à démontrer en quoi une telle peine était cruelle ou inhabituelle et donc contraire au Huitième amendement. Pour ce faire, le juge Kennedy s'est reposé sur des études psychologiques et médicales suggérant que l'immaturation et le sentiment d'irresponsabilité des mineurs ne permettaient de justifier le recours à la plus sévère des peines ne pouvant être employée que pour une catégorie limitée de crimes particulièrement graves⁶³. Bien que la Cour ait jugé que « the death penalty cannot be imposed upon juvenile offenders »⁶⁴, elle ne se limita pas à cette conclusion de principe mais, dans une troisième étape, a cherché à démontrer que cette solution était corroborée par des sources de droit extérieures à l'ordre juridique américain, lorsqu'elle souligna que « [o]ur determination that the death penalty is disproportionate punishment for offenders under 18 finds confirmation in the stark reality that the United States is the only country in the world that continues to give official sanction to the juvenile death penalty »⁶⁵.

21. Dans une démarche analogue à celle d'une juridiction internationale tentant d'identifier une règle de droit international coutumier, la Cour cita plusieurs instruments prohibant la peine capitale à l'encontre des mineurs⁶⁶ et notamment l'article 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant (que seuls les États-Unis et la Somalie n'ont pas ratifiée), l'article 6(5) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article sujet à une réserve des États-Unis selon laquelle « [t]he United States reserves the right [...] to impose capital punishment on any person [...] duly convicted [...] including such punishment for crimes committed by persons below eighteen years of age »⁶⁷), l'article 4(5) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et l'article 5(3) de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (ces derniers traités n'ayant pas été ratifiés par les États-Unis). Le juge Kennedy souligna également que les sept États autres que les États-Unis ayant eu recours à la peine capitale à l'encontre des mineurs depuis 1990 (Arabie Saoudite, Chine, Iran, Nigeria, Pakistan, République Démocratique du Congo et Yémen), ont tous aboli ou publiquement désapprouvé cette pratique, ce qui lui a permis de conclure : « it is fair to say that the United States now stands alone in a world that has turned its face against the juvenile death penalty »⁶⁸. Il mentionna enfin plus spécifiquement la pratique du Royaume-Uni qui avait renoncé à cette peine

⁶² *Id.*, pp. 564-567.

⁶³ *Id.*, pp. 568-575.

⁶⁴ *Id.*, p. 575.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.*, p. 576.

⁶⁷ Réserve citée *in extenso* dans l'opinion dissidente du juge Scalia (*id.*, p. 622).

⁶⁸ *Id.*, p. 577.

pour les mineurs plusieurs décennies avant l'abolition générale de la peine capitale dans ce pays⁶⁹.

22. Le juge Kennedy s'est attaché à souligner que ces sources étrangères au droit américain ne venaient que confirmer la solution de la Cour et qu'elles ne faisaient en aucune façon partie de la motivation de la décision. Il indiqua notamment que « [t]he opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions »⁷⁰. Cette exploitation à vocation « confirmative » a toutefois soulevé la suspicion de certains des membres juges de la Cour. La juge O'Connor, pourtant encline à l'exploitation de sources étrangères, a manifesté dans son opinion dissidente sa désapprobation à un tel usage (« *I can assign no such confirmatory role to the international consensus described by the Court* »⁷¹). Une telle utilisation a également suscité la défiance du juge Scalia qui s'interrogea sur la sincérité de la Cour pour qui ces sources étrangères n'ont que pour rôle de mettre en évidence la convergence de la solution avec les droits étrangers alors qu'elles apparaissent selon lui davantage fonder la décision de la Cour (« "*[a]cknowledgment " 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* »⁷²). Il apparaît légitime de s'interroger sur la véritable portée juridique de cette exploitation à vocation « confirmative » qui ne pourrait être reléguée à un rôle de « cerise sur le gâteau » tant elle semble révéler les motivations intimes et personnelles du juge ayant rédigé cette décision. Une analyse des arrêts où la source étrangère est utilisée comme un des fondements de la décision permet de démontrer qu'il existe entre ces deux types d'exploitation des sources étrangères davantage une différence de degré que de nature.

2. La portée « concluante » de la source étrangère

23. Le fait qu'une source étrangère soit citée dans la partie de l'arrêt où la Cour suprême motive sa décision ne signifie pas pour autant qu'il constitue l'un de ses fondements décisifs. Deux arrêts récents permettent d'illustrer cette distinction : celui rendu dans l'affaire *Atkins c/ Virginia*, d'une part, où la référence au droit étranger a en réalité une portée « confirmative », et l'arrêt *Lawrence c/ Texas*, d'autre part, où les sources étrangères fournissent de façon explicite la règle de décision.

⁶⁹ *Id.*, pp. 577-578.

⁷⁰ *Id.*, p. 578.

⁷¹ *Id.*, p. 604 (Opinion dissidente du juge O'Connor). (Souligné dans le texte).

⁷² *Id.*, p. 604 (Opinion dissidente du juge Scalia). (Souligné dans le texte).

24. À l'instar du cas *Roper c/ Simmons*, l'affaire *Atkins c/ Virginia*, jugée trois années plus tôt en 2002, concernait la conformité au Huitième amendement du recours à la peine capitale, mais cette fois à l'encontre des personnes souffrant de handicap mental. La discussion s'est concentrée non pas sur la nature cruelle ou inhabituelle de la peine mais sur son caractère excessif et sa proportionnalité, éléments qui devaient également s'apprécier au regard des « evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society » selon la méthode dégagée dans l'arrêt *Trop c/ Dulles*⁷³. À l'instar encore du cas *Roper c/ Simmons*, la Cour s'est attachée à démontrer en premier lieu qu'il existait un profond mouvement au niveau national contre une telle pratique et mentionna les dispositions prévoyant exceptions à la peine capitale dans le droit fédéral et celui des États non abolitionnistes, ce qui lui a permis de conclure que « [t]he practice, therefore, has become truly unusual, and it is fair to say that a national consensus has developed against it »⁷⁴. Le juge Stevens, qui rédigea l'opinion au nom de la Cour, ajouta toutefois une note de bas de page à cette dernière affirmation et indiqua que cette conclusion « reflects a much broader social and professional consensus »⁷⁵. Pour ce faire, il se rapporta à des sondages d'opinions ainsi qu'aux vues exprimées par certaines associations médicales ou religieuses, mais la Cour rajouta que « [m]oreover, within the world community, the imposition of the death penalty for crimes committed by mentally retarded offenders is overwhelmingly disapproved »⁷⁶, citant en appui de cette déclaration un dossier d'*amicus curiae* déposé par l'Union européenne et rappelant la possibilité pour la Cour de prendre en considération les opinions « [of] other nations that share our Anglo-American heritage, and by the leading members of the Western European community »⁷⁷.

25. La Cour prit soin de souligner que ces éléments ne font que confirmer sa décision. Mais en relevant que « [a]lthough these factors are by no means dispositive, their consistency with the legislative evidence lends further support to our conclusion that there is a consensus among those who have addressed the issue »⁷⁸, elle sembla également vouloir trouver un appui moral à ses propres conclusions sur l'existence d'un consensus national dont la démonstration restait fragile et fut sujette à de nombreuses critiques. C'est ce qu'ont véhémentement reproché trois des juges de la Cour, notamment le juge Scalia qui, dans une opinion dissidente particulièrement agressive,

⁷³ *Atkins v. Virginia*, *op. cit.* note 7, pp. 311-312.

⁷⁴ *Id.*, p. 316.

⁷⁵ *Id.*, p. 316, note 21.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ *Id.*

tança la Cour d'avoir construit un consensus national artificiel pour faire triompher les opinions personnelles de certains de ses juges et d'États étrangers au détriment de celles des États américains⁷⁹. Sur la forme, cette utilisation de sources étrangères diffère de celle réalisée dans l'affaire *Roper c/ Simmons* dans le sens où elle est intégrée dans les motifs de l'arrêt, mais elle s'en rapproche dans le fond parce qu'elle vise officiellement à confirmer la position de la Cour tout en servant officieusement d'argument moral pour la décision.

26. L'arrêt *Lawrence c/ Texas* rendu en 2003 reste sans conteste celui où le rôle des sources étrangères a été le plus décisif dans la motivation de la décision. La Cour devait déterminer si une loi texane interdisant les rapports sexuels entre personnes de même sexe s'opposait à la *Due process clause* inscrite dans le Quatorzième amendement protégeant, entre autres, le droit à la vie privée. Pour ce faire, la Cour se devait de désavouer son arrêt *Bowers c/ Hardwick*, relativement récent puisque rendu en 1986⁸⁰. Plutôt que de s'attacher à démontrer l'émergence d'un consensus national entre ces deux affaires, de la même façon que dans l'affaire *Roper c/ Simmons* qui effectuait un revirement d'une jurisprudence tout aussi récente, elle s'est presque exclusivement attachée à critiquer les fondements de l'arrêt *Bowers*.

27. Parmi ces derniers, la Cour releva que l'interdiction de ces pratiques avait des racines anciennes⁸¹ et le juge Burger dans son opinion individuelle concourant à cette décision nota que « [d]ecisions of individuals relating to homosexual conduct have been subject to state intervention throughout the history of Western civilization »⁸². Dans l'arrêt *Lawrence c/ Texas*, le juge Kennedy s'efforça de démontrer que ces arguments étaient erronés. Pour ce faire, il mentionna tout d'abord que dès 1957 le parlement britannique recommanda l'abrogation d'une législation similaire, laquelle intervenait dix années plus tard⁸³. C'est cependant son exploitation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui lui permet de rejeter énergiquement le postulat de la Cour dans l'affaire *Bowers* : « Of even more importance, almost five years before *Bowers* was decided the European Court of Human Rights considered a case with parallels to *Bowers* and to today's case. An adult male resident in Northern Ireland alleged he was a practicing homosexual who desired to engage in consensual homosexual conduct. The laws of Northern Ireland forbade him that right. He alleged that he had been questioned, his home had been searched, and he

⁷⁹ *Id.*, p. 337 et s. (Opinion dissidente du juge Scalia). V. aussi, S. CLEVELAND, *op. cit.* note 24, p. 76 ; D. E. CHILDRESS, « Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions », *Duke Law Journal*, vol. 53, 2003, pp. 195-196.

⁸⁰ *Bowers c/ Hardwick*, *op. cit.* note 10.

⁸¹ *Id.*, p. 192.

⁸² *Id.*, p. 196.

⁸³ *Lawrence c/ Texas*, *op. cit.* note 9, pp. 572-573.

feared criminal prosecution. The court held that the laws proscribing the conduct were invalid under the European Convention on Human Rights (*Dudgeon c/ United Kingdom* [...]). Authoritative in all countries that are members of the Council of Europe (21 nations then, 45 nations now), the decision is at odds with the premise in *Bowers* that the claim put forward was insubstantial in our Western civilization »⁸⁴.

28. La Cour a exploité ici une référence – bien timide reconnaissons le – à des sources de droit étrangères à l'ordre juridique américain afin de réemployer la méthode comparatiste pour démontrer le caractère erroné de l'affirmation formulée par la Cour suprême dans l'affaire *Bowers*. Mais le juge Kennedy ne s'est pas limité à cette démonstration, il tint également à préciser que tant le raisonnement que la solution de l'arrêt *Bowers* avaient été rejetés dans une majorité d'États et que ce dernier ne pouvaient continuer à servir de référence aux États-Unis. Tel que cela ressort du passage de l'arrêt *Lawrence c/ Texas* ci-après reproduit, il a directement employé la règle de décision résultant des sources étrangères, et notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « 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*. See *P. G. & J. H. v United Kingdom* [...] ; *Modinos v. Cyprus* [...] ; *Norris v. Ireland* [...]. 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. There has been no showing that in this country the governmental interest in circumscribing personal choice is somehow more legitimate or urgent »⁸⁵.

29. Ainsi, d'une façon similaire à l'arrêt *Washington c/ Glucksberg* où les effets de la norme étrangère sur la vie réelle permettaient de justifier le caractère rationnel de la législation des États⁸⁶, tant les législations que les jurisprudences étrangères mettent en perspective un consensus selon lequel les États américains n'ont pas de « *legitimate government interests* » à réglementer une telle pratique. La portée d'une telle exploitation au niveau normatif est toutefois complètement différente que dans l'affaire *Glucksberg* puisque une telle utilisation de la règle étrangère aboutit à importer directement la norme étrangère dans l'ordre juridique américain. Il n'était donc pas surprenant que la *troïka* Scalia/Rehnquist/Thomas ait

⁸⁴ *Id.*, p. 573.

⁸⁵ *Id.*, pp. 576-577.

⁸⁶ *V. supra* n° 10-12.

vigoureusement rejeté une approche comparatiste qu'elle considéra comme un « *meaningless dicta* »⁸⁷.

30. Les affaires *Lawrence c/ Texas*, *Atkins c/ Virginia* et *Roper c/ Simmons* illustrent clairement la ligne de fracture existant parmi les juges de la Cour suprême. La controverse s'est essentiellement cristallisée sur des utilisations de la méthode comparatiste à portée normative aux fins d'interpréter les dispositions de la Constitution relatives aux droits fondamentaux, considérées comme évolutives et dont le contenu indéterminé, aussi qualifié « *open textured* »⁸⁸ par un auteur, permet le rapprochement avec des sources étrangères remplissant une fonction similaire. D'ailleurs, la rareté de l'utilisation des sources étrangères pour l'interprétation de certaines dispositions constitutionnelles réputées non-évolutives et propres au système américain, telles que celles relatives à la séparation des pouvoirs entre les trois branches⁸⁹, est révélatrice du point d'ancrage de cette polémique à propos de laquelle une partie de la Cour reproche à l'autre de vouloir importer les standards de civilisations d'autres États, notamment européens. Toutefois, si elle ne semble avoir, à première vue, pour unique horizon une opposition de valeurs sur des questions de société, la polémique résultant du recours à la méthode comparatiste comporte de nombreuses ramifications et est particulièrement instructive sur des sujets aussi variés que les théories de l'interprétation de la Constitution, la séparation des pouvoirs aux États-Unis ou la pertinence d'un dialogue entre cours constitutionnelles. C'est pourquoi les débats entourant cette controverse méritent d'être examinés avec la plus grande attention.

II. DÉBATS RÉSULTANT DE L'UTILISATION DES SOURCES ÉTRANGÈRES

31. Il convient préalablement de souligner que seuls les débats résultants des utilisations de sources étrangères à vocation normative, que leur portée soit « confirmative » ou « concluante », seront analysés ici. Les autres types d'utilisation à vocation exemplative ou expérimentale ne seront pas abordés dans la mesure où quasiment tous les juges de la Cour y ont eu recours⁹⁰. Ainsi, le juge Scalia, dont on connaît à présent l'opposition pour certaines méthodes comparatistes, n'a lui-même pas hésité à évoquer le droit

⁸⁷ *Lawrence c/ Texas*, *op. cit.* note 9, p. 598 (Opinion dissidente du juge Scalia, à laquelle se sont joints les juges Rehnquist et Thomas).

⁸⁸ W. N. ESKRIDGE, « United States : *Lawrence v. Texas* and the Imperative of Comparative Constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 3, 2004, p. 556.

⁸⁹ S. G. CALABRESI, S. D. ZIMDAHL, *op. cit.* note 5, pp. 905-907.

⁹⁰ H. H. KOH, « On American Exceptionalism », *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003, pp. 1514-1515, note 114.

romain dans une décision rendue au nom de la Cour⁹¹ et à avoir recours à des sources étrangères dans certaines de ses opinions dissidentes⁹², et notamment dans l'affaire *Roper c/ Simmons* où, afin de rejeter « the basic premise of the Court's argument that American law should conform to the laws of the rest of the world »⁹³, il fit remarquer le caractère exclusivement américain de l'*exclusionary rule* (règle relative à l'inadmissibilité totale des preuves illégalement saisies) en soulignant qu'elle n'a pas été adoptée en droit anglais ou canadien et que sa non application ne constitue pas une violation de l'article 6-1 de la C.E.D.H. selon la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁴. Il a également fait savoir, en matière de traités internationaux, qu'il trouvait opportun de se référer à l'interprétation de ces instruments réalisée par les tribunaux étrangers des autres États qui en sont signataires et que la Cour « should defer to the views of other signatories, [...] that is to say defer [...] if it's a reasonable interpretation, though not necessarily the very best »⁹⁵.

32. La ligne de fracture au sein de la Cour suprême précédemment mentionnée marque une divergence entre deux courants, aussi qualifiés par un auteur de « nationalist jurisprudence » et de « transnationalist jurisprudence »⁹⁶ (ou de « transjudicialism »⁹⁷), et qui ne concorde pas nécessairement avec la distinction entre les juges étiquetés conservateurs ou à sensibilité républicaine d'une part, et progressistes ou à sensibilité démocrate d'autre part. C'est dans ce cadre que les arguments des juges appartenant à l'aile dite « nationalist » et contestant une telle utilisation seront examinés, avant de se pencher sur ceux appartenant à l'aile dite « transnationalist » pour lesquels l'approche comparatiste n'est pas uniquement nécessaire à l'interprétation de la Constitution mais permet, plus largement, de porter la voix de la Cour suprême américaine dans le dialogue international entre cours constitutionnelles.

⁹¹ *Coy c/ Iowa*, 487 U.S. 1012, 1015-1016 (1988).

⁹² *McIntyre c/ Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334, 381 (1995) (Opinion dissidente du juge Scalia).

⁹³ *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13, p. 524 (Opinion dissidente du juge Scalia).

⁹⁴ *Id.*, pp. 524-525. V. aussi, E. J. SANCHEZ, « A Case Against Judicial Internationalism », *Connecticut Law Review*, vol. 38, 2005, pp. 206-207 ; V. C. JACKSON, *op. cit.* note 60, p. 120 ; D. J. SEIPP, *op. cit.* note 21, p. 1418.

⁹⁵ N. DORSEN, A. SCALIA, S. BREYER, « The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases : A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, 2005, p. 521.

⁹⁶ H. H. KOH, *op. cit.* note 90, p. 1513.

⁹⁷ D. P. KOMMERS, « American Courts and Democracy : A Comparative Perspective », in K. L. HALL, K. T. McGUIRE (eds.), *The Judicial Branch*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 221.

A. – *La contestation de l'utilisation*

33. Aux avant-postes de la contestation, le courant de « *nationalist jurisprudence* » se caractérise par une attitude récalcitrante au droit international et aux considérations d'*international comity*, et perçoit ces deux instruments comme des contraintes de limitation des prérogatives nationales⁹⁸. Les juges de la Cour suprême appartenant à ce courant – et corollairement les commentateurs qui lui sont partisans – se sont non seulement attachés à mettre en avant les risques résultant de l'utilisation de sources étrangères mais également l'argument central selon lequel une telle exploitation est impropre à l'interprétation de la Constitution des États-Unis.

1. *Les risques inhérents à l'utilisation*

34. L'utilisation de sources étrangères à l'ordre juridique américain par les juges de la Cour suprême reflète l'importante liberté dont ces derniers jouissent dans la motivation de leurs décisions. Cependant, et quelques soient les nobles objectifs poursuivis par certains de ces juges, ces utilisations ne sont pas sans susciter des doutes légitimes et sans présenter de risques sérieux que les opposants à une telle pratique n'ont pas manqués de relever.

35. En premier lieu, le recours à des traités internationaux non ratifiés par les États-Unis reste particulièrement discutable dans la mesure où cela impliquerait que le pouvoir judiciaire puisse seul intégrer certaines normes dans l'ordre juridique américain alors qu'une telle compétence a vocation à être exercée par le pouvoir politique⁹⁹. C'est notamment la critique formulée par le juge Scalia dans l'affaire *Roper c/ Simmons* où la Cour a mentionné l'article 37 de la Convention internationale des droits de l'enfant que les États-Unis n'ont pas ratifiée et l'article 6(5) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques objet d'une réserve explicite des États-Unis. Non sans une pointe d'ironie, le juge Scalia relève ainsi dans son opinion dissidente : « Unless the Court has added to its arsenal the power to join and ratify treaties on behalf of the United States, I cannot see how this evidence favors, rather than refutes, its position. That the Senate and the President – those actors our Constitution empowers to enter into treaties [...] have declined to join and ratify treaties prohibiting execution of under-18 offenders can only suggest that *our country* has either not reached a national

⁹⁸ H. H. KOH, *op. cit.* note 90, p. 1513 et s.

⁹⁹ J. L. LARSEN, *op. cit.* note 6, p. 1318.

consensus on the question, or has reached a consensus contrary to what the Court announces »¹⁰⁰.

36. En effet, si les références à des décisions étrangères peuvent témoigner d'une curiosité intellectuelle des juges souhaitant connaître la position de leurs homologues étrangers sur un problème équivalent, la référence à des textes internationaux non ratifiés ou faisant l'objet d'une réserve sans équivoque quant au point de droit soumis à la Cour – et ce sans tenter de démontrer l'existence d'une règle de droit international coutumier – peut apparaître comme un défi du pouvoir judiciaire aux autorités politiques¹⁰¹. Il n'est point besoin de souligner l'atteinte à la séparation des pouvoirs résultant d'une telle pratique.

37. Une seconde série de critiques s'est attachée à signaler le caractère potentiellement incontrôlable de l'expansion de la méthode comparatiste et notamment la limitation et la sélection des sources étrangères pertinentes, sans évoquer le manque d'expertise des juges de la Cour suprême dans les droits étrangers concernés, risquant de faire apparaître cette méthode comme une forme de « bricolage »¹⁰². La Cour peut-elle se référer aux décisions de l'ensemble des cours étrangères – au risque de retrouver des décisions surprenantes telle qu'un arrêt de la Cour suprême du Zimbabwe¹⁰³, référence que le juge Breyer a d'ailleurs dit regretter¹⁰⁴ – ou doit-elle se limiter à certaines sources telles que celles provenant des nations dites « civilisées », des États de l'Europe continentale ou États anglophones¹⁰⁵ ? L'impossibilité de délimiter clairement les sources étrangères qui seraient acceptables pour la Cour fait d'ailleurs peser le risque supplémentaire, appelée par certains auteurs le « *cherry-picking* », d'une sélectivité discutable dans le choix des sources étrangères, les juges étant dès lors tentés de ne retenir que celles qui vont dans le sens de leur décision¹⁰⁶.

38. C'est d'ailleurs ce qu'a reproché le juge Scalia au juge Breyer lors d'un colloque sur cette question lorsqu'il critiqua non seulement le recours à des sources étrangères dans l'affaire *Lawrence c/ Texas*, mais aussi le fait

¹⁰⁰ *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13, pp. 622-623 (Opinion dissidente du juge Scalia). (Souligné dans le texte).

¹⁰¹ G. SITARAMAN, *op. cit.* note 22, p. 659.

¹⁰² M. TUSHNET, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », *Yale Law Journal*, vol. 108, 1999, p. 1285 et s.

¹⁰³ *Knight c/ Florida*, 528 U.S. 990, 996 (1999) (Opinion dissidente du juge Breyer).

¹⁰⁴ N. DORSEN, A. SCALIA, S. BREYER, *op. cit.* note 95, p. 528. V. aussi, K. ANDERSON, *op. cit.* note 26, p. 46.

¹⁰⁵ J. L. LARSEN, *op. cit.* note 6, p. 1322.

¹⁰⁶ R. DIXON, « A Democratic Theory of Constitutional Comparison », *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 979 ; R. POSNER, « A Political Court », *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, pp. 85-86 ; L. E. ROTHENBERG, « International Law, U.S. Sovereignty, and the Death Penalty », *Georgetown Journal of International Law*, vol. 35, 2004, p. 592 et s. ; E. J. SANCHEZ, *op. cit.* note 9425, p. 222 ; D. J. KOCHAN, *op. cit.* note 25, pp. 542-543.

que celui-ci ne sélectionna « just the foreign law of countries that agreed with the disposition of the case »¹⁰⁷. Le juge Breyer n'a pas contesté le bien-fondé des critiques mais, selon lui, la bonne maîtrise de l'exploitation des sources étrangères trouve sa source dans le processus judiciaire lui-même. Il relève à cet égard que « [w]e must rely upon counsel to find relevant citations. We must rely upon judicial integrity to assure a fair and comprehensive reading of any relevant foreign materials. Lack of either, of course, would mean faulty references, not just to foreign decisions, but to far more relevant domestic legal materials as well »¹⁰⁸.

39. Cette confiance en un système judiciaire endiguant lui-même une exploitation incontrôlée de la méthode comparatiste n'a, bien évidemment, pas emporté la conviction de ses opposants. Toutefois, en mettant en avant ces risques inhérents à l'utilisation de sources étrangères, ces derniers ont déployé des éléments susceptibles d'être discutés alors que, fondamentalement, ils opposent un argument empêchant *ab initio* toute exploitation des sources étrangères : celles-ci seraient inadéquates à l'interprétation de la Constitution des États-Unis.

2. Une utilisation impropre à l'interprétation de la Constitution

40. L'objection dirimante à l'exploitation de sources étrangères par la Cour suprême repose sur une doctrine d'interprétation constitutionnelle, l'*originalism*, selon laquelle, schématiquement, la signification de la Constitution a été définitivement fixée lors de son adoption et que ses dispositions ne peuvent dès lors être interprétées qu'à la lumière de leur signification à cette époque (*original meaning*) ou de l'intention de ceux qui en sont à l'origine (*original intent*). C'est pourquoi la seule source étrangère acceptable aux yeux des partisans de cette théorie est le droit anglais antérieur à l'adoption de la Constitution. Comme le pointe le juge Scalia, qui se réfère d'ailleurs régulièrement aux écrits de Blackstone dans ses décisions, « phrases like "due process" and the "right of confrontation" were taken from English law, and were understood to mean what they meant there. [...] I use foreign law more than anybody on the Court. But it's all old English law »¹⁰⁹. Dès lors, selon cette théorie – et sauf très hypothétique intégration du droit naturel à la Constitution par les Pères fondateurs qui n'aurait pu que fragilement supporter le recours à la méthode comparatiste¹¹⁰ – les sources étrangères contemporaines ne peuvent en

¹⁰⁷ N. DORSEN, A. SCALIA, S. BREYER, *op. cit.* note 95, p. 521.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 523.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 525.

¹¹⁰ J. L. LARSEN, *op. cit.* note 6, p. 1309.

aucun cas permettre d'interpréter les dispositions constitutionnelles bien plus anciennes¹¹¹.

41. La forte influence de l'*originalism* aux États-Unis, tant dans les milieux académique, judiciaire que politique¹¹², n'a pas manqué de susciter des réactions très négatives vis-à-vis de la méthode comparatiste. Ainsi, certains auteurs supportant cette vue n'ont pas hésité à avancer des arguments saugrenus selon lesquels admettre cette méthode reviendrait à reconnaître implicitement aux parlements étrangers le pouvoir de modifier l'état du droit aux États-Unis et même celui de réformer la Constitution¹¹³, et qu'il convient par conséquent d'adopter urgemment un nouvel amendement à la Constitution prohibant explicitement cette pratique¹¹⁴. Le Congrès n'a, lui aussi, pas échappé à la polémique. En effet, la Chambre des Représentants et le Sénat ont institué des commissions afin d'étudier cette question et ont adopté en 2005 une résolution déclarant que « judicial interpretations regarding the meaning of the Constitution of the United States should not be based in whole or in part on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments, laws, or pronouncements inform an understanding of the original meaning of the Constitution of the United States »¹¹⁵. Bien qu'elles n'aient aucune valeur contraignante vis-à-vis de la Cour, tant l'existence de ces résolutions que les débats qu'elles ont générés¹¹⁶ mettent en relief l'hypersensibilité d'une frange des universitaires, juges et acteurs politiques percevant l'utilisation de sources de droit étrangères par la Cour suprême comme un affront à la souveraineté nationale américaine¹¹⁷.

¹¹¹ R. P. ALFORD, *op. cit.* note 41, p. 645 et s. ; J. L. LARSEN, *op. cit.* note 6, p. 1309 et s. ; N. TEBBE, R. L. TSAI, « Constitutional Borrowing », *Michigan Law Review*, vol. 108, 2009, (à paraître).

¹¹² J. GREENE, « On the Origins of Originalism », *Texas Law Review*, vol. 88, 2009 (à paraître).

¹¹³ N. Q. ROSENKRANZ, « An American Amendment », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 32, 2009, p. 476.

¹¹⁴ *Id.*, p. 479 et s. V. aussi, du même auteur, « Against Borrowing and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, 2003, p. 269 et s. ; « Condorcet and the Constitution : A Response to *The Law of Other States* », *Stanford Law Review*, vol. 59, 2007, p. 1281 et s.

¹¹⁵ H. R. Res. 97, 109th Congress, 15 févr. 2005 ; S. Res. 92, 109th Congress, 20 mars 2005. Cette résolution a été représentée depuis, v. H. R. Res. 372, 110th Congress, 3 mai 2007 ; H. R. Res. 473, 111th Congress, 21 mai 2009. V. aussi, E. B. TURNER, « The Relevancy of Foreign Law as a Persuasive Authority and Congress's Response to its Use : A Preemptive Attack on the Constitution Restoration Act », *Georgia State University Law Review*, vol. 23, 2006, p. 455 et s.

¹¹⁶ House of Representatives, *House Resolution on the Appropriate Role of Foreign Judgments in the Interpretation of the Constitution of the United States – Hearing Before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary*, 109th Congress, H. R. Res. 97, Serial n° 109-40, 19 juill. 2005, 63 p.

¹¹⁷ R. P. ALFORD, « Misusing International Sources to Interpret the Constitutions », *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 58 et s. ; K. ANDERSON, *op. cit.* note 26,

42. Si l'on peut raisonnablement comprendre les préoccupations relatives aux risques inhérents à l'utilisation des sources étrangères dans le processus décisionnel de la Cour suprême, notamment ceux d'empiètement du pouvoir judiciaire sur les autorités politiques et de sélectivité douteuse des juges dans le choix des sources étrangères, les critiques reposant sur l'interprétation de la Constitution relèvent davantage du jugement de valeur et érigent un antagonisme insurmontable entre opposants et partisans de la méthode comparatiste.

B. – *La justification de l'utilisation*

43. À l'opposé du courant de *nationalist jurisprudence*, celui dit de *transnationalist jurisprudence* considère le droit international et l'*international comity* comme des outils inscrivant l'action de la Cour dans un mouvement plus global d'internationalisation de la justice¹¹⁸. Ce courant se manifeste, pour ce qui concerne la méthode comparatiste, par une sensibilité prononcée à l'égard d'une approche favorisant une interprétation évolutive de la Constitution, rendant pertinente l'utilisation de sources de droit étrangères. Le rôle de celles-ci n'est cependant pas limité au processus décisionnel dans la mesure où elles sont un instrument parmi d'autres permettant également à la Cour suprême de participer au dialogue entre cours constitutionnelles.

1. *Une utilisation légitimée par une interprétation évolutive de la Constitution*

44. Alors que le juge Scalia considère que « [t]he whole purpose of a Constitution – old or new – is to impede change, or pejoratively put, to obstruct modernity »¹¹⁹, un autre courant, aux antipodes de l'*originalism* et dénommé *living constitutionalism*¹²⁰, soutient l'idée d'une Constitution devant s'interpréter de façon dynamique à l'aune de l'évolution de la société. Cette approche se retrouve notamment dans l'arrêt *State of Missouri c/ Holland* de 1920 où, sous la plume du juge Holmes, la Cour a estimé que

p. 47 et s. D. J. KOCHAN, *op. cit.* note 25, p. 507 et s. *Contra*, v. A. L. PARRISH, « Storm in a Teacup : The U.S. Supreme Court's Use of Foreign Law », *University of Illinois Law Review*, vol. 2007, n° 2, 2007, p. 652 et s. ; T. A. ALENIKOFF, « Thinking Outside the Sovereignty Box : Transnational Law and the U.S. Constitution », *Texas Law Review*, vol. 42, n° 7, 2004, p. 1989 et s.

¹¹⁸ H. H. KOH, *op. cit.* note 90, p. 1513 et s.

¹¹⁹ A. SCALIA, « Modernity and the Constitution », in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague, Kluwer Law International, 1995, p. 315.

¹²⁰ V. l'étude de B. ACKERMAN, « The Living Constitution », *Harvard Law Review*, vol. 120, n° 7, 2007, p. 1737 et s.

le cas dont elle était saisie « must be considered in the light of our whole experience, and not merely in that of what was said a hundred years ago »¹²¹. La signification de l'expression de *living constitutionalism* mérite toutefois d'être précisée puisque certains l'ont employé différemment. Pour le juge Rehnquist, cette expression traduit selon lui l'idée que « [t]he framers of the Constitution wisely spoke in general language and left to succeeding generations the task of applying that language to the unceasingly changing environment in which they would live »¹²². Cette conception n'implique rien d'autre que l'adaptation de l'application des règles anciennes à des situations nouvelles¹²³ (par exemple l'application des règles bioéthiques à de nouvelles techniques scientifiques) et ne prend pas en considération l'évolution du contenu des règles par le biais de leur application à des situations identiques (par exemple savoir si la peine capitale à l'encontre des mineurs constitue au vingt-et-unième siècle une peine cruelle ou inhabituelle). C'est cette dernière conception du *living constitutionalism*, aussi appelée *nonoriginalism*¹²⁴, qui se heurte à la doctrine du juge Scalia, lequel a d'ailleurs souligné que « the Great Divide with regard to constitutional interpretation is not that between Framers' intent and objective meaning, but rather that between original meaning (whether derived from Framers' intent or not) and current meaning »¹²⁵.

45. Une des illustrations les plus manifestes de la mise en pratique du *living constitutionalism* réside dans le fameux *dictum* du juge Warren dans l'affaire *Trop c/ Dulles* où celui-ci releva à propos de l'expression « cruel and unusual punishments » du Huitième amendement que « [t]he Court recognized in that case that the words of the Amendment are not precise, and that their scope is not static. The Amendment must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society »¹²⁶. Ce passage n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'approche empreinte de positivisme sociologique de la Cour européenne des droits de l'homme selon qui la Convention et ses protocoles additionnels doivent « s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui »¹²⁷, ce qui nécessite une approche « dynamique et évolutive »¹²⁸. Sans pour autant faire

¹²¹ *State of Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920).

¹²² W. H. REHNQUIST, « The Notion of a Living Constitution », *Texas Law Review*, vol. 54, n° 4, 1976, p. 694.

¹²³ D. J. GOLDFORD, *The American Constitution and the Debate Over Originalism*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 67 et s.

¹²⁴ *Id.*, p. 55.

¹²⁵ A. SCALIA, « Common-Law Courts in a Civil-Law System : The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws », in A. SCALIA (ed.), *A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 38.

¹²⁶ *Trop c/ Dulles*, *op. cit.* note 56, p. 101.

¹²⁷ *Marckx c/ Belgique*, Req. n° 6833/74, arrêt du 13 juin 1979, § 41.

¹²⁸ *Christine Goodwin c/ Royaume-Uni*, Req. n° 28957/95, arrêt du 11 juill. 2002, § 74.

coïncider parfaitement le courant de *living constitutionalism* avec celui de *transnationalist jurisprudence*, admettre une telle approche autorise selon certains des juges de la Cour suprême à prendre en considération des sources de droit étrangères qui permettent d'actualiser le sens de la Constitution des États-Unis.

46. L'argument central des juges partisans de cette approche réside dans le fait que les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux qui ont été interprétées à l'aune de la méthode comparatiste ont des équivalents dans les droits étrangers. Ainsi, tel que l'a souligné le juge Breyer : « those cases sometimes involve a human being working as a judge concerned with a legal problem, often similar to problems that arise here, which problem involves the application of a legal text, often similar to the text of our own Constitution, seeking to protect certain basic human rights, often similar to the rights that our own Constitution seeks to protect »¹²⁹.

47. Les sources étrangères sont ainsi pour la Cour un témoin, parmi d'autres, de l'évolution des aspirations sociales. On peut remarquer que les juges utilisent des espaces juridiques à géométrie variable en fonction des droits fondamentaux en jeu. Ainsi, dans l'affaire *Lawrence v. Texas*, le juge Kennedy, s'attachant à mettre en relief l'émergence de la reconnaissance des droits des homosexuels, place le centre de gravité des sources étrangères retenues au niveau européen compte tenu de la ressemblance de la société américaine avec les démocraties occidentales qui, elles aussi, se caractérisent par un certain pluralisme politique, social, et religieux¹³⁰. Pour des questions faisant l'objet d'un consensus plus large, tel que celui de la peine de mort, la Cour tend à élargir la base des sources étrangères consultées. Ainsi, dans l'affaire *Roper c/ Simmons*, le juge Kennedy indiqua que, par cette décision, la Cour « acknowledge the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty »¹³¹. De façon plus générale d'ailleurs, le juge Kennedy trouve dans l'exploitation de sources étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême le moyen de mieux affirmer la signification de certains concepts à vocation universelle tel que celui de dignité humaine¹³². C'est bien évidemment sans surprise que les juges partisans de l'*originalism* se sont montrés particulièrement réfractaires non seulement à l'idée d'une Constitution évolutive, mais aussi à celle que sa signification puisse se renouveler à l'aune de l'évolution des opinions étrangères. Ainsi, tel que l'a exprimé le juge Thomas dans une formule aujourd'hui célèbre, « this Court's [...] jurisprudence should not impose

¹²⁹ N. DORSEN, A. SCALIA, S. BREYER, *op. cit.* note 95, p. 523.

¹³⁰ W. N. ESKRIDGE, *op. cit.* note 88, p. 559.

¹³¹ *Roper c/ Simmons*, *op. cit.* note 13, p. 578.

¹³² G. SITARAMAN, *op. cit.* note 22, p. 660.

foreign moods, fads, or fashions on Americans »¹³³, de la même façon que le juge Scalia a indiqué dans l'affaire *Atkins v. Virginia* que « [t]he views of other nations [...] cannot be imposed upon Americans through the Constitution »¹³⁴.

48. La méthode comparatiste illustre ainsi l'antagonisme entre les courants de *transnationalist* et de *nationalist jurisprudence* sur l'opportunité de l'exploitation des sources étrangères afin d'actualiser la signification de la Constitution des États-Unis. Toutefois, pour les juges qui y sont favorables, l'utilisation du droit comparé ne se limite à cette seule fonction d'interprétation constitutionnelle dans la mesure où ces derniers perçoivent également la méthode comparatiste comme un instrument politique permettant de porter la voix de la Cour suprême des États-Unis sur la scène internationale dans le dialogue se développant entre cours constitutionnelles.

2. Une utilisation nécessaire à l'affirmation de la position Cour suprême

49. Le mouvement d'harmonisation des droits matériels résultant de la mondialisation ne s'est pas limité au seul domaine de l'économie et intéresse aussi celui des droits fondamentaux¹³⁵. Toutefois, compte tenu des insuffisances de l'encadrement au niveau international pour ce dernier, ce sont essentiellement les cours constitutionnelles nationales ou juridictions régionales remplissant une fonction équivalente en la matière qui favorisent cette convergence, notamment par le biais d'un dialogue entre leurs juges¹³⁶. Cet échange peut prendre la forme de références ou de renvois à des décisions d'autres cours, et ce, alors que des juridictions telle que la Cour européenne des droits de l'homme et les cours suprêmes du Canada, de l'Australie et de l'Inde évoluent au sein d'ordres juridiques isolés. C'est dans cette perspective que doit également s'analyser le recours à la méthode comparatiste par la Cour suprême des États-Unis.

50. Plus de deux siècles d'activité de la Cour suprême ont significativement influencé les cours constitutionnelles établies à suite à la seconde guerre mondiale¹³⁷. C'est ainsi que leurs juges ont spontanément

¹³³ *Foster c/ Florida*, 537 U.S. 990 (2002) (Opinion individuelle du juge Thomas). Cité aussi in *Lawrence c/ Texas*, *op. cit.* note 9, p. 598 (Opinion dissidente du juge Scalia).

¹³⁴ *Atkins c/ Virginia*, *op. cit.* note 7, p. 348 (Opinion dissidente du juge Scalia).

¹³⁵ S. G. CALABRESI, S. D. ZIMDAHL, *op. cit.* note 5, p. 898.

¹³⁶ V. par ex., « Constitutional Court Judges' Roundtable – Comparative Constitutionalism in Practice », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, p. 543 et s.

¹³⁷ L. HENKIN, A. ROSENTHAL (eds.), *Constitutionalism and Rights : The Influences of the United States Constitution Abroad*, New York, Columbia University Press, 1990 ; D. P. KOMMERS, « American Courts and Democracy : A Comparative Perspective », in K. L. HALL, K. T. MCGUIRE (eds.), *The Judicial Branch*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 216 et s.

consulté ou se sont référés à ses décisions compte tenu de la forte autorité morale dont elles jouissaient. Désignant ce phénomène comme une « exportation du *Bill of Rights* », un auteur notait que « [w]hen life or liberty is at stake, the landmark judgments of the Supreme Court of the United States, giving fresh meaning to the principles of the Bill of Rights, are studied with as much attention in New Delhi or Strasbourg as they are in Washington, D.C. [...] »¹³⁸. Cependant, la Cour suprême des États-Unis a progressivement perdu de son influence et c'est davantage la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui sert aujourd'hui de référence pour les autres cours constitutionnelles. Ce déclin serait le résultat de l'incapacité de la Cour présidée par le juge Rehnquist à partir de 1986 à prendre part à ce dialogue entre juges constitutionnels. L'ancienne juge de la Cour suprême du Canada, Claire L'Heureux-Dubé, soulignait d'ailleurs à cet égard en 1998 : « The United States Supreme Court seems to operate almost totally in legal isolation booth. The failure of the justices of the Rehnquist Court to take part in the international dialogue among the courts of the world is contributing to a growing isolation and diminished influence. The failure is a loss for American jurisprudence, and for the development of human rights around the world »¹³⁹.

51. Le sursaut comparatiste entrepris par la Cour suprême des États-Unis depuis le début des années 2000 a donc une portée bien plus large que la seule fonction d'interprétation de la Constitution ; elle visait aussi, en montrant un certain intérêt et respect pour les cours étrangères, à redresser le prestige international d'une juridiction sur le déclin. C'est d'ailleurs le sentiment exprimé par le juge Ginsburg qui souligna au cœur de ce débat : « [w]e are the losers if we do not both share our experience with, and learn from others »¹⁴⁰.

52. Mais citer les décisions des tribunaux étrangers est également considéré comme un instrument permettant de diffuser et de légitimer les positions d'une juridiction. Le juge Kennedy n'a d'ailleurs pas hésité à faire remarquer que l'utilisation des sources étrangères permet d'asseoir le *leadership* moral de la Cour¹⁴¹. C'est notamment le cas en matière de liberté d'expression où la celle-ci souhaite diffuser ses positions plus libérales. Un auteur relevait ainsi que « [b]y citing, discussing, and, where appropriate, distinguishing European authority on hate speech, the Court could

¹³⁸ A. LESTER, « The Overseas Trade in the American Bill of Rights », *Columbia Law Review*, vol. 88, 1988, p. 541.

¹³⁹ Citée in D. P. KOMMERS, *op. cit.* note 137, p. 221. V. aussi, C. L'HEUREUX-DUBÉ, « The Importance of Dialogue : Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », *Tulsa Law Journal*, vol. 34, 1998, p. 15 et s.

¹⁴⁰ R. B. GINSBURG, « Looking Beyond our Borders : The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication », *Yale Law & Policy Review*, vol. 22, 2004, p. 329.

¹⁴¹ G. SITARAMAN, *op. cit.* note 22, p. 655.

effectively champion American First Amendment norms on the transnational and international planes »¹⁴². Il ne faut donc pas considérer les partisans de l'approche *transnationalist* nécessairement centrés sur un honorable projet de justice cosmopolite.

53. Il est difficile de savoir si les polémiques résultant de l'utilisation de sources étrangères par la Cour suprême continueront longtemps de diviser. Certains ont cru relever depuis l'affaire *Roper c/ Simmons* de 2005 une forme d'autocensure des juges appartenant au courant de *transnationalist jurisprudence* dans les derniers arrêts rendus par la Cour sur des questions pourtant similaires à celles à l'origine de la polémique¹⁴³. Ainsi, dans l'affaire *Kennedy c/ Louisiana*, où la Cour a conclu en 2008 à la non-conformité au Huitième amendement de la peine capitale pour un crime de viol n'ayant pas entraîné de décès¹⁴⁴, la méthode comparatiste a davantage brillé par son absence. Si la querelle ne s'étale plus – pour le moment – dans les pages des recueils des décisions de la Cour, elle ne s'est pas pour autant éclipsée de la scène publique. La juge Ginsburg a ainsi très récemment regretté que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada soit davantage citée que celle des États-Unis et martelait encore : « [y]ou will not be listened to if you don't listen to others »¹⁴⁵. Plus significativement encore, l'opinion de la nouvelle juge Sotomayor sur la méthode comparatiste a fait l'objet de toutes les attentions lors des auditions conduites dans le cadre de sa nomination à la Cour suprême¹⁴⁶. De même, l'appartenance du Professeur Koh au courant de *transnationalist jurisprudence*¹⁴⁷ a été au cœur des débats – souvent caricaturaux – relatifs à sa nomination en tant que directeur des affaires juridiques du *State Department*, certains commentateurs et politiques n'hésitant pas à agiter le spectre d'un asservissement des États-Unis à la communauté internationale et d'une vague de ratifications de traités en matière de droits de l'homme remettant en cause le droit au port d'armes ou la peine capitale¹⁴⁸.

¹⁴² M. A. WATERS, *op. cit.* note 22, p. 642. (Souligné par l'auteur). V. aussi, J. L. LARSEN, *op. cit.* note 6, pp. 1320-1321 ; S. GARDBAUM, « The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism », *Michigan Law Review*, vol. 107, 2009, pp. 401-404.

¹⁴³ M. A. WATERS, *op. cit.* note 22, p. 635 et s.

¹⁴⁴ *Kennedy c/ Louisiana*, 128 S. Ct. 2641 (2008).

¹⁴⁵ A. LIPTAK, « Ginsburg Shares Views on Influence of Foreign Law on Her Court, and Vice Versa », *The New York Times*, 12 avril 2009, p. A14.

¹⁴⁶ D. M. HERSZENHORN, « Court Nominee Criticized As Relying on Foreign Law », *The New York Times*, 26 juin 2009, p. 13 ; C. LEVY, « Sotomayor and International Law », *The Wall Street Journal*, 14 juillet 2009, p. A13.

¹⁴⁷ V. par ex., H. H. KOH, « Paying Decent Respect to World Opinion on the Death Penalty », *U. C. Davis Law Review*, vol. 35, 2002, p. 1085 et s. ; « International Law as Part of Our Law », *American Journal of International Law*, vol. 98, 2004, p. 43 et s.

¹⁴⁸ S. TAYLOY, E. THOMAS, « The Long Arm of the Law – A Looming Battle Over the Role Foreign Judges Should Play in U.S. Courts », *Newsweek*, vol. 153, n° 17, 27 avr. 2009, p. 30 ; J. WILLIAMS, « Obama Nominee Touches a Nerve in Conservatives », *The Boston Globe*,

54. Au-delà des polémiques trop souvent excessives qu'il a suscitées, le recours à des sources de droit étrangères par la Cour suprême témoigne de l'importance aux États-Unis non seulement de la liberté, mais aussi de la transparence et de la sincérité des juges dans la motivation de leurs décisions¹⁴⁹. Si ce débat n'est pas prêt de voir le jour en France dans la mesure où la méthode comparatiste n'y est pas utilisée afin de motiver les décisions de nos plus hautes juridictions, cela ne signifie pas autant que les sources étrangères soient absentes de l'esprit de ceux qui les élaborent. Une récente loi abaissant le délai de libre consultation des archives du Conseil constitutionnel¹⁵⁰ a permis la parution d'un ouvrage collectif levant le voile sur certaines de ses délibérations depuis sa création jusqu'en 1983, et longtemps restées confidentielles. Celui-ci nous enseigne en effet que le droit comparé, bien que n'ayant joué qu'un « rôle subsidiaire »¹⁵¹, a pu animer les discussions des sages de la rue Montpensier qui ne sont pas sans évoquer certains passages des arrêts de la Cour suprême des États-Unis. L'on y apprend notamment que, dans le cadre de la décision de 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, le rapport de François Gogel évoquait, entre autres, « l'expérience des États dont la législation comporte une autorisation »¹⁵² et l'opinion « des États de civilisation analogue à la nôtre »¹⁵³.

21 avr. 2009, p. A1 ; E. LICHTBLAU, « After Attacks, Supporters Rally Around Choice for Top Administration Legal Job », *The New York Times*, 2 avr. 2009, p. 19.

¹⁴⁹ Sur cette question, v. A. L. PARRISH, *op. cit.* note 117, p. 676. V. aussi, D. L. SHAPIRO, « In Defense of Judicial Candor », *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 731 et s.

¹⁵⁰ Loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel, *J.O.R.F.*, 16 juill. 2008, n° 0164, p. 11322.

¹⁵¹ B. MATHIEU, « Présentation générale », in B. MATHIEU *et al.* (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, p. 12.

¹⁵² « Séances des 14 et 15 janvier 1975 – Décision n° 75-54 DC, Interruption volontaire de grossesse », in B. MATHIEU *et al.* (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2009, p. 273.

¹⁵³ *Id.*, p. 274.