

## COMMON LAW ET ANALOGIE

Par

Françoise GRIVART de KERSTRAT  
Maître de Conférences à la Faculté de Droit et de Science Politique  
d'Aix-Marseille

### INTRODUCTION

*"Analogy : identity or similarity of proportion : where there is no precedent in point, in cases in the same subject, lawyers have recourse to cases in a different subject-matter but governed by the same general principle. This is reasoning by analogy".*

L'idée de proportion donnée ici, dans la définition de l'analogie du dictionnaire de droit anglais de Earl Jowitt, renvoie au concept grec "analogon" qui est, comme nous le dit Michel Villey, le second des trois attributs du droit : le premier étant un "objet extérieur à l'homme" et le troisième : "un milieu entre deux extrêmes" (1).

Dans une approche plus générale, l'équivalent le plus proche du mot "analogy" donné dans l'*Oxford English Dictionary* et l'*Oxford Companion of Law*, est le terme "similarity", autrement dit : ressemblance. Mais il convient d'aller plus avant dans l'examen de ce que nous dit la seconde de ces sources : "Reasoning by analogy is reasoning that if the principle A applies to the case x and the present case is similar in all material respects to case x, principle A should apply to the present case also...". Il nous est indiqué ensuite que ce raisonnement est d'une utilisation très étendue dans le droit jurisprudentiel anglo-américain. David Walker continue en précisant que : "logiquement aucune analogie n'est contraignante ou n'aboutit à une solution obligatoire, mais que cela n'en est pas moins une façon courante de parvenir à une décision. Certes, -ajoute-il- ce raisonnement peut se heurter à l'objection qui fait valoir que le cas à juger ressemble autant sinon plus encore au précédent y, qu'au précédent x, le précédent y, ayant été tranché en vertu du principe B ; ou encore en vertu d'autres considérations, telle l'opportunité, l'équité etc... En réalité, l'analogie dépend de l'admission implicite ou de la prétention que le cas x, ou que le cas y, constituent, avec le cas à juger, des cas d'application d'un principe plus général".

De ces définitions une chose paraît certaine l'analogie joue un rôle important dans le fonctionnement de la théorie du précédent en droit anglo-américain. Mais si l'on veut observer de plus près comment opère l'analogie dans les systèmes de

(1) Villey M. Le Droit et les droits de l'homme, PUF p. 50 & 58.

*Common Law*, il faut alors se poser la question de ce que représente, dans ces systèmes, le concept de principe général.

Pour nous approcher de ce que l'on entend par principe général dans les systèmes de *Common Law*, nous aurons de nouveau recours à l'*Oxford Companion of Law*. "Les préceptes généraux -y trouve-t-on, sous l'intitulé : 'Principles of law'- qui servent de points de départ autorisés pour le raisonnement juridique, sont utilisés constamment et légitimement lorsque des espèces à juger soulèvent des questions pour lesquelles il n'y a pas de règle ("rule") particulière évidente ou suffisamment claire et certaine. En constituent des exemples le principe selon lequel un employeur doit prendre des précautions suffisantes pour assurer la sécurité de son employé ou bien le principe en vertu duquel une personne ne peut être tenue coupable d'un crime sans avoir eu l'intention de commettre un acte criminel. De tels principes englobent et expliquent de nombreuses règles et décisions particulières. Dans les systèmes de *Common Law* de tels principes sont inductivement élaborés par les juges à partir d'espèces particulières, ou par les auteurs de traités et autres ouvrages de la doctrine juridique. Les principes souffrent des dérogations et parfois des conflits entre eux ; en pareil cas la solution peut être trouvée grâce au recours à un principe plus général ou à un standard moral plus élevé.

La différence entre un principe et une doctrine juridique est souvent une question de terminologie ou de choix de vocabulaire plus qu'une distinction établie sur des considérations logiques ou fondamentales. Bref, un principe est le plus souvent considéré comme beaucoup plus général qu'une règle juridique (*rule of law*) et une règle juridique, comme beaucoup plus spécifique et particulière qu'un principe. Et en fait, une règle peut véritablement être très spécifique ou particulière (2).

L'on peut déjà énoncer que l'un des éléments caractéristiques du fonctionnement du raisonnement par analogie dans le droit des pays de *Common Law* est la recherche d'une ressemblance entre le cas à juger et le précédent idoine ; cela suppose la mise en évidence de tout ce qui constitue, de part et d'autre, les "*material aspects*". Et un autre élément caractéristique est le passage (on est tenté de dire le "détour") par un principe général, moyen de relier entre eux le cas à juger et un précédent qui, sans fournir directement la règle applicable, fournit néanmoins une règle analogue permettant de résoudre le litige à trancher.

Ce que paraissent suggérer ces différentes définitions est que le raisonnement par analogie a un rôle central dans le fonctionnement de la règle du *precedent*. Mais contrairement à ce que l'on pourrait penser, le raisonnement par analogie ne désigne pas l'aspect le plus courant, le plus ordinaire, le plus normal du fonctionnement de la règle du *precedent*, à savoir l'application de la "rule" énoncée dans un *precedent* dont les éléments de fait et de droit permettent de dire qu'il s'agit d'un "*case in point*" et, par voie de conséquence, d'en appliquer la solution telle quelle, au cas à juger.

A l'inverse, le raisonnement par analogie précisément entre en fonction lorsque le "*case in point*" faisant défaut, il incombe aux juges d'élaborer une solution originale grâce au détour par une solution donnée dans une autre matière, mais fondée sur le même principe, c'est-à-dire le principe qu'il convient d'appliquer à la question du cas à juger.

Ces observations nous conduisent à diviser cette étude en deux parties. La première consistera à examiner le fonctionnement ordinaire de la règle du *precedent*. On y observera en particulier les conditions de ce fonctionnement, ces conditions étant principalement le principe de la publication (*record and reporting*) des décisions d'abord, puis le principe de la hiérarchie des autorités judiciaires

(2) Oxford Companion of Law.

productrices de *precedents*. Il faudra ensuite s'interroger sur la question de savoir ce qu'il faut entendre exactement par règle du précédent ; de quoi précisément elle se compose, quels sont ses éléments caractéristiques. Ce n'est qu'alors qu'il sera possible de situer la place faite en raisonnement par analogie. La seconde permettra de mettre en évidence que lorsqu'il n'existe pas de *precedent* adéquat (*in point*) et strictement obligatoire (*binding precedent*), les juges sont amenés à utiliser le raisonnement par analogie pour découvrir une solution adéquate à défaut d'une solution d'ores et déjà fournie, soit par un *precedent* soit par un texte de loi directement applicable (ce qui est rare en pratique parce que dès qu'un texte de loi a été appliqué dans une décision judiciaire, c'est de préférence vers celle-ci que l'on va se tourner plutôt que vers le texte.

### I - CONDITIONS ET CARACTÉRISTIQUES DU PRECEDENT OBLIGATOIRE

Sans doute chacun sait que le droit des systèmes de *Common Law* s'articule autour d'un axe central, qui est la théorie du "précédent". Ce qui en revanche, s'avère souvent plus malaisé à saisir, du moins pour la plupart des juristes de tradition romano-germanique, est de se représenter de manière précise, comment fonctionnent ces systèmes de droit, en pratique, tant il est vrai que dans la présentation qui est faite, le plus souvent, de ces systèmes la loi (*statute*) est mise à la première place alors que pourtant ils fonctionnent essentiellement grâce au respect du *precedent*.

L'origine du droit de *Common Law* nous montre des juges royaux institués par le pouvoir monarchique, ayant reçu mission de trancher les conflits caractérisés par le fait de constituer une menace pour la paix du Roi. Compte tenu du caractère circonscrit de leur mission ainsi définie, les juges royaux n'entendaient et ne traitaient que les plaintes (pétitions), en nombre limité qui étaient ainsi enlevés à la compétence des juridictions ordinaires c'est-à-dire locales, traditionnelles, nombreuses et diversifiées.

Ce qui désignait alors un litige pour être jugé par les juges du Roi était le fait que le Roi voulait, à propos de ce type d'affaires, imposer une solution qui serait rendue en son nom et qui en tant que telle devrait apporter un terme à une querelle dont le Roi ne pouvait accepter qu'elle se perpétue. Les modalités de sa solution n'importaient pas tellement en elles-mêmes. Ce qui importait était que le public sache que ce type de conflit ne saurait être laissé sans solution, une solution donnée sous couvert de l'autorité royale et mise à exécution en vertu de son pouvoir.

Le bref schéma qui précède permet de réaliser que les juges royaux ont eu, dès l'origine du droit anglais une mission de première importance à remplir dans l'organisation des pouvoirs assurant l'ordre dans l'État. Même si le champ de leur compétence était techniquement limité, la mission de justice qui leur est confiée contribue fortement, dès l'origine, à structurer le pouvoir royal... On perçoit, en outre, par là, que le contenu des décisions de justice n'était pas l'essentiel de l'exercice de la justice ; ce qui en revanche l'était, était le prestige des juges et la cohérence de leurs pratiques.

Ce sont les circonstances indiquées ci-dessus qui ont influé de manière déterminante, depuis le commencement de l'entrée en fonction des Cours Royales, en faveur d'une stabilité de plus en plus poussée des procédures suivies devant ces juridictions. A ce stade, la stabilité devait jouer un rôle plus important que celle des solutions retenues et des décisions prononcées. Mais plus tard, les siècles s'étant écoulés, le personnel judiciaire va apporter plus d'attention au fond des décisions adoptées et le principe de la stabilité des solutions de fond petit à petit se substituer à celui des procédures.

Partant de ces données historiques, l'on situera peut-être mieux ce que représente aujourd'hui le postulat de la doctrine du *precedent*. Il est notoire cependant que les juristes des systèmes de droit codifié sont souvent décontenancés par la logique des systèmes de *Common Law* et ce, pour une grande part, en raison de l'énigme que constitue pour eux le principe du respect de la règle (*rule*) forgée pour servir de fondement à la solution adoptée dans un cas judiciaire concret. Et pourtant, là réside le mécanisme essentiel de la *Common Law*, souvent décrit de façon exacte et suggestive par l'expression : "*judge-made law*"; cette formule indique, clairement et à juste titre que le juge y joue un rôle créateur déterminant.

#### A - LES CONDITIONS DE FONCTIONNEMENT DE LA RÈGLE DU PRECEDENT OBLIGATOIRE EN ANGLETERRE

De la doctrine du *precedent*, les Anglais disent volontiers qu'elle est la pierre angulaire (*cornerstone*) de leur système juridique (3). Demandons-nous alors quelles en sont les conditions de base. Sans prétendre vouloir présenter un exposé complet de ces conditions, cette étude ne pourra cependant faire l'économie d'un bref examen des deux principales de ces conditions : ce sont d'une part la publication des décisions judiciaires et d'autre part le caractère obligatoire à l'intérieur du principe de la hiérarchie des cours de justice.

##### a) - Le principe de la publication des décisions judiciaires

Le fonctionnement de la doctrine du *precedent* est inextricablement liée au principe et à la pratique de la publication des décisions.

Pour qu'une décision puisse être invoquée comme *precedent*, il faut qu'elle ait été recueillie par un membre du barreau, présent à l'audience au cours de laquelle la décision a été rendue. En outre les juges étant présumés avoir directement connaissance du droit, ils peuvent s'appuyer sur des *precedents* qu'ils connaissent personnellement alors que ces *precedents* n'ont pas fait l'objet de publication. Mais en pratique cette dernière hypothèse n'a pas fréquemment lieu de se présenter, car la mémoire des juges n'est pas suffisamment fiable pour que l'on puisse compter dessus et par suite les *precedents* qui comptent comme tels sont à peu près inmanquablement contenus dans les recueils de jurisprudence.

La preuve du lien fondamental qu'il y a entre la doctrine du précédent judiciaire obligatoire et le principe de la publication est mis en évidence par le fait que la doctrine ne s'est imposée avec toute son ampleur qu'à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle, époque à laquelle la pratique de la publication des décisions a elle-même pris un caractère strict et systématique. Et pourtant, aussi surprenant que cela paraisse, jamais, jusqu'à aujourd'hui encore, le système de publication des décisions judiciaires n'a été organisé ni pris en charge par les autorités officielles. Celles-ci se sont bornées, à partir de 1865, à donner leur "label" à un organisme décrit comme étant semi-officiel (4).

Quelques brèves indications seront utiles pour montrer l'importance du phénomène de transcription de la matière judiciaire par des volontaires, depuis l'aube du fonctionnement des Cours Royales.

La première collection de recueils, aujourd'hui célébrée comme étant le premier échantillon du genre est bien connue, sous le nom de "*Year Books*", même si la question de la raison d'être précise aux yeux de ses auteurs, ne semble pas

(3) Walker & Walker, *The English Legal System*, 4<sup>e</sup> éd., Butterworths, p. 116.

(4) W & W 138.

clairement élucidée (5). Quoiqu'il en soit de cette raison d'être, elle ne semble pas imputable au désir des juges de pouvoir rétrospectivement consulter les décisions rendues antérieurement par eux-mêmes ou leur prédécesseurs. Cependant, l'ancienneté de certaines références à des cas antérieurs tend bien à démontrer qu'il eût été impossible, pour le juge rendant la décision, de s'appuyer sur son propre souvenir, pour mentionner les détails d'une procédure pendante devant la même juridiction plusieurs dizaines d'années plus tôt.

D'une manière générale, les *Year Books* sont réputés avoir collecté des données procédurales, relatives aux formes d'action, bien davantage que les solutions de fond et leur motivation. En fait, les rares exemples d'argumentations relatives à des solutions de fond que l'on trouve dans cette série de recueils, surtout pour ce qui concerne les premiers siècles, portent sur des questions de droit foncier, tranchées par la Cour de *Common Pleas*.

Les utilisateurs des *Year Books* étaient essentiellement des étudiants et des jeunes avocats qui souhaitaient, en les consultant, s'aguerrir en vue de l'exercice de leur futur métier.

Mais vers le XV<sup>ème</sup> siècle (6) on constate que les juges prirent l'habitude de s'appuyer plus systématiquement sur le contenu de ces recueils pour en tirer la motivation de leurs jugements. Ils paraissent en outre avoir développé, ce faisant, la conscience que leurs propres jugements étaient destinés à être utilisés, pareillement, pour asseoir dans l'avenir, les jugements qui seraient donnés, par eux-mêmes ou par leurs confrères.

On peut dire que c'est à partir de ce moment-là que le concept de "*precedent*" est véritablement né car désormais, les explications proferées par les juges lorsqu'ils énoncent les raisons qui les ont poussés à faire prévaloir telle ou telle solution, sont données avec l'intention délibérée de faire connaître le droit applicable à l'affaire ; et ce, non seulement au bénéfice des parties au litige et de leurs avocats, mais plus généralement à l'intention de la communauté des juristes et même plus largement encore peut-être, par l'intermédiaire de ces derniers, à l'intention de la communauté des sujets du Royaume.

Une phase déterminante, dans l'évolution du phénomène, est représentée par la mise au point successive des deux séries de la collection réalisée par le juriste, peut-être le plus vénéré de toute l'histoire du droit anglais, à savoir Edward Coke. Coke occupa successivement les plus hautes fonctions judiciaires du Royaume, mais la notoriété sans égale qui lui est reconnue aujourd'hui est due à son activité de chroniqueur judiciaire. Si l'oeuvre de Coke a marqué aussi fortement l'histoire du droit anglais, c'est que, la première, elle a édifié une construction originale - celle d'une synthèse du droit anglais de son temps - en partant de l'analyse du contenu substantiel, et non plus seulement procédural, des principales décisions rendues jusque-là par les juridictions anglaises.

D'autres auteurs de recueil ont, sans doute avant et après Edward Coke, entrepris la tâche de collecter les décisions judiciaires en y attachant leur nom, en vue de les mettre à la disposition de la communauté de leur confrères juristes. Mais ce qui devait donner à l'oeuvre de Coke son caractère unique est la profondeur tout d'abord, ainsi que la continuité et la durée avec lesquelles il accomplit son travail (7). Une opinion très fréquemment exprimée fait de Coke l'initiateur du droit anglais moderne.

(5) W & W, 136.

(6) L'époque des *Year Books* a duré de 1272 à 1535.

(7) Ses recueils furent publiés de 1600 à 1658.

Cette appréciation met en évidence non seulement les qualités exceptionnelles du subtil arrêtiériste qu'était Coke, mais encore et au-delà, elle souligne le fait que c'est à partir de l'oeuvre de Coke que le droit anglais va cesser d'être une collection de recettes procédurales entre les mains de praticiens et devenir un système de droit à part entière. En effet, à cette époque et en grande partie grâce à l'oeuvre de Coke, le droit anglais devient un ensemble cohérent de principes dont les applications particulières sont précisément les règles (rules) exprimées à l'occasion des espèces individuelles que sont les précédents.

Ce qui donne alors sa singularité au système anglais, tel qu'il sort de l'époque prestigieuse d'E. Coke, puis de celle de ses successeurs des XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles, est que de l'étude systématique et raisonnée des précédents judiciaires se dégagent les principes de la *Common Law* d'une part, tandis que d'autre part la mise en oeuvre de ces principes permet de trouver des solutions particulières pour d'innombrables instances concrètes, celles précisément qui ensuite constituent les *precedents*, apportant des solutions juridiques de plus en plus détaillées, au fur et à mesure du passage des siècles.

Le système actuel de publication des décisions judiciaires est celui qui a été mis en place à partir de 1865. L'initiative d'organiser de façon semi officielle la publication des arrêts est venue de représentants des professions de *barristers* et de *solicitors*, conscients qu'ils étaient de l'importance capitale pour chaque juriste, de pouvoir connaître et citer avec certitude tous les précédents pertinents dans une affaire donnée. Le Conseil responsable de superviser les opérations de publication est une société sans but lucratif, constitué en 1870 sous le nom de *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*.

L'intérêt de la mise au point de cet organisme est que depuis sa constitution il existe une édition officielle des décisions rendues par les cours supérieures ; les décisions sont rédigées par un avocat présent à l'audience au cours de laquelle elles ont été rendues ; elles sont ensuite soumises pour vérification et approbation au juge (ou aux juges) de la juridiction qui a prononcé le jugement. Les recueils faisant partie de cette collection sont présentés de manière homogène et la manière d'en donner la référence est elle-même standardisée, la citation des précédents devant obligatoirement être faite par référence à cette collection lorsque, au cours d'une plaidoirie, l'on s'adresse à un juge. La collection est désignée simplement par l'expression : "*Law Reports*".

#### b) - Le principe de la hiérarchie des juridictions

Il faut maintenant envisager la seconde condition essentielle qui permet le fonctionnement harmonieux de la règle du respect du *precedent* judiciaire. Souvent cet aspect du particularisme du droit anglais est appréhendé de manière trop imprécise pour qu'il soit possible de se faire une idée exacte du degré de rigidité d'une part et de souplesse d'autre part, de ce système qui semble, à première vue, si éloigné du nôtre, juristes de la famille de droit romano-germanique.

Une remarque indispensable, au plan de la terminologie, concerne le fait que lorsque nous parlons de "*precedent*" nous nous préoccupons rarement du qualificatif qu'il peut y avoir lieu d'ajouter à ce terme. Or, il y a précédent et précédent. Dans la langue anglaise la distinction entre eux est faite en parlant tantôt de "*binding precedent*" d'une part, et tantôt d'autre part de "*persuasive precedent*".

Que signifie cette distinction ? (8)

(8) Atiyah & Summers, *Forms & Substance in Anglo-American Law*, Clarendon Press, 1991. Ces auteurs, dont l'ouvrage est présenté comme une démonstration de la thèse selon laquelle le droit anglais

Si le premier de ces qualificatifs est relativement facile à traduire : "*binding*" appliqué à "*precedent*" étant le plus souvent traduit par le terme "obligatoire", le second qualificatif pose un peu plus de difficulté. On notera tout d'abord que "*persuasive*" s'oppose à "*binding*" en ce sens précisément qu'il n'est pas obligatoire. Qu'entend-on alors indiquer en parlant de *precedent* dépourvu de caractère obligatoire ? Ici réside justement une nuance remarquable et une source riche de souplesse dans le fonctionnement de la règle du précédent. Le précédent qualifié de "*persuasive*" est pris en considération en tant que *precedent* et pourtant il ne lie pas le juge, lequel reste libre d'en tirer profit au mieux des circonstances de l'espèce à trancher. Cette précision donnée, on observera que lorsqu'en Français on évoque sans plus le terme "*precedent*" à propos du droit anglais, on veut indiquer généralement qu'il s'agit de "*precedent* obligatoire" alors que dans la majorité des cas il faudrait préciser qu'il s'agit d'un *precedent* qui, en fait, n'a qu'une valeur de précédent "*persuasive*".

On pourra maintenant exposer rapidement le principe de hiérarchie des juridictions qui permet de limiter le champ d'application du précédent obligatoire en fonction du rapport hiérarchique.

En réalité pendant la plus grande part de son histoire, le droit anglais ne comportait pas de règle exigeant le respect stricte du *precedent*, autrement dit de "*binding precedent*" au sens strict. La règle de respect du *precedent* certes était bien connue et largement appliquée, mais sans qu'elle ne fasse l'objet d'une règle juridique stricte. Il faut attendre la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle (9) pour que cette règle ne soit juridiquement établie. Et dès 1966, soit moins de 70 ans plus tard, une brèche de taille allait venir sérieusement réduire la portée de la règle (10).

Ainsi circonscrite la doctrine du précédent obligatoire a les conséquences suivantes :

1) Toutes les juridictions d'Angleterre et du Pays de Galles sont tenues d'appliquer la règle du précédent obligatoire pour ce qui concerne les décisions rendues par la Chambre des Lords, tandis que cette dernière se reconnaît depuis 1966 la possibilité de s'écarter, exceptionnellement, de ses décisions antérieures, portant sur la même question que la question à trancher, si la nécessité de faire justice dans une espèce donnée, exige que la règle déclarée dans ce précédent soit ignorée.

La Chambre des Lords est la juridiction suprême anglaise, ce qui explique la soumission de toutes les autres juridictions à l'autorité de sa jurisprudence. Mais il faut signaler une limite au caractère de son rôle en tant qu'interprète suprême de la règle de droit en Angleterre : depuis 1972, date de l'adhésion du Royaume-Uni à l'ex-Communauté Économique Européenne, la Chambre des Lords, comme les juridictions suprêmes des autres pays de l'actuelle Union Européenne, accepte la suprématie des juridictions de l'Union quand il s'agit de l'interprétation d'une disposition de droit européen.

En ce qui concerne les autres juridictions anglaises, on remarquera en premier lieu que la centralisation des juridictions revêt un caractère exceptionnellement poussé puisqu'il n'existe qu'une cour d'appel, pour l'ensemble du pays, pourvue d'une division civile et d'une division criminelle. En règle générale la Cour d'Appel est tenue d'appliquer ses propres *precedents*, en plus de ceux de la Chambre des Lords. Si la question fut temporairement mise en doute, lorsque, présidée par Lord

est beaucoup plus formaliste que le droit américain, soulignent que -théoriquement au moins- le concept de *binding precedent* n'existe pas aux États-Unis ; ou bien que la distinction entre *binding* et *persuasive* a tendance actuellement à s'effacer progressivement. Voir notamment p. 118 st.

(9) *The Tramways case* (1898) A.C. 375.

(10) *The Chancellor Statement* 1966. Voir à ce sujet les commentaires de Lord Lloy of Hampstead in *Introduction to Jurisprudence*, 3<sup>e</sup> éd., 1972, p. 707.

Denning, elle sembla vouloir faire prévaloir, à la fin des années 60 (11), un principe analogue à celui adopté par la Chambre des Lords en 1966, ce problème ne paraît plus être d'actualité aujourd'hui.

Quant aux autres juridictions, on peut indiquer, en résumé, qu'elles sont tenues d'appliquer les précédents, obligatoires de la Chambre des Lords et de la Cour d'Appel. Mais si globalement, les juridictions de première instance, dites inférieures sont tenues d'appliquer les règles contenues dans les *precedents* rendues par les cours de première instance dites supérieures, en revanche, ces dernières n'ont pas l'obligation d'appliquer les règles de leurs propres précédents. Dans ce dernier cas, on se trouve précisément en présence d'un exemple de *precedents* revêtus d'une valeur qui n'est que persuasive. Tel est le cas également des décisions rendues par le *Privy Council*, qui n'est techniquement qu'un Comité conseiller de la Reine, mais dont les avis pourtant ont, en quasi tout point, la même valeur que les décisions de la Chambre des Lords.

## B - LE FONCTIONNEMENT DE LA RÈGLE DU PRECEDENT

Pour permettre au lecteur de situer le fonctionnement du raisonnement par analogie dans le cadre de la doctrine des sources du droit envisagée du point de vue des systèmes de *Common Law*, il est nécessaire d'approcher de manière assez précise ce que signifie, dans ces systèmes, le respect du précédent. Comme le font habituellement tous les auteurs anglophones, qu'ils traitent la question dans des manuels d'introduction au droit, destinés à des étudiants débutants, ou dans des traités de théorie générale du droit, (ou bien comme l'on dit en Anglais des traités de philosophie du droit, autrement dit de : "Jurisprudence") il faut commencer par indiquer que ce n'est pas la totalité de la décision considérée comme précédent qui est revêtue une autorité obligatoire pour résoudre les espèces semblables postérieures.

La règle obligatoire n'est constituée que par une partie, parfois fort délicate à cerner de manière certaine, que l'on appelle la "ratio decidendi" et qui doit notamment être distinguée avec soin de ce qui ne constitue qu'un "obiter dictum".

Mais là ne s'arrête pas l'exposé des éléments caractéristiques qui permettent à la règle du précédent de fonctionner de façon harmonieuse et souple. En effet, on devra expliquer quels sont les principaux mécanismes, parfois stratagèmes qui sont mis en oeuvre pour échapper à l'autorité d'un *precedent* débouchant sur une solution non souhaitée dans l'espèce. Ces mécanismes sont divers, mais les plus connus sont : le "*distinguishing*" et le fait de juger qu'un *precedent* a été rendu "*per incuriam*". C'est donc à la signification concrète de ces différentes formules que nous allons maintenant nous attacher brièvement, pour ensuite examiner comment s'insère, dans l'enchevêtrement de ces éléments, le raisonnement par analogie.

### a) Ratio Decidendi et Obiter Dictum

"The ratio decidendi is 'the conclusion reached by the judges on the basis of the material facts and the exclusion of the immaterial ones'" (12).

La définition qui précède, de la "ratio decidendi" émane de l'un des philosophes du droit anglais, jouissant d'une grande réputation. Il nous semble utile, à travers elle, de mettre en évidence le lien très étroit qu'il y a, dans la ratio decidendi, entre l'énoncé d'une proposition de droit et les faits de l'espèce à l'occasion de

(11) W & W, p. 131

(12) Paton, *Jurisprudence*, Clarendon Oxford Press, 1946, p. 159.

laquelle cet énoncé est avancé. L'incidence des faits de l'espèce, tels qu'ils ont été établis aux yeux du juge, ou de la juridiction appelée à rendre le jugement, est essentielle pour saisir ce qui fait la ratio decidendi. Autrement dit, l'analyse et la délimitation de la ratio decidendi ne peuvent avoir lieu sans que l'on prête une attention très précise aux faits retenus par le juge : ces faits déterminent et justifient à la fois, l'énonciation de la proposition de droit qui sera, ensuite étiquetée comme constitutive de ratio decidendi (13).

Certes, la considération des faits ne suffit pas à rendre compte de ce que l'on entend par ratio decidendi car celle-ci consiste dans la détermination d'une formulation juridique, non simplement dans la constatation d'une situation de fait (à supposer que "fait" et "droit" soient toujours parfaitement dissociables, l'un de l'autre, ce qui naturellement n'est pas le cas).

En outre la consignation des faits constatés, ne fait pas partie, à proprement parler, de la ratio decidendi. Quant à la solution de l'espèce, elle est fournie par la conjonction de la considération des faits tels qu'établis d'une part et d'autre par la considération d'un principe de droit, applicable à l'espèce dont la solution adaptée aux faits retenus va permettre de résoudre le litige en conformité avec la *Common Law*.

Or, la ratio decidendi est la formulation de nature juridique, tirée du principe adéquat sélectionné en fonction des faits, justifiant la solution juridique concrète donnée à l'espèce.

Pour nous résumer, on dira que la ratio decidendi n'est ni l'exposé des faits de l'espèce retenus, ni le principe duquel est tirée la solution de l'espèce ni enfin non plus cette solution concrète donnée à l'espèce. C'est la règle particulière strictement formulée dans la perspective étroite de fonder juridiquement la solution de l'espèce.

Mais une fois précisée, la notion de ratio decidendi, comme nous avons tenté de la faire ci-dessus, il faut s'empresser d'ajouter qu'en pratique l'on rencontre souvent pour la mise en oeuvre de cette notion, des difficultés, parfois délicates à surmonter.

Ces difficultés s'articulent entre autres d'une part autour de ce qui constitue, dans une espèce donnée, les "*material facts*", autrement dit les faits pertinents, et d'autre part autour des divergences d'appréciation de la consistance de la ratio decidendi, divergences se manifestant ultérieurement parmi les commentateurs et les juges, lorsqu'ils se saisissent de cette ratio pour l'appliquer à une espèce nouvelle.

La délimitation précise des faits pertinents est importante naturellement puisque c'est par rapport à la consistance de ces faits que se mesure l'étendue de la ratio strictement obligatoire (*binding*). Ceci explique que c'est notamment en jouant sur la délimitation des faits pertinents qu'il est possible d'élargir ou de réduire la portée de la ratio.

Mais une particularité des droits des systèmes de *Common Law* doit être rappelée ici : à la Cour d'Appel, où les juges siègent normalement à trois et à la Chambre des Lords, où ils siègent à cinq juges, chaque juge peut exprimer, très complètement s'il le désire, sa propre motivation de la solution adoptée par la juridiction ; c'est ce qu'on appelle une "opinion". Et ce, même si le juge préconise une solution qui n'est pas celle adoptée par la majorité. On parle en pareil cas de "*dissenting opinion*". Si la "*dissenting opinion*" ne peut pas, naturellement être considérée comme faisant partie de la ratio du précédent, elle n'est pas forcément dépourvue de toute influence dans l'avenir. Quant aux diverses motivations

(13) En fait il pourra y avoir successivement ou simultanément plusieurs versions divergentes au contenu exact de la ratio decidendi.

(opinions) des juges qui ont concouru à l'adoption de la solution majoritaire, elles peuvent très bien présenter des différences substantielles entre elles.

Il en résulte parfois une difficulté supplémentaire considérable pour décortiquer avec certitude la ratio d'une telle décision. Et c'est même la raison qui fait souvent dire que la véritable ratio d'une décision importante ne se laisse découvrir qu'à la suite d'une multiplicité d'applications de la règle du *precedent* qui la contient.

Il faut enfin maintenant indiquer ce que signifie l'expression *Obiter Dictum*. Les explications qui viennent d'être données à propos de la ratio decidendi vont faciliter notre tâche.

En effet l'"obiter", que l'on prend toujours soin de distinguer de la ratio, lorsque l'on analyse la portée exacte d'un *precedent* obligatoire, consiste dans les affirmations, propositions et autres énonciations juridiques diverses (certains disent : intempestives) faites à propos de la motivation d'une décision judiciaire, mais qui n'est pas strictement nécessaire pour justifier celle-ci, compte tenu des données factuelles de l'espèce.

L'obiter apparaît comme un élément de l'opinion formulée par le juge, mais qui aurait pu ne pas l'être sans que cela ne change quoique ce soit quant au fondement juridique de la décision. On dit parfois que l'obiter c'est ce que le juge dit "par hasard" ; ce qui est superfétatoire eu égard à la justification de la solution.

On se doute que la délimitation exacte de ce qui constitue l'obiter, dans un précédent, n'est pas toujours chose des plus aisées... Et pourtant, même s'il est jugé parfois perturbateur ou intempestif, il n'en est pas pour autant considéré comme étant sans intérêt.

L'obiter, de façon analogue à la *dissenting opinion*, recèle souvent des perspectives de solutions nouvelles pour l'avenir. Or une grande part de ses prolongements effectifs dans des espèces ultérieures, dépend du prestige caractérisant la personnalité du juge qui l'a prononcé.

#### b) La Distinguishing et autres échappatoires

Les mécanismes utilisés par les praticiens et juges anglais pour échapper aux contraintes excessives ou inopportunes d'un *precedent* obligatoire, dont on veut éviter d'appliquer la règle dans un cas où cette règle devrait pourtant s'appliquer compte tenu de la ressemblance du problème à résoudre, sont divers. Il ne sera pas nécessaire de les envisager en détail ici.

On s'arrêtera cependant au plus connu de ses mécanismes dont la désignation découle du verbe "*distinguish*" car fréquemment utilisé, son principe est théoriquement simple : il consiste à souligner, dans la situation de fait qui a donné lieu au *precedent* dont on souhaite éviter la règle, un ou plusieurs "*material facts*" qui ne se retrouvent pas dans la situation présente (ou vice versa), ce qui permet de "distinguer" entre les deux situations et donc entre les deux problèmes de droit respectivement soulevés dans les deux affaires.

Il convient ici de rappeler ce qui a été dit plus haut sur la difficulté pratique réelle que l'on rencontre parfois pour se mettre d'accord afin de circonscrire les faits de l'espèce qui vont être qualifiés de faits pertinents (*material facts*). Cela montre bien qu'il peut y avoir parfois un certain flottement dans la délimitation de ces faits. Et c'est évidemment l'existence de ce flottement qui est exploitée, avec plus ou moins d'habileté et de force de conviction, pour parvenir au résultat recherché qui est de soustraire l'affaire à juger du champ d'application d'une règle qu'on souhaite ne pas appliquer à cette affaire.

Il va sans dire que l'exercice n'est pas toujours facile à réaliser avec tout le bonheur qui permet de rendre une décision à l'abri de la critique ainsi que de la censure éventuelle d'une juridiction supérieure. Le juge qui s'y livre doit avoir de sérieuses raisons d'agir ainsi, s'il veut asseoir solidement, non seulement la solution de l'espèce qu'il tranche, mais aussi la règle qui fonde ce jugement. Si le juge ambitionne d'imposer au travers de ce jugement un *precedent* convaincant et fécond pour l'avenir.

## II - LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE EST UTILE EN L'ABSENCE DE PRECEDENT OBLIGATOIRE

L'efficacité du système juridique anglais, système à bien des égards matriciel des autres systèmes de *Common Law*, suppose, exige même, que lorsqu'un juge est confronté à un problème de droit qui a été clairement résolu dans une précédente espèce, il applique la solution de ce *precedent*, s'il remplit les conditions pour revêtir un caractère obligatoire ; une expression très fréquemment employée : "*to be on all fours*" (i.e. coïncider aux quatre coins) décrit la situation dans laquelle un *precedent*, autrement dit la règle juridique qu'il contient, s'impose de manière imparable au juge saisi d'un problème à résoudre qui est parfaitement couvert (*subsumed*) par la solution juridique du *precedent* en question.

Quand le *precedent* ne revêt qu'un caractère persuasif, appliquer la règle qu'il énonce n'est pas impératif, mais par commodité, voire par routine, la solution de droit adoptée a de bonnes chances de l'emporter.

La question de la place et du rôle du raisonnement par analogie se situe précisément dans cet espace où il n'y a pas de *precedent* obligatoire (répondant aux conditions du *precedent* "*on all four*") et la solution du litige à trancher n'est pas non plus fournie par une disposition législative nouvelle ; nouvelle dans le sens où elle n'a pas encore été appliquée, car si elle a déjà été appliquée c'est la règle du *precedent* dans lequel elle a été interprétée et appliquée qui, de préférence, servira de fondement à la solution de l'espèce nouvelle (14).

Bref, le raisonnement par analogie permet de découvrir une règle qui permette de donner une solution adéquate à un litige pour lequel le droit n'en contient pas encore, du moins de formulée explicitement. C'est ainsi cet aspect que l'on va s'efforcer de préciser dans un premier temps (A). Mais en conduisant son raisonnement par analogie, le juge ne prend pas en considération seulement le résultat immédiat que constitue la solution donnée à l'espèce en question ; il se préoccupe aussi, dans un système où les *precedents* judiciaires sont une source directe du droit, et même en pratique une source essentielle, de l'insertion harmonieuse de la règle nouvelle qu'il aura élaborée, par analogie, dans l'ensemble du système (B).

(14) Rinaldi (F.), *Is Analogy a decision process in English Law*, in *Le Raisonnement juridique*, Hubien (N.) éd. Bruxelles, 1971, p. 363. Because the trend of legislation is to encroach increasingly into the most varied aspects of social conduct, the demarcation in English law between argument from case to case and statutory interpretation might eventually disappear and give place to a single process : interpretation of statutes with the aid of decided cases. This, however, would still be a far cry from the Continental system of decision making).

#### A) - LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE PERMET DE DÉCOUVRIR LA SOLUTION DE L'ESPÈCE

"Analogy can not exist between two phenomena if the two phenomena are the same : analogy exists only as between different phenomema" (15).

L'idée ici exprimée rappellerait, s'il en était besoin, que le raisonnement par analogie ne saurait constituer la base du raisonnement mis en oeuvre lorsque la règle de droit qu'il convient d'appliquer, a déjà été formulée, dans une espèce antérieure, de manière adéquate et peut répondre sans ambiguïté ni hésitation, à la question posée dans une espèce nouvelle. Même si les faits de l'espèce nouvelle ne sont pas exactement les mêmes que ceux de l'espèce déjà jugée, si le problème de droit posé par la situation de fait de l'espèce nouvelle, est le même, il n'y a pas de raison de recourir au raisonnement par analogie.

Certains auteurs, paraissent soutenir une position différente (16). Ainsi, écrivent-ils : "*Once the decisions of the judges are remembered and recorded the system develops the eminently reasonable practice of treating like case as like. The basic method of reasoning as this stage is by analogy*" (17). Mais si cette affirmation peut surprendre, l'explication se trouve, à notre avis, dans le fait que les auteurs ne semblent pas, de ce point de vue au moins, faire de différence véritable entre "*legal rule*" et "*principle*" (18).

En pratique les tribunaux de première instance c'est-à-dire les cours inférieures et même, à un moindre degré, les cours supérieures, ont assez souvent l'occasion de rendre des décisions, pour lesquelles les juges, le plus souvent, ne prennent pas même le temps de donner une "opinion", la solution du problème ne soulevant pas de véritable question ou de doute.

Ces décisions sont pourtant moins nombreuses, globalement que ce que l'on pourrait penser, car, dans une très large proportion ces affaires trouvent leur solution avant même qu'une action en justice ne soit introduite. Ce, grâce aux conseils efficaces qui parviennent à convaincre les parties intéressées que la procédure judiciaire entraînera certainement des frais, voire des frais très élevés, mais qu'en tout état de cause aucune surprise n'est à attendre quant à la solution de droit. Néanmoins, si ces conseils n'ont pas réussi à dissuader les candidats au procès avant que celui-ci ne soit introduit, ils réussissent souvent en cours de procédure, grâce notamment à divers mécanismes propres à la procédure anglaise (relatifs en particulier à la charge des frais); cela permet alors à la procédure de déboucher sur une solution de transaction ou de désistement.

Les affaires qui nous intéressent ici, celles dans lesquelles est mis à contribution le raisonnement par analogie, sont seulement les cas difficiles ou les cas-limite (*borderline*), du point de vue du droit, pour lesquels il incombe au juge de "trouver" une règle nouvelle, adéquate, sur laquelle appuyer la solution du litige. Le lien qu'il y a lieu de faire entre les affaires qualifiées de "difficiles" et le recours au raisonnement par analogie est bien mis en évidence par B.S. Jackson, dans une contribution spécialement consacrée à l'étude de l'analogie en droit (19).

(15) Jackson (B.S.), *Analogy in Legal Science : Some Comparative observations*, p. 148, in *Legal Knowledge and Analogy*, Nerhot (P.) ed. Kluwer 1991.

(16) Farrar (J.H.) & Dugdale (A.M.), *An Introduction to Legal Methodology* Sweet & Maxwell, 1990.

(17) P. 87.

(18) *Ibidem*, p. 87 "...law being normative proceeds on the basis that because X and Y resemble each other in these ways they ought to resemble each other in every way thus be governed but the same legal rule or principle".

(19) Jackson (B.S.).

Dans un autre contexte, le même auteur symptomatiquement intitule son article : "Rationalité consciente et inconsciente dans la théorie du droit et la science juridique". Ici le Professeur B.S. Jackson, qui enseigne en Angleterre, nous dit que ce sont les "cas difficiles qui imposent une discussion judiciaire ou juridique". Et il ajoute que dans ces cas "il n'y a pas de réponse intuitive (car) les frontières ont été bouleversées" (20). Et pourtant plus haut dans l'article en question, il cite Umberto Eco qui pose la question : "Pourquoi comprend-on quelque chose intuitivement ?.. L'un (si pas le plus important) des enjeux sémiotiques est d'expliquer pourquoi quelque chose semble intuitif, en vue de découvrir sous le bonheur de la soi-disant intuition un processus cognitif complexe" (21).

Ce n'est évidemment pas le terrain de la sémiotique qu'il convient d'explorer ici, pour envisager comment les juges anglais s'y prennent pour découvrir une solution juridique répondant aux cas difficiles. La brève incursion faite dans le champ de cette discipline a seulement pour but de faire ressortir que la solution des cas difficiles, en *Common Law*, tient sans doute autant de la réaction intuitive du juge, que d'un processus cognitif complexe dans lequel il lui faut inclure l'examen de principes généraux sans lesquels il ne lui est pas véritablement possible de mener les investigations nécessitées pour la mise en oeuvre du raisonnement par analogie.

Le rôle central du recours aux principes généraux, de manière générale et plus spécialement pour la solution des cas difficiles a été souvent souligné dans la doctrine anglo-américaine. Il suffira ici de s'arrêter à quelques exemples les plus célèbres parmi eux.

Benjamin Cardozo, un auteur sans doute un peu ancien aujourd'hui, mais toujours paré d'un inébranlable prestige, surtout en ce qui concerne son ouvrage universellement connu et cité : *The nature of The Judicial Process* (22), écrit que "le juge quand il est libre n'est pas totalement libre. Il ne peut pas innover à sa guise. Il n'est pas dans la situation d'un chevalier errant déchirant l'air de sa mélodie, à la poursuite de son idéal de justice et de bonté. Il doit extraire son inspiration de principes consacrés. Il ne doit pas céder au sentiment intermittent et vague mu par la bonne volonté. Il doit exercer son pouvoir de juger (discretion) informé par la tradition en ayant recours à la méthode analogique (*methodized by analogy*)" (23).

Un autre très célèbre théoricien, subtil observateur du fonctionnement des systèmes de *Common Law*, Sir Paul Vinogradoff, consacrait à la description des *precedents* judiciaires le chapitre VII de son fameux "Common Sense in Law" (24). Il y écrit (p. 135) que le processus d'élaboration des jugements consiste souvent à placer la prémisse mineure du raisonnement c'est-à-dire les circonstances particulières de l'espèce, dans le cadre bien défini de la prémisse majeure, règle tirée de la *Common Law* ou d'une disposition législative. Mais parfois la tâche des juges est plus difficile. Il leur incombe de mettre au jour la prémisse majeure avant de pouvoir

(20) Jackson (B.S.) R.I.E.J., 1987, 19.

(21) Jackson (B.S.), *Rationalité consciente et inconsciente dans la théorie du droit et la science juridique*, Rev. interdisciplinaire d'Études Juridiques, n° 19, 1987, cite : Eco (U.), *Semiotics and Philosophy of Language*, London 1994, p. 9.

(22) Yale University Press, 1921, p. 141.

(23) "The judge when he is free, is still not wholly free. He is not to innovate at pleasure. He is not a knight-errant roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principles. He is not to yield to spasmodic sentiment, to vague and unregulated benevolence. He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by Analogy, disciplined by system, and subordinated to the 'primordial necessity of order in the social life'. Wide enough in all conscience is the field of discretion that remains".

(24) Cet ouvrage a été publié pour la première fois en 1913 et a fait l'objet de douze publications au total, entre rééditions et réimpressions, la dernière, en 1961, sous le responsabilité de Hanbury (H.G.).

formuler la règle qui permettra de résoudre l'espèce en question (25). Après avoir illustré son propos en expliquant comment les juges de la Cour s'y sont pris pour donner une solution à l'affaire *Ryland v. Fletcher* (26), posant un problème de droit qui ne l'avait jamais été auparavant, Vinogradoff ajoute que dans l'espèce la Cour s'est vue obligée de "découvrir" la prémisse majeure dans le champ d'application de laquelle entrait l'affaire à juger ; pour ce faire les juges durent raisonner par *Analogy*, en partant de la responsabilité encourue en raison d'autres choses dangereuses, tels les animaux sauvages (27) ; puis ils échafaudèrent cette doctrine, qui continue, aujourd'hui encore, à être désignée par le nom des parties : *Ryland v. Fletcher*, laquelle établit les conditions auxquelles une personne doit répondre des conséquences dommageables des installations dangereuses qu'elle fait sur son propre fond, alors que le dommage a été causé à un fond qui n'est pas situé dans le voisinage immédiat du premier.

Bernard S. Jackson commente la démarche adoptée par les juges dans l'affaire *Ryland & Fletcher*, en insistant sur le fait que c'est grâce à un raisonnement par analogie qu'ils ont pu créer une règle nouvelle répondant à ce type précis de situation ; qu'en pareil cas c'est véritablement de l'analogie juridique qu'il s'agit. En revanche lorsque l'on fait entrer les faits d'une espèce, prémisse mineure, dans le champ d'application d'une prémisse majeure, énoncé d'une règle juridique qui a d'ores et déjà été clairement identifiée et appliquée, l'on n'est plus en présence alors d'un raisonnement par analogie, parce que ici il s'agit simplement d'appliquer une règle identique à un problème identique (28). Mais pourtant, concède cet auteur, il y a ici quelque chose qui relève quand même de l'analogie ; ce serait (...) peut-être une analogie inconsciente (29).

Pour compléter ce tour d'horizon qui nous a menés jusqu'à présent de la doctrine nord-américaine, à la doctrine anglaise en passant par l'australienne, proposons maintenant comme dernière étape dans notre cheminement à la recherche du rôle du raisonnement par analogie pour résoudre les cas nouveaux, l'étape canadienne.

Dans un article intitulé : "*Suggestions for Judges*" (30), le Professeur J.C. Pitt nous dit que lorsqu'un juge est obligé de créer une règle nouvelle pour répondre à un cas qui n'a pas encore été traité, les juges ne peuvent formuler de nouvelles règles que s'ils peuvent justifier ces règles en s'appuyant sur une étroite analogie ou bien s'ils peuvent les englober dans un principe général. Le principe général qui permet la formulation de la règle est le principe d'utilité (31).

Mais si l'on veut en savoir un peu plus sur ce que signifie le principe d'utilité, pour nos contemporains (32), il suffit de poursuivre la lecture des suggestions que fait le Professeur Pitt aux juges ; on peut y lire alors ceci : "à propos du problème de la justification des décisions judiciaires, il ne peut pas être résolu hors d'une doctrine des systèmes du droit qui reconnaissent l'importance du fait que les décisions sont "faites" (*made*) par les juges (...) ; commençons, souligne-

(25) Vinogradoff, *Common Sense and the Law*, revised by Hanbury (H.G.) Oxford University Press, 1959, p. 135.

(26) 1868 L.R. 3 H.L. 330.

(27) Vinogradoff, *op. cit.*, p.136.

(28) P. 149, *Analogy in Legal Science*, in *Legal Knowledge and Analogy*, 1991.

(29) *Ibidem* p. "rather a much more popular, perhaps subconscious, analogy".

(30) In *le Raisonnement juridique Hubien* (H.) éd. Bruxelles 1971, 345.

(31) Pitt J.C., *op. cit.* p. 345.

(32) On n'oubliera évidemment pas que le "père" de la doctrine philosophique de l'utilitarisme, Jeremy Bentham a été l'instigateur d'un grand mouvement de réforme du droit anglais ; mais il n'a pas réussi à entraîner ses concitoyens dans ce qui lui semblait pourtant constituer la meilleure forme de système juridique, à savoir : un système codifié.

t-il ensuite, par admettre que les juges, en élaborant leurs décisions, ont recours à des affirmations qui se donnent l'apparence de règles. Mais cela n'est qu'un aspect de ce qu'ils font. Ils font aussi appel au caractère "raisonnable" (*soundness*) du raisonnement et de l'argumentation, ceux-ci destinés à monter que certaines Analogies sont fondées et judicieuses (33).

Pour conclure, on relèvera encore l'emploi fait par J.C. Pitt du terme "*soundness*", qui fait en quelque sorte écho à une formule de F. Rinaldi (34) lorsque, insistant sur le caractère singulier du raisonnement juridique par analogie, il l'oppose au raisonnement par analogie en mathématique, en disant notamment que du fait que cette forme d'analogie n'est pas déductive, il est vain de prétendre qualifier de légitime ou de non légitime une argumentation fondée sur l'analogie ; tout ce que l'on peut faire c'est de dire que cette argumentation est raisonnable (*argument's soundness*) (35).

## B - LE RAISONNEMENT PAR ANALOGIE, MOTEUR D'UNE RÈGLE NOUVELLE

L'on a dit précédemment que l'analogie était centrale dans le fonctionnement de la *Common Law*, mais l'on a dit aussi que si certains voient l'analogie partout dans la doctrine du respect du *precedent*, c'est dans ce cas d'une conception discutable de l'analogie qu'il s'agit. Nous ne trancherons pas la question de savoir si c'est une fausse analogie, une analogie "populaire" ou encore une analogie "inconsciente".

Ce qui nous intéresse ici est de montrer qu'il y a une conception de l'analogie, qui en fait un mode de raisonnement étroitement lié au fonctionnement de la *Common Law* ; non point comme moyen de reproduire ce qui existe déjà, à savoir le jugement qui reproduit, dans une situation de fait nouvelle, une solution juridique déjà élaborée pour une situation de fait différente bien que semblable ; mais comme moyen de découvrir, mettre au jour, pour certains : créer une solution juridique originale, destinée à prendre sa place dans la *Common Law* et, être à l'avenir reproduite, en tant que *precedent*, chaque fois qu'un problème juridique semblable se présentera devant les juges, à moins que jugée ultérieurement mauvaise, cette solution soit censurée (*reversed*) ou répudiée (*overruled*).

La présentation faite par les juristes anglais et américains du rôle joué par le raisonnement par analogie dans les systèmes de *Common Law*, n'étant pas homogène, il ne nous semble pas utile de chercher à en donner une autre définition que celle donnée, au début de cette étude, respectivement par Earl Jowitt dans son dictionnaire du droit anglais et par David Walker dans l'*Oxford Companion of Law*.

En revanche, le mot "*analogy*" et ses dérivés, "*analogous*" etc. se retrouvant relativement souvent dans les ouvrages de théorie ou de méthodologie du droit, sans oublier certaines décisions parmi les plus fameuses, il nous semble indiqué de puiser dans ces sources pour tenter d'approfondir quelque peu les rapports du raisonnement par analogie avec la *Common Law*.

Commençons par une décision qualifiée de "*locus classicus*" par C.K. Allen (36) rendue, selon cet auteur, par l'un des plus grands *common lawyers* de son temps.

(33) *Ibidem*, p. 347.

(34) In : *Is Analogy a Decision Process in English Law*, p. 365.

(35) La traduction du terme "*soundness*" dans ce contexte n'est pas aisée ; mais il nous semble que le mot raisonnable est encore, en français, le terme qui rend compte le moins mal du sens que ce mot a dans le contexte dont il s'agit.

(36) *Law in the Making*, p. 232, 1964 7e éd, Clarendon Press.



L'affaire *Mirehouse v. Rennell* (37) fut l'occasion, pour le juge Parke, de formuler dans le plus pur style de la tradition de la *Common Law*, le principe de la fidélité due aux règles établies en vertu des principes juridiques et des précédents judiciaires ; afin de parvenir à réaliser l'uniformité, la cohérence et la certitude de la *Common Law*, ces règles devront être appliquées, déclarait le juge, à tous les cas d'espèce, dans la mesure où leur application n'apparaît pas gravement déraisonnable ou inadéquat.

Le juge Parke poursuit en énonçant que les juges ne sont pas libres de rejeter ces règles ni toute analogie permettant de fournir une base de solution aux questions pour lesquelles il n'en existe pas encore, même si ces règles peuvent leur sembler moins adéquates ou raisonnables que celles qu'ils pourraient eux-mêmes proposer (38).

Observons en outre que si l'affaire *Mirehouse v. Rennell* est citée comme contenant une formulation consacrée de la doctrine du *precedent* (*theory of case-law*), elle est par ailleurs fameuse en raison de l'importance qu'elle reconnaît aux principes du droit ainsi qu'à l'analogie. Or ces éléments de la motivation du jugement s'expliquaient par le fait que le juge qui le prononça admit qu'il n'existait pas de précédent adéquat pour résoudre l'affaire à juger et qu'il était obligé en conséquence de recourir à la mise en oeuvre d'un principe "illustré" grâce à l'analogie (39).

Cet appel aux principes du droit pour fonder ce qui fait l'essentiel du système de *Common Law*, conduit directement au représentant, peut-être le plus contesté de son temps, mais devenu depuis, le plus illustre de l'histoire du droit anglais : Lord Mansfield.

Certains disent que c'est par le jeu du hasard qu'il avait fait sa carrière comme juriste écossais avant de devenir membre de la Chambre des Lords ; d'autres, notamment les comparatistes, disent plus volontiers que c'est précisément parce qu'il était écossais, qu'il alliait en lui la double tradition, et, par conséquent, les qualités de juriste de *Civil Law* en plus de celles des juristes de *Common Law*.

Quel meilleur instructeur trouver que Lord Mansfield, en effet, pour comprendre comment s'interpénètrent respectivement le jeu des principes et celui des règles dans la "construction" de la *Common Law* ? Notons, au passage, que le mot construction est ici entendu au sens français et au sens anglais ("construction" en anglais signifie interprétation autant, sinon plus, que construction). L'ambiguïté du terme "construction" fournit une occasion de rappeler que les juristes anglais, les juges surtout, ne reconnaissent pas volontiers ouvertement qu'ils créent les règles de droit : ils préfèrent en général indiquer qu'ils ne font que l'interpréter, voire la dévoiler.

C.K. Allen, fait la place qui lui est due à l'importance du rôle de Mansfield, lorsqu'il indique qu'au milieu du XVIIIème siècle la doctrine du *precedent* était devenue une partie intégrante de la *Common Law* et que c'est à cette époque, celle de Lord Mansfield, que l'on va pouvoir observer un tournant dans l'histoire du droit anglais.

(37) 1833, 1 CL & F. 527, 546.

(38) "Our Common Law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents ; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise ; and we are not at liberty to reject them and To Abandon All Analogy To Them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and as reasonable as we ourselves could have devised. It appears to me to be of great importance to keep this principle of decision steadily in view, not merely for the determination of the particular case, but for the interest of law as a science".

(39) Allen, p. 232 & 362.

L'une des préoccupations premières du célèbre juge écossais a été en effet de systématiser les principes gouvernant le fonctionnement de la règle du *precedent* ; en particulier il lui arrivait de fulminer contre le recours étroit et mécanique trop souvent fait devant lui, aux *precedents*, sans donner d'attention suffisante aux Principes sur lesquels s'appuyaient les décisions invoqués comme *precedents*.

Les valeurs traduits dans les principes ainsi que les raisons profondes et l'esprit dans lequel sont rendues les décisions, c'est cela qui doit inspirer les décisions nouvelles, non la servile imitation de leur lettre (40).

Un peu plus loin dans son ouvrage, l'auteur rappelle qu'en réalité les *precedents* judiciaires ne font rien d'autre que de contribuer à la découverte des principes qui sont, seuls le véritable fondement de l'exercice de la justice (41).

Ainsi par exemple, on pourrait imaginer actuellement, au XXème siècle, qu'après une telle accumulation de *precedents*, il n'y ait plus de question nouvelle à se présenter devant les juges. Or, il est loin en réalité d'en être ainsi : il n'est pas rare que l'on ait à juger des questions pour lesquelles il n'existe pas de *precedent*. Que font alors les juges ? Ils se tournent vers les principes de raison, de moralité et d'utilité sociale, qui sont les sources vives, "pas seulement du droit anglais, d'ailleurs, souligne Allen, mais de tout système de droit" (42). "Hence arise those cases of 'first impression', which are by no means uncommon, in the courts, even at this day when so many permutations and combinations of circumstances have been considered and recorded. To what, then, do the judges turn ? To those principles of reason, morality and social utility which are the fountain-head not only of English law but of all law. The judge is not embarrassed by the absence of 'authority' in clear cases (...), for no authority is needed for the affirmation of the very essence of the law. L'auteur poursuit en donnant quelques illustrations de cas où le juge n'a rien d'autre à faire que "d'affirmer l'essence même du droit" mais il n'omet pas de souligner que s'ils sont vivants, les principes évoluent, et pas seulement sous la pression des changements économiques et sociaux mais aussi sous celle des découvertes scientifiques lesquels rendent parfois inadéquates, obsolètes, la lettre des précédents. L'exemple qui suit en est une piquante illustration : en 1948 le Juge Omerod trancha un litige en déclarant que désormais, les progrès de la gynécologie ne permettaient plus d'accueillir la preuve, jusque-là admise, qu'un enfant né plus de 340 jours après la dernière possibilité de cohabitation entre les époux, pouvait être né des relations de ceux-ci (43).

C.K. Allen ne paraît pas avoir jugé utile d'explorer lui-même la notion d'analogie pour l'étudier en tant que mode de raisonnement du point de vue méthodologique. Il n'en semble pas moins persuadé que le raisonnement par analogie, avec le raisonnement par l'exemple, constituent le moteur essentiel, non seulement du fonctionnement au quotidien de la *Common Law* mais encore et surtout de son développement historique et de son adaptation à l'évolution des conditions de vie de la société.

Ainsi note-t-il que "les juges raisonnent constamment, non pas respect des *precedents* 'on all fours' mais Par Analogie en application des principes extraits des *precedents* qui à défaut d'être 'in pari materia' sont au moins 'in consimili casu'" (44).

(40) Ibidem, p. 298.

(41) Ibidem, p. 363.

(42) p. 298.

(43) M.-T. v. M.-T., 1949, p. 331.

(44) "Judges in this way are constantly reasoning not by explicit authority 'on all fours', but By Analogy (souligné par l'auteur, C.K. Allen) with principles extracted from precedents if not precisely In Pari Materia at least In Consimili Casu", p. 308.

Un peu plus loin, faisant comme un bilan, des avantages et inconvénients du système juridique caractérisé par l'autorité du *precedent*, il souligne que "faible tout compte fait, est le poids des contradictions, inévitables au demeurant, introduites dans le droit, au regard de la jurisprudence (au sens anglais, i.e. doctrine) forte et rationnelle édiflée en se servant des exemples et de l'analogie pour construire la *Common Law*" (45).

Pour ce qui est du détail des situations dans lesquelles c'est plutôt l'analogie que l'exemple qui inspire la formulation de la règle à appliquer, Allen renvoie à un auteur qui a traité la question de façon plus explicite : G.W. Paton.

Dans son traité, intitulé : "Jurisprudence", G.W. Paton mentionne que dans un système où il n'y a pas de règle codifiée pour indiquer ce qu'il convient de faire lorsqu'il n'existe pas une "autorité" d'où découle la solution, un juge, normalement, se tournera vers un *precedent* ayant valeur persuasive ou aura recours à l'analogie et ce qui pourra apparaître d'utile dans la coutume et les usages.

En ce qui concerne plus précisément l'analogie, G.W. Paton remarque qu'elle constitue "une arme" utile, mais qu'elle doit être utilisée avec circonspection (...). La précision des conclusions qu'on peut en tirer dépendant du degré d'importance caractérisant les ressemblances et de la moindre importance relative des différences entre les deux problèmes. La tendance à rapprocher les ressemblances et opposer les différences étant analysées du point de vue auquel l'on se place pour donner une solution au problème considéré. Ainsi par exemple c'est ce que l'on fait lorsque l'on raisonne en partant d'une décision concernant la circulation de l'eau alors que la décision à rendre est relative à la circulation d'électricité (...). Mais ce qu'il ne faut pas oublier, c'est que l'analogie ne peut fournir autre chose qu'un "guide" et non une réponse déterminante (46). Des exemples tirés d'affaires jugées peuvent être donnés. Ainsi la question de savoir si un hydroplane fait partie des vaisseaux. La question fut posée dans deux espèces différentes : dans l'une il s'agissait de résoudre un problème de compétence ; la réponse fut positive, parce que de ce point de vue l'assimilation d'un hydravion à un vaisseau était possible : le raisonnement par analogie ne rencontrait pas d'obstacle majeur. En revanche dans la seconde hypothèse l'analogie ne fut pas considérée possible, l'assimilation n'étant pas acceptable pour répondre à la question portant sur le bénéfice d'un contrat d'assurance au profit de l'ayant droit d'une personne noyée tandis qu'elle était à bord d'un hydravion à un moment où celui-ci était sur l'eau, le contrat d'assurance ayant exclu les risques de l'air.

Il n'est pas rare, d'ailleurs, qu'il y ait plusieurs analogies conflictuelles à pouvoir être utilisées. La réalité fournit une infinité de nuances entre des situations qui sont identiques et celles qui ne présentent qu'une ressemblance lointaine. Celui qui est favorable à l'analogie insiste sur les points où porte la ressemblance, minimisant les différences, tandis que son contradicteur soulignera le caractère essentiel des différences.

Mais finalement ce qui constitue l'avantage essentiel de l'analogie, nous dit Paton, c'est qu'elle permet de traiter la situation nouvelle, au moyen d'une règle qui s'intègre de manière harmonieuse dans l'ensemble du droit, et cohérente avec les règles déjà existantes. Cette remarque se fonde sur cette considération primordiale que le droit consiste en un corps de principes cohérents et que chacun fera de son mieux pour lui conserver ce caractère.

Si l'on ne parvient pas à découvrir une solution satisfaisante grâce au raisonnement par analogie, on peut toujours se tourner vers les traités ou bien

(45) Ibidem, p. 366.

(46) Paton done ici, p. 167.

emprunter une solution à un système de droit étranger "frère" (*kindred*). Et même éventuellement à des systèmes plus éloignés (47).

Ce qui en tous les cas ne devra jamais être perdu de vue dans le choix que l'on fera de la solution la plus adéquate est qu'un système de droit qui évolue et se développe en permanence ne peut éviter de subir l'influence des conceptions générales que la communauté entretient à propos des fins que le droit doit poursuivre (48).

C'est comme en écho aux propos qui précèdent que l'on note les observations du Professeur N.B. Reynolds, selon lequel les juges, comme les scientifiques, ne doivent pas se laisser décourager par le fait qu'il y a des erreurs parfois dans leurs formulations... L'objectivité souhaitable dans le raisonnement juridique ne pourra d'ailleurs pas être réalisée grâce à un raisonnement mécanique situé dans le cadre d'un seul cas, mais dans la relation devant exister, dans chaque cas avec l'ensemble des autres, autrement dit les Principes qu'il met en oeuvre (49).

Sur le sens du recours à l'analogie, comme technique de raisonnement juridique, sans doute est-il bon de mesurer la relativité de ce qu'il représente en empruntant la formule du Professeur Rinaldi, à savoir que les tribunaux utilisent toutes les techniques de classification, et l'analogie, dans le sens de ressemblance, n'en constitue qu'une parmi d'autres, mais cela ne fait pas automatiquement de l'analogie l'élément d'une argumentation juridique (50).

La conclusion qui en définitive me paraît être la plus ouverte est celle empruntée à un auteur dont les recherches se sont déployées dans une pluralité de disciplines. Il s'agit de F. Hayek, qui écrit : "Ce que l'esprit est capable de prendre en compte pour déterminer l'action ou le fait que nous ne sachions souvent pas communiquer verbalement ce que nous connaissons parfaitement en pratique a été établi dans de nombreux domaines. Il est étroitement lié au fait que les règles qui gouvernent l'action sont souvent beaucoup plus générales et abstraites que tout ce que le langage est actuellement capable d'exprimer. De telles règles abstraites sont apprises en imitant des actions particulières, d'où l'individu acquiert par Analogie la capacité d'agir dans d'autres cas selon les mêmes principes que pourtant il serait bien incapable de formuler en tant que principe". Et un peu plus loin, dans le même ouvrage : "Le juge de *Common Law* est tenu de faire grande attention au fait que les mots sont toujours seulement l'expression imparfaite de ce que ses prédécesseurs ont difficilement essayé de dire", et finalement "Si la décision (judiciaire) ne peut pas être logiquement déduite de règles reconnues, elle doit quand même être compatible avec le corps des règles existantes... Il me semble que les décisions judiciaires peuvent être en réalité plus prévisibles si le juge n'est pas moins tenu par des idées généralement admises sur ce qui est juste, que lorsqu'il est cantonné, pour prendre sa décision, dans le cercle des opinions reçues qui ont trouvé une expression dans la loi écrite" (51).

(47) Tel le droit romain.

(48) G.W. Paton, *Jurisprudence*, p. 166 à 168, para 45.

(49) Reynolds (N.B.), A. Formal Model for judicial Discretion in *Le Raisonnement Juridique* Hubien (H.) éd. Bruxelles, 1971, p. 359.

(50) Rinaldi, *op. cit.* p. 373.

(51) Hayek (F.A.), *Droit, Législation et Liberté, Règles et Ordre*, traduit de l'Anglais par Raoul Audoine, P.U.F. 1973, p. 91, 105, 139.