

Nous sommes le monde : la Cour suprême des États-Unis et l'emploi du droit étranger

Ramu de Bellescize

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2020/2 N° 122 , PAGES 437 À 458
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

DOI 10.3917/rfdc.122.0437

Date de mise en ligne : 10/04/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2020-2-page-437?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Nous sommes le monde :
la Cour suprême des États-Unis et l'emploi du droit étranger

RAMU DE BELLESCIZE

La Cour suprême des États-Unis doit-elle, dans ses décisions, interpréter la Constitution à la lumière de précédents et d'exemples étrangers¹ ? Certains juges de la Cour suprême militent en ce sens : en s'inspirant des droits du monde, la Cour profite de la richesse de la circulation des droits. L'expression désigne la possibilité que possède un ordre juridique d'intégrer ou au moins de s'inspirer de droits étrangers. La particularité de la circulation est qu'elle n'existe pas en vertu de rapports de droits hiérarchisés, mais davantage d'influences réciproques : elle est horizontale plus que verticale. Le droit étranger ne donne qu'une indication, contrairement au droit international qui fournit une règle de droit applicable².

Exporter du droit ou l'importer, le phénomène n'est pas nouveau. Depuis longtemps les droits s'influencent et s'interpénètrent. Tout simplement parce que les systèmes juridiques ne fonctionnent pas en vase clos. Le phénomène aurait cependant pris plus d'ampleur au cours des dernières décennies, au point de susciter une controverse. La question qui l'anime est de savoir si la Cour suprême est vraiment dans son rôle en se référant au droit étranger. Pour certains, en s'ouvrant au monde, la Cour suprême se ferme à la Constitution. La référence au droit étranger fragiliserait la démocratie américaine en marginalisant la Constitution et en portant atteinte à la séparation des pouvoirs.

Le débat relatif à l'importation du droit étranger, la mesure du recours au droit étranger puis l'analyse des résistances à l'importation du droit étranger apportent des éléments de réponse à la controverse.

Ramu de Bellescize, Maître de conférences HDR à l'université de Rouen ; a été chercheur invité à Georgetown University, Washington DC, États-Unis.

1. Le titre de cet article est inspiré de celui de R. C. Black, R. J. Owens, J. L. Brookhart, « We Are the World : The US Supreme Court's Use of Foreign Sources of Law », *British Journal of Political Science*, vol. 46, n° 5 ; octobre 2016, p. 901.

2. R. Bismuth, « L'utilisation des sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 62 n° 1, 2010, p. 114.

I – LE DÉBAT RELATIF À L'IMPORTATION DU DROIT ÉTRANGER

Deux camps s'opposent. D'un côté les partisans de l'importation, de l'autre les opposants. Chaque camp s'appuie sur une méthode d'interprétation de la Constitution distincte³.

A – POUR L'IMPORTATION DU DROIT ÉTRANGER

L'importation du droit étranger se fonde sur une tradition, une méthode et un constat.

Une tradition : depuis l'origine, la Cour se réfère au droit étranger. Une méthode permet à la Cour de ne pas s'en tenir exclusivement à la Constitution : l'activisme judiciaire. Un constat justifie le recours au droit étranger : la convergence des droits.

1 – La tradition de la Cour suprême

L'emploi du droit étranger appartient à la tradition de la Cour. C'est la thèse défendue par Steven Calabresi et Stephanie Dotson dans leur article « La Cour suprême et l'emploi de sources de droit étrangères : deux cents ans de pratique »⁴.

La tradition repose sur trois fondements juridiques :

— le premier paragraphe de la *Déclaration d'indépendance* de 1776 qui emploie l'expression « opinion de l'humanité ». Thomas Jefferson, le principal rédacteur de la déclaration, aurait manifesté par cette expression sa volonté d'inscrire la sécession des 13 colonies, mais aussi le droit des 13 États devenus indépendants, dans une forme d'universalité : « l'opinion de l'humanité » ;

— l'article 1 de la Constitution qui donne au Congrès le pouvoir « de définir et punir les actes de pirateries commis en haute mer et les atteintes à la loi des nations [ou au droit des gens] ».

3. Sur le débat entre les deux camps, v. N. Dorsen, A. Scalia, S. Breyer, « The Relevance of Foreign Legal Materials in US Constitutional Cases : A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, 2005, p. 521.

Antonin Scalia (originaliste) et Stephen Breyer (activiste) se sont affrontés à plusieurs reprises sur leur méthode respective. Les films de ces débats sont sur internet. Par exemple, *A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer : Judicial Interpretation*, débat entre les deux juges sur les avantages et inconvénients des deux méthodes, 2008, consultable sur www.annenberghclassroom.org.

4. S. Calabresi, S. Dotson, « The Supreme Court and foreign sources of Law : Two hundred years of practice and the juvenile death penalty decision », *William and Mary Law Review*, p. 760.

— *Le Fédéraliste* n° 63 (1^{er} mars 1788) qui est le texte le plus précis sur le droit étranger. Il indique, sous la plume (anonyme) de James Madison, que « prêter attention aux jugements des autres nations est important pour chaque Gouvernement ».

La première référence au droit étranger dans une décision de la Cour remonte à 1804. Elle apparaît dans « l'opinion » du président de la Cour, le juge John Marshall. L'opinion rappelle l'affaire et détaille le raisonnement juridique conduisant au jugement. Après avoir recueilli l'assentiment de la majorité de la Cour, elle devient un précédent liant les tribunaux américains. Des juges en accord avec la solution mais en désaccord avec le raisonnement juridique peuvent joindre une opinion concordante (*concurring opinion*). Les juges en désaccord peuvent joindre une opinion dissidente (*dissenting opinion*).

Les faits de l'affaire étaient relatifs à la confiscation d'un navire marchand et de sa cargaison, dans le cadre d'une rupture des relations commerciales entre les États-Unis et la France. Le président de la Cour, John Marshall, énonce dans son opinion le principe aujourd'hui connu sous le nom de principe « *Charming Betsy* » : une loi du Congrès ne doit jamais donner lieu à une interprétation contraire à la loi des nations si une autre interprétation est possible. Les tribunaux américains sont donc encouragés à interpréter le droit américain en harmonie avec le droit des gens. En 1820, dans *United States v. Smith*⁵, la Cour se réfère pour la seconde fois au droit des gens en adoptant la définition de la piraterie donnée par le droit des gens.

Le droit des gens qui, au départ, renvoyait essentiellement à des valeurs universelles va, au fil des décisions de la Cour, acquérir une dimension plus juridique⁶. Surtout, au fil de ses décisions – définition des tribus indiennes⁷, statut de droit personnel⁸, interdiction de la polygamie⁹, vaccination obligatoire¹⁰, pouvoirs d'urgence du gouvernement¹¹, droits d'un suspect en garde à vue¹², avortement¹³ – la Cour va enraciner la pratique du recours au droit étranger.

Dans l'arrêt *Dred Scott* de 1857, l'un des plus controversés de la Cour, par lequel fut refusée aux esclaves la qualité de citoyens¹⁴, 6 juges sur

5. *United States v. Smith*, 18 US 153 (1820).

6. En ce sens, Steven G. Calabresi, Stephanie Dotson Zimdahl, « The Supreme Court and foreign sources of Law », *op. cit.*, p. 758.

7. *Worcester v. Georgia*, 31 US 515, 551–552 (1832).

8. *Pemoyer v. Neff*, 95 US 714, 729–30 (1877).

9. *Reynolds v. United States*, 98 US 145, 164–65 (1879).

10. *Jacobson v. Massachusetts*, 197 US 11, 31–32 (1905).

11. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579 (1952).

12. *Miranda v. Arizona*, 384 US 436, 486–87 (1966).

13. *Roe v. Wade*, 410 US 113, 136–38 (1973).

14. Mark Weston, « Dred Scott and International Law », *Faculty Articles and Papers*, 2005, p. 796.

9 se réfèrent à la doctrine ou au droit étranger : droit romain, droit anglais d'après 1776 et droit des États européens¹⁵. Le juge John Campbell invoque la doctrine de la souveraineté de Jean Bodin pour montrer que l'État fédéral n'a pas le droit d'empiéter sur la souveraineté des États fédérés en matière de réglementation de l'esclavage.

La tradition juridique existe même en dehors de ces trois fondements juridiques. Au début de son histoire et compte tenu de la rapidité avec laquelle le nouvel État est apparu, les États-Unis étaient contraints de se référer à d'autres droits.

Le juge Stephen Breyer rappelle ainsi qu'Abraham Lincoln apprit le droit « en lisant au coin du feu le traité de Blackstone sur le droit anglais, lequel reflétait en partie (souvent via les arrêts de sir Edward Coke) le droit commercial tel qu'il était pratiqué sur le continent européen. Les Cours suprêmes de John Marshall [1755-1835] et de Felix Frankfurter [1882-1965] ont rendu une foule d'arrêts faisant référence à des décisions de justice étrangères. Les mentions d'arrêts des juridictions de *Common law* en dehors des États-Unis sont légion, peut-être parce que le droit de l'Amérique tire sa substance de cette tradition¹⁶ ».

2 – La méthode d'interprétation évolutionniste

La méthode d'interprétation évolutionniste favorise le recours au droit étranger.

La société évolue. La constitution doit être interprétée à la lumière de cette évolution, faute de quoi elle devient un astre mort ou, pire encore, un moyen d'asservissement des générations présentes et à venir à la volonté des générations passées. D'où la nécessité d'une « constitution vivante »¹⁷ que seule une interprétation constructive permettra.

C'est au juge de combler les silences de la Constitution, d'en faire évoluer l'interprétation, voire d'en changer le sens, le cas échéant en se référant au droit étranger. Éventuellement, de faire prévaloir la volonté de la Cour sur la lettre de la Constitution, même lorsque celle-ci est claire¹⁸. La méthode qui donne au juge une grande liberté se fonde sur l'idée selon laquelle le juge, en prenant ses distances avec la Constitution, renforce la démocratie beaucoup plus qu'il ne la fragilise.

15. S. G. Calabresi, S. Dotson Zimdahl, « The Supreme Court and foreign sources of Law », *op. cit.*, p. 794.

16. S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Odile Jacob, 2015, p. 255.

17. *Judicial Activism : Defining the Problem and its Impact*, Testimony before the Subcommittee on the Constitution, Federalism and Property Rights, US GPO, Supt. Of Docs., Congressional Sales Office Publishers, 105^e Congrès, 1^{re} session, 1997.

18. Pour une approche favorable à la Cour suprême et plutôt bienveillante à l'égard de l'activisme judiciaire : R. C. Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, Temple University, August 20, 2008. Kermit Roosevelt, *The Myth of Judicial Activism : Making Sense of Supreme Court Decisions*, Yale University Press, 2006 ; Frederick P. Lewis, *The context of*

Cette prise en compte de l'évolution de la société et du droit étranger est parfois désignée sous le vocable « d'activisme judiciaire ». L'expression aurait été utilisée pour la première fois par Arthur Schlesinger en 1947¹⁹. Elle correspond à une Cour suprême toujours plus audacieuse dans son interprétation de la Constitution. Pour se justifier, les juges invoquent notamment la nécessité pour la Cour de se constituer en contre-pouvoir efficace à l'exécutif. La Constitution prévoit des contre-pouvoirs. Cette exigence doit être réalisée, même si c'est au détriment de la lettre de la Constitution.

Bien avant Schlesinger cependant, des expressions proches avaient déjà été utilisées. Thomas Jefferson pour dénoncer l'attitude trop fédéraliste des juges, tout particulièrement le juge Marshall, dénonça leur « comportement despotique²⁰ ». Il n'était pas question à l'époque d'activisme, mais la critique de la cour se fondait déjà sur sa tendance à outrepasser son rôle.

3 – La convergence des droits

Dans de nombreux pays, les droits se mettent à se ressembler : ils convergent. Un droit global se met en place, animé par des valeurs communes. À partir du moment où les valeurs sont les mêmes, l'isolement normatif n'a plus lieu d'être. Il faut au contraire s'ouvrir aux droits étrangers. Surtout ne pas s'isoler mais au contraire être un participant actif au dialogue des juges, encore plus au dialogue des cours suprêmes²¹. En s'isolant, la Cour suprême se coupe d'un moyen d'influence sur le monde. C'est la thèse défendue par Stephen Breyer, juge à la Cour suprême, dans un livre paru en français en 2015, intitulé *La Cour suprême, le droit américain et le monde* :

Depuis la Seconde Guerre mondiale, écrit-il, de plus en plus de nations se sont dotées de constitutions libérales qui, à l'image de la nôtre, reconnaissent les droits fondamentaux des individus et en confient la sauvegarde à des juges

judicial activism : the endurance of the Warren Court legacy in a conservative age, Rowman & Littlefield, 1999.

19. A. Schlesinger, *The Imperial presidency*, Houghton-Mifflin-Harcourt, 1973. C'est dans ce livre qu'il popularise l'expression d'activisme judiciaire mais aussi de « présidence impériale ».

20. Charles Grove Haines, *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics : 1789-1835*, University of California Press, 1944, p. 209.

21. En ce sens, Austen L. Parish, « Storm in a teacup : The US Supreme court's use of Foreign Law », *University of Illinois Law Review*, 200, p. 638 *sq.* et Melissa A. Waters, « Justice Scalia and the use of Foreign Law in Constitutional interpretation : Unidirectional Monologue or Co-Constitutive Dialogue », *Tulsa Journal of comparative and international Law*, vol. 12, 2005, p. 152.

en leur reconnaissant un contrôle de constitutionnalité. Il n'est pas surprenant que les juges rencontrent à travers le monde des problèmes similaires²².

Non seulement les valeurs sont les mêmes, mais la convergence s'applique aussi aux questions à résoudre. De plus en plus, il s'agit de questions relatives aux droits de l'homme, au terrorisme ou à la protection de la vie privée. Les Cours ont tout intérêt à partager leur expérience.

Stephen Breyer appelle ainsi la Cour à élargir

son horizon si elle veut rendre des décisions justes [...] Le monde est devenu un espace commun où l'on se rencontre plus qu'avant, dans lequel les distances se sont considérablement rétrécies par rapport à l'époque de la fondation des États-Unis. Ce processus s'est emballé au cours des récentes décennies. Les juges de cette cour n'ont plus le choix : ils doivent se pencher sur des pratiques juridiques étrangères, ce qui ne va pas sans soulever de polémiques²³.

L'exemple de la délégation de pouvoirs d'un État à une organisation internationale illustre, selon Stephen Breyer, l'intérêt de la comparaison des différents droits²⁴. Les cours suprêmes de l'Allemagne et de l'Italie ont dû se prononcer sur la constitutionnalité de ces délégations à propos de la construction européenne. Leurs réponses étaient assez similaires : des délégations importantes sont possibles, mais elles ne sont pas illimitées. À quel titre la Cour suprême des États-Unis devrait-elle se priver de la richesse des décisions de ces deux cours, lorsqu'elle est confrontée à des questions de délégation de pouvoirs ?

La participation croissante des États-Unis à des organisations internationales et l'influence croissante du droit de ces organisations ne feraient que renforcer le bien-fondé d'une prise en compte du droit étranger²⁵. Beaucoup de ces organisations sont financées par les États-Unis. Accepter de les financer, mais dans le même temps rejeter catégoriquement leur droit semble parfaitement contradictoire. Toutes ces raisons militent en faveur de

l'esprit d'ouverture au monde des institutions américaines [qui] devrait *a priori* les rendre sensibles à la recherche d'une coopération harmonieuse avec les juridictions internationales et étrangères²⁶.

22. S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain*, *op. cit.*, p. 251.

23. *Ibid.*, p. 251.

24. S. Breyer, « America's Courts Can't Ignore the World », *The Atlantic*, octobre 2018.

25. Sur la question de la circulation des droits, v. Dinah Shelton, *International Law and Domestic Legal Systems : Incorporation, Transformation and Persuasion*, Oxford University Press, 2011 ; Paul O. Carrese, *The Cloaking of Power, Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, The University of Chicago Press, 2003.

26. Stephen Breyer, *La Cour suprême, le droit américain...*, *op. cit.*, p. 216.

B – CONTRE L'IMPORTATION DU DROIT ÉTRANGER

Pour les partisans de la méthode d'interprétation originaliste, la Cour suprême doit s'en tenir exclusivement à la Constitution et à l'intention du constituant.

En se référant au droit étranger, la Cour s'attribue un pouvoir de changer le droit qui ne lui appartient pas. Par-dessus tout, elle instrumentalise le droit étranger.

1 – La méthode d'interprétation originaliste

L'intention du constituant a été fixée dans la Constitution au moment de son adoption.

Toute interprétation de la Constitution doit, de ce fait, être en harmonie avec cette intention première. Lorsqu'il prend une décision, le juge doit rechercher dans la Constitution cette intention originelle.

Elle peut ressortir des écrits de ceux qui l'ont rédigée, mais aussi du comportement des « personnes raisonnables » qui vivaient au moment de son adoption.

L'originalisme cherche à savoir comment le texte aurait été compris par un bon père de famille vivant à l'époque de l'adoption de la Constitution.

La peine de mort constitue une illustration de la manière dont les originalistes interprètent la Constitution. À l'époque de l'adoption du VIII^e amendement de la Constitution, en 1791, au terme duquel « des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtiments cruels et inhabituels infligés », la peine de mort n'était pas considérée comme un châtiment cruel ou inhabituel, y compris pour un mineur ou un déficient mental. C'est cette interprétation de la peine de mort qui doit être retenue.

La méthode ne va cependant pas sans soulever de problème. Il est d'abord des cas où les pères fondateurs n'ont laissé aucune intention. Ou bien l'un d'entre eux en a laissé dans ses écrits, ce qui ne signifie pas qu'elle reflète celle des autres. La difficulté est alors de savoir où précisément réside cette intention : dans la Constitution ? Chez ses auteurs ? Chez ceux qui l'ont ratifiée ? Dans la combinaison des trois ? Les intentions à l'origine de la Constitution peuvent en outre être très variées : la Constitution étant un compromis, elle est susceptible de ne refléter réellement aucune intention. Et si une intention se dégage, rien ne prouve que son auteur ait souhaité qu'elle demeure pour les siècles suivants. L'ambiguïté était inévitable. Elle permet de comprendre pourquoi les références à l'intention des pères fondateurs sont si fréquentes dans le droit américain et pourquoi elles sont si controversées.

2 – Le pouvoir de changer le droit

L'originalisme ne doit pas être assimilé à une forme de conservatisme s'opposant à toute évolution. Si la Constitution est en décalage avec la société, si elle ne correspond plus aux « canons de la décence », pour reprendre une expression américaine, en matière de droit des minorités ou d'interdiction des traitements violents par exemple, rien n'interdit de la modifier. Seulement ce n'est pas à la Cour suprême de le faire subrepticement en adoptant des décisions qui aboutissent à changer le sens de la Constitution. C'est aux organes démocratiques de décider : le législateur ou le pouvoir constituant, fédéral ou fédéré, selon l'importance de la question²⁷. Toute autre forme de révision, même implicite, aboutit à une violation de la volonté du constituant originaire.

C'est au peuple de réaliser la révision et non aux juges. Antonin Scalia, dans une opinion dissidente sur la décision *Romer v. Evans* de 1996 relative aux droits des LGBT, ne fait rien d'autre que réaffirmer cette idée : « Dès lors que la Constitution ne dit rien sur cette question, elle doit être résolue par les canaux démocratiques, ce qui inclut notamment l'adoption par voie démocratique de dispositions dans les constitutions des États »²⁸.

En s'en remettant à la volonté du peuple et non à celle de la Cour, Antonin Scalia arrive à la même conclusion, mais pour des raisons différentes, que celle d'Olivier Wendell Holmes qui fut juge à la Cour suprême de 1902 à 1932. Holmes appartient au courant du réalisme juridique. S'il reconnaît un pouvoir créateur aux juges, c'est pour mieux le limiter : « Les juges légifèrent mais uniquement de manière interstitielle »²⁹. À de rares exceptions près, notamment lorsque la liberté d'expression protégée par le premier amendement est en jeu, leur rôle est de s'abstenir. Holmes est un sceptique : les vérités absolues n'existent pas. Les juges ne doivent dès lors pas effectuer des choix de société pour lesquels les élus sont plus légitimes. Les juges ne peuvent pas protéger les citoyens contre eux-mêmes, cela n'est pas leur rôle.

3 – L'instrumentalisation du droit étranger

Les évolutionnistes profitent du droit étranger pour imposer une vision du droit élitiste.

27. Il existe une multitude d'ouvrages sur l'activisme judiciaire. Parmi les plus célèbres : P. Schlafly, *The Supremacists : The Tyranny Of Judges And How To Stop*, Richard Vigilante Books, 2004 ; R. Bork, *Coercing Virtue : The Worldwide Rule of Judges* (AEI Press), 2003 ; D. Gwynn Morgan, *A Judgment Too Far ? Judicial Activism and the Constitution*, Cork University Press, 2001.

28. *Romer v. Evans*, 517 US. 620 (1996).

29. Opinion dans *Southern Pacific Company v. Jensen*, 244 US 205 (1917).

« Cette Cour n'a pas à imposer à tous les Américains la volonté d'une classe privilégiée dont sont issus les membres de cette institution³⁰ ». La référence au droit d'une « classe privilégiée », en sous-entendant que le droit de la Cour suprême est nécessairement en opposition avec celui du peuple, n'est pas anodine.

Elle ressurgit à intervalles réguliers, lorsqu'il s'agit de lutter contre l'activisme de la Cour suprême. Michael Chertoff, qui fut secrétaire à la Sécurité intérieure entre 2005 et 2009 dans l'administration du président George W. Bush, déclara ainsi en 2006 :

Je vais vous demander de relever un nouveau défi, à savoir la montée d'une philosophie du droit élitiste, toujours plus militante, de gauche, qui fleurit dans les tribunaux étrangers et dans les cours internationales. Depuis des décennies, les juges, les avocats, et les universitaires qui fournissent la puissance de feu du développement du droit international, se sont faits les avocats d'un activisme judiciaire toujours plus important³¹.

Ce que dénonce aussi bien Antonin Scalia que Michael Chertoff, c'est la remise en cause de l'exceptionnalisme américain³². Le droit est l'un des vecteurs de la puissance des États-Unis. La banalisation du droit aboutit à la banalisation de cette puissance³³.

S'il y a bien une pensée totalement étrangère aux fondateurs de notre pays, écrit Antonin Scalia, c'est certainement l'idée selon laquelle nous devrions être gouvernés de la même manière que le sont les Européens... Quelle raison y a-t-il de croire que des dispositions juridiques d'autres pays correspondent de manière aussi évidente à la morale et aux mœurs de notre peuple et devraient être imposées par un jugement constitutionnel³⁴.

Qui a tort, qui a raison dans ce débat ? Les partisans ou les opposants au droit étranger ?

Frank H. Easterbrook qui fut président de cour d'appel et professeur associé à l'école de droit de l'université de Chicago défend une position originale : aucun des deux camps. Pourquoi ? Parce que le débat est

30. Antonin Scalia, opinion dissidente sur *Romer v. Evans*, 517 US. 620 (1996).

31. Discours prononcé à l'American Enterprise Institute, 17 novembre, 2006.

32. M. F. Davis, J. Kalb, « Oklahoma and beyond : understanding the Wave of State Anti-Transnational Law Initiatives », *Indiana Law Journal Supplement*, I, 2011, p. 8. L'article étudie les autres cas d'États fédérés ayant adopté des mesures contre l'emploi du droit étranger.

33. En ce sens, M. F. Davis, J. Kalb, « Oklahoma and beyond... », *op. cit.*, p. 8.

34. A. Scalia, *Foreign Legal Authority in the Federal Courts*, *Keynote address to the annual meeting of the American Society of International Law Conference (ASIL)*, 31 mars-avril 2004, cité par Melissa A. Waters, « Justice Scalia and the use of Foreign Law in Constitutional interpretation : Unidirectional Monologue or Co-Constitutive Dialogue », vol. 12 *Tulsa Journal of comparative and international Law*, 2005, p. 152.

largement factice. Les références au droit étranger n'ont aucune influence sur les décisions de la Cour suprême.

J'ai tendance à penser écrit-il, que ces citations ne sont qu'un habillage élégant des opinions des juges (*window dressing*³⁵) [...] La plupart des citations ne sont que du remplissage, ajoutées par les clerks qui écrivent pour les juges ou par les juges eux-mêmes [...] ³⁶.

Le jugement est radical, mais il comporte sans doute une part de vérité, mais une part seulement.

II – LA MESURE DU RECOURS AU DROIT ÉTRANGER

Le recours au droit étranger, aussi controversé soit-il, demeure occasionnel. Il est cependant des domaines où sa présence est plus marquée. C'est le cas en matière de peine de mort.

A – LES SITUATIONS DE RECOURS AU DROIT ÉTRANGER

Trois situations doivent être prises en compte pour expliquer le recours au droit étranger : le contexte juridique, le pays de référence et le parti utilisateur.

1 – Le contexte juridique

Généralement, les juges se réfèrent au droit étranger, lorsqu'ils rendent une décision controversée : rupture avec un précédent (revirement de jurisprudence) ou invalidation d'une loi³⁷. La référence au droit étranger permet d'abord aux juges de donner du poids à leur position face aux autres juges de la Cour, le but étant naturellement de l'emporter³⁸. Surtout, une fois la décision prise, le droit étranger permet à la Cour, collectivement cette fois, d'expliquer et de justifier sa position, en lui donnant un « aspect raisonnable », en la rendant « moralement

35. F. H. Easterbrook, « Foreign Sources and the American », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 2006, vol. 30, p. 224.

36. *Ibid.*

37. Une recension très précise des recours au droit étranger est faite dans R. C. Black, R. J. Owens, J. L. Brookhart, « We Are the World : The US Supreme Court's Use of Foreign Sources of Law », *British Journal of Political Science*, vol. 46, n° 5 ; octobre 2016, p. 901.

38. Sur l'utilisation des sources de droit étrangères, v. Ganesh Sitaraman, « The use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation », *Harvard Law School Faculty Scholarship Series*, septembre 2008.

acceptable »³⁹. Le droit étranger assoit en quelque sorte la décision, la Cour montrant ainsi que sa position n'est pas isolée, mais partagée par d'autres États.

Stephen Breyer, parmi les arguments qu'il donne à l'appui du recours au droit étranger, insiste sur l'importance pour la Cour de se livrer à ce travail à la fois d'explication et de mise en perspective internationale de ses décisions. Il y a la vie rêvée et la vie réelle : faire le droit est plus difficile qu'il n'y paraît. Imaginer de bonnes règles de droit est une chose, les faire accepter par l'exécutif et la population en est une autre.

La Cour suprême, insiste-t-il, est plus fragile qu'elle ne paraît. La mise en œuvre de ses décisions repose sur la volonté de l'exécutif et sur l'acceptation de ses décisions par le peuple. Sans la bonne volonté de l'exécutif, les décisions de la Cour suprême sont susceptibles de rester lettre morte. Plusieurs exemples illustrent, selon lui, cette fragilité. En 1832, la Cour suprême rend une décision au terme de laquelle le territoire de la Géorgie du Nord, où viennent d'être découvertes des mines d'or, appartient à la nation Cherokee⁴⁰. Apprenant cela, Andrew Jackson, président des États-Unis, aurait déclaré « John Marshall [le président de la Cour] a pris sa décision. Maintenant, qu'il la mette en œuvre »⁴¹. Jackson envoie dans la foulée des troupes en Géorgie, non pas pour mettre en œuvre la décision, mais pour expulser les tribus et les déporter sur « la piste des larmes », à l'ouest du Mississippi, en Oklahoma, où certains de leurs descendants vivent toujours aujourd'hui.

Un siècle plus tard, en 1954, la Cour suprême décide dans l'arrêt *Brown v. Board of Education*⁴², que la ségrégation dans les écoles publiques viole la Constitution. La ségrégation ne disparaît pas pour autant. Lorsqu'en 1957, un juge de la ville de Little Rock, en Arkansas, ordonne la déségrégation d'une école, et que le gouverneur et une partie de la population de l'Arkansas s'y opposent, le gouvernement fédéral doit envoyer plus de 1 000 soldats pour permettre à des élèves noirs d'entrer dans l'école. Sans la volonté du président Eisenhower et d'une partie de la population qui le soutenait, la décision de la Cour suprême serait restée en partie lettre morte⁴³. Aujourd'hui conclut-il, les États-Unis acceptent plus facilement les décisions de la Cour. Mais il n'en a pas toujours été ainsi et la situation pourrait très bien changer.

39. Steven G. Calabresi, Stephanie Dotson Zimdahl, « The Supreme Court and foreign sources of Law : Two hundred years of practice and the juvenile death penalty decision », *William and Mary Law Review*, p. 899.

40. *Worcester v. Georgia*, 31 US 515, 551-552 (1832).

41. S. Breyer, « America's Courts Can't Ignore the World », *The Atlantic*, octobre 2018. La déclaration serait en réalité apocryphe.

42. *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954).

43. Stephen Breyer, *America's Courts Can't Ignore...*, *op. cit.*

2 – Le pays de référence

La Cour se réfère aux droits d'États partageant les mêmes valeurs que les États-Unis. L'expression qui revient le plus souvent dans la doctrine pour identifier ces pays est celle d'États partageant « une expérience commune ».

Plus concrètement, cela signifie que la Cour va avoir tendance à se référer au droit d'États anglophones et appartenant au système de la *Common law*, tout simplement parce que c'est celui avec lequel les juges sont les plus familiers.

Lorsque les pays de référence n'appartiennent pas à ce premier groupe, les juges se réfèrent à des démocraties libérales avec lesquelles les États-Unis ont des alliances économiques ou militaires⁴⁴. La Cour peut même élargir ses références à des pays non démocratiques, mais cela demeure plus rare. Ce fut par exemple le cas dans *Thomson v. Oklahoma*⁴⁵ décision par laquelle la Cour interdit la peine de mort des moins de 16 ans.

L'opinion majoritaire précise que

sa position est en accord avec les points de vue exprimés par d'autres nations qui partagent notre héritage anglo-américain et par les membres dirigeants de la communauté de l'Europe occidentale... La peine de mort a été abolie en Allemagne de l'Est, en France, au Portugal, aux Pays-Bas et dans d'autres pays [...] Les exécutions de mineurs sont également interdites en Union Soviétique⁴⁶.

3 – Le parti utilisateur

Selon l'opinion la plus répandue, les juges libéraux sont davantage enclins à se référer au droit étranger⁴⁷. « Cette tendance n'est pas surprenante, observe Robert Bork, compte tenu de la tendance du libéralisme à rechercher l'universel et à dénigrer le particulier »⁴⁸.

Il est vrai que les prises de position les plus retentissantes en faveur du droit étranger viennent de juges libéraux⁴⁹. Et pourtant, il ressort clairement de l'étude de Black, Owens et Brookhart, statistiques à l'appui, que cette représentation n'est pas la bonne. Les juges, même les

44. Ryan C. Black, Lee Epstein, (*Re-*) *Setting the scholarly Agenda on Transjudicial Communication*, Law and Social Inquiry, 2007, p. 803.

45. *William Wayne Thomson v. State of Oklahoma*, 487 US 815 (1988).

46. *Ibid.*

47. En ce sens, R. C. Black, Ryan J. Owens, Jennifer L. Brookhart, « We Are the World », *op. cit.*, p. 896.

48. R. H. Bork, « Coercing Virtue : The Worldwide Rule of Judges », Washington, D.C : AEI Press 2003, p. 22.

49. S. Day O'Connor, « Federalism of Free Nations », *New York University Journal of International Law and Politics*, 1995, p. 41.

plus conservateurs, invoquent, dans une proportion similaire, le droit étranger, dès lors qu'il correspond à leurs objectifs.

En d'autres termes, la ligne de fracture qui sépare les partisans de l'isolationnisme juridique des partisans du transnationalisme juridique ne correspond pas à la division conservateurs/libéraux⁵⁰.

À titre d'illustration, William Rehnquist qui fut président de la Cour suprême de 1986 à 2005, mais aussi les juges Antonin Scalia et Clarence Thomas ont eu recours au droit étranger pour étayer leurs positions. En 1989, au cours d'une conférence, William Rehnquist se déclare favorable à une utilisation du droit étranger : « Maintenant que le droit constitutionnel est solidement établi dans de nombreux pays, il est temps que les cours américaines commencent à regarder les décisions des autres cours constitutionnelles lorsqu'elles prennent leurs décisions »⁵¹. Dans la décision *Washington v. Glucksberg*⁵² relative au suicide assisté (1997), William Rehnquist rédige l'opinion majoritaire, à laquelle se joignent les juges Antonin Scalia et Clarence Thomas. La décision de la Cour rendue à l'unanimité, conclut que la Constitution ne prévoit aucun droit à un suicide assisté. À l'appui de sa décision, la Cour invoqua la législation du Canada, du Royaume-Uni, de la Nouvelle-Zélande, de l'Australie et de la Colombie. Dans son opinion séparée dans *Planned Parenthood v. Casey* relative à l'avortement (1992), William Rehnquist fit référence à des décisions des cours suprêmes du Canada et de l'Allemagne. De nouveau, les juges Antonin Scalia et Clarence Thomas se joignirent à cette opinion⁵³. Clarence Thomas, l'un des juges plus conservateurs de la Cour, partisan de la position originaliste, utilisa une nouvelle fois le droit étranger dans *Holder v. Hall*⁵⁴, une décision relative au déroulement des opérations électorales. Il se réfère, dans cette décision, à plusieurs États étrangers : Belgique, Chypre Liban, Nouvelle-Zélande, Allemagne de l'Ouest et Zimbabwe.

B – TROIS ILLUSTRATIONS DU RECOURS AU DROIT ÉTRANGER

Trois décisions rendues entre 1988 et 2005, relatives à la peine de mort, illustrent le recours au droit étranger par la Cour suprême.

50. En ce sens, R. Bismuth, « L'utilisation des sources de droit étrangères dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n° 1, 2010, p. 122.

51. W. Rehnquist, *Comparatives remarks, Adress before the German-American Association*, Octobre 1989, cité dans *Germany and its basic law : past, present and future : a German-American symposium* 411, Paul Kirchhof et Donald P. Kommers eds, 1993.

52. *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997).

53. R. C. Black, R. J. Owens, Jennufer L. Brookhart, *We Are the World... op. cit.* p. 896.

54. *Holder v. Hall*, 512 US 874 (1994).

1 – La peine de mort des moins de seize ans (1988)

Dans *Thomson v. Oklahoma*⁵⁵, la Cour jugea en 1988 par un vote de cinq contre trois que le huitième amendement interdisait la peine capitale à l'encontre d'un condamné de moins de seize ans au moment des faits.

Le prévenu, William Wayne Thompson, était un récidiviste âgé de 15 ans, du comté de Grady, en Oklahoma. Le jury de la cour du comté le condamna à mort, après une procédure au cours de laquelle elle vérifia qu'il était sain d'esprit et conscient de son acte. Lorsque l'affaire arriva devant la Cour suprême, le juge John Paul Stevens qui fut l'un des membres les plus progressistes de la Cour entre 1975 et 2010, écrivit dans son opinion majoritaire que de nombreux pays de *Common law*, des pays d'Europe de l'ouest et l'Union soviétique n'autorisaient plus la peine capitale pour des mineurs aussi jeunes. Le juge Antonin Scalia écrivit dans une opinion dissidente que « la dépendance de la majorité vis-à-vis des pratiques d'autres pays, est complètement inappropriée pour sonder les croyances fondamentales de cette nation »⁵⁶.

2 – La peine de mort des déficients mentaux (2002)

En 2002, la Cour suprême se prononça sur la question de savoir si l'exécution d'un déficient mental pour meurtre constituait un « châtiment cruel inhabituel » prohibé par le huitième amendement de la Constitution des États-Unis⁵⁷. Dès le commencement de l'affaire, un groupe de diplomates américains déposa un mémoire au nom des « Amis de la Cour », soutenant que seuls les États-Unis et le Kirghizistan continuaient à se livrer à la condamnation à mort de déficients mentaux.

Le mémoire et les débats qui entourèrent la décision firent l'objet d'une importante couverture médiatique. La question centrale de la controverse fut de savoir si les pratiques observées par la majorité des autres pays du monde devaient inspirer les juges dans leur interprétation du huitième amendement. Pour les diplomates et pour la majorité des juges de la Cour suprême, l'absence d'exécutions à l'étranger devait être prise en considération. Le mémoire faisait valoir que la « déviance américaine vis-à-vis du consensus mondial causait des frictions importantes avec nos alliés, en particulier en Europe ». Les diplomates exhortaient la Cour à donner « un respect décent pour les opinions de l'humanité ».

La Cour décida d'interdire l'exécution des déficients mentaux. À la suite de cette décision, une expression apparut, celle « l'effet Stras-

55. *William Wayne Thompson v. State of Oklahoma*, 487 US 815 (1988).

56. Cité par S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Odile Jacob, 2015, p. 257.

57. *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002).

bourg », en référence au siège de la Cour européenne des droits de l'homme. L'expression pouvait paraître justifiée en raison de la participation régulière, durant les années précédant la décision, des juges Anthony Kennedy et Sandra Day O'Connor à des séminaires de la CEDH.

Au cours de ces séminaires, le droit américain était régulièrement critiqué en raison notamment du recours à la peine de mort. « L'opinion mondiale » qui s'est dégagée de ces séminaires a certainement pesé sur les esprits de plusieurs juges lors de la décision. L'opinion majoritaire qui présida à la décision citait un mémoire de la CEDH sur l'amitié entre la Cour suprême et la CEDH rappelant le rejet écrasant par la communauté mondiale de l'exécution des arriérés mentaux. Le juge Antonin Scalia ainsi que les juges dissidents se battirent sans succès contre l'idée de « pratique mondiale » et contre celle de « justice de la communauté internationale ». Pour eux, la Constitution, expression ultime de la volonté du peuple américain, devait l'emporter. Or, la Constitution des États-Unis ne reflète pas nécessairement la pratique mondiale.

L'opposition d'Antonin Scalia n'empêcha pas « l'effet Strasbourg », de frapper de nouveau l'année suivante. La Cour suprême invalida une loi du Texas qui interdisait les rapports sexuels entre deux personnes adultes de même sexe⁵⁸. Dans son opinion relative à la décision, le juge Anthony Kennedy se référa à l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* de la Cour européenne des droits de l'homme. Il rappela que la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire similaire⁵⁹, avait déclaré une loi contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

3 – La peine de mort des moins de dix-huit ans (2005)

Dans *Roper v. Simmons*⁶⁰, la Cour devait décider si la peine de mort des moins de 18 ans était conforme à la Constitution. Christopher Simmons, 17 ans en 1993, habitant du Missouri, avait prévu d'assassiner et de voler quelqu'un. Pour ce faire, il avait engagé deux complices en les convaincant que le fait d'être mineur permettrait d'échapper à la peine de mort.

Ensemble, ils tuèrent leur victime en la jetant vivante, pieds et poings liés, dans une rivière. La défense de Christopher Simmons invoqua le VIII^e amendement de la Constitution, interdisant les châtements cruels et inhabituels.

58. *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).

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

60. *Roper v. Simmons*, 543 US 551, 2005.

Le juge Anthony Kennedy⁶¹ écrivit l'opinion majoritaire de la Cour, favorable à l'interdiction de la peine de mort aux mineurs. Il s'appuya notamment sur l'usage de moins en moins fréquent de la peine de mort, aux États-Unis, pour des adolescents coupables de crimes avec préméditation. Certains juges mettaient en avant le consensus qui se dégagait au niveau des États fédérés⁶² : en 2005, la peine n'était plus légale que dans 20 États sur 50. D'autres juges se fondaient sur le droit étranger. Depuis 1990, seulement sept autres États (Iran, Pakistan, Arabie Saoudite, Yémen, Nigeria, République démocratique du Congo et Chine) avaient exécuté des criminels de moins de 18 ans. La Cour rappela également que les États-Unis et la Somalie étaient les seuls États à ne pas avoir ratifié la Convention sur les droits de l'enfant de l'ONU du 2 septembre 1990, dont l'article 37 interdit l'usage de la peine de mort.

Quatre juges étaient favorables à la constitutionnalité de la peine de mort des moins de 18 ans⁶³. Selon eux, le prétendu consensus au sein des États américains en faveur de l'abolition de la peine de mort n'était pas établi, pas plus qu'il ne l'était au niveau international. Ce dont il fallait tenir compte, en tout état de cause, était le sens originel de la Constitution : la peine de mort était-elle considérée comme un châtiment cruel lors de la ratification du VIII^e amendement en 1789 ? Elle ne l'était pas. L'argument « internationaliste » était rejeté avec encore plus de vigueur par le juge Antonin Scalia. Les États-Unis avaient explicitement refusé de ratifier la Convention sur les droits de l'enfant de l'ONU, du 2 septembre 1990. En se référant à la Convention, la Cour suprême passait outre la volonté du peuple américain. Elle se comportait comme si le pouvoir de ratifier une convention internationale lui appartenait, c'est-à-dire comme si elle était le Congrès.

Les États-Unis ont leurs valeurs. Ils ne doivent pas se considérer comme étant liés par du droit venu d'ailleurs. « Le principe de base de l'argument de la Cour, selon lequel la loi américaine devrait être conforme aux lois du reste du monde doit être balayé d'un revers de main »⁶⁴.

La Cour décida néanmoins, par un vote de cinq contre quatre, que le huitième amendement interdisait l'application de la peine capitale à des condamnés de moins de 18 ans au moment des faits. Rédigeant l'arrêt

61. Sur l'utilisation du droit étranger par le juge Kennedy, v. S. C. McCaffrey, « There's a Whole World out There : Justice Jeneddy's Use of International Sources », *McGeorge Law Review*, vol. 44, 2013, p. 201.

62. Sur ce consensus, v. M. A. Dabiza, « Roper v. Simmons and the Jurisprudence of Sandra Day O'Connor, Berkeley », *Journal of Criminal Law*, vol. 8, Issue 1, 2004, p. 22.

63. Le président de la cour William Rehnquist, Antonin Scalia, Clarence Thomas et Sandra Day O'Connor.

64. Antonin Scalia, opinion dissidente sur *Roper v. Simmons*, citée par Steven G. Calabresi, Stephanie Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and foreign sources of Law, op. cit.*, p. 744.

de la Cour, le juge Kennedy ajoutait que les États-Unis se trouvaient maintenant seuls face à un monde qui a tourné le dos à la peine capitale pour les mineurs ». Il fallait désormais tenir compte « du poids écrasant de l'opinion internationale contre la peine de mort pour les mineurs »⁶⁵.

III – LES RÉSISTANCES À L'IMPORTATION DU DROIT ÉTRANGER

Pourquoi résister à l'importation du droit étranger ? Parce que, selon les opposants, son utilisation fait courir des risques au système juridique des États-Unis. D'où les ripostes, aussi bien politiques que juridiques, suscitées par le recours au droit étranger.

A – LES RISQUES DE L'IMPORTATION DU DROIT ÉTRANGER

Ils sont au nombre de trois. L'importation du droit étranger aboutit d'abord à une marginalisation de la Constitution. Elle conduit à l'altération du rôle des juges. Elle fragilise en dernier lieu la *Common law*.

1 – La marginalisation de la Constitution

Bob Goodlatte fut membre de la Chambre des représentants de 1993 à 2019 et président de la Commission de la justice. Le 21 mai 2009, dans un discours au Congrès, il explique pourquoi le recours au droit étranger marginalise la Constitution :

Madame la Présidente, commence-t-il, l'article VI de la Constitution des États-Unis déclare que cette Constitution et les lois des États-Unis qui doivent être appliquées en vertu de cette constitution [...] seront la loi suprême du pays. Depuis l'origine, notre nation s'en est tenue au principe fondamental selon lequel le peuple des États-Unis doit être libre de son destin. Cependant, il y a eu récemment une tendance profondément troublante dans la jurisprudence américaine. La Cour suprême, la plus haute cour du pays, a commencé à se tourner vers l'étranger, vers les lois internationales, les règlements et les opinions qu'elle y trouvait, pour interpréter la Constitution des États-Unis. Cette évolution est effrayante, ces dispositions juridiques étant élaborées par des bureaucrates et des organisations non gouvernementales qui n'ont aucune légitimité démocratique. Cette nouvelle tendance menace la souveraineté de notre nation et les fondements démocratiques de notre système de gouvernement. Les fondateurs de notre nation avaient entrevu ce danger dans la Déclaration d'indépendance en critiquant le roi George qui nous avait « soumis à une juridiction étrangère à notre constitution et non reconnue par nos lois. Le contraste

65. *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).

entre ce libellé dans la Déclaration d'indépendance et celui de plusieurs juges de la Cour suprême ne peut être plus clair. La remarque est d'autant plus importante qu'aux États-Unis, une partie des juges est élue. Or les Américains n'ont aucun pouvoir sur les juges étrangers⁶⁶.

Pour illustrer le contournement grandissant de la Constitution, Bob Goodlatte s'appuyait sur deux interventions de juges à la Cour suprême. La première, de Ruth Bader Ginsburg, qui déclara, lors d'une conférence au barreau de New York en 2005 : « Je prendrai la lumière partout où je pourrai l'obtenir. Je ne veux pas m'arrêter aux frontières nationales ». Quatre ans plus tard Sandra Day O'Connor, faisait la prédiction que « la Cour suprême s'appuierait de plus en plus sur les tribunaux internationaux et étrangers pour examiner les questions nationales... plutôt que de s'en remettre uniquement à notre constitution comme base de ses décisions »⁶⁷. Son souhait est tout autant un constat : les références au droit étranger ont augmenté depuis les années soixante⁶⁸.

2 – L'altération du rôle des juges

Pour être nommé juge à la Cour suprême, le candidat, après avoir été désigné par le président, est auditionné par le Congrès. Lors de son audition le sénateur républicain Jon Kyl posa la question suivante à l'actuel président de la Cour suprême, John Roberts : « Quel doit être le rôle du droit étranger dans les décisions de la Cour suprême des États-Unis ? »⁶⁹.

La réponse de John Roberts est symptomatique des craintes que peut inspirer le droit étranger. L'emploi du droit étranger se heurte d'abord à l'absence de légitimité des juges étrangers. Il conduit ensuite à l'omnipotence des juges de la Cour suprême.

a) L'absence de légitimité des juges étrangers

John Roberts commence par rappeler que les juges à la Cour suprême ne sont pas élus mais nommés par le président. Ils ne sont, de ce fait,

66. Cité par B. Goodlatte, *Introduction of The Reaffirmation Of American Independence Resolution*, Floor Speech, 21 mai 2009.

67. *Ibid.* Et dans le même sens, une conférence de la juge Sandra Day O'Connor à Atlanta au cours de laquelle elle affirma que la Cour suprême s'appuierait de manière croissante « sur la jurisprudence de cours de justice internationale et sur celle de cours étrangères, pour résoudre des litiges internes », cité par Norman Dorsen, « The relevance of foreign legal materials in US constitutional cases : A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n° 4, 1^{er} octobre 2005, p. 519.

68. S. G. Calabresi, S. Dotson Zimdahl, *The Supreme Court and foreign sources of Law*, *op. cit.*, p. 753.

69. Confirmation hearing on the nomination of John G. Roberts, JR to be chief Justice of the United States, Hearing before the Committee on the Judiciary United States Senate,

pas directement responsables devant le peuple. Cela ne signifie pas pour autant que les citoyens ne participent pas à leur nomination. Ils le font, mais de manière indirecte, renforçant par là même la légitimité des juges. Rien de tel n'existe dans le cas des juges étrangers, d'où les réserves de John Roberts : « Nous sommes cependant nommés selon un processus qui permet la participation de l'électorat. Le Président qui nomme les juges doit évidemment rendre des comptes au peuple. Les sénateurs qui confirment les juges sont redevables à la population. Par ce biais, le rôle du juge est conforme à la théorie démocratique. Si nous nous en remettons à la décision d'un juge allemand pour déterminer la signification de notre constitution, aucun président responsable devant le peuple n'a nommé ce juge et aucun sénateur responsable devant le peuple ne l'a confirmé. Et pourtant, il joue un rôle dans l'élaboration d'un droit qui lie les citoyens de ce pays. Je pense que c'est une préoccupation à laquelle il faut répondre »⁷⁰.

b) L'omnipotence des juges nationaux

Plus les normes auxquelles les juges se réfèrent sont étendues, plus leur pouvoir d'interprétation est grand.

En autorisant le droit étranger, les frontières de la planète deviennent les seules limites aux normes de référence. C'est, en substance, la thèse défendue par John Roberts dans sa réponse à Jon Kyl :

En droit étranger, vous pouvez trouver tout ce que vous voulez. Si vous ne le trouvez pas dans les décisions de la France ou de l'Italie, vous le trouverez dans les décisions de la Somalie, du Japon ou de l'Indonésie ou ailleurs [...]. Comme quelqu'un l'a dit dans un autre contexte, rechercher le soutien du droit étranger, c'est comme regarder une foule et choisir ses amis. Vous pouvez les trouver, ils sont là. [...] Je pense que c'est un mauvais usage des précédents et non un usage correct des précédents.

Les juges peuvent aller puiser la solution qu'ils souhaitent appliquer dans un univers juridique désormais illimité.

Vous trouvez alors un homme intelligent, écrit Rob Bishop dans l'introduction à sa *Résolution réaffirmant l'indépendance américaine*, vivant au Zimbabwe ou en Pologne ou n'importe où dans le monde, qui cite des décisions. Cela donne à votre décision une apparence juridique, mais il s'agit en fait d'une manipulation⁷¹.

109^e Congrès, première session, 12 septembre 2005, US Government printing office, Serial No. J-109-37, 15 septembre 2005.

70. *Ibid.*

71. Congressional Record, House H1939, *Reaffirmation of American independence resolution*, 27 février 2007.

Le droit étranger n'est dès lors pas utilisé, comme ses partisans le prétendent, comme un éclairage supplémentaire pour les décisions difficiles. Il ne s'agit pas d'apprendre ou de tirer parti de modèles juridiques différents mais d'utiliser le droit étranger comme fer de lance de l'imposition d'une morale étrangère. Le geste n'est pas comparatiste mais militant.

3 – La fragilisation de la *Common law*

Le mot manipulation est quelque peu exagéré compte tenu de l'utilisation assez faible du droit étranger par la Cour. Les juges, plutôt que de manipuler le droit, cherchent davantage à donner du poids à la solution qu'ils défendent. Il n'est pas question de faire disparaître les précédents mais plutôt d'éclairer leurs éventuelles évolutions au prisme d'un droit extérieur. Le droit étranger vient en complément des précédents, il ne s'y substitue pas.

La manipulation reflète cependant, de manière assez fidèle, l'inquiétude des opposants au droit étranger. Cette inquiétude vient de ce que les États-Unis sont un pays de *Common law*. Or ce système prévoit de manière très précise comment le droit peut évoluer. Si un juge veut renverser un précédent, il doit respecter la procédure prévue à cet effet et il doit donner un fondement juridique à sa décision. Ce fondement est à rechercher dans les précédents. En autorisant le recours au droit étranger, c'est tout le système des précédents qui est fragilisé. Pourquoi ? Parce que ce système qui s'est construit décision après décision possède sa cohérence.

Le droit étranger risque d'introduire des éléments de rupture dans l'enchaînement qui lie les décisions les unes aux autres, en tout cas d'affaiblir son unité.

L'image utilisée par les opposants à l'utilisation du droit étranger est celle d'une cathédrale. L'architecte qui la conçoit prévoit des arcs-boutants. Leur fonction est d'empêcher que la pression exercée par la voûte repose exclusivement sur les murs, sans quoi la cathédrale risque de s'effondrer. En se référant au droit étranger, le juge détruit les arcs-boutants de la cathédrale.

B – LES RIPOSTES À L'IMPORTATION DU DROIT ÉTRANGER

Au niveau fédéré, l'État qui adopta la proposition la plus radicale fut l'Oklahoma : en 2005, une révision de la Constitution interdit toute référence au droit étranger aux juges de l'Oklahoma⁷².

72. M. F. Davis, J. Kalb, « Oklahoma and beyond : understanding the Wave of State Anti-Transnational Law Initiatives », *Indiana Law Journal Supplement*, I, 2011. L'article pré-

Au niveau national, la mesure la plus emblématique fut la proposition de résolution réaffirmant l'indépendance américaine (*Reaffirmation of American Independence Resolution*), de Bob Goodlatte⁷³. Ces mesures ont en commun de prôner un retour à la Constitution ainsi que l'encadrement du rôle des juges.

1 – Le retour à la Constitution

La Constitution doit redevenir la référence exclusive des juges de la Cour suprême lorsqu'ils tranchent une affaire.

La Constitution va dans ce sens, plus précisément son article 6 au terme duquel « la présente constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront [...] seront la loi suprême du pays ». Certes, l'article VI ajoute que « tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis », devront être appliqués comme lois du pays.

La Cour suprême doit se référer à ces traités. À aucun moment les opposants à l'application du droit étranger ne remettent en cause les traités ratifiés. En revanche, les traités qui n'ont pas été ratifiés, tout particulièrement ceux que les États-Unis ont refusé de ratifier, ne doivent pas servir de référence aux juges. Une situation inverse, autrement dit la situation actuelle aboutit, comme le précise la résolution relative à la « Réaffirmation de l'indépendance américaine »⁷⁴, à « un viol de la Constitution par ceux qui sont censés en être les protecteurs : les juges de la Cour suprême »⁷⁵.

2 – L'encadrement du rôle des juges

Pour éviter l'omnipotence des juges, il faut encadrer leur pouvoir. C'est la solution que propose Bob Goodlatte dans sa résolution :

Nous ne pouvons pas laisser cela se produire plus longtemps sans réagir. Nous devons ramener les juges fédéraux à leur rôle d'interprète de la constitution et non d'importateurs de lois et de jurisprudences étrangères. La Cour

sente les autres cas d'États fédérés ayant adopté des mesures pour contrer l'emploi du droit étranger.

73. Les trois résolutions les plus importantes étaient les suivantes :

— *The Reaffirmation of American Independence Resolution*, H. Res. 568, 108th Cong., 2nd Sess. (2004). Cette résolution s'arrêta devant la commission de la justice de la Chambre des représentants.

— *Constitution Restoration Act of 2004*, H.R 3799, 108th Congress., 2nd Sess., 2004 ;

— *Constitution Restoration Act of 2005*, S. 520, 109th Cong., 1st Sess., 2005.

74. *The Reaffirmation of American Independence Resolution*, H. Res. 568, 108th Cong., 2nd Sess. (2004).

75. Sur cette résolution v. Neal Devins, *Should the Supreme Court Fear Congress?* William & Mary Law School Scholarship Repository, 2006, p. 8 sq.

suprême est chargée de trancher en dernier ressort des débats relatifs à notre constitution. Or celle-ci est exclusivement américaine. L'ensemble de nos juges, y compris ceux de la Cour suprême, a prononcé le serment de défendre et de conserver la constitution américaine. Il est temps que le Congrès rappelle à ces fonctionnaires non élus leurs devoirs tels qu'ils résultent de leur serment. [...] Pour remettre les juges de la Cour suprême « dans le droit chemin », il propose de leur interdire de citer des sources étrangères, qu'il s'agisse de jugements, de lois ou de toutes autres formes de déclarations, lorsqu'ils interprètent la constitution⁷⁶.

Que se passe-t-il si l'interdiction n'est pas respectée ? Le projet de loi (*Constitutional Restoration Act*) déposé un an après la résolution propose une solution : la destitution (*impeachment*).

La destitution la plus connue, prévue par la Constitution, permet au Congrès de destituer le président des États-Unis. Mais elle permet aussi de destituer les hauts fonctionnaires ainsi que les juges fédéraux. Le projet de loi propose cette destitution lorsqu'un juge utilise un droit autre que la Constitution, « le droit constitutionnel anglais et le droit coutumier, au moment de l'adoption de la constitution des États-Unis ». Plus que le recours au droit étranger, c'est le recours à un droit ne s'inscrivant pas dans le système de la *Common law* qui est visé.

Au niveau fédéral, aucune de ces propositions, de résolution ou de loi, n'a pour le moment été adoptée par le Congrès. Les juges de la Cour suprême demeurent libres de se référer, s'ils le souhaitent, au droit étranger.

76. *Introduction of The Reaffirmation of American Independence Resolution*, Floor Speech.