

## Conclusion :

### Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle

par

**Benoît Frydman**

**Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles (ULB)**

Le thème du dialogue des juges suscite depuis peu un véritable engouement dont témoignent dans leur diversité les interventions recueillies dans cet ouvrage, ainsi que les nombreux exposés, publications et débats qui y sont consacrés à la fois dans les milieux académiques et au sein du monde judiciaire lui-même<sup>1</sup>. Voilà que nous découvrons soudain que les juges dialoguent et que nous éprouvons le besoin de dialoguer à notre tour sur ce dialogue. Mais pourquoi cet intérêt soudain et passionné ? Et pourquoi est-il perçu comme nouveau ? Après tout, comme l'ont indiqué François Ost et Julie Allard, le dialogue entre les juges n'est-il pas la chose la plus naturelle du monde ? La collégialité, lorsqu'elle subsiste, ce qui est heureusement le cas au niveau des juridictions supérieures et internationales, n'implique-t-elle pas nécessairement la délibération, même si celle-ci se déroule, au moins dans la tradition continentale, sous le sceau du secret ? En outre, les juges n'ont-ils pas coutume de se référer dans la motivation de leurs jugements à d'autres décisions judiciaires, à commencer par les leurs, mais aussi celles de leurs prédécesseurs, de leurs *alter ego* et bien sûr celles des juridictions supérieures auprès desquelles leurs propres arrêts sont susceptibles de recours ? La chose n'est pas neuve et Montaigne, qui avait été un peu magistrat lui-même<sup>2</sup>, remarquait déjà, il y a plus quatre siècles, que « nous ne faisons que nous entregloser »<sup>3</sup>. Cet « entreglosage », que l'on rebaptise aujourd'hui « citations croisées », n'est-il pas le signe du

---

<sup>1</sup> Voyez notamment les ouvrages de M. Delmas-Marty formant la série *Les forces imaginantes du droit : Le relatif et l'universel ; Le pluralisme ordonné et La refondation des pouvoirs* (Paris, Seuil, 2004, 2006 et 2007) ; A.M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004 ; J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005. Le dialogue des juges a également constitué le thème de plusieurs manifestations judiciaires, notamment à la Cour des droits de l'homme à Strasbourg.

<sup>2</sup> A 21 ans, en 1554, Montaigne fut nommé conseiller à la Cour des aides de Périgueux et trois ans après, au Parlement de Bordeaux, où il devait faire la connaissance d'Etienne de la Boétie.

<sup>3</sup> *Essais*, Livre III, ch. 13.

caractère essentiellement dialogique du droit et surtout ne nous indique-t-il pas quelque chose de fondamental sur le mode de fonctionnement propre du judiciaire, pratique écologique qui ne consent le plus souvent à fabriquer du neuf qu'en recyclant de l'ancien ?

On nous fera cependant remarquer, non sans raison, que ce qui intéresse particulièrement aujourd'hui, c'est non pas tant le fait du dialogue lui-même, que les formes nouvelles qu'il emprunte et surtout les frontières qu'il franchit, celles des États et des continents, des ordres juridiques et des institutions politiques. Pourtant, quoi qu'on en pense, ce phénomène non plus n'est pas nouveau. Après tout, le droit comparé ne date pas d'hier. Et, bien au delà du cercle de la *common law*, il n'était pas rare, dans les siècles précédents, de voir les juges discuter ouvertement des principes et des solutions adoptés par leurs homologues étrangers<sup>4</sup>. Non, ce qui est neuf, ce n'est pas tant le dialogue des juges, que l'intérêt que nous lui portons et davantage encore l'angle sous lequel nous l'observons. Car, nous n'abordons pas le dialogue des juges comme un sujet de sociologie judiciaire, aussi passionnant soit-il, mais nous l'appréhendons véritablement comme une manière de dire le droit, de le découvrir ou de le fabriquer. Et si ce *modus operandi*, pour lequel certains s'enthousiasment tandis que d'autres en contestent soit les modalités, soit même le principe, suscite une telle discussion passionnée, si son étude nous apparaît aujourd'hui indispensable à la compréhension du droit contemporain ou du droit qui est en train de naître, c'est peut-être, du moins j'en développerai ici l'hypothèse, que ce dialogue des juges recèle en lui le germe d'une conception sinon nouvelle, du moins différente, du droit et de la justice.

Le dialogue transfrontalier des juges constitue l'un des signes qui indiquent, avec tant d'autres, le déclin dans le domaine du droit du positivisme étatique et de ce que le sociologue allemand Ulrich Beck appelle dans un contexte plus large le « nationalisme méthodologique »<sup>5</sup>. Ce dialogue des juges signale, comme l'a bien noté Mireille Delmas-Marty une émancipation des juges par rapport à leur ordre juridique national. Il permet, pour reprendre une belle image à Paul Martens, aux cours et pas seulement aux cours

---

<sup>4</sup> Cette pratique est liée à des phénomènes politiques, notamment les conquêtes, la colonisation et les « liens privilégiés » qui leur ont survécu, notamment sur le plan juridique, mais aussi à des influences culturelles, favorisées par la proximité géographique, la communauté de langue et l'éducation des juristes à l'étranger. Les juges américains n'hésitaient pas au 19<sup>ème</sup> siècle et encore au 20<sup>ème</sup> siècle à se référer à des décisions allemandes et la jurisprudence belge a souvent discuté les décisions françaises et l'opportunité de s'en distinguer.

<sup>5</sup> U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p. 105 et s.

constitutionnelles, de « se tutoyer par dessus l'épaule des Etats qui les ont créées ». Mais vers quoi conduit cette émancipation ? Et pourquoi suscite-t-elle de si âpres controverses ? Telle est l'énigme que nous tenterons de déchiffrer, à l'aide des indices multiples qui nous ont été livrés par l'ensemble des contributions à cet ouvrage, dans leur diversité. Mais avant d'aborder le *non-dit* de ce dialogue (3) et d'en saisir les enjeux politiques (4), il est utile, en guise de synthèse, d'en récapituler les modalités (1) et d'en déterminer précisément la nature juridique (2).

### **1. Les modalités du dialogue**

Nous nous sommes beaucoup intéressés, au cours de ce colloque et sans doute à juste titre, aux citations par les juges de décisions étrangères mais cette forme de dialogue, d'ailleurs imparfaite, que l'on pourrait qualifier de dialogue entre les décisions de justice occupe une position en quelque sorte médiane entre le dialogue interpersonnel des juges eux-mêmes et le dialogue institutionnel entre les juridictions.

D'abord, on n'aura garde d'oublier, même s'ils n'occupaient pas le centre de nos travaux, la place déterminante des mécanismes institutionnels, qui assurent un dialogue fructueux, spécialement entre les juridictions nationales et les juridictions nées de la construction européenne. Nous nous contenterons ici de rappeler, pour mémoire, le mécanisme de renvoi préjudiciel devant la Cour de Luxembourg, ainsi que le droit de recours individuel auprès de la Cour des droits de l'homme à Strasbourg. Ces mécanismes contribuent fortement à assurer la primauté et l'harmonie du droit communautaire et du droit européen des droits de l'homme, encore que ce dialogue imposé ne fait pas l'économie de résistances, de réserves et de controverses, comme nous l'a rappelé Paul Martens à propos des relations entre les Cours constitutionnelles et les juridictions communautaires.

Mais le dialogue entre les juges ne se limite pas bien évidemment à ces procédures. Il se développe à la faveur d'occasions multiples et variées, des plus informelles aux plus organisées, des plus traditionnelles aux plus « branchées », des plus visibles aux plus discrètes. Les magistrats ne sont pas différents des autres êtres humains et des autres professions : ils profitent des technologies modernes pour intensifier le réseau de leurs échanges et de leurs relations. Les juges, nous a appris Jean-Paul Goffinon, naviguent de plus en plus sur Internet. Ils y font voile, non seulement vers les sites de leurs homologues et les bases de données où ils accèdent, comme nous tous, à d'inépuisables répertoires de

jurisprudence, mais aussi vers des lieux de conversation plus discrets, qu'ils se sont réservés, et où ils peuvent échanger leurs avis et leurs questions, non seulement sur des points de technique juridique, mais également sur des sujets d'intérêt général, voire à propos de préoccupations ou de centres d'intérêt plus personnels.

Cependant les juges ne voyagent pas que sur Internet. Ils empruntent les trains et les avions pour se rencontrer, dialoguer et souvent nouer des liens d'association. Et lorsqu'un juge rencontre un autre juge, qu'est-ce qu'ils se racontent, sinon des histoires de jurisprudence ? Ainsi, les juges des cours constitutionnelles européennes se réunissent-ils tous les trois ans, en une sorte de congrès, auquel ils invitent également les juges des cours européennes proprement dites. Mais ils se retrouvent aussi, en compagnie d'académiques, lors de colloques internationaux consacrés à des échanges de réflexions et d'expériences constitutionnelles<sup>6</sup>. Nous apprenons également que les juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des communautés européennes se rendent mutuellement et régulièrement des visites informelles<sup>7</sup>. Les juges des nombreuses juridictions internationales qui ont leur siège à La Haye ont, paraît-il, nous dit William Shabas, l'habitude de se retrouver dans un restaurant de cette ville, qui porte leur nom et n'est pas sans évoquer ces fameuses « auberges du tribunal » (*inns of Court*) anglaises, véritables centres de formation culturels où les jeunes juristes s'imprègnent de la *common law* au contact de leurs aînés et où juges et avocats célèbrent leur commune appartenance à la famille des hommes de loi.

Un esprit commun se dégage de ces rencontres dans les dîners, les congrès et les *chatrooms*, un certain *esprit de club*, qui n'est sans doute pas dénué de cet esprit de corps, dont nous savons qu'il joue un rôle central dans la création d'identités communes, de réseaux relationnels et de liens de solidarité durables. Au-delà de ce qui les sépare (leur origine nationale, leur culture, l'ordre juridique sur lequel ils sont chargés de veiller), l'adhésion au club manifeste et célèbre ce qu'ils ont en commun, leur statut de juge et leur mission de rendre la justice, contribuant ainsi à la création d'un *ethos* ou d'une communauté judiciaire internationale. Les juridictions internationales elles-mêmes ne forment-elles pas, comme cela a été suggéré, une sorte de club, assez fermé il est vrai (encore que les juges internationaux

---

<sup>6</sup> Voir à ce propos le rapport de Paul Martens.

<sup>7</sup> Voir les interventions des juges Spielmann et Lenaerts.

voyagent souvent d'une juridiction internationale vers une autre) ? Des juges venus des quatre coins du monde s'y côtoient et y travaillent ensemble, contraints de comparer sans cesse et parfois de confronter leurs traditions particulières, mais aussi de dépasser ces clivages pour forger des décisions communes.

Les rencontres réelles ou virtuelles, grâce auxquelles les juges apprennent à se connaître et à connaître leurs décisions favorisent probablement la pratique des citations mutuelles. Des analyses détaillées qui nous ont été proposées, nous pouvons conclure que la citation de décisions étrangères est une pratique relativement courante, mais inégale, sélective et variable dans ses modalités. C'est une pratique inégale dans la mesure où elle varie fortement selon les juridictions. En fonction de leur tradition, du contexte politique ou de leur position dans l'ordonnement juridictionnel, certaines juridictions recourent très souvent, voire systématiquement, à des citations étrangères, comme par exemple la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud<sup>8</sup> ou la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>9</sup>, tandis que d'autres n'y recourent pratiquement jamais, comme le Comité des droits de l'homme de l'ONU<sup>10</sup> ou, de moins en moins, comme la Cour suprême des Etats-Unis<sup>11</sup>, les juridictions européennes de Strasbourg et de Luxembourg paraissant se situer à cet égard dans une sorte de moyenne.

Les citations sont également inégales en tant qu'elles sont sélectives. Comme l'ont parfaitement montré Ludovic Hennebel et William Shabas dans leurs rapports, les cours ne citent pas n'importe qui, ni tout le monde avec la même fréquence. Il faut ici reprendre la distinction proposée par Ludovic Hennebel entre citations horizontales et citations verticales. Les citations horizontales, entre juridictions de même niveau, sont assez courantes entre cours constitutionnelles, mais aussi entre la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ou encore entre les différents tribunaux pénaux internationaux (TPI), ainsi

---

<sup>8</sup> Voir l'intervention d'Andrea Lollini

<sup>9</sup> Voir l'analyse de Ludovic Hennebel

<sup>10</sup> *Ibidem*

<sup>11</sup> Voir Allard, Julie, « Le dialogue des juges à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour suprême des Etats-Unis. Constats et perspectives philosophiques » in *Juger les droits de l'homme. L'Europe et les Etats-Unis face à face*, Bruylant (coll. Droit et Justice), à paraître fin 2007.

qu'entre les juridictions régionales des marchés<sup>12</sup>. Quant aux citations verticales, entre juridictions de niveaux différents, elles sont logiquement plus aisées du bas vers le haut, comme, par exemple, les juridictions nationales se référant à la jurisprudence de Strasbourg ou de Luxembourg. Ces citations manifestent en quelque sorte la primauté du droit supranational ou international à travers sa jurisprudence. Mais on les retrouve également dans l'autre sens, du haut vers le bas, notamment lorsque la juridiction supranationale cherche à établir l'existence d'une règle commune par rapport à laquelle elle découvre, par exemple, un principe général du droit<sup>13</sup> ou mesure l'ampleur de la marge nationale d'appréciation<sup>14</sup>. Enfin, il existe des citations atypiques comme par exemple les citations croisées entre la Cour européenne des droits de l'homme et le TPI ou encore des croisements entre l'ordre du marché et celui des droits de l'homme, dans les citations jurisprudentielles des cours de Strasbourg et de Luxembourg.

Mais les choses seraient encore trop simples si on en restait là. Les spécialistes nous indiquent qu'il faut encore, outre ces citations explicites, faire la part des emprunts non avoués, que seule une lecture particulièrement soigneuse des arrêts, une lecture entre les lignes et presque soupçonneuse, peut nous permettre de déceler. Il n'est pas rare en effet de constater qu'une juridiction s'est inspirée d'une jurisprudence étrangère, voire qu'elle lui a emprunté soit une solution, soit même seulement une expression ou un motif, sans qu'il soit toujours clair s'il faut attribuer cette citation clandestine à un souci de discrétion ou à la volonté de laisser aux interprètes l'occasion de faire la preuve de l'étendue de leurs connaissances et de leur ingéniosité. Cet « art d'écrire », auquel certaines juridictions préfèrent ou sont contraintes de recourir pour signaler leurs sources d'inspiration étrangères aux initiés, tout en les dissimulant aux profanes, et qui appelle à son tour la maîtrise d'un « art de lire » particulier au niveau de la doctrine, nous donne une première idée du caractère non anodin, mais au contraire lourd de sens et potentiellement sulfureux ou risqué, de cette

---

<sup>12</sup> En particulier, la Cour de Luxembourg pour l'Union européenne, la Cour de Ouagadougou pour l'Union économique et monétaire de l'Afrique de l'Ouest et la Cour de Kyoto pour la communauté andine (voir à cet égard l'exposé de Mireille Delmas-Marty).

<sup>13</sup> L'examen de droit comparé constitue un moyen de dégager, en droit communautaire, devant la Cour de justice de Luxembourg un principe général de droit commun aux Etats membres.

<sup>14</sup> Ce mode d'examen est fréquent à Strasbourg qui, nous a signalé Isabelle Rorive, mentionne désormais explicitement, dans sa base de données, les arrêts « ayant fait l'objet d'un examen de droit comparé »

pratique des citations<sup>15</sup>. Mais, pour en saisir l'enjeu, il nous faut d'abord déterminer plus précisément la nature du phénomène.

## 2. La nature et la valeur argumentatives des citations

L'énumération de différents modes de dialogue entre les juges en général et de citations en particulier nous a permis de prendre conscience, d'une manière phénoménologique, de la réalité du phénomène, de son ampleur, mais aussi de sa diversité et de la multiplicité de ses formes. Il convient à présent, en nous concentrant sur le phénomène des citations, d'en déterminer la nature et la portée juridiques. De ce point de vue, notre tâche est grandement facilitée par l'accord des différents intervenants, dont les analyses convergent largement. Tous s'accordent en effet, et on se gardera de les contredire sur ce point, à conférer aux citations de décisions étrangères la nature et la valeur d'un *argument*. Relevons d'ailleurs incidemment que la nature argumentative des citations jurisprudentielles ne diffère pas fondamentalement selon qu'il s'agit d'une citation « interne » ou empruntée à un autre ordre juridique<sup>16</sup>.

Quant à la valeur juridique d'un tel argument, plusieurs intervenants se rallient à la notion d'« autorité persuasive » (*persuasive authority*)<sup>17</sup>. Mais que faut-il entendre exactement par cela ? On sait que le poids d'un argument se mesure à sa force de persuasion. Mais qu'en est-il de l'autorité ? Il ne saurait en tout cas être question de l'autorité de la chose jugée. Il faut en réalité comprendre ici le terme « autorité » dans un sens différent de sa

---

<sup>15</sup> La thèse de « l'art d'écrire », c'est-à-dire de l'utilisation d'un style ésotérique pour échapper à la censure et à la persécution, a été développée par le philosophe Leo Strauss, dans son essai fameux, *La persécution et l'art d'écrire* (trad. fr., Paris, Presses Pocket, 1989). Sur le concept symétrique « d'art de lire » et son usage dans le domaine juridique, voir mon étude « De l'art d'écrire à l'art de lire : les enjeux juridico-politiques de l'interprétation », in E. Cattin, B. Frydman et L. Jaffro, *Léo Strauss : philosophie, art d'écrire, politique*, Paris, Vrin, 2000, pp. 165-179.

<sup>16</sup> Ce point était déjà enseigné par la méthode scolastique médiévale. On le retrouve chez les auteurs contemporains de théorie du droit : non seulement Chaïm Perelman (*Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1979, 2<sup>ème</sup> éd., § 85, pp. 158-161) et les tenants de la néo-rhétorique judiciaire, mais aussi, par exemple, François Gény dans *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, L.G.D.J., 1919, 2<sup>ème</sup> éd. revue et augmentée, 2 vol.), spéc. II, §§ 145-150, pp. 29-56. Selon Gény, qui rejoint sur ce point inconsciemment les scolastiques, les précédents manifestent une « raison écrite », qui a une influence déterminante sur les décisions, mais elles ne jouissent pas, contrairement à la loi ou la coutume, d'une autorité indépendante. Cette position demeure la position officielle de tous les systèmes juridiques qui ne reposent pas sur la règle du précédent obligatoire, comme en atteste clairement l'irrecevabilité d'un pourvoi en cassation, fondé sur la violation de la seule jurisprudence. *Adde* : Sur la valeur argumentative de la référence au précédent, notre étude citée *infra* note 18.

signification purement politique, de « pouvoir ». En ce sens, l'autorité marque la considération particulière que l'on accorde à l'avis de quelqu'un, en raison de sa position, de l'expérience ou de la compétence qui lui est généralement reconnue. Les juristes utilisent cette expression lorsqu'ils invoquent l'autorité d'un précédent. Celle-ci peut être définie comme « la valeur probante particulière qui s'attache à une opinion de droit émise dans un acte authentique officiellement habilité à dire le droit »<sup>18</sup>. En d'autres termes, parler « d'autorité persuasive », c'est évoquer un argument convaincant, qui a d'autant plus de poids, qu'il est énoncé par la bonne personne, dans un acte officiel. Le juge reconnaît à la décision étrangère une autorité persuasive, lorsqu'il admet à la fois la valeur intrinsèque de l'argumentation soutenue par le juge étranger dans sa motivation et en même temps qu'il accorde assez de crédit à ce juge pour juger bon de se référer explicitement à sa jurisprudence. L'autorité persuasive est donc une sorte d'hybride entre l'argument d'autorité, dont nous savons le droit friand, et l'argument probatoire. Il vaut à la fois par son contenu et par la qualité de celui à qui on l'attribue. La prise de position adoptée par une autre juridiction est ainsi considérée comme un élément important du raisonnement juridique, un élément dont il convient de « tenir compte » (D. Spielmann) et que l'on ne peut pas « écarter à la légère » (W. Shabas).

Quant à la forme, la pratique de la citation étrangère se fera le plus souvent sous le couvert d'un examen de droit comparé, plus ou moins élaboré. Comme nous l'a montré Andrea Lollini, le rédacteur du jugement peut se contenter d'invoquer, à l'appui de sa

---

<sup>17</sup> Voir les références citées par L. Hennebel (note 130) , aux articles de Glenn et Slaughter.

<sup>18</sup> Qu'il nous soit permis de citer un extrait de notre étude sur « L'autorité des interprétations de la Cour d'arbitrage » (in *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, Revue de droit de l'U.L.B., n° 25, 2002, pp. 107-127, spéc. § 10), dont cette définition est extraite et dans laquelle nous abordions la même question du dialogue des juges et de l'autorité des précédents, en droit interne, mais dans des termes qui conviennent tout autant à notre sujet : « L'appel au dialogue fait ainsi signe vers une autre conception de l'autorité, plus souple mais plus enrichissante et, pour tout dire, davantage conforme à la tradition juridique et judiciaire. Suivant celle-ci, l'autorité peut être définie comme la valeur probante qui s'attache à une opinion de droit, émise dans un acte authentique officiellement habilité à dire le droit. C'est en ce sens que l'on peut parler de l'autorité d'un précédent. Cette autorité n'est jamais infaillible, ce dont atteste notamment la possibilité toujours ouverte d'un revirement. Elle ne s'attache pas de la même manière à toutes les décisions : certaines « font jurisprudence » en tant qu'on y fait régulièrement référence, tandis que d'autres semblent plus ou moins rapidement dans les oubliettes de l'histoire du droit. Notion à géométrie variable, l'autorité d'un précédent est fonction à la fois des mérites du raisonnement sur lequel se fonde l'opinion de droit et du statut de son auteur, en particulier de la place qu'il occupe dans l'organisation judiciaire. Cette conception là de l'autorité judiciaire relève non pas de la logique mais de l'argumentation. Elle signale la force de conviction particulière, la valeur persuasive renforcée qui s'attache à certaines opinions de droit. Elle fournit, à côté des textes de lois, un moyen de choix aux

décision, l'opinion conforme d'une ou plusieurs juridictions étrangères ou internationales afin de donner plus de poids à sa propre décision. Il peut aussi, et cela revient au même, citer à titre de repoussoir la décision d'une juridiction qu'il n'estime pas afin de justifier l'adoption d'une solution différente ou contraire<sup>19</sup>. De manière plus systématique, le juge peut également inventorier, dans sa motivation, un éventail de solutions adoptées par différentes juridictions étrangères. Cette technique est généralement utilisée pour justifier l'adoption d'une position moyenne, médiane, conforme à la conception aristotélicienne du « juste milieu ». Mais l'invocation du droit comparé peut encore obéir à d'autres motifs. Il peut offrir une ouverture quand la situation en droit interne apparaît bloquée ou un moyen pour les minoritaires de consolider leur position et de prendre date pour l'avenir. La référence aux décisions judiciaires peut ainsi accompagner ou annoncer des revirements de jurisprudence. L'argument comparatif prend enfin une valeur tout à fait particulière lorsqu'il prétend montrer la réalité ou l'émergence d'un consensus international, soit entre les différentes juridictions des Etats européens, soit entre différentes juridictions internationales de niveau régional, soit même d'un consensus mondial, qui paraît cependant bien difficile à démontrer de manière convaincante en pratique.

### **3. Le sens caché du dialogue : la perspective implicite d'une justice universelle**

Si, comme nous venons de le voir, les citations par les juges de décisions étrangères empruntent souvent la forme d'une étude de droit comparé, la manière dont cette étude est conduite suscite de sérieuses réserves et même de sévères critiques de la part du monde académique, en particulier des comparatistes de métier. Ainsi, on reproche au juge de pratiquer une sorte de « tourisme judiciaire » (*judicial tourism*), selon l'expression relevée par Lord Sedley, ou encore le « *sherry picking* ». En d'autres termes, on critique le caractère non systématique, hasardeux ou opportuniste de ces références étrangères, leur aspect partiel et donc partial. Isabelle Rorive dénonce même, dans certains cas, une véritable instrumentalisation du droit comparé, mis abusivement au service de conclusions contestables<sup>20</sup>. Certains expliquent la faible valeur scientifique de ces études comparatives par

---

plaideurs, qui y puisent des ressources pour convaincre les magistrats, et à ceux-ci une justification, qui confère une garantie relative à la motivation de leurs décisions ».

<sup>19</sup> C'est ce qu'on appelle dans le langage de la rhétorique, l'argument *ad hominem*.

<sup>20</sup> En particulier dans l'examen de l'affaire Leyla Sahin contre Turquie par grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme.

le fait que les juges n'ont pas nécessairement la formation, les moyens ni le temps suffisants pour les mener de manière satisfaisante et qu'ils sont en réalité souvent tributaires des informations que leur livrent les parties à la cause ou les *amici curiae*<sup>21</sup>.

S'il est vrai que les citations de décisions étrangères à l'appui de la motivation d'un jugement ne peuvent rivaliser avec des études systématiques de droit comparé ni respecter les règles de la méthode scientifique, il n'est pas du tout certain qu'elles poursuivent ce but ni remplissent cette fonction. Les citations étrangères ne poursuivent pas un objectif scientifique d'exposition, mais bien, comme nous l'avons vu, une stratégie argumentative. N'en est-il pas de même d'ailleurs lorsque une juridiction mobilise, à l'appui de sa décision, ses propres précédents ou des décisions relevant de son ordre juridique ? Ici aussi, l'utilisation des précédents diffèrera grandement d'un examen de jurisprudence doctrinal. C'est que, comme nous l'a appris Ronald Dworkin, le juge reconstruit, au départ du matériau disponible, une chaîne de précédents, qui lui permet de justifier sa propre décision comme s'inscrivant dans la ligne du droit en vigueur et ainsi de présenter ce droit sous la forme d'un ordre juste, reposant sur un ensemble cohérent de principes<sup>22</sup>. Le juge recourra souvent à cette technique, non seulement pour confirmer des points de droit acquis, mais également lorsqu'il souhaite donner une inflexion au droit en vigueur ou justifier l'adoption d'une solution nouvelle, voire même d'un revirement de jurisprudence. Or, nous fait remarquer Antoine Garapon, c'est également dans ces circonstances que le juge sera tenté de mobiliser les ressources du droit comparé. Ainsi, la pratique du dialogue des juges et spécialement les citations de décisions étrangères ajoutent à la dimension temporelle de la justification des précédents, symbolisée par la chaîne du droit de Dworkin, la dimension spatiale du tissu du droit comparé. Le juge ne fonde plus seulement la légitimité de sa décision dans le temps, c'est-à-dire dans l'histoire de son propre système, mais également dans l'espace, c'est-à-dire par rapport aux solutions adoptées dans d'autres systèmes juridiques. Alors que la jurisprudence traditionnelle fait la preuve par le même, la pratique des citations étrangères introduit en quelque sorte la preuve par l'autre. Le

---

<sup>21</sup> Notons cependant que toutes les juridictions ne se trouvent pas placées à cet égard sur un pied d'égalité et que certaines disposent ou se dotent des moyens de pratiquer la comparaison de manière méthodique. Citons, par exemple, la Cour de cassation de France qui a pris l'habitude, sous la présidence de Guy Canivet, de commander systématiquement des études comparatives à des spécialistes académiques afin d'éclairer la Cour sur des questions de principe, nouvelles ou d'importance.

<sup>22</sup> R. Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, P.U.F., 1994, p. 250 et s. et *Une question de principe*, Paris, P.U.F., 1996, p. 199 et s.. Pour une analyse synthétique de cette théorie, voyez B. Frydman, *Le sens des lois*.

juge ne fonde plus seulement sa décision sur des *précédents*, c'est-à-dire sur des *antécédents*, mais également, si l'on ose dire, sur des *excédents* ou plutôt des *extracédents*.

Que signifie et quelles sont les implications de cette nouvelle dimension ainsi ajoutée au raisonnement judiciaire ? D'abord, nos intervenants l'ont bien souligné, la citation d'une décision étrangère suppose non seulement la connaissance de la jurisprudence étrangère, mais aussi une forme de reconnaissance de la juridiction qui l'a rendue. Citer une Cour étrangère revient à lui adresser un salut, à lui donner un « coup de chapeau » ou du moins un signe d'intelligence. La citation étrangère permet d'ailleurs non seulement de reconnaître l'autre comme un semblable, mais aussi de se reconnaître en lui et aussi de se faire reconnaître de lui. On comprend ainsi pourquoi la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a fait de cette technique un usage systématique. Ne s'agissait-il pas d'un moyen, pour le régime issu de la liquidation de l'*apartheid*, de manifester son appartenance et de s'intégrer au cercle des États de droit ? De même, les nombreuses références de la Cour interaméricaine à sa consœur européenne traduisent probablement le souci de manifester haut et fort cette parenté et d'en retirer le bénéfice d'une légitimité supplémentaire, quand bien même il ne s'agirait que de faire confirmer par Strasbourg une solution élaborée à San José<sup>23</sup>. Dans l'autre sens, de la part d'une Cour plus ancienne et mieux assise, comme la Cour européenne des droits de l'homme par exemple, la citation d'une juridiction étrangère peut valoir comme une sorte de parrainage ou d'adoubement, manifester la reconnaissance d'une affinité élective et, à ce titre d'ailleurs, constituer un objet de controverse<sup>24</sup>.

Cependant, ces citations réciproques impliquent quelque chose de plus qu'un processus de reconnaissance mutuelle. Julie Allard y voit l'expression d'un « principe de comparabilité » des décisions de justice relevant d'ordres juridiques différents. Ce principe rendrait pertinente la comparaison de l'espèce à trancher avec une décision relevant d'un autre ordre judiciaire. Ce point est important car, pour le droit, contrairement à la sagesse populaire, comparaison est raison. Telle est même la règle fondamentale de la jurisprudence : *treat like cases alike*. Il faut traiter les cas semblables de la même manière. Mais qu'est-ce qui permet d'affirmer que deux cas sont semblables ? Les circonstances de fait sans doute, mais pas

---

*Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2005 (col. « Penser le droit »), § 314 et s., p. 645 et s.

<sup>23</sup> Comme dans le régime des disparitions forcées. Voir L. Hennebel, *op. cit.*, §§ 11 et 31-33.

<sup>24</sup> Par exemple, la référence à une décision de la Cour suprême israélienne.

seulement. Pour que deux cas soient considérés comme semblables, il faut non seulement qu'ils portent sur des faits similaires, mais encore que ceux-ci soient soumis à des régimes juridiques comparables. Or, dans le modèle pur et dur de la souveraineté nationale et du positivisme étatique, il n'y a guère de place pour l'analogie entre règles étrangères. Comme nous l'ont enseigné Kelsen et tant d'autres, chaque norme juridique relève d'un ordre juridique spécifique, dont elle dépend, à la fois pour son sens et pour sa portée obligatoire. « Plaisante justice qu'une rivière borne ! », se gaussait déjà Pascal : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà »<sup>25</sup>. La rivière ne borne pas seulement le champ de la vérité, mais aussi celui de la comparaison.

Pourtant, voilà qu'aujourd'hui la rivière n'arrête plus ni la justice ni les juges. Et tandis que certains la traversent allègrement, comme à l'occasion d'une balade touristique, d'autres y voient le franchissement du Rubicon, un acte irrémédiable et une déclaration de guerre contre les institutions de la République. C'est le cas aux Etats-Unis où certains juges de la Cour suprême, comme le juge Scalia, critiquent vertement ceux de leurs collègues qui recourent à des citations étrangères dans leurs opinions, tandis que certains membres du Congrès les menacent d'une procédure d'*impeachment*<sup>26</sup>. Pourquoi un tel scandale et une telle dramatisation ? De quelle portée symbolique sont donc chargées ces citations pour être perçues par certains comme menaçantes à ce point ? C'est que les citations étrangères n'indiquent pas seulement la possibilité de la comparaison. Elles présupposent en outre, comme l'écrit justement François Ost, « la visée de quelque chose de commun ». Reste à déterminer ce « quelque chose ». Nous touchons ici au cœur de l'énigme. Citer une décision étrangère, avons-nous dit, c'est affirmer la pertinence de la comparaison, non seulement des faits de la cause, mais aussi du régime juridique qui doit lui être appliqué. La citation implique donc la reconnaissance d'une parenté entre ceux qui se citent, mais également l'affirmation d'un horizon juridique commun. A travers les précédents, le juge cherche toujours la règle. Et comme nous l'enseigne Wittgenstein, dans une phrase lapidaire mais féconde : « l'emploi du mot 'règle' et l'emploi du mot 'même' sont étroitement liés »<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Pascal, *Pensées*, fragment 96 (éd. Sellier) ou 294 (éd. Brunschvicg).

<sup>26</sup> J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil (col. « La République des idées »), 2005, p. 13.

<sup>27</sup> « Comme le sont, ajoute-t-il, l'emploi de 'proposition' et l'emploi de 'vrai' » (L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, Paris, Gallimard, 1961, § 225).

Lorsque le juge, pour rechercher la règle, étend le champ des précédents au-delà des frontières de son ordre juridique, il présuppose logiquement, sans pour autant l'affirmer, la possibilité d'une règle universelle.

Voilà donc pourquoi les citations de décisions étrangères suscitent tant de passions. Elles déclenchent l'enthousiasme ou l'indignation car elles postulent, discrètement et peut-être inconsciemment, l'idéal d'un droit commun. Les juges et les parlementaires américains que nous avons évoqués ne s'y sont pas trompés. Ils réagissent aujourd'hui avec une telle virulence à l'encontre des citations étrangères dans leurs décisions judiciaires parce qu'ils les interprètent comme une forfaiture, une attaque portée de l'intérieur contre le modèle constitutionnel américain. Ils y voient, non sans quelque raison, l'affirmation implicite du caractère universel des droits de l'homme, au détriment de leur caractère constitutionnel et donc national<sup>28</sup>. L'ancien président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a d'ailleurs vendu la mèche, comme nous l'a rappelé Ludovic Hennebel, en affirmant vouloir rompre avec le positivisme juridique et remettre en cause le fondement volontariste du droit international au profit d'un droit « véritablement universel », du « nouveau *jus gentium* du 21<sup>ème</sup> siècle »<sup>29</sup>. Le plus souvent toutefois, la référence à l'universel n'est pas proclamée si haut. Elle demeure prudemment de l'ordre de l'implicite, ce qui la rend moins aisément décelable (nous venons d'en faire l'expérience), mais aussi plus difficilement critiquable<sup>30</sup>.

Citer des décisions étrangères revient donc à postuler la possibilité d'un droit ou d'une justice universels, un droit qui n'existe pas, sinon comme idéal, comme une idée de la raison, mais que les juristes, par un effet performatif dont ils ont coutume de jouer, contribuent à faire exister en s'y référant. Encore ne faut-il pas s'imaginer ce droit global idéal sous la forme d'un système de règles qui viendrait se substituer aux droits nationaux. Non, le droit global remplit plutôt aujourd'hui la fonction jadis dévolue au Droit naturel. C'est moins un ensemble de règles qu'un horizon idéal, mais qui joue un rôle effectif dans la mesure où il sert d'instance critique, d'étalon de mesure pour évaluer et, si nécessaire, remettre en cause les

---

<sup>28</sup> On lira à ce sujet la belle étude de Gregory Lewkowicz « Droits de l'homme, droits du citoyen : les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne », in *Juger les droits de l'homme. L'Europe et les Etats-Unis face à face*, Bruylant (coll. Droit et Justice), à paraître fin 2007.

<sup>29</sup> Voir rapport de Ludovic Hennebel, « Les références croisées entre les juridictions internationales des droits de l'homme », § 27.

solutions que l'histoire, la tradition et les préjugés ont pu imposer dans un ordre juridique particulier. Ainsi, dans le débat américain sur la conformité à la Constitution de la peine de mort ou de la sanction des pratiques homosexuelles, la référence à la position européenne et à la jurisprudence d'autres États de droit, constitue sans doute le meilleur argument dont les partisans du changement disposent pour contester ou faire évoluer leur jurisprudence. Comme l'ont bien dit Antoine Garapon et Julie Allard, la mondialisation en cours actualise la notion perelmanienne d'auditoire universel, en permettant et même, dans une certaine mesure, en contraignant les traditions juridiques et judiciaires nationales à se mesurer entre-elles et à relativiser ainsi la force de leurs décisions et le poids de leurs arguments<sup>31</sup>.

#### **4. La mise en concurrence des juges : vers une nouvelle querelle des universaux ?**

Que le dialogue des juges réfère logiquement à l'idéal d'une justice universelle ne doit pas nous conduire à privilégier une conception naïve ou lénifiante de la mondialisation judiciaire, qui méconnaîtrait ou ferait l'impasse sur les luttes et les enjeux de pouvoirs que ce dialogue sous-tend. Plusieurs intervenants ont mis en évidence les problèmes politiques et de légitimité qui doivent être envisagés. Ils se ramènent à trois questions principales, que l'on esquissera rapidement pour terminer : 1° l'émancipation du juge par rapport à l'Etat , 2° l'émergence d'un pouvoir judiciaire cosmopolitique et 3° l'intensification par la mondialisation de la concurrence et des luttes d'influence entre ordres et cultures juridiques.

1° D'abord, le dialogue des juges contribue, avec les autres mécanismes d'internationalisation du droit, à l'émancipation des juges internes par rapport à leur ordre juridique national<sup>32</sup>. L'affirmation de l'effet direct et de la primauté des normes de droit international, notamment dans le domaine des droits de l'homme, a fortement aidé le juge national, qui a la charge de veiller sur cette hiérarchie des normes, à se dégager de la soumission à la loi et au gouvernement, à laquelle l'avait astreint l'idéologie politique et

---

<sup>30</sup> Sur le statut des présuppositions et la difficulté de les contester, voir notamment U. Eco, « Sur la présupposition » in *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1990, pp. 306-342.

<sup>31</sup> *Les juges dans la mondialisation*, op. cit., p. 63.

<sup>32</sup> Voyez le rapport de M. Delmas-Marty déjà cité sur ce point.

juridique postrévolutionnaire, positiviste et étatiste<sup>33</sup>. C'est certainement le cas en Belgique, où chacun se souvient que l'affirmation jurisprudentielle du contrôle effectif, par voie d'exception, de la conformité des lois au droit international (arrêt *Le Ski*) a précédé et probablement accéléré le mouvement vers le contrôle de constitutionnalité des lois et l'établissement de la Cour d'arbitrage. Les juges nationaux, qui sont pourtant des organes de l'Etat, nommés et payés par lui, deviennent de plus en plus les agents d'un droit international, qu'ils appliquent, le cas échéant, malgré ou même contre l'Etat dont ils sont les organes, non sans susciter parfois quelques tensions.

2° Cette émancipation relative fournit à certains l'occasion de brandir une nouvelle fois l'épouvantail du « gouvernement des juges ». Dans le contexte actuel, marqué par le déficit institutionnel (pour ne rien dire du déficit démocratique) de l'organisation politique du monde, on peut en effet se demander, avec Antoine Garapon, si, des trois pouvoirs traditionnels, le pouvoir judiciaire n'est pas le plus adapté et peut-être le plus engagé dans le processus de mondialisation. Et l'on vise ici non seulement l'émergence encore embryonnaire de juridictions internationales et supranationales, mais aussi le rôle des juges nationaux dans le respect et la mise en œuvre des normes internationales<sup>34</sup>. De là à imaginer un gouvernement mondial dirigé par un aréopage judiciaire, il y a un monde ! Peut-on voir dans ces juges, selon l'image anglaise rappelée par Lord Sedley, des « lions en-dessous du trône », pour l'heure vacant, de l'Etat mondial en construction ou plutôt considérer, avec Habermas, qu'ils ne sont que « les tigres de papier de la mondialisation ». Peut-être ni l'un ni l'autre. Si les juges deviennent progressivement les agents d'un droit transnational, il ne faut pas pour autant en conclure qu'ils en sont les maîtres. Et d'abord pour cette raison que les juges ne se saisissent pas eux-mêmes. Service public chargé de dire le droit et de trancher les différends, les juridictions sont à la disposition de ceux qui les actionnent. Elles sont en quelque sorte, si on veut bien me passer l'expression, les « guichets » de la justice mondiale. Encore le degré d'ouverture, d'accessibilité et d'efficacité de ces guichets, face aux demandes à caractère international, varie-t-il sensiblement d'un ordre judiciaire à un autre, mais aussi, au sein du

---

<sup>33</sup> Paul Martens s'exprime notamment en ce sens.

<sup>34</sup> A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY M., (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002.

même ordre judiciaire, d'une juridiction à une autre, parfois d'un juge à l'autre, suivant sa personnalité<sup>35</sup>.

3° D'ailleurs, dans ce grand *forum shopping* qui s'installe à la faveur de la mondialisation, toutes les juridictions ne sont pas non plus sollicitées avec la même fréquence ni avec la même intensité. Elles ne sont pas égales, notamment quant à leur pouvoir d'attirer à elles les causes et les plaideurs. La réputation de la juridiction, son crédit ou son prestige, la compétence et l'autorité reconnue à ses juges et à ses arrêts, les habitudes des plaideurs et les règles de compétence, la langue de travail et de publication des décisions, mais aussi, et peut-être surtout, la puissance de l'État dont la juridiction dépend, constituent des facteurs importants qui conditionnent en pratique le rayonnement d'un tribunal, de sa jurisprudence et, au-delà, de la culture juridique et des intérêts politiques et économiques qu'il charrie ou qui y sont liés. Derrière l'image sympathique du dialogue des juges, qui évoque la discussion ouverte d'une communauté de savants à la recherche du juste, se profile en filigrane un débat plus intéressé et peut-être moins intéressant, où c'est à qui parlera le plus fort pour faire entendre aux autres sa façon de dire le droit. Ici encore, si les juges sont impliqués dans cette opération, ils n'en tirent pas pour autant toutes les ficelles. Les États, mais aussi les acteurs privés, les entreprises comme les organisations non gouvernementales, se servent des juridictions et de leur ouverture internationale, pour tenter d'étendre leur pouvoir ou leur influence ou pour protéger et faire prévaloir leurs intérêts ou leur propre conception de la justice. Car si le dialogue des juges présuppose logiquement, comme nous avons tenté de le montrer, l'idée régulatrice d'une justice universelle, il y a autant d'univers en puissance et en concurrence, dans ce dialogue, que dans la théorie des mondes possibles. Chacun non seulement voit midi à sa porte, mais se verrait bien imposer aux autres de se régler sur son cadran. Cette nouvelle querelle des universaux, où chacun tente d'imposer sa vision du droit oppose non seulement les cultures juridiques, les traditions de *common law* et de droit écrit notamment, mais aussi les juridictions des marchés et celles des droits de l'homme, et même, au sein du camp occidental, des interprétations concurrentes et pas toujours convergentes des

---

<sup>35</sup> Voyez par exemple, aux États-Unis, les juridictions californiennes et de New-York traditionnellement plus ouvertes aux actions internationales, ou en France, la différence d'attitude entre la Cour de cassation par exemple et le Conseil d'État. On pourrait également envisager de ce point de vue, la divergence d'appréciation, en Belgique, entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage sur la recevabilité de la constitution de partie civile contre la société Total (sur ce point : B. Frydman, « L'affaire Total et ses enjeux », in *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ? (Liber amicorum Paul Martens)*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 301-321).

droits de l'homme, notamment de part et d'autre de l'Atlantique. Et cette querelle, on le sent, n'est pas que de préséance. La lutte pour la formulation du droit est un enjeu déterminant de la lutte d'influence que se livrent les puissants pour la domination politique et économique du monde.