

I. ARTICLES

LES PARTICULARITÉS DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE EN DROIT COMPARÉ

Corneliu-Liviu POPESCU*¹

Résumé

L'analyse du droit étranger, dans une recherche juridique comparative, impose la prise en compte de la jurisprudence pertinente, qui doit être identifiée et correctement interprétée. L'identification de la jurisprudence étrangère impose la connaissance du système des juridictions nationales, dans sa complexité et ses relations hiérarchiques. L'interprétation correcte de la jurisprudence nationale réclame la connaissance de sa position parmi les sources du droit national, ainsi que du style particulier de rédaction des décisions judiciaires.

Mots-clés: *Droit comparé; Méthode juridique comparative ; Jurisprudence étrangère*

Abstract

As part of comparative legal research, the analysis of foreign law requires that relevant case law be considered, identified, and correctly interpreted. Identifying foreign case law requires knowledge of the national court system's complexity and hierarchical relationships. Correct interpretation of domestic case law requires knowledge of its position among the sources of national law and the particular style of drafting of judicial decisions.

Keywords: *Comparative law; Comparative legal method; Foreign case law*

* Professeur de Droit international, européen et comparé Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne - Collège Juridique d'Études Européennes.

¹ Le présent article est rédigé et publié en tant que professeur des Universités, en vertu de l'indépendance académique, sans exprimer la position, ni engager la responsabilité d'aucun État, Gouvernement ou autorité publique.

Plan

Aspects liminaires

1. Les particularités organiques du système juridictionnel
 - A. La complexité juridictionnelle
 - B. La hiérarchie juridictionnelle
2. Les particularités substantielles de la jurisprudence
 - A. La portée de la jurisprudence
 - B. Le style de la motivation judiciaire

Conclusions

Aspects liminaires

Une recherche scientifique juridique qui intègre des éléments de droit comparé, qui utilise donc la méthode juridique comparative, ne peut pas ignorer, dans l'analyse du droit étranger, la jurisprudence². Cette exigence méthodologique s'impose non seulement pour le système de droit anglo-saxon, mais aussi pour le système de droit romano-canonique et pour les autres systèmes juridiques.

L'utilisation correcte de l'analyse jurisprudentielle lors de l'application de la méthode juridique comparative requiert la prise en compte des particularités organiques du système juridictionnel (1) et des particularités substantielles de la jurisprudence secrétée par celui-là (2)

1. Les particularités organiques du système juridictionnel

Le système juridictionnel d'un État comporte plusieurs particularités qui influencent sur l'utilisation de la jurisprudence dans les recherches de droit comparé et qui peuvent être groupés en deux catégories : les

² Voir aussi : Leontin Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat [Traité de droit comparé]*, vol. 2, *Metoda comparativă [La méthode comparative]*, All Educational, Bucarest, 1998, pp. 173-180 ; Manuel Guțan, *Sisteme de drept comparate. Introducere în teoria generală a dreptului comparat [Systèmes de droit comparés. Introduction dans la théorie générale du droit comparé]*, Hamangiu, Bucarest, 2014, pp. 225-227 ; Yves-Marie Laithier, *Droit comparé*, Dalloz, Paris, 2009, p. 26 ; Konrad Zweigert, Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, pp. 35-36.

particularités tenant à la complexité juridictionnelle (A) et celles concernant la hiérarchie juridictionnelle (B).

A. La complexité juridictionnelle

Pour identifier la jurisprudence d'un système juridique national, afin de l'utiliser dans les recherches impliquant l'utilisation de la méthode juridique comparative, il faut identifier la/les juridiction/s qui secrète/nt les solutions judiciaires pertinentes pour l'objet matériel de la recherche juridique. Or, l'identification de ces juridictions, aptes à produire la jurisprudence utile pour les études comparatives, implique une connaissance et une compréhension suffisantes du système juridictionnel national en question³, dans toute sa complexité.

Primo, il faut vérifier s'il s'agit d'un État unitaire ou d'un État fédéral, donc d'un système de juridictions pour l'ensemble de l'État ou de deux types de systèmes, le système des juridictions fédérales et le système des juridictions de chaque composante de la fédération⁴ (comme les tribunaux fédéraux et les tribunaux étatiques / des Länder aux États-Unis ou en Allemagne). L'institution juridique objet de la recherche comparative peut relever du droit fédéral ou du droit des entités fédérées, alors la recherche jurisprudentielle doit se focaliser sur l'un des deux types de systèmes de juridictions. Certes, si la matière ne relève pas du droit fédéral, soit on choisit (selon des critères scientifiques spécifiques à la méthode juridique comparative) la jurisprudence d'un seul État fédéré, soit on essaye de comparer les solutions juridictionnelles infra-fédérales. En outre, il se peut que des décisions judiciaires des juridictions fédérées soient susceptibles d'une voie de recours devant une juridiction fédérale, aspect qui doit être vérifié et qui détermine, le cas échéant, un élargissement de la recherche vers la jurisprudence fédérale, en dépit du fait que la matière relève du droit des composantes de la fédération.

Secundo, l'identification de la jurisprudence réclame de vérifier l'existence des systèmes de juridictions compétentes pour une seule partie du

³ Voir aussi : René David, Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2002, p. 109.

⁴ Voir aussi : David, Jauffret-Spinozi, *op. cit.*, *supra*, note 2, pp. 110-111 ; Michel Fromont, *Grands systèmes de droit étrangers*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1998, pp. 19 et 91-92 ; Laithier, *op. cit.*, *supra*, note 1, p. 41.

territoire de l'État, même en l'absence d'un système des juridictions fédérales. Ainsi, au Royaume-Uni, il existe le système des cours de l'Angleterre et des Pays de Galles, le système des cours de l'Écosse et le système des cours de l'Irlande du Nord. Comme la comparaison ne se fait pas par rapport à un « droit du Royaume-Uni », mais par rapport au droit anglais, au droit écossais et au droit nord irlandais, il est évident que la composante jurisprudentielle de chacun doit être recherchée dans le système approprié des juridictions. Au niveau du Royaume-Uni il n'existe que la Cour suprême du Royaume-Uni (dont il faut connaître la compétence pour décider s'il est possible d'en identifier une jurisprudence pertinente pour l'institution juridique analysée) et des juridictions spéciales, comme la Commission spéciale d'appel d'immigration et la Cour du service militaire.

Tertio, l'identification de la jurisprudence utilisée dans la recherche comparative réclame à connaître si l'État dispose d'un seul ordre juridictionnel (comme en Roumanie), de deux ordres juridictionnels⁵ (comme en France, l'ordre juridictionnel judiciaire et l'ordre juridictionnel administratif) voire de plusieurs ordres juridictionnels⁶ (comme en Allemagne, avec cinq ordres juridictionnels : les tribunaux ordinaires pour les affaires civiles et pénales, les tribunaux administratifs, les tribunaux fiscaux, les tribunaux du droit du travail et les tribunaux de droit social).

Quarto, il est nécessaire de connaître la complexité du système des juridictions, à la fois car il se peut que certaines matières juridiques relèvent de la compétence de certaines juridictions spéciales, mais aussi car la compétence matérielle des juridictions de droit commun peut être différente, donc il faut chercher la jurisprudence pertinente aux juridictions qui ont la compétence en la matière. Ainsi, le système judiciaire roumain est peu complexe (un seul ordre juridictionnel, avec des tribunaux ordinaires hiérarchisés : les tribunaux de première instance, les tribunaux de grande instance, les cours d'appel et la Haute Cour de cassation et de justice, compétents dans toutes les matières), mais avec des particularités dont il faut tenir compte afin d'identifier les juridictions qui produisent la jurisprudence pertinente pour une recherche scientifique déterminée, car : il existe deux types de juridictions spécialisées, les tribunaux militaires et la

⁵ Voir aussi : David, Jauffret-Spinozi, *op. cit., supra*, note 2, p. 110.

⁶ *Ibid.*, p. 110 ; Fromont, *op. cit., supra*, note 4, p. 19.

cour militaire d'appel (donc la jurisprudence pénale doit être recherchée aussi au niveau des juridictions militaires), d'un côté, et les tribunaux spécialisés, de l'autre, la spécificité étant que si les juridictions militaires sont généralisées, les tribunaux spécialisés - qui sont compétents en matière commerciale *lato sensu* - ont une existence aléatoire, car il se peut qu'un tribunal spécialisé existe ou que ses fonctions soient remplies par le tribunal de grande instance (donc la jurisprudence commerciale doit être recherchée au niveau des tribunaux spécialisés et des tribunaux « ordinaires ») ; par rapport à des divers critères (la qualité du justiciable, la valeur du litige, etc.), la même institution juridique (pénale, civile, administrative) peut faire l'objet d'une jurisprudence provenant des juridictions de première instance différentes. En France, la complexité caractérise à la fois la justice (les tribunaux de proximité, les tribunaux judiciaires, les tribunaux de police, les tribunaux correctionnels, les cours criminelles départementales, les cours d'assises, les cours d'assises d'appel, la Cour de cassation, mais aussi des juridictions spécialisées - les tribunaux de commerce, les conseils des prud'hommes, les tribunaux paritaires des baux ruraux - ou spéciale - la Cour de justice de la République) et la juridiction administrative, même si moins complexe (les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel, le Conseil d'État, mais aussi des juridictions spécialisées - la Cour nationale du droit d'asyle, la Cour des comptes).

Quinto, afin d'identifier la jurisprudence utile pour une recherche comparative, il est important de connaître l'existence des juridictions qui peuvent exister en dehors d'un ordre juridictionnel (comme c'était le cas en Roumanie de la Cour de comptes, qui avait jadis des attributions juridictionnelles en matière financière, ou comme c'est toujours le cas des deux sections du Conseil supérieur de la magistrature, qui sont des juridictions administratives en matière disciplinaire), ainsi que l'existence des juridictions non-étatiques (comme les cours d'arbitrage commercial, les juridictions disciplinaires ordinaires ou les tribunaux religieux dans un régime de séparation entre l'État et les cultes religieux), dont la jurisprudence doit être étudiée si la matière est justiciable devant elles.

La complexité juridictionnelle va de pair avec une hiérarchie à laquelle les juridictions sont soumises entre elles.

B. La hiérarchie juridictionnelle

La hiérarchie juridictionnelle⁷ est importante pour identifier la jurisprudence pertinente pour la recherche comparative.

Primo, par rapport à l'objet de la recherche, il s'avère nécessaire de trouver soit la jurisprudence *stricto sensu* (les solutions juridictionnelles, en tant que source du droit national), soit des informations de pratique juridictionnelle (e.g. : la prépondérance d'un certain type d'infractions, les secteurs économiques les plus touchés par la faillite, l'état disciplinaire de la magistrature, la composition des jurys populaires par région, la sévérité des peines pour une certaine d'infraction). Dans cette perspective, il est nécessaire de savoir quelles sont les juridictions de fond (de première instance, comme d'appel) et quelles sont les juridictions qui ne statuent qu'en droit (en cassation), ainsi que les particularités des voies de recours. Certes, il se peut qu'une juridiction statue (dans des matières différentes) à la fois en première instance, en appel et en cassation (comme les tribunaux de grande instance, les cours d'appel et la Haute Cour de cassation et de justice en Roumanie) ou que leur nom ne correspond pas (entièrement) à leurs fonctions (en Roumanie, les cours d'appel statuent non seulement comme juridictions d'appel, mais aussi comme juridictions de première instance et comme juridictions de cassation, et la Haute Cour de cassation et de justice statue non seulement comme juridiction de cassation et comme juridiction de première instance, mais aussi comme juridiction d'appel). En outre, il faut comprendre les caractéristiques des voies de recours (si c'est une voie dévolutive ou pas, si c'est une voie uniquement en droit, etc.), afin de savoir, par rapport aux juridictions compétentes, quelles sont celles susceptibles d'adopter des décisions judiciaires pertinentes pour l'objet de la recherche comparative.

Secundo, il faut déterminer quelle/s est/sont la/les cour/s suprême/s de l'État⁸, car ce sont les cours suprêmes qui génèrent en principe la jurisprudence utile pour les recherches comparatives, qu'il s'agit d'une seule cour suprême (la Cour suprême aux États-Unis, la Haute Cour de cassation et de justice en Roumanie) ou de deux (la Cour de cassation et le Conseil d'État en France), voire de plusieurs cours suprêmes (la Cour

⁷ Voir aussi : David, Jauffret-Spinosi, *op. cit., supra*, note 2, pp. 109-110 ; Fromont, *op. cit., supra*, note 4, p. 20; Laithier, *op. cit., supra*, note 1, p. 40.

⁸ Voir aussi : Laithier, *op. cit., supra*, note 1, pp. 41 et 43.

fédérale de justice, le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fiscal fédéral, le Tribunal fédéral du travail et le Tribunal social fédéral en Allemagne). Il se peut qu'un État comporte deux cours suprêmes, distinctes non pas par un critère *ratione materiae*, mais par rapport au système de droit qu'elles appliquent (au Royaume-Uni, la Cour suprême du Royaume-Uni est la cour suprême pour les cours de l'Angleterre et des Pays de Galles et pour les cours de l'Irlande du Nord, ainsi que pour les cours de l'Écosse, mais, pour ces dernières, seulement en matière civile et dans certaines matières pénales, tandis que pour les cours de l'Écosse la cour suprême dans la plupart des matières pénales est la Haute Cour de justice). L'identification de la cour suprême doit éviter le risque déterminé par une terminologie qui peut tromper un juriste habitué avec sa propre terminologie juridique nationale (la Haute Cour de cassation et de justice est la cour suprême en Roumanie, mais ce n'est pas le cas de la Haute Cour de justice en Angleterre, dont les décisions sont susceptibles d'un appel devant la Cour d'appel d'Angleterre et des Pays de Galles ; en République des Seychelles, les décisions de la Cour suprême sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel, donc la cour suprême de l'ordre juridictionnel unique de cet État n'est pas la Cour suprême, mais la Cour d'appel).

Tertio, le juriste doit faire attention à ne pas considérer comme une cour suprême une juridiction qui peut se trouver au sommet d'un système juridictionnel (comme la Cour des comptes en France) ou qui peut avoir un caractère unique (la Cour de justice de la République en France, le Conseil supérieur de la magistrature en Roumanie), car les solutions de ces juridictions sont censurables par une autre juridiction, qui est la véritable cour suprême (sont des cours suprêmes, en France, le Conseil d'État par rapport à la Cour des comptes en tant que juridiction financière et la Cour de cassation par rapport à la Cour de justice de la République en tant que juridiction pénale et, en Roumanie, la Haute Cour de cassation et de justice par rapport au Conseil supérieur de la magistrature en tant que juridiction disciplinaire pour les magistrats). Ainsi étant, pour connaître la jurisprudence visant une institution juridique particulière, il ne fait pas se contenter de faire des recherches juste au niveau de la Cour des comptes (en France), de la Cour de justice de la République (en France) ou du Conseil supérieur de la magistrature (en Roumanie), mais il faut élargir le champ de recherche à la cour suprême qui contrôle les juridictions respectives, à savoir, dans ces exemples, le Conseil d'État (en France), la

Cour de cassation (en France) ou la Haute Cour de cassation et de justice (en Roumanie).

Quarto, il n'est pas sans intérêt de déterminer l'existence d'une éventuelle juridiction de régulation entre les cours suprêmes, l'exemple illustratif étant celui du Tribunal des conflits en France, qui en principe tranche les conflits de compétence entre les juridictions judiciaires et administratives, mais qui statue aussi sur le fond en cas de déni de justice.

Quinto, il est essentiel, pour une correcte utilisation de la jurisprudence étrangère dans une recherche scientifique basée sur la méthode comparative, de déterminer si l'État en question dispose ou non d'un/e cour / tribunal / conseil constitutionnel/le⁹ et, dans l'affirmatif, d'établir ses rapports avec la/les cour/s suprême/s, y compris la modalité de saisine et l'autorité des décisions constitutionnelles pour les juridictions ordinaires. Il ne faut pas oublier que la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle ne se limite pas aux matières du droit constitutionnel, mais elle vise la législation nationale dans tous les domaines, donc un chercheur qui analyse dans une perspective comparatiste une institution hors du droit constitutionnel n'est pas dispensé à faire des recherches dans la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle. Il faut aussi faire attention aux particularités nationales qui peuvent être très différentes de la situation que le chercheur connaît de son propre droit national. Par exemple, en République des Seychelles, il existe la Cour constitutionnelle, mais elle est intégrée à la Cour suprême (toute formation judiciaire collégiale de la Cour suprême qui statue en matière d'application, de violation ou d'interprétation de la Constitution représente la Cour constitutionnelle), sans oublier que les décisions de la Cour suprême (*eo ipso*, les décisions de la Cour constitutionnelle) sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel, cette dernière étant la cour suprême de l'ordre juridictionnel unique, la Cour constitutionnelle étant intégré à cet ordre juridictionnel unique et ses décisions étant censurées par la Cour d'appel.

La hiérarchie juridictionnelle est donc indissociable de la complexité juridictionnelle.

⁹ Voir aussi : Giles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 42-43 ; David, Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 110.

On constate donc que l'analyse correcte de la jurisprudence dans l'étude du droit étranger, dans le cadre d'une recherche faisant appel à la méthode comparative, impose, afin d'identifier la jurisprudence pertinente, de connaître le système juridictionnel national étranger dans sa complexité et sa structuration hiérarchique.

2. Les particularités substantielles de la jurisprudence

Une fois identifiée la jurisprudence pertinente, le juriste qui fait des recherches comparatives doit également utiliser correctement cette jurisprudence, en connaissant sa portée (A) et la modalité de la comprendre par rapport au style de motivation des décisions judiciaires (B).

A. La portée de la jurisprudence

La portée de la jurisprudence étrangère, utilisée dans les recherches comparatives, dépend d'une multitude de facteurs.

Primo, le chercheur doit très bien maîtriser la question de la position de la jurisprudence en tant que source de droit dans l'ordonnement juridique national en question¹⁰. Certes, les solutions jurisprudentielles, en tant que précédent judiciaire, sont la plus importante source de droit dans le système de droit anglo-saxon, tandis que son rôle est plus faible dans le système de droit romano-canonique ou dans d'autres systèmes juridiques. En même temps, il sera absurde de dire que le droit anglo-saxon ne connaît pas les lois ou que le droit romano-canonique nie toute valeur de source de droit à la jurisprudence. Toutefois, afin d'étudier une institution juridique étrangère, il faut commencer par la jurisprudence si elle fait partie d'un droit national appartenant au système anglo-saxon, puis passer à l'analyse de la loi, tandis que, pour une institution d'un droit national du système romano-canonique, la recherche débute par la loi et ce n'est qu'après qu'on étudie la modalité dont la loi est interprétée dans la jurisprudence. Il est aussi évident que, même s'il s'agit du système anglo-saxon, chaque droit national appartenant à ce système peut avoir ses propres particularités quant au rôle de la jurisprudence.

¹⁰ Voir aussi : Cuniberti, *op. cit., supra*, note 9, pp. 44-46, 80-93 et 153-160 ; David, Jauffret-Spinosi, *op. cit., supra*, note 2, p. 106 ; Fromont, *op. cit., supra*, note 4, p. 62.

Secundo, il faut être très nuancé même à l'intérieur d'un seul droit national, car le rôle de la jurisprudence peut s'avérer différent d'une branche de droit à l'autre. En général, la constitution nationale est un acte assez court et rédigé dans des termes assez généraux, donc le rôle de la jurisprudence constitutionnelle est très important. En France, la position de la jurisprudence n'est pas la même en droit civil (un droit d'origine législative, la codification napoléonienne) qu'en droit administratif (un droit d'origine jurisprudentielle¹¹, ses grands principes étant posés par le Conseil d'État afin de le distinguer des principes du droit civil, en créant ainsi un régime juridique exorbitant). L'importance de la jurisprudence du Conseil d'État pour le droit administratif français est plus élevée que celle de la jurisprudence de la Cour de cassation pour le droit civil français, distinction qu'un juriste qui étudie le droit français comme droit étranger ne peut pas ignorer.

Tertio, le chercheur doit tenir compte du fait que la portée de la jurisprudence nationale dépend de la juridiction qui l'a générée, la plus importante étant la jurisprudence des cours suprêmes nationales, vu que c'est le rôle d'une cour suprême d'assurer l'uniformité de la jurisprudence et l'application correcte du droit par les juridictions inférieures¹².

Quarto, même s'agissant d'une seule et même cour suprême, il est nécessaire de savoir si elle ne rend que des décisions judiciaires dans des affaires déterminées ou s'il existe des mécanismes d'un contrôle abstrait des interprétations judiciaires inférieures ou des mécanismes d'une interprétation *in abstracto* de la loi, comme une question préjudicielle (provenant des juridictions inférieures) ou un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Si c'est la deuxième solution qui est retenue par le droit national, ce sont les solutions jurisprudentielles de principe qui ont une force juridique supérieure à celles d'espèce et parfois le droit national impose leur publication officielle et leur reconnaît une force *erga omnes*¹³.

Quinto, si une juridiction constitutionnelle existe, l'analyse du droit étranger de nature jurisprudentielle, pour être scientifique, doit respecter les rapports de force entre la jurisprudence constitutionnelle (et - en

¹¹ Voir aussi : David, Jauffret-Spinosi, *op. cit.*, *supra*, note 2, p. 115.

¹² *Ibid.*, p. 114.

¹³ *Ibid.*, pp. 115-116.

principe - sa valeur *erga omnes*¹⁴) et la jurisprudence de la / des cour/s suprême/s.

Ce n'est donc qu'en connaissant correctement la portée de la jurisprudence (et de chaque type de jurisprudence) dans le droit étranger étudié que le chercheur peut correctement comprendre l'institution juridique formant l'objet de son analyse comparative.

B. Le style de la motivation judiciaire

En dehors de la portée à caractère général de la jurisprudence nationale, le juriste qui étudie le droit étranger jurisprudentiel doit être capable de lire et d'interpréter correctement les décisions judiciaires, donc de connaître de style particulier de motivation¹⁵, c'est à dire à la fois les méthodes d'interprétation utilisées par le juge national et la forme de rédaction des décisions judiciaires.

Primo, il faut savoir que le style de rédaction des juges de droit anglo-saxon est différent du style de rédaction des juges du droit romano-canonique, donc la lecture des solutions jurisprudentielles rendues dans un système ne peut pas être correctement faite suivant la grille d'analyse propre à un autre système.

Secundo, le style de rédaction des décisions judiciaires d'une cour suprême est différent du style de rédaction des juridictions inférieures, car une cour suprême, de par son rôle, doit éclairer les juridictions inférieures sur l'interprétation du droit. Dans les États qui connaissent deux cours suprêmes, la compréhension correcte du droit jurisprudentiel étranger implique la connaissance du style différent de rédaction - par exemple, en France, le style de rédaction utilisé par le Conseil d'État est différent de celui de la Cour de cassation. Même au sein d'une cour suprême, la rédaction des solutions de principe, rendues *in abstracto* (dans des procédures comme la question préjudicielle ou le pourvoi dans l'intérêt de la loi), est plus centrée sur l'argumentation détaillée de la solution en droit que les décisions judiciaires de la même juridiction suprême statuant sur des affaires déterminées.

¹⁴ *Ibid.*, p. 115.

¹⁵ Voir aussi : Cuniberti, *op. cit., supra*, note 9, p. 47 ; David, Jauffret-Spinosi, *op. cit., supra*, note 2, p. 113 ; Zweigert, Kötz, *op. cit., supra*, note 1, p.123.