

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**L'USAGE DU DROIT COMPARÉ DANS LE RAISONNEMENT DU JUGE :
ANALYSE EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX AU CANADA ET EN
AFRIQUE DU SUD**

Par
Eva Murith

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit international option recherche

JANVIER 2019

© Eva Murith, 2018

Résumé : L'établissement de textes de droits fondamentaux dans de nombreux pays du monde offre un terrain élargi d'observation pour le juge constitutionnel national interprétant ces droits. Pour donner vie à ces textes, il arrive que les juges nationaux s'intéressent à leur mise en application dans d'autres États.

Cette étude portera dans un premier temps sur la façon dont ces juges recourent à la technique comparative. Ainsi, l'utilisation de cette méthode dans le raisonnement du juge est souvent utile afin de s'inspirer du travail que d'autres ont effectué avant lui.

Deux États qui se distinguent par le recours à la technique comparative dans l'interprétation de leurs textes fondamentaux sont le Canada et l'Afrique du Sud. Les juges des hautes juridictions de ces pays recourent de façon régulière au droit comparé, offrant ainsi un terreau fertile d'analyse de l'utilité, mais aussi, des limites de cette technique.

L'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge est donc souvent justifiée, mais est-elle toujours légitime ? Au cours de cette étude, nous nous intéresserons plus en profondeur aux différents aspects concernant l'utilisation de la technique comparative par le juge. Ainsi, nous observerons quelle est l'utilité du recours à cette méthode, mais aussi les dangers que peut susciter l'utilisation du droit étranger dans l'interprétation des textes fondamentaux nationaux.

Mots-clefs : Droits étrangers – Droit comparé – Droits fondamentaux – Interprétation – Constitution – Canada – Afrique du Sud – Juges – Cours constitutionnelles.

Abstract : Establishing fundamental rights texts over a broad diversity of countries offers the national constitutional judge a full field of study to interpret these rights. To give life to the text itself, it is common that national judges focus a lot on the methods applied in other states. This study will primarily be centered around how these judges use the comparative technique. Therefore, the use of this method in the judge's reasoning can often be seen as useful in order to be inspired by the work of others that came before him.

Two states that stand out by the way they use the comparative method in their fundamental rights interpretation are Canada and South Africa. These two countries higher courts judges are using this method in a recurrent way, and thus providing a fertile ground for the analysis of the pros and cons, utilities and limits of this technique as a whole.

The use of comparative law in the judge's reasoning is thus often useful, but is it always legitimate? Over the course of this study, we will dig deeper to take a closer look at the way judges are using the comparative method. Thus, we will note the utility as well as the dangers of resorting to foreign law in the practice of interpreting national fundamental texts.

Key-words : Foreign law – Comparative Law – Fundamentals rights – Interpretation – Constitution – Canada – South Africa – Judges – Constitutional Courts.

TABLE DES MATIÈRES

Résumés et mots clés (français et anglais)	ii
Remerciements	vi
INTRODUCTION	1
A. Contexte d'émergence de la question	1
B. Question de définition ou définition de la question : qu'est-ce que le droit comparé ?	4
C. Justification de l'utilisation de la méthode comparative	14
D. Recherche de solution en réponse à un problème	22
Chapitre 1 : L'utilisation du droit comparé dans le raisonnement juridique : observation d'une pratique effective au Canada et en Afrique du Sud	26
<i>A. Apprendre des autres pour se comprendre soi-même</i>	<i>27</i>
1. L'information par l'observation : le juge exposé aux droits étrangers	27
2. Observer pour rejeter : « l'éviction à rebours », une méthode de spécialisation étatique	38
<i>B. Un soupçon de comparaison dans une optique de persuasion</i>	<i>47</i>
1. Le droit comparé au renfort de l'argumentation du juge	48
2. Droit comparé : argument de légitimation ou dialogue entre juges ?	59
Chapitre 2 : Légitimité et dangers dans l'utilisation du droit comparé	71
<i>A. Une comparaison de prime abord justifiée...</i>	<i>71</i>
1. Vision traditionnelle du droit et traditions dans le droit	71
2. À la recherche de la légalité d'une pratique en matière constitutionnelle	83
<i>B. ... dans un monde de subjectivité</i>	<i>94</i>
1. Deux courants de pensée antagonistes	95
2. Pour une comparaison éthique et rigoureuse	111

CONCLUSION	120
BIBLIOGRAPHIE	122
Monographies et ouvrages collectifs	122
Mémoire	125
Articles de revue et d'ouvrages collectifs	125
Articles de blog	132
Rapports d'allocutions et de colloques	132
Table des législations	134
Table des jugements sud-africains	135
Table des jugements canadiens	137
Table des jugements états-uniens	139

Note:

Ayant fait le choix de recourir à l'écriture inclusive sans que celle-ci ne soit trop lourde pour le lecteur, nous alternerons le féminin et le masculin en parlant de la profession de juge, et ce, de façon aléatoire (excepté lorsque nous parlons d'un ou d'une juge en particulier).

Remerciements

Au travers de cette période de recherche et de rédaction, j'ai eu l'immense plaisir de recevoir un apprentissage soutenu sur le plan scientifique, technique et humain. Je ne remercierai jamais assez mon directeur et Professeur Harith Al-Dabbagh pour m'avoir guidée tout au long de ce voyage et m'avoir transmis son irréductible goût pour la recherche au travers de nombreux échanges reflétant toujours sa grande ouverture d'esprit. Je le remercie également pour son soutien ainsi que son écoute, tous deux infaillibles.

Je remercie également profondément mes cher.e.s colocataires pour m'avoir supporté tant par des mots amicaux et encouragements, que par leur grande compréhension dans les moments d'isolement.

Je lance également un grand merci à chacun de mes ami.e.s, ceux présents sur ce continent, mais aussi ceux aimants depuis d'autres pays, pour m'avoir soutenue, écoutée, interrogée et m'avoir toujours fait rire et sourire lorsque l'inspiration se perdait. Un merci tout particulier à Lise Brun et à mon grand-père pour leur relecture scrupuleuse.

Enfin, je dédie ce mémoire à l'ensemble de ma famille, à leur amour inconditionnel, à leur générosité sans borne ni limite, mais surtout, aux discussions familiales souvent tumultueuses, mais toujours riches, qui m'ont donné le goût de la lecture, de la découverte et de la recherche.

INTRODUCTION

Connaître des systèmes étrangers, c'est avoir des points de repère pour mieux comprendre le sien.

- Elizabeth Zoller, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? »¹

A. CONTEXTE D'ÉMERGENCE DE LA QUESTION.

La fin de la Seconde Guerre mondiale et la chute du mur de Berlin sont souvent considérées comme points de départ d'un nouveau monde gouverné par des flux perpétuels². Afin de régir leurs échanges, les acteurs économiques ont très rapidement su s'armer d'une base de droit global qui ne soit « ni national, ni international et comblerait les interstices laissés libres par les droits nationaux et le droit international dans la régulation des phénomènes transnationaux »³. Si ce phénomène s'est rapidement produit en matière commerciale, il ne constitue toutefois pas le seul domaine à avoir été touché par la vague déferlante de la globalisation.

En effet, parallèlement à cela, la période des années 1980 – 2000 a été marquée par l'avènement de textes de droits fondamentaux dans différents États. Ces documents ne peuvent être considérés de manière isolée. On remarquera d'ailleurs au cours de cette étude que ceux-ci s'inspirent souvent les uns des autres. Une des publications de la *Harvard Law Review* de mai 2001 atteste du phénomène :

« La plupart des constitutions qui ont été écrites et des cours constitutionnelles qui ont été créées, l'ont été dans un contexte de dialogue international. La Constitution indienne (1949), la Constitution jamaïcaine (1962), la Charte canadienne des Droits et libertés (1982), et la Constitution sud-africaine (1996) ont été formées en observant les expériences internationales et étrangères » [notre traduction] ⁴.

¹ Elisabeth ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Rev. Fr. Théorie Philos. Cult. Jurid.* 2000.32.121-134, 121.

² Karim BENYEKHEF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e édition, Montréal, Les éditions thémis, 2015, p. XXIII.

³ Définition du « droit global » proposée par Karim BENYEKHEF dans le séminaire « Mutations contemporaines du droit » de l'Université de Montréal, Hiver 2017.

⁴ Bradley E. ABRUZZI, Emily R. GOLD et Christopher ANDERSON, « Developments in the Law - International Criminal Law », (2001) 114-7 *Harv. Law Rev. Assoc.* 1943-2073, 2064.

Fabrice Hourquebie s'interroge sur la portée réelle de ces documents et souligne que si « les droits de l'Homme sont « inhérents » au nouvel État de droit, ce caractère intrinsèque doit nécessairement conduire le juge à progressivement remplir ces « coquilles vides », de façon à définir ces droits et libertés »⁵.

À l'image des marchands qui ont développé dès le Moyen-Âge la *lex mercatoria* et qui continuent d'accroître leurs mécanismes et outils juridiques en marge de l'État⁶, les juges nationaux seront-ils des acteurs de la globalisation des droits fondamentaux ? Dans une ère qui se veut davantage transnationale, où les frontières s'effacent et s'effritent dans des domaines divers et variés ; dans cette ère marquée par l'avènement d'un droit global, la floraison des droits fondamentaux a-t-elle modifié le rôle du juge ? Celui-ci doit-il interpréter les droits fondamentaux de son État à la lumière des interprétations extérieures, ou au contraire, doit-il se limiter à l'observation stricte de son droit national ?

Avant toute chose, il était donc nécessaire de s'interroger sur le rôle du juge dans son système local. En observant les différents systèmes juridiques ainsi que les traditions existantes, nous avons remarqué que son rôle varie et se distingue en fonction de l'État dans lequel nous nous plaçons. Chaque système étatique connaît ses particularités, elles-mêmes fonction de son histoire, de sa culture et du texte suprême régissant le droit qui y est appliqué. De plus, si les perceptions peuvent varier d'un État à l'autre, cette vérité s'applique également au sein même d'un État. Il est en fait possible de constater des différences de perception d'un juge à l'autre. Comme le souligne Gilles Trudeau, « la personne même du juge, ses valeurs, ses croyances et ses perceptions jouent un rôle majeur dans sa façon de décider »⁷. L'interprétation même du rôle du juge n'échappe pas à cette règle. La simple image de Montesquieu qui voulait que la

⁵ Fabrice HOURQUEBIE, « La réception des décisions étrangères, Internationalisation du droit, internationalisation de la justice », Cour suprême du Canada, Ottawa, Organisation Mondiale de la Francophonie, 3ième Congrès de l'AHJUCAF, 21 juin 2010, p. 95-103, p. 97.

⁶ Karim BENYEKHLEF, « Le droit global : vers un équilibre des intérêts économiques et des droits économiques et sociaux et pour le maintien de la délibération collective », <www.karimbenyekhlef.ca>, 6 janvier 2017), en ligne : <<https://www.karimbenyekhlef.ca/blogue/2017/01/06/le-droit-global-vers-un-equilibre-des-interets-economiques-et-des-droits-economiques-et-sociaux-et-pour-le-maintien-de-la-deliberation-collective/>>, (consulté le 19 décembre 2018).

⁷ Gilles TRUDEAU, « La dimension internationale des litiges sociaux à la Cour suprême du Canada. », *Droit Soc.* 2016.3.237-245, 245 ; voir également à ce sujet : Michel TROPER, *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Paris, Economica, 2008 : au travers d'un cas de contrôle de constitutionnalité fictif présenté à un ensemble de juges constitutionnels de différents pays d'Europe, démontre que la personnalité du juge a une importance dans sa perception du problème analysé.

juge soit « bouche de la loi » aura été interprétée de façon différente, voire diamétralement opposée, dans les systèmes continentaux et de *Common law*⁸.

Toutefois, une des missions du juge semble faire consensus dans chaque système de droit, indépendamment de la région ou de la fonction qu'il occupe : il interprète et rend des solutions fondées sur un système local, délimité par un ensemble de frontières juridiques, ancrées dans le système de droits de référence auquel il appartient.

Les États s'étant dotés d'une Charte de droits fondamentaux ont déjà vu le rôle de certains de leurs juges nationaux modifié : ceux-ci se trouvent désormais garants de la protection et de l'interprétation de ces droits⁹. Le poids de la globalisation entraînera-t-il une autre modification dans le rapport qu'entretient la juge avec le droit, en ce sens qu'elle confronterait davantage son système à celui des autres États ? Si cette question nécessite une prise de recul que nous n'avons pas encore aujourd'hui, nous pouvons déjà observer quelles sont les sources de droit extraétatiques que la juge intègre dans ses décisions lorsqu'elle interprète les droits fondamentaux de son État.

En effet, si la juge s'est vue dotée du pouvoir de gardienne de la Constitution¹⁰, cette tâche devient ardue lorsque le droit national semble muet sur une question donnée. La situation est encore plus délicate lorsque la réponse à ce problème peut avoir un lourd impact politique¹¹. L'« universalité » des droits fondamentaux rend alors utile la comparaison. Néanmoins, est-elle légitime ? Comme le rappelle Heinz Klug :

« While these constitutional values with their diverse historical origins have become increasingly 'universalized', their application in increasingly varied historical, cultural, and

⁸ Pierre J. DALPHOND, « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir ? », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003 à la page 92 : « Phénomène intéressant, au Canada comme en France, la conception de Montesquieu exprimée dans *De l'esprit des lois*, quant à la présence dans l'État de trois pouvoirs distincts et indépendants, dont le pouvoir judiciaire « bouche de la loi », est utilisée comme point de référence. [...] Ceci dit, cette conception de l'organisation de l'État est interprétée ici à la faveur du pouvoir judiciaire, contrairement à ce qui s'est fait à l'époque révolutionnaire française ».

⁹ *La Cour suprême du Canada et ses juges, 1875-2000 : un livre commémoratif*, Toronto, Ontario, Dundurn Group and the Supreme Court of Canada, 2000, p. 28.

¹⁰ *Id.*

¹¹ On pensera notamment ici à l'arrêt sur la peine de mort en Afrique du Sud (*S v. Makwanyane and Another* (CCT3/94) [1995] ZACC 3) ou sur l'assistance à mourir au Canada (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331).

political contexts has produced a diversity of approaches and understandings, which provide a diverse ‘global text’ for political actors, constitution-makers, constitutional interpreters and litigants »¹².

En sus de nos questionnements sur l’utilité de la comparaison dans le raisonnement du juge constitutionnel, nous en sommes donc venus à nous interroger sur la légitimité de celle-ci, ainsi que sur les risques et dangers afférents à une telle utilisation de la technique comparative. En effet, si le juge en usant du droit d’autres États peut prendre un rôle conducteur dans la circulation des droits fondamentaux, est-il capable de préserver les particularités de son État ? Tout en montrant l’intérêt qu’il porte aux solutions établies par d’autres, peut-il souligner les spécificités locales de son droit ?

B. QUESTION DE DÉFINITION ET DÉFINITION DE LA QUESTION : QU’EST-CE QUE LE DROIT COMPARÉ ?

- *Du droit...*

François Terré évoque une différence entre le « Droit » associé à l’idée de l’ordonnement juridique d’un État, à « l’ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée régissent les rapports entre les hommes »¹³ et les « droits » en tant que « prérogatives que le “Droit” reconnaît à un individu ou à un autre groupe d’individus »¹⁴. Cette distinction est également mise en avant par Muriel Fabre-Magnan qui dissocie le Droit objectif, reflet du « système juridique dans son ensemble », des droits subjectifs en tant que « prérogative individuelle accordée aux personnes par le Droit »¹⁵. Nous pourrions nous interroger davantage sur les formes de normativité et leur évolution, toutefois nous n’avons malheureusement pas l’occasion de traiter d’un sujet aussi vaste dans ce court travail. Nous renvoyons le lecteur à l’ouvrage de Karim Benyekhlef exposant les évolutions des formes de normativité et ainsi, du droit en tant que science objective¹⁶.

¹² Heinz KLUG, *Constituting Democracy : Law, Globalism and South Africa’s Political Reconstruction*, Cambridge University Press, 2000, p. 25.

¹³ François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2003, p. 3.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, PUF, 2014, p.5

¹⁶ K. BENYEKHLEF, préc., note 2.

La présente étude considère le droit comme « un ensemble de règles juridiques en vigueur au sein d'un État à un moment M »¹⁷. On précise ici que l'analyse ne porte pas nécessairement sur le droit inscrit dans des lois, mais compris dans un ensemble plus large de normes émanant tant du législateur que du juge.

- .. à la comparaison

Trouvant son origine en 1174 dans l'ouvrage de Saint-Thomas d'Aquin, *De Potentia*, le mot comparaison dérive de son origine latine « *comparisun* » qui signifie « action de comparer pour faire ressortir les ressemblances et les différences »¹⁸. Le *Larousse* nous donne la définition de comparaison comme suit : « Action de comparer, de rapprocher des personnes ou des choses pour examiner leurs ressemblances ou leurs différences »¹⁹. La comparaison est une figure de style, mais elle est aussi une action à laquelle nous nous adonnons tous de différentes façons. Il existe des formes de comparaisons explicites chez l'humain telles que la comparaison du prix d'un bien à celui d'un autre. Mais il existe aussi des comparaisons implicites : lorsque l'humain mange quelque chose qu'il détermine comme « bon » ou « mauvais », c'est en effet toujours par rapport à un système de valeurs (et ici de goût) préconçu en fonction d'habitudes. L'exemple pourrait être étendu à de nombreux domaines de notre quotidien. La comparaison fait partie de notre vie et nous la pratiquons de manière permanente sans même nous en rendre compte.

Comparer implique donc un système de valeurs préexistant (le comparant), que l'on va mettre en confrontation avec un autre système (le comparé), afin de percevoir les ressemblances et différences qui en émanent. Ce mécanisme permet alors d'observer les spécificités des deux objets comparés.

Peut-on prétendre que le droit comparé est la mise en confrontation d'ensembles de règles juridiques dans le but d'apercevoir les ressemblances et divergences ? Le droit comparé est-il finalement une discipline autonome, une science ou une simple technique ?

¹⁷ Thierry RAMBAUD, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017, p. 9.

¹⁸ Etymologie selon le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, en ligne : <<http://www.cnrtl.fr/etymologie/comparaison>>, (consulté le 19 décembre 2018).

¹⁹ Définition selon le dictionnaire Larousse, en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/comparaison/17602>>, (consulté le 19 décembre 2018).

- *Discipline du droit comparé ou technique pour comparer les droits ?*

Si certains abordent le droit comparé comme une matière particulière du droit, une science à part entière, d'autres y perçoivent une technique permettant d'offrir une grille d'analyse différente de celle présentée traditionnellement²⁰.

Pour Christina Deliyanni-Dimitrakou le droit comparé est une « branche scientifique » du droit²¹, au même titre que la philosophie du droit. *Universalis* propose une définition abordant le droit comparé comme « la science de la comparaison des droits »²².

D'autres auteurs, au contraire, assimileront le droit comparé à l'étude d'un système transnational. C'est notamment le cas de Vicki C. Jackson qui explique en introduction de son ouvrage que « les sources de droits internationaux et étrangers seront vues en tant que potentielles sources de droit « transnationales », d'influences positive ou négative, sur l'interprétation des Constitutions » [notre traduction]²³.

Enfin, certains pourront y trouver les clefs et les outils d'une méthode qui est la comparaison juridique. Thierry Rambaud, y voit une « discipline autonome », « à part entière »²⁴. Ainsi, pour celui-ci le droit comparé n'est ni l'étude d'un système transnational ni une méthode ; « [l]e droit comparé n'existe pas en tant qu'ensemble organisé de normes juridiquement contraignantes »²⁵, mais plutôt, il « constitue une discipline scientifique qui consiste dans l'étude de la comparaison des droits »²⁶.

²⁰ Michel FROMONT, « Réflexion sur l'objet et les méthodes du droit comparé », dans *Liber amicorum : Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 377-387 à la page 377; Alan WATSON, *Legal transplants : An approach to Comparative Law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1974, p. 1-9; Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1-2; voir également : Reinhard ZIMMERMANN, « L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne », (2013) 1-2 *Rev. Int. Droit Econ.* 95-127.

²¹ Christina DELIYANNI-DIMITRAKOU, *Le droit comparé à l'épreuve du pluralisme juridique et de la mondialisation*, coll. Etudes de l'Institut de Recherche en Droit Européen International et Comparé, IX, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 33.

²² Définition du « droit comparé » selon *Universalis*, en ligne : <<https://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-droit-compare/>>, (consulté le 19 décembre 2018).

²³ Vicki C JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, New York, United States of America, Oxford University Press, 2010, p. 10.

²⁴ T. RAMBAUD, préc., note 17, p. 15.

²⁵ *Id.*, p. 9.

²⁶ *Id.*

À l’opposé, l’étude de Thomas Kadner Graziano « Est-il légitime et utile pour le juge de comparer ? », souligne l’utilisation du droit comparé par les juges comme le recours à la « méthode comparative »²⁷. Science comparative ou méthode de comparaison, Véronique Champeil-Desplats réconcilie ces idées en soulignant qu’il n’y a « pas de science sans méthode [et que] la science ne serait même que méthode »²⁸.

Cette question épistémologique, aussi complexe et fascinante soit-elle, ne pourra pas faire ici l’œuvre du développement qui devrait lui être consacré afin d’y répondre. Il semblerait qu’autant de caractéristiques que de points de vue puissent être soutenus. Ceux-ci seront avancés en fonction de l’angle d’approche qui sera sollicité au sein de l’étude comparative, ainsi qu’en fonction du but poursuivi au cours de celle-ci.

Par exemple, les Statuts de la Société de législation comparée qui a « pour but l’étude et la comparaison des lois et du droit des différents pays ainsi que la recherche des moyens pratiques d’améliorer les diverses branches de la législation »²⁹ soulignent une utilisation du droit comparé en tant que méthode comparative.

En suivant cette logique on pourrait dire, à l’instar d’Otto Kahn-Freund et de Mark Freedland que le droit comparé est « le nom commun pour une variété de méthodes d’observation du droit, et particulièrement pour observer son propre droit » [notre traduction]³⁰. Ainsi, dans le cadre de cette étude, le droit comparé sera considéré comme « une variété de méthodes unifiées par le choix de faire la comparaison de différents systèmes légaux, mais qui se diversifient par les techniques de comparaison employées, ainsi que par le but de la comparaison faite » [notre traduction]³¹.

²⁷ Thomas KADNER GRAZIANO, « Est-il légitime et utile pour le juge de comparer ? », dans *Obligations, procès et droit savant. Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, Poitiers, P.U.J., 2013, p. 77-102, à la page.78.

²⁸ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du Droit et des Sciences du Droit*, Paris, Dalloz, p. 7.

²⁹ *Statuts de la Société de législation comparée*, art. 1, en ligne : <<https://www.legiscompare.fr/web/Les-statuts-Le-reglement-interieur?lang=fr>>, (consulté le 19 décembre 2018).

³⁰ Guy CANIVET, Mads ANDENAS et Duncan FAIRGRIEVE, *Comparative Law Before the Courts*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2004, p.xvi.

³¹ *Id.*

- *Les frontières juridiques de la technique comparative : quels droits prendre en compte ?*

Le droit comparé se limite-t-il à l'étude des droits étrangers ou peut-il porter sur l'étude du droit international ?

Dans le livre de Thierry Di Manno sur « le recours au droit comparé par le juge »³² on observe que certains auteurs choisissent d'inclure le droit international à leurs travaux de comparaison quand d'autres l'excluent sans nécessairement en expliquer la raison. Par exemple, nous avons relevé que certains auteurs n'abordaient pas l'alinéa 2 de l'article 10 de la Constitution espagnole³³ de la même façon. Ainsi, on pourra lire :

« [...] C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles certaines Constitutions, comme l'Espagne (article 10.2 de la Constitution de 1978 (11)) ; le Portugal (article 16.2 de la Constitution de 1976) ou l'Afrique du Sud (article 39§1 de la Constitution de 1996), invitent expressément leur juge constitutionnel à faire œuvre de comparatisme » [on souligne]³⁴.

Ainsi, pour Fanny Jacquelot, l'article 10.2 de la Constitution espagnole portant sur l'utilisation du droit international, invite la juge à utiliser la technique comparative alors que quelques pages plus loin, Céline Maillafet souligne une position inverse et distingue le droit comparé du droit international :

« En Espagne, l'alinéa 2 de l'article 10 de la Constitution du 27 décembre 1978 donne une grille d'analyse des droits fondamentaux. [...] Le recours aux instruments internationaux est donc obligatoire pour le juge espagnol alors que le recours au droit comparé n'est pas envisagé. Il reste donc une faculté » [on souligne]³⁵.

³² Thierry DI MANNO, *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. A la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014.

³³ Selon la traduction faite par la « Digithèque des matériaux juridiques et politiques », l'article 10, al. 2 de la Constitution espagnole dispose que : « On interprète les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés reconnues par la Constitution conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux en la matière ratifiés par l'Espagne », en ligne : <<http://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm#I>>, (consulté le 19 décembre 2018).

³⁴ Fanny JACQUELOT, « L'ambivalence du recours au droit comparé par le juge constitutionnel », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. A la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 153-162 à la page 157.

³⁵ Céline MAILLAFET, « Le recours au droit comparé par le juge lors de la saisine du juge constitutionnel : argument téléologique ou technique décorative ? », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé*

José Woehrling qui étudie le rôle du droit comparé dans l'interprétation des droits de la personne au Canada, intègre le droit international à l'étude comparative. Il considère qu'il y a néanmoins deux façons de procéder : « il y a lieu de distinguer, relativement au choix des sources comparatives, entre, d'une part, les droits nationaux étrangers et, d'autre part, le droit international »³⁶.

Vicki C. Jackson, qui s'intéresse à l'influence du droit étranger et du droit international sur l'interprétation des Constitutions locales (principalement aux États-Unis), considère que « le droit international et le droit étranger prennent chacun différentes formes et peuvent fonctionner différemment en tant que ressources dans le processus délibératif d'interprétation de la Constitution locale » [notre traduction]³⁷. Elle distingue par ailleurs les deux formes de droit en expliquant que le droit international, plus contraignant, aura une plus grande force de persuasion dans le discours du juge. Elle établit différentes formes d'application en fonction du degré de force contraignante au sein de l'État (les traités non ratifiés, la coutume internationale, les recommandations internationales non contraignantes telles que les résolutions de l'Organisation des Nations Unies ou « statement or views of other [United Nations] bodies »³⁸).

C'est d'ailleurs une conception partagée par le juge sud-africain Ngcobo :

« An international agreement that has been ratified by resolution of Parliament is binding on South Africa on the international plane. And failure to observe the provisions of this agreement may result in South Africa incurring responsibility towards other signatory states. [...] An international agreement that has not been incorporated in our law cannot be a source of rights and obligations »³⁹.

par le juge, coll. A la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 185-197 à la page 188.

³⁶ José WOEHLING, « Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne - Rapport canadien », dans Armand DE MESTRAL (dir.) et Suzanne BIRKS (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1986 à la page 472.

³⁷ V. C. JACKSON, préc., note 23, p. 168.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Glenister v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT 48/10) [2011] ZACC 6, par. 92.

Fabrice Hourquebie explique d'ailleurs que depuis l'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982⁴⁰, de nombreux arrêts « font explicitement référence aux traités internationaux ou à la jurisprudence internationale, et ce, même si le texte en question n'est pas en vigueur au Canada »⁴¹.

En fait, il existe au Canada un grand débat sur la question de la réception du droit international au sein des cours. Les contours de cette discussion sont bien définis par Graham Hudson⁴². Selon lui, il est généralement admis que l'arrêt *Canada (AG) v. Ontario (AG) [Labour Conventions]*⁴³ fait reposer le droit canadien sur une conception dualiste d'intégration du droit international⁴⁴. Ainsi, pour être reconnu et contraignant, le droit international devrait faire l'objet d'une retranscription dans le droit local. Toutefois, ces prémices dualistes sont remises en causes notamment par la présomption de conformité au droit international⁴⁵. Selon les termes de Stéphane Beaulac, cette présomption développée dans les systèmes de *common law*, « inviterait les tribunaux à interpréter le droit interne dans le même sens que les normes de droit international liant le pays »⁴⁶, laissant ainsi le juge « présumer que le droit interne est conforme aux obligations internationales »⁴⁷.

Finalement, tant au sein de la doctrine que dans les tribunaux, les opinions sur le sujet sont partagées. Graham Hudson revient d'ailleurs sur la critique formulée par Gibran Van Ert⁴⁸ portant sur les propos du juge Dickson dans l'arrêt *Reference Re Public Service Employee Relations Act*⁴⁹, concernant les rapports entre la Charte canadienne et les dispositions du droit international similaires à celles-ci. Pour Gibran Van Ert⁵⁰, il ressort du discours du juge

⁴⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)].

⁴¹ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 98.

⁴² Graham HUDSON, « Neither Here nor There: The (Non-) Impact of International Law on Judicial Reasoning in Canada and South Africa », (2008) 21 *Can. J. Law Jurisprud.* 321-354.

⁴³ *AG (Canada) v. AG (Ontario)*, [1937] 1 D.L.R. 673.

⁴⁴ G. HUDSON, préc., note 42, 323.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Stéphane BEULAC, « Chapitre 1. La problématique de l'interlégalité et la méthodologie juridique. », dans Jean-Yves CHÉROT, Sylvie CIMAMONTI, Laetitia TRANCHANT et Jérôme TRÉMEAU, *Le Droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 5-16 à la page 13.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ G. HUDSON, préc., note 42, 324.

⁴⁹ *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, [1987] 1 S.C.R. 313, par. 57 et 59.

⁵⁰ Pour une lecture plus approfondie de l'argumentation de l'auteur : Gibran VAN ERT, *Using International Law in Canadian Courts*, La Hague, Londres, New York, Kluwer Law International, 2002.

Dickson des idées distinctes concernant la réception du droit international. D'un côté, le droit international serait une présomption de protection minimale devant être prise en compte par le juge : si l'un des avocats établit l'existence d'une norme internationale alors celle-ci doit être considérée comme la protection minimale offerte. L'autre vision découlant de ce passage du juge Dickson voudrait que le droit international est une portée uniquement « pertinent[e] et persuasi[ve] »⁵¹. Dans ce cas, les juges ne seraient pas contraints par le droit international. Ainsi, quand bien l'avocat de l'une des parties mentionnerait un passage de droit international ou de droit étranger, ni les avocats de la partie adverse, ni les juges, ne seraient obligés d'en tenir compte⁵².

On constate finalement l'existence d'une pensée assez hétéroclite au sujet de la prise en compte du droit international par le juge canadien⁵³. L'absence de clarté et de méthodologie concernant la distinction entre les cas où le droit international aurait une force contraignante, et les cas où il serait pertinent et persuasif⁵⁴ est mise en avant par les membres de la doctrine, dont notamment Anne F. Bayefsky et Irit Weiser, qui qualifie la jurisprudence à ce sujet de « capricieuse et d'incertaine principalement car les cours n'ont jamais posé de principe justificatif concernant leur utilisation du droit international » [notre traduction]⁵⁵.

Si pour Gibran Van Ert, les traités ayant été ratifiés devraient toujours avoir une force contraignante⁵⁶, Stephan J. Toope et Jutta Brunnee soulignent que « les cours canadiennes semblent de plus en plus enclines à considérer les traités qui n'ont pas été retranscrits comme des sources tout juste pertinentes et persuasives pouvant aider à interpréter les lois » [notre traduction]⁵⁷, et ce, même pour les traités ayant été ratifiés⁵⁸.

Enfin, pour Stephane Beaulac, le droit international ne devrait pas être contraignant dans les cours nationales étant donné que celui-ci « reflète une réalité différente de celle que

⁵¹ *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alberta)*, préc., note 49, par. 57.

⁵² G. HUDSON, préc., note 42, 325.

⁵³ *Id.*, 325-326.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*, 325.

⁵⁶ *Id.*, 326.

⁵⁷ Stephen J. TOOPE et Jutta BRUNNEE, « A Hesitant Embrace : Baker and the Application of International Law by Canadian Courts », (2002), 40 *Can. Y. B. Int. Law*, 3-60, 52.

⁵⁸ *Id.*

gouvernent les lois domestiques » [notre traduction]⁵⁹. Karen Knop semble partager cet avis, en ce sens que le droit international devrait être considéré de la même façon que le droit étranger, et qu'ainsi, ces droits permettraient d'aborder le droit national avec un point de vue différent et plus critique⁶⁰.

Braham Hudson souligne⁶¹ le caractère pertinent et non-contraignant accordé au droit international par le juge Dickson dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*⁶² rendu en 1989, où celui-ci explique :

« Étant donné la double fonction de l'article premier que l'on a identifiée dans l'arrêt Oakes, les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la Charte, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits »⁶³.

Le juge L'Heureux-Dubé appuiera une nouvelle fois cette vision non-contraignante mais relativement pertinente et déterminante de la *soft law*⁶⁴ dans l'arrêt *Baker*⁶⁵ :

« Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. Comme le dit R. Sullivan, Driedger on the Construction of Statutes (3e éd. 1994), à la p. 330:

[TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. [Souligné par le juge L'Heureux-Dubé] »⁶⁶.

⁵⁹ G. HUDSON, préc., note 42, 327.

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*, 324.

⁶² *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Définition de la *Soft Law* selon le « Centre de Ressources et d'Information sur l'Intelligence économique et stratégique » : « Une soft law, désigne l'ensemble des textes de droit international non contraignants et pouvant être librement interprétés, mais qui s'appliquent sous la pression internationale, sous couvert de protection de l'intérêt général », en ligne : <<https://portail-ie.fr/resource/glossary/90/soft-law>>, (consulté le 20 décembre 2018).

⁶⁵ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

⁶⁶ *Id.*, par. 70.

Sortant du système dualiste classique, le juge vient se positionner sur une lecture du droit international non-contraignante mais déterminante. Ainsi, il existe une forme de volonté de la part du juge, qui n'est par principe, pas contraint de suivre ce droit externe, mais qui choisit néanmoins d'adopter une lecture des textes nationaux au plus proche de celui-ci.

À l'inverse, bien que la cour sud-africaine ait le devoir de s'intéresser au droit international lorsqu'elle interprète le *Bill of Rights*⁶⁷ de sa Constitution, on découvre dans l'étude de Devika Hovell et George Williams⁶⁸ que sur « les 228 cas décidés par la Cour constitutionnelle entre 1995 et 2004, les juges se sont intéressés de façon détaillée au droit international seulement dans 32 cas (ou 14 pourcents des cas). De plus, il a été fait référence au droit international (habituellement en citant le texte international pertinent sans plus d'analyse) dans 51 cas (ou 22 pourcents des cas) » [notre traduction]⁶⁹. En effet, Braham Hudson souligne dans son analyse qu'il existe des arrêts où la cour sud-africaine passe complètement sous silence le droit international⁷⁰.

Ce développement nous permet de constater que les réponses face à l'utilisation du droit international par le juge pouvaient varier largement. Tant au Canada qu'en Afrique du Sud, l'application du droit international n'est pas linéaire et dépendra de l'engagement des autorités nationales, mais aussi de la volonté du juge. Toutefois, si le droit international à une force contraignante variable (allant de la simple persuasion jusqu'à l'obligation d'application), le droit étranger n'en a pas : il ne sera jamais contraignant, et ce, tant au Canada, qu'en Afrique du Sud. Il en revient donc strictement à la volonté du juge et des parties de l'utiliser et c'est sur ce point précis que devra porter notre analyse. Ainsi, nous analyserons quand et de quelle façon, le juge utilise le droit étranger.

⁶⁷*Bill of Rights Chapter 2 de Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, art. 39 : « 1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -

a. must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

b. must consider international law; and

c. may consider foreign law ».

⁶⁸ Devika HOVELL et George WILLIAMS, « A tale of two systems : the use of international law in Constitutional Interpretation in Australia and South Africa », 29 *Melb. Univ. Law Rev.* 95-130.

⁶⁹ *Id.*, 115.

⁷⁰ G. HUDSON, préc., note 42, 233-235.

En effet, « chaque Cour nationale est libre dans sa recherche du droit applicable et dans la formation de son raisonnement. Le recours plus ou moins étendu au droit étranger et à la comparaison est entièrement facultatif et non contraignant, en sorte qu'il est pratiqué uniquement si on le considère *utile* pour adopter le jugement »⁷¹.

Enfin, au titre de la dernière frontière à prendre en compte, nous revenons brièvement sur la règle du précédent dans les États de tradition juridique de *common law*. Le principe du précédent (ou règle du *stare decisis*), veut que les cours et tribunaux rendent des décisions conformes aux cœurs des décisions antérieures (*Ratio Decidendi*). Nous soulignons donc la différence primordiale entre les jugements rendus par les cours nationales ayant force de précédents (et donc une force contraignante) pour les jugements suivants, et les jugements étrangers provenant d'un autre État n'ayant aucune force contraignante dans les cours nationales. Nous nous intéresserons donc exclusivement à cette deuxième catégorie au cours de ce mémoire.

C. JUSTIFICATION DE L'UTILISATION DE LA MÉTHODE COMPARATIVE

Dans le cadre de la présente étude, les questionnements que nous avons dégagés auraient pu être analysés sans l'utilisation de la technique comparative. En effet, dans la lignée des travaux de certains auteurs tels que Tom Bingham avec les Cours anglaises⁷² ou encore de Safia Bouabdallah avec les cours françaises du Conseil d'État et de la Cour de cassation⁷³, il aurait été intéressant d'observer de quelle manière le droit comparé était utilisé par les juges d'un seul État. On aurait alors pu s'intéresser à la jurisprudence canadienne et à la façon dont les juges de la Cour suprême utilisaient l'argument de droit comparé comme l'a fait Randy Ai dans sa recherche consacrée à l'étude des précédents étrangers par la Cour suprême canadienne⁷⁴. Également, dans une perspective toujours nationale et non comparatiste, notre intérêt aurait pu être porté sur l'avis même des juges face à cette utilisation du droit comparé,

⁷¹ Giuseppe DE VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, traduit par Jean-Jacques PARDINI, Paris, Dalloz, 2013, p. 70.

⁷² Thomas BINGHAM, *Widening Horizons. The influence of comparative law and international law on domestic law.*, coll. The Hamlyn Lectures, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

⁷³ Safia BOUABDALLAH, « La comparaison des droits dans les travaux préparatoires du Conseil d'État et de la Cour de cassation », dans Pascale DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, coll. Méthodes du droit, Lyon, Dalloz, 2013, p. 202-215.

⁷⁴ Randy AI, « The use of foreign Jurisprudence by the Supreme Court », *thecourt.ca* (2008), en ligne : <<http://www.thecourt.ca/714/>>, (consulté le 20 décembre 2018).

comme l'a fait Osmar J. Benvenuto à travers la jurisprudence de la Cour suprême américaine⁷⁵.

Centrer notre recherche sur l'utilité et la légitimité du droit comparé dans le raisonnement du juge ne suscitait pas nécessairement une étude comparative. Néanmoins, l'approche comparative nous permet d'élargir l'angle d'approche, d'observer comment les juges de différents États agissent lorsqu'ils ont une tâche similaire à remplir et qu'ils utilisent, pour ce faire, un outil semblable : le droit comparé. De la même façon, l'approche pluraliste alimente la réflexion quant aux limites que peut représenter l'utilisation de cette technique par les juges. L'une des limites que nous pressentions tenait aux particularités de la culture juridique étatique⁷⁶. L'approche comparatiste nous permet finalement d'observer s'il est possible pour deux États de s'inspirer mutuellement sur le plan juridique tout en prenant en considération les différences culturelles et historiques qu'il existe entre eux.

De plus, à l'instar de Bruno Genevois à qui revient la paternité de cette expression, nombreux sont les auteurs à avoir considéré la notion de « dialogue »⁷⁷ entre les juges. L'approche comparative pourrait donc nous permettre d'observer s'il existe un réel dialogue⁷⁸ entre les cours considérées, si nous sommes en présence d'un échange global, ou au contraire si ces échanges se limitent à l'existence de monologues.

En outre, nous pouvons affirmer d'emblée que l'analyse à travers le prisme comparatiste nous a permise d'observer nos propres biais cognitifs et les conséquences implicites de la formation juridique répondant à une tradition spécifique⁷⁹. La richesse d'une telle entreprise réside notamment dans la possibilité de remettre en question les fondements mêmes de notre

⁷⁵ Osmar J. BENVENUTO, « Reevaluating the Debate Surrounding the Supreme Court's Use of Foreign Precedent », (2006) 74 *Fordham Law Rev.* 2695-2759.

⁷⁶ Pierre LEGRAND, « Comparer », (1996) 48-2 *Rev. Int. Droit Comparé*, 279-318; Pierre LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009; John BELL, « De la culture », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

⁷⁷ Régis DE GOUTTES, « Le dialogue des juges », Paris, Cahiers du Conseil constitutionnel, Colloque du Cinquantenaire, 2009 ; voir aussi à ce titre : Robert BADINTER, Jean-Marc SAUVÉ, Ronny ABRAHAM et Marie-Eve AUBIN, *Le dialogue des juges: Mélange en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009.

⁷⁸ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71 : Giuseppe De Vergottini soutient la thèse que le dialogue des juges n'est qu'un mythe.

⁷⁹ Nous soulignons ici qu'ayant reçu une formation initiale de droit en France, l'angle d'approche abordé est relativement nouveau pour nous.

apprentissage sur des aspects que nous ne prenions plus la peine d'analyser, faisant souvent partie de notre inconscient. De la même façon, l'analyse comparative nous a permise de nous rendre compte des spécificités propres à notre culture juridique. Pour résumer cette idée en reprenant les mots de Pierre Legrand, « [l]a comparaison, c'est un discours insurgé, un contre-discours, un discours de résistance venant transgresser, d'une manière extatique, mais cathartiquement aussi, la dogmatique des verrouilleurs de grilles de lecture »⁸⁰.

Néanmoins, nous avons pris conscience de l'ampleur d'un sujet aux sources et ressources intarissables. En effet, l'analyse comparative peut être prise et reprise à l'infini et nous avons largement conscience de n'avoir qu'effleuré un sujet d'une dimension incommensurable. De plus, bien qu'ayant préféré limiter notre analyse à deux juridictions, le sujet n'en reste pas moins large. Ce choix nous permettait toutefois de limiter le champ d'étude, et d'analyser plus en profondeur certains jugements.

Malgré toutes nos précautions, considérant la place et le temps qui nous était imparti, il est donc préférable d'aviser le lecteur dès à présent que cette étude ne traitera pas de l'intégralité du sujet et que quelques centaines de pages supplémentaires n'auraient probablement pas suffi à essouffler celui-ci.

- *Juridictions étudiées :*

Le Canada et l'Afrique du Sud : deux juridictions empiriquement pertinentes

C'est grâce aux travaux de grands et grandes comparatistes tels que Marie-Claire Ponthoreau⁸¹, Tania Groppi⁸² ou encore Xavier Philippe⁸³ que notre choix s'est tourné vers la

⁸⁰ Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, coll. Que sais-je, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 21.

⁸¹ Fabrice HOURQUEBIE et Marie-Claire PONTTHOREAU, *La motivation des décisions de Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012; Tania GROPPi et Marie-Claire PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Volume 1 in the series Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford and Portland, Oregon, USA, Hart Publishing, 2013.

⁸² Tania GROPPi, « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », dans Marie-Claire PONTTHOREAU (dir.) et Fabrice HOURQUEBIE (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 47-60; T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81.

⁸³ Xavier PHILIPPE, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle sud africaine: essai d'analyse de la construction d'une jurisprudence de protection des droits fondamentaux », dans Marie-Claire PONTTHOREAU (dir.) et Fabrice HOURQUEBIE (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 261-306.

comparaison entre les juges de la Cour suprême canadienne et ceux de la Cour constitutionnelle sud-africaine. Dans leurs ouvrages, ces auteurs ont tous souligné l'utilisation accrue du droit comparé par ces cours. Tania Groppi, dans son essai sur le recours aux précédents étrangers, oppose la Cour suprême des États-Unis et la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud en marquant néanmoins leur importance qui les place « pour des raisons différentes, au centre de l'attention mondiale »⁸⁴. En effet, si la Cour suprême américaine a une tendance significative pour se placer en exportatrice plutôt qu'importatrice, la cour sud-africaine a marqué les esprits par son recours prononcé à l'argument de droit comparé. Souhaitant observer la naissance d'éventuels dialogues au sein de cette étude, il nous paraissait peu pertinent de nous intéresser à la Cour américaine dont les précédents sont désormais considérés par certains juges canadiens comme « négligeables et isolés »⁸⁵.

Parallèlement, Tania Groppi souligne l'activisme de certains juges en matière de recours à la technique comparative, notamment avec Arthur Chaskalson en Afrique du Sud ou Claire L'Heureux-Dubé et Frank Iacobucci au Canada⁸⁶. Randy Ai souligne également la pertinence d'explorer les décisions canadiennes pour comprendre le débat autour de l'utilisation du droit comparé dans le processus décisionnel du juge⁸⁷. De même, comme Shannon Ishiyama Smithey le souligne, « alors que ni les juges canadiens, ni les juges sud-africains n'ont traité les précédents étrangers comme des sources autoritaires du droit, ils ont accordé une grande considération aux raisonnements des juges étrangers tout en développant leur propre jurisprudence en matière de droits civils » [notre traduction]⁸⁸.

Il nous semblait donc intéressant de porter notre attention sur ces deux juridictions.

- *Concernant la cour canadienne :*

Si le traité de Westminster accorde l'indépendance au Canada en 1931, il faudra attendre 1949 pour que le Parlement fédéral du Canada abolisse le droit d'appels des décisions rendues par

⁸⁴ T. GROPPi, préc., note 82 à la page 48.

⁸⁵ Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court », (1998) 34 *Tulsa Law J.* 15-40.

⁸⁶ T. GROPPi, préc., note 82 à la page 56.

⁸⁷ R. AI, préc., note 74, par. 1.

⁸⁸ Shannon Ishiyama SMITHEY, « A tool, not a master. The use of foreign case law in Canada and South Africa », 34-10 *Comp. Polit. Stud.*, (2001), 1188-1211, 1189.

les tribunaux canadiens au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres⁸⁹. En effet, avant cette date, les tribunaux canadiens dépendaient de la tutelle anglaise, c'était donc le Conseil privé situé au Royaume-Uni qui rendait finalement les décisions en dernière instance. Cette abolition, qui a permis à la Cour suprême du Canada de devenir « la cour de dernière instance pour interpréter et appliquer les règles du fédéralisme canadien »⁹⁰, permet aux tribunaux canadiens d'évoluer en parfaite indépendance. Toutefois, il n'est pas impossible que les juges s'intéressent de façon chronologique, à la jurisprudence du Conseil privé avant même d'observer celle issue des Cours canadiennes. En effet, l'indépendance canadienne n'a pas complètement effacé les traces de droit britannique comme source historique remontant à l'époque de la colonisation. C'est d'ailleurs ce que rappelle l'ancien juge F. V. La Forest lorsqu'il souligne que « sur le plan législatif, même après la fin du statut colonial, de nombreuses lois étaient basées sur des textes anglais, de sorte que le recours aux précédents anglais pour leur interprétation était compréhensible » [notre traduction]⁹¹. En effet, comme le souligne l'ancien juge en Chef Dickson dans une dissidence dans le Renvoi relatif à l'Alberta⁹² : « Il est intéressant d'examiner la jurisprudence du Conseil privé sur la liberté d'association avant d'étudier la jurisprudence canadienne étant donné qu'elle a servi de point de départ pour bien des décisions de tribunaux canadiens relatives à l'al. 2d) de la Charte et qu'elle est largement invoquée par l'intimé »⁹³. C'est également ce que rappelle l'ancienne juge en Chef McLachlin dans la décision de renversement de ce jugement en 2007 : « Le droit du travail canadien tire son origine de divers systèmes de droit, mais surtout du droit britannique et du droit américain »⁹⁴. C'est enfin ce que souligne le juge Bastarache :

⁸⁹ D.M.L. FARR, « Comité judiciaire du Conseil privé », dans *L'encyclopédie canadienne*, Février 2006, en ligne : <<https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/comite-judiciaire-du-conseil-privé>>, (consulté le 20 décembre 2018) ; voir également Luc HUPPÉ, *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2007, p. 522 : le Comité judiciaire du Conseil privé confirme en 1947 que « le pouvoir du Parlement fédéral de rapatrier au Canada l'ultime compétence d'appel à l'égard des jugements rendus par les tribunaux canadiens gen matière criminelle [est] étendu a l'ensemble du domaine judiciaire au Canada ».

⁹⁰ Henri BRUN, *Les institutions démocratiques du Québec et du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2013, p. 6 ; au sujet de l'évolution de la Cour canadienne voir également : *La Cour suprême du Canada et ses juges, 1875-2000 : un livre commémoratif*, préc., note 9.

⁹¹ Gerard V. LA FOREST, « The Use of American Precedents in Canadian Courts », (1994) 46-2 *Maine Law Rev.* 211-220, 212.

⁹² *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

⁹³ *Id.* par 25.

⁹⁴ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par 43.

« Given its common law history, the notion of trans-judicial borrowing, or horizontal communication, is not new to Canada. Nevertheless, it is important to note that all foreign decisions ultimately influence Canadian law based on persuasive, rather than binding, authority »⁹⁵.

Enfin, bien que l'on ait également remarqué que les juges canadiens soient traditionnellement ouverts à l'étude des décisions étrangères et donc, à l'utilisation du droit comparé⁹⁶. On a pu constater que l'avènement de la Charte fut une expérience toute particulière en matière d'utilisation du droit comparé. Dès 1984, l'ancien juge Estey soulignait que l'analyse de l'expérience des tribunaux américains offrait « plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada »⁹⁷. Dans un article sur l'utilisation des précédents américains, l'ancien juge La Forest explique dès lors que « les avocats ne furent pas longs à réagir » [notre traduction]⁹⁸. Ainsi, on peut dire que c'est tant grâce aux juges, qu'aux avocats plaidant devant cette cour⁹⁹, que la Cour suprême canadienne semble finalement offrir un large champ d'exploration pour ce genre d'étude.

- *Concernant la cour sud-africaine :*

« Après avoir été découverte par le Portugais Antonio de Saldanha en 1503, la baie de la Table dans laquelle est bâtie la ville du Cap fut, jusqu'en 1652, une escale libre sans occupation permanente européenne. Puis, de 1652 à 1795, la Verenidge Oostindische Compagnie ou Compagnie hollandaise des Indes orientales, y fut souveraine. [...] En 1795, la Hollande était envahie par la France, l'Angleterre occupa Le Cap afin de mettre cette escale stratégique hors de portée de la marine française »¹⁰⁰.

L'Afrique du Sud, pays à l'histoire mouvementée où de nombreuses ethnies cohabitaient, fut tour à tour colonisée par les Hollandais et les Anglais. Le droit en vigueur fut marqué par ces différents régimes jusqu'à la mise en place de la politique raciale suite à la victoire des élections par les nationalistes afrikaners contre les Anglais¹⁰¹. Après avoir libéré Nelson

⁹⁵ Michel BASTARACHE, « The globalisation of the law and the work of the Supreme Court of Canada », dans Sam MULLER (dir.), Sidney RICHARDS (dir.), Laura HENDERSON (dir.), *Highest Courts and Globalisation*, The Hague, Netherlands, The Hague Academic Press, 2010 à la page 46.

⁹⁶ *Reference in re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505.

⁹⁷ *Law society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 RCS 357, par. 12.

⁹⁸ G. V. LA FOREST, préc., note 91, 213.

⁹⁹ *Id.*, 213-214.

¹⁰⁰ Bernard LUGAN, *Histoire de l'Afrique du Sud : des origines à nos jours*, Paris, Ellipses, 2009, p. 100.

¹⁰¹ *Id.*, p. 402.

Mandela, et d'autres membres principaux du Congrès national africain (ANC), Frederik De Klerk (qui était arrivé au pouvoir dans les années 80), organise un référendum blanc en 1992 pour la mise en place d'une nouvelle Constitution. Ce projet sera adopté à 65% des voix. Il faudra toutefois attendre 1994, après une période tumultueuse de négociations entre les deux hommes, pour que les premières élections libres multiraciales puissent avoir lieu en Afrique du Sud.

La Constitution sud-africaine a été l'œuvre d'un long processus organisé avec l'ensemble de la société : rédaction d'avant-projets par des commissions thématiques composées de représentants politiques, d'experts internationaux et de particuliers ; puis proposition de ces avant-projets à des comités constitutionnels et discussions avec les citoyens... Cette élaboration faisant participer de nombreux acteurs a ainsi donné naissance à un produit aux sources diversifiées.

Ainsi, l'Afrique du Sud a toujours été bercée entre différents droits et peut aujourd'hui être considérée comme une société où le pluralisme juridique semble accepté. C'est tout du moins ce qui transparaît du *Bill of Rights* sud-africain dans lequel le législateur invite expressément la juge à observer le droit international et étranger lorsqu'elle interprète les droits fondamentaux¹⁰². Pour David L Carey Miller, cette invitation est caractéristique de l'histoire sud-africaine et de la tradition juridique mixte qui y vit depuis de longues années :

« The Constitution's tacit invitation to courts to apply a comparative method is consistent with an approach which came to be reflected in the formative twentieth-century development of South African law. The 'mixed system' character of the law - inherent in its Roman-Dutch and English law primary chemistry - represents a starting-point, which makes it natural to think in terms of possible alternative solutions rather than to regard law as an institution which must be accepted for 'better or worse' »¹⁰³.

Cette situation, pourtant très caractéristique du contexte sud-africain, rappelle sensiblement le paysage juridique mixte canadien, ce qui rend dès lors la comparaison fort intéressante.

¹⁰² *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 39.

¹⁰³ David L CAREY MILLER, « The Great Trek to Human Rights: The Role of Comparative Law Rights in the Development of Human Rights in Post-reform South Africa », dans Esin ÖRÜCÜ (dir.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, coll. United Kingdom Comparative Law Series, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2003 à la page 202.

De plus, nous avons pu souligner que la cour sud-africaine recourait au droit comparé de façon très fréquente. En effet : « fin 2010, le nombre de jugements sud-africains citant des précédents étrangers était de quatre pourcents supérieur au nombre de jugements qui n[e] citait pas [de précédents étrangers] » [notre traduction]¹⁰⁴.

Enfin, ce choix nous semblait pertinent du fait que la cour sud-africaine utilise très régulièrement les précédents étrangers canadiens :

« The overall statistics for foreign countries cited also show that Canadian precedents are the most popular with the South African judges. The popularity of Canadian precedents comes as no surprise and can be attributed mainly to the huge influence that the Canadian Charter of Rights and Freedoms had upon the drafters of the South African Bill of Rights »¹⁰⁵.

L'Afrique du Sud et le Canada : une comparaison possible ?

Insistant sur la nécessité de comparer des juridictions ou des droits similaires, les pionniers du droit comparé que sont Kinrad Zweigert et Hein Kötz soulignaient notamment que « incomparables cannot usefully be compared »¹⁰⁶. Cet argument trouve écho dans les propos de Michel Fromont lorsqu'il expose le problème de l'incommensurabilité des droits : pour lui, la comparaison juridique n'est pas toujours possible ou, « si l'on veut présenter de façon comparative l'ensemble des systèmes juridiques du monde, on ne peut guère aller plus loin que la théorie des grandes familles de droit »¹⁰⁷. Ainsi, pour Michel Fromont, si l'on souhaite entreprendre une étude plus approfondie des différents systèmes juridiques qui dessinent le monde il serait plus opportun de recourir aux méthodes et outils de la sociologie juridique plutôt qu'à ceux de la pratique juridique elle-même : l'étude ne serait alors plus la comparaison des droits étrangers, mais une étude sociologique de ces droits¹⁰⁸. À l'inverse, Pierre Legrand souligne « l'incommensurabilité » des droits, mais cette fois-ci pour justifier la

¹⁰⁴ T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81, p. 194.

¹⁰⁵ Christa RAUTENBACK, « South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks ? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010) », dans Marie-Claire PONTTHOREAU (dir.) et Tania GROPPi (dir.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, coll. Volume 1 in the series Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford, Hart Publishing, 2013 à la page 198.

¹⁰⁶ Hein KÖTZ et Konrad ZWEIGERT, *An introduction to comparative law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 31.

¹⁰⁷ M. FROMONT, préc., note 20 à la page 386.

¹⁰⁸ *Id.* à la page 387.

comparaison. L'incommensurabilité étant caractéristique de l'absence de « commune mesure »¹⁰⁹, le juriste s'intéressant au droit étranger devra apprendre à « penser autrement » en procédant à une « déterritorialisation, qui est ainsi intellectuelle (ou cognitive) en plus d'être géographique »¹¹⁰. Ainsi, pour Pierre Legrand l'absence de commune mesure n'empêche pas la comparaison puisque le comparatiste devra inévitablement procéder à une déstructuration de sa façon de penser. D'autres auteurs rejoignent d'ailleurs ce courant de pensée expliquant que la différence ne fait pas échec à la comparaison, bien au contraire¹¹¹.

Nous pensons que le critère d'acceptabilité et de faisabilité d'une étude comparative en fonction du degré de convergence ou de divergence entre deux juridictions dépend de l'objet de la comparaison et de ce que l'auteur cherche à analyser. Pour cette raison, cette étude portant sur l'utilisation du droit comparé par le juge et donc la fonction du droit comparé dans le raisonnement de celui-ci dans les deux États considérés, la comparaison entre ces deux systèmes est tout à fait possible. Malgré les différences culturelles et historiques, de nombreux points de convergences seront établis durant ce travail. Outre la ressemblance des juridictions analysées, et malgré les différences culturelles et historiques, ces deux États ont des points de ressemblances suffisants pour que l'étude puisse être menée efficacement.

Nous avons néanmoins pu noter une différence majeure entre ces deux Cours concernant les fondements de l'utilisation du raisonnement comparatif sur laquelle nous reviendrons. Si l'utilisation de la technique comparative dans le raisonnement du juge sud-africain repose sur des fondements juridiques constitutionnels, l'utilisation faite par les juges canadiens n'a aucune assise juridique explicite. Cette différence de légitimité peut-elle influencer sur la façon de comparer du juge ?

D. RECHERCHE DE SOLUTION EN RÉPONSE À UN PROBLÈME

- *Problématique générale :*

¹⁰⁹ Pierre LEGRAND, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, coll. Droit et justice, P.U.F, Paris, 2009, p. 209-244 à la page 210.

¹¹⁰ *Id.* à la page 212.

¹¹¹ Antonio GAMBARO, Rodolfo SACCO, Louis VOGEL, « Le droit de l'Occident et d'ailleurs », LGDJ, Paris, 2011, à la page 2.

Notre problématique générale porte ainsi sur l'opportunité du recours à une telle pratique. Comme le rappelle Catherine Valcke, Professeure à la faculté de droit de l'Université de Toronto, « dans tout système juridique quel qu'il soit, ce ne sont pas tant les conclusions apportées aux litiges que le raisonnement qui sous-tend ces conclusions qui constituent le droit »¹¹². Mais alors, est-il pertinent d'avoir recours à l'utilisation du droit comparé pour le juge qui interprète les droits fondamentaux ? Cette démarche est-elle légitime ou, suivant les propos de Jean Carbonnier, le droit comparé n'est-il « qu'instrument de propagande »¹¹³ ? Ainsi, le juge ferait-il un usage instrumentalisé du droit pour répondre à des objectifs politiques ? Yves-Marie Laithier reprend les paroles du Doyen Carbonnier pour émettre lui aussi quelques réserves au sujet de l'utilisation de la technique comparative : « la fonction d'amélioration attribuée au droit comparé porte en elle le risque d'une utilisation déviante. Au nom du progrès, le droit comparé peut servir d'"instrument de propagande" ». Ainsi Yves-Marie Laithier souligne qu'il serait simple et habile pour un juge d'utiliser le droit comparé pour appuyer ses prétentions politiques en se servant des « modèles prestigieux, en n'hésitant pas au besoin à utiliser les clichés en vogue et à faire du système donné en exemple une présentation tronquée »¹¹⁴.

Ainsi, à partir de l'analyse des jurisprudences canadienne et sud-africaine, et à travers la lecture des travaux de nombreux auteurs, nous avons pu observer les différentes approches adoptées par les juges lorsqu'ils utilisent le droit comparé. Notre problématique générale se dissocie donc en deux questions. De quelle façon le juge utilise-t-il le droit comparé dans son raisonnement (I) ? Prolongement logique de cette question, nous nous interrogerons ensuite sur la légitimité d'une telle pratique et donc si celle-ci ne risque pas de conduire à la création de problèmes juridiques plus importants (II). Nous tenterons de répondre ainsi à cette problématique générale au travers de ces questions, en observant les avantages et inconvénients de cette pratique ; les apports et les risques, que génère une telle utilisation du droit dans le raisonnement du juge.

¹¹² Catherine VALCKE, « La greffe juridique en droit comparé, Internationalisation du droit, internationalisation de la justice », Cour suprême du Canada Ottawa, Organisation Mondiale de la Francophonie, 3^{ème} congrès de l'AHJUCAF, 21 juin 2010, p. 86-95, p. 87.

¹¹³ Jean CARBONNIER, « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger. », dans *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995 à la page 237.

¹¹⁴ Y.-M. LAITHIER, préc., note 20, p. 21.

- *Méthode utilisée*

Afin de répondre à cette question, nous avons analysé de nombreuses jurisprudences, tant canadiennes que sud-africaines¹¹⁵.

Nous avons ensuite organisé les arrêts en différentes catégories, fonction de l'utilisation qui était faite du droit comparé par les juges. Nous avons ainsi pu systématiser l'utilisation du droit comparé avec certains mécanismes qui semblaient ressortir plus fréquemment.

Ainsi, pour mener cette étude nous avons choisi une approche fonctionnaliste. Cette école, développée notamment par Ernst Rabel¹¹⁶ et préconisée ensuite par Konrad Zweigert et Hein Kötz¹¹⁷, propose une analyse comparative sous le prisme de la fonction des institutions : les institutions étudiées l'on été « au regard [des] fonction[s] qu'elle[s] rempli[ssent] au sein d'un ordre juridique déterminé »¹¹⁸. Cette approche « ne fait pas découler de [l'unité de la nature humaine] la nécessité d'aboutir à des dispositions légales uniformes »¹¹⁹, mais elle s'appuie sur l'idée que l'unité place les ordres juridiques nationaux face à des problèmes communs qui « indirectement, conduisent à des solutions communes »¹²⁰. Nous avons donc observé comment les deux institutions présentées et leurs juges répondaient à une problématique commune, soit, l'usage du droit comparé dans le processus d'interprétation des droits fondamentaux de leur Constitution. Nous avons souhaité travailler à travers cette approche après avoir remarqué que les juges des deux juridictions étudiées utilisaient le droit comparé de façon extensive dans leur méthode d'interprétation des textes.

Toutefois, nous soulignons que bien qu'ayant appuyé notre travail principalement sur la méthode de comparaison fonctionnaliste, nous avons souhaité apporter de nombreuses considérations culturelles et historiques à notre raisonnement. Nous considérons qu'afin de

¹¹⁵ Nous avons notamment utilisé les bases de données offertes par LexisNexis et Lexum pour le Canada en ligne : <www.advance.lexis.com>, (consulté le 21 décembre 2018) ; en ligne : <www.scc-csc.lexum.com>, (consulté le 21 décembre 2018) et *Saflii* pour l'Afrique du Sud, en ligne : <www.saflii.org>, (consulté le 21 décembre 2018).

¹¹⁶ Pour en savoir plus au sujet de la pensée de l'auteur : Ernst RABEL, *The conflict of laws ; a comparative study*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958 ; voir aussi Jaakko HUSA, « Methodology of comparative law today : from paradoxes of flexibility ? », *Rev.Int. Droit. Comp.*, vol. 58, n°4, 2006, 1095-1117.

¹¹⁷ H. KÖTZ et K. ZWIEGERT, préc., note 106, p. 34-47.

¹¹⁸ T. RAMBAUD, préc., note 17, p. 25.

¹¹⁹ C. DELIYANNI-DIMITRAKOU, préc., note 21, p. 57.

¹²⁰ *Id.*

comprendre les différences de réponses apportées par la cour canadienne et la cour sud-africaine au problème décrit, il est nécessaire de s'intéresser à des considérations extérieures au droit lui-même. Le Canada et l'Afrique du Sud sont des États où règne la diversité culturelle et cette non-homogénéité existe également entre les deux États susvisés. Ainsi, bien qu'ayant adopté un point de vue technique fonctionnaliste, nous travaillerons également sous le prisme des observations apportées par les écoles culturalistes et historiques. Nous reviendrons par ailleurs au cours de ce mémoire sur les représentants¹²¹ de ces deux écoles et leurs revendications.

¹²¹ A. WATSON, préc., note 20; P. LEGRAND, préc., note 80.

**I. L'UTILISATION DU DROIT COMPARÉ DANS LE RAISONNEMENT
JURIDIQUE : OBSERVATION D'UNE PRATIQUE EFFECTIVE AU
CANADA ET EN AFRIQUE DU SUD**

« La comparaison juridique ne doit pas avoir pour simple but l'imitation de solutions juridiques étrangères, mais doit permettre d'acquérir des connaissances et des idées susceptibles d'inspirer des solutions adaptées aux circonstances nationales »¹²². À l'instar d'Alexis le Quinio, de nombreux auteurs se sont intéressés à la question de l'apport du droit comparé dans le raisonnement des juges, et à la façon dont celui-ci est utilisé par la juge. Thomas Kadner Graziano¹²³ considère le droit comparé utile dans le raisonnement de celle-ci en ce sens qu'il permet notamment de « découvrir et démontrer la diversité des solutions en vigueur dans les différents ordres juridiques et parmi lesquelles le tribunal peut choisir lors de l'interprétation du droit national »¹²⁴. Corrélativement, il peut ainsi permettre de « contrer l'argument qu'une certaine solution conduirait à des résultats néfastes »¹²⁵.

Dans son mémoire de fin d'étude portant sur le recours à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le juge constitutionnel canadien¹²⁶, Lise Brun reprend et résume les cinq catégories principales¹²⁷ de cas de recours au droit comparé par le juge canadien en la matière : le « sondage », lorsque le juge passe en revue différentes solutions à un problème donné ; le « suivi », lorsque le juge adopte une solution après avoir été convaincu par la jurisprudence d'une autre cour. Il y a également la catégorie « distinguée », les fois où le juge s'intéresse au droit comparé, mais rejette la solution étrangère ou encore celle du « soutien », qui permet au juge d'utiliser la technique comparative comme un moyen

¹²² Alexis LE QUINIO, « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle: le recours au droit comparé par le juge. », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le Recours au Droit Comparé par le Juge.*, coll. A la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 21-37 à la page 30.

¹²³ T. KADNER GRAZIANO, préc., note 27.

¹²⁴ *Id.* à la page 93.

¹²⁵ *Id.* à la page 95.

¹²⁶ Lise BRUN, *L'utilisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour suprême du Canada (1995-2015)*, France, Université de Bordeaux - C.E.R.C.C.L.E., 2016.

¹²⁷ Cette partie du travail de Lise Brun s'appuie sur les recherches de Tania Groppi et Marie-Claire Ponthoreau (T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81, p. 9), de Bijon Roy (Bijon ROY, « An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation », 62 *U.T. Fac. L. Rev.*, n° 2, 2004, p. 119-123) et enfin du professeur McCrudden (Christopher MCCRUDDEN, « A Common Law of Human Rights ? : Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », 20 *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 4, 2000, p. 512).

de conforter son point de vue adopté au préalable. Lise Brun établit finalement une dernière catégorie « autre » regroupant les citations à valeur purement informative.

Nous nous sommes donc intéressée aux différents cas de recours au droit comparé par la juge. Finalement, bien que le droit comparé soit utilisé de diverses façons dans le raisonnement des juges canadiens et sud-africains, deux techniques ont principalement retenu notre attention en raison de la fréquence de leur apparition : l'utilisation de la technique comparative comme renfort dans le raisonnement préexistant du juge (B), et l'utilisation de la technique comparative pour observer l'autre et apprendre de lui (A).

A. APPRENDRE DES AUTRES POUR SE COMPRENDRE SOI-MÊME

Les juges constitutionnels sud-africains ont rapidement souligné que le recours au droit comparé pouvait s'avérer être un outil efficace face à la recherche de solutions lorsqu'un problème nouveau se présentait :

« Particularly where principles have not yet been established, courts may draw on the burgeoning international jurisprudence on constitutional rights. It is, however, the duty of the courts of this country to develop a constitutional jurisprudence based on principle and to decide cases in the light of principles that have been established »¹²⁸.

Néanmoins, nous avons pu constater qu'indifféremment de l'ancienneté du problème, sortir du cadre purement national pouvait avoir été pertinent pour s'informer quant à la vision d'autres sociétés sur un problème à traiter. En effet, observer ne signifie pas nécessairement adhérer ou copier : dans certains cas, l'observation fera place à l'intégration (1), lorsque d'autres fois, celle-ci aboutira à un rejet de la solution étrangère (2). Ainsi, le droit comparé permet parfois d'ouvrir le modèle national aux travaux juridiques lointains, quand d'autres fois il servira *a contrario*, d'appui des particularités locales.

1. L'information par l'observation : Le juge exposé aux droits étrangers.

Comme le souligne Guy Canivet, si le droit comparé permet de mieux comprendre les lois et de trouver des explications rationnelles à leurs identités propres, celui-ci « offre [également]

¹²⁸ *Mistry v. Interim National Medical and Dental Council and Others* (CCT13/97) [1998] ZACC 10, par. 3.

une aide pratique en suggérant des modèles originaux tirés d'expériences étrangères » [notre traduction]¹²⁹. En fait, nombreux sont les auteurs¹³⁰ et anciens juges¹³¹ à souligner l'utilité du droit comparé dans le raisonnement du juge lorsque celui-ci fait face à une question nouvelle, ou encore, qu'il semble que la solution préétablie ne corresponde plus aux besoins présents de la société¹³². En effet « [l]e fait de faire référence, de manière critique, à ce qui est décidé par d'autres juges dans des cas semblables peut sans doute permettre l'adoption d'une décision plus équilibrée »¹³³.

Ainsi, dès 1995, dans le premier jugement de la Cour constitutionnelle sud-africaine, Kentridge AJ expose son intérêt pour le droit comparé face à des problèmes nouveaux : « Foreign courts have grappled with the problem of reconciling presumptions reversing the onus of proof with the constitutional presumption of innocence. The different solutions which they have suggested are illuminating »¹³⁴.

Au Canada, lors de l'avènement de la Charte¹³⁵, un appui important sur le travail des voisins les plus proches fut constaté¹³⁶. Ainsi, le juge Estey expliquait dès 1984 qu'il lui semblait

¹²⁹ Guy CANIVET, « The Practice of Comparative Laws by the Supreme Courts. Brief Reflections on the Dialogue Between the Judges in French and European Experience », trad. Vernon Valentine Palmer, Thomas Pickles, dans Basil SIR MARKESINIS (dir.) et Jörg FEDTKE (dir.), *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 309-328 à la page 312. Pour une version française de l'article de Guy Canivet : Guy CANIVET, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne : en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke. Le juge en tant que comparatiste », 80 *Tul. L. Rev.*, n°1, (2005-2006), 221-246.

¹³⁰ *Id.* aux pages 312-313; A. LE QUINIO, préc., note 122 à la page 36; Elaine MAK, *Judicial Decision-Making in a Globalised World : A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, coll. Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford and Portland, Oregon, USA, Hart Publishing, 2013; F. JACQUELOT, préc., note 34; T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81; Marie-Claire PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument.*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 537-560; G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 129.

¹³¹ Laurie W. H. ACKERMANN, « Constitutional comparativism in South Africa », dans Basil SIR MARKESINIS (dir.) et Jörg FEDTKE (dir.), *Judicial Recourse to Foreign law. A new source of Inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 263-286 à la page 277; Sir Sydney KENTRIDGE, « Comparative Law in Constitutional Adjudication. The South African Experience. », dans Basil SIR MARKESINIS (dir.) et Jörg FEDTKE (dir.), *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 329-337 à la page 329.

¹³² Thomas BINGHAM, préc., note 72, à la page 8.

¹³³ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 128.

¹³⁴ *S v Zuma and Others* (CCT5/94) [1995] ZACC 1 par. 19.

¹³⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc., note 40.

normal de profiter de l'expérience d'autres États ayant réagi à ce qui s'apparente à des phénomènes nouveaux au Canada : « Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada »¹³⁷.

L'ancien juge de la Cour suprême Michel Bastarache rappelle quant à lui que le droit comparé peut en effet servir de guide pour la Cour, mais qu'en aucun cas celui-ci ne définit les valeurs du modèle canadien :

« In my opinion, judicial borrowing in Canada remains primarily legitimising in nature and remains subservient to the domestic jurisprudence. The logic employed by other courts provides guidance to Canadian courts, rather than precedents to be followed. In our system especially, foreign judgements can only serve to help define values that can operate as guides to the interpretation of national laws, or international instruments that have obtained official recognition in our country »¹³⁸.

Dans cette optique, la technique comparative va être utilisée de différentes façons. Par exemple, la juge peut s'intéresser à une juridiction précise, de façon « bilatérale » en raison d'une proximité certaine, ou elle peut observer un ensemble élargi de juridictions¹³⁹. Également, si l'utilisation du droit comparé pourra permettre à la juge de découvrir des solutions précises, elle lui fera aussi découvrir de véritables « techniques d'interprétation ». Ainsi, « la solution jurisprudentielle sera obtenue sur la base de techniques d'interprétation déjà expérimentées dans d'autres systèmes de justice constitutionnelle »¹⁴⁰.

Le droit comparé peut donc atteindre différents degrés de profondeur et d'importance dans la décision en fonction de la façon dont il va être utilisé. Néanmoins, que les sources soient multiples ou bilatérales, que la finalité soit la reproduction d'une simple technique interprétative ou l'assimilation et l'exportation d'une solution, le but poursuivi reste le même : le juge, dans un rôle d'explorateur, découvre, tâtonne et s'interroge sur des mécanismes

¹³⁶ Voir notamment au sujet les travaux de Peter McCormick. Peter MCCORMICK, « The Supreme Court of Canada and American Citations 1945-1994: A Statistical Overview » (1997) 8 *Sup. Ct. L. Rev.* 527 [McCormick, "American Citations"]; Peter MCCORMICK, « American Citations and the McLachlin Court: An Empirical Study », (2009) 47-1 *Osgoode Hall Law J.* 83-129.

¹³⁷ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, par. 12.

¹³⁸ M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 46.

¹³⁹ J. WOEHLING, préc., note 36.

¹⁴⁰ F. JACQUELOT, préc., note 34 à la page 158.

étrangers pour répondre à une question à laquelle le droit local ne semble pas apporter de réponses claires et/ou suffisantes.

Également, nous avons relevé que si généralement, la citation se trouvait dans le corpus même du jugement, il arrivait qu'elle soit uniquement renvoyée en note de bas de page¹⁴¹.

■ ***La comparaison « balayage » : une palette colorée, mais peu de technique***

Nous avons constaté que les juges citaient parfois un panel de solutions existantes sans passer par une argumentation approfondie simplement pour constater l'étendue des possibilités¹⁴². Face à l'hétérogénéité des solutions, cette utilisation de la technique comparative de façon multilatérale conduit parfois le juge à souligner la complexité de la question de fait, ainsi que l'absence de solution miracle¹⁴³. Donc, le droit comparé permet parfois au juge de reconnaître l'absence de solution universelle¹⁴⁴.

La citation multilatérale peut également permettre au juge d'observer par la négative : dans l'arrêt *De Lange*¹⁴⁵, le juge sud-africain Lourens W. H. Ackermann utilise le droit comparé pour observer qu'aucun État n'a de disposition semblable à celle attaquée dans le pourvoi¹⁴⁶. Ce vide juridique « does strongly suggest that [this provisions] would be inimical to the fundamental norms and values of such countries relating to the separation of powers and the

¹⁴¹ *S v. Rens* (CCT1/95) [1995] ZACC 15.

¹⁴² Voir par exemple en Afrique du Sud : *South African National Defence Union v. Minister of Defence* (CCT27/98) [1999] ZACC 7, par. 34 ; *S v. Williams and Others* (CCT20/94) [1995] ZACC 6 ; *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15, par. 107 et 112 et au Canada : *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, [1998], par. 35; *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11, par. 8 et 9 ; *R. c. Jordan*, [2016] 1 R.C.S. 631, par. 142.

¹⁴³ *Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT17/96) [1996] ZACC 16, par. 24: « What emerges from the experience of these and other countries that have ended periods of authoritarian and abusive rule, is that there is no single or uniform international practice in relation to amnesty ».

¹⁴⁴ *Du Plessis and Others v De Klerk and Another* (CCT8/95) [1996] ZACC 10, par. 33: Le juge Kentridge explique : « A comparative examination shows at once that there is no universal answer to the problem of vertical or horizontal application of a Bill of Rights ».

¹⁴⁵ *De Lange v Smuts NO and Others* (CCT26/97) [1998] ZACC 6.

¹⁴⁶ *Id.*, par. 56 : le juge explique que l'absence de directive dans le droit d'autres États de *Common law*, qui autoriserait un officier président une réunion de créancier à emprisonner un témoin récalcitrant, suggère fortement que ce genre de disposition serait contraire aux principes fondamentaux découlant de la séparation des pouvoirs dans ces États.

rule of law »¹⁴⁷. Dans ce jugement, ceci permet notamment au juge de conclure par la suite sur l'une des caractéristiques que doit prendre la notion de « fair trial »¹⁴⁸ inscrite à l'article 12 du *Bill of Right* sud-africain de 1996.

Également, nous avons constaté que toutes les fois où la question portait sur la confrontation d'un droit fondamental et d'un principe de *Common law*, les juges débutaient de façon plutôt logique, leur comparaison avec des pays de *Common law*¹⁴⁹. Néanmoins, ceux-ci ne se limitent pas nécessairement à la citation de juge d'États du *Commonwealth*¹⁵⁰.

■ La *comparaison limitée dans l'espace, mais accrue dans le contenu*

Certaines fois, la juge limite son examen au droit de quelques pays, mais pousse alors son développement pour observer à quel point la solution pourrait être importée. Dans ce genre de situation, l'examen conduit souvent à l'incorporation au droit local¹⁵¹. C'est notamment le cas avec l'arrêt *Van Rooyen*¹⁵² où le juge sud-africain Chaskalson revient sur les notions de cours indépendantes et impartiales. Le juge Chaskalson confirme la validité d'un test d'impartialité s'inspirant directement des Cours canadienne et américaine. Après une longue analyse du droit canadien et américain, le juge finit par conclure : « I agree that an objective test properly contextualised is an appropriate test for the determination of the issues raised in the present

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*, par. 57.

¹⁴⁹ *President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo* (CCT11/96) [1997] ZACC 4, par. 16 à 22 : interprétation du droit à l'égalité de l'article 8 de la Constitution provisoire de 1993 (notamment dans le cas où un représentant du pouvoir exécutif aurait pris une décision marquant une rupture d'égalité entre citoyens) ; voir aussi *S v. Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)* (CCT31/01) [2002] ZACC 22, par. 44 ; voir aussi au Canada *Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640 par. 67 et 68.

¹⁵⁰ *Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others* (CCT5/95) [1995] ZACC 13, par. 24 : le juge observe l'existence ou non d'un privilège de *Common Law* contre l'auto-incrimination en Australie et au Canada afin d'interpréter l'article 12 de la Constitution de 1996 portant sur le droit à la justice, on relève néanmoins la présence par la suite de droit allemand au paragraphe 39 ; *President of the RSA v Hugo*; préc., note 149, par. 23; voir aussi *Thebus and Another v. S* (CCT36/02) [2003] ZACC 12, par. 22, et 57 à 60.

¹⁵¹ *S v. Lawrence*, *S v. Negal* ; *S v. Solberg* (CCT38/96, CCT39/96, CCT40/96) [1997] ZACC 11, par. 92 : le juge Chaskalson se fonde sur le droit comparé pour interpréter la liberté de religion ; *S v. Coetzee and Others* (CCT50/95) [1997] ZACC 2, par. 42 et 43, puis aux paragraphes 95 à 100. Dans cet arrêt, l'intérêt est principalement porté sur le droit canadien et américain et le juge conclut au paragraphe 100 avec une solution articulée autour du droit comparé.

¹⁵² *S and Others v Van Rooyen and Others (General Council of the Bar of South Africa Intervening)* (CCT21/01) [2002] ZACC 8.

case »¹⁵³. Ce cas n'est pas isolé, on retrouve cette façon de procéder dans d'autres décisions¹⁵⁴.

■ **La comparaison « test » : exposé de la richesse du droit comparé**

Dans ce cas de figure, le juge utilise un large panel de droits étrangers, et s'intéresse avec profondeur à chacune des solutions envisageables. Cette méthode est la plus exigeante en termes de recherche, de temps de travail et d'argumentation, mais elle est aussi plus intéressante et moins hasardeuse.

Par exemple, dans l'arrêt *First National Bank of SA Limited t/a Wesbank*¹⁵⁵, le juge Ackermann procède à une large analyse du droit comparé pour comprendre les limites du droit de propriété garanti par l'article 25 de la Constitution sud-africaine de 1996. Pour le juge, « [i]f the deprivation is not arbitrary, the section 25(1) right is not limited and the question of justification under section 36 does not arise »¹⁵⁶. Ici, il s'agit alors de s'interroger sur les dimensions que recouvre le terme d' « arbitrary » de l'article 25. Le juge observe le droit étranger avec précaution pour répondre à cette question :

« [A]lthough the context and analytical methodology are not the same as under our Constitution[, i]t is useful to consider approaches followed in other democratic systems before attempting to conclude what “arbitrary” deprivation means under section 25 of our Constitution »¹⁵⁷.

¹⁵³ *Id.* par. 34.

¹⁵⁴ Par exemple dans *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others* (CCT 03/04) [2004] ZACC 10, par. 58 et 66 concernant le droit de vote des prisonniers en Afrique du Sud, les juges reprennent le travail effectué au Canada dans l'arrêt *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] CSC 68.

¹⁵⁵ *First National Bank of SA Limited t/a Wesbank v Commissioner for the South African Revenue Services and Another; First National Bank of SA Limited t/a Wesbank v. Minister of Finance* (CCT19/01) [2002] ZACC 5.

¹⁵⁶ *Id.* par 70.

¹⁵⁷ *Id.* par 71.

S'en suit une analyse d'une quarantaine de paragraphes du droit anglais, allemand, australien, américain, canadien et européen sur cette question. On constate ici que le droit comparé, plus qu'un simple argument, construit la décision du juge et alimente sa réflexion¹⁵⁸.

L'exemple le plus frappant de cette catégorie est à ce jour l'un des premiers jugements de la Cour constitutionnelle sud-africaine : *State v. Makwanyane*¹⁵⁹. Cette affaire concernait deux personnes accusées de meurtre, tentative de meurtre et de vols avec circonstances aggravées. Les deux accusés avaient été condamnés à la peine de mort. La question soulevée en l'espèce était de savoir si la peine de mort devait être considérée comme une peine cruelle, inhumaine ou dégradante et donc, portant atteinte au droit à la vie en Afrique du Sud¹⁶⁰. De plus, si tel était le cas, les juges devaient ensuite déterminer si cette atteinte était susceptible d'être raisonnable et justifiée dans une société démocratique¹⁶¹.

Longtemps décriée, la peine de mort était vue en Afrique du Sud comme l'un des symptômes de l'apartheid. John Dugard (et de nombreux auteurs et juristes¹⁶² avant lui) explique :

« Il est impossible de dissocier le facteur racial de la peine de mort en Afrique du Sud. Sur les 2 740 personnes exécutées [entre 1910 et 1975], il est estimé que moins de 100 personnes étaient blanches ; aucun blanc n'a encore été pendu pour le viol d'un noir ; et seulement six blancs ont été pendus pour le meurtre de noirs. À l'inverse, les noirs

¹⁵⁸ *Id.* par 100 le juge conclut : « Having regard to what has gone before, it is concluded that a deprivation of property is “arbitrary” as meant by section 25 when the “law” referred to in section 25(1) does not provide sufficient reason for the particular deprivation in question or is procedurally unfair [...] ».

¹⁵⁹ *S v. Makwanyane*, préc., note 11.

¹⁶⁰ *Fundamental Rights*, Chapitre 3 de *The Interim Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993, art. 9 (maintenant *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 12) : « Every person shall have the right to life ».

¹⁶¹ *Id.*, art 33 (maintenant *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 36) : “The rights entrenched in this Chapter may be limited by law of general application, provided that such limitation—

(a) shall be permissible only to the extent that it is—

(i) reasonable; and

(ii) justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality; and

(b) shall not negate the essential content of the right in question,

¹⁶² John DUGARD, *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1978, p. 128., cite l'étude du Professeur B. VAN NIEKERK, « Hanged by the Neck Until You Are Dead », (1969) 86 *SALJ* 457, par. 467 : « ... the result of a questionnaire sent to advocates from which it emerged that “[...] almost 50 per cent [of the advocates], believe that justice as regards capital punishment is meted out on a differential basis to the different races, and that 41 per cent who so believe are of the opinion that such differentiation is ‘conscious and deliberate.’” » ; voir également les sources citées par John Dugard et la Cour constitutionnelle sud-africaine dans l'arrêt *S v. Makwanyane*, préc., note 11, par. 33 : Ellison KAHN et H. R HAHLO, *The New Constitution. Being a Supplement to South Africa : The Development of its Laws and Constitution*, London : Stevens & Sons, Cape Town, Juta, 1962, pp. 112-121.

poursuivis pour le crime ou le viol de blancs sont généralement exécutés » [notre traduction]¹⁶³.

À la fin des années 50, début des années 60, de nombreux chefs d'accusation ont été ajoutés à la liste des crimes susceptibles d'être sanctionnés de la peine de mort¹⁶⁴. Ainsi, en 1978, John Dugard dénonçait encore que :

« Au cours des vingt dernières années, le nombre de crimes passibles de la peine de mort a augmenté et, bien que le nombre d'exécutions annuelles ait diminué ces dernières années, il y a encore un nombre considérable d'exécutions chaque année. De plus, le gouvernement clairement indiqué qu'il n'était pas prêt à envisager l'abolition de cette forme de peine » [notre traduction]¹⁶⁵.

Moins de dix ans plus tard, contre toute attente, s'inscrivant dans un mouvement post-apartheid¹⁶⁶, cette peine est abolie et disparaît de l'ordonnement juridique. Ce jugement est d'une importance capitale car il représente à la fois « une opportunité de consolider le rôle de la Cour en tant que gardienne d'une Constitution suprême, mais également le danger d'être perçue comme soutenant les desseins antidémocratiques de l'ancien parti au pouvoir de l'apartheid du Cap-Occidental » [notre traduction]¹⁶⁷. La Cour réussit finalement le pari en prouvant son rôle capital dans la démocratie constitutionnelle naissante « d'une manière à susciter l'acceptation si ce n'est même, le support sans réserve de toutes les parties » [notre traduction]¹⁶⁸, et ce, sur une base renforcée de droit comparé.

¹⁶³ *Id.*, p. 127-128.

¹⁶⁴ Par exemple avec le crime de sabotage (*General Law Amendment Act 76 of 1962*, art. 21) ou de cambriolage avec circonstances aggravées (*Criminal Procedure Amendment Act 9 of 1958*, art. 4).

¹⁶⁵ J. DUGARD, préc., note 162, p. 125.

¹⁶⁶ H. KLUG, préc., note 12, pp. 152-153 : « The Death Penalty Case involved the interpretation of fundamental rights and the striking down of law and practice that was closely associated with the violations and inequalities of the apartheid era », voir également *S v. Makwanyane*, préc., note 11, par. 88 : « The very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in the court was to protect the rights of minorities and others who cannot protect their rights adequately through the democratic process ».

¹⁶⁷ H. KLUG, préc., note 12, p. 153. Il faut souligner en effet que durant le régime de l'apartheid les Cours étaient considérées comme partisans du régime. Les juges n'étaient alors pas perçus par la population comme des arbitres impartiaux du droit mais comme les exécutants d'une œuvre anti-démocratique.

¹⁶⁸ *Id.*, p.153.

En citant différents États,¹⁶⁹ le juge va observer quel ensemble de valeurs juridiques correspond le plus au droit local. Le juge débute sa comparaison en citant la décision canadienne *Reference re s. 94(2) of the Motor Vehicle Act*¹⁷⁰. Il démontre dès le départ une appartenance à des valeurs proches de celles de la société canadienne en soulignant que la Constitution sud-africaine, tout comme la canadienne sont des produits « of a multiplicity of persons, some of whom took part in the negotiations, and others who as members of Parliament enacted the final draft »¹⁷¹.

Le juge expose ensuite les vives tensions suscitées par cette question un peu partout dans le monde¹⁷². Par conséquent, « international and foreign authorities are of value because they analyse arguments for and against the death sentence and show how courts of other jurisdictions have dealt with this vexed issue »¹⁷³. C'est donc ici que vient se cristalliser l'intérêt de l'utilisation de la technique comparative dans ce jugement.

➤ *L'interprétation d'un traitement cruel, inhumain et dégradant*

Le juge passe au peigne fin l'ensemble des dispositions de différents États¹⁷⁴ pour découvrir, comme le rappelait l'ancien juge Sydney Kentridge, que si certaines constitutions acceptaient explicitement la peine de mort comme les États-Unis et l'Inde, d'autres la refusaient de manière tout aussi explicite, comme l'Allemagne et la Namibie. Également, le juge souligne que « in nearly all countries where the death penalty had been abrogated, that had been done by Parliament, not by judicial decision (an exception was Hungary) »¹⁷⁵. Le juge va ainsi s'intéresser principalement à la solution élaborée par la cour de Hongrie étant celle qui se trouvait dans la situation contextuelle la plus proche¹⁷⁶.

Le juge conclut son analyse des pratiques étrangères et résume ainsi :

¹⁶⁹ *S v. Makwanyane*, préc. note 11, à partir du par. 16.

¹⁷⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

¹⁷¹ *S v. Makwanyane*, préc. note 11, par. 18.

¹⁷² *Id.*, par. 33.

¹⁷³ *Id.*, par. 34.

¹⁷⁴ *Id.*, par. 61, notamment au Canada, en Allemagne, ou aux États-Unis et par. 75 et 77 pour l'Inde.

¹⁷⁵ Sir Sydney KENTRIDGE, « Comparing Human Rights Jurisdictions », dans Guy CANIVET (dir.), Mads ANDENAS (dir.), et Duncan FAIRGRIEVE (dir.), *Comparative Law Before the Courts*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 236-242 à la page 236.

¹⁷⁶ *S v. Makwanyane*, préc. note 11, par. 83-6.

« The United Nations Committee on Human Rights has held that the death sentence by definition is cruel and degrading punishment. So has the Hungarian Constitutional Court, and three judges of the Canadian Supreme Court. The death sentence has also been held to be cruel or unusual punishment and thus unconstitutional under the state constitutions of Massachusetts and California »¹⁷⁷.

Le but principal est ici de découvrir quelle signification recouvre la notion constitutionnelle de traitements « cruels, inhumains ou dégradants ». Grâce au droit comparé, le juge parvient à donner un sens à ces mots et peut finalement conclure que « the death penalty is indeed a cruel, inhuman and degrading punishment »¹⁷⁸.

➤ *Une atteinte justifiée dans une société démocratique ?*

Mais le jugement ne s'arrête pas là. Les juges doivent désormais s'intéresser à la question du test de proportionnalité découlant de l'interprétation donnée à l'article 33 du *Bill of Rights* de 1993. Afin d'interpréter cette limitation des droits inscrite dans la Constitution, les juges utilisent les travaux canadiens avec une partie du jugement entièrement consacrée à la « *Limitation of Rights in Canada* » où ils reviennent sur l'arrêt *Oakes*¹⁷⁹. Le juge s'appuie sur le test canadien pour analyser son propre article. Ainsi, après avoir cité l'arrêt *Oakes*, il précise : « [A]s I will show later, if all relevant considerations are taken into account, it is at least doubtful whether a sentence of capital punishment for murder would satisfy the third component of the *Oakes* test »¹⁸⁰. Dans les paragraphes suivants, le juge reprend l'article similaire inscrit dans la Constitution allemande¹⁸¹ puis européenne¹⁸².

On constate finalement dans cette décision que plus qu'informative, la technique comparative a été structurante et élaboratrice. Sans l'utilisation de cette technique, le juge ne serait manifestement pas parvenu à la même solution. Également, on voit ici qu'il ne s'agit pas seulement d'une comparaison d'éléments jurisprudentiels : le juge se « livre à un travail de reconstruction d'un principe juridique [...] qui prend appui sur des sources très diversifiées et

¹⁷⁷ *Id.*, par. 90.

¹⁷⁸ *Id.*, par. 95.

¹⁷⁹ *Id.*, par. 105; voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 106.

¹⁸¹ *Id.*, par. 107.

¹⁸² *Id.*, par. 109.

dont il déduit un résultat destiné à constituer le paramètre utilisé afin de vérifier la constitutionnalité/inconstitutionnalité de la loi soumise à l'examen de la cour »¹⁸³.

Ainsi, le droit comparé permet au juge de s'informer sur des points auxquels le droit local ne permet pas encore de répondre, ou lorsque celui-ci semble injustifié. Comme le souligne Thomas Bingham, il semblerait que le droit comparé soit d'un apport informatif important :

« [When] domestic authority points towards an answer that seems inappropriate or unjust [and when] domestic authority appears to yield no clear answer. In such situations, [...] the courts have proved willing to take notice of, and give weight to, solutions developed elsewhere »¹⁸⁴.

De la même façon qu'en Afrique du Sud, les juges canadiens reviennent sur une analyse comparative dans l'arrêt *Carter*¹⁸⁵. Dans ce cas difficile où il était question de savoir si la loi criminalisant l'aide médicale à mourir portait atteinte aux droits fondamentaux de la personne, les juges suprêmes soulignent l'intérêt porté par les juges de première instance à la façon dont cette assistance avait été mise en place dans les pays ayant décriminalisé cette pratique¹⁸⁶. Ils reviennent ainsi notamment sur le cas de la Belgique, pour rejeter celui-ci pour la raison première que « le régime permissif de la Belgique résulte d'une culture médico-légale très différente »¹⁸⁷ de celle du Canada. Il est possible de souligner grâce à ce cas que si le droit comparé permet d'offrir différentes pistes aux tribunaux face à des problèmes portant sur les droits fondamentaux, la technique ne se limite pas à effectuer une transposition dans le droit local. En effet, à l'instar de Kelly Picard¹⁸⁸, nous avons remarqué qu'une meilleure visibilité des sentiers s'offrant aux juges n'entraînait pas nécessairement l'emprunt de ces chemins.

¹⁸³ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 154.

¹⁸⁴ T. BINGHAM, préc., note 72, p. 8.

¹⁸⁵ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 11.

¹⁸⁶ *Id.*, par. 25.

¹⁸⁷ *Id.*, par. 112.

¹⁸⁸ Kelly PICARD, « L'éviction à rebours du droit étranger par les juges constitutionnels », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. A la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 39-48.

2. Observer pour rejeter : « l'éviction à rebours », méthode de spécialisation étatique

Marie-Claire Ponthoreau et Tania Groppi font remarquer¹⁸⁹ que dans le procédé interprétatif, l'utilisation de précédents étrangers dans le discours du juge permettrait parfois « d'orienter le raisonnement, d'offrir un guide »¹⁹⁰, quand d'autres fois, les citations de précédents étrangers constituaient des « exemples à ne pas suivre » et induisaient un raisonnement « a contrario »¹⁹¹. C'est également ce que souligne Carey Miller « to consider foreign law does not necessarily commit the courts to following foreign law – on the contrary, reference to foreign law can often be useful in avoiding mistakes made elsewhere »¹⁹².

Kelly Picard, qui s'est principalement intéressée à cette catégorie, a élargi cette considération à l'ensemble du droit comparé dans le discours du juge. Ainsi, Kelly Picard expose la théorie de l'« éviction à rebours » se différenciant du simple rejet de la technique comparative :

« Le rejet laisse planer le doute d'une exclusion automatique sans même envisager l'argument de droit comparé ou suppose l'échec d'une intégration ayant conduit au rejet. L'éviction à rebours signifie que le matériau de droit étranger a été envisagé, mais qu'après examen, il a été écarté »¹⁹³.

L'éviction à rebours est une action en deux étapes : dans un premier temps, la juge va utiliser la technique comparative pour observer les solutions ou méthodes mises en place ailleurs. Toutefois, contrairement aux cas présentés dans la première partie de ce travail, dans le second temps de son raisonnement la juge rejette la conception étrangère.

Cette méthode se retrouve notamment dans l'arrêt *Oakes*¹⁹⁴ portant sur la présomption d'innocence au Canada. Dans cette décision, les juges statuent que l'article faisant peser sur une personne trouvée en possession de n'importe quelle quantité de drogue la présomption d'avoir voulu en faire le trafic allait à l'encontre de la Charte des droits et libertés

¹⁸⁹ T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81, p. 9.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.*

¹⁹² D. L. CAREY MILLER, préc., note 103 à la page 205.

¹⁹³ K. PICARD, préc., note 188 à la page 39.

¹⁹⁴ *R. c. Oakes*, préc., note 179.

canadienne¹⁹⁵. Afin de parvenir à cette conclusion, les juges canadiens ont analysé la jurisprudence américaine et notamment la décision *Tot v. United States*¹⁹⁶. Les juges canadiens expliquent qu'aux États-Unis, « la présomption d'innocence n'est pas expressément protégée »¹⁹⁷. Ils observent ensuite l'évolution de la protection apportée à ce principe grâce aux différentes jurisprudences américaines¹⁹⁸. Finalement, il apparaît qu'aux États-Unis, une loi inversant la charge de la preuve en matière criminelle sera considérée comme constitutionnelle uniquement si « le fait prouvé [...] suffi[t] pour justifier la conclusion que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable" »¹⁹⁹.

Les juges canadiens s'intéressent donc à la jurisprudence américaine et souligne finalement le « haut degré de protection constitutionnelle accordé au principe »,²⁰⁰ mais n'acceptent pas la solution comme telle pour autant : ils poussent plus loin l'analyse de la protection²⁰¹ et l'examinent conformément à l'article 1 de la Charte canadienne²⁰² qui n'a aucun équivalent dans le droit américain.

Ainsi, dans cet exemple le juge s'ouvre à l'analyse du droit étranger, mais n'en accepte pas la solution exacte pour autant.

C'est également ce qui s'est produit dans le premier arrêt de la Cour constitutionnelle sud-africaine²⁰³. Cette affaire portait sur l'admissibilité de la preuve découlant d'une confession

¹⁹⁵ Pour une analyse approfondie de l'arrêt *Oakes* voir : Danielle PINARD, « La promesse brisée de Oakes », dans Luc B. TREMBLAY (dir.) et Grégoire Charles N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes*, Montréal, Thémis, 2009, p. 131-154.

¹⁹⁶ *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943).

¹⁹⁷ *R. c. Oakes*, préc., note 179, par. 50.

¹⁹⁸ Dont notamment l'arrêt américain : *County Court of Ulster County, New York, et al v. Allen et al* 442 US 140 (1979).

¹⁹⁹ *R. c. Oakes*, préc., note 179, par. 53 : le juge Dickson cite ici l'arrêt *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979).

²⁰⁰ *Id.*, par. 57.

²⁰¹ *Id.*, par. 57-9 ; le juge Dickson explique d'ailleurs : « Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d) ».

²⁰² *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc., note 40, art. 1 : « 1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

²⁰³ *S v Zuma and Others*, préc., note 134.

avant procès. La loi soumise au test de constitutionnalité disposait qu'il revenait à l'accusé de démontrer que l'aveu produit avait été obtenu par la force. Cette loi faisait donc peser la charge de la preuve sur le défendeur²⁰⁴. De la même manière, les juges sud-africains ont dû s'interroger sur la constitutionnalité de cette règle face au principe de l'article 25 de la Constitution provisoire de 1993 garantissant le droit à un procès juste et équitable. Le juge Kentridge cite alors de nombreuses cours²⁰⁵ pour finalement s'intéresser plus particulièrement à celle des États-Unis et, à l'instar de la cour canadienne, à la jurisprudence américaine *Tot*²⁰⁶. Les juges sud-africains reprennent le critère américain de la « rational connection between the facts proved and the fact presumed ...»²⁰⁷. Le juge Kentridge observe que ce test, bien qu'intéressant, ne semble pas concluant²⁰⁸. Il considère alors la jurisprudence canadienne *Oakes*²⁰⁹. Le juge Kentridge relève ainsi que la cour canadienne s'était elle aussi intéressée au test formulé par la Cour américaine en analysant sa Charte de droits²¹⁰.

Finalement, le juge sud-africain choisit de s'éloigner de l'interprétation américaine pour se rapprocher du mécanisme canadien. Il justifie un intérêt plus prononcé pour la jurisprudence canadienne en raison d'une plus grande proximité de rédaction entre le texte canadien et sud-africain et adopte un positionnement similaire à celui des juges canadiens concernant la jurisprudence américaine²¹¹ :

« The Canadian cases on reverse onus provisions seem to me to be particularly helpful, not only because of their persuasive reasoning, but because section 1 of the Charter has a limitation clause analogous to section 33 of the South African Constitution. This calls for a "two-stage" approach. First, has there been a contravention of a guaranteed right? If so, is it justified under the limitation clause? The single stage approach (as in the US Constitution or the Hong Kong Bill of Rights) may call for a more flexible approach to the

²⁰⁴ Le *Criminal Procedure Act* voulait que la charge de la preuve repose sur le défendeur. En d'autres termes, c'était au défendeur de prouver que la confession faite devant le magistrat avait été contrainte. Ce n'était donc pas à l'État de prouver que celle-ci avait été faite en bon et due forme et qu'elle n'avait pas été forcée.

²⁰⁵ *S v Zuma and Others*, préc., note 134, par. 19.

²⁰⁶ *Tot v. United States*, préc., note 196.

²⁰⁷ *S v Zuma and Others*, préc., note 134, par. 20., cite *Tot v. United States*, préc., note 196, par. 467-8.

²⁰⁸ *Id.*, par. 20.

²⁰⁹ *Id.*, par. 22.

²¹⁰ *Id.*, par. 21.

²¹¹ *Id.*, par. 22-5.; Voir aussi : Venter FRANÇOIS, *Constitutional Comparison. Japan, Germany, Canada and South Africa as Constitutional States*, Cape Town, Cambridge, Cape Town, South Africa : JUTA; Cambridge, MA : Kluwer Law International, 2000, p. 102.

construction of the fundamental right, whereas the two-stage approach may call for a broader interpretation of the fundamental right, qualified only at the second stage »²¹².

Ainsi, tant dans l'affaire *Oakes*, que dans celle de *Zuma*, on constate l'existence d'une « éviction à rebours » : le juge observe le droit construit à l'extérieur de son Etat pour finalement en rejeter les solutions. La principale raison du rejet repose sur la présence d'un article de limitation des droits inscrit dans la Charte canadienne²¹³ et figurant également dans le *Bill of Rights* sud-africain²¹⁴.

On peut également relever que dans l'arrêt *Zuma*, le juge procède à une double comparaison : il s'intéresse au droit américain, au droit canadien et à la façon dont les juges canadiens rejettent le droit américain. Ainsi, le juge utilise le droit comparé dans son raisonnement non seulement pour s'éclairer sur les approches étrangères, mais également pour construire son raisonnement, tout en développant le sens des droits fondamentaux.

À travers ces deux décisions, on constate qu'observer ne signifie pas nécessairement emprunter. Le droit comparé permet ici au juge d'aller dans deux directions : celle du rejet (éviction à rebours de la décision américaine), et celle du suivi (acceptation de la conception canadienne). Ceci permet donc de définir un cadre et un modèle de constitutionnalisme : le juge indique ce que la Constitution tend à être, mais également, souligne ce qu'elle n'est pas.

Cette façon de procéder se retrouve également dans deux arrêts sur la diffamation au Canada et en Afrique du Sud.

Dans l'arrêt *Église de scientologie de Toronto* ²¹⁵, les juges s'interrogent sur la constitutionnalité de l'action en diffamation en *Common law* ²¹⁶ et l'adjudication de dommages et intérêts dans ce type d'action. La question était finalement de savoir si la

²¹² *S v Zuma and Others*, préc., note 134, par. 21.

²¹³ *Id.*

²¹⁴ *The Interim Constitution of the Republic of South Africa*, 1993, préc., note 160, art. 33 au moment du jugement. Depuis 1996 : *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 36.

²¹⁵ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

²¹⁶ Les juges de la cour constitutionnelle sud-africaine répondent également à cette question dans l'arrêt *Khumalo and Others v Holomisa* (CCT53/01) [2002] ZACC 12, où ils reprendront l'arrêt *Hill* et le cas états-unien *Sullivan*, précisant d'ailleurs pour ce cas au paragraphe 40 que « this decision represents the high-water mark of foreign jurisprudence protecting the freedom of speech and many jurisdictions have declined to follow it ».

Common law offrait un « juste équilibre entre deux valeurs »²¹⁷ : la liberté d’expression et la protection de la réputation. Pour l’appelant Morris Manning, la règle de *Common law*²¹⁸ n’avait pas suivi les évolutions de la société canadienne, entraînant ainsi un déséquilibre entre ces deux valeurs. La Cour s’est donc interrogée au travers de la jurisprudence canadienne et de l’évolution de la *Common law* sur la confrontation et l’opposition de ces principes. Les juges examinent la nature et les valeurs en cause concernant la question de l’action en diffamation²¹⁹, pour aller jusqu’à la « solution proposée : la règle de la “malveillance véritable” selon *New York Times c. Sullivan* »²²⁰. Ainsi, les juges canadiens analysent la façon dont les juges américains ont traité la règle de *Common law* portant sur la diffamation dans leur propre droit. Avant de commencer à analyser l’arrêt américain, les juges canadiens soulignent qu’« [a]vant tout, il importe de saisir le contexte social et politique qui, à cette époque, a certainement influencé la décision *New York Times c. Sullivan* »²²¹.

Les juges canadiens analysent tous les effets de cette décision dans la société américaine et le fait que « nombre de juristes aux États-Unis préconisent la révision de la norme énoncée dans *New York Times c. Sullivan* »²²². La Cour suprême cite également *Coughlin c. Westinghouse Broadcasting*²²³ dans lequel le juge en chef Burger et le juge Rehnquist sont dissidents et proposent de reconsidérer la solution adoptée dans *Sullivan*. Le juge Cory va ensuite succinctement s’interroger sur la réception du précédent américain en Australie²²⁴ et au Royaume-Uni²²⁵. Il constate finalement que les deux États de *Common law* n’ont pas suivi la solution états-unienne²²⁶. Ainsi, il « ne voi[t] aucune raison de l’adopter au Canada dans une

²¹⁷ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 215, par. 100.

²¹⁸ La règle traditionnelle de *Common Law* lorsqu’une procédure judiciaire est instituée devant un tribunal légitimement constitué exerçant ses prérogatives en séances publiques veut que la publication, sans malveillance, d’un compte rendu de ce qui se passe devant le tribunal jouisse d’une immunité, sauf si les documents en question n’ont pas été déposés auprès du tribunal.

²¹⁹ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 215, par. 100 et suiv.

²²⁰ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 215, par. 122. Cette règle, introduite par les juges états-unis dans l’arrêt *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) « consistait à supprimer les présomptions de fausseté et de malveillance existant en common law, et à imposer au demandeur le fardeau d’établir qu’à l’époque où les propos diffamatoires ont été tenus, le défendeur savait qu’ils étaient faux ou ne se souciait pas de savoir s’ils l’étaient ou non ».

²²¹ *Id.*, par. 123.

²²² *Id.*, par. 132.

²²³ *Coughlin c. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986)

²²⁴ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 215, par. 135.

²²⁵ *Id.*, par. 136.

²²⁶ *Id.*, par. 137.

action opposant des plaideurs privés »²²⁷. Une fois de plus, on constate que les juges canadiens observent et analysent en profondeur le droit américain pour en rejeter la solution, ici pour des raisons d'ordre contextuel.

Il est intéressant de relever que l'année suivante, la cour sud-africaine utilisera cette analyse de la cour canadienne dans l'arrêt *Du Plessis*²²⁸. La Cour s'intéressera même à la façon dont les juges canadiens rejettent l'arrêt *Sullivan*²²⁹.

Par la suite, dans un arrêt canadien concernant le droit à réparation pour énoncés de faits diffamatoires, *Torstar Corp*²³⁰, les juges s'appuieront sur une analyse de droit comparé dans différents États de *Common law*²³¹. Pour trouver la solution au problème posé, les juges font plusieurs fois référence à l'Afrique du Sud. Ils reviendront sur l'ensemble des jurisprudences en la matière dans le droit sud-africain en commençant par citer l'arrêt *Du Plessis*²³².

Ainsi, en plus d'utiliser des techniques comparatives similaires dans ce domaine, on constate l'existence d'un échange mutuel d'idées entre les juges sud-africains et canadiens.

De la même façon, dans l'affaire *Rahey*²³³, le juge Lamer rend le jugement majoritaire et repousse l'interprétation étrangère en opérant une distinction entre le droit à un délai raisonnable garanti à l'article 11 de la Charte canadienne et le droit à un procès équitable prévu à l'article 7 et 11d) de la même Charte²³⁴.

En Afrique du Sud, cette méthode a également été utilisée dans de nombreux arrêts. Dans l'arrêt *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*²³⁵, le juge Ackermann utilise le droit comparé pour souligner les particularités locales. Ainsi, après avoir brièvement cité le droit de

²²⁷ *Id.*, par. 137.

²²⁸ *Du Plessis and Others v De Klerk and Another*, préc., note 144, par. 33 à 41.

²²⁹ *Id.*, par. 58.

²³⁰ *Grant c. Torstar Corp*, préc., note 149.

²³¹ *Id.*, par. 85.

²³² *Id.*, par. 82 et suiv.

²³³ *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588 : le juge Lamer analyse plusieurs jurisprudences américaines afin d'observer quelle interprétation les juges suprêmes ont décidé d'accorder au droit fondamental d'obtenir une procédure judiciaire dans un « délai raisonnable ».

²³⁴ *Id.*, aux paras 26-8

²³⁵ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others* (CCT11/98) [1998] ZACC 15, par. 56.

plusieurs « États démocratiques »²³⁶, le juge s'attarde sur le droit américain sur plusieurs paragraphes²³⁷ pour finalement conclure au rejet du droit étranger :

« There are other democratic countries beside the United States which have not yet decriminalised sodomy in private between consenting adult males. Unlike the constitutions of these countries, however, our 1996 Constitution specifically mentions “sexual orientation” as a listed ground in section 9(3) on which the state may not unfairly discriminate, it being presumed (until the contrary is established) that discrimination on such ground constitutes unfair discrimination and thus a breach of section 9 »²³⁸.

Dans l'arrêt *Lawrence, Negal et Solberg*²³⁹, le juge Chaskalson est interrogé sur la constitutionnalité d'une loi prohibant la vente d'alcool le dimanche. Il procède alors à une large analyse de l'arrêt *Big M Drug Mart*²⁴⁰. On peut constater ici que l'intégralité de la réflexion concernant la question de la liberté de religion est fondée sur l'argumentation comparée. Tout au long des paragraphes 87 à 108, la Cour articule son argumentation autour du droit comparé. Le juge Chaskalson choisit d'ailleurs explicitement de suivre la définition de la liberté de religion découlant du jugement canadien : « I cannot offer a better definition than this of the main attributes of freedom of religion »²⁴¹.

Il est intéressant de relever ici que malgré la place primordiale du droit comparé en tant que l'un des fondements juridiques majeurs de ce jugement, la Cour décide finalement de ne pas suivre la solution finale adoptée par les juges canadiens. Ainsi, le droit comparé permet au juge d'interpréter le *Bill of Rights* concernant la liberté de religion, néanmoins, la solution finale canadienne n'est pas adoptée par les juges sud-africains. C'est ici toute la dimension de l'éviction : le juge trouve la réponse à un problème nouvellement présenté devant la Cour grâce au droit comparé, et ce, même si la solution finale adoptée par la cour canadienne ne peut être transposée dans le droit sud-africain pour des raisons principalement contextuelles²⁴². On observe néanmoins que si le juge accentue les spécificités locales en rejetant la solution finale de la cour canadienne, les apports du droit comparé portant sur l'interprétation de la liberté de religion ne sont pas à minimiser. Le juge Sachs reviendra d'ailleurs sur cette

²³⁶ *Id.*, par. 43 et 52, cite entre autres Australie, Canada, Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande...

²³⁷ *Id.*, par. 52 à 55.

²³⁸ *Id.*, par. 56.

²³⁹ *S v. Lawrence, S v. Negal ; S v. Solberg*, préc., note 151.

²⁴⁰ *Id.*, par. 87 à 90 et 92 ; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295.

²⁴¹ *Id.*, par. 92.

²⁴² *Id.*, par 92, 95, et 98, voir aussi note de bas de page 512.

interprétation en 2000, citant de nouveau la cour canadienne²⁴³ dès le début de son analyse, dans un cas compliqué portant sur deux droits garantis par le *Bill of Rights*, dont la liberté de religion²⁴⁴.

Le problème de racines juridiques différentes influant sur le résultat de la décision ressort également de l'affaire *Mamabolo*²⁴⁵. Cet arrêt constitue un cas important d'utilisation du droit comparé. En l'espèce, il était question de savoir s'il fallait limiter la liberté d'expression lorsque celle-ci était utilisée pour scandaliser les cours. Qualifiable de *hard case*, cette affaire survient peu de temps après l'établissement de la nouvelle Constitution. Ainsi les juges devaient protéger la nouvelle liberté d'expression offerte à la population tout en préservant la réputation d'une cour constitutionnelle nouvellement créée et garantissant l'État de droit. Le juge Kriegler tire assistance du droit comparé et considère principalement le droit états-unien et canadien. Il observe l'existence d'un « *test for scandalising* »²⁴⁶, qu'il rejette ensuite²⁴⁷ en précisant :

« There is yet another and no less fundamental reason why one should be slow to engraft such a test on to our law : the two are inherently incompatible, and they are incompatible because they stem from different *common law* origins and subsist in materially different constitutional regimes »²⁴⁸.

Une nouvelle fois, le juge observe le droit étranger, s'interroge, mais finalement s'écarte de la solution, vraisemblablement en raison de l'existence de racines juridiques distinctes entre les États-Unis et l'Afrique du Sud.

On constate finalement que l'éviction à rebours peut être causée par l'existence de différences entre États, tant sur le plan juridique, qu'extrajuridique.

²⁴³ *Christian Education South Africa v Minister of Education* (CCT4/00) [2000] ZACC 11, par. 18.

²⁴⁴ *Id.*, Le cas portait sur l'interdiction ou l'autorisation de punitions corporelles dans une école chrétienne. Le juge devait donc délimiter la frontière entre liberté de religion et droit à la dignité humaine ; voir également le jugement sud-africain : *Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope* (CCT36/00) [2002] ZACC 1 : Il s'agissait ici de savoir si une personne qui s'était vue refuser l'accès à la profession d'avocat après avoir été trouvée en possession de cannabis et avoir affirmé son intention de continuer à en consommer, conformément aux pratiques de la religion Rastafari, pouvait invoquer son droit à la liberté de religion pour contester cette interdiction d'exercer.

²⁴⁵ *S v Mamabolo* (CCT 44/00) [2001] ZACC 17.

²⁴⁶ *Id.*, par. 35.

²⁴⁷ *Id.*, par. 39 à 43.

²⁴⁸ *Id.*, par. 40.

Il ressort de l'analyse de ces jugements que la citation du droit étranger n'aboutit pas nécessairement à la greffe de la solution au droit national. En effet, nous venons de voir à travers divers exemples, tant canadiens que sud-africains, qu'il arrivait aux juges de procéder par « élimination » et de s'intéresser à des jugements pour finalement en rejeter les interprétations qu'ils proposent.

On constate donc que cette méthode est utilisée tant par les juges canadiens que par les juges sud-africains. Il existe donc une proximité dans l'utilisation de la technique comparative sur ce point. En plus d'être une méthode utilisée par les juges des deux États, l'éviction à rebours est mise en place de façon similaire dans le raisonnement des juges canadiens et sud-africains.

Ceci nous permet de conclure sur deux points. Tout d'abord on constate que la pratique de l'éviction à rebours existe autant en Afrique du Sud qu'au Canada. L'existence de ce mécanisme permettant de souligner les spécificités étatiques au sein des deux États marque un point de convergence dans l'utilisation de la technique comparative faite par les juges canadiens et sud-africains.

Ce qui nous conduit à notre seconde remarque. On constate en effet que les droits ne cessent de voyager. Toutefois au lieu de s'implanter d'un État à l'autre, ils permettent de perfectionner le droit local. Ainsi, observer l'autre permettrait de tirer des enseignements et de structurer davantage notre droit interne en faisant ressortir nos propres spécificités. C'est d'ailleurs ce que souligne Kelly Picard :

« La pratique de l'éviction permet aux cours constitutionnelles notamment aux plus jeunes, de s'affirmer et de renforcer leur autorité. (...) De la sorte, les cours constitutionnelles les plus récentes qui recouraient au droit comparé souvent par manque de références dans leur propre droit interne parviennent progressivement et subtilement à devenir plus autonomes. Cette émancipation atteste une nouvelle fois de la maturité et de la légitimité de la juridiction »²⁴⁹.

De plus, ces différents arrêts attestent de l'existence de considérations extrajuridiques dans le processus de prise de décision du juge. En effet, si l'éviction est parfois causée par des

²⁴⁹ K. PICARD, préc., note 188 à la page 44.

différences textuelles entre les États, nous avons également pu remarquer qu'elle survienne en raison de différences contextuelles²⁵⁰, voire culturelles, limitant ainsi l'emprunt de solutions étrangères. C'est d'ailleurs ce qui ressort du travail de Kelly Picard qui conclut que :

« [L]a reconstitution des contextes, nécessaire à l'utilisation de matériaux de droit étranger, permet aux juges de préciser le sens et la portée des standards de protection des droits et libertés fondamentaux dans leur droit interne. Le véritable apport de cette pratique réside donc dans l'enrichissement du droit, des techniques de travail et parfois même dans la protection de certaines spécificités culturelles. En somme, l'intérêt majeur de l'éviction à rebours tient dans le processus de légitimation que construisent chaque jour les juges des cours constitutionnelles »²⁵¹.

•••

Les exemples canadiens et sud-africain attestent du fait que droit comparé dans le discours du juge peut être une véritable source d'apports. Que la solution étrangère soit bien reçue par le droit local ou non, la construction de la décision qui se fait sur des fondations comparatives offrira de plus grandes possibilités au juge. Celui-ci trouvera dans le droit étranger des solutions originales, différentes de celles proposées par son droit local.

Nous allons désormais nous intéresser à la seconde catégorie principale d'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge. Il s'agit de l'utilisation de la technique comparative aux fins d'appui du raisonnement du juge.

B. UN SOUPÇON DE COMPARAISON DANS UNE OPTIQUE DE PERSUASION

Dans son étude sur l'utilisation des précédents étrangers au Canada et en Afrique du Sud, Shannon Ishiyama Smithey relevait que les juges procédaient de cette façon afin d'être plus convaincants : « On the bench, judges rely on precedent to make their opinions more persuasive by providing justification for the adequacy of the decision »²⁵².

²⁵⁰ Voir par exemple : *S v. Coetzee and Others*, préc., note 151, par. 42.

²⁵¹ K. PICARD, préc., note 188 à la page 48.

²⁵² S. I. SMITHEY, préc., note 88, 1190.

Nous avons relevé de la lecture des décisions canadiennes et sud-africaines que le juge utilisait le droit comparé comme outil argumentatif lorsque celui-ci avait besoin de renfort pour légitimer sa décision (1). De cette manière, le droit comparé peut servir d'argument face aux oppositions locales quand d'autres fois, il permettra d'appuyer la cour sur la scène internationale (2).

1. Le droit comparé au renfort de l'argumentation du juge.

Le juge, qui a pour mission d'apporter une réponse juridique à un problème donné, doit convaincre son auditoire en démontrant la pertinence de la solution choisie.

Manquant parfois d'arguments de droit local pour appuyer ses prétentions, il semblerait que le juge recourt au droit comparé pour appuyer ses propos et donner plus de vigueur à son raisonnement. Certains auteurs tels que Smithey²⁵³, expliquent que les juges « utilisent les précédents comme une forme de justification dans leurs efforts pour convaincre les autres acteurs » [notre traduction]²⁵⁴. De plus, elle relève que les juges canadiens et sud-africains utilisent également le droit étranger dans le but de convaincre leurs homologues : « Comme prévu, j'ai trouvé une corrélation significative dans les deux pays entre le nombre de citations utilisées et le nombre d'opinions rendues dans une affaire » [notre traduction]²⁵⁵.

De la même façon, dans l'étude concernant l'utilisation des précédents étrangers dans le raisonnement des juges, Tania Groppi et Marie-Claire Ponthoreau soulignent que :

« Les juges semblent davantage contraints à citer un grand nombre de précédents étrangers non seulement pour vaincre l'opposition de leur collègue, mais aussi pour rendre leurs décisions plus acceptables aux yeux du public et des autres acteurs institutionnels dotés d'un pouvoir d'exécution. De plus, en moyenne, les juges recourent davantage aux jurisprudences étrangères pour renverser une action gouvernementale que pour la défendre » [notre traduction]²⁵⁶.

²⁵³ S. I. SMITHEY, préc., note 88.

²⁵⁴ *Id.*, 1200.

²⁵⁵ *Id.*, 1202.

²⁵⁶ T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81, p. 59-60.

Il semblerait donc que les juges, en plus d'avoir recours au droit comparé pour s'informer, utilisent celui-ci pour convaincre leur auditoire du bien-fondé de la solution du procès.

Nous avons vu précédemment que le juge Chaskalson de la Cour constitutionnelle sud-africaine s'était intéressé à la situation du Canada pour fonder son jugement dans l'arrêt portant sur la peine de mort dans son État²⁵⁷. Nous allons maintenant observer comment, quelque temps plus tard, les juges canadiens ont utilisé le droit comparé dans un arrêt portant sur l'extradition aboutissant à une peine de mort²⁵⁸.

Sebastien Burns et Atif Rafay, deux adolescents canadiens à peine majeurs au moment des faits, sont accusés en 1994 d'un triple meurtre commis aux États-Unis. La cour canadienne s'interroge sur le sort des deux adolescents : doit-on les renvoyer devant la Cour américaine sans garantie que ceux-ci ne subissent la peine de mort, conformément au traité d'extradition²⁵⁹ en vigueur entre ces deux États ; ou au contraire, doit-on demander cette garantie avant de les renvoyer subir leur procès aux États-Unis ?

Cette question avait fait l'objet de deux jugements au Canada quelques années plus tôt. Les arrêts *Kindler*²⁶⁰ et *Ng*²⁶¹ affirmaient la possibilité de renvoyer une personne devant la Cour de l'État dans lequel elle avait commis le crime, sans qu'aucune garantie ne soit prise quant à leur possible condamnation à mort.

Dans ces deux arrêts, les juges avaient justifié leur approche notamment grâce à l'idée de « choc de conscience ». Cette expression avait été évoquée une première fois dans l'arrêt *Schmidt*²⁶² où le juge La Forest expliquait qu'il y avait des cas « où la nature des procédures criminelles dans un pays étranger ou des peines prévues choque suffisamment la conscience pour qu'une décision de livrer le fugitif afin qu'il y subisse son procès constitue une atteinte

²⁵⁷ *S v. Makwanyane*, préc., note 11.

²⁵⁸ Nous rappelons qu'au Canada la peine de mort entre en vigueur dans le Code criminel en 1859. Elle est finalement abolie pour les meurtres ordinaires le 14 juillet 1976 par une loi du Parlement sous le gouvernement de Pierre Elliot Trudeau. Les crimes militaires pourront encore être sanctionnés de cette peine jusqu'en 1998, où elle sera complètement abolie.

²⁵⁹ *Traité d'extradition entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, R.T. Can. 1976 no 3, art. 6, 17 bis [aj. R.T. Can. 1991 no 37, art. VII].

²⁶⁰ *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

²⁶¹ *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858.

²⁶² *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500.

aux principes de justice fondamentale consacrés dans l'art. 7 »²⁶³. Ces termes seront alors repris dans l'arrêt *Kindler* où le juge La Forest, dans une opinion concurrente, vient appuyer son raisonnement en expliquant qu'il ne pense pas que « la remise des fugitifs qui sont passibles de la peine de mort à l'étranger risquerait dans tous les cas de choquer la conscience des Canadiens »²⁶⁴. Le juge, s'intéressant à la notion de « conscience publique »²⁶⁵, explique qu'il ne pense pas que « l'extradition d'une personne qui a été accusée de la pire forme de meurtre et qui risque la peine de mort aux États-Unis choque la conscience du peuple canadien [...] »²⁶⁶.

Dans l'affaire *Burns*²⁶⁷, les intimés et le ministre reprendront ces termes à leur compte. Certains évoquent le fait que leur « extradition inconditionnelle vers un pays où ils risquent la peine de mort « choquerait la conscience des Canadiens » en raison de leur âge (tout juste 18 ans au moment de l'infraction) et de leur nationalité (canadienne) »²⁶⁸, tandis que les autres estiment que « la remise des intimés sans les assurances prévues n'aurait pas pour effet de « choquer[r] la conscience » des Canadiens »²⁶⁹.

Dans cette affaire, le juge se retrouve donc face à une première problématique : déconstruire l'élément de subjectivité développé sur la base de l'arrêt *Kindler* qui voudrait que la solution soit fondée sur les attentes du public ; suite à quoi il pourra répondre à la question qui lui est finalement posée concernant la possibilité d'extradition sans assurance. Les arguments avancés dans ce jugement reposeront sur une large partie de droit comparé, permettant ainsi aux juges de revenir sur la position qu'ils avaient prise il y dix ans de cela.

Les juges rappellent dans un premier temps que ces termes ne doivent en aucun cas être « pris hors contexte ni assimilés aux sondages d'opinion. [...] Ils ne visaient pas à signaler l'abdication par les juges de leurs responsabilités constitutionnelles dans des affaires faisant intervenir des principes de justice fondamentale »²⁷⁰. La Cour revient sur le rôle de chacun

²⁶³ *Id.*, par. 47.

²⁶⁴ *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 260.

²⁶⁵ *Id.*, par. 129.

²⁶⁶ *Id.*, par. 143.

²⁶⁷ *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

²⁶⁸ *Id.*, par. 17.

²⁶⁹ *Id.*, par. 66.

²⁷⁰ *Id.*, par. 67.

dans une démocratie²⁷¹, pour finalement s'arrêter sur le rôle des juges d'une façon très similaire à celle employée par le juge Arthur Chaskalson lorsqu'il parlait de la peine de mort en Afrique du Sud et expliquait que : « The question before us, however, is not what the majority of South Africans believe a proper sentence for murder should be. It is whether the Constitution allows the sentence »²⁷². Ainsi, les juges canadiens citent explicitement cet argument²⁷³ pour rappeler le rôle de la Cour et éliminer une interprétation des mots qui laisserait penser que l'opinion publique pourrait avoir un rôle dans l'issue du débat : « Il ne faut pas laisser les mots utilisés obscurcir la question qui doit être tranchée en bout de ligne, soit celle de savoir si l'extradition est compatible avec les principes de justice fondamentale »²⁷⁴.

La solution sud-africaine conforte ici l'argument du juge et permet de soutenir son point de vue davantage qu'elle ne l'informe sur l'interprétation possible de ce droit fondamental. Ce n'est toutefois pas le seul argument de la décision que le droit comparé vient appuyer. En effet, la Cour s'appuie nettement sur la « tendance internationale » face à la peine capitale pour soutenir son point de vue, puisque comme Paola Passaglia le souligne dans son étude comparative concernant l'abolition de la peine de mort : « [l']affirmation de cette possibilité d'extrader vers des pays rétentionnistes sans demander des assurances concernant l'application de la peine de mort éloignait manifestement le Canada de l'évolution jurisprudentielle européenne »²⁷⁵.

Les juges s'intéressent par la suite de façon plus large à l'ensemble des initiatives internationales, en citant notamment les résolutions de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies²⁷⁶. Également, se référant aux règles de *soft law*, les juges soulignent les positions du Conseil de sécurité des Nations Unies²⁷⁷, mais aussi les rapports d'Amnistie Internationale²⁷⁸. De plus, les juges soulignent que le Canada se situe sur la « ligne de front

²⁷¹ *Id.*

²⁷² *S v. Makwanyane*, préc., note 11, par. 87.

²⁷³ *États-Unis c. Burns*, préc., note 267, par. 67.

²⁷⁴ *Id.*, par. 68.

²⁷⁵ Paola PASSAGLIA, *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée*, Pise, Italie, Mnemosyne, 2012, p. 73.

²⁷⁶ *États-Unis c. Burns*, préc., note 267, par. 84-5.

²⁷⁷ *États-Unis c. Burns*, préc., note 267, par. 88.

²⁷⁸ *Id.*, par. 91.

d'un mouvement appuyé par un consensus international »²⁷⁹ et qu'ainsi il est du devoir de l'État canadien de montrer l'exemple sur la scène internationale. En effet, « l'abolition de la peine est l'objet d'une importante initiative canadienne à l'échelle internationale et reflète une préoccupation croissante en matière de justice dans la plupart des démocraties »²⁸⁰. La Cour va donc fondé ensuite fonder son argumentation sur le droit comparé.

Premièrement, la Cour s'intéresse brièvement aux considérations portant sur la peine de mort dans plusieurs États démocratiques tels que les États-Unis, le Royaume-Uni ou encore l'Europe. La Cour analyse ensuite plus en profondeur « les préoccupations »²⁸¹ américaines suscitées par cette peine, notamment concernant les possibilités d'erreurs judiciaires dans les cas de condamnations. Ainsi, « la notion selon laquelle les garanties juridiques américaines étaient suffisantes pour inspirer confiance dans les extraditions capitales semble épuisée et remplacée par une incertitude post-moderne concernant le fait que tout système de justice pourrait prévoir de manière adéquate les erreurs mortelles » [notre traduction]²⁸². Les juges examinent également les cas ayant donné lieu à des erreurs judiciaires au Royaume-Uni²⁸³.

En second lieu, après avoir légitimé l'intérêt porté à la juridiction européenne en rappelant que l'article 11 de la Convention européenne d'extradition du Conseil de l'Europe est « pratiquement identique à l'article 6 du traité Canada-É.-U. »²⁸⁴, les juges s'intéressent à la jurisprudence *Soering*²⁸⁵ rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Cette approche vient renforcer l'argumentaire appuyant la vision selon laquelle « le Canada ne peut se dérober à sa responsabilité pour l'infliction de la peine de mort du seul fait que ce serait un gouvernement étranger qui enlèverait la vie aux intimés »²⁸⁶.

²⁷⁹ M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 44.

²⁸⁰ *Id.*, par. 78.

²⁸¹ *Id.*, par. 105 à 111

²⁸² Mark WARREN, « Bordering on Discord: The Impact of the Death Penalty on U.S.-Canada Relations », (2006) 6-79 *JIIIS* 79-97, 86.

²⁸³ *États-Unis c. Burns*, préc., note 267, par. 112

²⁸⁴ *Id.*, par. 82.

²⁸⁵ C.E.D.H., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.

²⁸⁶ *États-Unis c. Burns*, préc., note 267, par. 52-3 : « Cette opinion trouve un certain appui dans la décision rendue par la Cour européenne des droits de l'homme dans *Soering* [...] »; voir aussi aux par. 137-8.

Enfin, les juges vont examiner dans l'ensemble de ces trois juridictions ce qui a trait au « syndrome du couloir de la mort »²⁸⁷, ajoutant ainsi « un facteur qui milite à l'encontre de l'extradition sans les assurances prévues »²⁸⁸.

On remarque finalement à la lecture de cet arrêt que les juges utilisent le droit comparé non plus pour observer ce qui se fait ailleurs, mais pour appuyer leur point de vue qui était par ailleurs bien établi depuis le début²⁸⁹. Le droit comparé prend alors un rôle de renfort et de soutien du droit national pour appuyer les prétentions du juge. C'est le cas dans cet arrêt qui, malgré sa construction presque intégrale sur le droit comparé, ne s'en inspire pas. On remarque plutôt que la Cour revendique le droit comparé afin de contrer des positions passées²⁹⁰. C'est ici le cas à trois reprises : s'agissant de l'atténuation à apporter concernant l'importance de l'opinion publique au sein de la Cour – en reprenant les paroles du juge sud-africain –, s'agissant du « risque de déclaration de culpabilité erronée »²⁹¹ et enfin s'agissant du « syndrome du couloir de la mort ». Somme toute, nous soulignons l'intérêt possible du droit comparé au renfort de l'argument du juge dans cet arrêt dans la mesure où une grande partie des juges siégeant dans cette affaire était également présente lors du prononcé de la solution opposée en 1991²⁹².

Bien que nous ayons considéré intéressant d'analyser plus en profondeur cet arrêt pour expliciter comment le juge pouvait utiliser le droit comparé en tant qu'outil argumentatif, ce cas est loin d'être isolé. En effet, cette technique a été utilisée à plusieurs reprises par différents juges, et ce, tant au Canada²⁹³, qu'en Afrique du Sud²⁹⁴.

²⁸⁷ *Id.*, par. 94.

²⁸⁸ *Id.*, par. 123.

²⁸⁹ *Id.*, par. 1. Il nous semble opportun de souligner que les juges exposent dès le premier paragraphe un point de vue d'ores et déjà établi : « Il faut accepter la possibilité que l'application d'un système juridique puisse entraîner des erreurs. La caractéristique particulière de la peine capitale est que, s'il y a erreur, celle-ci ne peut être corrigée ».

²⁹⁰ *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 260.

²⁹¹ *États-Unis c. Burns*, préc., note 267, au petit 10 suivant le par. 94.

²⁹² Notamment la juge en chef McLachlin, la juge L'Heureux-Dubé et le juge Gonthier qui avaient siégé avec la majorité dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 260.

²⁹³ Voir notamment : *R. c. Lyons*, [1984] 2 R.C.S. 633, par. 75 : « Je trouve un appui supplémentaire pour mes conclusions relatives aux questions examinées ci-dessus dans l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Dalia v. United States*, 441 U.S. 238 (1979) » ; voir aussi : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 65, où les juges citent la Convention relative aux droits de l'enfant qui n'était pas en vigueur à l'époque au Canada ; voir aussi : *R. c. Clarkson*, [1986] 1 R.C.S. 383 aux para 18 à 20 ; également : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, par. 58 ; voir également : *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] 2018 CSC 32, par. 217 lorsque le juge Rowe donne dans ses motifs

D'ailleurs, on observera la même démarche dans certains arrêts en Afrique du Sud²⁹⁵. Ainsi, cette pratique n'est pas isolée : tant les juges canadiens que sud-africains y recourent. La construction des jugements est alors assez similaire dans les deux cours lorsqu'elles utilisent le droit comparé pour argumenter leur point de vue : malgré le penchant prononcé du juge pour une certaine décision, celui-ci va tout de même citer le droit d'autres États. Cette façon de procéder diffère complètement de celle analysée dans la première partie de ce travail où le droit comparé était utilisé avant même qu'une solution ne semble se dessiner.

En effet, ce mécanisme utilisé par la cour canadienne se retrouve également dans la cour sud-africaine. Dans la décision *Hugo*²⁹⁶, le juge expose sa définition de l'égalité comme suit :

« At the heart of the prohibition of unfair discrimination lies a recognition that the purpose of our new constitutional and democratic order is the establishment of a society in which all human beings will be accorded equal dignity and respect regardless of their membership of particular groups »²⁹⁷.

concurrents reprend les motifs du juge Sachs dans l'arrêt *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, (cour sud-africaine) pour appuyer son argumentation; voir aussi : *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 90.

²⁹⁴ Voir : *S v. Coetzee and Others*, préc., note 151, par. 43 : Pour soutenir sa position contre le point de vue majoritaire établi dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Langa utilise les arguments de la dissidence partielle du juge La Forest ; voir aussi : *New National Party v Government of the Republic of South Africa and Others* (CCT9/99) [1999] ZACC 5, par. 122 : le juge explique que le droit de vote ne représente pas seulement un symbole de citoyenneté commune, mais que c'est un « instrument for determining who should exercise political power in our society » ; afin de soutenir son argument, il consacre la suite de son paragraphe entier à la citation du droit américain ; voir aussi : *S and Others v Van Rooyen and Others (General Council of the Bar of South Africa Intervening)* (CCT21/01) [2002] ZACC 8, par. 106-7 : le juge Chaskalson expose que « the involvement of members of the executive and the legislature in the appointment of judicial officers contravenes the separation of powers required by the Constitution ». Pour soutenir ce point de vue, le juge choisit d'argumenter en montrant que la procédure de nombreux autres États n'implique pas le pouvoir exécutif ; voir aussi *Satchwell v President of Republic of South Africa and Another* (CCT45/01) [2002] ZACC 18, par. 10 à 12 où le juge reprend la définition de la famille donnée par la cour canadienne pour appuyer le fait que le terme d'« épouse » dans la loi sur les juges est discriminant pour les personnes d'unions de même sexe.

²⁹⁵ Voir notamment : *President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others - Judgment on recusal application* (CCT16/98) [1999] ZACC 9, par. 38.

²⁹⁶ *President of the RSA and Another v. Hugo*, préc., note 149.

²⁹⁷ *Id.*, par. 41.

Ainsi, après avoir établi sa propre définition du principe d'égalité inscrit dans le *Bill of Rights*, le juge expose la définition de l'égalité délivrée par la Juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Egan*²⁹⁸:

« Equality means that our society cannot tolerate legislative distinctions that treat certain people as second-class citizens, that demean them, that treat them as less capable for no good reason, or that otherwise offend fundamental human dignity »²⁹⁹.

Finalement, le juge sud-africain conclut ce paragraphe par :

« We need [...] to develop a concept of unfair discrimination which recognises that although a society which affords each human being equal treatment on the basis of equal worth and freedom is our goal, we cannot achieve that goal by insisting upon identical treatment in all circumstances before that goal is achieved »³⁰⁰.

On constate que le juge n'avait pas besoin d'expliquer la conception canadienne du principe d'égalité pour développer sa propre interprétation du droit fondamental : la définition de l'égalité qu'il expose reste inchangée entre le moment précédant l'utilisation du droit comparé, et celui qui lui succède. La citation de droit comparé vient néanmoins appuyer son analyse grâce au travail des juges canadiens. Ceci nous permet de conclure que le droit comparé sert ici d'argument au juge plus que d'indicateur sur une méthode à suivre.

Cette utilisation du droit comparé dans une optique de persuasion semble néanmoins avoir eu l'effet escompté : par la suite les juges vont toujours s'en remettre au même arrêt canadien concernant l'égalité. On constate donc que les juges sud-africains sont attachés à la citation de droit comparé. En effet, ceux-ci pourraient se limiter à citer leurs propres jurisprudences ayant finalement largement établi les implications qu'entraîne le droit à l'égalité dans le *Bill of Rights*.

Parmi les arrêts statuant sur le respect du droit à l'égalité et ayant utilisé la jurisprudence canadienne dans leurs arguments, on retrouve notamment l'arrêt *Prinsloo*³⁰¹ rendu la même

²⁹⁸ *Egan c. Canada* [1995] 2 R.C.S.

²⁹⁹ *President of the RSA and Another v. Hugo*, préc., note 149, par. 41, le juge cite L'Heureux Dubé dans *Egan v. Canada*.

³⁰⁰ *Id.*, par. 41.

³⁰¹ *Prinsloo v Van der Linde and Another* (CCT4/96) [1997] ZACC 5.

année par les juges Ackermann, O'Regan et Sachs qui, en rappelant l'analyse de droit comparé établie par le juge Goldstone, citent de nouveau le travail de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Egan*³⁰².

Nous pourrions ainsi citer de nombreux jugements sud-africains³⁰³ reprenant l'analyse canadienne du droit à l'égalité, tant dans les opinions majoritaires³⁰⁴ que concurrentes³⁰⁵. Nous nous arrêterons seulement sur l'un de ces jugements : l'arrêt *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*³⁰⁶.

Afin de développer une définition de la notion de discrimination³⁰⁷, le juge Ackermann cite la jurisprudence sud-africaine puis appuie son argumentation par les observations de la juge L'Heureux-Dubé³⁰⁸. On comprend ici qu'il ne s'agit que d'un moyen de persuasion puisque celui-ci ne recherche pas la solution dans les dires de la juge, il marque toutefois son agrément au droit canadien en la citant juste après avoir cité des sources de droit national. On constatera d'ailleurs à la lecture de la décision entière que le juge développe une argumentation où le droit comparé prend une place majeure : pour chaque paragraphe explicitant son opinion soutenue par le droit étatique, un paragraphe de droit comparé est associé au renfort de celui-ci³⁰⁹. Ainsi, bien que la solution soit intégralement fondée sur le droit local, l'ensemble de la décision est appuyé par une argumentation comparative. Le droit

³⁰² *Id.*, par. 32 : « We find support for the approach we advocate in the [...] judgment of this Court in *The President of the Republic of South Africa and Another v Hugo* [...] and in which the following passage from *Egan v Canada* was quoted with approval [...] ».

³⁰³ *Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another* (CCT2/97) [1997] ZACC 16, par. 17; *City Council of Pretoria v Walker* (CCT8/97) [1998] ZACC 1, p. 81, note de bas de page 15 et p. 98, note de bas de page 36.

³⁰⁴ *Harksen v Lane NO and Others* (CCT9/97) [1997] ZACC 12, par. 50 dans le jugement majoritaire rendu par le juge Goldstone.

³⁰⁵ *Id.*, par. 93 dans le jugement concurrent du juge O'Regan ; voir aussi : *Phillips and Another v Director of Public Prosecutions and Others* (CCT20/02) [2003], par. 63 à 65.

³⁰⁶ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* (CCT10/99) [1999] : La question en l'espèce était de savoir si la loi facilitant l'immigration des femmes de résidents permanents sud-africain, sans porter les mêmes incidences pour les personnes de mêmes sexes qui se trouvaient « in “permanent same-sex life partnerships with permanent South African residents” »³⁰⁶ était constitutionnelle ou non.

³⁰⁷ *Id.*, par. 39.

³⁰⁸ *Id.*, par. 40.

³⁰⁹ *Id.*, Chaque début de paragraphe de droit comparé commence par une phrase telle que « Similar views, with which I agree... » (par. 43), « I find support for this view... » (par. 52), ou « A similar argument ... » (par. 56). En lisant ces extraits on remarquera que chacun de ces paragraphes est précédé du point de vue du juge ainsi que d'un argument de droit national. On retrouve donc la forme en syllogisme ayant pour but de convaincre.

comparé, qui n'était pas nécessaire pour trouver la solution comme telle, prend néanmoins une place fondatrice dans ce jugement.

Plus qu'une technique d'interprétation, les juges sud-africains semblent attachés à l'utilisation du droit comparé³¹⁰ et au rappel des sources leur ayant permis de fonder leur argumentation dans les jugements précédents³¹¹.

Si nous avons précédemment souligné que les juges canadiens et sud-africains adoptaient des mécanismes similaires pour convaincre grâce au droit comparé, nous avons néanmoins remarqué que le juge sud-africain pouvait utiliser cet argument d'une façon différente de celles observées jusqu'ici.

Dans l'affaire *Mamabolo*³¹² précitée, le problème subsidiaire pour le juge Kriegler était de démontrer pourquoi scandaliser les cours pouvait être dangereux pour la démocratie³¹³. Le juge cite alors brièvement les différents pays de *Common law* tels que la Namibie, l'Angleterre, le Canada, l'Inde, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, Maurice, Hong Kong, le Zimbabwe³¹⁴ pour appuyer son analyse selon laquelle la Cour est un organe indépendant et impartial de justice, primordial au sein d'une société démocratique. Par conséquent, offenser grièvement cet organe affaiblirait son autorité et donc de la même manière, affaiblirait le système démocratique lui-même³¹⁵. Nous constatons ici qu'aucune réelle analyse n'est faite du droit des États précités, il s'agit uniquement d'une citation « quantitative ». Le droit comparé est donc utilisé dans un premier temps comme argument pour soutenir le point de vue du juge.

³¹⁰ Tout comme pour l'utilisation à titre informatif, il arrive que l'argument de droit comparé soit renvoyé simplement en note de bas de page ; voir notamment *Hoffmann v South African Airways* (CCT17/00) [2000] (arrêt sur la constitutionnalité d'un règlement de la compagnie South African Airways' (SAA) qui refuse d'employer des personnes atteintes par le VIH) par. 42, à la note de bas de page 36 ; voir aussi : *S v. Dodo* (CCT 1/01) [2001] ZACC 16, au sujet de la constitutionnalité d'une loi contraignant la Cour à imposer une sanction précise face à un certain type de crime.

³¹¹ On remarquera d'ailleurs que dix ans plus tard, dans l'arrêt *Volks NO v Robinson and Others* (CCT12/04) [2005] ZACC 2, par. 79, les juges citent encore l'arrêt canadien Egan lorsqu'ils s'intéressent à la notion d'égalité.

³¹² *S v Mamabolo*, préc., note 245.

³¹³ *Id.*, par. 15.

³¹⁴ *Id.*, par. 20.

³¹⁵ *Id.*, par. 16.

Par la suite, le juge souligne le fait que les États-Unis constituent une exception à cette façon de procéder³¹⁶. De cette façon, le juge confronte son raisonnement à l'argument contraire : il utilise ici le droit comparé pour soulever des prétentions allant à l'encontre même de son propre point de vue, ce qui lui permet ensuite de rebondir sur celui-ci et d'apporter une réponse directe à la critique qu'il s'assigne. Dans cet arrêt le juge Kriegler cite le « memorable passage in *Richmond Newspapers Inc. v Virginia* »³¹⁷ où le juge Burger soulignait l'importance du regard de la population sur la fonctionnalité du système de justice. Tout en allant dans le sens des propos du juge Burger, le juge Kriegler développe une argumentation contraire à la solution finale de l'institution américaine. En effet, le juge Kriegler reconnaît que la confiance du public dans le système judiciaire a un rôle primordial dans le fonctionnement même de la justice³¹⁸. Mais, c'est précisément pour cette raison que celle-ci ne doit pas être affaiblie par des critiques contre l'autorité de ces cours³¹⁹. Le juge Kriegler utilise donc le droit comparé pour fonder son argumentation allant contre la solution finale de l'institution américaine, et ce, tout en s'appuyant sur les paroles du juge américain ayant construit cette même décision. Ainsi, la jurisprudence américaine lui permet d'alimenter une certaine forme de débat directement au sein de son discours.

Le droit comparé peut donc permettre de nourrir la réflexion du juge. Contrairement à ce que nous avons vu précédemment, le juge ne s'intéresse pas au droit comparé pour comprendre des solutions étrangères. Il utilise ici le droit comparé uniquement dans son argumentaire : il connaît déjà la solution qu'il souhaite implanter et il va parler de ce qui se fait ailleurs uniquement dans l'objectif de développer son argumentation et de démontrer qu'il apporte la bonne solution. La meilleure des persuasions restant celle offerte à l'issue d'un débat, cela lui permet de pouvoir développer davantage ses arguments et de contrer par avance d'éventuelles revendications contraires à ses positions. Les citations de droit comparé sont souvent très courtes dans ce cas de figure.

Nous avons vu que le droit comparé pouvait être utile dans l'argumentation du juge lorsqu'il devait défendre son point de vue dans un système local. Néanmoins, il existe une autre forme de technique comparative d'appui dont les raisons de l'utilisation semblent moins évidentes.

³¹⁶ *Id.*, par. 21.

³¹⁷ *Id.*, par. 31.

³¹⁸ *Id.*, par. 32.

³¹⁹ *Id.*, par. 33.

2. Droit comparé : argument de légitimation ou dialogue entre juges ?

Il semblerait que l'utilisation du droit comparé soit certaines fois entachée d'une vision politique surplombant l'argument strictement juridique. Cette vision politisée de l'utilisation de la comparaison est soulignée par certains auteurs dans les domaines législatif et judiciaire³²⁰, mais aussi directement par d'anciens juges, dont Roger Goldstone. Cet ancien juge de la Cour constitutionnelle sud-africaine voit dans l'utilisation du droit comparé un outil qui se voudrait également politique : « Je pense que l'explication de départ nécessaire pour comprendre la place spéciale du droit international en droit constitutionnel sud-africain est politique »³²¹. En effet, dépassant le cadre strictement juridique et de prise de connaissance du droit des autres, le droit comparé dans le raisonnement du juge peut permettre, comme nous l'avons vu, d'appuyer des arguments déjà pensés par celui-ci. Il s'agit ici d'une sorte de coup de pouce visant à démontrer la validité de la pensée du juge. D'une autre façon, il semblerait qu'il arrive parfois à la juge d'utiliser la technique comparative dans son langage pour argumenter en faveur de la Cour elle-même dans une optique internationale. En d'autres termes, il est possible que la juge utilise le droit comparé pour légitimer le « statut »³²² de la cour sur la scène internationale.

De cette façon, en plus « d'assurer une certaine vitalité au discours et de convaincre de la pertinence de la position défendue »³²³, la citation permettrait d'assurer davantage de visibilité vis-à-vis d'autres États de droit.

Dans un article sur la réception des précédents étrangers, Fabrice Hourquebie revient sur cette façon de procéder. Selon lui, il existerait deux grandes familles de cours recourant à ce mécanisme de légitimation au travers du droit étranger : les cours faisant partie d'un ensemble régional de coopérations ou les « jeunes cours suprêmes ou constitutionnelles ou les cours en période de transition politique [obligées à entrer dans] une démarche de quête de légitimité et

³²⁰ Y.-M. LAITHIER, préc., note 20, p. 21. A ce sujet, voir également Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit comparé : Art d'agrément ou entreprise stratégique ? », dans *De tous horizons : mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de Législation comparée, 2005, p. 69-90.

³²¹ Arthur CHASKALSON, Puis LANGA, Yvonne MOGKORO et Richard J GOLDSTONE, *Entretien avec la Cour constitutionnelle sud-africaine*, entretien réalisé et traduit par M. Xavier PHILIPPE, février 2001.

³²² F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 96.

³²³ S. BOUABDALLAH, préc., note 73 à la page 209.

de reconnaissance internationale à travers la réception des décisions étrangères »³²⁴. Ainsi, le droit comparé pourrait être utilisé dans le raisonnement du juge comme moyen de légitimation auprès des juges de cours étrangères.

D'une autre façon, le juge chercherait à démontrer la légitimité de sa solution par le biais de la citation étrangère d'une cour dite célèbre. Cette démarche serait révélatrice d'une quête de légitimité sur le plan local, au travers de celle que peut offrir une cour étrangère. Ainsi, la nouvelle cour pourrait profiter de la notoriété d'une ancienne cour :

« [L]es jeunes juridictions constitutionnelles, particulièrement lorsqu'elles sont le fruit d'une transition démocratique, n'ont pas, durant leurs premières années d'existence, les éléments nécessaires dans leur propre système juridique permettant de régler les nouvelles questions qui leurs sont soumises. [...] Dans ces hypothèses, l'un des objectifs de la comparaison est d'accroître la légitimité d'une règle ou institution par le biais du prestige prodigué par le modèle étranger. Nous sommes alors en présence d'une démarche plus politique. L'argument de droit comparé n'est plus uniquement un élément de compréhension, mais également de légitimation »³²⁵.

D'autres ne partagent pas cet avis. Soulignant la création d'un dialogue, ils exposent le fait que la ressource extérieure représente une aide et non pas un outil de légitimation de la cour :

« La volonté de ces cours d'examiner, puis, de suivre ou au contraire, de se distancier des autorités étrangères ou supranationales indique que ces tribunaux ne participent pas au dialogue judiciaire international, car ils croient que l'opinion de la communauté internationale dépasse leur droit national. Plutôt, ces cours engagent le dialogue, car elles perçoivent les ressources extérieures comme une aide pour indiquer comment d'autres cours ont pu gérer des problèmes de droit similaires » [notre traduction]³²⁶.

Cet emprunt, certes politisé, pourrait être observé sous deux angles. D'un côté il s'agirait d'une quête de légitimité pour la cour nouvellement formée, ce qui réduirait alors l'utilisation du droit comparé à un simple outil politique ayant pour but de hisser sur la scène internationale la cour d'une nation au même niveau que celle d'une autre. De plus, comme Jorge L. Esquirol le souligne, le problème politique engendré par une telle utilisation du droit

³²⁴ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 96.

³²⁵ A. LE QUINIO, préc., note 122 à la page 29.

³²⁶ B. E. ABRUZZI, E. R. GOLD et C. ANDERSON, « Developments in the Law - International Criminal Law », préc., note 4, 2052.

comparé repose sur le fait que les pays « donateurs » seraient alors regardés comme les « modèles de succès à suivre » sur la scène internationale face à d'autres États qui seraient seulement les « récepteurs » de ce droit³²⁷. C'est également le problème que souligne Olivier Moréteau tout au long de son essai sur la « contamination juridique »³²⁸. Mettant l'accent sur la notion de culture juridique, Olivier Moréteau explique notamment que le droit récepteur au « contact »³²⁹ du droit importé pourrait voir, au terme de l'une des « conséquences »³³⁰ de cette importation, sa culture juridique sensiblement modifiée. Il constate la véracité d'un rapport « pays récepteurs/pays exportateurs » et préconise une grande prudence quant à ce phénomène³³¹ en illustrant ses propos par des exemples concrets³³² de l'impact de l'existence d'une telle dichotomie.

Une fois ces considérations examinées, en adoptant un angle d'approche différent, nous pouvons aussi assimiler l'utilisation du droit comparé par les juges à la naissance d'un dialogue entre différentes cours. En effet, il semblerait qu'entre le Canada et l'Afrique du Sud, les citations soient mutuelles (bien que non proportionnelles), et qu'une sorte de dialogue ressorte des décisions³³³. Cette façon de procéder dénoterait donc de la « volonté d'intégrer la jurisprudence de la cour dans l'environnement de celles des autres Cours suprêmes »³³⁴.

Giuseppe de Vergottini qui s'est intéressé à la question du dialogue entre cours définit cette notion comme l'existence « d'une interaction entre cours qui laisserait entendre qu'elles utilisent (réciproquement) leurs jurisprudences »³³⁵. Giuseppe de Vergottini souligne néanmoins que le dialogue entre ces cours ne serait pas nécessairement visible qu'à travers l'utilisation de la technique comparative dans le raisonnement des juges, mais qu'il pourrait

³²⁷ Jorge L. ESQUIROL, « The Impact of Transnational Comparativism on Law in Latin America », dans Lukas HECKENCODRN URSCHELER (dir.) et Mauro BUSSANI (dir.), *Comparisons in Legal Development*, Geneva/Zurich, Schulthess, 2016, p. 185-214 à la page 213.

³²⁸ Olivier MORÉTEAU, « Des grands systèmes aux petits : La contamination des droits et des cultures juridiques », dans *Liber Amicorum : Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013 à la page 875.

³²⁹ *Id.*, à la page 877.

³³⁰ *Id.*,

³³¹ *Id.*, à la page 885.

³³² *Id.*, à la page 883.

³³³ Nous avons notamment pu constater cet échange dans les arrêts concernant la peine de mort en Afrique du Sud et l'extradition avec peine de mort au Canada. Les juges des deux cours s'inspiraient mutuellement.

³³⁴ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 96.

³³⁵ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 122.

également être considéré à travers les « rencontres plus ou moins régulières qui ont lieu entre juges représentants des différentes cours »³³⁶. De ce fait, notre analyse se veut ici limitée puisque s'il est clair qu'il existe des liens de coopération formelle (colloques, rencontres, congrès...) nous ne connaissons pas ceux établis de manière informelle (*chat*, échange d'informations par différents moyens de communication...) entre les juges de ces deux cours.

En effet, comme le souligne l'ancien juge Bastarache, la communication ne reste pas cloisonnée dans l'espace des jugements : les juges voyagent, se rencontrent et s'entre-aident de plus en plus à travers le monde :

« Trans-judicial communication takes many forms and much of it exists outside of black letter judicial decisions. The Supreme Court of Canada takes part in a number of international organisations and contributes to a limited number of projects designed to provide assistance to foreign courts. Furthermore, delegations from the Court visit colleagues in other countries and receive return visits by these colleagues »³³⁷.

L'ancien juge se demande d'ailleurs si c'est la « disponibilité des ressources de droit étranger [qui] a modifié la façon dont les juges tranchent les affaires » [notre traduction]³³⁸ ou si ce sont les « contacts formels et informels entre juges de différents États qui ont conduit à un changement dans la conscience judiciaire et dans les attitudes » [notre traduction]³³⁹. Il revient ainsi sur les possibilités de communication continue et permanente, entre juges de différents États, générées par Internet et permettant ainsi aux juges de discuter de problèmes communs :

« I think it is important to note here that the Internet has provided a means for continuous direct contact between judges, a sort of international chat room that, for some, has broken down isolation and provided an opportunity to consult on ways of dealing with common issues. This has also created consciousness of other systems and approaches, curiosity and desire to know more »³⁴⁰.

Celui-ci va même plus loin en considérant que les « juges des pays développés qui ont réalisé l'existence d'une communauté de juges ont manifesté le désir d'en faire partie non seulement

³³⁶ *Id.*

³³⁷ M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 52.

³³⁸ M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 41.

³³⁹ *Id.*, aux pages 41-42.

³⁴⁰ *Id.*, à la page 54.

pour découvrir de nouvelles perspectives et possibilités, mais aussi pour gagner en crédibilité » [notre traduction]³⁴¹.

Néanmoins, en observant directement le travail fait à l'intérieur des juridictions, différentes formes de communication ont pu être observées au sein des jugements. Ces citations comparatives ne semblent pas comporter d'intérêt à valeur informative. De la même manière, elles ne paraissent pas donner de poids au discours du juge sur le plan des institutions locales ou aux yeux de la population. En revanche, elles pourraient lui en apporter sur la scène internationale, auprès d'autres juges de cours suprêmes ou constitutionnelles, dans d'autres États. Ces citations ne prennent pas de formes particulières. Nous pouvons les considérer comme de simples communications entre cours. Elles peuvent également constituer les limites de l'utilisation de la technique comparative n'ayant pas nécessairement d'intérêts pratiques apparents.

Dans l'affaire *Mohamed and an Other*³⁴² il s'agissait de savoir si l'État sud-africain pouvait ou non renvoyer une personne devant une juridiction étrangère où la peine de mort était encore en vigueur sans garantie que cette peine ne lui soit pas appliquée. Les juges sud-africains qui statuent contre la peine de mort dans l'arrêt *Makwayane*³⁴³, considèrent à l'issue de ce jugement que le gouvernement doit s'assurer de l'impossibilité que la personne extradée dans un tel État se voit infliger la peine de mort³⁴⁴.

Dans cette affaire, les juges font preuve de courage et d'audace en s'opposant directement aux pouvoirs politiques sud-africain et américain : « In substance the stance was that Mohamed had been irreversibly surrendered to the power of the United States and, in any event, it was not for this Court, or any other, to give instructions to the executive »³⁴⁵. Ce à quoi les juges

³⁴¹ *Id.*

³⁴² *Mohamed and Another v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT 17/01) [2001] ZACC 18.

³⁴³ *S v. Makwanyane*, préc., note 11.

³⁴⁴ *Id.*, par. 69 : « Here South African government agents acted inconsistently with the Constitution in handing over Mohamed without an assurance that he would not be executed and in relying on consent obtained from a person who was not fully aware of his rights and was moreover deprived of the benefit of legal advice. They also acted inconsistently with statute in unduly accelerating deportation and then despatching Mohamed to a country to which they were not authorised to send him ».

³⁴⁵ *Id.*, par. 70-1.

répondent : « We disagree »³⁴⁶, tout en précisant que l'intérêt du requérant marque la nécessité que la Cour se prononce sur cette loi.

D'un point de vue strictement politique, la cour sud-africaine s'oppose ici frontalement aux pouvoirs américains, d'autant plus qu'il s'agit ici d'un cas de terrorisme contre la nation américaine³⁴⁷. Les juges démontrent leur indépendance en faisant passer le droit sur toute considération d'ordre politique.

Cette affaire ayant une dimension transfrontalière impliquant les États-Unis a été rendue dans l'urgence avec l'optique d'être lue et prise en compte par les juridictions américaines dans le traitement du cas de l'intimé. On constatera par ailleurs que les juges américains prendront en considération cet arrêt de la cour sud-africaine par la suite³⁴⁸.

Les juges sud-africains ont espoir d'être entendus par les autorités judiciaires américaines au moment de la rédaction de cet arrêt. Ayant eu connaissance de ces faits, nous avons trouvé intéressant de relever que la cour sud-africaine, juste avant de marquer son opposition aux pouvoirs politique et juridique américains, cite les paroles de l'ancien juge américain Brandeis dans l'arrêt *Olmstead*³⁴⁹. Le juge Brandeis expliquait alors qu'il est nécessaire dans toute démocratie, que le gouvernement montre l'exemple en respectant le droit pour ne pas « inviter à l'anarchie »³⁵⁰. Cette citation argumente la parole du juge, mais surtout, pourrait être considérée comme une approche permettant de persuader le lecteur américain :

« [L]es meilleurs arguments du monde n'obtiendront que peu de résultats s'ils ne s'inscrivent pas dans cette approche pragmatique qui consiste à rechercher en premier lieu les points d'entente avec son auditoire. C'est sur ce fondement commun que l'argumentaire peut, dans un second temps, être bâti »³⁵¹.

³⁴⁶ *Id.*

³⁴⁷ Ce jugement se situe en plein cœur de la « guerre contre le terrorisme » américaine.

³⁴⁸ *United States v. Bin Laden*, 156 F. Supp. 2d 359 (S.D.N.Y. 2001) : les juges reviennent sur les prétentions du requérant et acceptent de considérer la décision de la Cour constitutionnelle sud-africaine comme facteur atténuant.

³⁴⁹ *Mohamed and Another v President of the Republic of South Africa and Others*, préc., note 342, par. 70-1; voir l'arrêt américain : *Olmstead et al v Unites States* 277 US 438, 485 (1928).

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ Petr MUZNY, « Persuader et convaincre par la rhétorique pragmatique: réflexions sur un article de M. Jerry Sainte-Rose », dans *La diversité du droit: mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1099-1108 à la page 1106.

Il s'agit également ici du reflet de l'un des critères décrit comme propre à la *Common law* par Duncan Fairgrieve et Horatia Muir Watt³⁵² : « On voit que l'acceptabilité sociale de la décision judiciaire, bien davantage que sa rectitude théorique, est au cœur des préoccupations du juge de common law »³⁵³. Ainsi, les juges de *Common law* chercheraient souvent à intégrer la « coutume judiciaire dans le tissu social »³⁵⁴, ce qui pourrait expliquer qu'ils recourent également à ce genre de procédé lorsqu'ils tentent de faire accepter leur position par les juges d'une cour étrangère.

Nous pouvons donc voir ici qu'il serait probable que le droit comparé ait eu une visée communicative au-delà des frontières sud-africaines. Néanmoins, rien ne prouve directement ce fait qui reste subjectif et d'ordre personnel par rapport au juge. En tout état de cause, nous soulignons que cette citation n'a pas de valeur informative et que sa valeur persuasive serait faible si l'on s'intéressait à son impact dans un rayonnement local uniquement. On pourrait constater ici une limite à l'utilisation de la technique comparative en ce sens que les motifs de son utilisation restent finalement très flous et incertains. Ce cas n'a pas été aperçu dans les jugements canadiens. Nous soulignons donc ici une différence d'utilisation de la technique comparative entre les juges canadiens et sud-africains.

D'une autre façon, dans le jugement *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*³⁵⁵, les juges font référence à la Cour suprême du Zimbabwe. On remarque néanmoins que cette référence ne permet pas au juge d'appuyer son argumentation auprès de ses pairs. Elle ne permet pas non plus de découvrir une solution potentiellement transférable. Le cas de la cour du Zimbabwe n'a que peu de rapport avec le cas d'espèce et même considéré en *obiter dictum*, n'apporte finalement pas de point explicite au débat³⁵⁶. Encore une fois, nous ne

³⁵² Duncan FAIRGRIEVE et Horatia MUIR WATT, *Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, coll. Droit et justice, Paris, P.U.F, 2006.

³⁵³ *Id.*, p. 27.

³⁵⁴ *Id.*

³⁵⁵ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*, préc., note 306.

³⁵⁶ *Id.*, par. 28 : « In an important line of decisions, the Zimbabwean Supreme Court has held that the constitutional right of citizens to freedom of movement is contravened when the foreign national spouses of such citizens are denied permission to reside in Zimbabwe. *We do not reach the question of freedom of movement in*

sommes pas en mesure de repérer les raisons objectives qui ont poussé le juge à utiliser la technique comparative. Il semblerait que celles-ci soient davantage subjectives que techniques.

Ainsi, on retrouve parfois dans les jugements, « une simple mention de la solution étrangère, au détour d'une phrase, les magistrats se contentent d'une comparaison en "clin d'œil" »³⁵⁷. Considéré par certains comme du « tourisme de la connaissance »³⁵⁸, d'autres y entrevoient l'avènement d'une communauté de juges existant ainsi sur les bases d'une construction d'un constitutionnalisme global qui se fait à travers « des flux interdépendants d'idées, d'informations et de ressources qui sont implicites dans les interactions d'une société civile potentiellement globale » [notre traduction]³⁵⁹.

Nous avons vu précédemment que la cour sud-africaine s'était intéressée à la jurisprudence canadienne lorsqu'elle avait à faire face au problème de la peine de mort³⁶⁰. De la même façon, la cour canadienne s'est intéressée au droit sud-africain³⁶¹ lorsqu'elle avait analysé un problème lié à cette même peine. Il semble ici opportun de revenir sur un troisième jugement qui s'inscrit sur le même thème et dans la continuité de ce qui semblerait être une interaction entre cours.

Dans l'arrêt *Mohamed and an Other*³⁶², les juges sud-africains s'intéressent à la différence entre les cas de « déportation » et d'« extradition »³⁶³. Après avoir écarté de leur analyse l'arrêt *Halm*³⁶⁴ cité par les parties, les juges sud-africains soulignent que le juge La Forest

the present case but it is important to note that the issue of the contravention in the Zimbabwean cases was considered in relation to the rights of the citizen spouse residing in Zimbabwe ».

³⁵⁷ S. BOUABDALLAH, préc., note 73 à la page 205.

³⁵⁸ R. CHAR, « Recherche de la base et du sommet », dans *Œuvres Complètes*, Gallimard, Paris, 1983, à la page 741, cité par P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », 51 *Rev. Int. Droit Comparé*, n°4, (1999), 1053-1071, 1053.

³⁵⁹ H. KLUG, préc., note 12, p. 27; voir également Anne-Marie SLAUGHTER, « A global Community of Courts », (2003) 44-1 *Harv. Int. Law J.* 191-219.

³⁶⁰ *S v. Makwanyane*, préc., note 11.

³⁶¹ *États-Unis c. Burns*, préc., note 267.

³⁶² *Mohamed and Another v President of the Republic of South Africa and Others*, préc., note 342.

³⁶³ *Id.*, par. 29.

³⁶⁴ *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 2 FC 331.

semblait rejeter l'idée d'une distinction entre déportation et extradition au moment de l'arrêt *Kindler*³⁶⁵ :

« In *Kindler*, La Forest J suggested that there is no reason why the same considerations should not apply to deportations and extraditions in determining what is required to meet the standards of the fundamental principles of justice »³⁶⁶.

Les juges de la cour sud-africaine rejettent explicitement l'utilisation du droit comparé dans ce cas ³⁶⁷. Pourtant, ceux-ci soulignent que la cour canadienne devra probablement reconsidérer la différence entre ces deux notions à la lumière de la nouvelle jurisprudence *Burns*. puisque les règles concernant l'extradition ou la déportation donnant lieu à la peine de mort au Canada sont en principe interprétées au regard des positions nouvellement dégagées dans l'arrêt *Burns*³⁶⁸ :

« The deportation cases may therefore have to be reconsidered by the Canadian courts in the light of the decision in *Burns* if in the future deportation rather than extradition is used as the means of removing a fugitive to a country where he or she faces the death penalty »³⁶⁹.

La cour sud-africaine semble adopter une attitude différente de celles explicitées jusqu'alors. En effet, le droit comparé n'est pas utilisé ici à titre informatif ou argumentatif puisqu'elle rejette directement la conception canadienne en soulignant la spécificité du *Bill of Rights* sud-africain³⁷⁰. L'argument de droit comparé semble ici simplement permettre une interaction avec le juge canadien. La cour sud-africaine expose simplement un point de vue sur le travail que le juge canadien aura probablement à accomplir. Cette citation n'a aucune force contraignante sur le droit canadien, et n'a aucun apport direct dans le droit sud-africain. Toutefois, elle pourrait permettre au juge sud-africain d'être cité postérieurement dans un jugement canadien.

³⁶⁵ *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 260.

³⁶⁶ *Mohamed and Another v President of the Republic of South Africa and Others*, préc., note 342, par. 52.

³⁶⁷ *Id.*, par. 53 : « But whatever the position may be under Canadian law where deprivation of the right to life, liberty and human dignity is dependent upon the fundamental principles of justice, our Constitution sets different standards for protecting the right to life, to human dignity and the right not to be treated or punished in a cruel, inhuman or degrading way. Under our Constitution these rights are not qualified by other principles of justice ».

³⁶⁸ *Id.*, par. 52.

³⁶⁹ *Id.*

³⁷⁰ *Id.*, par. 53.

Nous n'avons pas pu relever d'exemple similaire au sein des jugements de la Cour suprême canadienne. Les juges canadiens semblent toutefois ouverts à la création d'un dialogue avec d'autres cours. L'ancienne juge l'Heureux-Dubé soulignait d'ailleurs : « D'autres exemples pourraient illustrer la façon dont ce dialogue est mis en place, et j'espère qu'il va se développer [...] »³⁷¹. Nous avons relevé que dans les premières années de la cour, celle-ci se tournait majoritairement vers la Cour suprême américaine. Or, si la Cour suprême canadienne fait partie de celles bénéficiant « de la réputation d'être relativement ouverte au droit étranger pour rendre leurs décisions » [notre traduction]³⁷² ceci n'est pas le cas de la cour américaine. Nous avons toutefois pu constater qu'un tel dialogue pouvait avoir pris naissance récemment avec la cour sud-africaine, bien que celui-ci reste finalement limité et déséquilibré comme nous l'avons souligné précédemment. En effet :

« Entre 1995 et 2009, les juges de la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud ont cité la Cour Suprême canadienne à 850 reprises. En comparaison, sur la même période, les membres de la Cour Suprême du Canada ont cité leurs homologues sud-africains seulement trois fois » [notre traduction]³⁷³.

Ainsi, dépendamment de son interlocuteur et du lecteur ciblé, le juge peut utiliser la comparaison des droits pour venir au renfort de son argumentation tant sur le plan local, que sur la scène internationale. De cette façon, « [l]'approche comparatiste est ainsi mobilisée comme un moyen d'accroître l'adhésion aux thèses de l'auteur, qui ne raisonne dès lors plus dans le flou de réflexions abstraites, mais s'appuie sur une réalité immédiate »³⁷⁴. La différence fondamentale entre ces deux utilisations du droit comparé au titre de technique d'argumentation tient au fait que si l'une constitue un argument d'autorité³⁷⁵, dans l'autre cas nous serions davantage face à un argument de légitimité permettant à la cour d'obtenir une place au sein de cette communauté internationale en construction.

³⁷¹ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 85, 17; *Id.*, 22.

³⁷² Stephen F CLARKE, « The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: Canada », *Libr. Congr.*, en ligne : <<https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/canada.php>>, (consulté le 21 décembre 2018).

³⁷³ Joxerramon BENGOTXEA, « Judicial and interdisciplinary dialogues in European Law », dans Burkhard HESS (dir.) et Séverine MENÉTREY (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, coll. Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2014 à la page 41. A cette étude on ajoutera également les résultats de Marie-Claire PONTTHOREAU et Tania GROPPPI, préc., note 81, pp. 57 et 197, qui rapportent qu'entre 1982 et 2010 la cour canadienne n'a cité que huit fois la cour sud-africaine alors qu'entre 1995 et 2010, la cour d'Afrique du Sud a cité 864 fois la cour du Canada.

³⁷⁴ S. BOUABDALLAH, préc., note 73 à la page 209.

³⁷⁵ Bien qu'il nécessite d'être accompagné d'autres arguments nationaux pour avoir figure d'autorité.

•••

Finalement, on pourrait rappeler les mots de Bryde Brun-Otto lorsqu'il explique que :

« [Si] régulièrement, l'utilisation du droit étranger ne fait qu'office d'inspiration [...] souligner le caractère purement inspirant de l'usage du droit étranger crée le risque de sous-estimer le défi. Le droit étranger peut également être utilisé comme un véritable argument juridique suggérant un résultat spécifique d'une affaire » [notre traduction]³⁷⁶.

Michel Troper soulignait d'ailleurs à l'issue d'une expérience menée avec différents juges en Europe, que la plupart du temps, les juges avaient d'ores et déjà un point de vue bien tranché sur l'affaire présentée. Ainsi, selon le professeur Troper, le débat n'influerait que peu la décision des juges³⁷⁷ puisque l'avis de ceux-ci est souvent ancré avant même que le débat ne soit introduit. Renforçant cette considération, Tania Groppi relevait que « le nombre de précédents étrangers cités augmentait corrélativement avec le niveau de désaccord sur une certaine question ainsi que le nombre d'opinions rendues sur celle-ci »³⁷⁸.

Au travers de ces quelques exemples, nous avons donc pu constater que le droit comparé pouvait prendre une place dans le raisonnement du juge qui sera parfois d'une valeur informative, d'autres fois, argumentative. De la même façon, cette utilisation du droit comparé serait tantôt mise en avant pour convaincre un auditoire national, tantôt pour communiquer avec les juges de cours étrangères.

Ces observations nous ont amenée à nous interroger sur la légitimité même de cette pratique. En effet, dans quelle mesure celle-ci est-elle légitime ? Faut-il y voir la naissance d'un dialogue interjuridictionnel et interculturel ou au contraire, s'agit-il d'une pratique risquant d'aboutir à la création d'une communauté juridique indépendante, déséquilibrant ainsi les rapports de forces entre les différents pouvoirs étatiques ?

³⁷⁶ B. BRUN-OTTO, « The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue », dans Basil SIR MARKESINIS (dir.) et Jörg FEDTKE (dir.), *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 295-308, aux pages 302-303.

³⁷⁷ À ce sujet, voir Michel TROPER, *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation*, Economica, 2008. Dans cet ouvrage cinq professeurs de droit constitutionnel soumettent un cas fictif à une cour composée de cinq juges venant de cinq pays européens différents.

³⁷⁸ T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81, p. 59-60.

Ceci nous mène donc face à la question des sources de légitimité de cette pratique. Y a-t-il des risques à prendre en considération ? Et si oui, semblent-ils être correctement évalués par les juges canadiens et sud-africains ?

Dans cette seconde partie, nous reviendrons sur les sources légitimant l'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge, suite à quoi seront analysés les risques afférents à cette pratique, ainsi que les possibles solutions pour les affronter.

II. LÉGITIMITÉ ET DANGERS DANS L'UTILISATION DU DROIT COMPARÉ

Après avoir analysé les techniques de comparaison utilisées par les juges constitutionnels, nous allons désormais nous intéresser aux questions de légitimité entourant cette utilisation. Ainsi, si « le recours [au droit étranger] peut s'apparenter à une méthode d'interprétation, le processus qui conduit lui-même à sélectionner le [droit] pour l'utiliser par la suite doit aussi répondre à un certain nombre d'exigences logiques »³⁷⁹. La question de la légitimité, en plus de prendre en compte la justification d'une telle utilisation, nous renvoie également aux possibilités d'accès à cette méthode d'interprétation du droit (et des droits). En effet, s'il convient de rappeler d'abord quelles sont les éventuelles justifications d'un tel recours au droit comparé par la juge (A), il ne faut pas oublier d'envisager ensuite quels sont les paramètres subjectifs susceptibles d'influencer cette pratique (B).

A. UNE COMPARAISON DE PRIME ABORD JUSTIFIÉE...

Dans un premier temps, nous évaluerons les sources de légitimité par lesquelles le juge tire son pouvoir d'user du droit comparé. Ceci se fera tant par l'analyse de son rôle traditionnel, que par la mesure de l'accès qu'il a au droit étranger (1). Après quoi nous observerons quelles sont les justifications juridiques l'investissant du pouvoir de comparer (2).

1. **Vision traditionnelle du droit et traditions dans le droit**

Bien qu'une classification purement traditionnelle tende aujourd'hui à s'essouffler notamment par la « migration des idées »³⁸⁰, force est de constater que de nombreux auteurs continuent d'y référer³⁸¹. L'exercice taxonomique nous paraît ici fort utile pour simplement souligner les distinctions primaires entre différents grands systèmes de droit, notamment en ce qui a trait au droit constitutionnel.

³⁷⁹ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 99-100.

³⁸⁰ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 52.

³⁸¹ René DAVID, Camille JAUFFRET-SPINOSI et Marie GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2016; T. RAMBAUD, préc., note 17.

Les États étudiés étant l’Afrique du Sud et le Canada, nous nous limiterons à une analyse des systèmes qui leur sont propres et ne pourrions malheureusement pas, étendre cette analyse à l’ensemble des systèmes du globe. Selon le *JuriGlobe*³⁸² ces deux États sont constitués de droits appartenant aux traditions juridiques de droit civil et de *Common law*³⁸³. Nous soulignons néanmoins qu’au Canada la mixité de ces droits existe davantage dans la province du Québec qu’elle ne l’est effectivement dans le reste du pays³⁸⁴.

Nous allons donc brièvement revenir sur ces deux traditions afin de rappeler quelle est la place du juge au sein de chacune et donc, quel est son rôle et son office, au sein des deux États faisant l’objet de notre étude.

Fondé majoritairement dans les universités, le droit appartenant à la famille romano-germanique est lié à « la philosophie, la théologie et la religion. [II] indique aux juges comment, selon la « prudence », ils doivent statuer; il prescrit les règles auxquelles les justes doivent obéir dans leur comportement social »³⁸⁵. Succédant à une période d’application de coutumes et de droit romain, la codification fut reconnue comme la forme la plus appropriée par les penseurs de l’école du droit naturel. Il s’agissait ainsi, selon les termes de Cambacérès, d’« établir un code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté »³⁸⁶. Nous soulignerons donc simplement que ce droit est davantage un droit écrit, codifié et systématisé par les législateurs qui représentent le peuple pour fonder la règle de droit.

La *Common law* fonctionne dans un raisonnement souvent qualifié d’opposé :

« [D]ans la famille romano-germanique, on cherche à découvrir les solutions de la justice du droit par une technique qui a comme point de départ la loi, alors que dans la famille de la common law on vise au même résultat en employant une technique qui prend en premier lieu en considération les décisions judiciaires »³⁸⁷.

³⁸² En ligne : <<http://www.juriglobe.ca/eng/>>, (consulté le 22 décembre 2018).

³⁸³ Le Québec est de tradition juridique mixte alors que le reste du Canada est de Common law. L’Afrique du Sud est de tradition juridique mixte.

³⁸⁴ Pour plus d’approfondissement à ce sujet : Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Les Solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Thémis, 2007.

³⁸⁵ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, préc., note 381, p. 32.

³⁸⁶ *Id.*, p. 50.

³⁸⁷ *Id.*, p. 93.

Ainsi, si le droit codifié civiliste se veut présenté « comme l'expression d'une raison transcendante », la *Common law* serait par contraste, « ni ordre ni raison abstraite, mais expérience »³⁸⁸. Réfutant toute idée « d'élégance » comme trait caractéristique du droit, celle-ci est davantage caractérisée par le « reflet de la vie dans toute sa réalité désordonnée »³⁸⁹.

Succédant au droit « anglo-saxon » en 1066, la *Common law* est née des Cours royales de justice appelées communément Cours de Westminster en Angleterre. Face à ces juridictions d'exception va naître un système permettant aux particuliers de réclamer au Roi d'user de sa « prérogative » lorsqu'une situation semble injuste. Ainsi, « [c]es décisions, prises à l'origine en considérant « l'équité du cas particulier », deviennent plus systématiques, faisant l'application de doctrines « équitables » qui apportent des adjonctions, et des correctifs, aux principes « juridiques » appliqués par les Cours royales »³⁹⁰. Peu à peu, le système d'*equity* va être absorbé par celui de *Common law* pour que finalement le système soit profondément réformé au cours du XIX^{ème} siècle et devienne celui que nous connaissons actuellement.

Le droit anglais est organisé non pas dans un souci de rationalisation et d'abstraction, mais dans une logique de procédure : c'est un « droit de procédure et de praticiens »³⁹¹. La règle de droit est à chercher dans le *ratio decidendi* ; elle n'est pas inscrite dans les codes, mais se construit au fur et à mesure que les praticiens l'utilisent. Ainsi, contrairement au droit européen continental, « le common law a toujours été un droit professionnel, élaboré par des praticiens pour des praticiens et méfiant à l'égard des débats académiques »³⁹².

D'une façon générale, ce droit est administré dans la langue anglaise, à l'exception de quelques États dont le Canada et l'Afrique du Sud font partie³⁹³. Ce n'est toutefois pas étonnant puisque ces deux États ont des systèmes de droit mixtes qualifiés par certains de « ponts entre la tradition de Common law et celle des pays romano-germaniques »³⁹⁴. L'auteur Thierry Rambaud explique que ces systèmes correspondent à l'idée « d'une

³⁸⁸ D. FAIRGRIEVE et H. MUIR WATT, préc., note 352, p. 25.

³⁸⁹ *Id.*, p. 26, l'auteur cite ici Jacques le Goff.

³⁹⁰ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, préc., note 381, p. 256.

³⁹¹ *Id.*, p. 284.

³⁹² D. FAIRGRIEVE et H. MUIR WATT, préc., note 352, p. 27.

³⁹³ Au Canada la *Common law* peut être administrée en langue française et en Afrique du Sud elle peut l'être en Afrikaans.

³⁹⁴ T. RAMBAUD, préc., note 17, p. 159.

combinaison, d'une mixité de ces éléments issus de deux traditions juridiques, [une] accumulation qui aboutit à une « cohabitation » de deux modèles juridiques »³⁹⁵.

Dans le cadre de notre recherche, l'implication de la tradition juridique se fait sur deux éléments fondamentaux. Premièrement, il s'agit de l'accès au droit comparé. En effet, même si à l'image des frontières matérielles, les frontières traditionnelles tendent à devenir de plus en plus poreuses, les étudiants évoluant dans des systèmes juridiques différents n'ont pas nécessairement reçu la formation adéquate au droit étranger. Ainsi, les praticiens du droit font face à un manque d'informations concernant le droit étranger pourtant nécessaire pour pouvoir ne serait-ce que songer à s'y référer. Dans les systèmes mixtes, on retrouve souvent un enseignement diversifié et une meilleure synergie entre les praticiens venant de l'un ou de l'autre des systèmes. Par exemple, un étudiant québécois recevra un enseignement de droit civil et de *Common law*, alors qu'un étudiant français n'obtiendra souvent qu'un enseignement civil, rendant ainsi la tâche plus ardue pour connaître les mécanismes des praticiens de *Common law*. De ce fait, il sera plus aisé pour l'étudiant ayant reçu les deux enseignements de pouvoir se référer à l'un ou l'autre des systèmes.

Nous allons donc brièvement revenir sur les possibilités d'accès au droit étranger pour le juge ainsi que sur le rôle qui lui est traditionnellement dévolu en Afrique du Sud et au Canada.

■ *L'accès au droit étranger*

Comme nous venons de l'expliquer, que l'on étudie dans un pays de *common law*, de droit musulman ou de droit civil, les enseignements et méthodes ne seront pas les mêmes.

Ce faisant, deux problèmes découlent de cette considération. Premièrement, le juriste n'est pas nécessairement formé aux droits étrangers : s'inspirer du droit des autres devient une tâche alors ardue étant donné qu'il n'a tout simplement pas connaissance de ce qui existe ailleurs. La recherche peut même s'avérer dangereuse faisant peser sur le chercheur les risques d'une mauvaise compréhension entraînant une possible déformation de la réalité juridique étrangère.

³⁹⁵ *Id.*, p. 160.

La deuxième difficulté, plus grande et plus difficile à surmonter à nos yeux, provient d'une modélisation du système de pensée³⁹⁶. Quand bien même le juriste connaîtrait le droit des autres, l'accès reste limité en ce sens que celui-ci se construit sur une base de réflexes qu'il a pris du système dont il est issu³⁹⁷. En effet, pour reprendre les mots de Pierre Legrand, le juriste n'est pas neutre, il est « situ[é] face à un droit »³⁹⁸. Pour cette raison (et nous reprendrons ici les paroles de l'ancien juge Bastarache), il semble primordial que les capacités des cours soient renforcées au moyen d'une formation adéquate pour pouvoir « porter le niveau des cours à un degré de connaissance et de compétence international »³⁹⁹.

Ainsi, le juriste anglais qui souhaiterait s'intéresser à l'utilisation du droit comparé chez les juges constitutionnels français risquerait fort de passer à côté de certains éléments propres aux mécanismes de cette cour. En effet, les juges constitutionnels français ont pour habitude de ne pas inscrire les références comparatives ou jurisprudentielles directement dans le compte rendu de l'arrêt⁴⁰⁰, mais dans une succession de documents annexes⁴⁰¹.

Dans les systèmes juridiques mixtes ce problème peut-être aussi marqué, mais il semblerait que sur ce point le Québec réussisse à faire la promotion d'un « enseignement transsystémique »⁴⁰². En outre, comme le soulignent Louis Le Bel et Pierre Louis Saunier⁴⁰³, les juristes formés aux deux traditions et ayant été soumis à un enseignement mixte auraient une meilleure connaissance des sources et pratiques du droit. À cela s'ajoute évidemment

³⁹⁶ Pour reprendre les mots de Pierre Legendre dans P. LEGENDRE, « Jouir du pouvoir », 1976, cité par Pierre LEGRAND, préc. note 80, p. 35 : « Nous sommes installés dans un discours, mais ce discours nous ne l'entendons plus ».

³⁹⁷ M. FROMONT, préc., note 20 à la page 378.

³⁹⁸ P. LEGRAND, préc., note 109 à la page 210.

³⁹⁹ M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 53.

⁴⁰⁰ C'est aussi ce que rappelle G. de VERGOTTINI, préc., note 71, p. 149, en classant les juges du Conseil constitutionnel français dans la catégorie des « juges qui connaissent le droit externe mais qui ne l'utilisent pas dans leur décisions », il précise que le Conseil constitutionnel, « perméable aux décisions d'autres tribunaux [...] ne les utilise que de manière indirecte ».

⁴⁰¹ Voir à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel en ligne, les liens vers les « dossier documentaire », « Références doctrinales », « commentaire », dans lesquels nous retrouvons les données ayant inspiré les juges pour prendre leur décision. Exemple du dossier documentaire de la *décision n° 2018-737 QPC*, en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018737qpc/2018737qpc_doc.pdf>, (consulté le 22 décembre 2018).

⁴⁰² Olivier MORÉTEAU, *Le juriste français, entre ethnocentrisme et mondialisation*, Dalloz, Francea, 2014, p. 225.

⁴⁰³ Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *Cah. Droit* 179-238, 210.

l'amélioration des facteurs techniques : l'évolution de la technologie et des moyens de communication avec internet ; un meilleur accès aux bases de données⁴⁰⁴ et une évolution dans le domaine juridique.

Concernant la cour canadienne, l'éducation pourrait être un facteur de l'utilisation plus marquée du droit américain par exemple. Ainsi, l'ancienne juge L'Heureux-Dubé soulignait :

« Un autre facteur particulièrement influent est celui de l'éducation. Les juges, avocats et académiciens qui ont reçu une partie de leur éducation ailleurs se sont généralement tournés vers des universités anglaises, françaises et américaines. Quand le moment est venu de chercher une solution à des problèmes similaires, ils se tournent naturellement vers les juridictions dont les idées leur sont familières afin d'y trouver l'inspiration et la comparaison » [notre traduction]⁴⁰⁵.

C'est également dans ce sens que va la recherche de Fabrice Hourquebie : « Il est facile de comprendre que les juges formés aux États-Unis se tournent plus facilement vers la Cour suprême; par opposition aux juges formés en Allemagne qui s'inspirent davantage du droit continental »⁴⁰⁶.

Ainsi, l'éducation aux systèmes étrangers semble jouer un rôle considérable sur l'utilisation du droit comparé faite dans le raisonnement du juge. Tout d'abord, un étudiant bien formé aux droits étrangers deviendra un juge plus intéressé par ceux-ci. Ensuite, le juge pourra logiquement faire une meilleure utilisation du droit comparé s'il a reçu une formation concernant d'autres systèmes de droit. En effet, comme l'explique Bénédicte Fauvarque-Cosson, l'enseignement du droit comparé doit « éveiller la curiosité [des étudiants] et leur esprit critique, susciter leur intérêt pour des cultures jusqu'alors inconnues »⁴⁰⁷. Ainsi, un étudiant ayant reçu un enseignement de droit comparé devrait avoir appris « à se poser les bonnes questions, à rechercher les informations [...] et identifier les sources de droit pertinentes [...] »⁴⁰⁸ dans les différents systèmes de droit. À ce sujet, Catherine Valcke

⁴⁰⁴ Dans le cadre de notre mémoire, il a été très aisé de trouver les documents nécessaires à l'étude des décisions étrangères (cour sud-africaine) sur le site *Saflii* sur lequel nous retrouvons en sus des décisions, des articles et autres documents.

⁴⁰⁵ C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 85, 20.

⁴⁰⁶ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 101.

⁴⁰⁷ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'enseignement du droit comparé », (2002) 54-2 *Rev. Int. Droit Comparé* 293-309, 295.

⁴⁰⁸ *Id.*

s'interroge également sur la formation la plus appropriée à offrir aux étudiants en matière de droits étrangers et sur les programmes formant des « citoyens du monde »⁴⁰⁹. Celle-ci souligne que de réelles études concernant les moyens pédagogiques à mettre en place pour un enseignement de droit « global » sont encore nécessaires⁴¹⁰. Elle préconise finalement un modèle « successif »⁴¹¹. Néanmoins, au travers des travaux de Bénédicte Fauvarque-Cosson⁴¹², et Catherine Valcke, on remarque que la question de l'éducation aux droits étrangers constitue finalement l'objet d'un réel sujet de recherche aujourd'hui.

Concernant la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, nous avons pu constater que celle-ci a su développer une méthode pour faire face à des difficultés de formation : en plus des 22 assistants de recherches aidant les juges, le règlement intérieur de la Cour prévoit la présence de juristes venant de démocraties constitutionnelles modernes étrangères (République fédérale d'Allemagne, Namibie, Inde notamment)⁴¹³. Le travail des juges est ainsi facilité : des personnes expérimentées et d'horizons variés peuvent venir au secours des assistants nationaux lorsqu'ils ne connaissent pas un droit étranger ou une méthode de recherche particulière associée à ce droit. De plus, en sus d'offrir un grand renfort sur la connaissance du droit étranger, la présence de ces assistants auprès des juristes nationaux⁴¹⁴ permet d'élargir les horizons de ceux-ci, de les former aux droits étrangers et de les sensibiliser aux particularités locales de ces différents États⁴¹⁵.

À ce titre, la Cour suprême du Canada embauche également une trentaine d'étudiants par an en tant qu'assistants de recherches. Toutefois contrairement à la cour sud-africaine qui promeut l'expérience étrangère grâce au programme d'invitation des juristes étrangers, la

⁴⁰⁹ Catherine VALCKE, « L'enseignement du droit comparé à l'ère de la Mondialisation : Les yeux plus grands que la panse ? », *Lex-Electron*. 2004.06.169-190, 173.

⁴¹⁰ *Id.*, 175.

⁴¹¹ *Id.*, 171 : Le modèle « successif » s'oppose aux modèles « intégrés » et « bric-a-brac » d'apprentissage du droit étranger. Le modèle « successif » préconise une approche approfondie du droit étranger et limité en nombre : un système est étudié après l'autre de façon poussée.

⁴¹² B. FAUVARQUE-COSSON, préc., note 407.

⁴¹³ A. CHASKALSON, P. LANGA, Y. MOGKORO et R. J. GOLDSTONE, préc., note 321.

⁴¹⁴ Voir sur le site de la cour sud-africaine dans le document « Invitation for applications for foreign law clerks – February 2017 », en ligne : <<https://www.concourt.org.za/images/phocadownload/lawclerk/Website-Invitation-for-Foreign-Law-Clerk-Applications-Feb17.pdf>>, (consulté le 22 décembre 2018) : « Each year, 15 to 20 young lawyers from around the world serve as foreign law clerks. Working alongside two South African law clerks, each foreign law clerk assists a specific judge in performing his or her duties ».

⁴¹⁵ *Id.*

Cour Suprême du Canada privilégie les demandes des citoyens canadiens⁴¹⁶. La possibilité d'embauche d'étudiants ou de praticiens étrangers est donc limitée et assujettie au fait qu'un nombre suffisant de canadiens aient présenté leur demande avant eux.

Toutefois, la mixité reste une affaire importante au sein de la Cour suprême canadienne où trois des neuf juges doivent être issus des juridictions québécoises⁴¹⁷. Ces juges formés au droit civil peuvent ainsi plus facilement « recourir aux théories civilistes développées par la doctrine française »⁴¹⁸.

Également, nous avons précédemment souligné l'importance des moyens technologiques dans le processus d'échange entre juges de différents États et de création d'une sorte de communauté judiciaire. En effet, à l'instar de l'ancien juge Bastarache, nous pensons qu'en « dehors des organisations et initiatives officielles, Internet a joué un rôle important dans le processus de globalisation judiciaire. L'accès aux sources légales étrangères a augmenté avec internet [notre traduction] »⁴¹⁹. C'est également ce que souligne Elaine Mak concernant la cour canadienne, dans son étude comparative sur les juges de différentes cours :

« Les juges de la Cour Suprême du Canada effectuent parfois leur propre recherche juridique comparative. [...] [Un ancien juge de la Cour Suprême] a estimé que le développement d'Internet a eu une influence considérable sur la recherche en droit étranger, car les bases de données en ligne permettent aux tribunaux d'accéder plus facilement à la jurisprudence étrangère et autres ressources utiles » [notre traduction]⁴²⁰.

En outre, certains auteurs pensent qu'Internet est parfois une source contreproductive d'informations. En effet, les données récoltées sont souvent partielles, voire anachroniques, offrant souvent une vision trompeuse de ce qu'est réellement le droit étranger de l'État considéré. De plus, comme le souligne Marta Requejo, « Internet n'assure pas toujours la

⁴¹⁶ Voir les conditions sur le site de la cour, en ligne : <<https://www.scc-csc.ca/empl/lc-aj-eng.aspx>>, (consulté le 21 décembre 2018), voir notamment : « La préférence sera accordée aux citoyens canadiens. Les demandes de non-Canadiens sont acceptées, mais s'il y a suffisamment de candidats qualifiés qui ont la citoyenneté canadienne, la sélection se limitera à ces derniers ».

⁴¹⁷ *Loi sur la Cour Suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 6 ; et donc d'une province de droit mixte.

⁴¹⁸ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 99.

⁴¹⁹ M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 54.

⁴²⁰ E. MAK, préc., note 130, p. 115.

véracité des données ; finalement, la profusion d'informations en provenance de différents sites peut se révéler contreproductive »⁴²¹.

Ainsi, les comparatistes devront faire face à une double difficulté : sortir des frontières systémiques des traditions juridiques auxquels ils appartiennent et réussir à trouver les sources adéquates pour répondre à leurs questions.

La tradition juridique peut donc avoir un impact sur la façon dont sera observé le droit étranger. Il faut également souligner que celle-ci ne sera pas sans influence sur le rôle du juge au sein de l'État analysé.

■ *Le rôle traditionnel du juge*

Le rôle du juge n'est pas le même que l'on se place dans un État de tradition civiliste ou dans un État de *Common law*. En effet, si pour la première famille, « [d]ans la très grande majorité des cas, le juge, soucieux d'éviter le reproche d'arbitraire, donne par principe la préférence en tous pays à une interprétation qui respecte, avec la lettre de la loi, l'intention du législateur »⁴²², dans la seconde « [l]a règle du précédent se situe au cœur de [cette] tradition juridique » laissant un large pouvoir créateur à la juge⁴²³.

De nombreux auteurs se sont intéressés aux divergences et convergences sur les façons de procéder des juges dans ces différents systèmes. On compte parmi eux Nicholas Kasirer⁴²⁴, Pierre J. Dalphond⁴²⁵, Marie José Longtin⁴²⁶, Duncan Fairgrieve et Horatia Muir Watt⁴²⁷, Fabrice Hourquebie⁴²⁸, Wanda Mastor⁴²⁹, Jean-François Gaudreault-DesBiens et Stéphane

⁴²¹ Marta REQUEJO, « Quelle communication dans l'application de la loi étrangère ? », dans Burkhard HESS (dir.) et Séverine MENÉTREY (dir.), *Les dialogues des juges en Europe*, coll. Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2014 à la page 326.

⁴²² R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORÉ, préc., note 381, p. 106.

⁴²³ T. RAMBAUD, préc., note 17, p. 136.

⁴²⁴ Nicholas KASIRER, *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003.

⁴²⁵ P. J. DALPHOND, préc., note 8.

⁴²⁶ Marie José LONGTIN, « Le style civiliste et la loi », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003.

⁴²⁷ D. FAIRGRIEVE et H. MUIR WATT, préc., note 352.

⁴²⁸ F. HOURQUEBIE et M.-C. PONTHEUREAU, préc., note 81.

⁴²⁹ W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2005.

Beaulac⁴³⁰, Patrick Glenn⁴³¹, Sir Basil Markesinis⁴³² ou encore Antoine Garapon et Ionnis Papadopoulos⁴³³ pour ne citer qu'eux.

Il semblerait donc que le « style »⁴³⁴ des jugements diffère d'une tradition à l'autre et de ce fait, « connaître les caractéristiques [de ces styles propres aux traditions], c'est progresser dans la connaissance de la règle elle-même parce que le message est, en grande partie, dépendant du style qu'utilise le messenger pour le transmettre »⁴³⁵.

Ainsi, reprenant grossièrement les traits caractéristiques de ces deux conceptions du droit, nous pourrions dire qu'au sein du modèle civiliste, la tradition voudrait que les décisions soient rendues conformément aux règles du syllogisme avec un style direct, bref, concis, parfois même « laconique »⁴³⁶ ; où la dissidence et la concurrence ne sont pas permises afin de faire gage d'unanimité et de collégialité⁴³⁷. Le juge a pour rôle d'interpréter le droit. À la façon dont Montesquieu l'écrivait⁴³⁸, il doit seulement être la « bouche de la loi »⁴³⁹. Les juges sont de carrière : suite à une école spécialisée, ils sont choisis après un concours. Dans la *Common law* le style est davantage narratif, discursif, avec des opinions dissidentes, et concurrentes, faisant ainsi une large place à la personnalité du juge et non plus à la collégialité. Les noms des juges sont cités et correspondent à leurs arguments ; ils parlent en leurs noms propres et non en celui du groupe. Également, contrairement au style civiliste, les juges sont nommés suite à une longue carrière d'avocat. La juge s'intéresse majoritairement

⁴³⁰ Stéphane BEAULAC et Jean-François GAUDREULT-DESBIENS, *Droit civil et common law: convergences et divergences/Common Law and Civil Law: A comparative Primer*, Montréal, Thémis, 2017.

⁴³¹ Patrick GLENN, « Vers un droit comparé intégré ? », (1999) 51-4 *Rev. Int. Droit Comparé* 841-852; H. Patrick GLENN, « Quel droit comparé ? », *R.D.U.S* 2013.43.24-44.

⁴³² Basil SIR MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford and Portland, Oregon, USA, Hart Publishing, 2003; Basil SIR MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé*, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2006.

⁴³³ Antoine GARAPON et Ioannis PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003.

⁴³⁴ N. KASIRER, préc., note 424.

⁴³⁵ Jacques AUGER, « Le style civiliste et le droit des suretés réelles », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003 à la page 79.

⁴³⁶ Marc GUILLAUME, « Le style du Conseil constitutionnel », *Justice Cassat*. 2013.262-286, 263.

⁴³⁷ Pour une critique sur la collégialité en France: Dominique ROUSSEAU, « Pour les opinions dissidentes », dans *Mélange Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Montchrestien, 1999, p. 323-328 ; W. MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, PUAM et Economica, 2005, France.

⁴³⁸ MONTESQUIEU, « De l'esprit des Lois. Tome I », Classique Garnier, 2011, Paris, Livre VI, Chapitre IV, p. 85 : « [L]e juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait, et pour cela il ne lui faut que des yeux ».

⁴³⁹ *Id.*, Livre XI, Chapitre VI, p. 176. Montesquieu écrit : « [L]es juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

aux faits et donc aux situations passées pour lesquelles ceux-ci étaient similaires. Ainsi, comme nous l'avons précédemment noté, la juge du modèle civiliste part de la règle pour l'appliquer aux faits alors que la juge de *Common law* part des faits pour produire la règle. De cette façon, l'ensemble des décisions passées construit le droit de *Common law*.

Au Canada, comme le rappelaient Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, le bijuridisme n'a que peu d'incidence concernant le style du jugement. Ainsi, « [l]es jugements au Québec adoptent le style discursif de la tradition de *Common law* et rejettent le style purement syllogistique et formaliste que l'on remarque par exemple dans les décisions des tribunaux français »⁴⁴⁰; et ce, même lorsque les juges québécois tranchent une affaire civile. Pierre J. Dalphond, ancien juge à la Cour d'appel du Québec, parle lui aussi de la spécificité du Québec comme province civiliste répondant à une « organisation judiciaire modelée sur le système britannique »⁴⁴¹. C'est également ce que souligne Adrian Popovici lorsqu'il différencie le style civiliste en reprenant l'exemple de la Cour de cassation française qui « statue [et] ne cherche pas à convaincre [alors que] les juges québécois sont d'anciens avocats dont le rôle principal était celui de convaincre »⁴⁴². En effet, il semblerait qu'au Québec « l'uniformisation judiciaire » ait conduit au métissage du droit civil québécois. C'est ce que rappelle Adrian Popovici lorsqu'il explique que ce n'est pas tant « l'inspiration anglaise des législateurs » qui a conduit à ce métissage, mais bien plutôt « la composition des tribunaux, qui étaient et sont toujours constitués de juges de la tradition britannique, avec tout ce que cela implique relativement au style et à l'autorité des jugements »⁴⁴³.

De la même façon, la Cour constitutionnelle sud-africaine adopte une approche en faveur des méthodes de *Common law*. Premièrement, tous les juges actuels ont vécu une longue carrière d'avocat avant de devenir juges. Également, il transparaît du second jugement rendu par cette Cour en 1995, l'arrêt *Makwanyane*⁴⁴⁴, l'attachement à un style judiciaire de *Common law*. Nous observons au cours des 202 pages de décision que la personnalité des juges a une importance majeure : ils parlent en leur nom propre, émettent des opinions dissidentes, et

⁴⁴⁰ S. BEAULAC et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 430, p. 21.

⁴⁴¹ P. J. DALPHOND, préc., note 8 à la page 91.

⁴⁴² Adrian POPOVICI, « Le droit civil, avant tout un style... », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003 aux pages 212-213.

⁴⁴³ Adrian POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54-2 *McGill Law J.* 223-236, 227.

⁴⁴⁴ *S v. Makwanyane*, préc., note 11.

concurrentes. Ce jugement est rédigé dans ses 392 paragraphes de façon narrative, discursive, mélangeant des considérations historiques, philosophiques, politiques et culturelles.

De ce fait, le respect des précédents est de principe ; l'observance de la jurisprudence, plus qu'une possibilité, est une contrainte pour la juge du système de *Common law* contrairement à celle civiliste⁴⁴⁵. Ainsi, comme le souligne Marie-Claire Ponthoreau, il semble que le juge de *Common law* soit plus disposé à s'intéresser au droit comparé, puisqu' « il donne à voir le processus interprétatif et décisoire comme un échange d'arguments aboutissant à un jugement », avec une motivation représentant « un moment fort dans la création jurisprudentielle du droit »⁴⁴⁶. Pourtant, on remarquera que ce n'est pas le cas partout et que cette utilisation fait débat dans certains pays à la tradition empreinte du droit anglais⁴⁴⁷.

Il semble donc presque logique que le juge agissant selon les règles de *Common law* s'intéresse à la technique comparative. Toutefois, à l'instar de Fanny Jacquet, nous nous interrogeons sur l'étendue de l'utilisation de cette technique à la justice constitutionnelle :

« Si un tel processus d'émancipation est concevable pour le juge ordinaire comment cela est-il possible pour le juge constitutionnel qui est censé être le garant de cette histoire et de cette tradition juridique ? [Le juge constitutionnel est], selon la formule consacrée par la doctrine italienne, l'«organo di chiusura del sistema». Système dans lequel le juge constitutionnel va pourtant, de lui-même, introduire le grain de sable du comparatiste »⁴⁴⁸.

À la lumière de ces observations, il devient plus simple de saisir l'intérêt et l'ouverture des juges canadiens et sud-africains sur le droit comparé. Nous nous interrogeons désormais sur la légitimité de cette pratique en matière constitutionnelle et donc, dans le travail des juges constitutionnels de ces deux États.

⁴⁴⁵ Bien qu'ici, une fois encore, il faut remarquer que ces règles tendent à changer. Par exemple, on constate une prise en compte de plus en plus marquée du précédent chez le juge du Conseil d'État en France (la plus haute cour administrative).

⁴⁴⁶ M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 130 à la page 545.

⁴⁴⁷ Il existe un grand débat sur le sujet aux États-Unis entre les juges Antonin Scalia et Stephen G. Breyer dont les conceptions de l'interprétation de la Constitution sont radicalement opposées. A ce sujet il est également possible de voir l'un de leur débat sur l'interprétation judiciaire, en ligne : <<http://www.annenbergclassroom.org/page/a-conversation-on-the-constitution-judicial-interpretation>>, (consulté le 22 décembre 2018).

⁴⁴⁸ F. JACQUELOT, préc., note 34 à la page 154.

2. À la recherche de la légalité d'une pratique en matière constitutionnelle.

■ *La matière constitutionnelle : discipline au sommet du domaine étatique au Canada et en Afrique du Sud*

Si le droit national est l'une des démonstrations de la souveraineté de l'État, la matière constitutionnelle l'est encore davantage au sein des deux États étudiés. Montesquieu estimait que les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »⁴⁴⁹. Poursuivre l'esprit de cette pensée implique dès lors de s'interroger sur le fait qu'un droit aussi spécifique et local puisse réellement être comparé. D'ailleurs, est-il simplement comparable ?

L'une des premières considérations ici porte sur la vision même que la société juridique concède à sa constitution. Les juges considèrent-ils celle-ci comme un document figé, qui ne peut-être altéré par le temps ou au contraire la voient-ils comme un « arbre vivant capable de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles »⁴⁵⁰ ?

Marie-Claire Ponthoreau explique qu'il existe des idéologies dites « statiques ». Par exemple, il s'agit de celles poursuivies par le juge américain Scalia qui « réfute notamment l'interprétation de la constitution en fonction des évolutions sociales et, revendiquant l'« originalisme », prône une interprétation au plus près du texte originel faisant toute leur place au sens des mots retenus par les pères fondateurs » [notre traduction]⁴⁵¹.

En optant pour une interprétation au plus proche des idéaux des pères fondateurs, il devient évident que le droit comparé sera peu présent, voire absent du discours argumentatif de ces juges. Fanny Jacquilot en discute elle aussi, et explique que l'un des arguments du courant de pensée « originaliste » américain repose sur le fait que « la décision de justice constitutionnelle est la “bouche” de l'histoire et des traditions juridiques nationales. Son regard est donc exclusivement un regard de l'“intérieur” »⁴⁵². Ce courant veut « une interprétation au plus près du texte originel qui exclut la réception des précédents

⁴⁴⁹ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois. Tome I*, Paris, Classique Garnier, 2011, p. 12.

⁴⁵⁰ UKPC, *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136

⁴⁵¹ M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 130 à la page 552 ; voir également au sujet Marie-Claire PONTTHOREAU, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, coll. Corpus Droit Public, Paris, 2010, p. 165.

⁴⁵² F. JACQUELOT, préc., note 34 à la page 155.

jurisprudentiels en tant qu'ils expriment une idéologie dynamique et ouverte »⁴⁵³. Cette façon de concevoir l'évolution de la Constitution donne lieu à ce que Michel Rosenfeld appelle le « parti pris national »⁴⁵⁴. Cette notion correspond à l'idéologie et à la culture juridique de l'État observé : les États-Unis dégagent, par exemple, un fort parti pris nationaliste ce qui rend l'utilisation du droit comparé moins probable et légitime.

Noura Karazivan évoque également la distinction entre le courant originaliste et celui correspondant à la métaphore de « l'arbre vivant »⁴⁵⁵ utilisée par les juges canadiens lorsqu'ils parlent de la Constitution. Ainsi, à l'instar de Noura Karazivan⁴⁵⁶, Jean-François Gaudreault-DesBiens⁴⁵⁷ ou encore de Lise Brun, nous pouvons d'ores et déjà signaler que la cour canadienne observe souvent une méthode d'interprétation évolutive⁴⁵⁸, capable de laisser la Constitution « évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées »⁴⁵⁹. Les juges sont même allés jusqu'à éviter de retenir toute interprétation prenant en compte des prétentions qui sembleraient trop « figées »⁴⁶⁰. C'est également ce que souligne Fabrice Hourquebie en opposant à l'exemple statique de la Cour américaine, celui de l'« idéologie dynamique et ouverte »⁴⁶¹ de la cour canadienne. Par ailleurs, les juges canadiens ne s'en cachent pas : « [E]xaminer et prendre en considération la jurisprudence américaine nous a permis de bénéficier d'une expertise acquise par deux cents ans d'interprétation constitutionnelle »

⁴⁵³ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 98.

⁴⁵⁴ Michel ROSENFELD, « Le constitutionnalisme comparé en mouvement : d'une controverse américaine sur les références jurisprudentielles au droit étranger. », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolutions*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009 à la page 575.

⁴⁵⁵ Noura KARAZIVAN, « Constitutional Structure and Original Intent : A Canadian Perspective », (2017) 2 *Univ. Ill. Law Rev.* 629-654, 631.

⁴⁵⁶ *Id.*, 430.

⁴⁵⁷ Jean-François GAUDREULT-DESBIENS, « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la common law. Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien. », dans Ghislain OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, p. 41-99 à la page 50.

⁴⁵⁸ L. BRUN, préc., note 126, p. 83.

⁴⁵⁹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, préc., note 142, p. 155.

⁴⁶⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, préc., note 170, par. 52 : « [E]n procédant de la sorte, les droits, libertés et valeurs enchâssés dans la Charte deviennent figés dans le temps à l'époque de son adoption, sans possibilité, ou presque, de croissance, d'évolution et d'ajustement aux besoins changeants de la société. [...] Si on veut que "l'arbre" récemment planté qu'est la Charte ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial n'en retardent la croissance ».

⁴⁶¹ Fabrice HOURQUEBIE, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de Common law », dans Marie-Claire PONTHEUREAU (dir.), *La motivation des décisions de Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012 à la page 97.

[notre traduction]⁴⁶². De la même façon, les juges sud-africains sont ouverts à une interprétation « généreuse »⁴⁶³ de leur Constitution, celle-ci ayant pour but d'offrir aux individus l'entièreté de leurs droits fondamentaux.

Si cette méthode d'interprétation progressiste a pour avantage de ne pas fermer la porte à l'utilisation du droit comparé, elle n'invite pas la juge à en faire œuvre explicitement pour autant. Ainsi, la matière constitutionnelle reste un domaine qui doit être comparé avec beaucoup de précautions, car les fondements et piliers des pays s'y logent. Or, ils ne sont pas les mêmes d'un État à l'autre. En effet, on remarquera des différences significatives concernant les méthodes d'élections des représentants, la fonction des différents organes de l'État ou tout autre principe constitutionnel structurant l'État.

Néanmoins, on remarquera une grande convergence dans la rédaction des textes fondamentaux au sein des constitutions. Se retrouvant souvent rédigée de façon similaire dans les États possédant une Charte, un *Bill of Rights* ou une Loi fondamentale, une certaine forme « d'universalité » tend à être soulignée par les différents commentateurs⁴⁶⁴ dans ce domaine, ouvrant ainsi les portes de la comparaison. Ainsi, « le phénomène d'importation des décisions étrangères peut correspondre au souhait de diversifier les méthodes d'interprétation dont dispose le juge pour avoir une vue plus compréhensive du problème juridique posé (bien souvent sur le terrain des droits fondamentaux d'ailleurs) »⁴⁶⁵. C'est d'ailleurs ce qui semble ressortir du travail d'Elaine Mak :

« Au sein de la Cour Suprême du Canada, les juges ont ressenti un plus fort attrait pour le droit comparé après l'entrée en vigueur de la Charte des droits et libertés. La Charte fait référence aux valeurs d'une "société libre et démocratique" et contient des similitudes avec les catalogues des droits fondamentaux figurant dans les Constitutions nationales d'autres pays, ainsi que de la [Convention européenne des Droits de l'Homme]. Ces similitudes fournissent une base de comparaison juridique. De plus, le juge Dickson, qui fut le premier à rédiger des jugements portant sur la base de la Charte, a estimé qu'il était important de tenir compte du consensus international général lorsqu'il jugeait des causes fondées sur la Charte » [notre traduction]⁴⁶⁶.

⁴⁶² C. L'HEUREUX-DUBÉ, préc., note 85, 20; M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 48.

⁴⁶³ *S v Zuma and Others*, préc., note 134, par. 13.

⁴⁶⁴ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 53.

⁴⁶⁵ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 96.

⁴⁶⁶ E. MAK, préc., note 130, p. 152; pour plus d'approfondissement sur le sujet, voir l'ouvrage de Pierre-André COTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 2009.

Elaine Mak souligne ainsi dans son étude que les juges canadiens ont souvent recours au droit étranger pour interpréter les droits fondamentaux; ils indiquent eux-mêmes consulter le droit de la Cour européenne des droits de l'homme, de la cour sud-africaine, de la cour allemande et de la cour israélienne⁴⁶⁷.

De la même façon, les juges sud-africains reconnaissent très rapidement l'importance de l'utilisation de la technique comparative dans le domaine de l'interprétation des droits fondamentaux : « Comparative "bill of rights" jurisprudence will no doubt be of importance, particularly in the early stages of the transition when there is no developed indigenous jurisprudence in this branch of the law on which to draw »⁴⁶⁸. Toutefois, juste après avoir légitimé cette approche, le juge Chaskalson rappelle qu'il est « important to appreciate that this will not necessarily offer a safe guide to the interpretation of Chapter Three of our Constitution »⁴⁶⁹. De cette façon, les juges justifient le recours au droit comparé en matière de droits fondamentaux tout en rappelant que ce droit reste non contraignant⁴⁷⁰.

C'est également ce que rappelle l'ancien juge Goldstone : « Tant en Afrique du Sud, qu'internationalement, le mouvement antiapartheid fut avant tout un mouvement de droits humains » [notre traduction]⁴⁷¹. Ainsi, il semble normal que l'interprétation de ces droits fondamentaux se fasse tant par l'expérience locale que par celle étrangère et internationale.

Pour Fabrice Hourquebie, l'utilisation du droit comparé en matière de droits fondamentaux serait même logique certaines fois :

« Cette circonstance temporelle (transition, sortie de crise) induit clairement une réception des décisions étrangères plutôt lorsque le juge doit statuer sur des questions liées aux droits fondamentaux et aux libertés. C'est un point particulièrement typique des régimes de transition »⁴⁷².

⁴⁶⁷ E. MAK, préc., note 130, p. 182.

⁴⁶⁸ Makwanyane, préc. note 11, par. 36.

⁴⁶⁹ *Id.*, par. 37.

⁴⁷⁰ Nous rappelons à ce titre que l'article 39 de la Constitution sud-africaine est rédigée de façon à « obliger » (avec le terme « must ») le juge à prendre en considération le droit international, alors qu'elle l'invite de façon non contraignante à considérer le droit étranger (utilisation du terme « may »).

⁴⁷¹ Richard J GOLDSTONE, « The First Years of the South African Constitutional Court », (2008) 42 *Supreme Court Law Rev.* 25-33, 28.

⁴⁷² F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 97.

Ainsi, les juges soulignent souvent l'universalité des droits fondamentaux⁴⁷³, ce qui leur permet de créer l'opportunité d'utiliser le droit comparé. Dans l'affaire *Baloyi*⁴⁷⁴, juste avant d'user du droit américain pour résoudre le problème posé devant la Cour, le juge Sachs souligne :

« All crime has harsh effects on society. What distinguishes domestic violence is its hidden, repetitive character and its immeasurable ripple effects on our society and, in particular, on family life. It cuts across class, race, culture and geography, and is all the more pernicious because it is so often concealed and so frequently goes unpunished »⁴⁷⁵.

On remarquera néanmoins que ce critère « d'universalité » n'empêche pas les juges de rappeler les différences qu'il existe entre les textes fondamentaux. D'ailleurs, les juges canadiens rejettent souvent la conception des droits fondamentaux qu'ont leurs homologues américains (qui est pourtant une référence de choix tant par leur proximité géographique que juridique), principalement à cause de l'existence de l'article premier dans la Charte canadienne qui n'a pas d'équivalent aux États-Unis⁴⁷⁶.

■ *La rédaction des textes fondamentaux : promesse d'une légalité pour la comparaison ?*

L'universalité des droits fondamentaux suffit-elle à assurer la légitimité de l'utilisation du droit comparé ? Pour José Woehrling, le recours au droit comparé se justifie de deux façons.

➤ *Le contexte d'adoption*

⁴⁷³ Ou, dans le sens contraire, mettent l'accent sur la répugnance que certains crimes devraient engendrer dans l'ensemble de la société.

⁴⁷⁴ *S v Baloyi and Others* (CCT29/99) [1999] ZACC 19.

⁴⁷⁵ *Id.*, par. 11.

⁴⁷⁶ Notamment dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 293, par. 84 : « En examinant ces arrêts, il est important de garder à l'esprit les différences qu'il y a entre les constitutions canadienne et américaine, non seulement en ce qui concerne le texte des dispositions relatives à la religion, mais aussi sur le plan de l'absence dans le document américain d'une disposition comparable à l'article premier de la Charte canadienne » ; mais également dans les arrêts *R. c. Smith (Edward 6 Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, par. 62 ; *R. c. Rahey*, préc., note 233, par. 28 ; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, préc., note 49, par. 49.

La première justification relève du contexte d'adoption⁴⁷⁷. Ceci signifie que les rédacteurs des Chartes récemment élaborées se sont nécessairement appuyés sur l'expérience d'autres textes précédant leur processus d'élaboration. Ainsi, il semble logique que la Cour s'intéresse au droit comparé par la suite. En effet, « en application des règles traditionnelles d'interprétation utilisées au Canada, ces textes étrangers qui ont servi d'inspiration au rédacteur de la Loi constitutionnelle de 1982 peuvent aider à dégager l'intention du « constituant », là où celle-ci n'est pas claire ». Comme le soulignait la juge Beverley McLachlin : « Notre situation spirituelle, quelque part entre les États-Unis au sud et la tradition européenne outre-Atlantique, est reflétée dans notre *Charte*, un amalgame de notions européennes et américaines »⁴⁷⁸.

C'est également une justification soutenue par l'ancien juge de la Cour suprême canadienne, Michel Bastarache :

« En 1982, le Canada élaborait la Charte canadienne des droits et libertés qui fut modelée en partie sur le Bill of Rights américain. L'expérience canadienne de la Charte fut rapidement distincte de l'expérience anglaise, et il fut clair dès le départ que l'interprétation constitutionnelle américaine aurait un impact sur le droit canadien. En conséquence, de nombreux auteurs s'interrogèrent à ce moment-là sur le rôle que la jurisprudence américaine était censée prendre dans l'interprétation de la nouvelle Charte » [notre traduction]⁴⁷⁹.

Pour Richard Goldstone, ancien juge de la Cour constitutionnelle sud-africaine, cette justification légitime tout à fait l'utilisation du droit comparé :

« En écrivant la Constitution, nous avons bien évidemment regardé ce qui se passait dans le monde entier et on peut facilement voir quelles ont été les influences du système de droit continental, de la Charte canadienne des droits de l'homme, du système constitutionnel des États-Unis. [...] Ce fût donc par un prolongement naturel que nous avons décidé que l'interprétation de ces droits fondamentaux devait prendre en considération non seulement notre contexte historique ou le sens littéral des mots, mais

⁴⁷⁷ À ce sujet, voir également : Daniel TURP, « Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel », (1984) 18 *Rev. Jurid. Themis* 353-404.

⁴⁷⁸ Beverley MCLACHLIN, *La protection des droits fondamentaux : Etude comparative des États-Unis et du Canada*, Allocution, Plattsburg State University, New York, 5 avril 2004.

⁴⁷⁹ M. BASTARACHE, préc., note 95 à la page 46.

aussi les autres systèmes qui avaient contribué à la construction du nôtre, et plus particulièrement comment l'interprétation des droits fondamentaux était faite »⁴⁸⁰.

C'est d'ailleurs ce que souligne l'auteure Tania Groppi :

« Le Bill of Rights a incorporé de nombreux éléments comparatifs, notamment d'autres Constitutions modernes et des instruments internationaux relatifs aux droits de la personne. Les deux Constitutions nationales qui ont le plus fortement influencé la rédaction de la Constitution finale, tant dans ses dispositions structurelles que dans son Bill of Rights, ont été le German Grundgesetz de 1949 et la Loi constitutionnelle canadienne de 1982 » [notre traduction]⁴⁸¹.

En effet, en examinant la Charte canadienne et le *Bill of Rights* sud-africain nous avons remarqué de nombreuses ressemblances⁴⁸² laissant penser que des emprunts existent en effet. La ressemblance la plus frappante concerne l'existence dans les deux textes fondamentaux d'un article de limitation des droits. La présence de ce même article dans les deux textes va faire office de « pont » interconstitutionnel. Ainsi, on verra la cour sud-africaine citer la cour canadienne de façon récurrente sous le joug de cet article⁴⁸³, néanmoins, l'inverse ne s'est pas encore produit à ce jour.

Nous avons pu noter que, contrairement à la Charte canadienne⁴⁸⁴, le *Bill of Rights* sud-africain faisait peser des obligations sur les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ainsi qu'à tout autre organe de l'État⁴⁸⁵. Ainsi, la rédaction du *Bill of Rights* semble davantage s'appuyer sur l'article premier de la Loi fondamentale allemande ici⁴⁸⁶. Cette ressemblance

⁴⁸⁰ A. CHASKALSON, P. LANGA, Y. MOGKORO et R. J. GOLDSTONE, préc., note 321.

⁴⁸¹ T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU, préc., note 81, p. 192.

⁴⁸² Voir ensemble : *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc., note 40, art. 15(1) et, *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 9(1) sur le droit à l'égalité qui sont rédigés de la même façon ; voir aussi : *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11 : art. 15(2) et *Bill of Rights*, 1996, art. 9(2) qui prévoient tout deux la possibilité d'un traitement inégal pour rétablir l'équité dans une situation désavantageant un groupe particulier.

⁴⁸³ *S v Zuma and Others*, préc., note 134, par. 21 (sur l'inversement de la charge de la preuve) ; *S v. Makwanyane*, préc., note 11, par. 106 ; *AZAP0*, préc., note 143.

⁴⁸⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 32(1) : la Charte canadienne ne soumet pas directement l'organe judiciaire.

⁴⁸⁵ *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 8.

⁴⁸⁶ *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, 1949, art. 1, selon la traduction faite sur le site en ligne : <<https://www.refworld.org/pdfid/3ae6b5a6c.pdf>>, (consulté le 22 décembre 2018) : « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoir législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ».

entre le *Bill of Rights* sud-africain et la loi allemande est également constatable dans l'article portant sur la dignité humaine, que l'on ne retrouve pas dans la Charte canadienne⁴⁸⁷.

D'autres articles, très semblables entre eux, nous laissent penser que, comme José Woehrling ou Daniel Turp⁴⁸⁸ l'ont suggéré, et comme Alan Watson⁴⁸⁹ le souligne, les textes fondamentaux ont été rédigés dans un contexte de circulation des droits, favorable à l'emprunt juridique.

Ainsi, en repartant du contexte d'adoption, il semble tout à fait logique que le juge s'empare de la technique comparative poursuivant ainsi l'œuvre du législateur. C'est ce que précise notamment Thomas Kadner Graziano :

« Le fait que le législateur utilise lui-même la méthode comparative dans la préparation de sa loi nationale a une implication importante pour l'interprétation du droit : si le législateur s'inspire du droit étranger, car il s'inspire d'une idée de justice existant bien au-delà des frontières étatiques, le juge doit pouvoir suivre cette approche lorsqu'il applique la loi »⁴⁹⁰.

Néanmoins, bien que nous ayons effectivement constaté une ressemblance frappante entre différents textes fondamentaux, certaines différences subsistent. Ainsi, nous avons remarqué que le *Bill of Rights* sud-africain, tout comme la loi fondamentale allemande, énonçait les considérations sur le devoir de respect de l'égalité dès les premiers articles⁴⁹¹, alors que dans la Charte canadienne il n'y est fait référence que plus tard.

Également, si la Charte canadienne se limite à l'énonciation d'un droit général à la vie, à la liberté et à la sécurité⁴⁹², on remarque que le *Bill of Rights* sud-africain expose de nombreux

⁴⁸⁷ *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 10 : « Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity respected and protected » et *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, 1949, art. 1(1) : « Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority », alors que la Charte canadienne ne dispose que dans l'article 12 (*Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 12) : « Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment ». L'emphase est donc moins forte dans la Charte que dans les deux premiers textes.

⁴⁸⁸ D. TURP, préc., note 477, 363.

⁴⁸⁹ Alan WATSON, préc., note 20. Nous reviendrons sur la thèse défendue par Alan Watson un peu plus tard.

⁴⁹⁰ T. KADNER GRAZIANO, préc., note 27 à la page 86.

⁴⁹¹ *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, 1949, art. 3 ; *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 9 ; et *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 15.

⁴⁹² *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 7.

droits et interdictions découlant de ce principe général. Ainsi, la Constitution sud-africaine établit une liste allant de l'interdiction de la torture⁴⁹³ ou de traitements cruels, inhumains ou dégradants⁴⁹⁴, en passant par le droit à une décision libre concernant la reproduction⁴⁹⁵, et allant jusqu'au droit de pas être sujet à des expérimentations scientifiques ou médicales sans consentement⁴⁹⁶.

➤ *La référence à une « société libre et démocratique »*

L'autre justification à laquelle José Woehrling fait référence est celle tenant à l'article premier de la Charte canadienne⁴⁹⁷. Nous retrouvons par ailleurs cet article dans une rédaction similaire, voire presque identique à l'article 36⁴⁹⁸ du *Bill of Rights* sud-africain. Pour José Woehrling, en plus de renvoyer à ce qui était acceptable au Canada avant 1982, cet article constituerait une invitation à la comparaison. Pour reprendre ses mots, « [i] renvoie [...] à ce qui est admis dans les ordres juridiques des États que le constituant considérerait présumément comme “libres et démocratiques” (c'est-à-dire, à toutes fins pratiques, les “démocraties libérales” d'Occident), ainsi qu'aux instruments internationaux »⁴⁹⁹.

⁴⁹³ *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 12(2)(d).

⁴⁹⁴ *Id.*, art. 12 (1)(e).

⁴⁹⁵ *Id.*, art. 12 (2)(a).

⁴⁹⁶ *Id.*, art. 12 (2)(c).

⁴⁹⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 1 : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

⁴⁹⁸ *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 36 : « (1) The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including—

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.

(2) Except as provided in subsection (1) or in any other provision of the Constitution, no law may limit any right entrenched in the Bill of Rights ».

⁴⁹⁹ J. WOEHRLING, préc., note 36 à la page 459. Voir également à ce sujet : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5e éd., 2007, p. 112.

Ainsi, tant la Charte canadienne que le *Bill of Rights* sud-africain contiennent une disposition de limitation des droits garantis⁵⁰⁰ incitant la juge à la comparaison et permettant de légitimer celle-ci. Pour l'ancien juge sud-africain Richard Goldstone, il semblerait que ceci soit une justification de la comparaison, voir même, une invitation directe pour les juges sud-africains à user du droit canadien étant donné que « ces termes sont familiers à ce public et sont clairement inspirés de l'article 1 de la Charte canadienne » [notre traduction]⁵⁰¹ et qu'ainsi, « depuis le départ, la Constitution et la jurisprudence de la Cour a été influencée par l'expérience canadienne » [notre traduction]⁵⁰².

Nous soulignons également ici que l'article 39 du *Bill of Rights* sud-africain concernant l'interprétation des droits fondamentaux contient lui aussi une référence à la « société ouverte et démocratique »⁵⁰³. De plus, cet article habilite expressément la cour sud-africaine à interpréter les droits fondamentaux grâce aux droits étrangers et internationaux.

Nous avons constaté qu'il était fréquent que le juge introduise la citation de droit comparé par une référence au critère de la société « libre et démocratique ». Ainsi, dans *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*⁵⁰⁴, le juge Ackermann souligne pour soutenir son argument que « nothing in the jurisprudence of other open and democratic societies based on human dignity, equality and freedom which would lead me to a different conclusion. In fact, on balance, they support such a conclusion »⁵⁰⁵, on retrouve la même façon de faire dans l'arrêt portant le même nom en 1999⁵⁰⁶.

Également, dans le premier arrêt rendu en 1995⁵⁰⁷ par la Cour constitutionnelle sud-africaine, les juges utilisent le droit comparé pour savoir si les dispositions concernant le *reverse*

⁵⁰⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 1 et *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 36.

⁵⁰¹ R. J. GOLDSTONE, préc., note 471, 30.

⁵⁰² *Id.*

⁵⁰³ *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 39 : « When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum ... must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom ».

⁵⁰⁴ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*, préc., note 235.

⁵⁰⁵ *Id.*, par. 39.

⁵⁰⁶ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*, préc., note 306, par. 48.

⁵⁰⁷ *S v Zuma and Others*, préc., note 134.

onus⁵⁰⁸ sont constitutionnelles⁵⁰⁹. À cette fin, les juges établissent une liste d'institutions fondée sur le critère d'appartenance à une « société libre et démocratique »⁵¹⁰. Ceci sert alors au juge de justification pour ouvrir son raisonnement à la comparaison des droits : « Foreign courts have grappled with the problem of reconciling presumptions reversing the onus of proof with the constitutional presumption of innocence. The different solutions which they have suggested are illuminating »⁵¹¹. Le jugement se compose ensuite de l'observation de l'angle d'approche d'une diversité de pays⁵¹². Nous pourrions ainsi citer de nombreux autres arrêts dans lesquels les juges procèdent de la même façon⁵¹³.

Du côté canadien, on remarque que la cour canadienne fait aussi référence à ce critère afin d'introduire le droit comparé dans ses arrêts. C'est notamment ce que l'on voit dans l'arrêt *Oakes*⁵¹⁴ pour introduire l'étude comparative de la jurisprudence américaine⁵¹⁵ et de celle de la Cour européenne des droits de l'homme en Europe⁵¹⁶. On retrouve également cette façon de procéder dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children*⁵¹⁷ où la Cour s'interrogeait sur la constitutionnalité d'une disposition du Code criminel autorisant le père, la mère ou l'instituteur à employer la force, même de manière raisonnable, pour corriger un enfant ou un élève.

• • •

Nous avons vu en première partie de ce travail quelles étaient les justifications permettant la simplification de la circulation juridique et l'emprunt de solutions.

⁵⁰⁸ Dispositions renvoyant au renversement de la charge de la preuve.

⁵⁰⁹ Les juges devaient vérifier la constitutionnalité de l'article 217 (1)(ii) du *Criminal Procedure Act No 51* de 1977, inversant la charge de la preuve en matière criminelle et faisant reposer une présomption de culpabilité dans certains cas, sur celui qui avait confessé son crime.

⁵¹⁰ *S v Zuma and Others*, préc., note 133, par. 19 : « The case law of these courts - which are undoubtedly courts of open and democratic societies ».

⁵¹¹ *Id.*

⁵¹² *Id.*, par. 20-5 avec des exemples aux États-Unis et au Canada.

⁵¹³ Voir : *S v. Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)*, préc., note 149, par. 90 ; *S v Dzukuda and Others* ; *S v Tshilo* (CCT23/00) [2000] ZACC 16, par. 23.

⁵¹⁴ *R. c. Oakes*, préc., note 179, par. 49.

⁵¹⁵ *Id.*, par. 50-3.

⁵¹⁶ *Id.*, par. 54-5.

⁵¹⁷ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4.

Nous avons ensuite pu établir quel était le rôle du juge dans les deux États étudiés ainsi que les appuis de ceux-ci pour légitimer l'utilisation du droit comparé dans leur argumentation en matière de droits fondamentaux.

Si le critère de « société libre et démocratique » et le contexte d'adoption légitiment l'approche comparative du juge, nous avons également pu constater que des différences textuelles subsistaient et qu'ainsi, des barrières existaient. Nous allons donc maintenant nous intéresser à ce qui constitue les freins d'une telle circulation.

B. ... DANS UN MONDE DE SUBJECTIVITÉ

Afin de traiter des limites concernant l'utilisation du droit comparé dans le discours du juge nous avons considéré opportun de reprendre les thèses des grands comparatistes s'affrontant à ce sujet. Nous pourrions ainsi rattacher leurs précieux enseignements à notre travail au Canada et en Afrique du Sud. Dans un article sur la greffe juridique en droit comparé Catherine Valcke⁵¹⁸ revient sur les trois grandes écoles de pensée concernant la greffe juridique.

La première grande école est constituée des « pro-greffe », ceux qui, à l'image d'Alan Watson, expliquent que les systèmes légaux ne sont qu'emprunts et aboutissements de multiples circulations des modèles. La seconde grande école, celle des « anti-greffe » est composée des rationalistes et des culturalistes. Ces deux sous-catégories ont elles-mêmes leurs revendications, mais expliquent toutes deux que l'emprunt est impossible. L'une prétend que le problème viendrait d'une culture attachée à la règle. Ne pouvant importer la culture elle-même, il y aurait pour conséquence une dénaturation de la règle. L'autre indique que le transfert du droit étranger dans le droit local pourrait dénaturer celui-ci : le problème émergerait donc au moment de la réception.

Ces différents courants de pensée contiennent les principaux dangers que l'on pourrait associer à l'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge. Nous allons donc observer les arguments développés contre cette utilisation et tenterons d'observer s'ils semblent justifiés par la jurisprudence canadienne et sud-africaine (1). Nous observerons

⁵¹⁸ C. VALCKE, préc., note 112.

finalement la pratique dans les deux États étudiés, et parlerons de l'école modérée, prenant en considération les différentes formes de ces deux courants majeurs (2).

1. Deux courants de pensée antagonistes.

■ *Approche pro-greffe*

L'école pro-greffe explique que le droit n'est qu'un « tissu de greffes multiples, accumulées au fil du temps, qu'il revient au droit comparé d'identifier et de répertorier »⁵¹⁹. Ainsi, selon les défenseurs de l'école pro-greffe comme Alan Watson, « le comparatiste du droit serait d'abord et avant tout historien, puisque sa tâche principale serait de repérer et d'analyser les différentes greffes à l'origine du droit aujourd'hui en existence à travers le monde »⁵²⁰. Ainsi, dans son livre consacré à l'idée des greffes juridiques, Alan Watson relève l'un des grands paradoxes du droit : d'un côté, l'on pourrait considérer que le droit des peuples devrait être propre à leur identité intrinsèque, mais en fait le déplacement du droit « d'un système à l'autre et d'un pays à l'autre, ou encore d'une personne à l'autre, est une chose commune depuis le début de l'histoire connue » [notre traduction]⁵²¹. Alan Watson procède par la suite à l'exposé de nombreux exemples pour soutenir son point de vue et conclut finalement que l'existence de transplantations des « droits individuels ou d'une large partie d'un système légal est une chose extrêmement commune, depuis les premiers temps jusqu'à maintenant » [notre traduction]⁵²². Ainsi, pour Alan Watson « la transplantation est en fait la source la plus fertile de développement. La plupart des changements dans la majorité des systèmes sont le résultat d'emprunts »⁵²³. De cette façon, l'école historique du droit défendrait la thèse selon laquelle il y aurait une circulation des modèles juridiques⁵²⁴, faisant ainsi que chacun de ces modèles ne serait que le fruit de migrations entre ces différents systèmes de droit. Cette thèse reprend d'une certaine façon les conceptions d'Éric Agostini pour qui « des migrations de systèmes juridiques »⁵²⁵ sont des phénomènes indéniables qu'il assimile principalement à l'idée de

⁵¹⁹ *Id.*, p. 91.

⁵²⁰ *Id.*; A. WATSON, préc., note 472, p. 95.

⁵²¹ A. WATSON, préc., note 20, p. 21.

⁵²² *Id.*, p. 95.

⁵²³ *Id.*

⁵²⁴ Rodolfo SACCO, « Un point de vue italien », (1987) 28-4 *Cah. Droit* 845-859, 853.

⁵²⁵ Éric AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris, P.U.F, 1988, p. 244.

colonisation. Somme toute, selon cet auteur, il y aurait des États exportateurs⁵²⁶ et d'autres, importateurs⁵²⁷.

Cette vision du droit se veut complètement déconnectée de toute idée de culture : « la règle ou l'institution de droit positif [est] conçue indépendamment de tout contexte autre qu'historique, donc de tout contexte géopolitique, culturel, social, ou même moral »⁵²⁸. En effet, pour Alan Watson il est « socially easy »⁵²⁹ de transplanter des règles de droit d'un système à l'autre :

« Quelle que soit l'opposition du barreau ou du législateur, il n'en demeure pas moins que les règles juridiques se déplacent facilement et sont acceptées dans le système sans trop de difficultés. C'est le cas même lorsque les règles proviennent d'un système très différent » [notre traduction]⁵³⁰.

Pier Giuseppe Monateri résume la pensée d'Alan Watson ainsi : « L'histoire du droit se caractérise par une quantité considérable d'emprunts. Les systèmes juridiques sont normalement des amalgames de modèles reçus d'autres systèmes » [notre traduction]⁵³¹.

Nous avons vu précédemment que les textes constitutionnels regorgeaient de différences concernant les droits garantis. Or, la thèse d'Alan Watson suppose que le droit des uns n'est qu'un « patchwork » du droit des autres. En suivant cette pensée et en poussant le raisonnement à son extrême ; si l'on concevait le droit comme un amalgame d'emprunts, cela signifierait que la Charte canadienne et le *Bill of Rights* sud-africain seraient uniquement constitués d'emprunts provenant du droit d'autres États. Or, nous avons vu que, s'étant inspiré du droit canadien, allemand et américain, il semble pourtant que des particularités dans ces deux textes fondamentaux ne puissent être simplement expliquées par des emprunts. Ainsi, nous avons cherché pourquoi, alors que la Charte canadienne appuyait tant les droits linguistiques⁵³², le *Bill of Rights* sud-africain protégeait explicitement des choix décisionnels « concerning reproduction »⁵³³. Une autre différence que nous pourrions souligner ici

⁵²⁶ *Id.*, p. 245.

⁵²⁷ *Id.*, p. 307.

⁵²⁸ C. VALCKE, préc., note 112, p. 91.

⁵²⁹ A. WATSON, préc., note 20, p. 95.

⁵³⁰ *Id.*, p. 96.

⁵³¹ Pier Giuseppe MONATERI, « The “weak law”: contaminations and legal cultures (Borrowing of legal and political forms) », (2003) 13-575 *TransnatL Contemp Probs*, 5.

⁵³² *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 16 – 23.

⁵³³ *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 12 (2)(a).

concerne la référence du *Bill of Rights* sud-africain aux notions de « Slavery, servitude and forced labour » disposant que « no one may be subjected to slavery, servitude or forced labour »⁵³⁴ complété par l'article 22 qui dispose que chaque citoyen a le droit de choisir librement son commerce, son occupation ou sa profession⁵³⁵ alors que nous ne trouverions pas son équivalent dans la Charte canadienne⁵³⁶.

Si l'on remontait à 1949, en Afrique du Sud, durant la période d'apartheid, on trouverait peut-être des pistes de réflexion. John Dugard explique qu'à cette époque, le *National Party Government* mit en place le *Prohibition of Mixed Marriages* interdisant les unions entre « a European and a non-European »⁵³⁷. Cette loi venait s'ajouter à l'*Immorality Act* de 1927⁵³⁸ interdisant les relations sexuelles entre blancs et Africains. Ajoutons à cela l'*Immorality Amendment Act*⁵³⁹ qui : « in 1950 [...] extended [this prohibition] to sexual relations between whites and all blacks, viz. Including coloreds and Asians »⁵⁴⁰. John Dugard souligne que ces lois avaient pour but principal « to prevent coloreds from “infiltrating” the dominant white group by marriage »⁵⁴¹. C'est également ce que confirme Lugan en y ajoutant les prétentions religieuses des théoriciens de l'apartheid :

« C'est pour éviter le métissage et plus généralement le mélange racial qu'en 1949 fut voté le Prohibition of Mixed Mariages Act et en 1950 l'Immorality Amendment Act, le premier interdisant les mariages et le second les relations sexuelles entre races différentes, car, comme le disait J.G. Strijdom, « Dieu a créé des Noirs et des Blancs, pour qu'on ne les mélange pas »⁵⁴².

Également, il faut rappeler que depuis le *South African Union Act*⁵⁴³ qui élargit le droit du travail modelé sur le Statut du Cape de 1856⁵⁴⁴ aux quatre provinces d'Afrique du Sud de

⁵³⁴ *Id.*, art. 13.

⁵³⁵ *Id.*, art. 22.

⁵³⁶ *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982, c. 11, préc. note 40, art. 6(2) : la Charte se réfère seulement au droit « to pursue the gaining of a livelihood in any province ».

⁵³⁷ J. DUGARD, préc., note 162, p. 68.

⁵³⁸ *Immorality Act*, 5 de 1927, art. 1-3.

⁵³⁹ *Immorality Amendment Act*, 21 de 1950, art. 1.

⁵⁴⁰ J. DUGARD, préc., note 162, p. 70.

⁵⁴¹ *Id.*, p. 69, voir également à ce sujet l'auteure citée par J. Dugard : Gwendolen CARTER, *The Politics of Inequality: South Africa since 1948*, New York, Praeger, 1958, pp. 76-81.

⁵⁴² B. LUGAN, préc., note 100, p. 404.

⁵⁴³ *The Union of South Africa*, South Africa Act, 1909.

⁵⁴⁴ *The Masters and Servants Act 15* de 1856.

l'époque⁵⁴⁵, la rupture d'un employé de son contrat de travail était considérée comme une offense criminelle⁵⁴⁶. Cette loi régissait également les rapports entre « maîtres et serviteurs ». À cette époque, comme l'explique John Dugard, « la plus grande caractéristique discriminante du droit du travail d'Afrique du Sud concernait les emplois à hautes qualifications (et hauts salaires), qui étaient alors réservés aux blancs, ainsi que les restrictions imposées aux noirs en terme de négociations collectives, dont découlait inévitablement des discriminations de salaire et un niveau de vie inférieur pour les noirs [notre traduction] »⁵⁴⁷.

Pour sa part, l'histoire du Canada a été bercée par de fortes oppositions entre français et anglais, les deux groupes colonisateurs. L'État canadien s'est donc construit au grès de tensions à répétitions qui ont provoqué de vifs affrontements. Ainsi, tout comme l'était le *Bill of Rights* sud-africain, la Charte avait également un but unificateur de la population. Il paraît donc logique que celle-ci porte pour une large partie sur des conventions linguistiques protégeant les différents groupes, marquant leurs spécificités, tout en promouvant une cohésion sociale et une cohabitation des intérêts antagonistes. C'est d'ailleurs ce que rappelle la juge McLachlin :

« Le Canada est né de l'union de deux groupes, le groupe français et le groupe anglais. Lors de sa fondation, il a été entendu que Français et Anglais auraient le droit de conserver leur identité, leur culture, leur religion et leur langue. Les deux groupes, conjointement avec les Autochtones et avec les immigrants arrivés par la suite, ont trouvé leur force non dans l'unité, mais dans la coexistence harmonieuse. Le rôle exercé par l'État pour encourager cette diversité a été inscrit dans la Constitution »⁵⁴⁸.

Ce retour quelques années en arrière nous montre les bases sociétales sur lesquelles la Constitution sud-africaine et la Constitution canadienne sont venues se fixer. En effet, il semblerait que pour comprendre ces différences, « c'est, naturellement, ailleurs que dans les textes eux-mêmes qu'il faut aller chercher des explications aux textes »⁵⁴⁹. Nous reprenons alors ici les propos de Pierre Legrand en parlant de la culture allemande et citant René David :

⁵⁴⁵ Les quatre provinces étaient alors Transvaal, Natal, Cape of Good Hope et Orange Free State.

⁵⁴⁶ J. DUGARD, préc., note 162, p. 85.

⁵⁴⁷ *Id.*, p. 85-87.

⁵⁴⁸ B. MCLACHLIN, préc., note 478.

⁵⁴⁹ P. LEGRAND, préc., note 76, 290.

« “[Le droit] ne saurait être [entendu] sans la connaissance de la société qu’il gouverne, et dans l’ignorance des manières de se conduire, de penser et de sentir des membres de cette société. ” Que le comparatiste songe à la langue, à l’organisation sociale, économique ou politique, à l’histoire, aux pensées philosophiques qui se sont ancrées dans un territoire, l’ensemble de ce qu’il peut envisager comme étant recoupé par l’expression “culture [de l’État]” [...] demeure pertinent à l’entendement de ce qu’il traite, au sens technique, comme participant du “droit”»⁵⁵⁰.

Replacer une Charte, une Loi fondamentale ou un *Bill of Rights* dans son contexte de création nous permettrait de comprendre pourquoi certains droits ont davantage été mis en avant par rapport à d’autres.

S’il en est ainsi des textes fondamentaux, ne serait-ce également le cas pour les décisions rendues par les juges constitutionnels ? En effet, les juges, tout comme les autres praticiens du droit « sont eux-mêmes les produits, culturellement situés, d’une société donnée opérant dans une conjoncture spatio-temporelle bien précise ce qui entraîne que toute énonciation (y compris toute énonciation juridique) revendique son lieu et son temps particuliers »⁵⁵¹.

Également, si les droits n’étaient qu’emprunts mutuels, il n’y aurait pas lieu pour la juge d’utiliser le droit comparé. En effet, l’ensemble des différents droits et interprétations ne constituerait qu’une pratique uniforme et il n’y aurait dès lors plus de différence. Pourtant, bien que de fortes ressemblances existent, de grandes différences subsistent. Ainsi, au travers d’exemples concrets, nous avons pu remarquer que la pratique ne rencontrait pas nécessairement cette théorie historique du droit. Un très bel exemple peut être donné au travers de la décision *Fetal Assessment Centre*⁵⁵² de la cour sud-africaine.

En Afrique du Sud, la femme enceinte qui est avisée que le fœtus comporte de hauts risques d’être atteint d’une maladie peut choisir d’avorter⁵⁵³. Il est reconnu que le médecin n’ayant pas prévenu la mère du risque durant la grossesse peut se voir imputer une faute pour négligence donnant ainsi lieu à réparation à la mère de l’enfant⁵⁵⁴. Jusqu’à l’arrêt *Fetal*

⁵⁵⁰ P. LEGRAND, préc., note 80, p. 6-7.

⁵⁵¹ P. LEGRAND, préc., note 76, 282.

⁵⁵² *H v Fetal Assessment Centre* (CCT 74/14) [2014] ZACC 34.

⁵⁵³ Voir *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 12(2)(a) ; et le *Choice on Termination of Pregnancy Act* 92, 1996.

⁵⁵⁴ *Mukheiber v Raath and Another* [1999] ZASCA 39 ; *Administrator, Natal v Edouard* [1990] ZASCA 60 ; *Friedman v Glicksman* 1996 (1) SA 1134 (W) (Friedman).

*Assessment Centre*⁵⁵⁵ le droit à réparation de l'enfant était toutefois nié⁵⁵⁶. La question en l'espèce était donc de savoir si l'enfant né avec une maladie qui aurait pu être prévisible pouvait obtenir des droits à réparation en raison de la négligence du médecin⁵⁵⁷.

L'amorce de l'approche comparative est amenée par le juge Froneman lorsqu'il explique que le droit national ne semble pas suffisamment mettre l'accent sur la protection effective garantie à l'enfant par l'article 28 du *Bill of Rights*⁵⁵⁸, ainsi, « [f]oreign law may be used as a tool in assisting this Court in coming to decisions on the issues before it »⁵⁵⁹.

Après avoir rappelé la possibilité d'user du droit comparé et souligné les limites de cette technique⁵⁶⁰, les juges mentionnent en note de bas de page la méthode mise en place pour recueillir les sources comparatives⁵⁶¹. Plus intéressant encore, le jugement se termine par deux annexes⁵⁶² révélant l'intégralité du travail comparatif développé par les juges. Ainsi dans ces deux annexes on retrouve l'ensemble des droits portant sur la question pour chacun des pays analysés : les dispositions constitutionnelles de ces États, les résumés des cas cités dans le jugement et les positions des États sur la question d'espèce. Rangé et systématisé, le travail des juges (et des assistants) facilite alors celui du lecteur qui n'a plus qu'à se référer à ce tableau pour constater l'étendue du droit étranger utilisé ici. L'éventail de pays cités est très large, on y retrouve l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, la République Chèque, le Chili, la Croatie, l'Estonie, la Grèce, la France, l'Italie, la Corée du Sud, la Suisse... Nous invitons par ailleurs le lecteur à consulter ces annexes pour constater le nombre impressionnant de pays analysés.

Bien que rejetant la prétention fondée sur le caractère de « wrongful life »⁵⁶³, la cour explique que le paradoxe que fait naître cette formulation doit être souligné. Le juge tire du droit

⁵⁵⁵ *H v Fetal Assessment Centre*, préc., note 552.

⁵⁵⁶ *Stewart and Another v Botha and Another* [2008] ZASCA 84.

⁵⁵⁷ *H v Fetal Assessment Centre*, préc., note 552, par. 2 : « Until now, however, our law has denied the child any claim in those circumstances. The question for decision here is whether that should change ».

⁵⁵⁸ *Id.* par. 27 ; voir *Bill of Rights*, 1996, préc., note 67, art. 28, l'article sur les enfants.

⁵⁵⁹ *Id.* par. 28.

⁵⁶⁰ *Id.* Voir notamment par. 29 à 33 lorsque le juge souligne qu'il est « impracticable to attempt to provide a comprehensive overview of foreign law in the body of this judgment. What follows is necessarily selective ».

⁵⁶¹ *Id.*, voir note de bas de page 35 à la page 17.

⁵⁶² *Id.* voir les pages suivantes du verdict page 40.

⁵⁶³ *Id.*, par. 19 et 20 : les juges refusent de se positionner sur la question car pour eux se dégagent un paradoxe complexe entre préférer ne pas vivre à vivre.

comparé un portrait général de différents pays concernant la reconnaissance ou non des prétentions de « wrongful life » ou « wrongful birth »⁵⁶⁴. Il conclut finalement que l'acceptation de ces prétentions dépend des considérations que le pays observé porte sur la question de l'avortement et sur la question du « best interest of the child »⁵⁶⁵. Le juge met ici l'accent sur le rôle des cultures légales à travers le monde. En s'interrogeant sur la pertinence de l'approche comparative face à la « melancholy [conclusion] that similar kinds of arguments are made in different countries to arrive at different outcomes »⁵⁶⁶, le juge constate l'existence de différences de cultures légales venant influencer la solution même si la technique mise en place dans ces États était finalement la même :

« The weight given to different arguments in a country is often, if not invariably, determined by the constitutional, political and social context within which the law of that country is determined. For convenience we may call it the “legal culture” of each country. It is from within the perspective of our own legal culture, where all law must be grounded in constitutional values and where considered respect must be given to the fundamental rights set out in the Bill of Rights, that we must assess the various arguments for and against the recognition of the child’s claim here »⁵⁶⁷.

Ainsi, l'utilisation de la technique comparative permet au juge de souligner l'importance et l'impact de la culture légale sur le droit de chaque État. Le juge cite⁵⁶⁸ notamment pour l'appuyer Klare⁵⁶⁹ et Giesen⁵⁷⁰ lorsqu'il expose :

« My basic and simple point is thus that legal culture – or more neutral maybe – the legal politics within a (tort) law system decides how the answer to the moral questions involved will sound. Comparative law can provide the basic arguments for and against certain solutions (and thus the basis for justifying the solution reached) and it is extremely useful at that, but it can do no more. The final decision is always one of a ‘political’ nature.»⁵⁷¹.

⁵⁶⁴ *Id.*, par. 43 et 44.

⁵⁶⁵ *Id.*, par. 42.

⁵⁶⁶ *Id.*, par. 41.

⁵⁶⁷ *Id.*, par. 42, voir également sur le même point le par. 47.

⁵⁶⁸ *Id.*, p. 20, voir la note de bas de page 52.

⁵⁶⁹ Karl E KLARE, « Legal culture and transformative Constitutionalism », (1998) 14 *South Afr. J. Hum. Rights* 146-188.

⁵⁷⁰ Ivo GIESEN, « The use and Influence of Comparative Law in “Wrongful Life” Cases », (2012) 8-2 *Utrecht Law Rev.* 35-54.

⁵⁷¹ *Id.*, 53.

Pier Giuseppe Monateri expliquait que : « La culture et les différences ont toujours été des problèmes centraux du droit comparé. La première étape de l'approche conventionnelle est de diviser le monde en familles légales en retraçant les racines communes de chaque système pour expliquer le présent » [notre traduction]⁵⁷². Cette théorie pourrait sans doute être véridique dans la doctrine, elle semble toutefois difficilement soutenable concernant le travail du juge. En effet, dans l'arrêt que nous venons d'analyser, on constate que le juge ne catégorise pas les États. Son analyse comparative permet simplement de souligner les particularités de chacun d'eux. Ainsi, la Constitution sud-africaine protège-t-elle explicitement le droit des enfants, et la culture légale sud-africaine place cette Constitution au sommet de l'ordonnement juridique. Le juge Johan Froneman, sans donner d'ordre exact quant à la solution à adopter, souligne le besoin d'adaptation de la *Common Law* aux principes entendus dans la Constitution et donc, en l'espèce, la nécessaire modification des positions antérieurement admises par le droit sud-africain.

Cette décision est d'un intérêt particulier à plusieurs titres : en plus d'être construite sur une analyse comparative sans laquelle le juge n'aurait pas pu arriver aux mêmes résultats, cette analyse permet de souligner les spécificités locales de l'État sud-africain, mais également de chaque État cité. Ici, le droit comparé met l'accent sur la notion de culture juridique et le juge démontre qu'il n'est pas possible de considérer le droit de chaque État comme l'issue de simples échanges. En effet, une variable que l'excellent Alan Watson n'a pas souhaité prendre en compte semble pourtant avoir un impact. Il s'agit de celle dont Pierre Legrand défend l'existence : la culture juridique⁵⁷³.

Ainsi, bien qu'il paraisse réaliste d'affirmer que le droit voyage, que les emprunts existent et qu'ils permettent par ailleurs de justifier l'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge (comme nous l'avons vu précédemment avec le contexte d'adoption des textes fondamentaux par ailleurs) ; il semblerait que le droit étatique ne soit pas uniquement constitué d'emprunts juridiques. Si la thèse d'Alan Watson trouve un écho dans le travail de construction des textes, il faut néanmoins s'intéresser aux thèses de ses opposants, pouvant nous apporter une réponse à la question des différences intersystémiques.

⁵⁷² P. G. MONATERI, préc., note 531, 3.

⁵⁷³ D'ailleurs, les auteurs sont de plus en plus nombreux à s'intéresser à cette notion. Voir à ce sujet l'ensemble de textes dans : Ghislain OTIS, *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013.

■ *Approche anti-greffe*

Comme nous l'avons vu précédemment, certaines citations de droit comparé n'ont pas de valeur informative, mais représentent davantage une recherche de légitimité au sein d'un système international.

Certains, comme le doyen Carbonnier, suggèrent même que l'utilisation du droit étranger permettrait au juge activiste de donner de la consistance à ses idées : « ...[L]'invocation à la législation comparée n'est souvent qu'instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, interprétées ; une sociologie de tourisme ; une psychologie par impression... »⁵⁷⁴. De la même façon, à l'instar du juge de la Cour suprême américaine Antonin Scalia, l'on peut se questionner sur l'impact que le droit comparé aura sur le système local. En effet, si le droit est élaboré textuellement de façon démocratique et qu'il retranscrit ainsi les désirs du peuple, alors la juge n'étant pas élue, ne devrait pas pouvoir modifier profondément ce droit local.

Cette forte opposition face à l'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge transparaît dans le discours d'un juge américain. Porteur du courant « originaliste » dont nous avons parlé précédemment, le juge Scalia s'oppose vivement aux références à des sources externes et adopte un point de vue « centré sur le caractère fondamental et autosuffisant du droit constitutionnel originellement fixé par le constituant et sur le caractère inadmissible d'une extension de l'examen du juge à des sources différentes de celles exprimées à l'origine de la vie de la Constitution »⁵⁷⁵. Le juge Scalia soutient l'argument d'une prise de position du juge qui serait antidémocratique en ce sens que les « juges et la Cour ne sont pas des organes légitimes d'un point de vue démocratique et doivent donc se limiter à exécuter ce que la Constitution et les autorités élues décident »⁵⁷⁶. Ainsi, bien que le droit serait relativement autonome par rapport à l'idée de culture⁵⁷⁷, l'utilisation du droit comparé risquerait de dénaturer le droit récepteur.

⁵⁷⁴ J. CARBONNIER, préc., note 113 à la page 237.

⁵⁷⁵ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 148.

⁵⁷⁶ *Id.*, p. 148-149.

⁵⁷⁷ C. VALCKE, préc., note 97, p. 90.

Ainsi, l'interprétation comparative plus qu'antidémocratique pourrait même aller dans le sens contraire à celui donné par la Constitution. Appuyant les seules prétentions du juge, le droit comparé peut alors devenir un outil pour l'activiste qui ainsi ne se concentrerait « sur des “suggestions” externes que si, d'une manière ou d'une autre, elles sont utiles à son argumentation [...]. Dans cette logique, lorsqu'on affirme que le précédent n'est pas comparable, on veut simplement dire, en réalité, qu'il n'est pas compatible avec l'usage que la cour souhaite en faire »⁵⁷⁸. Ainsi, pour William Eskridge, il s'agirait de laisser au juge un large pouvoir discrétionnaire grâce à la comparaison. En effet :

« [t]he cherry-picking problem suggests that judges who feel strongly about the issues in a case will have plenty of canons to choose from to support the process of reading their political preferences into statutes. The norms problem suggests that the canons themselves demand normative analysis and, therefore, discretionary choices on the part of judges »⁵⁷⁹.

À titre d'exemple, c'est ce que l'on a pu observer avec l'utilisation du droit international dans le jugement canadien *Saskatchewan Federation of Labour*⁵⁸⁰ où les juges fondent une part de leur argumentation sur le droit international non contraignant dont le Canada est signataire.

Dans leur opinion dissidente, les juges Rothstein et Wagner rappellent l'existence d'un risque qui existe dans l'utilisation du droit comparé par le juge. Selon eux, les juges majoritaires de ce jugement ont décidé de la solution à la question qui leur était soumise en s'appuyant sur un droit international très disparate qui leur a permis d'appuyer leur décision en retenant uniquement les interprétations de conventions internationales étayant leurs conclusions⁵⁸¹. Les juges en viennent même à dire qu'aucun « consensus [international] net selon lequel le droit de grève constitue un élément essentiel de la liberté d'association » n'existerait⁵⁸². De cette façon, les juges dissidents vont directement à l'encontre des arguments des juges majoritaires fondant leur solution sur l'existence d'un tel consensus international⁵⁸³.

⁵⁷⁸ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 182.

⁵⁷⁹ William N. ESKRIDGE JR, « The New Textualism and Normative Canons », *Yale Law School Scholarsh. Repos.* 2013.4795.531-587, 537.

⁵⁸⁰ *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245

⁵⁸¹ *Id.*, par. 151.

⁵⁸² *Id.*, par. 156.

⁵⁸³ *Id.*, par. 71.

On est alors en droit de s'interroger sur la marge d'interprétation des juges concernant le droit étranger ou international. De même, on peut reconnaître que face à une pluralité de visions hétérogènes, le juge qui aura besoin d'un appui et d'un soutien à ses prétentions pourra emprunter au droit étranger ce qui l'intéresse et délaissier le reste. En effet, ce cas de figure reflète les arguments des rationalistes :

« Il serait toujours possible de trouver du soutien dans quelques pays pour la solution favorisée par la cour ; des solutions divergentes dans d'autres pays ne seraient, par contre, pas toujours évoquées. Dans certains cas, les tribunaux s'appuieraient d'ailleurs sur l'argument comparatif alors qu'ils renonceraient à la comparaison quand la solution trouvée dans le droit étranger diverge de celle préférée par la cour »⁵⁸⁴.

Contre cette vision antidémocratique qui a été avancée sur l'utilisation du droit comparé par les juges, Sabino Cassese rappelle que « la "porte d'entrée" [du droit étranger] est toujours la loi nationale. [De plus] l'ouverture des portes est un moyen de réduire les conflits avec les systèmes juridiques étrangers et d'accroître le dialogue et les échanges » [notre traduction]⁵⁸⁵. Ainsi, pour ce professeur de droit la « réduction de l'unité nationale » n'est qu'un risque à prendre pour « présenter un menu plus riche »⁵⁸⁶. Par ailleurs, comme le souligne Marie-Claire Ponthoreau, en citant Schauer⁵⁸⁷ : « le texte n'est pas seulement le point de départ, mais aussi d'une certaine manière le point d'arrivée. » Ce qui signifie que le texte constitutionnel limite l'interprétation, mais ne la commande pas puisqu'il recèle plusieurs interprétations possibles. Autrement dit, le texte n'est pas tout, mais il compte »⁵⁸⁸.

Également, afin d'éviter que la juge ne tire « des conclusions générales à partir de la considération d'un nombre limité de rapports comparatifs »⁵⁸⁹, il semblerait qu'il faille que la comparaison soit « complète et différenciée »⁵⁹⁰. Nous avons relevé au cours de cette étude

⁵⁸⁴ T. KADNER GRAZIANO, préc., note 27 à la page 82.

⁵⁸⁵ Sabino CASSESE, « Beyond Legal Comparison », dans Mauro BUSSANI (dir.) et Lukas HECKENCODRN URSCHELER (dir.), *Comparisons in Legal Development*, Geneva/Zurich, Schulthess, 2016, p. 277-232 à la page 232.

⁵⁸⁶ *Id.*

⁵⁸⁷ F. SCHAUER, « An Essay on Constitutional Language » 29, *UCLA Law Review*, 1982, p. 809.

⁵⁸⁸ M.-C. PONTHEAU, préc., note 451, p. 296.

⁵⁸⁹ J. WOEHRLING, préc., note 36 à la page 498.

⁵⁹⁰ *Id.*

que dans plusieurs arrêts le juge semblait prendre en compte une grande diversité de solutions, notamment lorsqu'il cite des positions comparées contraires aux siennes⁵⁹¹.

Parmi toutes ces considérations, la réponse contre le *cherry-picking* qui nous a semblé la plus parlante est celle provenant de l'autre approche anti-greffe : la prise en compte de la culture et du contexte d'établissement d'une solution juridique étrangère. Par exemple, Vicki C. Jackson reconnaît qu'il peut exister une forme de *cherry-picking*, mais il faut selon elle, nuancer les choses :

« Étant donné les différences entre les questions nationales, considérer le droit étranger dans un cas ou sur une question précise ne signifie pas qu'il faille l'examiner dans d'autres cas ; mais le « *cherry-picking* » peut se produire lorsque la Cour considère le droit international ou étranger de manière incohérente ou de façon partielle sur une certaine question » [notre traduction]⁵⁹².

Ainsi, pour Jackson, « une utilisation équitable [de la technique comparative] exigera souvent une compréhension des contextes constitutionnels, institutionnels et historiques plus larges de la décision étudiée » [notre traduction]⁵⁹³.

Jackson souligne ici un point important : lorsque le droit étranger est utilisé dans une dynamique constructive, reprenant et retraçant le contexte culturel, historique et politique de l'État dont la décision émane, alors les chances de « sélection aléatoire » de la part du juge sont assez limitées. En effet, comme nous avons pu le constater, une plus grande prise en compte (et démonstration de cette prise en compte) du poids de la culture juridique permet au juge de mieux légitimer l'utilisation de la méthode comparative et ainsi, de contrer la potentialité du « *cherry-picking* ».

Dans l'affaire *Van Heerden*⁵⁹⁴, le juge Moseneke rend le jugement majoritaire et rejette l'approche américaine concernant le droit à l'égalité et les politiques anti-discrimination. La raison de ce rejet est une fois de plus à trouver dans une différence entre les « respective

⁵⁹¹ Notamment dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, préc., note 293, par. 132 où le juge cite aussi les arguments du courant de pensées s'opposant au sien.

⁵⁹² V. C. JACKSON, préc., note 23, p. 186.

⁵⁹³ *Id.*

⁵⁹⁴ *Minister of Finance and Other v Van Heerden* (CCT 63/03) [2004] ZACC 3.

histories, social context and constitutional design [which] differ markedly »⁵⁹⁵. Le juge rappelle alors qu'il faut faire attention à ne pas importer de jurisprudences inadaptées qui pourraient « inflict on our nascent equality jurisprudence »⁵⁹⁶.

Il semblerait donc que l'approche culturaliste soit une réponse efficace au problème du *cherry-picking*, néanmoins, cette approche laisse également entrevoir des problèmes quant à l'utilisation de la technique comparative. Selon cette approche, le droit s'appréhenderait « en tant que phénomène essentiellement culturel [et] serait inséparable de son contexte culturel d'origine. [...] [C]haque société aurait une âme propre [...] dont le droit et la culture, entre autres phénomènes sociaux, ne seraient que le reflet »⁵⁹⁷. Ainsi, le droit serait le « produit de l'histoire »⁵⁹⁸, il exprimerait « une conception des rapports sociaux profondément enracinée dans cette dernière dont il constitue l'une des composantes. Comme la langue, le droit est intimement lié à l'essence et au caractère des peuples »⁵⁹⁹.

Par exemple, la langue est l'une des premières barrières à la compréhension du droit étranger. Pour certains auteurs comme Simone Glanert, la traduction représente déjà une interprétation : « le mot « traduire », qui provient du verbe latin « *traducere* » (« faire passer »), comme l'allemand « *übersetzen* », qui signifie en outre « *übertragen* » (« transporter »), rendent bien compte de l'idée selon laquelle la traduction aurait pour objectif premier d'assurer un transfert ou un déplacement de sens »⁶⁰⁰. Ainsi, pour Simone Glanert, la « traduction, loin de se faire la copie d'un texte original [...], constitue un lieu où s'affirme l'indépassable *altération* de la langue, c'est-à-dire, au sens étymologique même, son *devenir-autre* »⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ *Id.*, par. 29.

⁵⁹⁶ *Id.*

⁵⁹⁷ C. VALCKE, préc., note 97, p. 89.

⁵⁹⁸ Gilda NICOLAU et Fabrice HOURQUEBIE, *Cultures juridiques en quête de dialogue*, Editions Karthala, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris de l'UMR de droit comparé de Paris, Université Paris I, CNRS, 2013, p. 61.

⁵⁹⁹ *Id.*

⁶⁰⁰ Simone GLANERT, « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 279-311 à la page 283.

⁶⁰¹ *Id.* à la page 284.

Si Pierre Legrand pense qu'il est possible d'incorporer un concept au droit local de trois façons permettant plus ou moins la traduction⁶⁰², Rodolfo Sacco trouve préférable de ne pas traduire afin « d'éviter toute aporie »⁶⁰³. Cette méthode peut-être choisie, notamment toutes les fois où un concept prendra une multitude de formes de traduction. Ainsi, tenter de traduire le terme de « rule of law » ou encore de « common law » serait vain, voire même néfaste. En effet, il existe un risque dans la traduction qui est l'interprétation à contre sens. Sir Sydney Kentridge expliquait ainsi que « [m]ême lorsque ce matériel est traduit, les concepts de droit utilisés et leur histoire ne sont pas toujours compris par l'avocat étranger »⁶⁰⁴. En effet, parfois, « deux termes ne sont pas interchangeables et semblent même s'exclure l'un l'autre »⁶⁰⁵. Légitimant les craintes des rationalistes, l'importation directe du concept étranger dans sa langue de départ pose le risque de dénaturer le droit d'arrivée, mais elle a pour mérite de ne pas altérer le sens de l'élément importé.

L'autre grande difficulté linguistique provient du fait que le concept emprunté ne trouve pas de signification dans la culture de l'autre⁶⁰⁶. En effet, comme le rappelle Jean-Jacques Pardini : « Étant entendu que [...] la culture intervient dans la traduction et que finalement, le comparatiste traduira davantage des idées que des mots et que la vérité recherchée sera – au moins en partie – celle qu'il exprimera en observant un univers juridique qui n'est pas le sien »⁶⁰⁷. Le processus d'élaboration linguistique est ancré dans chaque culture qui lui est propre, pour se convaincre de cela nous reprenons l'exemple criant de Claude Lévi-Strauss repris par Marie-Laure Mathieu-Izorche :

⁶⁰² P. LEGRAND, préc., note 78, 312.

⁶⁰³ Jean-Jacques PARDINI, « Le juge constitutionnel, le comparable et l'intraduisible. Bref retour sur l'extranéité de la langue. », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. A la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 71-79 à la page 73.

⁶⁰⁴ Sir Sydney KENTRIDGE, « Comparative Law in Constitutional Adjudication. The South African Experience. », dans Basil SIR MARKESINIS et Jörg FEDTKE, *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 329-337 à la page 333.

⁶⁰⁵ S. GLANERT, préc., note 600 à la page 285.

⁶⁰⁶ Pour exemple, les Maoris d'Aotearoa (Nouvelle-Zélande) ont dans leur langage un concept puissant associé au mot *Turangawaewae* qui se traduit textuellement par *turanga* (lieu debout, emplacement) et *wae* (pieds). Ce mot, dont la traduction textuelle laisse à désirer, est souvent associé à l'idée de propriété en Anglais. Pourtant, si l'on s'intéresse à la culture, à l'histoire et à la philosophie des Maoris, on comprendra que l'idée de propriété n'existe pas pour cette société organisée autour des questions propres à l'honneur et au prestige. Ce mot est à interpréter dans une dimension beaucoup plus spirituelle que matérielle. Ainsi, la traduction peut-être entièrement biaisée par un ethnocentrisme involontaire, mais réel.

⁶⁰⁷ J.-J. PARDINI, préc., note 603 à la page 72.

« Claude Lévi-Strauss faisait observer, par exemple, que pour les peuples qui ne connaissaient pas la cuisson des aliments, il n'existe pas de mot pour dire "cuit". Mais, du même coup, il n'y a pas non plus de mot pour dire "cru", puisque le concept même ne peut être caractérisé »⁶⁰⁸.

Donc le courant culturaliste expose qu'il est nécessaire d'observer le contexte culturel dans lequel a été formé le droit que l'on analyse afin de comprendre le vocabulaire employé, le contexte et ainsi ne pas risquer un contre sens. En effet, « la portée du langage dépend en partie des idées sociales qu'il évoque et pas seulement du sens strictement juridique »⁶⁰⁹. Rodolfo Sacco met en avant cette idée en s'intéressant à la notion de langage juridique. Ainsi, pour lui « [I]es vraies difficultés de traduction sont dues [...] au fait que le rapport entre mot et concept n'est pas le même dans toutes les langues juridiques »⁶¹⁰.

Les deux États étudiés utilisent majoritairement des concepts étrangers issus du système de *Common law*, soit, des concepts proches linguistiquement des leurs. Néanmoins, on a remarqué que des difficultés linguistiques pouvaient émerger dues aux différentes acceptations culturelles d'un même terme. En effet, comme le rappelle Florence Terral, « [I]e problème majeur de la traduction juridique est de pouvoir transmettre un message non seulement d'une langue à une autre, mais aussi – et surtout – d'un système juridique à un autre et ce problème apparaît, à la base, au niveau terminologique »⁶¹¹. Ainsi, il existe une difficulté méthodologique rarement mise en avant, propre au fait qu'« une même langue est utilisée pour véhiculer des systèmes juridiques distincts »⁶¹². Pour ne citer que cet exemple, on pense au juge O'Regan de la Cour constitutionnelle sud-africaine lorsqu'il refuse d'utiliser le terme « overbreadth » dans l'arrêt *South African National Defence Union*⁶¹³ : « at both stages, the use of the term "overbreadth" can be confusing, particularly as the phrase has different connotations in different constitutional contexts. Care should therefore be taken when employing the term »⁶¹⁴.

⁶⁰⁸ Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 123-146 aux pages 130-131.

⁶⁰⁹ J. BELL, préc., note 76 à la page 264.

⁶¹⁰ R. SACCO, préc., note 524, 850.

⁶¹¹ Florence TERRAL, « L'empreinte culturelle des termes juridiques », (2004) 49-4 *Meta* 876-890, 876.

⁶¹² *Id.*, 880.

⁶¹³ *South African National Defence Union v Minister of Defence (CCT27/98)* [1999] ZACC 7.

⁶¹⁴ *Id.*, par. 18 : « L'importance accordée au droit international des droits de la personne lors des travaux préparatoires à l'adoption de la Charte québécoise ainsi que la similarité du langage utilisé dans plusieurs de ces

Bien que soucieux de ne pas utiliser des concepts qui trop éloignés de leur droit, les juges utilisent néanmoins de façon régulière la « similarité du langage » entre différents documents de droits fondamentaux pour justifier leur recours au droit comparé. Toutefois, cette façon de procéder reste généralement portée sur des considérations linguistiques très larges et permet simplement d'ouvrir les portes de la comparaison⁶¹⁵.

Au Canada, on a pu constater que la linguistique pouvait même être un outil pour le juge. Par exemple dans l'arrêt *Rahey*⁶¹⁶, le juge La Forest utilise la traduction française de la Charte afin de montrer l'ambiguïté que peut susciter le terme « *tried* » dans l'article 11 de la Charte canadienne :

« Il me semble que toute ambiguïté dans le texte anglais de la Charte à cet égard est écartée par la version française [...]. Bien que le terme "jugé" puisse signifier en anglais "*tried*" de même que "*judged*", il ne signifie pas "*tried*" dans le sens de "*brought to trial*", qui correspondrait plus justement à l'expression "subir son procès". Il signifie plutôt en anglais "*tried*" dans le sens de "*adjudicated*" et vise donc clairement la conduite adoptée par un juge en rendant sa décision »⁶¹⁷.

Certes, il ne s'agit pas ici de droit étranger : le juge recourt simplement à une autre version officielle de sa propre Charte pour trouver la solution adéquate. Toutefois, afin de soutenir cette définition, le juge va directement s'appuyer sur la définition française de la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹⁸.

Ainsi, l'utilisation d'un droit étranger qui serait dans la même langue que celle du pays importateur ne se fait pas nécessairement avec plus de simplicité. En effet, il ne faut pas oublier que :

« [t]oute étude juridique comparative se fonde sur un acte de traduction. Puisque le droit s'exprime le plus souvent au moyen de la langue écrite ou parlée, le comparatiste a pour

instruments nous amènent maintenant à considérer l'éclairage fourni par certaines dispositions telles qu'analysées par différents organes de contrôle et auteurs spécialisés ».

⁶¹⁵ Voir notamment : *Gosselin c. Québec* (Procureur général), 2002 CSC 84, par. 328.

⁶¹⁶ *R. c. Rahey*, préc., note 233.

⁶¹⁷ *Id.*, par. 93.

⁶¹⁸ *Id.*, par. 94.

tâche principale de rendre intelligible, en ayant recours à des mots, un droit formulé dans une autre langue »⁶¹⁹.

Ainsi, tant pour Pierre Legrand que pour John Bell :

« [L]a culture juridique ne s'explique pas par des structures fondamentales de raisonnement qui distingueraient une société d'une autre. Bien plutôt, elle est le produit de conventions linguistiques et sociales qui ont une influence importante sur la façon de discuter et de présenter les arguments relatifs aux problèmes sociaux »⁶²⁰.

2. Pour une comparaison éthique et rigoureuse.

Nous avons vu qu'il existait deux courants de pensée qui s'opposent, mais soulignent finalement pour chacun des parts de vérité. Ceci nous amène à conclure sur la troisième grande école citée par Catherine Valcke : « l'école prudente et parcimonieuse »⁶²¹.

Selon cette école, il est possible de recourir à la greffe de façon ponctuelle et lorsque certaines conditions sont réunies. Notamment, lorsque le droit local est silencieux sur une question particulière, que le droit étranger offre une solution concernant cette question et qu'il est « possible de greffer la solution étrangère sur le système local sans y créer trop de remous, c'est-à-dire, sans enfreindre outre mesure à la logique juridique ou à la culture plus générale de ce système »⁶²². Cette école prône une idée à mi-chemin entre les prétentions des pro-greffe et des anti-greffe. Elle se fait par une « vision globale de la règle dans son contexte juridique et social, laquelle est essentielle afin d'évaluer les risques en question [...] : il s'agit de greffer, certes, mais avec prudence et parcimonie »⁶²³.

Également, cette école serait davantage intéressée par une vision comparatiste fonctionnaliste. Comme nous l'avons vu en introduction de ce mémoire, cette approche du droit comparé fut développée par le juriste Allemand Ernst Rabel et reprise, après la Seconde Guerre mondiale, par de nombreux chercheurs tels que Max Rheinstein, Heinz Kötz, Rudolf Slessinger ou Konrad Zweigert⁶²⁴. Elle ne prône pas l'uniformité des lois et des droits. Elle ne s'appuie pas

⁶¹⁹ S. GLANERT, préc., note 600 à la page 279.

⁶²⁰ J. BELL, préc., note 76 à la page 260.

⁶²¹ C. VALCKE, préc., note 97, p. 92.

⁶²² *Id.*

⁶²³ *Id.*, p. 95.

⁶²⁴ C. DELIYANNI-DIMITRAKOU, préc., note 21, p. 57.

sur l'universalité des réponses textuelles, mais souligne l'universalité des questions juridiques. Ainsi, « l'unité en question place les ordres juridiques nationaux face à des problèmes d'ordre juridique qui leur sont communs et qui, indirectement, conduisent à des solutions communes »⁶²⁵. Cette méthode, loin d'ignorer les critiques de subjectivités que l'on oppose aux méthodes comparatistes⁶²⁶, omet « bon nombre d'éléments qui déterminent la façon dont sont aménagées et opèrent dans la pratique les solutions que proposent au problème concerné les droits faisant l'objet de la comparaison »⁶²⁷. Ainsi, l'étude sous l'angle d'approche fonctionnaliste permet simplement « to cast light on how to solve common problems or on the consequences of alternative interpretations of the Constitution are most likely to be of value if they come from similarly situated societies »⁶²⁸.

De la même façon qu'il est important pour José Woehrling de comprendre adéquatement le droit étranger avant de pouvoir en user, cette phase de compréhension exige que les règles « soient replacées dans le cadre des systèmes auxquels elles appartiennent et que soient dégagées toutes les relations significatives qui les unissent à leur environnement tant normatif [...] que factuel »⁶²⁹. José Woehrling cite d'ailleurs le professeur Constantinesco qui défend lui aussi la vision fonctionnaliste :

« Il s'agit, comme le dit le professeur Constantinesco, de comprendre la fonction réelle du terme à comparer à l'intérieur de l'ordre juridique auquel il appartient, ce qui exige de prendre en considération toutes les règles ou institutions avec lesquelles il est "fonctionnellement apparenté". C'est ici, par conséquent, que le comparatiste se voit obligé de sortir du cadre strictement juridique et de tenir compte du contexte social, économique, historique et politique dans lequel s'insèrent les règles juridiques étrangères »⁶³⁰.

Finalement, la méthode qui semblerait la plus adéquate et la moins risquée concernant l'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge, serait celle permettant une circulation des modèles juridiques et un dialogue, tout en accordant une grande attention aux contextes culturels de prises de décisions dans les différents États. Cette prise en compte permettrait ainsi d'éviter un activisme poussé de la part du juge en l'obligeant à sélectionner

⁶²⁵ *Id.*

⁶²⁶ *Id.*, p. 59-60.

⁶²⁷ *Id.*, p. 61.

⁶²⁸ V. C. JACKSON, préc., note 23, p. 180.

⁶²⁹ J. WOEHLING, préc., note 36 à la page 489.

⁶³⁰ *Id.*

uniquement les jugements qui correspondent au contexte de l'affaire et dont l'ordre juridique serait compris et mis en lumière pour éviter une mauvaise interprétation d'une solution étrangère.

La contraposée de cette proposition est également vraie en ce sens que l'avènement d'un intérêt pour les différentes cultures juridiques permettrait de déclencher le dialogue. En effet, Ghislain Otis explique que « [m]oins le rapport entre les cultures juridiques en présence sera hiérarchique ou vertical, plus ce rapport prendra la forme d'un "dialogue", c'est-à-dire d'un processus par lequel les valeurs et des représentations dissemblables de la juridicité "se rencontrent et interagissent en vue d'apprendre à se conjuguer" »⁶³¹. Ainsi, l'approche pourrait être fonctionnaliste - on observerait comment différentes personnes, États ou sociétés, répondent à un problème donné ; tout en y intégrant une analyse culturaliste et historique. Soit une analyse dite d'herméneutique. En effet, l'approche fonctionnaliste a souvent tendance à oublier des différences fondamentales culturelles, économiques ou sociales entre les institutions étudiées :

« [E]n s'efforçant d'inventer une base commune, un problème commun, afin de comparer entre eux les divers droits, ils ont été forcés d'omettre bon nombre d'éléments qui déterminent la façon dont sont aménagées et opèrent dans la pratique les solutions que proposent au problème concerné les droits faisant l'objet de la comparaison »⁶³².

L'approche herméneutique permet de prendre en compte chaque partie afin de comprendre le tout : « Comprendre un événement intellectuel [...] implique que l'on entreprend de l'appréhender de l'intérieur. De se placer dans le contexte et les conditions dans lesquelles l'évènement survient et le vivre comme si l'on en était le créateur »⁶³³.

Il nous semble donc qu'une approche à mi-chemin entre ces courants de pensée soit la plus adaptée, celle à privilégier par le juge lorsqu'il s'intéresse au droit d'autres États : celle-ci permettrait d'analyser la réponse à un problème à première vue commun entre les comparés (approche fonctionnaliste), tout en prenant en compte le contexte historique de création de ces droits (école historique), mais aussi, en prenant garde à ne pas adopter une vision biaisée par des différences culturelles significatives (école culturaliste).

⁶³¹ G. OTIS, préc., note 573, p. 207-208.

⁶³² C. DELIYANNI-DIMITRAKOU, préc., note 21, p. 61.

⁶³³ *Id.*, p. 76.

Cette approche permettrait par exemple d'éviter de trop grosses erreurs de traduction. Il s'agirait de « donner un sens approché au mot de la langue de départ dans la langue d'arrivée au moyen d'un terme dont les implications pragmatiques lui sont comparables »⁶³⁴. Ainsi, il arriverait que la juge soit contrainte de rejeter une solution ne pouvant être transférée au contexte local⁶³⁵.

Enfin, cette approche permet de limiter les possibilités d'utilisation orientées ou artificielles du droit comparé sans pour autant empêcher la juge. Elle permet d'étudier un point de vue étranger sur un problème précis, de comprendre le contexte et l'évolution du droit étranger. Elle permet également à la juge d'éviter les « dangers d'une "sélectivité injustifiable" »⁶³⁶ en suivant des décisions qui n'ont pas de rapport avec l'affaire en l'obligeant à justifier son utilisation du droit étranger.

Dans certaines affaires, les juges canadiens ont eux aussi précisé le risque que faisait peser ce caractère culturel sur l'utilisation du droit comparé tant dans le raisonnement du juge que dans la défense des parties au procès. Pour reprendre les mots du Juge Wilson :

« [S]i Abood constitue de loin le précédent qui fait le plus autorité quant à la protection constitutionnelle de ce droit, notre Cour doit faire preuve de prudence en adoptant une décision, si convaincante soit-elle, d'un tribunal étranger. Notre Cour a constamment affirmé que, quand bien même elle peut sans aucun doute tirer profit de l'expérience des tribunaux américains et d'autres tribunaux étrangers en matière constitutionnelle, elle n'est pas du tout liée par cette expérience ni par la jurisprudence en découlant. Le caractère unique de la Charte canadienne des droits et libertés tient non seulement à la structure distincte de la Charte, comparativement au Bill of Rights américain, mais encore aux particularités de la tradition culturelle, historique, sociale et politique du Canada »⁶³⁷.

Dans cet arrêt les juges reconnaissent les spécificités canadiennes de la Charte des droits et libertés, rendant ainsi impossible l'application d'un précédent étranger. C'est d'ailleurs ce qui

⁶³⁴ P. LEGRAND, préc., note 68, 312.

⁶³⁵ Voir notamment : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, préc., note 170, par. 17 où le juge Lamer rejette la distinction faite par la cour américaine entre le fond et la procédure car cette application « transpose dans le contexte canadien une terminologie, une théorie et des concepts américains qui sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la nature et à la légitimité des décisions en vertu de la Constitution des États-Unis ».

⁶³⁶ P. MCCORMICK, préc., note 136, 127.

⁶³⁷ *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, par. 81.

avait été souligné dès 1985 par le juge Lamer lorsqu'il affirmait : « À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions »⁶³⁸, ou encore dans l'arrêt *Renvoi à la Public Service*⁶³⁹ lorsque le juge précise avant d'observer le droit américain que « [p]our comprendre la jurisprudence américaine sur la liberté d'association, il faut être conscient de la nature particulière de la garantie constitutionnelle de cette liberté »⁶⁴⁰.

C'est également ce qui s'est produit dans l'arrêt sur les *Droits linguistiques au Manitoba*⁶⁴¹ dans lequel la cour canadienne rejette plusieurs jurisprudences notamment au motif que celles-ci « port[ent] sur des gouvernements insurrectionnels [et que] ce n'est pas le cas en l'espèce »⁶⁴². De la même façon, le juge Kriegler de la cour sud-africaine avait rejeté la solution américaine pour des raisons s'apparentant à des divergences de cultures juridiques⁶⁴³ dans la décision *Mamabolo*⁶⁴⁴.

Les critères culturels et contextuels sont parfois rappelés par les juges pour justifier leur rejet face à une solution étrangère, quand d'autres fois ils permettent d'orienter le raisonnement du juge vers les États dont la comparaison semble plus justifiable. C'est notamment le cas dans l'arrêt sud-africain *Azanian Peoples Organization*⁶⁴⁵ précédemment cité. La question était de savoir si la loi sur les conditions d'amnistie constituait une violation manifeste du droit d'accès aux Cours⁶⁴⁶ ou s'il s'agissait d'une limitation « justifiable et raisonnable » à ce droit⁶⁴⁷. Recherchant ce qui est « justifiable et raisonnable dans une société démocratique », les juges observent de quelle façon l'amnistie est délivrée ailleurs.

⁶³⁸ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, préc., note 170, par. 33.

⁶³⁹ *Id.*

⁶⁴⁰ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, préc., note 49, par. 47.

⁶⁴¹ *Re : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

⁶⁴² *Id.*, par. 90.

⁶⁴³ *S v Mamabolo*, préc., note 245, par. 40 : « they are incompatible because they stem from different common law origins and subsist in materially different constitutional regimes ».

⁶⁴⁴ *Id.*

⁶⁴⁵ *AZAP0*, préc., note 143.

⁶⁴⁶ *The Interim Constitution of the Republic of South Africa*, 1993, préc., note 160, art. 22 : « Every person shall have the right to have justiciable disputes settled by a court of law or, where appropriate, another independent and impartial forum ».

⁶⁴⁷ *Id.*, art. 33 : « (1) The rights entrenched in this Chapter may be limited by law of general application, provided that such limitation—

(a) shall be permissible only to the extent that it is—

Les juges commencent leur analyse comparative par une réintroduction du contexte : « South Africa is not alone in being confronted with a historical situation which required amnesty for criminal acts to be accorded for the purposes of facilitating the transition to, and consolidation of, an overtaking democratic order »⁶⁴⁸. Ainsi, les juges introduisent une variable culturelle et contextuelle à leur analyse comparative et non plus strictement juridique : au lieu de constater comment l'amnistie est mise en place dans des États comme le Canada ou les États-Unis, les juges s'intéressent finalement à l'amnistie dans des États comme le Chili, l'Argentine ou encore le Salvador⁶⁴⁹, pays ayant eux-mêmes connus une transition démocratique récente. Les juges sud-africains semblent donc prendre en compte les contextes décisionnels dans leur analyse et affirment finalement que l'amnistie ne peut être isolée de son contexte, mais qu'elle doit plutôt être appréhendée comme une opération difficile, « sensitive, perhaps even agonising, balancing act between the need for justice to victims of past abuse and the need for reconciliation and rapid transition to a new future »⁶⁵⁰.

Également dans l'arrêt précité *Fetal Assessment*⁶⁵¹, malgré l'abondance de décisions présentées, le juge sud-africain reste très précautionneux et souligne l'importance de la remise en contexte, qui plus est dans un cas aussi sensible que celui exposé devant la Cour :

« The relevant question then is what role foreign law can fulfil in considering this case. Where a case potentially has both moral and legal implications in line with the importance and nature of those in this case, it would be prudent to determine whether similar legal questions have arisen in other jurisdictions. In making this determination, it is necessary for this Court to consider the context in which these problems have arisen and their similarities and differences to the South African context. Of importance is the reasoning used to justify the conclusion reached in each of the foreign jurisdictions considered, and whether such reasoning is possible in light of the Constitution's normative framework and our social context »⁶⁵².

(i) reasonable; and

(ii) justifiable in an open and democratic society based on freedom and equality; [...]

⁶⁴⁸ *AZAPO*, préc., note 143, par. 22.

⁶⁴⁹ *Id.*, par. 22-3.

⁶⁵⁰ *Id.*, par. 21.

⁶⁵¹ *H v Fetal Assessment Centre*, préc., note 552.

⁶⁵² *Id.*, par. 32.

C'est également pour cette raison que le juge rejette les jurisprudences d'autres pays dans le jugement sud-africain *Mashavha*⁶⁵³ portant sur le droit à l'égalité :

« The submissions put forward on behalf of the fifth respondent ignore the political, social and economic history of South Africa. The way social assistance is structured and administered in Denmark and Austria, or even Canada, or India, can hardly be compared to the South African situation. Our history is well known. It is one of colonialization, apartheid, economic exploitation, migrant labour, oppression and balkanization. Gross inequalities were deliberately and legally imposed as far as race and also geographical areas are concerned »⁶⁵⁴.

Nous avons constaté une prise en compte similaire dans l'arrêt canadien *McKinney*⁶⁵⁵. Le juge rappelle dans sa dissidence que le *Bill of Rights* américain fut conçu comme l'aboutissement d'une révolution contre les injustices commises par les Britanniques sur le peuple américain. Ainsi, au moment de la rédaction constitutionnelle américaine, les constituants cherchent à protéger le peuple contre l'État qui est « un grand danger pour la liberté individuelle ». Le juge canadien rappelle que « le Canada ne partage pas cette histoire »⁶⁵⁶. Ici, s'il est important pour le juge de souligner que le Canada s'est fortement appuyé sur la jurisprudence américaine dans un premier temps⁶⁵⁷, il existe des différences structurales entre les textes ne pouvant légitimer certaines comparaisons. Le juge rappelle donc que ces deux pays restent séparés par des « différences sur les plans socia[ux], politique[s] et historique[s] »⁶⁵⁸.

Cette nécessité de prise en compte contextuelle est rappelée dans de nombreux arrêts⁶⁵⁹. Il semblerait ainsi que les juges fassent preuve de prudence dans leur analyse comparative. Nous reprenons les propos du juge Kriegler dans le jugement *Sanderson*⁶⁶⁰ :

⁶⁵³ *Mashavha v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT 67/03) [2004] ZACC 6.

⁶⁵⁴ *Id.*, par. 51.

⁶⁵⁵ *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

⁶⁵⁶ *Id.*, à la page 343, à la lettre *h*.

⁶⁵⁷ *Id.*, aux pages 343-4.

⁶⁵⁸ *Id.*, à la page 344, à la lettre *e*.

⁶⁵⁹ Voir notamment *S v. Lawrence*, *S v. Negal*; *S v. Solberg*, préc., note 151, par. 92, 95 et 98; *S v. Mamabolo*, préc., note 245, par. 36; *Carmichele v Minister of Safety and Security* (CCT 48/00) [2001] ZACC 22, par. 44 et 45; *S v. Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae)*, préc., note 149, par. 79.

⁶⁶⁰ *Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape* (CCT10/97) [1997] ZACC 18.

« Comparative research is generally valuable and is all the more so when dealing with problems new to our jurisprudence but well developed in mature constitutional democracies. [...] Nevertheless the use of foreign precedent requires circumspection and acknowledgment that transplants require careful management »⁶⁶¹.

Deux importantes constatations sont à tirer de cette étude. Premièrement, il semble que les facteurs extrajuridiques aient leur importance dans la prise de décision du juge en Afrique du Sud et au Canada. En effet, nous avons pu constater que, d'une façon générale, lorsque les juges rejettent une solution étrangère (notamment lorsqu'ils pratiquent l'éviction à rebours), ce rejet était souvent fondé sur des considérations extrajuridiques, voire culturelles, divergentes. Ainsi, le deuxième point important que nous soulignons comme une conséquence directe du premier, tient au fait que lorsque la juge s'adonne à l'exercice de la comparaison, en plus d'observer les différences textuelles existant entre les deux États, elle doit (et pas simplement peut) observer les différences externes au droit : sans cette considération la juge pourrait importer une pratique qui ne se serait vraisemblablement pas viable dans son État. Ainsi, comparant la greffe juridique constitutionnelle à une greffe médicale, Elizabeth Zoller rappelle combien cette opération est risquée. Elle préconise également une approche qui ne soit pas limitée strictement au domaine juridique :

« Elle est même en un sens plus dangereuse, car si la greffe d'organe qui ne prend pas est rejetée par le corps humain, la greffe constitutionnelle, elle, s'incruste et peut provoquer à terme des dysfonctionnements ou éventuellement produire des résultats totalement imprévus. Les emprunts ne sont donc pas inconcevables, mais ils doivent être maniés avec beaucoup de précautions. Il ne peut en être autrement dès lors que les droits constitutionnels baignent dans des cultures juridiques qui, à partir d'un certain point, sont incommensurables. Mais, pour en mesurer l'importance, il faut aller bien au-delà du simple exercice comparatif. Il faut pénétrer à l'intérieur du système étranger et essayer de le comprendre au sens étymologique, c'est-à-dire le "prendre avec soi" »⁶⁶².

⁶⁶¹ *Id.*, par. 26 : Le juge rejette alors la solution américaine : « Thus, for example, one should not resort to the Barker test or the Morin approach without recognizing that our society and our criminal justice system differ from those in North America. Nor should one, for instance, adopt the "assertion of right" requirement of Barker without making due allowance for the fact that the vast majority of South African accused are unrepresented and have no conception of a right to a speedy trial. To deny them relief under section 25(3)(a) because they did not assert their rights would be to strike a pen through the right as far as the most vulnerable members of our society are concerned ».

⁶⁶² Elisabeth ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », 32 *Rev. Fr. Théorie Philos. Cult. Jurid.* 121-133, 132.

De plus, le fait de prendre en considération et de souligner ces divergences permettra à la Cour « [d'] exposer les particularités nationales et les divergences historiques et culturelles qui le conduisent à favoriser une solution plutôt qu'une autre »⁶⁶³. Pour Thomas Kadner Graziano, bien plus qu'un « art d'agrément »⁶⁶⁴, « [l]a méthode comparative ainsi à augmenter la transparence du raisonnement et à améliorer sa qualité »⁶⁶⁵.

Pour reprendre les mots de Pierre Legrand, ces exemples démontrent la nécessité pour le comparatiste de « quitter l'“ici” de la culture juridique où il se dirait chez lui pour se mettre en mesure de poser les questions qui s'imposent au sujet de cette culture juridique et pour pouvoir, par là, véritablement entrer au dedans de chez lui »⁶⁶⁶.

Ainsi, la proposition de Fabrice Hourquebie nous semble tout à fait correspondre à une utilisation nuancée du droit comparé dans le raisonnement du juge, et à l'utilisation majoritairement faite par les juges canadiens et sud-africains :

« La situation optimale est celle d'une culture constitutionnelle et judiciaire favorable aux apports extérieurs qui a en même temps conscience des limites de l'approche comparative et des difficultés méthodologiques et pratiques liées à l'importation des précédents étrangers »⁶⁶⁷.

•••

Il semble incontestable que les différentes Chartes, *Bill of Rights*, Lois fondamentales et autres documents reprenant similairement les droits fondamentaux ont permis de développer une sorte de « flux cognitif de jurisprudences contribu[ant] à renforcer [un] processus de convergence et de rapprochement entre les systèmes juridiques »⁶⁶⁸. Pour Guy Canivet, ces rapprochements sont également dus au dialogue transnational des juges puisque leur pouvoir, absent de toute légitimité démocratique « est par nature non territorial »⁶⁶⁹.

⁶⁶³ T. KADNER GRAZIANO, préc., note 27 à la page 95.

⁶⁶⁴ Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit comparé : Art d'agrément ou entreprise stratégique ? », dans *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 69-90.

⁶⁶⁵ T. KADNER GRAZIANO, préc., note 27 à la page 95.

⁶⁶⁶ P. LEGRAND, préc., note 68, 314.

⁶⁶⁷ F. HOURQUEBIE, préc., note 5, p. 103.

⁶⁶⁸ G. DE VERGOTTINI, préc., note 71, p. 57.

⁶⁶⁹ Guy CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge », dans *De tous horizons : Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005 à la page 23.

Néanmoins, des différences subsistent et rendent ainsi utile l'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge. Dans un sens, le droit ne serait que comparaisons et emprunts, dans l'autre il serait propre à une culture et une histoire. Au milieu de ces deux versants se situent les écoles médianes défendant l'idée que des emprunts peuvent se faire tout en prenant en considération les diversités culturelles. Ainsi, selon celles-ci, observer les droits des voisins proches, ou éloignés, et la façon dont ils ont interprété leurs droits fondamentaux ne peut avoir d'impact négatif si des précautions suffisantes ont été prises en considération.

CONCLUSION

Si cette technique comporte certains risques, l'utilisation de la comparaison dans le raisonnement du juge n'en reste pas moins une méthode très utile et dont les apports ne sont pas à négliger. Premièrement, même si la juge ne fait qu'observer le droit étranger à titre informatif, elle en ressortira avec de nouvelles idées qu'elle pourra choisir d'appliquer ou non ensuite. Deuxièmement, en observant les droits étrangers, les juges sont plus avertis sur la culture juridique des autres. Or, dans un monde où les conflits juridiques sont de plus en plus internationalisés et où les juges sont parfois contraints de s'intéresser au droit des autres, il devient primordial que ceux-ci aient conscience et connaissance de ces différents droits et des cultures qui leur sont associés.

Allant au-delà d'une aide concernant la solution, d'anciens juges expliquent que le droit comparé leur a permis « d'identifier le bon problème, ou à l'identifier correctement » [notre traduction]⁶⁷⁰ afin de pouvoir par la suite trouver la bonne solution. En effet, pour l'ancien juge Ackermann il arrivait souvent que « lorsque des difficultés étaient rencontrées pour trouver la bonne réponse dans un cas, la cause était une identification incorrecte ou inadéquate du problème présenté par le cas » [notre traduction]⁶⁷¹. Finalement, le droit comparé permet tant en Afrique du Sud qu'au Canada, de s'informer sur les possibilités et les réponses envisagées dans d'autres États lorsque le droit national ne permet pas de répondre adéquatement à une question posée devant le juge (ou encore, lorsqu'il ne permet pas d'y

⁶⁷⁰ Laurie W. H. ACKERMANN, « Constitutional comparativism in South Africa », dans Basil SIR MARKESINIS (dir.) et Jörg FEDTKE (dir.), *Judicial Recourse to Foreign law. A new source of Inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 263-286 à la page 277.

⁶⁷¹ *Id.*

répondre tout court). Également, le droit comparé peut permettre au juge de justifier ses arguments et de trouver ainsi un appui à ses prétentions lorsque la solution lui semble adéquate et que l'expérience extérieure lui permet d'observer qu'elle l'a été. Enfin, le droit comparé peut permettre aux juges d'échanger indirectement, et ainsi, ouvrir un « dialogue des cultures »⁶⁷².

L'utilisation du droit comparé dans le raisonnement du juge peut donc être tant nécessaire qu'ornementale : s'il semble clair que son utilisation recouvre un rôle important lorsqu'il s'agit de trouver une solution à un problème nouveau, nous avons également pu constater qu'il existait des cas où l'utilisation de celui-ci n'était pas nécessaire ou juridiquement utile. Il semblerait que le juge puisse utiliser le droit comparé dans certains cas de façon plus arbitraire. Il devient alors difficile de connaître les raisons intrinsèques de cette utilisation.

Néanmoins, nous avons remarqué qu'une telle utilisation du droit comparé pouvait être évitée. En effet, en procédant à une analyse du droit remis dans son contexte et la culture de l'État qui l'a vu naître, il serait possible d'éviter certaines erreurs majeures ou encore que le droit comparé ne devienne un outil politique. En retraçant le contexte dans lequel les décisions sont prises et en fournissant les explications de l'utilisation du droit étranger, le juge offre une plus grande visibilité au lecteur et une meilleure compréhension des motifs de sa prise de décision.

Les juges sud-africains et canadiens appliquent souvent la technique comparative de façon claire. Toutefois, les fois où cela n'a pas été le cas, une meilleure explication de leur façon de procéder aurait probablement permis une meilleure compréhension de la part du lecteur et du commentateur.

Comparer le droit comparé à un art porterait finalement une part de vérité : en y recourant, les juges devront, en plus de connaître leur droit national, avoir une formation ainsi qu'un niveau d'expertise en droit étranger élevé. Néanmoins, depuis l'avènement des nouvelles technologies, nous soulignons une facilitation inéluctable de l'accès aux sources de droits étrangers et aux formations étrangères. Ainsi, l'approche comparative, lorsqu'elle est faite avec précaution, trouve un intérêt tout à fait certain dans le raisonnement du juge.

⁶⁷² G. NICOLAU et F. HOURQUEBIE, préc., note 598.

BIBLIOGRAPHIE

I. MONOGRAPHIE ET OUVRAGES COLLECTIFS

AGOSTINI, É., *Droit comparé*, Paris, P.U.F, 1988.

BEAULAC, S. et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *Droit civil et common law: convergences et divergences/Common Law and Civil Law: A comparative Primer*, Montréal, Thémis, 2017.

BENYEKHELF, K., *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, 2e édition, Montréal, Les éditions thémis, 2015.

BINGHAM, T., *Widening Horizons. The influence of comparative law and international law on domestic law.*, coll. The Hamlyn Lectures, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

BRUN, H., *Les institutions démocratiques du Québec et du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2013.

CANIVET, G., M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE, *Comparative Law Before the Courts*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2004.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., *Méthodologie du Droit et des Sciences du Droit*, Paris, Dalloz.

COTE, P.-A., *Interprétation des lois*, Montréal, Thémis, 2009.

DAVID, R., C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2016.

DELIYANNI-DIMITRAKOU, C., *Le droit comparé à l'épreuve du pluralisme juridique et de la mondialisation*, coll. Etudes de l'Institut de Recherche en Droit Européen International et Comparé, IX, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013.

DI MANNO, T., *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. À la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014.

DUGARD, J., *Human Rights and the South African Legal Order*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1978.

FABRE-MAGNAN, M., *Introduction au droit*, PUF, 2014.

FAIRGRIEVE, D. et H. MUIR WATT, *Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, coll. Droit et justice, Paris, P.U.F, 2006.

FRANÇOIS, V., *Constitutional Comparison. Japan, Germany, Canada and South Africa as Constitutional States*, Cape Town, Cambridge, Cape Town, South Africa : JUTA; Cambridge, MA : Kluwer Law International, 2000.

GARAPON, A. et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003.

GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., *Les Solitudes du bijuridisme au Canada*, Montréal, Thémis, 2007.

HESS, B., et MENETREY, S., *Les dialogues des juges en Europe*, coll. Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2014.

HUPPÉ, L., *Histoire des institutions judiciaires du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2007.

HOURQUEBIE, F. et M.-C. PONTTHOREAU, *La motivation des décisions de Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

JACKSON, V. C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, New York, United States of America, Oxford University Press, 2010.

KASIRER, N., *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003.

KLUG, H., *Constituting Democracy : Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*, Cambridge University Press, 2000.

KÖTZ, H. et K. ZWEIGERT, *An introduction to comparative law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

LAITHIER, Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009.

LEGRAND, P., *Le droit comparé*, coll. Que sais-je, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

— — —, *Comparer les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

LUGAN, B., *Histoire de l'Afrique du Sud : des origines à nos jours*, Paris, Ellipses.

MAK, E., *Judicial Decision-Making in a Globalised World : A Comparative Analysis of the Changing Practices of Western Highest Courts*, coll. Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford and Portland, Oregon, USA, Hart Publishing, 2013.

MASTOR, W., *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/PUAM, 2005.

MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois. Tome I*, Paris, Classique Garnier, 2011.

MORETEAU, O., *Le juriste français, entre ethnocentrisme et mondialisation*, Dalloz, Francea, 2014.

NICOLAU, G. et F. HOURQUEBIE, *Cultures juridiques en quête de dialogue*, Editions Karthala, coll. Cahiers d'anthropologie du droit, Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris de l'UMR de droit comparé de Paris, Université Paris I, CNRS, 2013.

ÖRÜCÜ, E., *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, 22, coll. United Kingdom Comparative Law Series, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2003.

OTIS, G., *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013.

PASSAGLIA, P., *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée*, Pise, Italie, Mnemosyne, 2012.

PONTHOREAU, M.-C., *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, coll. Corpus Droit Public, Paris, 2010.

RABEL, E., *The conflict of laws ; a comparative study*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1958.

RAMBAUD, T., *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, Presses Universitaires de France, 2017.

SIR MARKESINIS, B., *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford and Portland, Oregon, USA, Hart Publishing, 2003.

— — —, *Juges et universitaires face au droit comparé*, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2006.

TERRE, F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2003.

TROPER, M., *Comment décident les juges. La constitution, les collectivités locales et l'éducation.*, Paris, Economica, 2008.

VAN DER MERWE, C. . et J. DU PLESSIS, *Introduction to the Law of South Africa*, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 2004.

VERGOTTINI, G. DE, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, traduit par Jean-Jacques PARDINI, Paris, Dalloz, 2013.

WATSON, A., *Legal transplants: An approach to Comparative Law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1974.

GROPPI, T. et M.-C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Volume 1 in the series Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford and Portland, Oregon, USA, Hart Publishing, 2013.

II. MÉMOIRE

BRUN, L., *L'utilisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour suprême du Canada (1995-2015)*, France, Université de Bordeaux - C.E.R.C.C.L.E., 2016.

III. ARTICLES DE REVUE ET D'OUVRAGES COLLECTIFS

ACKERMANN, L. W. H., « Constitutional comparativism in South Africa », dans Basil SIR MARKESINIS et Jörg FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign law. A new source of Inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 263-286.

AUGER, J., « Le style civiliste et le droit des suretés réelles », dans Nicholas KASIRER, *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003.

BADINTER, R., SAUVÉ, J.-M., ABRAHAM, R., et AUBIN, M.-E., *Le dialogue des juges: Mélange en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009

BASTARACHE, M., « The globalisation of the law and the work of the Supreme Court of Canada », dans *Highest Courts and Globalisation*, The Hague, Netherlands, The Hague Academic Press, 2010.

BEULAC, S., « Chapitre 1. La problématique de l'interlégalité et la méthodologie juridique. », dans Jean-Yves CHÉROT, Sylvie CIMAMONTI, Laetitia TRANCHANT et Jérôme TRÉMEAU, *Le Droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, Bruylant, 2013

BELL, J., « De la culture », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparé les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

- BENGOETXEA, J., « Judicial and interdisciplinary dialogues in European Law », dans
- BENVENUTO, O. J., « Reevaluating the Debate Surrounding the Supreme Court's Use of Foreign Precedent », (2006) 74 *Fordham Law Rev.* 2695-2759.
- BOUABDALLAH, S., « La comparaison des droits dans les travaux préparatoires du Conseil d'État et de la Cour de cassation », dans Pascale DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts.*, coll. Methodes du droit, Lyon, Dalloz, 2013, p. 202-215.
- BRUN-OTTO, B., « The Constitutional Judge and the International Constitutionalist Dialogue », dans Basil SIR MARKESINIS et Jörg FEDTKE, *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 295-308.
- CANIVET, G., « La convergence des systèmes juridiques par l'action du juge », dans *De tous horizons : Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005.
- — —, « The Practice of Comparative Laws by the Supreme Courts. Brief Reflections on the Dialogue Between the Judges in French and European Experience », trad. Vernon Valentine Palmer, Thomas Pickles, dans Basil SIR MARKESINIS (dir.) et Jörg FEDTKE (dir.), *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 309-328.
- — —, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes Brèves réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne : en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke *Le juge en tant que comparatiste* », 80 *Tul. L. Rev.*, n°1, (2005-2006), 221-246.
- CARBONNIER, J., « A beau mentir qui vient de loin ou le mythe du législateur étranger. », dans *Essais sur les lois*, 2e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995.
- CAREY MILLER, D. L., « The Great Trek to Human Rights: The Role of Comparative Law Rights in the Development of Human Rights in Post-reform South Africa », dans Esin ÖRÜCÜ, *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, coll. United Kingdom Comparative Law Series, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2003.
- CASSESE, S., « Beyond Legal Comparison », dans Mauro BUSSANI et Lukas HECKENCODRN URSCHELER, *Comparisons in Legal Development*, Geneva/Zurich, Schulthess, 2016, p. 277-232.

CLARKE, S. F., « The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: Canada », *Libr. Congr.*

DALPHOND, P. J., « Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir ? », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003.

E. ABRUZZI, B., R. GOLD, E., et ANDERSON, C., « Developments in the Law - International Criminal Law », (2001) 114-7 *Harv. Law Rev. Assoc.* 1943-2073.

ESQUIROL, J. L., « The Impact of Transnational Comparativism on Law in Latin America », dans Lukas HECKENCODRN URSCHALER et Mauro BUSSANI, *Comparisons in Legal Development*, Geneva/Zurich, Schulthess, 2016, p. 185-214.

FAUVARQUE-COSSON, B., « L'enseignement du droit comparé », (2002) 54-2 *Rev. Int. Droit Comparé* 293-309.

— — —, « Le droit comparé : Art d'agrément ou entreprise stratégique ? », dans *De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 69-90.

FROMONT, M., « Réflexion sur l'objet et les méthodes du droit comparé », dans *Liber amicorum : Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 377-387.

GAMBARO, A., SACCO, R., VOGEL, L., « Le droit de l'Occident et d'ailleurs », LGDJ, Paris, 2011.

GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la common law. Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien. », dans Ghislain OTIS, *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, p. 41-99.

GIESEN, I., « The use and Influence of Comparative Law in "Wrongful Life" Cases », (2012) 8-2 *Utrecht Law Rev.* 35-54.

GLANERT, S., « Comparaison et traduction des droits : à l'impossible tous sont tenus », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 279-311.

GLENN, H. P., « Quel droit comparé ? », *R.D.U.S* 2013.43.24-44.

GLENN, P., « Vers un droit comparé intégré ? », (1999) 51-4 *Rev. Int. Droit Comparé* 841-852.

GROPPI, T., « Le recours aux précédents étrangers par les juges constitutionnels », dans Marie-Claire PONTTHOREAU (dir.), et Fabrice HOURQUEBIE (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 47-60.

GUILLAUME, M., « Le style du Conseil constitutionnel », *Justice Cassat*. 2013.262-286.

HOURQUEBIE, F., « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de Common law », dans Marie-Claire PONTTHOREAU, *La motivation des décisions de Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

HOVELL, D., et WILLIAMS, G., « A tale of two systems : the use of international law in Constitutional Interpretation in Australia and South Africa », 29 *Melb. Univ. Law Rev.* 95-130.

HUDSON, G., « Neither Here nor There: The (Non-) Impact of International Law on Judicial Reasoning in Canada and South Africa », (2008) 21 *Can. J. Law Jurisprud.* 321-354.

HUSA, J., « Methodology of comparative law today : from paradoxes of flexibility ? », *Rev.Int, Droit. Comp*, vol. 58, n°4, 2006, 1095-1117.

JACQUELOT, F., « L'ambivalence du recours au droit comparé par le juge constitutionnel », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. À la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 153-162.

KADNER GRAZIANO, T., « « Est-il légitime et utile pour le juge de comparer ? », dans *Obligations, procès et droit savant. Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, Poitiers, Presses universitaires juridiques, 2013.

KARAZIVAN, N., « Constitutional Structure and Original Intent : A Canadian Perspective », (2017) 2 *Univ. Ill. Law Rev.* 629-654.

KENTRIDGE, S. S., « Comparing Human Rights Jurisdictions », dans Guy CANIVET, Mads ANDENAS et Duncan FAIRGRIEVE, *Comparative Law Before the Courts*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 236-242.

— — —, « Comparative Law in Constitutional Adjudication. The South African Experience. », dans Basil SIR MARKESINIS et Jörg FEDTKE, *Judicial recourse to foreign law. A new source of*

inspiration ?, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 329-337.

KLARE, K. E., « Legal culture and transformative Constitutionalism », (1998) 14 *South Afr. J. Hum. Rights* 146-188.

LA FOREST, G. V., « The Use of American Precedents in Canadian Courts », (1994) 46-2 *Maine Law Rev.* 211-220.

LE QUINIO, A., « La légitimité contrastée d'une technique juridictionnelle: le recours au droit comparé par le juge. », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le Recours au Droit Comparé par le Juge.*, coll. À la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 21-37.

LEBEL, L. et P.-L. LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *Cah. Droit* 179-238.

LEGRAND, P., « Comparer », (1996) 48-2 279-318.

— — —, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », dans *Comparer les droits, résolument*, coll. Droit et justice, P.U.F, 2009, p. 209-244.

— — —, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », 51 *Rev. Int. Droit Comparé*, n°4, (1999), 1053-1071.

L'HEUREUX-DUBE, C., « The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court. », (1998) 34 *Tulsa Law J.* 15-40.

LONGTIN, M. J., « Le style civiliste et la loi », dans Nicholas KASIRER, *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003.

MAHONEY, P., « The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law », dans Guy CANIVET, Mads ANDENAS et Duncan FAIRGRIEVE, *Comparative Law Before the Courts*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2004.

MAILLAFET, C., « Le recours au droit comparé par le juge lors de la saisine du juge constitutionnel: argument téléologique ou technique décorative ? », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. À la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 185-197.

MATHIEU-IZORCHE, M.-L., « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 123-146.

MCCORMICK, P., « American Citations and the McLachlin Court: An Empirical Study », (2009) 47-1 *Osgoode Hall Law J.* 83-129.

MCCRUIDDEN, C., « A Common Law of Human Rights ? : Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights », 20 *Oxford Journal of Legal Studies*, n° 4, 2000.

MONATERI, P. G., « The “weak law” : contaminations and legal cultures (Borrowing of legal and political forms) », (2003) 13-575 *TransnatL Contemp Probs.*

MORETEAU, O., « Des grands systèmes aux petits : La contamination des droits et des cultures juridiques », dans *Liber Amicorum : Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013.

MUZNY, P., « Persuader et convaincre par la rhétorique pragmatique: réflexions sur un article de M. Jerry Sainte-Rose », dans *La diversité du droit: mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 1099-1108.

N. ESKRIDGE JR, W., « The New Textualism and Normative Canons », *Yale Law School Scholarsh. Repos.* 2013.4795.531-587.

PARDINI, J.-J., « Le juge constitutionnel, le comparable et l'intraduisible. Bref retour sur l'extranéité de la langue. », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. À la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 71-79.

PHILIPPE, X., « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle sud africaine: essai d'analyse de la construction d'une jurisprudence de protection des droits fondamentaux », dans Marie-Claire PONTHEUREAU (dir.) et Fabrice HOURQUEBIE (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 261-306.

PICARD, K., « L'éviction à rebours du droit étranger par les juges constitutionnels », dans Thierry DI MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, coll. À la croisée des droits. Droits international, comparé, européen, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 39-48.

PINARD, D., « La promesse brisée de Oakes », dans Luc B. TREMBLAY (dir.) et Grégoire Charles N. WEBBER (dir.), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt*

R. c. *Oakes*, Montréal, Thémis, 2009, p. 131-154.

PONTHOREAU, M.-C., « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument.*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, p. 537-560.

POPOVICI, A., « Le droit civil, avant tout un style... », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003.

— — —, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit », (2009) 54-2 *McGill Law J.* 223-236.

RAUTENBACK, C., « South Africa: Teaching an “Old Dog” New Tricks ? An Empirical Study of the Use of Foreign Precedents by the South African Constitutional Court (1995-2010) », dans Marie-Claire PONTHOREAU et Tania GROPPi, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, coll. Volume 1 in the series Hart Studies in Comparative Public Law, Oxford, Hart Publishing, 2013.

REQUEJO, M., « Quelle communication dans l'application de la loi étrangère ? », dans Burkhard HESS et Séverine MENETREY, *Les dialogues des juges en Europe*, coll. Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2014.

ROSENFELD, M., « Le constitutionnalisme comparé en mouvement : d'une controverse américaine sur les références jurisprudentielles au droit étranger. », dans Pierre LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolutions*, coll. Les voies du droit, Paris, Presses Universitaires de France, 2009.

ROY, B., « An Empirical Survey of Foreign Jurisprudence and International Instruments in Charter Litigation », 62 *U.T. Fac. L. Rev.*, n° 2, 2004.

SACCO, R., « Un point de vue italien », (1987) 28-4 *Cah. Droit* 845-859.

SCHIEMANN, K., « The Judge as Comparatist », dans Basil SIR MARKESINIS et Jörg FEDTKE, *Judicial recourse to foreign law. A new source of inspiration ?*, The University of Texas at Austin, Studies in Foreign and Transnational Law, Abingdon, Oxfordshire, UCL Press, 2006, p. 358-372.

SLAUGHTER, A.-M., « A global Community of Courts », (2003) 44-1 *Harv. Int. Law J.* 191-219.

SMITHEY, S. I., « A tool, not a master. The use of foreign case law in Canada and South Africa », 34-10 *Comp. Polit. Stud.* (2001), 1188-1211.

TERRAL, F., « L’empreinte culturelle des termes juridiques », (2004) 49-4 *Meta* 876-890.

TOOPE, S. J., et BRUNNEE, J., « A Hesitant Embrace : Baker and the Application of International Law by Canadian Courts », (2002), 40 *Can. Y. B. Int. Law*, 3-60

TRUDEAU, G., « La dimension internationale des litiges sociaux à la Cour suprême du Canada. », *Droit Soc.* 2016.3.

TURP, D., « Le recours au droit international aux fins de l’interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel », (1984) 18 *Rev. Jurid. Themis* 353-404.

VALCKE, C., « L’enseignement du droit comparé à l’ère de la Mondialisation : Les yeux plus grands que la panse ? », *Lex-Electron.* 2004.06.169-190.

WARREN, M., « Bordering on Discord: The Impact of the Death Penalty on U.S.-Canada Relations », (2006) 6-79 *JIJIS* 79-97.

WOEHLING, J., « Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne - Rapport canadien », dans Armand DE MESTRAL (dir.) et Suzanne BIRKS (dir.), *La limitation des droits de l’homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville, Yvon Blais Inc., 1986.

ZIMMERMANN, R., « L’héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d’une science juridique européenne », (2013) 1-2 *Rev. Int. Droit Econ.* 95-127.

ZOLLER, E., « Qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Rev. Fr. Théorie Philos. Cult. Jurid.* 2000.32.121-134.

« Developments in the Law - International Criminal Law », (2001) 114-7 *Harv. Law Rev. Assoc.* 1943-2073.

V. ARTICLES DE BLOG

AI, R., « The use of foreign Jurisprudence by the Supreme Court », *thecourt.ca* (2008), en ligne : <<http://www.thecourt.ca/714/>>, (consulté le 20 décembre 2018).

BENYEKHELF, K., « Le droit global : vers un équilibre des intérêts économiques et des droits économiques et sociaux et pour le maintien de la délibération collective »,

<www.karimbenyekhleef.ca>, 6 janvier 2017), en ligne : <<https://www.karimbenyekhleef.ca/blogue/2017/01/06/le-droit-global-vers-un-equilibre-des-interets-economiques-et-des-droits-economiques-et-sociaux-et-pour-le-maintien-de-la-deliberation-collective/>>, (consulté le 19 décembre 2018).

CLARKE, S. F., « The Impact of Foreign Law on Domestic Judgments: Canada », *Libr. Congr.*, en ligne : <<https://www.loc.gov/law/help/domestic-judgment/canada.php>>, (consulté le 21 décembre 2018).

VI. RAPPORTS D'ALLOCUTIONS ET DE COLLOQUES

CHASKALSON, A., P. LANGA, Y. MOGKORO et R. J. GOLDSTONE. « Entretien avec la Cour constitutionnelle sud-africaine », février 2001.

DE GOUTTES, R., « Le dialogue des juges », Paris, Cahiers du Conseil constitutionnel, Colloque du Cinquantenaire, 2009

HOURQUEBIE, F., « La réception des décisions étrangères », dans *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, Cour suprême du Canada Ottawa, Organisation Mondiale de la Francophonie, 3^{ème} Congrès de l'AHJUCAF, 2010, p. 95-103.

MCLACHLIN, B. « La protection des droits fondamentaux : Etude comparative des États-Unis et du Canada », Allocution, Plattsburg State University, New York, 5 avril 2004.

VALCKE, C., « La greffe juridique en droit comparé », dans *Internationalisation du droit, internationalisation de la justice*, Cour suprême du Canada Ottawa, Organisation Mondiale de la Francophonie, 2010, p. 86-95.

VII. CONSTITUTIONS ET TEXTES LÉGISLATIFS :

Canada

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)]

Loi sur la Cour Suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26

Afrique du Sud

Fundamental Rights, Chapitre 3 de *The Interim Constitution of the Republic of South Africa*, Act 200 of 1993

Bill of Rights Chapter 2 de *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996

General Law Amendment Act 76 of 1962

Criminal Procedure Amendment Act 9 of 1958

Immorality Act, 5 de 1927

Immorality Amendment Act, 21 de 1950

The Union of South Africa, South Africa Act, 1909

The Masters and Servants Act 15 de 1856

Choice on Termination of Pregnancy Act 92, 1996

Autre

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, 1949

VIII. JURISPRUDENCE :

Afrique du Sud

Glenister v President of the Republic of South Africa and Others (CCT 48/10) [2011] ZACC 6

Mistry v Interim National Medical and Dental Council and Others (CCT13/97) [1998] ZACC 10

S v Zuma and Others (CCT5/94) [1995] ZACC 1

S v Rens (CCT1/95) [1995] ZACC 15

South African National Defence Union v Minister of Defence (CCT27/98) [1999] ZACC 7

S v Williams and Others (CCT20/94) [1995] ZACC 6

Azanian Peoples Organization (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others (CCT17/96) [1996] ZACC 16

Du Plessis and Others v De Klerk and Another (CCT8/95) [1996] ZACC 10

De Lange v Smuts NO and Others (CCT26/97) [1998] ZACC 6

President of the Republic of South Africa and Another v Hugo (CCT11/96) [1997] ZACC 4

S v Jordan and Others (Sex Workers Education and Advocacy Task Force and Others as Amici Curiae) (CCT31/01) [2002] ZACC 22

Ferreira v Levin NO and Others; Vryenhoek and Others v Powell NO and Others (CCT5/95) [1995] ZACC 13

Thebus and Another v S (CCT36/02) [2003] ZACC 12

S v Lawrence , S v Negal ; S v Solberg (CCT38/96, CCT39/96, CCT40/96) [1997] ZACC 11.

S v Coetzee and Others (CCT50/95) [1997] ZACC 2

S and Others v Van Rooyen and Others (General Council of the Bar of South Africa Intervening) (CCT21/01) [2002] ZACC 8

Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Re-Integration of Offenders (NICRO) and Others (CCT 03/04) [2004] ZACC 10

First National Bank of SA Limited t/a Wesbank v Commissioner for the South African Revenue Services and Another; First National Bank of SA Limited t/a Wesbank v Minister of Finance (CCT19/01) [2002] ZACC 5

S v Makwanyane and Another (CCT3/94) [1995] ZACC 3

Khumalo and Others v Holomisa (CCT53/01) [2002] ZACC 12

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others (CCT11/98) [1998] ZACC 15

Christian Education South Africa v Minister of Education (CCT4/00) [2000] ZACC 11

Prince v President of the Law Society of the Cape of Good Hope (CCT36/00) [2002] ZACC 1

S v Mamabolo (CCT 44/00) [2001] ZACC 17

New National Party v Government of the Republic of South Africa and Others (CCT9/99) [1999] ZACC 5

S and Others v Van Rooyen and Others (General Council of the Bar of South Africa Intervening) (CCT21/01) [2002] ZACC 8

Satchwell v President of Republic of South Africa and Another (CCT45/01) [2002] ZACC 18

President of the Republic of South Africa and Others v South African Rugby Football Union and Others - Judgment on recusal application (CCT16/98) [1999] ZACC 9

Prinsloo v Van der Linde and Another (CCT4/96) [1997] ZACC 5

Larbi-Odam and Others v Member of the Executive Council for Education (North-West Province) and Another (CCT2/97) [1997] ZACC 16

Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15.

City Council of Pretoria v Walker (CCT8/97) [1998] ZACC 1

Harksen v Lane NO and Others (CCT9/97) [1997] ZACC 12

National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others (CCT10/99) [1999] ZACC 17

Volks NO v Robinson and Others (CCT12/04) [2005] ZACC 2

S v. Dodo (CCT 1/01) [2001] ZACC 16

Sanderson v Attorney-General, Eastern Cape (CCT10/97) [1997] ZACC 18

Mohamed and Another v President of the Republic of South Africa and Others (CCT 17/01) [2001] ZACC 18

S v Baloyi and Others (CCT29/99) [1999] ZACC 19

S v Dzukuda and Others; S v Tshilo (CCT23/00) [2000] ZACC 16

H v Fetal Assessment Centre (CCT 74/14) [2014] ZACC 34

Mukheiber v Raath and Another [1999] ZASCA 39

Administrator, Natal v Edouard [1990] ZASCA 60

Friedman v Glicksman 1996 (1) SA 1134 (W) (Friedman)

Stewart and Another v Botha and Another [2008] ZASCA 84

Minister of Finance and Other v Van Heerden (CCT 63/03) [2004] ZACC 3

South African National Defence Union v Minister of Defence (CCT27/98) [1999] ZACC 7

Mashavha v President of the Republic of South Africa and Others (CCT 67/03) [2004] ZACC 6

Carmichele v Minister of Safety and Security (CCT 48/00) [2001] ZACC 22

CANADA

Reference in re Legislative Jurisdiction over Hours of Labour, [1925] S.C.R. 505

AG (Canada) v. AG (Ontario), [1937] 1 D.L.R. 673.

Renvoie relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313

Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391

Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

Thomson Newspapers Co. (Globe and Mail) c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877

Slaight Communications Inc. c. Davidson, [1989] 1 R.C.S. 1038

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2002] CSC 68

Carter c. Canada (Procureur général), 2015 CSC 5

R. c. Jordan, [2016] 1 R.C.S. 631

Canada Grant c. Torstar Corp., [2009] 3 R.C.S. 640

R c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295

R. c. Mills, [1986] A.C.S. no 39

Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130

R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588

Kindler c. Canada (Ministre de la Justice), [1991] 2 R.C.S. 779

Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.), [1991] 2 R.C.S. 858

Canada c. Schmidt, [1987] 1 R.C.S. 500

États-Unis c. Burns, [2001] 1 R.C.S. 283

R. c. Lyons, [1984] 2 R.C.S. 633

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817

R. c. Clarkson, [1986] 1 R.C.S. 383

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713

Law Society of British Columbia c. Trinity Western University, [2018] 2018 CSC 32

Braker c. Marcovitz, [2007] 3 R.C.S. 607

R. c. Wholesale Travel Group Inc., [1991] 3 R.C.S. 154

Egan v Canada [1995] 2 R.C.S. 513

Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1995] 2 FC 331, 1995 CanLII 3573 (FC)

Dikranian c. Québec (Procureur général), 2005 CSC 73

UKPC, Edwards c. Attorney-General for Canada, [1930] A.C. 124,

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145

Renvoi sur la Motor Vehicle Act (Colombie-Britannique), [1985] 2 R.C.S. 486

R. c. Smith (Edward 6 Dewey), [1987] 1 R.C.S. 1045

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76

Saskatchewan Federation of Labour¹ c. Saskatchewan, [2015] 1 R.C.S. 245

Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211

Re : Droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721

McKinney c. University of Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229

ÉTATS-UNIS

Tot v. United States, 319 U.S. 463 (1943)

Coughlin c. Westinghouse Broadcasting¹ & Cable, Inc, 476 U.S. 1187 (1986)

Dickey v. Florida, 398 U.S. 30 (1970)

United States v. Ewell, 383 U.S. 116 (1966)

Department of Human Resources of Oregon v Smith, 494 US 872, 1990

United States v. Bin Laden, 156 F. Supp. 2d 359 (S.D.N.Y. 2001)

Olmstead et al v Unites States 277 US 438, 485 (1928)

