

Deuxième conférence

Objectifs, méthodes et usages du droit comparé

Mercredi
8 juillet 2015
(17h-30 – 19h30)

Conseil d'État
Salle
d'Assemblée
générale

Dossier du participant

Le modérateur :

- **Bernard Stirn**,
président de la section du
contentieux du Conseil d'État

Les intervenants :

- **Ronny Abraham**,
président de la Cour
internationale de justice
- **Mitchel Lasser**,
professeur de droit à l'université
Cornell
- **Sylvaine Poillot Peruzzetto**,
professeur agrégé des
universités, conseiller en service
extraordinaire à la Cour de
cassation

Présentation de la conférence *Objectifs, méthodes et usages du droit comparé*

Le droit comparé et la fonction de juger

1. Les raisons du recours au droit comparé par le juge

Le droit comparé connaît, depuis quelques années, un renouveau qui l'a notamment conduit à dépasser les frontières de l'université. Les différents acteurs de l'élaboration et de l'application de la règle de droit y recourent de manière croissante, comme en témoigne la pratique des différentes juridictions nationales et en particulier celle des cours suprêmes, ainsi que celle des juridictions européennes et internationales. Le droit comparé constitue, en effet, aujourd'hui, l'un des instruments dont le juge dispose pour nourrir sa réflexion, et son

usage au sein des juridictions est de plus en plus ouvertement assumé.

La seule curiosité intellectuelle ne suffit pas à expliquer que le juge national se montre prêt, sinon « à céder devant une rationalité étrangère »¹, du moins à s'appuyer sur elle. Cette évolution s'explique plutôt par une transformation profonde de son office. Le juge tend à apparaître désormais comme une sorte « de gendarme de l'internationalisation »² dans un ordre juridique national-mondialisé au sein duquel la loi nationale, concurrencée par d'autres normes de provenances diverses, ne s'impose plus comme le principal mécanisme de régulation sociale³. Ainsi, alors que le législateur perd sa place traditionnellement centrale, le juge auquel il appartient d'interpréter cette multiplicité de normes

¹ Lord Goff cité par Horatia Muir-Watt, in « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 52 n° 3, juillet-septembre 2000 p. 526.

² Marie-Claire Ponthoreau in « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AIDA* 2006 p. 21

³ D'après les auteurs cités par Marie-Claire Ponthoreau (cf. supra note 2), on assisterait au « remplacement du modèle traditionnel de Kelsen au profit d'un espace normatif hétérogène centré autour des juges : un ordre juridique pluraliste, coopératif organisé en réseau ».

prend de plus en plus d'importance et son nouveau rôle le conduit, très naturellement, à prendre en compte le droit comparé dans son raisonnement.

En exposant le juge au droit étranger, la mondialisation, par la multiplication des situations comportant des éléments d'extranéité qu'elle implique, l'avait d'ores et déjà préparé à accueillir l'argument comparatiste. En parallèle, la nécessité d'apporter des réponses juridiques aux problèmes posés par les nouvelles technologies a mis le juge national aux prises avec des questions inédites, pour la résolution desquelles un tour d'horizon comparatiste pouvait s'avérer fructueux. Par ailleurs, contraint par la montée en puissance de la protection des droits fondamentaux d'interpréter des notions imposant des choix moraux, sociétaux et politiques, il a trouvé un certain réconfort à constater que ses questionnements étaient partagés par ses homologues étrangers et à examiner les solutions qu'ils avaient adoptées. Enfin, le droit européen a ouvert un champ particulièrement propice à la comparaison des droits, d'une part parce que les États qui y sont soumis se sont engagés à œuvrer dans une direction commune, mais également parce que le corpus de normes qui le constitue amalgame des concepts issus des divers droits nationaux des États membres.

Dans ce contexte, le juge, et en particulier le juge suprême, se trouve inséré dans un dialogue avec ses homologues à l'étranger, qui passe par une attention croissante portée à la chose jugée par ces derniers. Le juge national ne se borne pas à emprunter des solutions retenues par d'autres juridictions, à s'en inspirer ou à les transposer telles quelles dans son ordre juridique. Il enrichit en outre sa réflexion en participant à un véritable échange intellectuel. Il ne s'agit pas seulement de faire sienne, le cas échéant, la règle positive étrangère mais également de se familiariser avec le raisonnement qui se trouve à son origine et avec le contexte social et économique dans lequel une telle norme a été construite.

2. Les modalités du recours au droit comparé par le juge

Regardant de plus en plus fréquemment au-delà des frontières, le juge intègre dans son raisonnement des éléments de droit comparé lorsqu'il se trouve face à une situation inédite ou particulièrement délicate, ou encore pour évaluer le degré de convergence entre sa solution et celles retenues par les États qu'il choisit comme étalons de référence. Ce

faisant, l'exercice de comparaison lui permet de conforter le bien-fondé de sa décision et est, le cas échéant, susceptible de constituer un argument à l'appui de la solution retenue ou de fournir un aperçu des conséquences qui peuvent en découler en examinant sa mise en œuvre dans les ordres juridiques étrangers considérés.

Le droit comparé est donc, à l'heure actuelle, généralement reconnu comme l'un des instruments dont le juge dispose dans sa « boîte à outils ». Néanmoins, ce serait une erreur de sous-estimer l'ampleur de la controverse qui entoure désormais la méthodologie de la comparaison judiciaire. D'une certaine façon l'opposition de principe à l'utilisation de l'exemple étranger s'est déplacée sur le terrain plus subtil de la démarche à suivre, qui revêt en dépit de sa technicité apparente un caractère hautement politique⁴. Le débat porte notamment sur les modalités de l'utilisation du droit comparé et, en particulier, sur la sélection des systèmes juridiques à consulter et sur le poids à accorder aux informations tirées de leur observation dans le processus d'élaboration d'une décision juridictionnelle. La réponse varie grandement selon les juridictions qui se livrent à de telles comparaisons.

L'exemple de la Cour suprême canadienne illustre une utilisation extensive du droit comparé⁵. En effet, selon une étude menée par Peter McCormick, les jugements de la Cour suprême du Canada entre 2000 et 2009 contiennent 1 500 références de droit comparé, un chiffre qui représente un dixième du corpus de sources utilisées⁶. Pour leur part, sans exploiter les sources étrangères de manière aussi fréquente, les cours britanniques et allemandes en font également usage dans leurs décisions. Par exemple, dans sa décision *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*⁷, la *House of Lords*, sous la plume de Lord Bingham, s'est engagée dans une analyse de droit comparé sur une question de lien de causalité, en matière de responsabilité, dans un contexte d'exposition à l'amiante. En

⁴ 539 US, 123 S Ct 2472 *Lawrence v Texas* (dissent Justice Scalia).

⁵ On pourrait également citer la doctrine d'emploi du droit comparé par la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, analysé par Christa Rautenbach "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)." In: *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Court Judges* (Ed. Tania Groppi & Marie-Claire Ponthoreau) Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 186 – 208.

⁶ Peter McCormick, "Waiting for Globalization: An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations", *Ottawa Law Review* 41 (2009) 209-43.

⁷ [2002] UKHL 22.

Allemagne, dans son très commenté arrêt relatif aux OMT (*opérations monétaires sur titres*), la Cour constitutionnelle fédérale s'est référée aux dispositions constitutionnelles des autres États membres à l'appui de sa réflexion sur l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne⁸.

Même si l'usage du droit comparé n'était traditionnellement pas ouvertement reconnu dans les décisions des juridictions françaises et italiennes, il semblerait que des éléments de droit comparé aient tout de même trouvé une place dans le raisonnement des magistrats. Selon les propos de Guy Canivet, « *en France, la Cour de cassation et les autres juridictions sont structurellement contraintes, par le style d'écriture traditionnel de l'arrêt à phrase unique et l'impossibilité de l'explication interprétative de la règle, à ne pas se référer expressément aux droits étrangers dans le corps même de l'arrêt* »⁹. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'on en trouve des marques dans la motivation même des décisions du Conseil d'État. Par exemple, dans une affaire portant sur les limites d'âge applicables aux contrôleurs aériens, le Conseil d'État a récemment et inclus une référence au droit comparé dans le corps d'une décision¹⁰. Cependant, par les conclusions des premiers avocats généraux et avocats généraux à la Cour de Cassation¹¹ et des rapporteurs publics au Conseil d'État, l'utilisation du droit comparé devant ces institutions devient de plus en plus fréquente et appuyée. En Italie, la Cour constitutionnelle ainsi que la Cour de cassation ont notamment utilisé les ressources du droit comparé en matière d'unions civiles et ont mis en évidence la position isolée du droit italien – qui ne connaît d'autres formes d'unions que le mariage.

L'exemple américain offre une perspective assez unique sur le débat entourant la

légitimité du droit comparé, car la querelle entre les partisans d'une approche restrictive par rapport au droit comparé et les tenants d'une position plus ouverte au recours à cet instrument n'est pas tranchée. De manière générale, les tenants des thèses les plus réticentes à l'utilisation du droit comparé par la Cour Suprême fédérale justifient leur position par leur attachement à l'*originalism* constitutionnel comme technique d'interprétation de la Constitution, ainsi que par un souci de protéger la souveraineté américaine. À l'inverse, les partisans de l'utilisation du droit comparé estiment que les États-Unis ont tout à gagner à un dialogue juridique nourri au niveau international. C'est ainsi que Ruth Bader Ginsburg, juge de la Cour suprême depuis 1993, a pu considérer que le système juridique américain se trouverait appauvri si la Cour suprême refusait de se nourrir des expériences d'autres systèmes juridiques ancrés dans des valeurs de démocratie similaires aux valeurs américaines¹². Il arrive ainsi que la Cour suprême des États-Unis mentionne, à l'appui de ses raisonnements, des décisions rendues par des cours étrangères. Par exemple, dans sa décision *Roper v. Simmons*¹³ jugeant inconstitutionnelle l'application de la peine de mort à des crimes commis par des individus mineurs, la Cour a relevé que les États-Unis étaient le seul pays continuant à appliquer la peine de mort dans ce contexte. Elle s'est également référée à l'article 37 de la convention internationale des droits de l'enfant, notant que les États-Unis et la Somalie constituent les deux seuls pays n'ayant pas ratifié la convention.

L'usage que le juge fait du droit comparé diffère de celui qu'en fait l'universitaire en ce que son approche est essentiellement tendue vers la résolution d'un litige. La recherche de droit comparé à laquelle procède le juge vise, en effet, « *à identifier dans le droit étranger la réponse juridique apportée à un problème individuel ou social. À identifier les éléments de contexte qui peuvent avoir milité pour l'adoption de cette solution. À mettre en miroir les deux solutions. À voir quels enseignements la solution étrangère peut apporter pour la résolution du problème national* »¹⁴.

S'intéresser à la manière dont le juge aborde l'analyse comparatiste implique également

⁸ BVerfGH Décision 2 BvE 13/13 du 14 janvier 2014, § 30.

⁹ Guy Canivet, « The practice of Comparative Law by the Supreme Courts », in B. Marquesinis, J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of Inspiration?*, UCL Press, 2006, p. 309, à la page 317.

¹⁰ Il s'agit de la décision rendue par l'assemblée du contentieux le 4 avril 2014, n°s 362785 et autres, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. L., Lebon* p. 63. Une première référence au droit comparé – en l'occurrence à un arrêt de la *High Court of Justice* britannique – figurait dans une ordonnance du juge des référés en 2003, pour justifier qu'un moyen soit regardé comme de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'acte administratif contesté (CE, Juge des référés, 29 octobre 2003, *Société Techna S.A. et autres*, n° 260768, Lebon p. 422)

¹¹ Par exemple, dans l'affaire Perruche (Ass. Pl. 17 nov 2000), la Cour de Cassation se déclarait pour la première fois favorable à l'indemnisation d'un enfant pour le fait d'être né handicapé. Les références aux expériences allemandes et américaines figurent dans les conclusions de l'avocat général Sainte-Rose.

¹² Martha Minow, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, 2010, http://www.harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/

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

¹⁴ Rodolfo Sacco cité par Horatia Muir Watt (*op. cit.* p. 504).

d'examiner les instruments dont il dispose pour ce faire.

L'influence croissante des solutions étrangères s'explique en tout premier lieu par les possibilités croissantes offertes par l'Internet d'accéder à la législation d'autres États ainsi qu'à une grande partie des décisions de leurs juridictions.

Lire une décision étrangère ne constitue pas pour autant une démarche comparatiste. La recherche de droit comparé présente un certain nombre d'écueils qui ne tiennent pas uniquement au niveau de langue du lecteur et justifient que le juge, s'il ne dispose pas d'une formation spécifique, fasse appel à l'assistance de personnels spécialisés. Ces derniers doivent-ils être des comparatistes ou des juristes spécialisés dans un droit étranger ? Si « *le comparatiste et le juriste spécialisé sur un droit étranger font le même travail* »¹⁵ leur objectif diverge en ce que le comparatiste « *ne cherche pas tant à étudier le droit étranger qu'à porter un autre regard sur son propre droit* »¹⁶.

Cette distinction n'est toutefois opérante que si le but de l'utilisateur du droit comparé est bien d'enrichir sa réflexion et non de trouver exclusivement dans le droit étranger une forme de validation de la solution qu'il a, d'ores et déjà, retenue. La formulation de la question qui ouvre la recherche déterminera la finalité poursuivie.

Un réel enrichissement de la réflexion suppose en outre que soit surmonté un certain nombre de difficultés inhérentes à la recherche de droit comparé. Le premier écueil réside dans l'identification des mots-clefs à utiliser. Celle-ci présuppose d'aller au delà d'une simple traduction, puisqu'il s'agit de retranscrire la question que se pose le juge dans un système de droit qui repose sur un terreau historique, social et économique différent. Cette démarche implique de se dépouiller un peu de sa propre culture juridique pour avancer dans le plus simple appareil possible vers celle que l'on souhaite interroger¹⁷. Outre le danger de ne voir la signification des concepts étrangers qu'à travers le prisme de sa propre culture, on peut également être tenté de ne retenir du système étudié que ce qui est intelligible, parce que déjà familier.

¹⁵ Marie-Claire Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 1, 2005, p. 10.

¹⁶ *Ibid* p. 10.

¹⁷ Otto Pfersmann donne pour exemple la phrase « *The President enjoys immunity* »¹⁷ qui peut prendre des acceptions différentes selon le système constitutionnel du pays et selon que l'on entend « *immunity* » comme privilège de juridiction ou comme impunité.

La restitution des résultats de la recherche impose également des choix dont certains sont à peine conscients : gommer les dissemblances ou insister sur ce qui est différent¹⁸. Ainsi que cela a été souligné le comparatiste ne fait pas l'exposé des choix qui ont été les siens¹⁹. A ce premier filtre s'ajoutera celui du juge qui décidera si la recherche est utile et choisira d'en retenir les éléments qu'il jugera pertinents. Selon l'importance qu'il lui accordera le statut de l'argument de droit comparé oscillera « *between optionnal and compulsory* », entre le dernier cri de la mode de printemps, dont parlait Georges Vedel²⁰, et un outil pragmatique et indispensable dans un ordre juridique mondialisé

Biographies des intervenants

■ Bernard Stirn

Bernard Stirn est le président de la section du contentieux du Conseil d'État depuis 2006. Licencié en droit, diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'ENA, Bernard Stirn a intégré le Conseil d'État en 1976. Il a notamment exercé les fonctions de commissaire du Gouvernement et d'assesseur à la section du contentieux, avant d'être nommé président de la 7ème sous-section en 1998, puis président adjoint de la section en 2002. Bernard Stirn a par ailleurs été directeur du cabinet du secrétaire d'État auprès du ministre de l'Éducation nationale, rapporteur adjoint auprès du Conseil constitutionnel, commissaire du Gouvernement au Tribunal des conflits puis membre de ce Tribunal. De 1991 à 1995, il a été le secrétaire général du Conseil d'État. Bernard Stirn est professeur associé à l'Institut d'études politiques de Paris et président du conseil d'administration de l'Opéra national de Paris. Il coordonne les enseignements juridiques à l'ENA. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, en particulier *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, *Les libertés en questions*, *Vers un droit public européen* et, en collaboration avec Yann Aguila, *Droit public français et européen*.

¹⁸ R. B. Schlessinger cité par Marie-Claire Ponthoreau (cf. note 13).

¹⁹ Marie-Claire Ponthoreau (cf supra note 13).

²⁰ In « *Souveraineté et supraconstitutionnalité* », *Pouvoirs* n° 67, 1993, p. 96.

■ Ronny Abraham

Ronny Abraham est le président de la Cour internationale de justice depuis février 2015. Diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, titulaire d'un DES en droit public et ancien élève de l'ENA, il débute sa carrière comme conseiller au tribunal administratif de Versailles (1978-1985), avant d'être nommé sous-directeur des droits de l'homme à la direction juridique du ministère des affaires étrangères. En 1988 il intègre la section du contentieux du Conseil d'État, où il exerce notamment les fonctions de commissaire du Gouvernement. Il a également été membre puis président (1987-1989) du comité d'experts du Conseil de l'Europe pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme, et président du Comité consultatif mixte de l'Organisation de coopération et de développement économiques (1994-1998). En 1998, Ronny Abraham est nommé directeur des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères. Il est parallèlement professeur de droit international à l'Institut d'études politiques de Paris (jusqu'en 1998), professeur associé à l'Université de Paris 10 Nanterre (1997-2003) et professeur associé à l'Université de Panthéon-Assas (2004-2005). Il est l'auteur de nombreux articles parus dans des revues juridiques. En 2005 il est désigné juge à Cour internationale de justice, dont il est élu président en 2015.

■ Mitchel Lasser

Mitchel Lasser est titulaire de la chaire Jack G. Clarke en droit et directeur des études doctorales à *Cornell Law School*, où il codirige la session d'été de droit international et comparé à Paris. Ses recherches se portent sur le droit comparé, le droit européen, le droit constitutionnel comparé et la théorie et la pratique de la prise de décision judiciaire. Il est diplômé de *Yale University* (B.A., 1986 ; M.A. littérature française, 1990 ; Ph.D. littérature comparée, 1995) et de *Harvard Law School* (J.D. 1989). Il a été bénéficiaire d'une bourse Fulbright en 1993-1994 afin de poursuivre en France des recherches sur le système judiciaire français. Il a enseigné à l'université de Paris I, l'université de Lausanne, l'université de Genève, la *NYU School of Law*, Sciences Po, l'université de Paris V, et l'université Católica de Lisbonne. Il a été « *Fulbright Distinguished Visiting Chair* » à l'Institut universitaire européen de Florence et « *Maurice R. Greenberg Visiting Professor* » à *Yale Law School*. Ses principaux ouvrages, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* et

Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe sont publiés par Oxford University Press. Ses principaux articles sont parus dans *Harvard Law Review*, *Yale Law Journal*, *Cornell Law Review*, *Cardozo Law Review*, *American Journal of Comparative Law*, la *Revue trimestrielle de droit civil*, les *Archives de philosophie du droit*, et *Theoretical Inquiries in Law*.

■ Sylvaine Poillot Peruzzetto

Docteur en droit (université de Paris 2), agrégée des universités, titulaire d'une licence en lettres modernes et d'une licence en psychologie, Sylvaine Poillot Peruzzetto a commencé sa carrière comme avocate, à Paris puis au Royaume-Uni (Londres et Southampton) de 1985 à 1989. Elle est par la suite devenue juriste d'entreprise, au département « droit européen et international » du service juridique de Michelin, de 1989 à 1992. Agrégée des universités, elle a été nommée en 1993 professeur à l'Université de Toulouse, où ses activités d'enseignement comme de recherche ont concerné le droit international privé, le droit de la concurrence, le droit du commerce international et le droit européen matériel. Fondatrice et directrice de l'école européenne de droit, elle a également exercé les fonctions de vice-présidente chargée des relations internationales. Elle est également co-fondatrice du groupe de recherche interdisciplinaire "Les amphis de l'Europe" et du groupe de recherche labellisé CNRS "Espace de liberté sécurité justice". Outre ses activités d'édition, elle est l'auteur d'ouvrages tels que le Guide pratique de la procédure civile anglaise (Litec), et Le droit communautaire appliqué aux entreprises (Daloz). Mme Poillot Peruzzetto est conseiller en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation depuis janvier 2015.

Bibliographie sélective

J. Bell, "Legal Research and the Distinctiveness of Comparative Law", in Van Hoeke (M.), *Methodologies of Legal Research*, Hart, 2013, p. 155.

G. Canivet, "The practice of Comparative Law by the Supreme Courts", in B. Markesinis, J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of Inspiration?*, UCL Press, 2006, p. 309.

D. Fairgrieve, "Using Comparative Law before the Courts" (Communication prononcée à l'école de droit de Yale en mars 2014).

B. Markesinis, J. Fedtke, *Judicial Recourse to Foreign Law. A new source of Inspiration?*, UCL Press, 2006.

P. McCormick, "Waiting for Globalization: An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations", *Ottawa Law Review* 41 (2009) 209-43.

M. Minow, *The Controversial Status of International and Comparative Law in the United States*, 52 *Harv. Int'l L.J.* Online 1 (2010),
http://www.harvardilj.org/2010/08/online_52_minow/.

H. Muir-Watt, « La fonction subversive du droit comparé » *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 52 n° 3, juillet-septembre 2000 pp 503-527.

O. Pfersmann, « Le droit compare comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* Vol. 53 n° 2 Avril-juin 2001 pp. 275-288.

M.-C. Ponthoreau, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006 p. 21.

M.-C. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 1-2005.

J. Rivero, Rapport final in *RIDC* Vol 41 n° 4, octobre décembre 1989 pp. 919-926.