

2022

L'Utilité Du Droit Comparé (The Utility of Comparative Law)

Vivian Grosswald Curran
University of Pittsburgh School of Law, vcurran@pitt.edu

Follow this and additional works at: https://scholarship.law.pitt.edu/fac_book-chapters

 Part of the [Civil Law Commons](#), [Comparative and Foreign Law Commons](#), [Courts Commons](#), [European Law Commons](#), [Evidence Commons](#), [Human Rights Law Commons](#), [International Trade Law Commons](#), [Judges Commons](#), [Litigation Commons](#), [Rule of Law Commons](#), and the [Transnational Law Commons](#)

Recommended Citation

Vivian G. Curran, *L'Utilité Du Droit Comparé (The Utility of Comparative Law)*, Actes du colloque des cent ans de l'institut Édouard Lambert (2022).

Available at: https://scholarship.law.pitt.edu/fac_book-chapters/29

This Book Chapter is brought to you for free and open access by the Faculty Publications at Scholarship@PITT LAW. It has been accepted for inclusion in Book Chapters by an authorized administrator of Scholarship@PITT LAW. For more information, please contact leers@pitt.edu, shephard@pitt.edu.

L'utilité du droit comparé

The Utility of Comparative Law

*Vivian Grosswald CURRAN*¹

Abstract

This essay was delivered as a keynote address to the conference to celebrate the 100th anniversary of the Institut Édouard Lambert at the University of Lyon. It argues for the usefulness of comparative law in today's world from a technical angle in the case of a U.S. legal example, and a more political one in the case of a European Court of Justice situation.

Key words : comparative law, foreign law, legal methodology, translation, international arbitration

L'intérêt que portait Lambert pour l'Amérique, ainsi, d'ailleurs que cet autre géant du droit comparé du XIXe siècle, Édouard Laboulaye, professeur au Collège de France, évoque pour moi le livre de la linguiste, Henriette Walter, titré *Honni soit qui mal y pense: l'incroyable histoire d'amour entre le français et l'anglais*.² Cette incroyable histoire d'amour embellit les débuts du droit français et américain et de leurs philosophies juridiques. Les deux pays, se frayant des

¹ Je tiens à remercier Olivier Moréteau et Frédérique Ferrand de m'avoir invitée à participer à la célébration des cent ans de vie de l'Institut Édouard Lambert.

² Robert Laffont, 2001.

chemins révolutionnaires au XVIIIe siècle, sont entrés dans une dynamique d'inspiration mutuelle quant à leurs sources théoriques.

Le thème de l'utilité du droit comparé aujourd'hui est d'autant plus vaste que les affaires dans lesquelles les juges se trouvent actuellement obligés de prendre connaissance de systèmes juridiques autres que les leurs ont connu un essor exponentiel dans les décennies récentes. Nous nous bornerons à commenter quelques temps forts à propos du droit aux États-Unis, avec juste un mot ou deux sur une affaire particulière du droit de l'Union européenne.

Ce que nous entendons par le *droit comparé* est un domaine encore très jeune aux États-Unis. Il fleurit surtout avec l'infusion des immigrés de l'Allemagne nazie et de l'Europe occupée pendant la deuxième guerre mondiale. Or, quand on pense aux comparatistes allemands et français en Europe, il s'agit d'une durée bien moins longue. Effectivement, le premier cours de droit comparé offert aux États-Unis sera la création du juriste germano-américain Rudolf Schlesinger qui lui-même eut une double formation juridique. Il avait pratiqué le droit en Allemagne jusqu'en 1939 avant de s'échapper de ce pays.³ Après avoir reçu son

³ V. Rudolf B. Schlesinger, *Memories*, (dir. U. Matei, A. Pradi, Trento, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche 2000).

diplôme de Columbia University il devient avocat aux États-Unis, et du fait d'avoir pratiqué le droit en Allemagne et aux États-Unis comprendra pour ainsi dire les deux systèmes de l'intérieur. Étant en quelque sorte devenu un comparatiste malgré lui, il aura un don tout particulier plus tard quand il deviendra professeur de droit comparé à l'Université de Cornell.

Aujourd'hui le juge américain (comme les juges partout dans le monde) se voit incontestablement obligé de plus en plus souvent de tenir compte du droit de l'autre. Les affaires se multiplient à vue d'œil où la transnationalisation du commerce donne lieu au moins à un argument de la part d'une partie que le droit d'un pays de droit civil s'applique, et où le juge doit comprendre si ce droit serait assez proche du droit domestique (à savoir du droit de l'Ohio ou de la Pennsylvanie, puisqu'il ne va que très rarement s'agir du droit fédéral) pour que puisse décider le juge d'appliquer son droit domestique.⁴

Alors que la Cour suprême signale que les tribunaux ne peuvent pas déclarer une affaire non-recevable sur l'unique fondement qu'elle exigerait l'application d'un droit étranger, ceci reste toutefois une *considération* en faveur

⁴ V. à ce sujet, V. Grosswald Curran, « « Federal Rule 44.1 : Foreign Law in U.S. Courts Today, 30 *Minnesota Journal of International Law* (à paraître, 2022).

d'une telle décision.⁵ Et cette Cour, et ce de la part de la juge Ginsburg, rappelle que le juge américain doit éviter de faire du droit comparé.⁶

Il existe pourtant dans le droit américain une règle de procédure civile qui explique comment le juge doit se conduire quand il a affaire au droit étranger, et cette règle, 44.1, a aujourd'hui un demi-siècle d'âge. Elle sert d'illustration à la fois de l'utilité du droit comparé et du fait qu'on l'ignore à ses risques et périls. Que fait cette règle ? Elle transforme le droit étranger d'une question de fait, que doit résoudre le jury, car le procès civil, à savoir non-pénal, est tranché par un jury aux États-Unis, en question de droit, que doit trancher le juge. Mais en ce faisant, par mégarde et sans doute sans aucune réalisation de la part des rédacteurs, la règle introduit dans le système *common-law*, un élément provenant du droit civil que le système ne peut pas digérer, ne peut pas mettre en pratique, et par conséquent la règle 44.1 deviendra très problématique et, somme toute, n'accomplira pas son objectif.

⁵ V. *Gulf Oil Corporation c. Gilbert*, U.S., 1947, t. 330, p. 501, où en l'occurrence il s'agissait du droit d'un autre état fédéré américain, *Piper Aircraft Co. C. Reyno*, U.S., 1981 t. 454, p. 255, 260 : « the need to apply foreign law ... *alone* is not sufficient to warrant dismissal ». (Nous soulignons).

⁶ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241, p. 243 (2004).

Si le but ne sera pas atteint c'est que le droit étranger ne sera pas traité comme question de droit parce que le juge *common-law* ne saura pas se conduire en juge civiliste. La règle 44.1 préconise un rôle actif pour le juge dès lors que se présente une question de droit étranger, rôle totalement inhabituel et inconnu pour le juge *common-law* qui laisse aux avocats le rôle de conduire le *trial*. S'il prend le devant c'est surtout pour décider de ce que pourra entendre le jury lors de l'audience (le *trial*) et pour régler tout ce qui concerne preuves et objections des avocats pendant cette même audience qui est le trial américain.

Aussi pour ce qui est du droit étranger, ce sont les parties qui continuent de l'établir en présentant leurs versions opposées dans ce système accusatoire où les experts en droit étranger n'appartiennent pas au tribunal mais aux parties, et ne seront embauchés par celles-ci que s'ils sont prêts à témoigner en faveur du client. Or, le dilemme de la règle 44.1 est qu'il s'agit une tentative inachevée d'insérer une idée de provenance civiliste dans un cadre où elle bouleverse les mécanismes du procès américain et de la méthodologie des précédents, de la *case-law*, dans la manière de statuer sur les faits et le droit.

Ce qui est d'autant plus remarquable est qu'il ne s'agit pas de deux systèmes de droit—mais plutôt des rédacteurs *common-law* de cette règle 44.1

qui se sont adressés au besoin urgent des juges américains de comprendre le droit étranger. Mais la solution qu'ils imposent met les juges dans une situation intenable qu'ils ne savent gérer et les amènent tout simplement à rejeter le droit étranger.⁷

Le système *stare decisis* a une force que quelqu'un a décrit comme étant pavlovienne.⁸ Les tribunaux américains ne font quasiment jamais leurs propres recherches en droit étranger, mais dans la mesure où ils laissent ce travail aux parties, dans le système accusatoire, où deux parties débattent devant un tribunal de première instance, il en va de la définition même d'une question de fait et *non* de droit, puisque ce genre de témoignage, sujet à la *cross-examination*, dépend, pour réussir, de la crédibilité supérieure de la partie gagnante. Beaucoup de tribunaux, malgré la règle 44.1, *exigent* que les parties prouvent le droit étranger. En outre, une doctrine bien établie veut que, si le juge américain estime que les parties n'ont pas satisfait à la charge de la preuve d'un droit étranger, les parties

⁷ Pamela K. Bookman, "Legal Isolationism", 67 *Stanford Law Review* 1081 (2015).

⁸ Arthur R. Miller, "Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine", 65 *Michigan Law Review* 613, p. 618 (1967).

sont réputées avoir accepté l'application du droit du for, peu importe si ce droit s'applique véritablement.

Alors qu'en France des équipes de comparatistes étayent le travail des juges, aux États-Unis le juge se trouve seul et sans aucun entraînement personnel en droit comparé, face à des experts partisans vers qui il reste souvent, et pour de bonnes raisons, sceptique. Or, à titre d'exemple, un juge a rejeté le rapport d'un expert espagnol en droit espagnol parce que le rapport ne s'était pas basé sur les affaires, les précédents, sans que le juge ne se demande si en l'espèce le système espagnol exigeait cela.⁹ Dans une autre affaire, un juge a également rejeté l'interprétation du droit allemand par un expert allemand parce que celui-ci n'avait pas cité de décision juridique.¹⁰ Le juge s'y est montré méprisant à propos d'autres sources citées qui, pourtant, faisaient autorité dans cet ordre juridique. La seule citation d'un article du Code semble totalement insuffisante au juge. Les juges rejettent aussi toute déclaration de la part d'experts qu'ils ont connaissance personnelle que l'affaire aboutirait d'une manière ou d'une autre dans leur système de droit, un juge dans une affaire critiquant ce genre de conclusion en ce

⁹ Carlisle Ventures , Inc. v. Banco Espanol de Credito, 176 F.3d 601, 605 (2d Cir. 1999).

¹⁰ Knight Capital Partners Corp. v. Henkel Ag & Co., 290 F. Supp. 3d 681, 689 (E.D. Mich. 2017).

qu'il manquerait du « concret ». ¹¹ Mais le concret, le particulier, le spécifique, sont les traits saillants de la *common law*, alors que le général, le déductif, sont ceux de l'analyse du droit civil.

Le problème pour les experts et les juges est un double problème de traduction et de communication. Les termes juridiques ne se traduisent pas vraiment entre ordres et systèmes juridiques. Même ce qui semble être assez basique, comme *procès et trial* ou *contrat et contract*, ont des divergences importantes. Il n'est pas rare que ni expert ni juge n'en ait conscience : du moment que le rapport de l'expert est en langue anglaise, chacun comprend le terme à partir du phénomène dans son propre système juridique.

L'autre barrière à la communication concerne la manière de rédiger le rapport de l'expert. L'expert a tendance à analyser de la façon qui serait persuasive dans son système de droit. Mais, par exemple, la citation d'articles de codes ne représentera pour un juge américain pas un raisonnement suffisant sans être étayé par nombre d'affaires juridiques les appliquant et les expliquant en détail. La règle 44.1 permet que les experts en droit étranger soient des

¹¹ *Twohy v. First Nat. Bank of Chicago*, 758 F.2d 1185 (7th Cir. 1985).

professeurs de droit américains. Ces experts sont le mieux placé pour s'adresser aux juges américains de façon à ce que ces derniers les comprennent, mais ils sont beaucoup moins bien placés pour comprendre le droit qu'ils expliquent dans son propre contexte, à moins que ce ne soient des comparatistes foncièrement immergés dans le droit de l'autre nation, ce qui par la force des choses signifie aussi la langue du pays, sa société, sa culture, son histoire, bref, tout ce réseau auquel le droit d'une nation appartient.

Dans une affaire où un juge évoquait la Règle 44.1, le juge disait qu'il avait le droit de déterminer le droit allemand dont il s'agissait puisque la Règle 44.1 lui donnait ce droit, ce qui était signifiant déjà sa volonté de prendre un rôle actif, comme l'espéraient les rédacteurs de la règle.¹² Mais alors il examina la loi allemande en appliquant les règles de construction *américaines*, et il conclut que la méthode de « *ordinary principles of statutory construction* » s'appliquaient en l'espèce, (pour lui les principes « *ordinary* » étaient les principes interprétatifs américains développés à partir de la *common law*) --- il ne lui venait pas à l'esprit que le droit allemand ayant ses propres règles en ce qui concerne l'interprétation des lois (et en l'espèce peut-être les plus évoluées du monde), que le législateur

¹² V. *Knight Capital Partners v. Henkel AG & Co.*, 290 F. Supp. 3d 681, p. 687 (E.D. Mich. 2017).

allemand aurait eu conscience du fait que cette loi serait soumise à une interprétation judiciaire qui s'accordait avec les règles d'interprétation allemandes.¹³ En l'occurrence, le juge américain a tiré la conclusion que la partie allemande n'avait pas compris sa propre loi de blocage et que le juge avait plein droit de lui imposer la *discovery* à l'américaine.

La règle 44.1 concerne un aspect du droit comparé assez technique, notamment la méthodologie de la *common-law*. Un thème bien lointain mais néanmoins assez préoccupant dans les années récentes peut servir aussi à démontrer le besoin et l'utilité du droit comparé. En Europe certains États membres, notamment la Hongrie et la Pologne, se sont éloignés de manière dramatique des valeurs fondamentales du Traité de Lisbonne. L'Europe a dû faire face au challenge de conserver un état de droit, défi s'avérant d'autant plus grand que son attention aux valeurs démocratiques des États membres se focalisaient sur la période antérieure à leur accession, ce que certains appellent le dilemme Copenhague. Mais depuis *l'affaire des Juges portugais*¹⁴, la CJUE a su relever le

¹³ V. *ibid.*, p. 689.

¹⁴ Associação Sindical dos Juizes Portugueses, ECLI:EU:C:2018:117 (27 fév. 2018).

défi et pour la première fois reconnaître le rôle qu'elle avait à jouer pour contrôler l'indépendance judiciaire à l'intérieur des États membres. Depuis cette affaire, la jurisprudence de la Cour s'est consolidée, ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

J'aimerais suggérer ce que j'entrevois comme un manque de droit comparé même de la part de cette cour dont la jurisprudence vis-à-vis de ce que certains nomment les démocraties illibérales est à féliciter. Il s'agit de l'affaire *Achmea*¹⁵, où la CJUE décide qu'un traité bilatéral d'investissement entre deux États membres européens violait le droit européen en ce qu'il était susceptible de soulever des questions de droit européen devant un tribunal arbitral international qui serait susceptible de ne pas les soumettre à la cour européenne. On pourrait voir dans cet arrêt qui a eu un très grand impact et a été beaucoup commenté une lacune de nature comparatiste. La Cour ne semble pas comprendre l'effet qu'elle aura dans ces pays où les pouvoirs judiciaires ne sont plus indépendants,

¹⁵ Cour de justice, arrêt du 6 mars 2018, affaire C-284/16, *Achmea* [GC].

où les juges n'ont plus recours à la CJEU.¹⁶ Pour eux, les tribunaux en droit d'arbitrage international, établis par le biais de TIB, étaient à peu près les dernières et les meilleures protections qui restaient pour la propriété privée dans ces États autocrates, car ces régimes sont connus pour l'expropriation.¹⁷ La Cour aurait pu trouver d'autres solutions pour maintenir sa suprématie, mais au contraire par la suite a étendu la signification *d'Achmea* en ce qui concerne le traité de la Charte de l'énergie avec l'affaire *Komstroy*.¹⁸

L'application pointue du droit comparé est à la fois utile et nécessaire pour la justice où que convergent systèmes, droits et parties de provenances différentes, c'est-à-dire, partout. Aussi un des défis que relève la mondialisation s'avère-t-il être un défi à la génération actuelle des comparatistes – notamment, savoir pénétrer dans cet espace blanc qui est la juste marge d'appréciation des

¹⁶ V. Dmitry Kochenov et N. Lavranos, "Rule of Law and the Fatal Mistake of Achmea: Could the Intra-EU BIT's Have Been the Last Hope for Justice in Captured Illiberal Member States?," https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3728663.

¹⁷ V. *ibid.*

¹⁸ ECLI:EU:C:2021:164, C-741/19.

juges pour bien traduire, car notre fonction est celle de la traduction et de la communication. Mais pour nous qui vivons cette incroyable histoire d'amour qu'ont vécue Lambert et tant d'autres dont nous sommes les héritiers, quelle joie que de connaître ce défi ! C'est la plus belle des opportunités qui soit pour le droit comparé face à nos démocraties à la fois chevronnées, mais, pour ce qui est du regard vers l'autre, encore jeune, comme à l'époque de Lambert.